

”וְכָל-יִשְׂרָאֵל וְזָקְנָיו וְשֹׁטְרֵים וְשֹׁפְטֵי עַמִּים מִזֶּה וּמִזֶּה לְאָרוֹן”  
יהושע ח:לג

ביום 14 בינואר 2007 העיד היועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז), מר מנחם מזוז (להלן: היועמ”ש) בפני הוועדה לבריקת המערכה בלבנון 2006 (להלן: ועדת וינוגרד). הנושא המרכזי עליו ביקשה הוועדה לעמוד בעדות זו, כפי שהגדירה אותו חברת הוועדה פרופ’ רות גביון, היה “ההתפתחות של היחסים בין ייעוץ משפטי ובין פעולה צבאית”.<sup>3</sup> הצפייה מהגדרת נושא זה היא כי הוועדה מבקשת לבדוק את עובדת קיומו ומקורותיו של פער בין התכתוב הנורמטיבי שמגדיר היועמ”ש לבין אופן ניהולה של הפעולה הצבאית במציאות. צפייה זו מתהפכת מיד על ראשה שעה שפרופ’ גביון מבהירה את המצע לדיון אליו מתבקש היועמ”ש להתייחס:<sup>4</sup>

”... יש תיזה מאוד רצינית, לגבי ההתאמה של המשפט הבין לאומי למצבי מלחמה חדשים, כמו אלה שאנחנו מתמודדים איתם. שאומרים, שבאסטרטגיה של מלחמה באופן כללי, לא תמיד יש צדק, אבל מלחמה זה ניסיון לפתור סכסוך בכוח ולפעמים בשביל כל הצדדים טוב להגיע למצב שסכסוך לא נמשך עשרות שנים והוא מוכרע... ושלכן מחשבה יצירתית על סכסוך, מחשבה אסטרטגית על סכסוך, שמשפטנים צריכים להיות שותפים לה, היא

- \* פרופ’ למשפטים, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל.
- 1 כותרת הרשימה מתייחסת לספרה של חוקרת הספרות האנגלית ואחת ממייסדות התיאוריה הקווירית, איב קוסופסקי סדג’וויק: KOSOFKY SEDGWICK, EPISTEMOLOGY OF THE CLOSET EVE (1990). בספר זה דנה סדג’וויק ביחסים המורכבים שבין מין, מגדר ומיניות ומנסה להראות כיצד השיח על אודות המונחים הללו שבוי בשלל הנגדרות דיכוטומיות מוקבנות, אשר להן השפעה קונסטרוקטיבית על היחס הפוליטי כלפי מיעוטים של זהויות מיניות. בספר זה מונח, בין היתר, המסד התיאורטי לשימוש במושג “הארון” כקטגוריה אנליטית לניתוח תרבותי רחב, אשר מתייחס גם לתחומים שונים משאלות של מיניות ומגדר. לתרגום עברי של קטעים מתוך ההקדמה והפרק הראשון בספר, ראו איב קוסופסקי סדג’וויק “האפיסטמולוגיה של הארון”, בתוך: מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית 303 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003).
- 2 הערת מערכת “האם המשפט חשוב?”: לבקשת המחברת, רשימה זו לא עברה עריכת לשון.
- 3 הוועדה לבריקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד), עדותו של מני מזוז, היועץ המשפטי לממשלה, א.ה./ 14.1.2007 2 (להלן: “עדות מזוז”) /www.vaadatwino.org.il/pdf תמליל 20%מני20%מזוז.
- 4 שם, בעמ’ 6 (הדגשה כאן ובציטוטים אחרים שלי, א. ב. נ.).

שאנחנו צריכים לבדוק מחדש את הנחות היסוד של המשפט הבין לאומי... ולהגיד: רגע אחד, יש פה מצב שהמערכת המשפטית, שכולם מפנימים, היא מערכת שמונעת את הפיתרון הטוב ביותר לסכסוך, לא לצד החלש, אלא לכולם... אז יש פה טענה לא ברמה הפשוטה שאומרת: כאן מוצדק לעשות משהו שיותר פוגע באזרחים, אלא ברמה העמוקה של התפקיד של המשפט הבין לאומי. כלומר אני קוראת את הדברים האלה, אני לא ממציאה אותם... ז"א העובדה שדיני המלחמה נקראים 'המשפט ההומניטרי' היא בעצמה אומרת שיש פה צורך מוזר של שתי חיות שלא ברור אם הן הולכות יחד. ואני שואלת, אם אתה כיועץ משפטי לממשלה, שמתמודד עם בעיות מהסוג הזה, רואה את תפקידך גם כהצפה של שאלות מהסוג הזה..."

"אני לא מכיר שום תפישה רצינית של המשפט הבין לאומי שמובילה לכיוון הזה..."<sup>5</sup>, ענה היועמ"ש.

משהיקשתה פרופ' גביזון שהטענה על פיה דיני המלחמה, יותר משיש בהם תועלת, יש בהם נזק המכביד הן על הצדדים והן על ההכרעה היא אכן טענה רצינית כדי כך שהיא דורשת "בריקה מחדש" של עצם היחס שבין דיני המלחמה לבין המלחמה, השיב היועמ"ש כהאי לישנא:<sup>6</sup>

"... התפישה במשפט הבינלאומי היא הפוכה. התפישה היא במגמה של החמרה גוברת והולכת של דיני המלחמה... המונח 'דיני המלחמה' תמיד היה מטעה. כי דיני המלחמה אף פעם לא התכוונו להסדיר את המלחמה במובן הצר של הצד הלחימתי. הם באו להטיל מגבלות על מה אסור לעשות במלחמה, ולא על מה מותר לעשות במלחמה... הם באו להטיל מגבלות והמגבלות האלה הלכו וגברו עם השנים..."

אנחנו נאלצים להתמודד עם מציאות שבה המשפט הבין לאומי הולך ונהיה יותר טבעי... היום המשפט הבין-לאומי מנהל את חיינו לא פחות, ולדעתי בעוד עשר או עשרים שנה, אפשר להגיד יותר מאשר המשפט הפנימי. בכל התחומים, לא רק בתחום של דיני המלחמה שאנו עוסקים בו. התחומים הכלכליים, זכויות האדם... הריבונות של המדינה הולכת ומצטמצמת והמשפט הבין לאומי הולך והופך להיות מעין השפיץ של פירמידת הנורמות. הוא הופך להיות התחליף לחוקה המדינתית".

דעתה של פרופ' גביזון לא היתה נוחה מתשובה זו:<sup>7</sup>

"אנחנו לא ניכנס פה לסמינר, אבל אני מוכרחה להגיד לך שאני מוצאת את הניתוח הזה קשה... אני חושבת שההתעלמות מן העובדה שהמשפט הבין לאומי, שלא כמו המשפט הפנימי, וגם המשפט הפנימי נגוע בבעיות של אכיפה סלקטיבית, אבל במשפט הבין לאומי על אחת כמה וכמה. ושהתחולה והשימוש במשפט הבין לאומי היא מאד מוטת והיא מאד פוליטית. ולכן היחסים בין

5 שם, בעמ' 8.

6 שם, בעמ' 8-11.

7 שם, בעמ' 12.

משפט בין לאומי ובין פוליטיקה הם עוד יותר גדולים, בסדרי גודל, מהיחסים בין משפט פנימי ופוליטיקה. ולכן, המקצועיות ושלטון החוק בנושא של משפט בין לאומי, נראית לי עמדה שאפשר אולי לטעון אותה ברמה הרטורית, אבל להפנים אותה כעמדה אמיתית, זה נראה לי סכנה אסטרטגית".

אין לזלזל בחשיבותה של רצינות:<sup>8</sup> לעמדה שיוצגה ע"י פרופ' גביוון כ"מחשבה יצירתית" אילן יוחסין עתיק ששורשיו נטועים באמירה המפורסמת המיוחסת לקיקרו על פיה "בעת מלחמה מחרישים החוקים".<sup>9</sup> בשיח התיאורטי המודרני של היחסים הבינלאומיים, גישה זו מכונה "אסכולה ריאליסטית". בבסיס אסכולה זו עומדת תפיסת המדינה הריבונית כשחקן רציונאלי החותר להשגת האינטרסים שלו תוך מזעור מגבלות על פעולותיו.<sup>10</sup> עמדתו של היועמ"ש בדיון משקפת גישה נורמטיבית שבבסיסה הרעיון הדמוקרטי של הגבלת הכוח הריבוני על ידי הדין.

בין שתי גישות אלה מתנהל זה זמן מאבק על השליטה בשיח היחסים הבינלאומיים.<sup>11</sup> הטקטיקה הנהוגה במאבקים מסוג זה היא שימוש בפצצת מצרר רטורית מסוג ה"דה-לגיטימציה" המופעלת ברגיל, על ידי הצד שהלגיטימיות שלו נתפסת כ"טבעית" כנגד הצד שזה מקרוב בא והנתפס כמאיים על טבעיות זו. לכאורה נדמה כי במאבק זה מנהלת הגישה הריאליסטית קרב מאסף. תחילתו בהכחשת טיבו המשפטי של זה המתימר להגדיר את עצמו כ"משפט בינלאומי": המועדון של "משפחות משפט" הוא מועדון סגור שבשערו לא ייכנסו כללים המבוססים על רצונם של נושאים והנעדרים כוח אכיפה. כשלונה של ההדרה פינה את זירת הקרב לשאתה, ההנמכה: המשפט הבינלאומי, כך נטען, הוא אמנם

8 OSCAR WILDE, THE IMPORTANCE OF BEING EARNEST (1965)

9 במקור הלטיני: *silent enim leges inter arma*, ראו: M. T. CICERO, PRO MILONE, 16 (N. H. Watts trans. 5<sup>th</sup> ed., 1972) — מעניין לציין כי אמרה מפורסמת זו לא נאמרה בהקשר של מלחמה ויש המציעים כי כך הוצאה מהקשרה. ראו: DOCUMENTS ON THE LAWS OF WAR 31 n. 67 (Adam Roberts & Richard Guelff eds., 3<sup>rd</sup> ed., 2000).

לתפיסה כי המלחמה והדין ההומניטארי צהובים זה לזה ראו גם: CARL VON CLAUSEWITZ, ON WAR (J. J. Graham trans. rev.ed. 1949); Michael Howard, *Temperamenta Belli: Can War Be Controlled? in RESTRAINTS ON WAR: STUDIES IN THE LIMITATION OF ARMED CONFLICT 1* (Michael Howard ed., 1979); Chris af Jochnink & Roger Normand, *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*, 35 HARV. INT'L L. J. 49 (1994) ניתן, כמובן, לטעון כי בעת מלחמה מחרישים כל החוקים זולתי חוקי החירום; כי הכוח הריבוני משמעו היכולת להכריז על מצב החירום. CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY: FOUR CHAPTERS ON THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY (George Schwab trans. University of Chicago Press ed. 2005)

10 ראו למשל: HANS J. MORGENTHAU & KENNETH W. THOMPSON, POLITICS AMONG NATIONS: THE STRUGGLE FOR POWER AND PEACE (6<sup>th</sup> ed. 1985) (להלן: מורגנתאו ותומפסון); J. Morgenthau, *Positivism, Functionalism, and International Law*, 34 AM. J. INT'L L. 260 (1940); KENNETH N. WALTZ, THEORY OF INTERNATIONAL POLITICS (1979)

11 ראו גם: Martti Koskeniemi, *The Politics of International Law*, 1 EUR. J. INT'L L. 4 (1990).

משפט, אך משפט פרימיטיבי<sup>12</sup>. יחד עם זאת, שם התואר "פרימיטיבי" מצביע על אפשרות התפתחות: בשלב מסויים ייתכן כי זה המכונה "משפט בינלאומי" לא יכלה את ימיו בשער החוק<sup>13</sup> ויזכה לרריסת רגל, אם גם מבויישת קמעא, במועדון המשפחתי. סוג קבלה זה, המדיף אותה ארומה חמצמצה של נוסטלגיה לעולם טוב יותר שאריסטוקרטיה שהתפרקה מנכסיה מבשמת בה את ממחטת ההצלה שמגישה לה הבורגנות, מאפיין, למשל, את סיפור התפתחותו של המשפט הבינלאומי כפי שהוא מסופר ע"י השופט חשין בעניין גדר ההפרדה באלפי מנשה:<sup>14</sup>

"... זכורני כי לפני יובל שנים – ואני סטודנט צעיר בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית... היה מקצוע המשפט הבינלאומי הפומבי... מקצוע זניח ושולי (הגם שנלמד בקורס חובה). המשפט הבינלאומי הפומבי כלל לא ראינוהו – אנו הסטודנטים – ראוי לתואר 'משפט', וליחס דומה זכו המוסדות של הקהילה הבינלאומית ובהם בית הדין הבינלאומי. חלפו שנים, והמשפט הבינלאומי הלאומי הפומבי צבר כוח והחל עומד על רגליו-שלו כשיטת משפט הראויה לתואר משפט. כך הוא, למיצער, בענייניהם של אזורים מסויימים או בענייניהן של מדינות מסוימות על פני הגלובוס..."

גם "פצצונת" ההנמכה – ואולי מוטב, הביוש – התגלתה כנפל:<sup>15</sup> תהליכי גלובליזציה מואצים ופורצי גבולות המונעים על ידי התפתחויות טכנולוגיות, כלכליות ותקשורתיות, תהליכים המשתקפים, בין היתר, בריבויים של מוסדות בינלאומיים, ארגונים טרנסלאומיים

12 מורגנטאו ותומפסון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 312; Yoram Dinstein, *International Law as a Primitive Legal System*, 19 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 1, 7-8 (1986); H. L. A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 208-31 (1961).

13 פרנץ קפקא "לפני החוק" בתוך: רופא כפרי וכתבים אחרים שהתפרסמו בחייו של הסופר (אילנה המרמן מתרגמת, 2000).

14 בג"צ 04/7957 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3) 3333, פס' 2 לפסק דינו של השופט חשין (2005).

15 הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד) דין וחשבון סופי, כרך ב' 495-500 (2008), (נספח "השימוש בפצצות מצרר במלחמת לבנון השנייה" לפרק ארבעה עשר: התנהלות ישראל לאור המשפט הבינלאומי). הבחירה במונח "פצצונת" היא מעניינת: השימוש בסיומת הדימינוטיבית, מייצר את התסמין שניתן לכנותו בעברית "אודי חמודי" – cute syndrome. אנו נוהים לחייך בסלחנות נוכח משוכבותיהן של הפצצונות הפצפונות. דא עקא שאותן "פצצונות" מתפוררות על פני שטח גדול סביב מוקד הפגיעה, וחלק מהן שאינו מתפוצץ במגע ("נפלים") עלול להתפוצץ במשך זמן רב לאחר הירי. נציין כי ועדת וינוגרד עצמה סברה, בהתייחסותה לירי פצצות מצרר בתוך שטחים בנויים, כי "פרשנות מרחיבה, המתירה לירות בחימוש מסוג מצרר גם למטרות צבאיות, הנמצאות במקומות בהם הנפלים עלולים לפגוע באזרחים – אף אם רק לאחר שובם – על פי שקלולו של מפקד צבאי בשטח בלבד – אינה תואמת את הרציונאל שבבסיס ההגבלות על השימוש במצרר... איננו סבורים כי הרחבת כללי השימוש בחימוש מסוג מצרר, שיש עמו נפלים רבים, לשטחים כאלה, ללא בקרות מחמירות ופרטניות – אף אחרי שיושביהם פונו זמנית – היא הרחבה קבילה", ובה בעת נמנעה מלהציג ניתוח עומק של אי-חוקיות השימוש בפצצות מצרר בין היתר על יסוד

ואמנות בין לאומיות (כיום יש למעלה מ 50,000 אמנות) – ובכללן אמנות רב-צדדיות; הטווח הרחב של הנושאים שמוסדות ואמנות אלה עוסקים בהם ותוכנן המהותי של הנורמות הקבועות בהן, תוכן שבנושאים רבים מצביע על דרגת פיתוח ותחכום גבוהות מאלה של נורמות הקיימות בשיטות משפט מדינתיות רבות,<sup>16</sup> הנביעו, בין היתר, שינויים בתפיסת המשפט הבינלאומי. כיום, המשפט הבינלאומי נתפס כמי שמספק את תבנית השיח הדומיננטית ואת השפה המשותפת הדרושים להבנת היחסים הבינלאומיים ולניהולם, ובכלל זאת לחשיבה על עצם השימוש בכוח, על אופן השימוש בו, על היחס בין ביטחון לבין זכויות אדם, על אחריות להפרתן של זכויות אדם ועל חלופות לשימוש בכוח.<sup>17</sup>

תובנה זו מקננת גם בתודעה הפוליטית והמשפטית בישראל והיא אינה נעדרת אף מן הדיון בנושאי ליבה ביטחוניים: הסכסוך הישראלי-ערבי בכלל, הקונפליקט בין ישראל לבין הפלסטינים בפרט, ומשטר הכיבוש הממושך במיוחד, הם חלק מן המציאות המקומית, האיזורית והבינלאומית מיום ההכרזה על קום המדינה, הכרזה המעגנת את עצם הקמת המדינה בהחלטת החלוקה של העצרת הכללית של ארגון האומות המאוחדות (האו"מ).<sup>18</sup>

במסגרת מציאות זו, הצדדים הנצים עשו ועושים שימוש בכוח, והם מבקשים תדיר להצדיקו במונחי העקרונות והכללים של המשפט הבינלאומי. הצדקה זו נדרשת בדיוק משום שמונחים אלה מהווים את מסגרת השיח של היחסים הבינלאומיים ואת שפת הלגיטימיות בה על השחקנים בזירה הבינלאומית לדבר, אם הם חפצים שקולם יישמע

הטענה שדיון כזה עשוי לשמש כלי תעמולה נגד ישראל. דומה כי משוא הפנים, למצער בהקשר זה, אינו של המשפט הבינלאומי.

- 16 בעיקר באמנות זכויות האדם, למשל: International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171 ; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 222 להגנה על איכות הסביבה, למשל – The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, Mar. 22, 1985, 1513 U.N.T.S. 293; Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 10, 1997, 37 I.L.M 22 Ernst-Ulrich Petersmann, *How to Constitutionalize the "החוקתיוציה" של המשכ"ל* ראו: *International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society?* 20 MICH. J. INT'L L. 1 (1998); Matthias J. Herdegen, *The "Constitutionalization" of the UN Security System* 27 VAND. J. TRANSNAT'L L. 135 (1994).
- 17 לתיאור תמציתי של התפתחות זו ראו ארנה כן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 12–16 (2006).
- 18 ההכרזה על הקמת מדינת ישראל ("מגילת העצמאות") (14.5.1948) [www.knesset.gov.il/docs/heb/megilat.htm](http://www.knesset.gov.il/docs/heb/megilat.htm); החלטה 181 של העצרת הכללית של האו"מ: G.A. Res. 181(II) (Nov. 29, 1947).

ויוכן.<sup>19</sup> זה הוא, כמובן, היבט אחד של המשפט הבינלאומי – תחום העוסק במנעד רחב ביותר של נושאים – ובו מתמקדת רשימה זו.<sup>20</sup> על רקע התפתחות זו ניתן להבין את אמירותיו החוזרות ונשנות של הנשיא (כתוארו אז) אהרן ברק, על פיהן<sup>21</sup>

”ישראל אינה אי בודד. היא חלק ממערך בינלאומי... פעולות הלחימה של הצבא אינן נעשות בחלל משפטי. קיימות נורמות משפטיות – חלקן של המשפט הבינלאומי המנהגי, חלקן של המשפט הבינלאומי המעוגן באמנות שישראל צד להן, וחלקן בכללי היסוד של המשפט הישראלי – הקובעות כללים באשר לניהול של לחימה...”

ובמקום אחר<sup>22</sup>

”האמירה כי ‘כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות’ אינה נכונה. אימרתו של קיקרו כי בעת מלחמה מחרישים החוקים אינה משקפת את המציאות המודרנית... בלחימתה של המדינה נגד הטרור הבינלאומי, עליה לפעול על פי כללי המשפט הבינלאומי.”

היועמ”ש, כעולה מעדותו בוועדת וינוגרד, חולק עם הנשיא ברק תפיסה זו. יש החולקים עליה בתקווה למגרה, ולמצער, לתחם את מקומה ולעמעם את חשיבותה. כך, למשל השופט חשין מקבל כי “גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו”, אך

19 בן-נפתלי ושני, לעיל ה”ש 17, בעמ’ 11.

20 הבחירה להתמקד בנושא הכיבוש נגזרת הן מחשיבותו במציאות הישראלית, והן ובנגזר מכך שמרבית העיסוק השיפוטי במשפט הבינלאומי בישראל מתמקד בו. האופנים השונים שבהם המשפט הבינלאומי משפיע על חיינו (לטובה) נסקרו על ידי האגודה האמריקנית למשפט בינלאומי בפרויקט מיוחד לרגל חגיגות מאה שנים להיווסדה, ראו: THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, INTERNATIONAL LAW: 100 WAYS IT SHAPES OUR LIVES, [www.asil.org/pdfs/asil\\_100\\_ways\\_05.pdf](http://www.asil.org/pdfs/asil_100_ways_05.pdf). מעניין לציין כי דווקא נשיאה הקודם של האגודה האמריקנית למשפט בינ”ל, פרופ’ אלורו מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת קולומביה, סבר כי הפרוייקט היה נעדר ביקורת עצמית, ומצא לנכון להדגיש העדר זה ברשימתו: JOSE .E. ALVAREZ & DAVID. LACHMAN, THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW INTERNATIONAL LAW: 50 WAYS IT HARMS OUR LIFE, [www.asil.org/ilpost/president/50\\_ways.pdf](http://www.asil.org/ilpost/president/50_ways.pdf).

21 ראו בג”צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ’ מפקד כוחות צה”ל בעזה, פ”ד נ”ח(5) 385, פס’ 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004).

22 בג”צ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ’ ממשלת ישראל, תק-על 2006(4) 3958, פסקה 62 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: פרשת החיסולים). היפוך זה של המכתם של קיקרו נוסח לראשונה ע”י לורד אטקינס. ראו, *Liversidge v. Anderson*, (1941) 3 All E.R. 338, 361 (H.L.) (Atkins, L.J., dissenting opinion): “...amidst the clash of arms the laws are not silent...” ראו גם בג”צ 7015/02 עגזרי נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פ”ד (נו) 352 (2002) (להלן: פרשת עגזרי); בג”צ 7052/03 עדאלה נ’ שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754, 1766 (2006) (להלן: פרשת חוק האזרחות).

מיד הוא מוסיף כי אם "נודה על אמת: באותם מחוזות קולו כקול הפיקולו, זך וטהור אך נבלע בהמולה".<sup>23</sup>

הפיקולו, חליל צד קטן, "חלילון" שצילילו הגבוה באוקטבה אחת מזה של חלילים אחרים, זך וטהור כשירת הסריסים, אכן אינו כלי מאיים; הוא עלול להיבלע בקלות בקולה הרועם של ההמולה ה"אנושית, אנושית מדי" של שופרות המלחמה.<sup>24</sup> ניתן לנשום לרווחה נוכח הפער המתקיים בין רעד צלילי ההבטחה שלו לתיקון עולם ובין עולם הצועד כמנהגו אחר בעלי התקיעה. אך "החזרה הנצחית" אינה מובטחת.<sup>25</sup> יש בכוח רוחה של המוסיקה להוליד טרגדיה:<sup>26</sup> יש חלילי צד אחרים, חלילי פיתוי: תחילה יידמה כי אינם מבקשים אלא להשפיע מטובם על האנושות, לרפאה מתחלואיה; אך ברגע שנדמה לזה המחלל בהם כי עלכו בו, פגעו באמונו, לא נתנו לו את מקומו הראוי, ייהפך החליל בידו לכלי משחית. לא את העכברים ימגר אלא את הילדים יפיל חלל. את העתיד.

באוזניה של פרופ' גביוון, קולו של המשפט הבינלאומי, אם מתפתים להפנימו, אינו זך וטהור כקול הפיקולו. את צלילי הקסם המצמית של החלילן מהמלין היא שומעת.<sup>27</sup> לכן, יש לשחרר שתי "פצצונות" נוספות, בחינת הנחות שאינן צריכות הוכחה (שהרי "אנחנו לא ניכנס פה לסמינר"): אין זה רצוי שהמשפט יגביל את מלחמת הכוח הריבוני ואף אין זה ראוי שהוא יגבילה: אין זה רצוי, על יסוד התיזה של "התקדמות דרך קטסטרופה": בטווח הארוך דווקא מלחמה נטולת מגבלות (אך שיויונית: העדר המגבלות יחול באופן שוויוני הן על החזק והן על החלש(!)), בחינת "זבנג וגמרנו", היא היא העשויה לקדם את השלום<sup>28</sup>; אין זה ראוי, על יסוד התזה שהמשפט הבינלאומי והפוליטיקה חד הם (אם לא נכיר בכך ששחרור המשפט מן הפוליטיקה הוא שחרור הפוליטיקה מכבלי המשפט).<sup>29</sup> כל עוד מיטיבים לחלל במשפט הבינלאומי על מנת להקסים את אוזניהם הכרויות של פתוי אומות עולם באפקטים הקוליים שלו, יש בו כמובן תועלת; אך אם נתפתה אנו לראות בפואטיקה שלהם את האתיקה שלנו, יהא נזק רב מתועלתו. הוא יהווה "סכנה אסטרטגית".

בין גישות אלה מתקיים, על פניו, יחס בינארי של היפוך. החשיבה בצמדים הופכיים טבעית לאופן שבו אנו מבנים את העולם:<sup>30</sup> אינטרס המדינה (raison d'état) הוא לשלטון

23 בג"צ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, פס' 10 לפסק דינו של השופט חשין (1996).

24 פרידריך ניטשה אנושי אנושי מדי: ספר לחופשיים ברוח (יעקב גולומב עורך, יעקב גוטשלק ואדם טננבאום מתרגמים, תשס"ח).

25 פרידריך ניטשה "המדע העליון" בתוך: פרידריך ניטשה הולדתה של הטרגדיה; המדע העליון (ישראל אלדד מתרגם, 1985).

26 פרידריך ניטשה, "הולדתה של הטרגדיה", שם.

27 רוברט בראונינג החלילן מהמלין (משה זינגר מתרגם, 1989).

28 לתפיסות המבקרות את הגישה של "התקדמות תחת קטסטרופה" ראו למשל: Roberts & Guelff, לעיל ה"ש 7; JEAN PICTET, DEVELOPMENT AND PRINCIPLES OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (1985); ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW (2nd ed. 2005).

29 ראו: MALCOLM .N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 12-3 (5<sup>th</sup> ed. 2003).

30 כפי שגרס קלוד לוי־שטראוס, בטענו כי אופן חשיבה זה הוא מרכיב מהותי בתודעה האנושית: קלוד לוי־שטראוס החשיבה הפראית (אליה גילדין מתרגמת, 1973); קלוד לוי־שטראוס

החוק הבינלאומי מה שטבע הוא לתרבות, מה שגבר הוא לאשה, מה שלבן הוא לשחור; מה שקריאון הוא לאנטיגונה, מה שהטרו הוא להומו, מה שציבורי הוא לפרטי, מה שגלוי הוא לסמוי. יחס זה, הבינארי לכאורה, הוא יצרני: הוא מייצר ומשעתק את הצורך בארון, את הארון עצמו – כמושג אנאליטי המגדיר עמדות סובייקט – ואת היחס כוח/ידע.<sup>31</sup> דא עקא שקדם-ההנחות שלו לגבי העמדה הטבעית אינן מייצרות ידע קוהרנטי אלא מבולקה מושגית עמוסה סתירות פנימיות.<sup>32</sup> זו, בתורה, מנכיחה את אי-הידיעה, מסמנת את הפריבילגיות עליהן היא מושתתת ושאותן היא מבקשת לשעתק על ידי גדר ההפרדה שבין הטבעי/ ברירת המחל/ הבלתי מסומן (unmarked) לבין ניגודו ההכרחי: כך, זכויות היתר עליהן נשענת אי-הידיעה של הגישה הריאליסטית הן המנביעות את היחס הבלתי-קוהרנטי אל המשפט הבינלאומי: האם המשפט הבינלאומי קיים? האם הוא קיים כשיטת משפט? האם הוא זניח, אזוטרי, ואולי אף נלעג משהו? משאת-נפש הזויה של מספר פרופסורים תמהוניים המתקיימים בשולי הממסד האקדמי? או שמא מדובר דווקא בסכנה קיומית? איום פתייני מפניו יש להסתיר את הילדים? וממילא כזה המחייב את כנסת ישראל, צבאה ויועציה המשפטיים לפעולת סיכול מונע וממוקד מטרה, שהיא כבר, תמיד, מטרה לגיטימית?

האפיסטמולוגיה של ארון המשפט הבינלאומי כפי ששורטטה לעיל מצביעה, אם כך, על ההבטחה הטמונה ביציאה ממנו: בה במידה שיש בנוכחות ובנראות של המשפט הבינלאומי כדי לתרום להבנה מורכבת יותר – אם גם "טבעית" פחות – של תפיסת המדינה, הביטחון והזכויות ולהבנייתן מחדש, גלומה בו אפשרות של שינוי, שינוי האופנים והשיטות הננקטים כדי להגדיר הן את האינטרס הריבוני והן את העולם הנורמטיבי, וממילא את יחסי הכוחות ביניהם.<sup>33</sup> מימושה של אפשרות זו יהווה, אכן, "חשיבה יצירתית" על אודות היחס שבין ייעוץ משפטי לבין פעולה צבאית. אבל האם ניתן לחרוג מן הכלכלה הבינרית או שמא נתפסנו בקלקלתה ואנו נידונים לחזרתה הנצחית? דומה כי היציאה מן הארון היא תנאי הכרחי אך בלתי מספיק לחריגה מההגיון הבינרי. הליכה בעיניים עצומות לרווחה אל סורגי חיבוקה החמים של "הנורמליזציה", והיטמעות

- 31 הטוטמיזם היום 114–116 (אבנר להב מתרגם, 2003); CLAUDE LÉVI-STRAUSS, MYTH AND MEANING (1978).
- 32 ראו אצל מישל פוקו הרצון לדעת: תולדות המיניות כרך ראשון 59–70 (גבריאל אש מתרגם, 1996).
- 33 אם, בעקבות פוקו, אנו מבינים כי אין אפשרות לנתק בין שאלת הידע ותהליכי הידיעה בחברה המודרנית לבין שאלות הכוח (שם), אזי ניתן לטעון, כפראפרזה על סדג'וויק, כי "ויכוחים כמו-טקסיים" אלו, שבין ה"ריאליסטים" ל"נורמטיביים", מתרחשים "על הרקע הבלתי יציב של פנטזיות והנחות שבשתיקה" לגבי אינטרס המדינה ולגבי נורמות המשפט גם יחד, ועל כן "כל ניסיון לפסוק בוויכוח הוא בלתי אפשרי, משום שהתיקו המושגי בין שתי ההשקפות המנוגדות כבר מובנה לתוך כל כלי תיאורטי שיש בידנו על מנת לנסות ולהכריע במחלוקת", ראו סדג'וויק, לעיל הערת השוליים לכותרת, בעמ' 308–310. כמו כן ראו בהקשר זה Koskeniemi, לעיל ה"ש 11.
- 33 Ruti Teitel, *Humanity's Law: The Rule of Law for the New Global Politics*, 35 CORNELL INT'L. L.J. 355 (2002).



אסירת תודה במוסדותיה הריבוניים, משמעה שימורו, אישורו וחיוזוקו של היגיון זה: במצב זה, המשפט הבינלאומי אכן שוב אינו סטיית תקן; הוא אמצעי נוסף בשירותו של תו התקן, תוך שטשוש הקו המבחין שבין הצמדים ההופכיים, וערסול ההתנגדות לאלימות, להדרה ולדכוי הגלומים בו. הארון לא נשבר; הוא הופך לארון-ברית בין המולך של אינטרס המדינה לבין הגישה הנורמטיבית. ברית אינה סכנה קיומית; גם אם היא מחייבת פשרה מסויימת, היא נכס ולא נטל אסטרטגי. סביב ארון זה יכולים להסתופף בצוותא זקני ישראל, חייליו, שוטריו, שופטיו, ויועציו המשפטיים. אפילו משפטנים בינלאומיים עשויים להישלף מנשייתם האקדמית ולהיקרא לפזו סביב הארון, "בתרועה ובקול שופר, ובחצצרות ובמצלתים; משמעם, בנבלים וכןורות".<sup>34</sup>

כך, חמימותה של מדרת השבט, הנוגה המופז שזורה הנאורות (האוניברסליות של שלטון החוק הרמוקרטי וזכויות האדם) על האינטרס הריבוני, יוצרת את תנאי האפשרות הנורמטיבית להחשכתה ולהקפאתה של עזה,<sup>35</sup> וללגיטימציה הניתנת לשורת מעשי מדינה נוספים בשטחים הפלסטינים הכבושים: "מפעל" ההתנחלויות,<sup>36</sup> הגירוש,<sup>37</sup> הרס הבתים,<sup>38</sup> פירוק המשפחות<sup>39</sup> ובניית החומה<sup>40</sup> (רשימה חלקית), כולם מעשים המקדמים את האינטרס הריבוני, לפחות כפי שהוא נתפס בזמן-אמת על ידי קברניטי המדינה<sup>41</sup>; כולם מעשים

34 ירמיהו ג, כח: "וְכַל־יִשְׂרָאֵל, מַעֲלִים אֶת־אָרוֹן בְּרִית־יְהוָה, בְּתִרְעוּעָה וּבְקוֹל שׁוֹפֵר, וּבְחֲצֻצְרוֹת וּבְמַצְלֵתִים; מִשְׁמַעִים, בְּנַבְלִים וּכְנֹרוֹת".

35 בג"צ 9132/07 גבר אלבסיוני אחמד נ' ראש הממשלה, תק-על 1213 (1)2008, 1214 (2008).

36 בג"צ 606/78 איוב נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979) (הכשר לבניית התנחלויות לצרכים ביטחוניים); בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (איסור על בנית התנחלויות על קרקע פרטית שהופקעה לצורך זה); בג"צ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993) (שאלת חוקיות ההתנחלויות אינה שפיטה). לדיון מעולה בשימוש במשפט להכשרת "מפעל ההתנחלויות" ראו, עקיבא אלדר ועדיית זרטל אדוני הארץ: המתנחלים ומדינת ישראל 1967–2004 פרק שביעי: "בארץ ישראל הכל חוקי" (2004). נציין כי בדומה לשימוש במונח "פצצונת" לתיאור פצצת המצרר, השימוש במונח "מפעל" לתיאור מערך ההתנחלויות, הוא שימוש אידיאולוגי בשירות "המפעל הציוני". ראו עמליה רוזנבלום וצבי טריגר ללא מילים: התרבות הישראלית בראי השפה הערך "פרוייקט" בעמ' 269–270 (2007).

37 בג"צ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג(3) 309 (1979); בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד ל"ה(1) 617 (1980); בג"צ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988).

38 בג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439 (1982); בג"צ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55 (2003), הן שתי דוגמאות מבין רבות אחרות.

39 פרשת חוק האזרחות, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1758.

40 ג"צ 2056/04 בית סוריק נ' ממשלת ישראל פ"ד נח(5) 8072004 (0) (להלן: פרשת בית סוריק).

41 דוגמא טובה לקונטיגנטיות של הגדרת האינטרס הריבוני על פני ציר זמן היא אמירתו של ראש הממשלה בשעתו אהוד אולמרט, מנסיכיה לשעבר של תנועת חירות, תנועה שחרתה על דגלה את המצע המדיני להקמת ההתנחלויות האידיאולוגיות בשטחים מאז 1977, כי

המתבצעים תוך אישוש תפיסתה העצמית ותדמיתה החיצונית<sup>42</sup> של המדינה כמדינה דמוקרטית הנלחמת "כשידה האחת קשורה מאחור"<sup>43</sup>. ברי כי יתרונות אלה מחייבים את תחזוקתה של הברית הבלתי קרושה שבין האינטרס הריבוני לבין שלטון החוק הבינלאומי. כאמור לעיל, תיחזוק זה דורש, מעת לעת, התפשרות גם מהצד ה"טבעי", הריבוני: שמירת זכויות דיוניות בסיסיות של הפלסטינים תושבי השטחים<sup>44</sup>, האיסור על "נוהל שכן"<sup>45</sup>, מגבלות שהוטלו (ושטרם יושמו) על בניית חלקים מהגדר בתוואי המקורי שלה, ומגבלות מסויימות שהוטלו על פעולות החיסולים (אלה שלא ניתן לראות בהן פעולות סיכול ממוקד של אזרחים הנוטלים חלק במעשי האיבה)<sup>46</sup>, הן, כך נראה, המחיר שיש לשלמו. זה הוא מחיר הזדמנות במכירת החיסול של הנורמטיביות הבינלאומית: שיקול השוואתי של ההיקף והמהות של ההרשאה המשפטית שניתנה לאינטרס המדינה אל מול המגבלות שהוטלו עליו – גם אם נוסף לאלה האחרונות את "האפקט הצ'לי" של בג"צ<sup>47</sup> המנביע מגבלות עצמיות על פעולות הכוח הריבוני – הוביל את פרופ' דוד קרצ'מר לתהות בפסקה החותמת את דיונו המופתי בפסיקת בג"צ בשטחים בספרו *The Occupation of Justice*<sup>48</sup>:

- ההתנחלויות הן מכשול לכינונה של מדינה פלסטינית וכי ללא כינונה של זו "מדינת ישראל גמורה". ראו, אלוף בן, דוד לנדאו, שמואל רוזנר, ברק רביד ואבי יששכרוף "אולמרט: שתי מדינות או שישראל גמורה" הארץ 29.11.2007.
- 42 שימור דימוי זה מתאפשר, בין היתר, על ידי פרסומן המיידני של חלק מהכרעות בג"צ בעתירות הנוגעות לזכויות האוכלוסייה הפלסטינית הכבושה לא רק בעברית אלא גם באנגלית. הכרעות אלה אינן מתפרסמות בערבית, שהיא ולא האנגלית, מהווה שפה רשמית שניה בישראל, שפה שבה העותרים יוכלו לקרוא את ההכרעה בעניינם. ראו עוד בנושא זה, חסן ג'בארין "עלייתה של עריכת דין על-לאומית לזכויות האדם" מעשי משפט א 137, 145 (2008), וראו הגרסה המורחבת של המאמר בספר זה.
- 43 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999).
- 44 למשל, בג"צ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353 (1988) (המלצה להקמת ערכאת ערעור במערכת בתי הדין הצבאיים); פרשת עג'ורי, לעיל ה"ש 20 (זכות שימוע לפני ביצוע "תיחום מקום מגורים" / גירוש).
- 45 בג"צ 3799/02 עראלה נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, תק-על 2005(4) 49 (2005).
- 46 פרשת החיסולים, לעיל ה"ש 22.
- 47 "אפקט הצל" של המשפט (The Shadow of Law) מתייחס לאפקט המרתיע שיש למשפט גם מבלי שינקוט בהטלת מגבלות נורמטיביות ממשיות. ראו גם יואב דותן "קדם-בג"צ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"צ" משפט וממשל ז 159, 205 (2004).
- 48 DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES, 198 (2002). ראו בהקשר זה גם: Ronen Shamir, "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice, 24 LAW & SOC'Y REV. 781 (1990).

Is it possible that in the medium or long term, the very lack of restraint that would have resulted from the absence of judicial review would have made the occupation less palatable to Israeli elites, and that the pressure to end the occupation by political settlement which began after the *Intifada* started in 1987, would have felt much easier?

כיצד מתאפשר היפוך (inversion) זה של כליאת נפשו של המשפט הבינלאומי בגוף הפוליטי, וממילא המשך תחזוק יחסי הכוחות ה"טבעיים" ביניהם? כמדומני ששניותם של קווי המתאר של תבנית השיח של המשפט הבינלאומי, כפי שאלה שורטטו בתהליך יציאתו מן הארון, של אוצר המלים ושל התחביר של השפה המשותפת שהוא מספק לשחקנים בזירת היחסים הבינלאומיים, כלומר – סממני הצלחתו – עשויים לספק מקצת מן התשובות לאופיה הפירוסי של ההצלחה: שניות זו משכפלת את האפיסטמולוגיה של הארון על ידי התמוססותו של השיח הנורמטיבי לתוך הגיון המדינה. תהליך זה הוא תהליך היטמעות (התבוללות), וזאת במובחן מתהליך הטמעה (הפנמה), ההופך את המשפט הבינלאומי מכוח תרבותי העשוי לייצר התנגדות לכוח הריבוני ושינוי שלו, לטכניקה בשירותו. אסתפק כאן באיתור תמציתי של מספר היבטים שנראים לי מרכזיים בהקשר זה, היבטים שכל אחד מהם ראוי למחקר ולדיון נוספים:

תבנית השיח של המשפט הבינלאומי מאופיינת בשניות מאז הגיח לאוויר העולם: כך, למשל, את הרעיון המקורי של הוגו גרוטיוס ההולנדי, איש המאה ה-17 הנחשב ל"אבי המשפט הבינלאומי", בדבר "חופש הימים" לכל, ניתן להבין על רקע הצורך של הולנדר, מעצמה ימית בשעתו, בחופש זה למול תביעות הבעלות של בריטניה על שטחים ימיים רחבים.<sup>49</sup> המשפטנים שייסדו במחצית השנייה של המאה ה-19 את המכון למשפט בינלאומי (Institut de Droit International) לא מצאו כל סתירה בין תפיסתם העצמית כ"מצפון המשפטי של העולם התרבותי" לבין תמיכתם במפעל הקולוניאלי: ככלות הכול, העולם האירופי היה נבדל מהעולם האחר, הבלתי תרבותי; על זה האחרון לא ניתן בשלב זה, כך טענו, להחיל את הזכויות האירופיות, אך הקולוניאליזם יביא תועלת לילידים שגם הם נבראו בצלם, יתיך את אחרותם, יתרבת את העולם הנכבש.<sup>50</sup> עקבותיה של שניות זו עמוקים דיים כך שניתן לצעוד לאורכם גם כיום, למשל, בתיוג "מדינות סוררות" (Rogue)

49 ראו: Ivan Shearer, *Grotius and the Law of the Sea*, 1983 BULL. AUSTRAL. SOC'Y. LEGAL. PHIL. 46.

50 MARTI KOSKENNIEMI, THE GENTLE CIVILIZER OF NATIONS: THE RISE AND FALL OF .INTERNATIONAL LAW 98–178, 1870–960 (2005)

States);<sup>51</sup> בכיבוש שמטרתו להביא לשינוי בשיטת משטר פנימית של מדינה;<sup>52</sup> בהטייה המובנית לכללי הניהול של הסחר הבינלאומי בעידן גלובלי (ושאינם חלים על תאגידים טרנסלאומיים)<sup>53</sup>; ואף בהוראת סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי – סעיף המונה את מקורות התוקף הנורמטיביים של המשפט הבינלאומי (מקביל לחוק יסודות המשפט) ומציין בס"ק (1)ג את "העקרונות הכלליים הנהוגים באומות בנות-תרבות" כמקור נורמטיבי.<sup>54</sup> לא למותר לציין ששניתה של תבנית שיח המשפט הבינלאומי מאפיינת גם השיח הנורמטיבי על אודות הכיבוש הישראלי של השטחים הפלסטינים. במאמר שכתבת במשותף עם אייל גרוס וקרן מיכאלי, אפיינו זאת בזו הלשון:<sup>55</sup>

"בעוד שישראל טענה בעקביות שהגדה המערבית ורצועת עזה אינם למעשה שטח כבוש, הרי שהיא ועורכי דינה השתמשו בדיני הכיבוש כבסיס להצדקת פעולות ישראליות בשטחים שמגבילות את זכויות הפלסטינים. באופן דומה, בעוד שבג"ץ מעולם לא קבע שאמנת ז'נבה הרביעית חלה דה יורה בשטחים (וזאת על יסוד הסכמתה הנאורה של המדינה להחיל את 'הוראותיה ההומניטריות' של האמנה, הסכמה שהיה בה כדי לרמז כי דיני הכיבוש עצמם יותר משיש בהם כדי להגביל את פעולות המפקד הצבאי יש בהם כדי לאפשרן) הוא החליט להחיל לכאורה את הוראותיה ההומניטריות בצורה שאפשרה לצה"ל להפעיל סמכויות של צבא כובש, תוך דחייה, בפועל, של רוב מוחץ של העתירות שהגישו פלסטינים, ולעתים קרובות תוך ריקון הוראות המשפט ההומניטרי ממשמעותן. כך, ישראל הצליחה ליהנות מהערכה על כך שהיא מכפיפה את פעולות צבאה לביקורת שיפוטית, ומחילה, לכאורה, את הדין ההומניטרי הבינלאומי, בעוד שלמעשה היא הפרה את עקרונותיו הבסיסיים.

- Robert. S. Litwak, *What's in a Name? The Changing Foreign Policy Lexicon*, 54 J. INT'L AFF. 375 (2001); Thomas H. Henriksen, *The Rise and Decline of Rogue States*, 54 J. INT'L AFF. 349 (2001); Anthony Clark Arend, *International Law and Rogue States: The Failure of the Charter Framework*, 36 NEW ENG. L. REV. 735 (2002).
- Adam Roberts, *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*, 100 AM. J. INT'L L. 580 (2006); Gregory H. Fox, *The Occupation of Iraq*, 36 GEO. J. INT'L L. 195 (2005).
- Olu Fasan, *The Effectiveness of WTO Law in Developing Countries: The Relevance of Rule Legitimacy and Ownership*, 30 U. NEW S.WALES L. J. 409 (2007); Sonia E. Rolland, *Developing Country Coalitions at the WTO: In Search of Legal Support*, 48 HARV. INT'L L. J. 483 (2007).
- David P. Fidler, *Return of the Standard of Civilization*, 2 CHI. J. INT'L L. 137 (2001).
- Orna Ben Naftali, Aeyal Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKLEY J. INT'L L. 551, 610-1 (2005) (hereinafter: *Illegal Occupation*); ראו גירסה מקוצרת בעברית של מאמר זה: ארנה בן-נפתלי, אייל גרוס וקרן מיכאלי "כיפוח": כיבוש, סיפוח, קיפוח – על המבנה המשפטי של משטר הכיבוש" תיאוריה וביקורת, 15 31 (2007) (הערות שוליים הושמטו).

לטשטוש הגדר שבין כיבוש/לא-כיבוש, יש להוסיף את התוואי העמום ששורטט באיזור הדמדומים שבין סיפוח/לא-סיפוח. המצב מתאפיין בתנועת מטוטלת בין היסודות השונים: מצד אחד פועלת ישראל בשטחים כריבון, במובן זה שהיא מיישבת שם את אזוריה ומחילה עליהם את חוקיה על בסיס טריטוריאלי ועל בסיס טריטוריאלי/פרסונאלי מעורב; אך מצד שני ישראל אינה פועלת כריבון, מאחר שהשטחים לא סופחו באופן רשמי, ומכיוון שהפעלת הריבונות הישראלית אינה כוללת מתן זכויות אזרחות לתושבים הפלסטינים. התוצאה היא, שישראל נהנית בשטחים הן מהכוחות והסמכויות של מדינה כובשת והן מאלו של ריבון, בעוד שתושבי השטחים אינם נהנים לא ממלוא הזכויות של אנשים החיים תחת כיבוש ולא מזכויות האזרחות בישראל. שניות זו מאפשרת לישראל ליישם את מדיניות 'ארץ ישראל השלמה' מבלי לסכן את הרוב היהודי במדינה, ובה בעת להימנע מביקורת בגין סיפוח בלתי חוקי של השטחים".

שניות זו מתאפשרת, בין היתר, משום שתבנית השיח של המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש, משפט שהנחת המוצא שלו הינה שכיבוש הנו מצב חריג ביחסים הבינלאומיים, וממילא מצב מוגבל בזמן, אינה כוללת מגבלת זמן מפורשת למשכו. חסר זה, בתורו, הנביע שטטוש בין הזמני/ לבלתי מוגבל בזמן ובין הכלל/ לחריג.<sup>56</sup> שיח דורש לעצמו שפה. כפי שצויין לעיל, שפת המשפט הבינלאומי היא כיום שפה משותפת לכל השחקנים בזירה, לשון תקנית המתגלגלת ב"טבעיות" בפייהם של מנהיגים, מצביאים, פעילי ארגוני זכויות אדם, מנהלי תאגידים ופרקליטים. מסתמא מדובר בלשון ורסטילית במיוחד ונוחה לשימושים רבים הן מבחינת אוצר המלים שלה והן מבחינת כללי התחביר שלה.

מילות המפתח של המשפט הבינלאומי, למצער אלה המאפיינות את נושאי הליכה של הדין ההומניטרי ודיני זכויות האדם מפנות לסטנדרטים רחבים כגון "תכלית", "הגנה עצמית", "התערבות הומניטרית", "סבירות", "מידתיות" ו"איוונים". באלה, בתורם, נעשה שימוש על מנת לפרש כללים ברורים יותר. אין תימה אפוא שהשפה הפכה לשפה משותפת הן לפעילי זכויות אדם והן למפקדי צבא: קשה לדמיין מפקד צבא הסובר כי יש להפעיל כוח שאינו מידתי או סביר כנגד מטרות חסרות ערך צבאי, כשם שקשה לדמיין פעיל זכויות אדם שיתנגד להפעלת כוח במסגרת התערבות הומניטרית.<sup>57</sup> התוצאה של הפעלת סטנדרטים אלה היא רידוד כל דיון לכלכלת עלות/ תועלת פרטנית. כלכלה זו,

Orna Ben-Naftali, "A La Recherche du Temps Perdu": Rethinking Article 6 of the Fourth Geneva Convention in the Light of the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion, 38 *ISR. L. REV.* (2005) 211; יהודה שנהב "חללי ריבונות, החריג ומצב החירום: לאן נעלמה ההיסטוריה האימפריאלית?" *תיאוריה וביקורת* 29, 205 (2006).

Marti Koskeniemi, *The Fate of Public International Law Between Technique and Politics*, 70(1) *MOD. LAW REV.* 1 (2007); DAVID KENNEDY, *THE DARK SIDE OF VIRTUE: REASSESSING INTERNATIONAL HUMANITARIANISM* 266–72 (2004).

בתורה, עולה בקנה אחד עם הגיון המדינה<sup>58</sup> – אותה ישות רציונלית השואפת למקסום האינטרסים שלה – ומקדמת אותו.

כך, למשל, ניתן בדרך פרשנית לטעון ראשית כי זכויות המתנחלים הן חלק מן האינטרס הביטחוני של הכוח הכובש, ועל יסוד תפיסה זו לאזן בין "צורכי הביטחון" לבין זכויות הפלסטינים. איוון זה, בתורו, ינביע את המסקנה כי למפקד הצבאי סמכות לבנות חומה על מנת להגן על חיי כל אדם (שיוויון בין חזק לחלש (!)), ובכלל זאת המתנחלים, ללא כל קשר לשאלת חוקיות ההתנחלויות, ובלבד שהפגיעה בפלסטינים תהיה מידתית.<sup>59</sup> בה במידה שחשיבה על כוח במונחי כבוד האדם וחירותו (קאנט) צהובה לתפיסה התועלתנית (בנתאם), ההתמוססות של שפת המשפט הבינלאומי לעגה הניהולית, משמעה אובדן היכולת להגביל את הכוח הריבוני על ידי הדין. היטיב לנסח זאת פרופ' מרטי קוסקניימי:<sup>60</sup>

When the floor of statehood fell from under our feet we did not collapse into the realm of global authenticity to encounter each other as free possessors of inalienable rights. Instead we fell into water-tight boxes of functional specialization, to be managed and governed by reading our freedom as the realization of our interests. As our feet hit the ground, we found no Kantian federation but the naturalism of Pufendorf and Hobbes – powerful actors engaged in strategic games with their eyes on the Pareto optimum.

כאשר יסופרו דברי ימיו של המסע האיום לאבו־גאריב, יהיה בהם פרק מרכזי הנוגע לחלקם של משפטנים בינלאומיים, חמדת האליטה האמריקנית,<sup>61</sup> בסלילת הדרך. "מסמכי העינויים" (The Torture Papers)<sup>62</sup> מעידים על הסכנה הטמונה בשפה המשותפת לאנשי ממשל המבקשים להפוך פעילות אסורה למדיניות עינויים לגיטימית של חשודים בפעולות טרור, ולפרקליטים המבקשים להמציא להם בסיס משפטי לכך על ידי פרשנות יצרנית, רציונלית ושיטתית של הדין. סיפור העינויים הוא גם סיפור עינוי הדין (דיני האמנות,

58 לפחות כפי שהוא נתפש בנקודת זמן מסוימת על ידי מנהיגיה של המדינה.

59 למשל פרשת בית סוריק, לעיל ה"ש 40. ראו לעניין זה: Aeyal M. Gross, *The Construction of a Wall between The Hague and Jerusalem: The Enforcement and Limits of Humanitarian Law and the Structure of Occupation*, 19 LEIDEN J. INT'L L. 393 (2006).

60 קוסקניימי, לעיל ה"ש 57, עמ' 15.

61 כך, למשל, מזכר העינויים הידוע בכינויו The Yoo Memorandum נכתב על ידי פרופ' יו, בוגר אוניברסיטאות הארוורד וייל, שכיהן כחבר סגל באוניברסיטת פרינסטון ומרצה כיום בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת ברקלי. ראו THE TORTURE PAPERS: THE ROAD TO SHAME AND HONOR (2005) (Abu Ghraib) (Karen J. Greenberg & Joshua L. Dratel eds, 2005).

62 שם; S. G. MESTROVIC, THE TRIALS OF ABU GHRAIB: AN EXPERT WITNESS ACCOUNT OF SHAME AND HONOR (2005).

הדין המנהגי והמשפט הבינלאומי הפלילי)<sup>63</sup> על ידי משפטים הרואים את תפקידם כשרתי הכוח הריבוני ולא כמי שתפקידם להציב לו מגבלות, והופכים בעצמם לאויבי המין האנושי (hostis humani generis).<sup>64</sup> אמת, סיפור זה מהווה דוגמא קיצונית של בגידה באחריות מקצועית, אך עצם קיצוניותו מעידה על כך שמדובר במדרון חלקלק שמונחים רחבים המזמינים חשבון עלות/תועלת לא רק שאינם יכולים לחסום את הגלישה במורדו, אלא שהם מזמינים אותה.

השניות של תבנית השיח, שניות שאוצר המלים והסטנדרטים הרחבים משקפים ומתקפים גם יחד, זוכה למשנה תוקף בתחביר של שיח הזכויות. תחביר זה בנוי גם הוא על צימוד בינארי: פרטני/אוניברסלי. צימוד זה משוכפל אף הוא בתבנית שיח המשפט הבינלאומי. כך, למשל, ניתן לשרטט את כלל הכללים הספציפיים של דיני הכיבוש סביב הצמד "בטחון הכוח הכובש" / "זכויות האדם של הנכבשים". פרקליט זכויות האדם נלחם את מלחמתו של הקליינט שלו כנגד פגיעה בזכויותיו הפרטניות. התחביר של שפת המשפט הבינלאומי אינו מאפשר לו לחרוג מתבנית השיח ולטעון, למשל, כי משטר כיבוש מסוים הפך כולו לבלתי חוקי.<sup>65</sup> התנגדותו להפרת זכויות האדם אינה יכולה לכרוך את הדין בהפרה הספציפית בהתנגדות כללית למשטר המאפשר אותה לכתחילה. לא זו אף זו, אם התשובה לשאלה שהניח פרופ' קרצ'מר לפתחנו, קרי, האם הכפפת פעולות הצבא בשטחים לביקורת שיפוטית לא תרמה בסופו של יום לא רק להכשרת, שלא לומר גיור, מרבית מעשי העוולה אלא גם לעצם שימורו של משטר הכיבוש, היא חיובית, כי אז פעולתו של פרקליט זכויות האדם המבקש להגן על זכות שולחו הפלסטיני בבג"צ, אינה יכולה אלא להוות נדבך נוסף בשימור המשטר שאליו הוא מתנגד. הוא הופך, מתוקף המחויבות המקצועית שלו ובה בעת בעל כורחו, למשתף פעולה.<sup>66</sup>

חשיבותו של המשפט הבינלאומי מתגלמת, אפוא באופן שבו הוא מעטה על הכוח את בגדי המלך החדשים; באופן שבו הוא מסווה את הברוטאליות של הכוח. המשפט הבינלאומי מאפשר להחזיק את החבל בשתי קצותיו ואזי לכרוך אותו סביב צווארם של הפלסטינים; הוא מאפשר לנו להמשיך לדמיין שאנחנו "מדינה דמוקרטית שנלחמת כשירה האחת קשורה מאחור" ובה בעת להרוס בתים, להפריד משפחות, לבנות התנחלויות ולקמט

63 ראו: Jose E. Alvarez, *Torturing the Law*, 37 CASE W. RES. J. INT'L L. 175, 179-98 (2006).

64 שם, בעמ' 221-223. בנושא העמדת משפטים לדין בגין תרומתם להכשרת פשעים על המשפט הבינלאומי הפלילי ראו: United States v. Altstoetter, III Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, 159-60, 985 (1951) (The Justice Case); Mathew Lippman, *The White Rose: Judges and Justice in the Third Reich*, 15 CONN. J. INT'L L. 95 (2000).

65 זו הטענה הנטענת ב *Illegal Occupation*, לעיל ה"ש 55.

66 מלכוד זה הוגדר ע"י עו"ד מיכאל ספרד כ"דילמה הקיומית של פרקליט זכויות האדם", במאמרו המצויין על ספרו של פרופ' קרצ'מר: Michael Sfar, *The Human Rights Lawyer: Existential Dilemma*, ISR. L. REV. Fall 2005, 154 (reviewing DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (2002)).

את "מרקם החיים" – ובלבד שהנזק הנלווה הוא "מידתי". הוא מאפשר לנו לירות, לבכות ולקנח בטוהר נשקנו ומידותינו. אכן, במקרה של הכיבוש הישראלי, המשפט הבינלאומי, יותר משהוא חבל הצלה, הוא חבל הכביסה עליו תלויות מחלצותיו המכובסות של המשטר, משטר שמבנה העומק שלו בנוי על השעיה תמידית של מצב זמני המתקיים באיזור הדמדומים שבין ההבטחה של מימוש זכויות הפלסטינים לבין האיום באסון גמור.<sup>67</sup> אשר על כן, כיתות החניתות לעטי משפט והחרבות לזמירות רטוריות של "סבירות" ו"מידתיות", אכן משעה את הפתרון הפוליטי/צבאי, אלא שהשעיה זו עצמה אינה מנוגדת להיגיון הריבוני, היא משרתת אותו.

הטרגדיה שנולדה מן המוסיקה של החלילן מהמלין היא סיפור מוסר. הטרגדיה היא שלנו. כאשר האמנות נמכרת כתרסיס להשמדת עכברים, היא אינה מרוממת את הרוח; היא נופחת אותה. התמוססותו של השיח המשפטי הבינלאומי לתוך הגיון הריבון ורידוד השפה שלו לערוצי חשיבה במונחי מקסום תועלת, היא הבריה הנועל בארון את רוח החוק. חילוץ הרוח מן הארון – רוח המקיימת יחס של התנגדות לכוח הרשום בפרטיטורה של הגוף הפוליטי בשעה שהוא מנצח באלימות שרביטו על כל הטווח שבין הדרת האחר לניכוסו – הוא תנאי האפשרות לקיומה של תרבות פוליטית המקדמת את החירות, תרבות שנהיה, איך לומר, גאים להשתייך אליה.

---

Ariela Azoulay & Adi Ophir, *The Monster's Tail in AGAINST THE WALL* 2-27 (Michael Sorkin ed., 2005); וראו גם אריאלה אזולאי ועדי אופיר משטר זה שאינו אחר: כיבוש ודמוקרטיה בין הים לנהר (1967–) (2008).