

עריכת דין על-לאומית, התנגדות משפטית ולגיטימיות: סוגיות פלסטיניות בפני בג"ץ

מבוא

הספרות על עריכת דין לשינוי חברתי ופוליטי מתמקדת בעיקר בעבודתם של עורכי הדין במסגרת הגבולות הריבוניים של המדינה. המשפט, בתי המשפט והקהילות שאליהם מתייחסים עורכי דין אלו, ושאותם הם מבקשים לשכנע, הם כולם לאומיים-מקומיים. על פי ספרות זו, הצלחה משפטית נמדדת על פי רוב בהתאם לתוצאות, שאותן קובעים בתי המשפט הלאומיים. במאמר זה אנסה להרחיב את יריעתה של ספרות זו מן המקומי אל העולמי ולהסביר את קשרי הגומלין בין שני מישורים אלו.

בחלקו הראשון של המאמר אעסוק בהתפתחותה של עריכת דין על-לאומית בתחום זכויות האדם. בחלק זה אטען כי השימוש של עורכי דין במשפט העל-לאומי מרחיב את הדמיון המשפטי שלהם אל מעבר לגבולותיה של ריבונות המדינה. המשפט העל-לאומי משפיע על האסטרטגיות המשפטיות שבהן עושים עורכי הדין שימוש; הוא מעניק משמעות נוספת לשאלה מהי הצלחה משפטית; הוא משפיע על הבנתנו את הסוגיה של הענקת לגיטימיות למשטרים משפטיים דכאניים; והוא מספק אפשרויות להתנגדות משפטית מתוך המשפט ובתוכו. עורכי דין על-לאומיים פונים אל הקהילה הבינ-לאומית, מדברים אתה ומבקשים לגייסה לצדם, ובכך מחוללים דינמיקה מקומית.

בחלקו השני של המאמר אדגים מקרי מבחן של עריכת דין על-לאומית באמצעות התייחסות ספציפית לעבודתם של עורכי דין מארגון "עדאלה" – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל¹ בתקופת המבצע הצבאי "חומת מגן", שנערך בחודש אפריל 2002. במקרים שיתוארו בחלק זה ביקשו עורכי הדין מטעם "עדאלה" להגן על זכויות האוכלוסייה הפלסטינית האזרחית בפני בית המשפט העליון הישראלי מפני מה שלעמדתם היו הפרות חמורות של זכויות אדם. למען הגילוי הנאות אבקש לציין כי הייתי מעורב פעיל ושותף עיקרי בעבודת עורכי הדין מטעם "עדאלה" שאליה אתייחס כאן.

* עורך דין. מייסדו ומנהלו הכללי של ארגון "עדאלה" – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל". גרסה מקוצרת של מאמר זה התפרסמה בכתב העת "מעשי משפט": חסן ג' באריין "עלייתה של עריכת דין על-לאומית לזכויות האדם" מעשי משפט א 137 (2008). גרסה אנגלית של המאמר עתידה גם היא לראות אור: Yale Hum. Rts. & Dev. L.J 13(1) 239, ברצוני להודות לעופר סיטבון, לנטע זיו, לנימר סולטאני, לתמר שטחל, לדיאלה שמאס ולרינה ג' באריין על הערותיהם לטיוטות הראשונות של מאמר זה; כמו כן, אני מודה לחברי המערכת אביגיל פאוסט, ישראל (רולי) בר, דפנה כהן ויניב רוזן-אל, שסייעו לי בהערותיהם להבהיר ולחדד את הסוגיות העולות כאן; למותר לציין כי אני האחראי הבלעדי על כל האמור במאמר זה.

א. משפט על-לאומי ועריכת דין על-לאומית

1. משפט זכויות האדם והתפתחותה של עריכת דין על-לאומית

הנורמות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם הובילו לשינוי במעמד ריבונות המדינה ובמובן המסורתי של המונח ריבונות. המשפט הבין-לאומי הקלאסי הכיר בריבונות המדינה כמובן של דרישה לכבוד הדדי בין מדינות ולא־התערבות בענייניהן הפנימיים. לעומתו, המשפט הבין-לאומי בעניין זכויות האדם מבליט ומדגיש את חובותיהן של המדינות להגן על זכויות האזרחים והתושבים ולקדם אותן. מלומדים רבים טוענים כי משפט זכויות האדם מתחרה, אם לא מתעמת, עם המובן המסורתי של הריבונות.¹ שילה בנחביב טוענת שענה רדיקלית יותר – לדעתה "עידן הנורמות הקוסמופוליטיות" שבו אנו נמצאים מערער על "עידן הריבונות הטריטוריאלית", עידן שבו הייתה המדינה המוסמכת העליונה לעשות צדק עם כל מי שנמצא בתחום הטריטוריה שלה.²

הגידול בכוחו של שיח זכויות האדם אין בו כדי לקבוע כי הפרות של זכויות אדם בעולם נפסקו. נהפוך הוא. ב-1991, לאחר נפילת חומת ברלין, ניבאה ברנדה קוסמן בדבריה את ההמשך הצפוי של הפרת זכויות האדם, כפי שהיא מוכרת לכולנו היום: "As the Wall dismantled in Europe, new walls may only be going up elsewhere"³. עם זאת, ניתן לטעון כי שיח זכויות האדם במשפט הבין-לאומי "תפס תאוצה" והתחזק דווקא במקומות שבהם היה רדום, כמו בארצות הברית – לנוכח הפרות בוטות של זכויות אדם על ידי ממשל ג'ורג בוש לאחר אירועי 11 בספטמבר 2001.⁴ מכאן נכונות טענותיו של רו

1 ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW IN A DIVIDED WORLD 148 (1986); RICHARD FALK, HUMAN RIGHTS AND STATE SOVEREIGNTY (1981); Martti Koskenniemi, *The Future of Statehood*, 32 HARV. INT'L L.J. 397 (1991); Anne-Marie Slaughter & William Burke-White, *The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)* 47 HARV. INT'L L.J. 327 (2006)

2 SEYLA BENHABIB, THE RIGHTS OF OTHERS: ALIENS, CITIZENS, AND RESIDENTS (2004)

3 Brenda Cossman, *Reform, Revolution or Retrenchment? International Human Rights in the Post-Cold War Era*, 32 HARV. INT'L L.J. 339 (1991)

4 כפי שממחיש זאת הרולד קוך:

[T]hat war is being waged on both domestic and international fronts, and civil and criminal sanctions are being used interchangeably. As a result, predictably, when any particular issue surfaces, we don't know immediately which legal box to put it in. Take, for example, the legal status of Al-Qaeda and Taliban detainees in Guantanamo. Are they prisoners of war – a term from the international laws of war? Or are they common criminals, a term of domestic criminal law? Or are they 'unlawful combatants' – a category resurrected from World War II and expanded effectively to take them outside the scope of the law altogether?

“It is a good time for human rights in that claims of about such rights are used
 5. more widely in the conduct of world affairs than before”

לא ספק, כינון האמנות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם על ידי האו"ם ואישורן על ידי רוב המדינות בעולם חיזק את מגמת ההתערבות בענייניהן הפנימיים של המדינות למען קידום זכויות האדם והאזרח והגנה עליהן.⁶ אמנות אלו עוסקות באיסור ההפליה, בחירויות ובזכויות אזרחיות, פוליטיות, כלכליות וחברתיות, בחינוך, בתרבות, בזכויות ילדים ונשים, בזכויות עצירים ונאשמים ובזכויות מיעוטים לאומיים, אתניים, לשוניים ודתיים. למעשה, מקבץ זה של אמנות הוא בבחינת “חוקה על-לאומית”. חתימה של מדינות על הפרוטוקולים של חלק מהאמנות הללו מאפשרת לוועדות האו"ם לזכויות אדם לא רק להגיש את הסתייגויותיהן ואת הערותיהן אלא גם לדרוש ולפסוק בתביעות של אינדיבידואלים נגד המדינות החתומות על הפרוטוקול.⁷

ההתפתחות במשפט זכויות האדם השתרעה גם על עקרון “הסמכות האוניברסלית” בפלילים. מאז משפטי נירנברג נגד פשעי הנאצים לא יושמו עקרונותיהם במשך תקופה ארוכה, בשל העדרו של כוח אכיפה בין-לאומי. הקמתם של שלושה בתי דין פליליים בין-לאומיים – בית הדין הפלילי הבין-לאומי לעניין יוגוסלביה לשעבר, בית הדין הפלילי הבין-לאומי לעניין רואנדה ובית הדין הפלילי הבין-לאומי, החייתה ביתר שאת את עקרונות בית הדין הבין-לאומי שבוססו בנירנברג.⁸ בתחילת המאה העשרים ואחת

Harold Hongju Koh, *The Law Under Stress After September 11*, 31 INT'L. J. LEGAL INFO. 317, 317 (2003); Owen Fiss, *Annual Cegla Lecture on Legal Theory: The Perils of Minimalism*, 9 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 645 (2008)

Joseph Raz, *Human Rights Without Foundations* (University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 14/2007, 2007), available at www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html

שבע אמנות זכויות האדם המרכזיות הן: האמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1965) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1979); האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991); האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991); אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991); האמנה נגד עינויים ונגד יחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991); זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991); האמנה הבין-לאומית להגנת זכויותיהם של מהגרי עבודה ובני משפחותיהם – International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (נפתחה לחתימה ב-1990) (נכנסה לתוקף בין-לאומי ב-2003, אין תרגום רשמי).

Kerstin Martens, *NGOs in the UN System: Examining Formal and Informal Mechanisms of Interaction*, 2 INT'L. J. CIV. SOC'Y. L. 11 (2004)

בית הדין הפלילי הבין-לאומי לעניין יוגוסלביה לשעבר (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, “ICTY”) ובית הדין הפלילי הבין-לאומי לעניין רואנדה

החל להתפתח הדור השלישי של בתי הדין מאז משפטי נירנברג, עם הקמתם של שלושה בתי דין במזרח טימור, בקוסובו, ובסיריה ליאון. בתי הדין שהוקמו הם בתי דין פליליים מעורבים – מקומיים או היברידיים, בשותפות של האו"ם עם גורמים לאומיים, והם דנים בעניינים הדומים לאלה הנדונים ב-ICC.⁹

בצד מנגנוני השיפוט שהוקמו מטעם האו"ם או בשיתופו, הוקמו גם בתי דין אזוריים המוסמכים לדון בסוגיות הנוגעות לזכויות אדם ולחירויות יסוד. האמנה האירופית להגנת זכויות האדם וחירויות היסוד הסמיכה את בית הדין האירופי לזכויות האדם לשמוע תביעות של אזרחים נגד המדינות החתומות על האמנה.¹⁰ התפתחות אזורית נוספת הייתה אישורו של הצ'רטר האפריקני לזכויות האדם והעמים בשנת 1981;¹¹ כיום חתומות עליו 53 מדינות אפריקניות. ביבשת האמריקנית הוקם בית דין פנים-אמריקני לזכויות אדם (Inter-American Court of Human Rights) הפועל לפי המערכת הפנים-אמריקנית להגנה על זכויות אדם (Inter-American System for the Protection of Human Rights). בתי דין אזוריים הם בכחינת בתי דין לחוקה על-אזורית, כיוון שהם מתערבים בהיקף ההגנה על הזכויות החוקתיות של האזרחים ושל התושבים.

במאה העשרים ואחת הפך המשפט המשווה למקור משפטי רלוונטי בבתי משפט לאומיים ויצר עידן של קונסטיטוציונליזציה. בתי משפט לאומיים מתייחסים אליו, מצטטים אותו, משווים באמצעותו, משלימים אותו, מפרשים אותו ומפתחים את משפטם הלאומי בעזרתו.¹² גם בית המשפט האמריקני, הידוע באדישותו הרבה למשפט הבינ-לאומי ולמשפט המשווה, נאלץ לאחרונה, תודות לעבודתם של עורכי דין למען זכויות האדם, להשתמש במשפט הבינ-לאומי ולהיות מודע לכוחו ולחשיבותו של המשפט המשווה.¹³ בשנת 1956 קרא פיליפ ג'סופ בספרו לעורכי הדין להשתמש לא רק במשפט הבינ-לאומי הקלאסי אלא במשפט ה"על-לאומי" (transnational law). ג'סופ הגדיר את המשפט

International Criminal Tribunal for Rwanda, להלן: "ICTR") הוקמו כבתי דין אר-
הוק, אך עקרונות העבודה שלהם הונחלו בחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינ-לאומי
(International Criminal Court, להלן: "ICC"). חוקת רומא נחתמה ביולי 1998, כנסה
לתוקף ביולי 2002 ועד ליום 1 בספטמבר 2009 אושרה על ידי 109 מדינות: Rome Statute
of the International Court, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S 90
BETH VAN SCHAACK & ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2nd ed. 2008); 9
RONALD C. SLYE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND ITS ENFORCEMENT: CASES AND
MATERIALS (2007).
CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS, 10
opened for signature Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221 (entered into force Sept. 3,
1953); reprinted in COLLECTED TEXTS, CONCIL OF EUROPE (1979).
AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, June 27, 1981, OAU Doc. CAB/ 11
.LEG/67/3, rev .5, 21 ILM 59.
Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 Va. L. Rev. 771 (1997); 12
Martha C. Nussbaum, *Introduction to Comparative Constitutionalism*, 3 CHI. J. INT'L
L. 429 (2002).
Harold Hongju Koh, *Setting the World Right*, 115 YALE L.J. 2350 (2005–2006) 13

העל-לאומי כך: "All law which regulates actions or events that transcend national frontiers, the public and private international law [...] plus other rules which do not wholly fit into such standards categories"¹⁴. ארבעים וחמש שנים לאחר קריאה זו הצהירה שופטת בית העליון האמריקני, סנדרה אוקונור, כי לפני בית המשפט מגיעות סוגיות מהמשפט המשווה ומהמשפט הבין-לאומי באופן אינטנסיבי: "[B]ecause international law is no longer confined in relevance to a few treaties and business agreements. Rather, it has taken on the character of transnational law – what Philip¹⁵. Jessup has defined"

בהמשך להגדרתו של ג'סופ ניתן לומר כי המשפט העל-לאומי אינו המשפט הבין-לאומי, הוא אינו המשפט האזורי, הוא אינו המשפט המשווה, הוא אינו הספרות המשפטית העולמית ונדאי שאינו המשפט הלאומי – אלא הוא כל אלה יחדיו.¹⁶ עורכי הדין העל-לאומיים משתמשים במשפט המשווה, במשפט הבין-לאומי, במשפט האזורי ובספרות המקצועית כדי להתנגד להפרות של זכויות אדם ולהגן על זכויות האדם, ובמסגרת עבודתם המקצועית הם עושים זאת לפני בתי המשפט הלאומיים ולפני פורומים שונים של האו"ם – לרבות בניית קואליציות בין-לאומיות, העברת מידע משפטי ביניהן במישור הגלובלי והזנת התקשורת המקומית והבין-לאומית במידע זה. ההתפתחויות בתחום המשפט העל-לאומי משפיעות על עבודתם של עורכי דין הפועלים למען זכויות אדם. המשפט העל-לאומי מרחיב את דמיונם ואת תודעתם המקצועית של עורכי הדין האלה. הם אינם עורכי דין מקומיים בלבד אלא הם חלק ממערך גלובלי רחב יותר.

לא במקרה קורא דֶקֶן בית הספר למשפטים באוניברסיטת ייל לאקדמיה המשפטית בארצות הברית לשנות את תכניות הלימודים ולשים דגש בולט במשפט העל-לאומי בכל התחומים.¹⁷ הארגון הגדול והמוביל ביותר בארצות הברית בתחום זכויות האזרח והאדם, ה־ACLU (American Civil Liberties Union), שנשען במשך עשרות שנים על עבודתו המקומית והלאומית בלבד, מתחיל לאחרונה בפרויקט סגור בין-לאומי; נציגיו מופיעים לפני ועדות האו"ם בג'נבה ומדווחים על אודות הפרות של זכויות אדם על ידי הצבא האמריקני בגואנטנמו ובעיראק, וכן משתמשים במשפט משווה ובמשפט בין-לאומי בטיעוניהם לפני בתי המשפט האמריקניים. עורכי דין במזרח טימור, בקוסובו ובבוסניה נשענים על נורמות המשפט הבין-לאומי בעבודתם המקומית במטרה לקדם בארצות אלה את הנורמות בדבר זכויות האדם ולהגן עליהן. ארגון "אמנסטי אינטרנשיונל" הגיש בלונדון תביעת הסגרה נגד הגנרל הצייליאני אוגוסטו פינשושה בגין פשעים שביצע בארצו;

14 PHILIP JESSUP, *TRANSNATIONAL LAW* 2 (1956).

15 Sandra O'Connor, Keynote Address at the 96 Meeting of the American Society of Slaughter & International Law, 96 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 348, 350 (2002); ראו גם: Burke-White, לעיל ה"ש 1.

16 HENRY J. STEINER, DETLEV F. VAGTS & HAROLD H. KOH, *TRANSNATIONAL LEGAL PROBLEMS* (4th ed. 1994); Harold Hongju Koh, *How Is International Human Rights Law Enforced?* 74 IND. L.J. 1397 (1999).

17 Harold Hongju Koh, *The Globalization of Freedom*, 26 YALE J. INT'L L. 305 (2001).

עורכי דין בלגים הגישו בבלגיה תביעה נגד אריאל שרון, בגין ביצוע פשעי מלחמה נגד הפלסטינים.¹⁸

"עריכת דין על-לאומית" היא עריכת דין שאינה נתחמת בגבולות הטריטוריאליים הלאומיים. בתי המשפט הלאומיים אינם הצעד האחרון או התחנה האחרונה מבחינתם של עורכי הדין העל-לאומיים – הם רק מהלך אחד מבין כמה מהלכים גלובליים. דחיית תביעה על ידי בית משפט לאומי אינה סוף פסוק. בתי דין בין-לאומיים, בתי דין אזוריים, טריבונלים בין-לאומיים, עמדותיהן של ועדות האו"ם לזכויות אדם או של ארגונים בין-לאומיים, שיבואו לאחר ההכרעות השיפוטיות של בתי המשפט הלאומיים, הם שיכריעו מבחינת עורכי הדין אם אכן הייתה הפרה של זכויות אדם.

מנגנוני האו"ם העצימו את מעמדם של עורכי דין על-לאומיים כאשר הכירו בחשיבות עבודתם במסגרת ארגוני זכויות האדם הלא-ממשלתיים. ארגוני זכויות האדם הלא-ממשלתיים ממלאים תפקיד משפטי חשוב ביותר בקרב מנגנוני האו"ם. הם מספקים מידע על הפרות מקומיות של זכויות אדם ומגישים "דו"חות צללים" לוועדות האו"ם בעניין קיום חובותיהן של המדינות לפי האמנות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם. הם נותנים ייעוץ לוועדות האו"ם והם אף שותפים בקבלת החלטות בענייני קביעת מדיניות.¹⁹ בהתאם לכך קבעו מייקל פוזנר וקנדי וויטום: "The United Nations' human rights system depends on NGOs, it would collapse without their information. Furthermore,

18 ראו למשל: HUMAN RIGHTS WATCH, UNIVERSAL JURISDICTION IN EUROPE: THE STATE OF THE ART 37–45 (2006), available at www.hrw.org/sites/default/files/reports/ij0606web.pdf.

19 U.N. Secretary-General, *Renewing the United Nations: A Programme for Reform*, 59, U.N. Doc. A/51/950 (July 14, 1997) תת-המוכר הכללי של האו"ם לקביעת מדיניות של פיתוח בר-קיימא הצהיר כך:

NGOs and, more generally, organizations of the civil society no longer simply have a consumer relationship with the United Nations. They have increasingly assumed the role of promoters of new ideas, they have alerted the international community to emerging issues, and they have developed expertise and talent which, in an increasing number of areas, have become vital to the work of the United Nations, both at the policy and operational levels.

Nitin Desai, United Nations Under-Secretary-General for Policy Coordination and Sustainable Development, Remarks at the Meeting of the Organizational Session of the Open-Ended Working Group of the Economic and Social Council on the Review of Arrangements for Consultations with Non-Governmental Organizations (Feb. 17, 1994).

לטענה המנוגדת הרואה בקשר של ארגונים לא-ממשלתיים עם האו"ם כבעייתי, ראו: Robert Charles Blitt, *Who will Watch the Watchdogs? Human Rights Non-Governmental Organizations and the Case for Regulation*, 10 BUFF. HUM. RTS. L. REV. 261 (2004).

without the lobbying of NGOs, states sympathetic to the issues would operate in
"a vacuum"²⁰

2. התנגדות משפטית ושאלת לגיטימיות המשפט

הספרות המקצועית בעניין "עורכי דין ציבוריים"²¹ מתמקדת בעיקר במשפט המדינה ובאפשרויות ליצור שינוי במסגרת משפט המדינה. מכאן עולה הטענה לפיה עורכי דין אשר מבקשים לקדם את זכויות האדם במדינתם עשויים למצוא עצמם מעניקים לגיטימיות לנורמות משפטיות המתנגשות עם זכויות האדם, מפני שהם פועלים במסגרת שלטון החוק הלאומי הנשען, לעתים, על נורמות כאלה. סטפן אלמן עסק בעריכת דין בתקופת האפרטהייד; באותה תקופה הצליחו עורכי הדין, במידה מסוימת, להגן על זכויות האדם באמצעות המשפט הריבוני הלאומי של המדינה. אלמן הציג את הדילמה שבפעולתם של:

A specter is haunting lawyers working against injustice – the specter of legitimation. Those who seek to challenge unjust states by using the law of those states against them are very likely to feel tarnished by the need to speak in terms of laws they despise. This sense of personal taint is bad enough, and sometimes may simply be intolerable.²²

לטענתי, המשפט העל-לאומי מרחיב את האסטרטגיות של עורכי הדין העל-לאומיים וגורם לכך שסוגיות כגון שלטון החוק ולגיטימיות המשפט מקבלות ממד אחר. משפט זכויות האדם העל-לאומי מספק טיעונים משפטיים לעורכי הדין, טיעונים שאינם נסמכים רק על המשפט הלאומי עצמו. עורכי דין על-לאומיים ישתמשו בנורמות של המשפט הלאומי כל עוד הן אינן מתנגשות עם הנורמות הבין-לאומיות. מבחינתם, שלטון החוק אינו כולל אך ורק את הנורמות של שלטון המשפט הלאומי המעוגנות בחקיקה ובתקדימים משפטיים של המדינה, אלא גם את הנורמות של המשפט הבין-לאומי ואת התקדימים של

20 Michael H. Posner & Candy Whittome, *The Status of Human Rights NGOs*, 25 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 269, 275 (1993–1994).

21 המונח "עריכת דין ציבורית" המופיע כאן הוא המקביל למונח "cause-lawyering"; אין תרגום אחיד בעברית למונח זה. כך, למשל, רבים מעדיפים להשתמש בעברית במונח "עריכת דין לשינוי חברתי" לדעתי מונח זה אינו מקיף והוא מבקש להרחיק את עצמו מהמונח "עריכת דין לשינוי פוליטי" או "עריכת דין פוליטית". על עריכת דין ציבורית, חברתית או פוליטית ראו למשל: נטע זיו "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד לאחר שני עשורי פעילות" מעשי משפט א 19 (2008); ראו גם ה"ש 35 במאמרה של אורלי ליבל בכרך זה.

22 Stephen Ellmann, *Struggle and Legitimizing*, 20 LAW & SOC. INQUIRY 339 (1995). אלמן חקר את סוגיית עורכי הדין שנאבקו נגד האפרטהייד בדרום אפריקה, והגיע למסקנה כי על אף ההצלחות המשפטיות המשמעותיות שהשיגו עורכי דין אלה בבתי המשפט, הן לא הובילו למתן לגיטימיות למשטר האפרטהייד. ראו גם: Gad Barzilai, *The Evasive Facets of Law: Litigation as Collective Action*, in ADALAH NEWSLETTER 10, Feb. 2005, available at www.adalah.org/newsletter/eng/feb05/ar2.pdf

המשפט האזורי.²³ כפי שציינן יפה אנטוני ד'אמאטו: "Courts throughout the world can be a forum in which people can assert the primacy of their human rights in all situations in which states are impeding the realization of those rights"²⁴. גם אלה הטוענים כי משפט זכויות האדם העל-לאומי אינו גובר על המשפט הלאומי, מסכימים כי כוחן של נורמות זכויות האדם טמון בכך שהן כופות על המדינה או על בתי המשפט הלאומיים להראות כי החלטותיהם אינן מתנגשות עם נורמות אלה.²⁵ פרופ' אייל בנבנישתי טוען, למשל, כי אם בעבר נשענו בתי המשפט הלאומיים על המשפט הבין-לאומי כמגן על ממשלותיהם מפני התערבות חיצונית, היום משתמשים בתי המשפט הלאומיים במשפט הבין-לאומי ובמשפט המשווה באופן אינטנסיבי, כחרב בביקורת השיפוטית שלהם נגד התנהלות ממשלותיהם (אם כי הם עושים זאת מטעמים לאומיים).²⁶ כמו כן, עצם העובדה שהפרות בוטות של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, ובמיוחד אלה שמופיעות בחוקת רומא, מצדיקות התערבות בין-לאומית, מעניקה לנורמות אלה כוח "הרתעה".²⁷ כוח זה גורם לכך שנטל השכנוע, או הנטל להצדיק את קיומן של פרקטיקות המפרות לכאורה את זכויות האדם, מוטל על המדינה; הוא מאפשר לעורכי הדין העל-לאומיים לא להשתמש בנורמות של משפט המדינה המפרות את זכויות האדם, או לפחות ליתן להן פרשנות המתיישבת עם משפט זכויות האדם העל-לאומי. למשל, אם עיננים של נחקרים במדינה מסוימת נחשב, במסגרת המשפט הלאומי, לגיטימי בתנאים מסוימים, כגון לשם חילוץ מידע חיוני מהנחקר באופן מירי, אזי יכול עורך הדין העל-לאומי לטעון לפני

- Francesco Francioni, *International Law as a Common Language for National* 23
 Yuval Shany, *National Courts as Courts*, 36 TEX. INT'L L.J. 587 (2001)
International Actors: Jurisdictional Implications, in FEDERALISMI.IT 15, 2009,
 available at www.federalismi.it/ ApplMostraDoc.cfm?Artid=13810&edoc=29072009111203.pdf&tit=National%20courts%20as%20international%20actors:%20jurisdictional%20implications
- Anthony D'Amato, *The Relation of the Individual to the State in the Era of Human* 24
Rights, 24 TEX. INT'L L.J. 1 (1989)
- "[I]nternational law obligates states merely to justify those local practices that deviate 25
 from a shared, publicly evolving, cross – community set of standards", Gra'inne de
 Bu'rc'a & Oliver Gerstenberg, *The Denationalization of Constitutional Law*, 47 HARV.
 INT'L L.J. 243, 244 (2006)
- Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and* 26
International Law by National Courts, 102, AM. J. INT'L. L. 241 (2008)
- ICISS – The International) הוועדה הבין-לאומית בדבר מעורבות וריבונות מדינתית (Commission on Intervention and State Sovereignty 27
 "החליטה בדר"ח שלה משנת 2001 כך: "[W]here a population is suffering serious harm, as a result of internal war, insurgency, repression or state failure, and the state in question is unwilling or unable to halt or avert it, the principle of non-intervention yields to the international responsibility to protect", ICISS, THE RESPONSIBILITY TO PROTECT – REPORT OF THE INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY, at XI (Dec. 2001),
 available at www.iciss.ca/report-en.asp

בית המשפט כי גם בתנאים אלה העיניים אסורים על פי הנורמות הבין-לאומיות. הנטל להצדיק את ההפרה, אם בכלל, יוטל על המדינה. מצב זה מאפשר שחרור מכבלי נורמות הדיכוי של המשפט הלאומי מצד אחד, ומעצים את טיעוני עורך הדין מן הצד אחר.

בכל מקרה, הוויתור החלקי על המשפט המהותי הלאומי כמקור סמכות לא יפגע במקצועיותם של עורכי הדין העל-לאומיים ולא בדרך שהם מייצגים את לקוחותיהם, כי המשפט העל-לאומי נחשב לחלק מהשיח המשפטי המקובל. לכן, אף אם בתי המשפט הלאומיים אינם מקיימים את הנורמות הבין-לאומיות האלו, הם אינם יוצאים נגד הלגיטימיות שלהן וכמעט שאינם נוטים להצהיר מפורשות כי הם מפריים את הנורמות הבין-לאומיות; הצהרה כזו עלולה לפגוע הן בלגיטימיות הבין-לאומית שלהם כערכאות שיפוט הן במעמד הבין-לאומי של מדינתם.²⁸ נוסף לכך, בית משפט לאומי המבקש להצדיק את הפגיעה בזכויות אדם בניגוד למשפט הבין-לאומי יתקשה להעניק לגיטימיות לפגיעה, כי בכוחן של הנורמות הבין-לאומיות לקעקע את הצידוקים של הקביעות המשפטיות הלאומיות הללו. כדברי פיליפ אלסטון: "It is now widely accepted that the characterization of a specific goal as a human right elevates it above the rank and file of competing social goals, gives it a degree of immunity from challenge and generally endows it with an aura of timelessness, absoluteness and universal validity."²⁹ הדברים מקבלים משנה תוקף כיוון שהמשפט העל-לאומי זוכה לתדמית או לחזות של עליונות מוסרית, כפי שציין ג'ון טסיולס: "[The] discourse of human rights [has acquired] in recent times [...] the status of an ethical *lingua franca*"³⁰.

מכאן, טיעונים הנשענים על המשפט העל-לאומי מקבלים לגיטימציה גם בהליך השיפוטי הלאומי. לגיטימציה זו מחייבת במידה מסוימת את בתי המשפט הלאומיים לא להתעלם מהם. פעולה משפטית זו של עורכי הדין העל-לאומיים, שאליה אתייחס בהרחבה בהמשך, מכונה "התנגדות משפטית" מתוך המשפט הלאומי עצמו ובתוכו.

במקרים רבים בתי המשפט הלאומיים מתעלמים מן הנורמות של המשפט הבין-לאומי ואינם מיישמים אותן. בנבנישתי הסביר זאת יפה במאמרו משנת 1993, כמה שכינה "avoidance techniques" – טכניקות משפטיות שמפתחים בתי המשפט הלאומיים כדי להתעלם מיישומו של המשפט הבין-לאומי.³¹ אולם אין בכך כדי לפגוע ב"כושר התמרון" המקצועי של עורכי הדין העל-לאומיים, שכן גם במקרים אלה מתאפשר להם להציג טיעונים הנסמכים על נורמות המשפט העל-לאומי כנורמות האמורות ליהנות ממעמד מיוחד, בבחינת חלק מן המשפט הלאומי. עניין *Medellin* עשוי לשמש דוגמה קיצונית

28 כך, למשל, בשנת 1900, בתקופה שבה לא הוערך כוחו של המשפט הבין-לאומי ולא ניתן לו מעמד כלשהו, הצהיר בית המשפט העליון האמריקני: "[I]nternational law is part of our law", *The Paquete Habana v. United States*, 175 U.S. 677, 700 (1900).

29 Philip Alston, *Making Space for New Human Rights: The Case of the Right to Development*, 1 HARV. HUM. RTS. J. 3 (1988).

30 John Tasioulas, *The Moral Reality of Human Rights, in FREEDOM FROM POVERTY AS A HUMAN RIGHT* 75 (Thomas Pogge ed., 2007).

31 Eyal Benvenisti, *Judicial Misgivings Regarding the Applications of International Law: an Analysis of the Attitudes of National Courts*, 4 EUR. J. INT'L L. 159 (1993).

להמחשת הטיעון. בעניין זה נטען כי רשויות ארצות הברית, שעצרו זר ממוצא מקסיקני שנידון למוות, לא מילאו אחר הפרוצדורה המיוחדת בעניין המעצר הקבועה באמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים.³² שופטי הרוב בבית המשפט העליון האמריקני דחו את חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי לצדק (International Court of Justice), להלן: "ICJ" שעסקה באותו נושא בפני אותם צדדים, וקבעו כי כללי הפרוצדורה והמשפט האמריקניים הפנימיים הם המחייבים והגוברים במקרה הנדון. אם כן, במקרה זה אפשרה "טכניקת ההתעלמות" לשופטי הרוב לא להתייחס לאמנה כמחייבת, בין היתר כיוון שלא נקלטה למשפט על ידי חקיקה אמריקנית פנימית ולכן לא יכולה הייתה לגבור על המשפט הפנימי. שופטי המיעוט תמכו בתוצאה המתיישבת עם חוות הדעת של ה-ICJ,³³ לפיה ארצות הברית הפרה את האמנה ואת זכויותיו של העציר. אף על פי שמדובר במקרה קיצוני, הוא מלמד כי הישענותם של עורכי הדין על נורמות המשפט הבין-לאומי הייתה לגיטימית, בבחינת הישענות על עקרון שלטון החוק – שהרי חלק מהשופטים, כאן שופטי המיעוט, תמכו בתחולתן של נורמות אלו.

דומה לכך הוא עניין חוקיות בניית חומת ההפרדה בשטחים הפלסטינים הכבושים; בית המשפט העליון הישראלי הצהיר כי הוא מקבל את תחולת דיני הכיבוש, אך פסק בניגוד להחלטה הסופית של ה-ICJ שדן באותה שאלה משפטית.³⁴ במקרה זה "טכניקת ההתעלמות" של בית המשפט העליון נסמכה על הברלים בהליכים הפרוצדורליים, והנימוק להחלטה היה כי לפני בית הדין הבין-לאומי לא נפרסה התשתית העובדתית המלאה אשר הצדיקה את הטעמים הביטחוניים שביסוד בניית החומה.

אינני טוען כי המשפט הלאומי מתבטל או הופך לזניח בעידן הנורמות העל-לאומיות בדבר זכויות האדם. כמו כן, אינני טוען כי השימוש במשפט הלאומי אינו חשוב כשלעצמו לקידום זכויות האזרח והאדם. אדרבה, פסק הדין החשוב ביותר בהיסטוריה האמריקנית בתחום זכויות האזרח (*Brown v. Board of Education*),³⁵ פסק דין שבו הכריז בית המשפט על ההפרדה הגזעית בבתי הספר כבלתי-חוקתית, הוא פסק דין לאומי ופנימי במהותו. אני טוען כי חשיבותם של בתי המשפט הלאומיים מקבלת משנה תוקף לאור נכונותם לאפשר לעורכי הדין העל-לאומיים להרחיב את טיעוניהם ולהישען על נורמות המשפט העל-לאומי כנורמות לגיטימיות בזירה הלאומית. במילים אחרות, אם בתי המשפט הלאומיים היו בעבר זירה להצגת טיעונים במישור המשפט הלאומי בלבד, הרי היום הם גם זירה "מעין בין-לאומית", אם כי לא הפכו לטריבונל בין-לאומי לכל דבר ועניין.

המשפט הלאומי ימשיך ליהנות מעצמתו הפנימית, עוצמה שמטילה מגבלות על כוחו של המשפט העל-לאומי. כך למשל, עורכי הדין העל-לאומיים יוגבלו תמיד בכללי הפרוצדורה הדינית של בתי המשפט הלאומיים. כללים דיוניים אלה עלולים לחסום את

32 .Vienna Convention on Consular Relations, Apr. 24, 1963, 21 U.S.T. 77

33 *Medellin v. Dretke*, 128 S. Ct. 1346 (2008); ראו גם את הערותיו של יובל שני בעניין *Shany: Medellin*, לעיל ה"ש 23, בהערות השוליים במאמר: 25, 35, 58, 97, 104, 106, 107.

34 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).

35 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

האפשרות להציג טיעונים מהותיים. לכן עורכי הדין העל-לאומיים אינם יכולים לתכנן אסטרטגיה משפטית מבלי ליתן משקל לכללי הדיון של המשפט הלאומי. טיעוניהם של עורכי הדין העל-לאומיים, הנשענים על לגיטימיות בין-לאומית, לפני בתי המשפט הלאומיים שמקיימים כללים דיוניים הוגנים, עשויים להפוך את זירת בית המשפט הלאומי דווקא לזירת התנגדות משפטית – הן נגד יסודות הדיכוי ואי-הצדק הן נגד הנורמות השיפוטיות שבית המשפט הלאומי עצמו מייצר ואשר מנוגדות לנורמות זכויות האדם הבין-לאומיות. כך, המשפט העל-לאומי מאפשר לעורכי הדין הזדמנות נדירה לבצע אקט של התנגדות משפטית מתוך המשפט הלאומי עצמו ובתוכו, היינו התנגדות במסגרת הטענות המשפטיות, לפני השופטים ובאולם בית המשפט עצמו. התנגדות כזו כמעט שאינה מתאפשרת במסגרת המשפט הלאומי; ההתנגדות הידועה היא דווקא זו המתבצעת מחוץ להליכים השיפוטיים (extra-legal).³⁶ עם זאת התנגדות משפטית כזו, המתבצעת במסגרת ההליכים המשפטיים, אינה יכולה להיות מטרה כשלעצמה. ההתנגדות המשפטית אמורה להיות תכליתית – להיות מלווה ביעדים אסטרטגיים חיוביים המשרתים את הדרך (ה-cause) שעורכי הדין הציבוריים מבקשים לקדם. אם כן, מבחינתם של עורכי דין על-לאומיים הפועלים למען זכויות אדם, ההתנגדות המשפטית חייבת לקדם את הנורמות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם.³⁷ לכן ההחלטה לפתוח בהליכים משפטיים בבתי משפט לאומיים המייצרים מדיניות של דיכוי זכויות האדם ושל פגיעה נמשכת בהן ומבססים אותה, חייבת להסתמך על תפיסה המקדמת את זכויות האדם ולא על תפיסה הגורמת להן נזק ופוגעת בהן. אקט של התנגדות, שידוע מלכתחילה כי הוא עלול לגרום נזק לזכויותיו של הפרט או לזכויותיה של קבוצה מסוימת, אינו אקט רצוי והוא אף הרסני.

המשפט העל-לאומי משפיע על החלטותיהם של עורכי דין על-לאומיים אם לפתוח בהליך משפטי כדי להגן על קרבנות ההפרות של זכויות האדם, גם במקרים שבהם ידוע מראש כי סיכויי התביעה המשפטית אפסיים. החלטה לפתוח בהליך משפטי כזה אינה דבר של מה בכך. עורכי דין ציבוריים אינם נבחרים על ידי ציבור מסוים כדי להגיש תביעות לפורום משפטי כלשהו; על פי רוב הם עושים זאת מיזמתם. לכן, מחויבותם ואחריותם

Sally Engle Merry, *Resistance and the Cultural Power of Law*, 29 *LAW & Soc'y* 36 (1995). ליסה ח'ג'אר, למשל, מצביעה על סוג התנגדות שמתבצע מחוץ לאולם בית המשפט ולהליכים המשפטיים על ידי עורכי דין ישראלים ופלסטינים; למשל, כאשר הם מספקים לתקשורת הזרה ולגופים בין-לאומיים מידע על אודות הפרות של זכויות אדם בשטחים הפלסטינים: Lisa Hajjar, *Cause Lawyering in Transnational Perspective: National Conflict and Human Rights in Israel/Palestine*, 31 *LAW & Soc'y* REV. 473 (1997).

Merry, לעיל ה"ש 36, בעמ' 24–25:

Some resistance is clearly damaging to individuals [...] Some resistance is destructive to community life [...] We cannot escape judgments about 'good' resistance and 'bad' resistance. The celebration of some forms of resistance contains implicit commitments to social justice and equality. It would be more honest to acknowledge where we stand and join in the search for a more just world.

כלפי הדרך שהם מבקשים לקדם או שעליה הם מבקשים להגן, מחייבות אותם לנקוט משנה זהירות כדי לא לגרום "נזק" כלשהו לדרך זו. בדרך כלל, הגשת תביעות "מגננה" (defensive cases) – תביעות שמטרתן להגן על זכויות קיימות או לשמור על סטוס-קוו, כמו תביעות למניעת הריסת בתים, אינה אמורה לעורר קושיות כלשהן, בשונה מהגשת תביעות "מתקנות" (affirmative) – תביעות המבקשות לערוך שינוי במצב הקיים, כמו תביעות לשוויון. למעשה, תיקי ה"מגננה" דומים במידה מסוימת לתיקים פליליים, שבהם לא הנאשם הוא היוזם את ההליך אלא המדינה או סוכניה. אולם אין זה מדויק. בדרך כלל, השפעתן של תביעות "מגננה" על הפוליטיקה הציבורית הפנימית היא רחבת היקף, כיוון שהן נוגעות באינטרס ציבורי מסוים. לכן, ניתן לטעון כי הגשת תביעות "מגננה" לבתי המשפט מתוך ידיעה שאין להן סיכוי להתקבל, עלולה בנסיבות מסוימות דווקא ליתן לגיטימציה ציבורית להמשך הפגיעה בזכויות.³⁸ ניתן גם להוסיף ולטעון כי הגשתן של תביעות כאלה לבתי המשפט עלולה, במקרים מסוימים, לפגוע באפשרות להוביל מאבק ציבורי או עממי נגד הפגיעה בזכויות – מאבק שבנסיבות מסוימות עשוי להיות עדיף על פני מאבק משפטי.³⁹

כל השיקולים שפורטו עד כה הם שיקולים פנימיים. האם כוחו של המשפט העל-לאומי מוסיף ממדים אחרים על שיקולים אלה? כפי שציינתי לעיל, המשפט העל-לאומי יכול לקעקע את הלגיטימיות הציבורית של ההפסד המשפטי הפנימי-לאומי. דחיית תביעות על ידי בתי המשפט לא תספק רציונליזציה או תוסיף לגיטימיות למדיניות המפרה זכויות אדם, אם הציבור הדומיננטי רואה בה ממילא דבר לגיטימי. נהפוך הוא, בכוחן של הנורמות הבין-לאומיות בדבר זכויות אדם להצביע דווקא על חוסר הניטרליות של בתי המשפט הלאומיים גם בעבור אותם חלקים מהציבור שתומכים בפגיעה בזכויות האחר. כך, למשל, פסק דינו של בית המשפט העליון הישראלי בעניין חוקיות עצם בנייתה של חומת ההפרדה – בעיני הקרבן, במקרה זה הפלסטינים הכפופים לכיבוש ישראלי, פסק הדין רחוק מאוד מליתן לגיטימיות להחלטה;⁴⁰ בד בבד, קשה לטעון כי אישורו של בג"ץ לעצם בנייתה של חומת ההפרדה הוא זה שהעניק להמשך בניית החומה לגיטימיות רבה

38 השו: 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).

39 Samera Esmeir & Rina Rosenberg, On Resisting Legalization, 2 ADALAH'S REVIEW 23, 23–25 (2000).

40 בג"ץ אינו חלק מההוויה הלאומית הפלסטינית. בעיני הפלסטינים הוא חלק ממנגנוני הכיבוש. לא במקרה אין בשטחים הפלסטינים הכבושים מוסד ציבורי, מוסד אקדמי, משרד עורכי דין או אפילו עמותה כלשהי אשר מתרגמים לשפה הערבית את פסקי הדין של בג"ץ הנוגעים לשטחים הכבושים. גם בג"ץ עצמו לא דואג לתרגם את פסקי הדין הללו לשפה הערבית. אם ארגון זכויות אדם פלסטיני מתרגם לפעמים פסקי דין של בג"ץ לשפה האנגלית, ולא לערבית, הוא עושה זאת למען חיזוק הלובי הבין-לאומי נגד מדיניות הכיבוש. עניינם של הפלסטינים נכלל בחוות הדעת של בית הדין הבין-לאומי לצדק (ICJ); המוסדות הלאומיים הפלסטיניים היו מוכנים להשקיע משאבים רבים כדי להעלות בפני בית הדין את טיעוני הפלסטינים. רק לאחר מתן חוות דעתו של בית הדין – ולא לאחר ההחלטה להתחיל בבניית חומת ההפרדה – התעצם השיח הביקורתי נגד הבנייה, במיוחד ברמה הבין-לאומית. חוות דעת זו, ללא

בעיני הציבור הישראלי. הציבור הישראלי מעניק לגיטימציה להמשך בניית החומה גם בלי נימוקי בג"ץ.⁴¹ לעומת זאת, חוות הדעת של בית הדין הבין-לאומי לצדק עשויה לשכנע ולו חלק קטן מציבור זה כי פסק דינו של בג"ץ אינו עולה בקנה אחד עם הנורמות הבין-לאומיות וכי על כן יש להפסיק את המשך הבנייה. חלק אחר וגדול יותר מהציבור הישראלי ימשיך לתמוך בבניית החומה מטעמים פוליטיים, אם כי הוא עשוי להשתכנע כי בג"ץ אינו ניטרלי אלא מקיים את החלטות הצבא. חלק הארי של הציבור הישראלי ישתכנע כי בג"ץ הגן על ההחלטות הלאומיות של מדינת ישראל, קבע שהן נכונות ולא "נכנע" לנורמות הבין-לאומיות, וכי טוב אם ימשיך בדרך זו. כך או כך, ספק רב אם פסק דינו של בג"ץ בעניין חומת ההפרדה בראי המשפט העל-לאומי חיזק את מעמדו של בג"ץ כערכאה ניטרלית בעיני הציבור הישראלי.

הנה כי כן, עריכת דין על-לאומית מספקת לעורכי דין על-לאומיים הזדמנות מקצועית להשתחרר במידה ניכרת מכבלי הנורמות המשפטיות הלאומיות הפוגעות במשפט זכויות האדם. ביכולתם של עורכי דין כאלה לנקוט היום צעדי התנגדות משפטית מתוך ההליכים המשפטיים, באמצעות הסתמכות על נורמות מהמשפט העל-לאומי. כוחן, משקלן וחשיבותן של נורמות אלו מאפשר לעורכי דין על-לאומיים לפתח אסטרטגיות משפטיות חדשות שלא היו זמינות בעבר.

3. תיעוד הפרות של זכויות אדם וניידות מקומית ובין-לאומית

ריצ'רד פולק טוען כי כדי לקדם את משפט זכויות האדם חובה על החברה האזרחית לפעול בעוצמה בזירת האו"ם ובזירת התקשורת.⁴²

האם יכולים עורכי דין על-לאומיים, באמצעות עבודתם המקצועית בבתי המשפט, למלא את התפקיד שאליו מתייחס פולק? הספרות המקצועית הביקורתית עוסקת בכוחם של "עורכי דין ציבוריים" להשתמש במשפט כדי ליצור ניידות חברתית. בעבודתם החלוצית והביקורתית של פיטר גייבל ופול האריס, הנסמכת על התאוריות הביקורתיות במשפט, הם טענו כי המשפט אינו מוגבל אך ורק לאולם בית המשפט. לטענתם, דווקא כיוון שהמשפט מתאפיין במאפיינים חברתיים-פוליטיים, הוא מעניק הזדמנות לעורכי

ספק, העצימה את המאבק הפלסטיני נגד בניית חומת ההפרדה, כדבריה של ברנדה קוסמן (ראו: Cossman, לעיל ה"ש 4, בעמ' 340):

Human rights is a powerful political discourse-indeed, it is often the only discourse in which disadvantaged groups may claim a voice and legitimately make universal claims. International, national and grassroots organizations continue to make human rights the discourse of choice in their struggles. Despite its institutional limitations, the discourse provides an important source of political inspiration and energy through which people can be educated and mobilized.

41 ראו יהודה בן מאיר ורפנה שקד "רעת קהל וביטחון לאומי 2007" ערכון אסטרטגי 10, 25, 27 (2007) [www.inss.org.il/upload/\(FILE\)1193575627.pdf](http://www.inss.org.il/upload/(FILE)1193575627.pdf)

42 Richard Falk, *World Order Between Interstate Law and the Law of Humanity: The Role of Civil Society Institutions*, 1 INT'L. LEGAL THEORY 14, 21 (1995)

הדין לעבוד עם הציבור הרחב ועם לקוחותיהם ובכך לחשוף כיצד המשפט אכן מעצב את מודעות הציבור וכיצד הוא מעניק לגיטימציה למבנה החברתי הקיים אשר יוצר ניכור ואי-צדק.⁴³ אולם חשוב לציין כי עיקרה של ספרות זו עוסקת בקהילה המקומית. המשפט העל-לאומי פותח צוהר חדש לפני עורכי הדין ומציב את הקהילה הבין-לאומית – וליתר דיוק, את החברה האזרחית הבין-לאומית – לרבות מנגנוני האו"ם, כיעד לניידות ולסנגור, כדי שישפיעו ויגרמו לשינוי. השימוש במשפט הלאומי לא נועד אך ורק ליצור ניידות חברתית פנימית אלא הוא כלי לפנייה אל הקהילה הבין-לאומית ולהעברת מסר על אודות מדיניות הדיכוי וההפרה של זכויות האדם שעליה מבקשים בתי המשפט הלאומיים להגן ושאותה הם שואפים לשעתק.⁴⁴

אבקש לטעון כי באמצעות ההליכים השיפוטיים הלאומיים עצמם, יכולים עורכי דין על-לאומיים ליצור תיעוד של מידע כדי להעצים הן את המאבק הבין-לאומי הן את המאבק הפנימי נגד הפרות מקומיות של זכויות אדם. הליך השיפוט הלאומי, אשר כולל את כתבי הטענות של העותרים, את תגובת המדינה ואת פסקי הדין עצמם, מאפשר לייצר תיעוד של מידע על אודות הפרת זכויות אדם. תיעוד המידע נעשה, למשל, באמצעות חיוב המדינה להגיב בכתב ובעל פה לטיעונים המועלים נגדה במסגרת ההליך השיפוטני ולהתמודד אתם. המידע יכול להתקבל גם מן הנימוקים שבפסקי הדין. חשיבותו של מידע זה היא בהיותו רשמי ומסודר, ולפיכך תיעודו באמצעות כתבי הטענות המוגשים לבתי המשפט ובאמצעות פסקי הדין עצמם הוא תיעוד היסטורי של הפרות זכויות אדם.

לטענת א"פ תומפסון, המשפט משרת בדרך כלל את האינטרסים של המעמד השולט או הדומיננטי, אך הוא עושה זאת באמצעות מבנים (forms) משפטיים אשר כופים על השולטים מגבלות וחסמים כדי לחזק את הלגיטימיות של שלטונם וכדי לחזק את מעמד המשפט כעצמאי וכרוף צדק.⁴⁵ לדעתי, מערך הניגודים הפנימיים של המשפט מסייע אף הוא להעברת המידע הרשמי לציבור. הצורך בכירור משפטי הוגן, ולו למראית עין, מאפשר לצדדים לחשוף את נימוקיהם או את חלקם ולהציג את הנרטיב המשפטי שעליו הם נסמכים. לטענתי, מערך זה של ניגודים וסתירות המאפיינ את המבנים המשפטיים מעניק הזדמנות לעורכי הדין בכלל ולעורכי הדין העל-לאומיים בפרט להסיר במידה מסוימת את "המסכה" המבקשת להסתיר מעשי אי-צדק, באמצעות שימוש במידע שמתגלה להם במסגרת מבנים משפטיים אלה. בתי המשפט, שיבקשו להופיע כעצמאיים בשיקול דעתם,

Peter Gabel & Paul Harris, *Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law*, 11 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 369 (1982–1983).

ליסה חג'אר הייתה חלוצה בעבודתה, עבודה שעסקה בעורכי דין ישראלים ופלסטינים שעבדו עם בתי הדין הצבאיים בשטחים הכבושים. בעבודה נדונה יכולתם של עורכי הדין להשתמש בידע שלהם בשפה האנגלית, ובמידע שהם נחשפים אליו בעבודתם (כגון בעת ביקורים בבתי כלא), כדי לדבר עם הקהילה הבין-לאומית על אודות מדיניות הדיכוי של הכיבוש. עם זאת, מסקנות עבודתה של חג'אר עשויות להיות נכונות גם לגבי כל פעיל זכויות אדם שמקבל מידע כזה, ואינן מייחדות דווקא עורכי דין שמבקשים ליצור את המידע באמצעות המקצוע, היינו, באמצעות השימוש בהליכים המשפטיים עצמם. ראו: Hajjar, לעיל ה"ש 37.

E.P. THOMPSON, WHIGS AND HUNTERS: THE ORIGIN OF BLACK ACT 66 (1975) 45

יבקשו מהמדינה שתגיב על הטענות בדבר הפרות של זכויות אדם. פרקליטי המדינה, שרואים את עצמם כחלק ממערך הצדק והמשפט, יהיו חייבים להגן על עמדות המדינה באמצעות מתן צידוקים להפרות; הם יעשו זאת, במידה מסוימת מבלי להסתיר מידע מהותי מפני בית המשפט או מבלי "לרמות" את בית המשפט, כדי לשמור על עצמאותו ועל יושרו של המשפט בעיני הציבור. בית המשפט יכתוב את פסק דינו, ככל שהדבר מתאפשר מבחינתו, גם על יסוד המידע המהותי שהוצג לפניו, כיוון שהסתרת מידע חשוב זה מפני הציבור יפגע במעמדו של בית המשפט ולו בקרב המתדיינים לפניו.

המידע שמתועד במסגרת הליכים אלה עשוי לשמש בפורומים בין-לאומיים כתיוד רשמי אודות הפרות של זכויות אדם; הוא משמש את השיח הציבורי הלאומי ומעורר דיון ציבורי מקומי אודות הפגיעה בזכויות אדם. במישור ההיסטורי, פסקי הדין האלה יהיו חלק מהתיעוד ההיסטורי-משפטי של הפרות של זכויות אדם על ידי המדינה.

יוצא כי גם במקרים של "הפסד" משפטי בזירה הלאומית, השימוש במשפט העל-לאומי על ידי עורכי הדין למען זכויות האדם עשוי דווקא, במקרים מסוימים, לסייע למטרותיה של התנועה למען ההגנה על זכויות אדם במישור המקומי. הוא עשוי לעורר דיון ציבורי לאומי, ליצור קוטביות ציבורית שתחליף קונצנזוס לאומי מוצק, לתת כלים מעצימים לחבריה של תנועת זכויות האדם ולחזק את הקולות המבקרים את פסיקות בתי המשפט הלאומיים המנוגדות לנורמות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם. במקרים מסוימים שבהם בתי המשפט הלאומיים דוחים את התביעה בניגוד לנורמות הבין-לאומיות, עשויה דווקא להיווצר דינמיקה חברתית-פוליטית היוצאת נגד ההחלטה עצמה.

הליכי ההתנגדות עשויים ליצור יחסי כוח חדשים בבתי המשפט הלאומיים – עורכי הדין של זכויות האדם לא ייחשבו רק לסוכנים מקומיים המייצגים קהילה מקומית חלשה, אלא יתפקדו בפועל גם כמייצגי "הקול הבין-לאומי" וכחברים במערך עולמי, ולפעמים אף ייתפסו ככאלה. לכן, הפנייה לקהילה העולמית באמצעות השימוש בהליך השיפוטי הלאומי כאקט של התנגדות נגד מדיניותו של המשטר, משנה את תפיסתם של עורכי הדין המייצגים את קרבנות הפרת הזכויות בכל הקשור להצלחתה של ההתנגדות.

ב.יעילות השימוש במשפט העל-לאומי

1. סוגיות פלסטיניות לפני בית המשפט העליון הישראלי

בחלק זה אתיחס לפעילות המשפטית של עורכי הדין מטעם ארגון "עדאלה" – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל" במהלך המבצע הצבאי הישראלי שכונה "חומת מגן". מבצע צבאי זה התחיל ב-29 במרס 2002, נמשך באופן אינטנסיבי עד 18 באפריל 2002 ובמהלכו נכנס הצבא הישראלי לערים, לכפרים ולמחנות פליטים בגדה המערבית ונעשה שימוש בכוח צבאי כבד שלא היה כמותו מאז כיבוש השטחים הפלסטיניים בשנת 1967. המאורעות במחנה הפליטים ג'נין היו מן הקשים והבולטים ביותר שהתרחשו במהלך מבצע זה. הפעילות המשפטית של ארגון "עדאלה" שאסקור כאן היא זו שבוצעה מאז הכניסה למחנה הפליטים ג'נין, ב-3 באפריל 2002, ועד 18 באפריל 2002, היום שבו יצא הצבא הישראלי ממחנה הפליטים ג'נין. פעילות זו כללה פניות לגופים משפטיים והגשת עתירות שונות, ביניהן ארבע עתירות לבג"ץ שעסקו בעיקר במאורעות שהתרחשו במחנה הפליטים

ג'נין. עתירות אלה הוגשו במהלך פעילות מבצעית רצופה של הצבא הישראלי; עד אז לא נהגו הארגונים המשפטיים לזכויות אדם להגיש עתירות במהלך פעילות מבצעית, ולו מפני שצפו כי בג"ץ לא יתערב במקרים אלה. בעתירות הללו נשענו העותרים על המשפט העל-לאומי: אמנת ז'נבה הרביעית,⁴⁶ חוקת רומא ופסיקה של ה-ICTY בכל הקשור להגנה על האוכלוסייה האזרחית, להריסת בתים ולהגדרת פשעי מלחמה. להלן אבחן את תפקודם של עורכי הדין מטעם "עדאלה" כעורכי דין על-לאומיים בקשר לסוגיות הללו: תיעוד הפרות של זכויות אדם באמצעות ההליכים המשפטיים; אלמנט ההרתעה בהליך המשפטי; פנייה אל הציבור ויצירת דיון ציבורי במהלך הדיונים המשפטיים ובעקבותיהם; שימוש במידע הרשמי בפורומים בין-לאומיים; שימוש במשפט על-לאומי ככל שהוא קשור לאקט ההתנגדות המשפטית ולשאלת הלגיטימיות שעוררו הפעולות המשפטיות ביחס למבצע "חומת מגן".

2. האירועים הצבאיים בתמצית

בערב חג הפסח ב-27 במרס 2002 אירע טראגי ביותר, שבו פיגוע התאבדות שביצע פלסטיני תושב הגדה המערבית גרם למותם של 30 אזרחים ישראלים ולפציעתם של כ-140 אזרחים במלון פארק בנתניה. מיד לאחר מכן החליטה ממשלת ישראל על פתיחת מבצע "חומת מגן". הגברת מרי רובינסון, נציבת זכויות האדם דאז באו"ם, כתבה בדו"ח מטעמה כי מבצע זה היה המקיף ביותר מאז הסכמי אוסלו בין נציגי אש"ף לממשלת ישראל בשנת 1993; כי לפי נתוני הסהר האדום, בין 29 במרס ל-21 באפריל נהרגו 217 פלסטינים ונפצעו 498; וכי על פי דיווחיהם של ארגוני זכויות אדם ישראלים ופלסטיניים, נעצרו עד 16 באפריל 2521 פלסטינים. חלקם הועברו לבתי מעצר ולמחנה המעצר קציעות בנגב והוחזקו שם בתנאים קשים ביותר שאינם עונים על סטנדרטים בין-לאומיים מינימליים. כמו כן, צוין בדו"ח כי הצבא עשה שימוש בפלסטינים כ"מגנים אנושיים".⁴⁷

כאמור לעיל, יותר מכל אירוע ספציפי אחר, בלטו האירועים הצבאיים שהתרחשו במחנה הפליטים ג'נין. דו"ח נציבת זכויות האדם מפנה לדו"ח אונר"א, לפיו הצבא הישראלי הרס והחריב רכוש וקניין פרטי של מאות משפחות. דָּנָה כי לפי הערכה, כ-800 בתים במחנה הפליטים ג'נין נהרסו או נפגעו באורח קשה וכ-4000-5000 תושבים נותרו ללא קורת גג.⁴⁸ בדו"ח משולבת עדותו האישית של שליח האו"ם למזרח התיכון, מר טרייה רוד לארסן, אשר מתאר את האירועים כך: "[H]orrific beyond belief [...] It is totally destroyed; it is like an earthquake; we have expert people here who

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, T.I.A.S. No 3365, 75 U.N.T.S. 287; International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, Oct. 26, 1961, 469 U.N.T.S. 43

High Commissioner for Human Rights, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Follow-up to the World Conference on Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/2002/184 (Apr. 24, 2002)

שם, פס' 47 ר-48.

have been in war zones and earthquakes and they say they have never seen anything like it”

3. התנגדות משפטית הנסמכת על המשפט העל-לאומי

בשל הפלישה הצבאית לערי הגדה המערבית ובעקבות המצור והעוצר שהוטלו שם, לא התאפשר לארגוני זכויות האדם הפלסטיניים בגדה המערבית לנוע ולקיים את עבודתם השגרתית באופן יום-יומי ושוטף. במשך תקופה בלתי מבוטלת לא הורשו עיתונאים מקומיים וזרים להיכנס לאזורים מסוימים ובמיוחד למהנה הפליטים ג'נין. ממידע שסיפק ארגון "עיתונאים ללא גבולות" (ועוגן אחר כך בדו"ח נציבת זכויות האדם באו"ם), עולה כי שבעה עיתונאים נפצעו מידי הצבא הישראלי, 15 עיתונאים נעצרו, לעבר 60 עיתונאים נורתה אש מצד הצבא, מ-20 עיתונאים הופקעו דרכונים ומסמכים אחרים ושש ערים פלסטיניות הוכרזו כשטח צבאי סגור. מיד לאחר תחילת הפלישה קיבל ארגון "עדאלה" החלטה אסטרטגית לפיה יפעל במתכונת חירום; האג'נדה האחת והיחידה הייתה פעילות משפטית שוטפת ויום-יומית כנגד הפרות זכויות האדם שביצע הצבא הישראלי בשטחים הכבושים. לשם כך הוקמה קואליציה בין שלושה ארגונים פלסטיניים מובילים בתחום זכויות האדם: "עדאלה", "קאנון (LAW) – הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם והסביבה", ו"המרכז הפלסטיני לזכויות אדם בעזה". מטרת הקואליציה הייתה לקדם את הפעילות המשפטית הן במישור המקומי הן במישור הבין-לאומי; "עדאלה" ו"קאנון (LAW)" הובילו את הפעילות המשפטית בפורומים משפטיים ישראליים.⁴⁹ במישור המקומי, השאיפה הייתה לצרף לקואליציה גם ארגונים משפטיים לזכויות אדם, יהודיים או ישראליים, ובעיקר את "האגודה לזכויות האזרח בישראל", כדי לעמוד כחזית של ארגוני זכויות אדם פלסטיניים וישראליים נגד הפרות זכויות האדם בשטחים הכבושים.

בפעילותו היום-יומית בטרם תחילת המבצע הצבאי קבע לעצמו ארגון "עדאלה" כללים פנימיים, שלפיהם פנייה לערכאות השיפוט בישראל תיעשה בכפוף לקיומם של שני תנאים מקדימים: א. העתירה או התביעה נשענת על בסיס משפטי איתן; ב. יש סיכוי שבית המשפט יקבלה (שלא תידחה מטעמים פוליטיים). בתקופת אירועי "חומת מגן" פעל ארגון "עדאלה" בניגוד לכללים אלה. באותה עת היה ברור לעורכי הדין של הארגון, שהובילו את

49 במסמך פנימי של "עדאלה" (המצוי ברשות המחבר), שכותרתו: "Adalah's Emergency Agenda 1 April 2002" צוינו הדברים הללו:

With the massive escalation of violence by the Israeli army against Palestinian residents of the West Bank in late March 2002, Adalah set aside its normal program of work and adopted an 'emergency agenda' [...] Adalah is urgently seeking to bring the attention of the courts, the public, international community and the media severe violations of human rights and international humanitarian law being perpetrated by the Israeli army in the West Bank. Inside Israel, Adalah is representing political activist and detainees who participated in demonstrations opposing governmental policy and Israeli army attack

הפעילות המשפטית בישראל, כי בית המשפט העליון לא יתערב בפעילותו המבצעית של הצבא וכי גורלן של העתירות שתוגשנה לבג"ץ יהיה אחד: דחייה ללא התערבות. הערכה זו התבססה על ניסיון העבר; לפיו, לא רק שמעטים היו המקרים שבהם התערב בג"ץ וקיבל את העתירות להגנה על האוכלוסייה האזרחית בשטחים הכבושים, אלא שבג"ץ מעולם לא התערב וקיבל עתירות המופנות נגד פעילותו המבצעית של הצבא.⁵⁰

כידוע, לבתי המשפט יש אפשרות לדחות עתירות על יסוד דינוני או פרוצדורלי, או על יסוד מה שנקרא "עילות סף".⁵¹ בכך מתייחד הדיון בעתירות ובית המשפט פוטר את עצמו מלדון בהן לגופן. מסיבה זו הפכו ההיבטים הדינוניים והפרוצדורליים למרכיב עיקרי בהכנת הפניות לבג"ץ. כדי שההליך המשפטי יהיה אפקטיבי הייתה חובה להיצמד לכללי הדיון בבג"ץ, המחייבים מיצוי ההליכים ברשויות הרלוונטיות בטרם פנייה לערכאות, ולהקפיד על רמה גבוהה של תיעוד והוכחה, ולו ראשונית, בחלקן העובדתי של העתירות. נוסף לכך, הסעדים שנתבקשו בעתירות היו חייבים להיות קונקרטיים ולא כלליים. ברוב המקרים, מיצוי ההליכים באירועי "חומת מגן" נעשה עם מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.⁵² העתירות שהוגשו הסתמכו באופן ניכר על הוראות המשפט הבינ-לאומי ההומניטרי, והוקפד על ציון מיוחד של הסעיפים הישירים מהאמנות הבינ-לאומיות הרלוונטיות לעתירות. הפניות לבג"ץ והגשת העתירות לוו בעבודה אינטנסיבית להצגתן לתקשורת ולציבור בשלוש שפות: ערבית, עברית ואנגלית.

עבודת הארגונים באותה תקופה הייתה אינטנסיבית וכללה שמונה הליכי קדם-בג"ץ, ביניהם ההליך בעניין השימוש בפלסטינים כ"מגנים אנושיים"; ארבע עתירות לבג"ץ בעניין מחנה הפליטים ג'נין (אחת מהן בשיתוף עם "האגודה לזכויות האזרח בישראל"), עתירות שנשמעו זו אחר זו, יום אחרי יום; עתירה לבג"ץ בעניין חופש העיתונאים; עתירה לבג"ץ בעניין תנאי מעצר של פלסטינים (בשיתוף שבעה ארגונים פלסטיניים וישראליים לזכויות אדם) ושלושה הליכים פליליים לפני ערכאות נמוכות. כדי להמחיש את פעולת עריכת הדין העל-לאומית, אעבור לתיאור ארבע העתירות שהוגשו בעניין מחנה הפליטים ג'נין.

50 בהקשר זה יצוין כי העתירה היחידה שהתקבלה ושבה התערב בג"ץ בפעילותו המבצעית של הצבא היא דווקא העתירה שהוגשה במאי 2002 בעקבות אירועי ג'נין ולאחר סיומם, בעניין השימוש בפלסטינים כ"מגנים אנושיים"; אולם פסק-הדין הסופי בעניינה ניתן רק ב-6 באוקטובר 2005: בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005).

51 רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 173–178 (1991).

52 הליך קדם-בג"ץ הוא פנייה אל פרקליטות המדינה כצער אחרון כדי למצוא פתרון לסוגיה או לקבל את הסכמתה לדרישת העותרים בטרם הפנייה לבג"ץ. הליך זה מקובל כחלק ממיצוי ההליכים, במיוחד במקרים דחופים. על אופי ההליך ראו יואב דותן "קדם-בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז,

□ (2004) 159.

העתירה הראשונה: נגד מניעת פינוי פצועים והרוגים⁵³

ארגון "עדאלה" הגיש את העתירה לשופט תורן בערב 7 באפריל 2002 והיא נקבעה לדיון למחרת בבוקר עם עתירה דומה שהוגשה על ידי עמותת "רופאים לזכויות אדם", לפני הרכב השופטים דליה דורנר, איילה פרוקצ'יה ואדמונד לוי. עתירת "עדאלה" דרשה לאפשר פינוי של פצועים באמצעות צוותים רפואיים של הסהר האדום ושל הצלב האדום באזור ג'נין ושכם, ולתת אפשרות לבני משפחות ההרוגים להביאם לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת. בין היתר תואר בעתירה סיפורו של העותר הראשון, שנפצע בביתו ולא ניתן היה לפנותו לבית החולים, סיפור מותם של שני בני משפחה עקב הפגזת טנקים ישראלים בג'נין ודיווח על 28 גופות הרוגים שנמנו בקבר אחים בחצר בית החולים הממשלתי ברמאללה, לאחר שחדר המתים של בית החולים התמלא בגופות וכיוון שכוחות הצבא מנעו את הבאתם לקבורה בבית הקברות הסמוך. בעתירה צוינו שמותיהם המלאים של שבעה הרוגים מאזור ג'נין ושכם שנמצאו בבית חולים בשכם ולא התאפשרה הבאתם לקבורה. כן הופיעה בעתירה רשימת שמותיהם של שבעה פצועים נוספים אשר העברתם לבתי חולים מרכזיים לא התאפשרה, לצד תיאור קצר של מצב בריאותם.

פרקליטות המדינה הגישה את תגובתה לעתירה ביום הדיון. בתגובה צוין כי עקב הזמן הקצר ביותר שחלף מאז הגשת העתירות "לא ניתן לבדוק את המקרים הספציפיים המוזכרים בעתירות, ובוודאי שלא ניתן להתייחס אליהם בתגובה זו לבית המשפט הנכבד". בתגובה זו קבעה המדינה את הנרטיב שלה בעניין מבצע "חומת מגן". נרטיב זה חזר על עצמו, באותה לשון, בכל התגובות לעתירות שהובאו לאחר מכן, ומהותו הייתה כדלקמן: מאז חודש ספטמבר 2000 התבצעו אירועי לחימה ופיגועים רבים בשטחים ובישראל. אירועים אלו גרמו למאות הרוגים ופצועים ישראלים וכן למותם ולפציעתם של פלסטינים רבים. הפיגועים החמירו במרץ 2002, וכתגובה למעשי הטרור החליטה המדינה על פעולות רחבות היקף של צה"ל לשם הכרעת הטרור, שכללו כניסה של צה"ל לשטחים רבים בשליטת הרשות הפלסטינית כדי לעצור מבוקשים ומחבלים. נרטיב המדינה הסתכם במילים אלה: "במסגרת פעולת צה"ל מתקיימים באזור קרבות עם גורמים חמושים, וצה"ל נאלץ לגייס כוחות מילואים רבים, ולהפעיל כלי נשק כבדים כגון טנקים ונגמ"שים, ואף מסוקי קרב ומטוסים" (ההדגשה שלי – ח' ג').

הדיון בבית המשפט נמשך כמעט שעה, בנוכחות ראויה של קהל ושל תקשורת מקומית. לקראת שעות הערב של אותו יום, 8 באפריל, פרסם בית המשפט העליון את פסק דינו; שתי העתירות נדחו בפסק דין שאורכו עמוד אחד.⁵⁴ בפסקה הפותחת סוכמו טיעוני העותרים ולאחר מכן פורטו תגובת המדינה ומסקנותיו של בית המשפט. לדברי בית המשפט הסכימה המדינה כי המצב האובייקטיבי של הטיפול בחולים, בפצועים ובגופות אינו קל, אולם לדבריה המצב נובע מהלחימה עצמה וכן מכך שהמחבלים מצאו מחסה בבתי חולים וחומרי נפץ הועברו באמבולנסים. בית המשפט קבע כך:

53 בג"ץ 2941/02 סואבטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, הוגש עם בג"ץ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (נו) 3 (2005); פסק הדין ניתן ב-8 באפריל 2002.

54 שם.

באין אפשרות להתייחס לאירועים הספציפיים המוזכרים בעתירות, שעל פניהם נראים קשים, רואים אנו להדגיש כי כוחותינו הלוחמים מחויבים לקיים את הכללים ההומניטריים הנוגעים לטיפול בפצועים, בחולים ובגופות הרוגים [...] מחויבות זו של כוחותינו, על ביסוסה המשפטי והמוסרי – ולדברי המדינה אף התועלתני – יש לחזור ולהציג בפני הכוחות הלוחמים עד לדרג של החייל הבודד בשטח, תוך מתן הנחיות קונקרטיות, שימנעו, ככל הניתן אף במצבים קשים, פעילות שאינה מתיישבת עם כללי הסיוע ההומניטרי. הסעד שהתבקש בעתירות היה חיוב המדינה במתן הסבר. משניתן ההסבר, שבגדרו הובהר כי חיילי צה"ל הונחו לפעול על פי הכללים ההומניטריים, וכי הם אף פועלים כך, הרי שיש לדחות את העתירות.

במקרים נדירים בלבד מפרסם בית המשפט העליון את פסקי הדין מטעמו בשפה האנגלית, אולם הנהלת בתי המשפט פרסמה פסק דין זה גם בשפה האנגלית, הגם שאורכו היה עמוד אחד בלבד. לימים, פרסם גם משרד החוץ הישראלי את פסק הדין בחוברת שיצאה מטעמו בשפה האנגלית, וכללה מספר קטן של פסקי דין של בית המשפט העליון הנוגעים לשטחים הפלסטינים הכבושים.⁵⁵

העתירה השנייה: נגד הריסת בתים על שוכניהם

על רקע הפרסומים הקשים בעניין מחנה הפליטים ג'נין, החליט ארגון "עדאלה" ב-8 באפריל להתחיל בהכנת שתי עתירות נוספות שתוגשנה בנפרד, זו אחר זו ולא כעתירה אחת כוללת, מסיבות משפטיות דיוניות המבקשות שמירה על סעדים קונקרטיים: העתירה שהוגשה באותו יום עסקה באיסור הריסת בתים על שוכניהם ונשמעה ב-9 באפריל. העתירה הנוספת, שהוגשה ב-9 באפריל, התייחסה לאיסור להפציץ ולהפגז ריכוזי אוכלוסין ותשתיות אזרחיות – הטענה בעתירה הייתה שפעולות אלה הן לא רק הפרות בוטות של אמנת ז'נבה הרביעית, אלא גם פשעי מלחמה על פי האמור בחוקת רומא. ארגון "עדאלה" הציע ל"אגודה לזכויות האזרח בישראל" להצטרף לעתירה זו והאגודה נענתה בחיוב להצעה.

כאמור לעיל, ב-8 באפריל, מיד לאחר מתן פסק הדין בעתירה הראשונה, הגיש ארגון "עדאלה" עתירה⁵⁶ שבה התבקש בית המשפט להורות למשיב להימנע מהמשך הריסת בתים על שוכניהם במחנה הפליטים ג'נין מבלי ליתן התראה מראש ומבלי ליתן אפשרות לפינוי הבתים מיושביהם ורכושם. הדיון נקבע ל-9 באפריל לפני הרכב של שלושה שופטים. ביום הדיון פורסמו בכלי התקשורת ידיעות ועדויות קשות על מעשי הצבא במחנה הפליטים ג'נין. בעיתונות הובעו וזעזעו מפעולות הצבא, חשש מתגובה בין-לאומית חריפה נגד ישראל וביקורת על הנזק העצום שנגרם בג'נין.⁵⁷

ISRAEL SUPREME COURT, JUDGMENTS OF THE ISRAEL SUPREME COURT: FIGHTING TERRORISM 55
WITHIN THE LAW (2005).

בג"ץ 2977/02 עדאלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו"ד 6 (3) 2002.

57 עמוס הראל ועמירה הס "שני חיילים נהרגו בקרבות בג'נין; ביקורת בצה"ל: גרמנו הרס מחירי" הארץ Online 9.4.2002 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo

בכתב העתירה נטען, בין היתר, כי עשרות בתים נהרסו על ידי דחפורים ועל ידי טילים מטנקים וממסוקים. בבתים נמצאו נשים, ילדים וקשישים שלא היו מעורבים בלחימה; פעמים רבות לא ניתנה התראה קודם להריסה וכך נלכדו אנשים בין ההריסות ונגרמו פציעות ואבירות בנפש.

הדין, אשר התנהל לפני המשנה לנשיא דאז שלמה לוין והשופטים יצחק אנגלרד ואשר גרוניס, נמשך שעה וחצי והתקיים באולם המרכזי והגדול ביותר של בית המשפט העליון, אולם שהיה מלא בקהל ובעיתונאים מקומיים וזרים. הדין הצטייר הפעם כעימות חריף, בלשון המעטה, בין הרכב בית המשפט לבין עורכי הדין של העותרים, עימות שחרג מהכללים המקובלים.⁵⁸

לקראת שעות הערב של אותו יום פרסם בית המשפט את פסק־דינו; אורכו היה שני עמודים. באופן חריג מהנהוג חתמו על פסק־הדין כל שלושת שופטי ההרכב, מבלי לציין את שמו של השופט שכתב את פסק הדין.⁵⁹ בפסק הדין חזר בית המשפט על טענותיו של המשיב, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון: בפעולה רחבת היקף של צה"ל שבמהלכה נכנס הצבא, בין היתר, למחנה הפליטים ג'נין, הסתבר כי העיר ומחנה הפליטים אורגנו כמתחם צבאי, בתים מולכדו והוצתו וחיילים רבים נפגעו מירי צלפים. כן צוטטה טענת המשיב לפיה מחמת תנאי השטח וכדי להקטין את הפגיעה בחיילים נעשה שימוש בדחפור, שלווח אמנם בכרוז המודיע לתושבים להתפנות מהבתים, אך בחלק מן הבתים לא התפנו יושביהם אלא רק לאחר שהדחפור פגע באחד מקירות הבית. לטענת המשיב הייתה זו פעולה בלתי נמנעת, ובנסיבות כאלה כוחו של בית המשפט להתערב הוא מוגבל. בית המשפט קבע כי "אכן אין מדובר בתנאים רגילים וסטטיים שבהם מן הראוי ליתן למי שמבקשים לפעול נגדו הודעה מוקדמת לפני שרכושו נפגע [...] חזקה על המשיב – ולא נטען לפנינו אחרת – שהוא הנחה את הכוחות הלוחמים לעשות את כל הדרוש כדי להימנע מאפשרות של פגיעה שאינה הכרחית בחפים מפשע. העתירה נדחת" (ההרגשות שלי – ח' ג').

העתירה השלישית: נגד הפצצת ריכוזי אוכלוסין ומטרות אזרחיות⁶⁰

העתירה הוגשה בצהרי 9 באפריל; בחלק העובדות הופיעו סיפורים אישיים רבים ובחלקה המשפטי פורטו כל הפרות הזכויות שהן בבחינת פשעי מלחמה לפי המשפט הבינ־לאומי.

150005&contrassID=2&subContrass ID=0&sbSubContrassID=0; גרעון אלון "שריד:

לאן המבצע בשטחים 'מתגלגל'?" הארץ 9.4.2002.

58 הדיון הגיע לשיאו כשכבוד המשנה לנשיא לוין שאל את עורכת הדין ארנה כהן מארגון "עדאלה": "האם לדעתך כוחות הברית היו צריכים ליתן התראה ארוכה ומוקדמת לתושבי ררודן לפני שהפציצו את העיר?" עורכת הדין כהן השיבה: "כן, אסור היה להפציץ את הבתים בררודן על יושביהם". לא נרשם פרוטוקול מלא של הדיון ועל כן אין תיעוד לחילופי הדברים.

59 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 56.

60 בג"ץ 3022/02 קאנון (Law) – הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 9 (2002).

למיטב ידיעתי הייתה זו העתירה הראשונה שהוגשה לבג"ץ שטיעוניה נסמכו באופן מקיף על ההגדרות המשפטיות של "פשעי מלחמה" ואשר כללה התייחסות פרטנית להפרות של זכויות שהן בגדר פשעי מלחמה. בעתירה תוארו מקרים שבהם הפגיו הצבא ריכוזי אוכלוסין ומטרות אזרחיות (כגון בתי ספר ובתי חולים) במחנה הפליטים ג'נין באמצעות טנקים ומסוקי קרב; תוארו מקרים שבהם בתים הופגזו ונשרפו באמצעות מסוקים כששוכני הבתים בתוכם, וחלקם אף מניפים דגלים לבנים; כן תוארו מקרים של היעדר מים וחשמל ומחסור במזון במשך ימים.

תגובת המדינה הוגשה בבוקר הדין; השימוש במסוקים ובטנקים וניתוק החשמל לא הוכחו אמנם, אך המדינה סיפקה הסברים שהצדיקו, לטענתה, את הפעולות המבצעיות של הצבא.

הדין בעתירה התקיים בצהרי 10 באפריל לפני השופטים דליה דורנר, איילה פרוקצ'ה ואדמונד לוי. יחד עם עורכי הדין מטעם "עדאלה" הופיע עורך הדין דן יקר, היועץ המשפטי של "האגודה לזכויות האזרח בישראל". נוכחות הציבור ואמצעי התקשורת המקומיים והזרים גדלה מעתירה לעתירה ומיום ליום. שוב התקיים הדין באולם הגדול של בית המשפט העליון ושוב הייתה נוכחות רבה של הציבור ושל אמצעי התקשורת. גם הפעם היה ה"עימות" בין עורכי הדין של העותרים לבין הרכב בית המשפט חריף ובטון החורג מן המקובל.

בשעות הערב של אותו יום פרסם בית המשפט את פסק דינו, הקצר ביותר מבין פסקי הדין בעתירות המתוארות. פסק הדין, שאורכו פחות מעמוד, נכתב על ידי כב' השופטת דורנר ובו נאמר:

אף אנו סבורים כי לא ניתן עניינית ומוסדית לתת את הסעדים המבוקשים על-ידי העותרים. ברם אף לגוף העניין יש לדחות את העתירה, שכן מתשובת המדינה עולה כי צה"ל אכן עושה מאמצים כדי למנוע, או למצער למזער, את הפגיעה באזרחים. בגדר מאמצים אלו אף נפלו חיילים, ופעילות צה"ל מבוצעת תוך שמירה על חיי חיילינו בתנאי לחימה קשים, כאשר, כדברי עורך-הדין יקר עצמו, הלוחמים נגרנו מחזיקים באוכלוסייה האזרחית כבת-ערובה. העתירה נדחת. ניתן היום, כ"ח בניסן תשס"ב (10.4.2002).⁶¹

העותרים מחו על הטענה כי הסכימו, כביכול, לקביעה כי האוכלוסייה האזרחית בג'נין מוחזקת כבת ערובה על ידי הלוחמים מתוכה והגישו בקשה מיידית לתיקון פסק הדין; אולם הבקשה נדחתה ביום 14 באפריל.

העתירה הרביעית: נגד קבורה המונית של ההרוגים⁶²

ביום שישי 12 באפריל החלו להגיע לארגון "עדאלה" ידיעות מתוך מחנה הפליטים ג'נין לפיהן הצבא מתכוון לבצע קבורה המונית של הרוגים, כי ככוונתו להעביר גופות למקום

61 שם, בעמ' 10.

62 בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002); בג"ץ 3115/02 טיבי נ' ראש

הממשלה, פ"ד נו(3) 11 (2002); עניין עדאלה, לעיל ה"ש 56.

לא ידוע וכי הקבורה תתבצע ללא זיהוי הגופות.⁶³ בעקבות מידע כללי זה, שלא נתמך בעדויות אישיות, פנו נציגי ארגון "עדאלה" עוד באותו יום אל פרקליטות המדינה וביקשו כי תורה לצה"ל להימנע מביצוע מעשים אלה. פנייה מידית זו לא נענתה.⁶⁴ ארגון עדאלה החליט להגיש עתירה לבג"ץ באופן מירי; לאחר שנוצר קשר עם חברי כנסת ערביים הוגשו ביום שישי אחר הצהריים, בה בעת, שלוש עתירות – הראשונה על ידי חבר הכנסת מוחמד ברכה, השנייה על ידי חבר הכנסת אחמד טיבי והשלישית על ידי עורכי דין מטעם ארגון "עדאלה", בשמו ובשם "קאנון (LAW)". בעתירות ביקשו העותרים להימנע מהבאתם של ההרוגים לקבורה המונית מבלי שהגופות יזוהו, לאפשר לצוותים הרפואיים של הסהר האדום ושל הצלב האדום להגיע אל המחנה כדי לפנות את הגופות לבתי החולים ולאפשר לבני משפחות ההרוגים להביא את יקיריהם לקבורה נאותה ומכובדת.

מיד לאחר הגשת העתירות ביקש בג"ץ את תגובתה המידית של פרקליטות המדינה וזו הוגשה בשעות הערב של יום שישי. בעקבות זאת הוציא בג"ץ צו ביניים שהורה לצבא להימנע מפינוי גופות ההרוגים הפלסטינים מהמקומות שבהם היו מצויות אותה עת, עד לקיום הדיון. העתירה נקבעה לדיון ביום ראשון 14 באפריל, לפני הרכב של שלושה שופטים.⁶⁵

פרקליטות המדינה ציינה בתגובתה המידית כי "עם השלמת השתלטות כוחות צה"ל על מחנה הפליטים ג'נין, נותרו במחנה גופות פלסטינים שלא ניתן היה לפנותן קודם השלמת ההשתלטות", וכי קיים חשש שחלק מהגופות מולכדו. לכן, לאחר סיום הליך סריקת הגופות יתנהלו מגעים בין רשויות הצבא המוסכמות לבין הגורמים הפלסטיניים הרלוונטיים כדי לתאם את הבאת הגופות על ידם לקבורה מידית. אם שיתוף הפעולה לא יצלח ישקלו רשויות הצבא להביא את הגופות לקבורה בעצמן.

הדיון בבג"ץ החל בבוקר יום ראשון 14 באפריל ונמשך כשעתיים וחצי. אולם בית המשפט היה מלא. לדיון הגיעו נציגי רשתות הטלוויזיה המובילות בעולם בשפות שונות, לרבות נציגי רשתות טלוויזיה מהעולם הערבי. הפעם התנהל הדיון בראשותו של נשיא בית המשפט העליון דאז אהרן ברק ולפני השופטים תיאודור אור ודורית ביניש. הנשיא ברק ניהל את הדיון בדרך אשר כיבדה את זכויותיהם של כל הצדדים להציג בהגינות את טיעוניהם לפניו וביקש שהצדדים יגיעו להסכמות או להסדר ביניהם בעניין הליכי הקבורה. במקום להתייחס לעניין העקרוני, כבקשת העותרים, הצליח הנשיא ברק לתחום את הדיון לעניינים פרוצדורליים, כפי שמשתקף גם בפסק דינו.

63 גם במהדורת האינטרנט של עיתון "הארץ" דיווחו באותו יום ענת ציגלמן ועמירה הס כי "צה"ל מתכוון לקבור היום את גופות ההרוגים הפלשתינאים במחנה [...] מקורות צבאיים אמרו שצה"ל טרם עשה דבר לקבורת הגופות. הרוגים שזוהו כאזרחים יועברו לבית החולים בג'נין ואחר כך לקבורה, ואלו שזוהו על ידי צה"ל כמחבלים ייקברו בבית קברות מיוחד בבקעת הירדן". ראו ענת ציגלמן, עמוס הראל, עמירה הס והסוכנויות "צה"ל החליט לקבור גופות ההרוגים בג'נין" הארץ 12.4.2002.

64 ראו את העמוד השלישי לכתב העתירה של ארגון "עדאלה" שהוגש באותו יום: בג"ץ 3116/02 עדאלה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 11 (2002).

65 על השתלשלות זו ראו עניין ברכה, לעיל ה"ש 62, פס" 5 לפסק דינו של השופט ברק.

פסק הדין ניתן בשעות אחר הצהריים של אותו יום והיה הארוך ביותר מכל פסקי הדין שניתנו בעניין מחנה הפליטים ג'נין. הוא השתרע על פני שישה עמודים. גם סגנונו של פסק הדין היה שונה מזה של האחרים. להבדיל מפסקי הדין הקודמים, שנפתחו בטיעוני העותרים, נפתח פסק דין זה בנרטיב המבקש להצדיק או להסביר את כניסת הצבא הישראלי דווקא למחנה הפליטים ג'נין. שלושת פסקי הדין הקודמים שהוזכרו הבחינו בין טיעוני המשיבים לבין עמדת בית המשפט והכרעותיו השיפוטיות; לעומתם המעיט הנשיא ברק בהבחנה זו בפסק דינו, ובמקומות רבים הוצגו הדברים כאילו היו הכרעותיו העובדתיות של בית המשפט. למשל, אף כאשר לא נתבקשה הכרעה שיפוטית בשאלה אם פעולות הצבא בג'נין הן בגדר "טבח", והיא לא נדונה במהלך הדיונים, בחר בית המשפט לדון בה מיזמתו וקבע:

נטען בעתירות כי טבח נעשה במחנה הפליטים ג'נין. המשיבים חולקים על כך בכל העוצמה. קרב היה בג'נין – קרב בו נפלו רבים מחיילינו. הצבא נלחם מבית לבית ולא בדרך של הפצצות מן האוויר, וזאת כדי למנוע ככל האפשר פגיעה באזרחים. עשרים ושלושה מחיילי צה"ל קיפחו את חייהם. עשרות חיילים נפצעו. העותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם. טבח הוא דבר אחד. קרב קשה הוא דבר אחר.⁶⁶

רק בפסקה 4 לפסק הדין ולאחר הצגת הנרטיב של "חומת מגן" ושל הפלישה למחנה הפליטים ג'נין כהכרעות שיפוטיות, הציג הנשיא ברק את תמצית העתירות וקבע קביעות עובדתיות שאימצו את עמדת המדינה בעניין מספר ההרוגים: "במחנה נותרו גופות של פלסטינים [...] עד להגשת העתירות שלפנינו אותרו שלושים ושבע גופות. שמונה גופות נמסרו לצד הפלסטיני. עשרים ושש גופות טרם פונו".⁶⁷

בפסקאות 7 ו-8 לפסק הדין קבע בית המשפט כי נקודת המוצא, בנסיבות המקרה, היא כי האחריות לאיתור הגופות, לזיהוין, לפינויין ולקבורתן מוטלת על המשיבים וכי זו חובתם מכוח דיני המשפט הבין-לאומי. עוד קבע בית המשפט כי עמדה זו מקובלת על המשיבים והם אף מוכנים לשקול בחיוב – על פי שיקול דעת המפקד הצבאי – צירוף של נציג הסהר האדום לפעולות האיתור והזיהוי. בית המשפט המליץ על דרך פעולה זו ואף ביקש כי היא תבצע במהירות האפשרית, בתוך כיבוד המת ושמירה על ביטחון הכוחות. כן קבע בית המשפט כי גם הקבורה תיערך בדרך מכובדת וללא הבחנה בין הגופות (מחבלים או אזרחים). בפסקה המסיימת את פסק הדין קבע בית המשפט כי "לאור ההסדר שהתווה לעיל, המקובל על הצדדים בפנינו, העתירות נדחות". בפסק הדין צוין פעמים רבות נושא "ההבנות" בין הצדדים כבסיס להכרעה השיפוטית.⁶⁸ בפסקה האחרונה כתב הנשיא ברק משפט שהפך לאחד ממשפטי המצוטטים ביותר: "גם בתקופת לחימה יש לקיים את

66 שם, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק.

67 שם, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא ברק.

68 למשל שם, פס' 9–11 לפסק דינו של הנשיא ברק (בהתאמה) צוין: "הנה כי כן אין מחלוקת של ממש בין הצדדים"; "אכן, בתחום ההומניטרי ניתן לרוב להגיע לידי הבנה והסדר. כבוד המת חשוב לכולנו"; "טוב הוא שהצדדים לעתירות שלפנינו הגיעו להבנה. הבנה זו ראויה היא מכבדת את החיים ואת המתים".

הדינים החלים על לחימה. גם בתקופת לחימה יש לעשות הכל כדי להגן על האוכלוסיה האזרחית". פסק דין זה גם הוא מהבודדים בין פסקי הדין של בית המשפט העליון שתורגמו לאנגלית. התרגום הופץ גם הוא בחוברת מטעם משרד החוץ הישראלי. לאחר מתן פסק הדין, ביום 16 באפריל 2002, הגיש ארגון "עדאלה" בקשה לקיים הליך נוסף בתיק זה בטענה שהצבא מסרב לשתף פעולה עם נציגי הסהר האדום וכן כי הוא מסרב למסור את הגופות לצד הפלסטיני. בג"ץ דחה את הבקשה.⁶⁹ ביום 18 באפריל 2002 יצא הצבא הישראלי מתוך מחנה הפליטים ג'נין.

4. התרעה על הפרות של זכויות אדם ותיעודן באמצעות ההליך המשפטי

עורכי דין על-לאומיים מבקשים להשתמש בהליכים משפטיים הן כדי להתריע מפני הפרות של זכויות אדם הן כדי לתעד אותן. בכל העתירות, ההסתמכות על המשפט העל-לאומי לשם הצגת טיעונים בדבר הפרות בוטות של זכויות אדם, הן לפי אמנת ז'נבה הרביעית הן לפי חוקת רומא, אפשרה להציג לפני בית המשפט את העובדות נשוא העתירות (שכן העובדות הן רלוונטיות אם הן מקימות טיעון משפטי) ובכך אף לתעד אותן. תיאור טיעוני העותרים בכתבי העתירות ובפסקי הדין הוא תיעוד הן של עצם ביצוע הפרות הללו הן של הצגת הטענה בדבר הפרות על ידי עורכי הדין באמצעות המשפט העל-לאומי. נוסף לכך, תיעוד זה מוכיח כי הפנייה אל ערכאות השיפוט נעשתה במועד התרחשותם של המאורעות.

אם עורכי הדין של העותרים ציפו שפסקי הדין יעגנו את סיפוריהם של הקרבנות או שבית המשפט ימתח ביקורת על התנהלות הצבא וחיליו במחנה הפליטים ג'נין, הם התברו. עם זאת, התיאור העובדתי בחלק מפסקי הדין הרלוונטיים מהווה גם תיעוד של הפגיעה רחבת ההיקף באוכלוסייה הפלסטינית, כיוון שעובדות מסוימות לא הוכחו על ידי המדינה.

מכל המסמכים המשפטיים עולה כי ישנה הסכמה שהצבא הישראלי נכנס למחנה הפליטים ג'נין, "הפעיל כלי נשק כבדים כגון טנקים ונגמ"שים, ואף מסוקי קרב ומטוסים",⁷⁰ כי פלסטינים רבים נהרגו ונפצעו במהלך הפלישה, כי לא ניתנה אפשרות לפנות הרגים ופצועים בזמן, כי גופות רבות נותרו במחנה למשך תקופה ארוכה ללא פינוי וכי כמוהן כך גם פצועים. פרקליטות המדינה אישרה כי הצבא הפציץ מטרות אזרחיות בתוך מחנה הפליטים ג'נין באמצעות טנקים ומטוסים ופגע בהן, כי מערכת החשמל ובית הספר במחנה

69 בעניין עדאלה, לעיל ה"ש 56, נקבע:

פסק דיננו (מיום 14.4.2002) מפרט את האחריות המוטלת על המשיב על כל שלבי האיתור, הזיהוי, הפינוי והקבורה. כן פורטו בפסקה 7 לפסק הדין השלבים השונים לקיום התהליכים הנדרשים. בהודעה שהוגשה לנו מטעם המדינה היום, נמסר כי בשעות אלה ממש מתקיימים מגעים בין נציגי הצלב האדום והסהר האדום לבין נציגי צה"ל, בקשר לאיתור הגופות ותיעוד הממצאים לפני מסירת הגופות לידי הגורמים הפלסטינים לקבורה. מקווים אנו כי מגעים אלה יעלו יפה, וכי ניתן יהא להמשיך הפעולות ההומניטריות כפי שנקבע בפסק דיננו. בנוסיבות אלה, אין מקום לקיים בשלב זה הליך נוסף.

70 זהו ציטוט שחזר על עצמו בכל תגובות המדינה וכחלק מהנרטיב של מבצע "חומת מגן".

הופצו, כי היה מחסור נמשך במים ובמזון וכי הצבא הרס בתים. נציגי הצבא טענו, בין היתר, כי הרס הבתים נעשה כדי לפלס דרך לחיילים כיוון שסמטאות המחנה היו צרות – היינו הודו כי הרס הבתים היה שיטתי. נציגי הצבא אף טענו כי קראו לאנשים לצאת מבתיהם באמצעות כרוז, אך חלק מהתושבים לא נענו ויצאו מן הבתים רק לאחר תחילת מלאכת ההריסה.⁷¹ בכל המקרים הללו הוגשו עתירות בעת ביצוען של פעולות אלה. בית המשפט העליון דחה את כולן וקיבל את גרסת הצבא. למרות דחיית העתירות וקבלת הצידוקים וההסברים של המדינה, עורכי הדין העל-לאומיים יכולים עדיין להשתמש בעובדות המתועדות לצורך ביקורת משפטית מאוחרת בראייה היסטורית של בתי המשפט הישראליים, או לעשות בהן שימוש במנגנונים אחרים – תקשורת, לחץ ציבורי, מנגנונים משפטיים חוץ-מדינתיים או פורומים בין-לאומיים אחרים שאינם משפטיים.

כדי לחדד את חשיבות עבודת עורכי הדין העל-לאומיים ניתן לבחנה על דרך השלילה: לו לא היו העתירות מובאות לפני בית המשפט, האם היה ההיסטוריון המשפטי זוכה לתיעודן ההיסטורי של הפרות זכויות האדם בפסקי דין אלה? האם היו המשפטנים נחשפים לפגיעה בזכויות האדם של הקרבנות המגעת כדי פשעי מלחמה? האם הייתה אפשרות לדעת בוודאות כי לא קיימים סעדים משפטיים שיכולים היו להגן על האוכלוסייה הפלסטינית האזרחית בעת ההיא? האם יכולים היינו לדעת כי היו עורכי דין שציינו באותה עת כי הפעילות הצבאית הייתה מנוגדת למשפט הבין-לאומי והגיעה לדרגת פשעי מלחמה?

5. תקשורת עם הציבור המקומי, עם העולם ועם האו"ם

באמצעות השימוש במשפט המקומי ובמשפט העל-לאומי מבקשים עורכי דין על-לאומיים לספק מידע לציבור, לתקשורת ולפורומים בין-לאומיים על אודות הפרות בוטות של זכויות אדם; הם מבקשים לעורר באמצעות ההליך המשפטי המקומי דיון ציבורי. עיון בהודעות לציבור ולתקשורת של ארגון "עדאלה" מעיד כי הארגון דאג מלכתחילה לפרסמן באופן עקבי ושיטתי לא רק בערבית או בעברית אלא גם בשפה האנגלית. ניסוח הכותרות השתדל להבליט, על פי רוב, הן את האירוע המשפטי הן את האירוע הצבאי שנגרדו עתרו. ניסוח כזה נועד להסב את תשומת לב הציבור לאירועים הן במישור המקומי הן במישור הבין-לאומי, שכן ההליך המשפטי יוצר מצב של ציפייה ושל המתנה בעת שצדדים שלישיים שהם גופים רשמיים נדרשים להציג תגובה או תשובה לפניות משפטיות (במקרה של הליך קדם-בג"ץ – פרקליטות המדינה, ובמקרה של עתירה – בית המשפט עצמו).

71 גם בית המשפט מאשר זאת בעניין ברכה, לעיל ה"ש 62, פס' 2 לפסק דינו של ברק: "עם הגעתם פתחו כוחות צה"ל בקריאה כללית לתושבים לצאת את הבתים. לפי מה שנמסר לנו, הקריאה לא נענתה". בתגובת הפרקליטות לדיון מיום 14 באפריל 2002 צוין בפסקה 10 כך: "למרות קריאה זו בימי הלחימה הראשונים במחנה, לא נענו התושבים לקריאה ולא יצאו מבתיהם". אף שהתגובה הוגשה ב-12 באפריל 2002 נכתב בהמשך הפסקה "עד ליום 7.4.2002 בלילה, כמעט אף אחד לא יצא מן המחנה, ואז החלה יציאה של כ-100 איש מן המחנה".

הסיקור בתקשורת ובאקדמיה

כאופן כללי, בתקופה הרלוונטית למבצע "חומת מגן", כמו ברוב מבצעי הצבא, הביעה התקשורת במדינת ישראל תמיכה רבה בפעילות הצבא ובמדיניות הממשלה. עשרות כתבות סיקרו את העתירות שהגיש ארגון "עדאלה", רובן בעת הגשתן או בעת דחייתן על ידי בג"ץ וחלקן גם לקראת הדיון.⁷² בעיתון הארץ בלבד נכתבו 27 כתבות, 14 מתוכן בחלק החדשות והשאר בחלק המאמרים והכתבות. רבות מהכתבות ציטטו את העמדות שהציגה פרקליטות המדינה בשם הצבא וחלק מהן הבלויתו כותרות שתאמו את האסטרטגיה המשפטית של "עדאלה", היינו הבלויתו את הודאתה של המדינה בכיצוע מעשים בניגוד לעקרונות המשפט הבינ-לאומי.⁷³ למרות תמיכתה העקרונית של התקשורת בצבא, היו עיתונאים שכתבו מאמרי ביקורת והשתמשו בעתירות, בתגובות הפרקליטות עליהן ובפסקי הדין כדי למתוח ביקורת, בין היתר, על חוסר הנכונות של מערכת בית המשפט ליתן סעדים משפטיים להגנה על האוכלוסייה הפלסטינית האזרחית. בין מאמרי הביקורת הבולטים היה מאמרו של יוסף אלגזי, שפורסם דווקא עם סיום הדיונים בעתירות, ושבו ביטא אלגזי ביקורת חריפה על התנהלותו של בית המשפט העליון בעתירות הללו.⁷⁴ מאמר

72 עמוס הראל וג'אל בנא "בג"ץ ידון היום בפניו גופות פלשתינאים בג'נין" הארץ 14.4.2002.

73 ענת ציגלמן ומשה ריינפלד "צה"ל: קבורת הגופות בג'נין מותנית בהסכם" הארץ 15.4.2002; משה ריינפלד "בג"ץ: צה"ל רשאי להרוס בתים בלחימה ללא התראה" הארץ 10.4.2002.

74 יוסף אלגזי "בעת לחימה לא ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית ולתת סעדים אפקטיוויים" הארץ Online 15.4.2002 & itemNo=152263& www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?contrassID=2&subContrassID=6&sbSubContrassID=0 ; בפתיחת הכתבה כותב אלגזי:

"התנועה של הרחפור בתוך השטח הבנוי מלווה בקריאה של כרוז המודיע לתושבים להתפנות [...] היו בתים שלאחר הקריזה יצאו מהם אנשים, והיו בתים שאנשים לא יצאו לאחר הכריזה, אך יצאו לאחר שהרחפור פגע באחד מקירות הבית, ובטרם נהרס הבית". שורות אלה אינן לקוחות מעתירה שהגיש ארגון זכויות אדם כלשהו לבית המשפט בישראל, אלא מתוך תשובת פרקליטות המדינה לעתירה שהגישו לבג"ץ בשבוע שעבר עדאלה [...] וקאנון [...].

כותרת המשנה של הכתבה היתה:

שש עתירות הוגשו בשבוע שעבר לבג"ץ בעקבות לחימת צה"ל בשטחים. חמש מהן נדחו. הנימוק המרכזי של השופטים היה כי במקרים רבים בג"ץ אינו יכול להעביר ביקורת שיפוטית על פעולות מבצעיות. בעתירה שיטית, בעניין פינזי גופות מג'נין על ידי צה"ל, סמך בג"ץ את ידו על פשרה שהושגה בין שלטונות הצבא לבין העותרים.

בכתבה הובאו ציטוטים מדבריהם של עורכי דין לזכויות אדם, יהודים ופלסטינים, המבקרים את התנהלותו של בית המשפט העליון. ראו גם עמירה הס "קולות מג'נין: סדרה של שיחות טלפון מעידה על מקצת ההתרחשויות השבוע בג'נין" הארץ 6.4.2002; כתבה זו התבססה, בין היתר, על העדויות הקשות שגבו עורכי הדין מטעם "עדאלה" ושהוגשו לבית המשפט.

נוסף היה מאמרו של העיתונאי אריה דיין, שבו הוא דיווח על "עשרות מקרים של פגיעה בשירותי הבריאות הפלשתינים: הפגזת בתי חולים, הריסת חדרי דיאליזה", ציין את עתירת "עדאלה" וביקר את דחייתה על ידי בג"ץ.⁷⁵

הכתבה המקיפה ביותר פורסמה בעיתון ג'רוזלם פוסט ב-3 במאי 2002, וכותרתה: "On the home court".⁷⁶ ציון מיוחד קיבלה בכתבה החלטתם של ארגוני זכויות האדם, בניגוד לעבר, שלא להמתין עד לפתיחת הליכים במישור הבינ-לאומי, אלא להביא את עניין הפרות זכויות האדם לפתחו של המשפט הבינ-לאומי מיד, בעת הדיון בית המשפט המקומי.

כפי שצוין לעיל, מסמכי ההליכים המשפטיים וההודעות לתקשורת שיצאו מטעם ארגון "עדאלה" נוסחו גם בשפה האנגלית. כך יכלו עורכי הדין של ארגון "עדאלה" להיות מקור מידע לעיתונאים מכל רחבי העולם, והם התראיינו בכלי התקשורת המובילים בעולם. העתירה האחרונה שבגינה הוצא צו ביניים, בערב יום שישי 12 באפריל 2002, סוקרה באמצעי התקשורת המובילים בעולם לרבות ברשתות השידור CNN, BBC ואל-ג'זירה. כמו בתקשורת, גם באקדמיה הייתה תמיכה עקרונית בפסיקת בית המשפט העליון. המאמר הבולט בנושא נכתב על ידי פרופ' יואב דותן;⁷⁷ במאמרו ביקר דותן את "האגודה לזכויות האזרח בישראל", בעיקר בגין הצטרפותה לעתירות, שאותן הגדיר כפעולה של "שורה של ארגוני פעולה רדיקליים" אשר פתחו ב"מתקפה" של עתירות לבג"ץ כנגד כל צעד שנעשה בשטחים". עורך הדין יובל אלבשן, שהיה אז מרצה במכללה האקדמית למשפטים, והמוכר בישראל כפעיל זכויות אדם, הצהיר כי לא היה כל סיכוי שהעתירות יתקבלו וכי למעשה, האגודה השתתפה בתעמולה נגד המדינה באמצעות "עתירות לא חכמות שקעקעו את אמינות בית המשפט העליון, שהוא צלע מרכזי בקידום זכויות האדם, וגררו למחלוקת ציבורית, שגם היא פוגעת בפעילות למען זכויות האדם".⁷⁸ לעומת זאת, הביע פרופסור דוד קרצ'מר מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית עמדה אחרת, לפיה בעת משבר אנשים אינם מעוניינים בביקורת ונוטים להגן תחילה על המדינה: "כך זה היה בתחילת מלחמת לבנון, שכל אחד שהפגין נגדה נחשב בוגד ורק אחר כך אנשים הבינו כמה הם טעו";⁷⁹ לדבריו, דווקא בזמן כזה חשובה הפעילות למען זכויות האדם.

6. עבודה עם גופים בין-לאומיים

כמובן שלצד הפעילות המשפטית המקומית, חשובה מכל היא עבודת הארגון עם גופים בין-לאומיים ובעיקר עם ועדת האו"ם לזכויות האדם; לזוועדה זו הוגשו כל המסמכים המשפטיים שהיו בידי "עדאלה" ואשר תיעדו את עבודת הארגון בתקופה הרלוונטית.

- 75 אריה דיין "הצוותים נצטוו לזחול לעבר הטנקים" הארץ 18.4.2002.
- 76 Eetta Prince-Gibson, *On the Home Court*, JERUSALEM POST, May 3, at 02.B, 2002.
- 77 יואב דותן "הסניף הירושלמי של 'עדאלה'" הארץ 21.4.2002; בתגובה למאמר זה פורסמו שני מאמרי תגובה קצרים: תומר פופר "כשהזכויות חצו את הקו" הארץ 25.4.2002; שלום (שולי) דיכטר "זהירות: סכנת הבגידה" הארץ 25.4.2002.
- 78 רותי סיני "האגודה לזכויות האדם יוצאת מהקונצנזוס" הארץ 25.4.2002.
- 79 שם.

ב־16 באפריל 2002 קיבלה ועדת האו"ם לזכויות אדם החלטה לפיה נציבת האו"ם לזכויות האדם, גברת מרי רובינסון, תגיש דו"ח מידי על אודות המצב בשטחים הפלסטינים הכבושים. בדו"ח מיום 24 באפריל 2002 ציינה רובינסון כי ממשלת ישראל אסרה על משלחת מטעמה להיכנס לישראל או לשטחים הכבושים, וכי ארגון "עדאלה" הוא אחד מהמקורות שהסתמכה עליו בדו"ח שלה. היא התייחסה באופן פרטני להליך הקדם-בג"ץ מטעם "עדאלה" בעניין השימוש בפלסטינים כ"מגנים אנושיים"⁸⁰ ולעתירה שהוגשה ב־8 באפריל 2002 נגד מניעת פינוי פצועים והרוגים לבתי חולים ובבקשה לאפשר הגשת סיוע רפואי.⁸¹ במקומות רבים בדו"ח ציינה רובינסון בהתייחסותה הכללית את ארגוני זכויות האדם; למשל, בעניין תנאי המעצר בקציעות ציינה כי הסתמכה על דו"ח "עדאלה" ודו"ח "בצלם" שהיו ברשותה.

הדו"ח של רובינסון לא עסק באופן מקיף במאורעות מחנה הפליטים ג'נין, כיוון שבהתאם להחלטת האסיפה הכללית מס' ES-10/10 מיום 7 במאי 2002 תוכנן לצורך זה דו"ח מקיף וספציפי שהוכן על ידי מזכ"ל האו"ם, מר קופי אנאן. כיוון שממשלת ישראל אסרה גם על משלחת מזכ"ל האו"ם לבקר בשטחים הכבושים, ציין מזכ"ל האו"ם בדו"ח, שהוגש ב־30 ביולי 2002, כי הוא נכתב ללא ביקור בג'נין או בערים פלסטיניות אחרות ונסמך רק על מקורות זמינים ועל מידע שסיפקו ארגונים לא־ממשלתיים ואחרים. לאור היעדר תגובה מישראל, הסתמך האו"ם על הצהרות פומביות של אישים פוליטיים בישראל ועל מסמכי ממשלה רלוונטיים. קשה לקבוע במפורש איזה שימוש בדיוק נעשה במסמכים המשפטיים שהוגשו מטעם "עדאלה", אולם תיאורים רבים שמרצגים בדו"ח (למשל תיאור הריסת בתים על יושביהם ותגובת המדינה,⁸² או אמירות המיוחסות לממשלת ישראל או לצבא, שהם

80 High Commissioner for Human Rights, לעיל ה"ש 47, בפסקה 23: "On 18 April 2002, Adalah (the Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel) sent a pre-petition to the Attorney-General's office demanding that it compel the IDF to stop using Palestinian civilians as human shields in military operations"

81 שם, בפסקה 37:

On 8 April 2002, the Israeli High Court dismissed petitions filed by human rights organizations challenging the IDF's prevention of access to medical treatment for the sick and wounded; restriction of access of medical personnel and transport to the areas; and obstruction of the right to bury the dead in a respectful manner.

82 ראו: U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly resolution ES-10/10*, ¶ 64, U.N. Doc. A/RES/10/186 (July 30, 2002):

Many of the reports of human rights groups contain accounts of wounded civilians waiting days to reach medical assistance, and being refused medical treatment by IDF soldiers. In some cases, people died as a result of these delays. In addition to those wounded in the fighting, there were civilian inhabitants of the camp and the city who endured

ציטוטים מדויקים מתגובות פרקליטות המדינה לעתירות שהוגשו מטעם ארגון "עדאלה" מעידים כי אכן נעשה במסמכים שימוש רב.⁸³ למעשה, סייעו עורכי הדין העל-לאומיים לפורומים הבין-לאומיים בתיעוד הפרות המשפט הבין-לאומי בזמן אמת, כל זאת על יסוד התשתית הנורמטיבית של המשפט העל-לאומי. העובדות שאספו עורכי הדין העל-לאומיים, ואשר קיבלו ביטוי בעתירות, בתגובות המדינה ובפסקי הדין, שימשו הן לצורך תקיפת ההפרות באמצעות המשפט המקומי הן לצורך תקיפתן על ידי האו"ם והתקשורת העולמית ברמה הבין-לאומית. הנה כי כן, אף שמדובר בעתירות שהתוצאה המשפטית שלהן הייתה ידועה מראש ושסיכוייהן להתקבל בבג"ץ היו אפסיים, לא התוצאה המשפטית המיידית הכריעה בעניין הגשתן, אלא האפקט הציבורי והבין-לאומי שהיה ביכולתן לייצר. אכן, בהגשת העתירות ובעריכת הדיונים הצליחו עורכי הדין העל-לאומיים לעורר דיון ציבורי מקומי ובין-לאומי נוקב על אודות היקף ההפרות, תפקודו של בג"ץ בהגנה על זכויות אדם, מעמדו הציבורי של בג"ץ, תוכן הפרות זכויות האדם וכן דיון במושגים כגון פשעי מלחמה. כמו כן הצליחו עורכי הדין העל-לאומיים לייצר מידע רשמי שהועבר לפורומים בין-לאומיים ולא"ם, שנציגיו לא נכחו בשטח בעת קרות המאורעות.

7. התנגדות משפטית ושאלת הלגיטימיות

במקרים המתוארים במאמר זה, הסתמכו עורכי הדין העל-לאומיים על המשפט העל-לאומי כמשפט מהותי וקיימו את המשפט הלאומי – היינו הישראלי – במישור הדיוני. ההסתמכות על המשפט העל-לאומי הרחיבה את מרחב ההתנגדות המשפטית של עורכי הדין – קיומו של המשפט העל-לאומי אפשר להם להגיש את העתירות על אף היעדר הסיכויים שתתקבלנה לפי המשפט הלאומי. המשפט העל-לאומי סיפק כלים משפטיים שאפשרו לכתוב עתירות משפטיות. בהעדר קיומו של משפט זה, היה קשה להגיש את

medication shortages and delays in medical treatment for pre-existing conditions. For example, it was reported on April 4 that there were 28 kidney patients in Jenin who could not reach the hospital for dialysis treatment.

83 שם. ראו למשל את ההתייחסות בפסקה 65 לבית החולים שנדון בעתירה השלישית ואשר פרקליטות המדינה התייחסה אליו:

The functioning of Jenin Hospital, just outside the camp, appears to have been severely undermined by IDF actions, despite IDF statements that 'nothing was done to the hospital'. The hospital's supplies of power, water, oxygen and blood were badly affected by the fighting and consequent cuts in services. On 4 April, IDF ordered the Palestinian Red Crescent Society (PRCS) to stop its operations and sealed off the hospital. Hospital staff contend that shells and gunfire severely damaged equipment on the top floor and that at least two patients died because of damage to the oxygen supplies. None of the Palestinians within the hospital was permitted to leave until 15 April.

העתירות ולקיים דיונים לגופן כי במצב כזה לא היה בידי עורכי הדין טיעון שיצדיק את התערבותו של בית המשפט. דהיינו, המשפט העל-לאומי סיפק את העילה המשפטית שבהיעדרה היו העתירות נדחות על הסף.

עילות משפטיות אלו הן שאפשרו גם ל"אגודה לזכויות האזרח בישראל" להצטרף לעתירות. כוחו של המשפט העל-לאומי כמצפן לארגוני זכויות האדם, הוביל לכך ש"האגודה לזכויות האזרח בישראל" הצטרפה לעתירה על אף הסיכון הפוליטי שהיה טמון בכך עבורה. ללא ספק, בהיעדר האפשרות להסתמך על כוחו של המשפט העל-לאומי מעמדם של נציגי האגודה כעורכי דין מקצועיים עלול היה להיפגע, וכפועל יוצא לפגוע במעמד הארגון. בעזרת המשפט העל-לאומי ועקב השימוש בו – גם בעזרת יצירת דיון ציבורי וביקורת בין-לאומית, היו העתירות אקט של התנגדות משפטית – יצאו נגד מוסכמות מקובלות בעניין הגשת עתירות, נגד מדיניותו השיפוטית של בית המשפט ונגד יחסי הכוח הקיימים.

שימושם של עורכי הדין במשפט העל-לאומי ביקש להרתיע ולהרתיע. בית המשפט העליון לא נותר אדיש לפעולה משפטית זו. ניתן להניח כי בית המשפט העליון ביקש גם הוא לפנות בפסקי דינו אל הפורומים הבין-לאומיים. לא במקרה ראתה הנהלת בתי המשפט לנכון לתרגם לשפה האנגלית שני פסקי דין מתוך הארבעה. מצד אחד ביקש בית המשפט להגן על המדיניות הלאומית הישראלית מפני הפורומים הבין-לאומיים, ומן הצד האחר – להגן על מעמדו כבית משפט המקיים הליך הוגן וכרוך צדק. נראה שכל הצדדים, הן עורכי הדין הן השופטים, היו מודעים למעמד העל-לאומי שקיבל בית המשפט המקומי.

מעניין לראות כי פעמים רבות "סנגר" בית המשפט על הצבא; שני פסקי הדין של השופטת דורנר דיברו בלשון "אנחנו" הלאומי, לשון שהציגה את בית המשפט ואת הצבא כיחידה לאומית אחת. לא פעם נעשה שימוש במונח "כוחותינו". נפסק כי הצבא אכן פעל לפי מערכת נורמטיבית, כנטען על ידי המשיבים. הנשיא ברק ביקש להתבסס בפסק דינו בין היתר על "ההבנות בין הצדדים"; אף שפסק דין זה היה היחיד שראוי היה לקצרו לאור אותן הבנות, הנשיא ברק דווקא האריך ברטוריקה שלו כיוון שביקש לתעד עניינים שמעבר לסכסוך המשפטי הקונקרטי, תיעוד שהופנה גם כלפי חוץ. אם כן, כאמור, גם בית המשפט היה מודע למעמד העל-לאומי שקיבלו העתירות.

בית המשפט קיים את הדיונים בעתירות בתוך 24 שעות ממועד הגשתן. פרקליטות המדינה השיבה בכתב לעתירות ובית המשפט העניק הזדמנות לעותרים להעלות את טיעוניהם לפניו. לא זו בלבד, בעתירה האחרונה בית המשפט אף הוציא צו בנינים. בעתירות מסוג זה, המציגות בין היתר טענות בדבר פשעי מלחמה, אי-שמיעתן בתוך זמן קצר עלולה הייתה להיות בעייתית מאוד מבחינת בית המשפט, במיוחד במישור הבין-לאומי. ניתן להניח (במיוחד לגבי העתירה האחרונה שנשמעה לפני הנשיא ברק) כי המותב ועורכי הדין של העותרים התייחסו לדיון כבעל מעמד נוסף פרט לזה של אולמו הצר של בית המשפט, וכחלק ממערך עולמי גדול יותר שעיני העולם מופנות אליו.

האם הצליח בית המשפט להעניק לגיטימיות לפגיעה באוכלוסייה האזרחית או למבצע "חומת מגן"? קשה לקבוע כי בגלל פסיקתו של בית המשפט האמין הציבור הישראלי יותר בצדקת עמדת הצבא. נהפוך הוא. השפעת העתירות ניכרת בשיח הציבורי שניהלו

אליטות שמעמדו של בית המשפט העליון חשוב יותר בקרבן; תומכי בית המשפט העליון מתחו ביקורת על הצטרפות "האגודה לזכויות האזרח בישראל" לעתירות, דווקא משום שלטענתם עתירות אלה פגעו במעמדו הציבורי והבין-לאומי של בית המשפט העליון.⁸⁴ ביקורת זו עשויה להיות נכונה משיקולים פרגמטיים של הצורך בחיזוק מעמדו של בית המשפט העליון, במקרים של מתקפה על תפקודו מצד גורמים שמרניים שאינם מרוצים מהתערבותו בהחלטות פוליטיות. אולם היא אינה יכולה להיות נכונה מבחינתם של עורכי דין על-לאומיים במקרים הנדונים; עורכי דין אלה מתמקדים בהסרת ה"מסכה" ובחשיפתן של הפרות של זכויות אדם ולא במעמדו הבין-לאומי והציבורי של בית המשפט הלאומי. בכל אופן, הביקורת על בית המשפט העליון מצדן של אותן אליטות מצביעה על כך שגם אלה המודאגים ממעמדו של בג"ץ נחשפו לפגיעות בזכויות אדם ולהפרתן, וגם הם משוכנעים כי בג"ץ לא מנע את ביצוען של ההפרות, אם כי ניתן לשער שהם תומכים בתוצאות הדיונים. חיזוק נוסף לכך נמצא בכתבה ב"ג'רוזלם פוסט" שהוזכרה לעיל, ואשר התייחסה לתפקודו של בית המשפט העליון במהלך מבצע "חומת מגן"; בכתבה הובא ציטוט מפיו של הנשיא ברק, כדלקמן: "Supreme Court president Aharon Barak was recently quoted in the media saying 'These are not pretty days for human rights'". הביקורת על מבצע "חומת מגן" במישור הבין-לאומי הייתה חריפה ביותר. סיכום הדו"ח הקשה הזה מקשה להגיע למסקנה ברמה הבין-לאומית לפיה נעשה בישראל צדק עם הפלסטינים.

סיכום

במאמר זה ביקשתי להתייחס להתחזקותה של עריכת דין על-לאומית בתחום זכויות האדם וכן לסוגיית ההתנגדות המשפטית באמצעות המשפט הלאומי. המשפט העל-לאומי מרחיב את מרחב הפעולה המשפטית של עורכי הדין בניסיונם ליצור שינוי פוליטי ומעניק להם דרכים חדשות לקבוע אסטרטגיות משפטיות. הזדמנויות חדשות אלה הן תוצר של התעצמותו של המשפט העל-לאומי. מצב שבו ריבונות המדינה היא המקור לסמכותה העליונה של המדינה לקבוע את גורלם ה"צודק" של הכפופים לה והנמצאים תחת שליטתה הוא שונה, באופן מהותי, ממצב שבו סמכות זו כפופה לחוקת-על הנמצאת מחוץ לשליטתן הבלעדית של המדינות. שינוי זה משפיע הן על הבנתנו את מעמדו של שלטון החוק המקומי הן על תפקודם של בתי המשפט המקומיים, ובמיוחד העליונים שבהם.