

עלייתה של עריכת דין על-לאומית לזכויות האדם

חסן ג'בארין

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 לגייס, הם כולם מקומיים. על-פי ספרות זו, הצלחה משפטית נמדדת על פי רוב בהתאם לתוצאות המושגות בבתי המשפט הלאומיים. מאמר זה מנסה להרחיב את יריעתה של ספרות זו מן הלוקלי אל הגלובלי, ולהסביר את האינטרקציות ואת קשרי הגומלין בין שני מישורים אלו. חלקו הראשון של המאמר עוסק בעלייתה של עריכת דין על-לאומית בתחום זכויות האדם. הוא טוען כי השימוש של עורכי דין במשפט העל-לאומי מרחיב את הדמיון המשפטי שלהם אל מעבר לגבולותיה של הריבונות המדינית. המשפט העל-לאומי משפיע על האסטרטגיות המשפטיות של עורכי הדין; מעניק משמעות נוספת לשאלה מהי הצלחה משפטית; משפיע על הבנתנו את שאלת מתן הלגיטימיות למשטרים משפטיים דכאניים; ומספק אפשרויות להתנגדות משפטית בתוך המשפט ומתוכו. עורכי דין על-לאומיים גם פונים ומדברים אל הקהילה הבינלאומית, ומבקשים לגייס אותה, דבר שבתורו מחולל דינמיקה מקומית. חלקו השני של המאמר מדגים מקרה מבחן של עריכת דין על-לאומית באמצעות התייחסות ספציפית לעבודתם של עורכי דין מהארגון המשפטי הפלסטיני "עדאלה" באפריל 2002. במקרים אלו, ביקשו עורכי הדין של "עדאלה" להגן על האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית בפני בית המשפט העליון הישראלי מפני הפרות בוטות של זכויות האדם שבוצעו על ידי הצבא הישראלי במבצע "חומת מגן". פרק הסיכום של המאמר מתייחס, בין השאר, להשפעתה של עריכת דין על-לאומית על החלטותיהם של בתי משפט לאומיים, וכן למתח שהיא מייצרת בין המערכת הפוליטית לבין בתי המשפט הלאומיים.

1. עלייתה של עריכת דין על-לאומית א. מהי עריכת דין על-לאומית?

בשנת 1956 קרא המשפטן פיליפ ג'סופ (Philip Jessup) לעורכי הדין להשתמש לא רק במשפט הבין-לאומי הקלאסי אלא גם במשפט העל-לאומי (transnational law), שאותו הגדיר כך:

All law which regulates actions or events that transcend national frontiers... both public and private international law.[plus] other rules which do not wholly fit into such standards categories.¹

דברים אלו מקבלים משנה תוקף כיום, בעידן הגלובלי שבו אנו חיים. יותר ויותר עורכי דין בעולם נענים לקריאתו של ג'סופ. הרוגמאות בשטח הולכות ונערמות: ה-ACLU, הארגון הגדול ביותר בארצות הברית בתחום זכויות האזרח, הנשען במשך עשרות שנים על פעילות ברמה המקומית והלאומית בלבד, החל לאחרונה בפרויקט סנגור בין-לאומי, שבמסגרתו מופיעים עורכי הדין שלו בפני ועדות האו"ם בג'נבה ומדווחים על הפרות זכויות האדם שמבצע הצבא האמריקני בגואנטנמו או בעיראק. הארגון גם עושה שימוש הולך וגובר במשפט משווה ובמשפט בין-לאומי בטיעוניהם בפני בתי המשפט האמריקניים. עורכי דין במזרח טימור, בקוסובו ובבוסניה נשענים על המשפט הבין-לאומי בעבודתם המקומית כדי לקדם בארצות אלה את הנורמות בדבר זכויות האדם ולהגן עליהן. עורכי דין טורקים מכריחים את ממשלתם להפיע ולהגן על פסק דין של בית המשפט הטורקי בפני בית הדין האירופי לזכויות האדם. ארגון משפטי לזכויות האדם שהחל דרכו בתקופת האפרטהייד בדרום אפריקה מעביר פסקי דין מהתקופה היא לעורכי דין פלסטינים כדי שהם ייעזרו בהם בעמדם בפני בית המשפט העליון הישראלי. עורכי דין פלסטינים מעבירים סיכומים שהגישו לבית המשפט העליון הישראלי בעניין תחולת המשפט הבין-לאומי ההומניטרי על הכוח הכובש, לידי עורכי דין אמריקנים שעתרו לבתי המשפט האמריקניים בעניין העצירים בגואנטנמו. ארגון משפטי אמריקני לזכויות האדם מגיש תביעה בניו-יורק נגד רמטכ"ל לשעבר של הצבא הישראלי בגין ביצוע פשעי מלחמה בעזה. ארגון אמנסטי אינטרנשיונל מגיש בלונדון תביעת הסגרה נגד שליט צ'ילה לשעבר, אוגוסטו פינשה, בגין פשעים שביצע בארצו. עורכי דין בלגים מגישים תביעה נגד אריאל שרון בבלגיה בגין ביצוע פשעי מלחמה נגד הפלסטינים. והרשימה עוד ארוכה.

אכן, זהו עידן עלייתם של עורכי הדין העל-לאומיים לזכויות האדם. בהמשך להגדרתו של ג'סופ, ניתן לומר כי כיום המשפט העל-לאומי אינו כולל רק את המשפט הבין-לאומי, את המשפט האזורי, את המשפט המשווה או את הספרות המשפטית העולמית. ודאי שהוא אינו כולל רק את המשפט המקומי. המשפט העל-לאומי כולל את כולם יחד. לפי הגדרתי, עורכי דין על-לאומיים בתחום זכויות האדם הם עורכי דין הרואים את עצמם כמחויבים לקדם את הנורמות של המשפט העל-לאומי בתחום זכויות האדם ולהגן עליהן. על כן הם נשענים על משפט זה בעבודתם המקצועית הכוללת, בין היתר, עבודה בפני בתי משפט מקומיים, בתי דין בין-לאומיים, בתי דין אזוריים, פורומים שונים של האו"ם, קואליציות בין-לאומיות וקשרי עבודה עם התקשורת המקומית והבין-לאומית. הם אינם עורכי דין מקומיים בלבד, אלא הם חלק ממערך גלובלי רחב יותר. בתי המשפט הלאומיים אינם הצעד האחרון או התחנה האחרונה מבחינתם. דחיית התביעה על ידי בתי המשפט הלאומיים אינה סוף פסוק. מבחינתם של עורכי דין אלה, מי שיכריע בסופו של דבר בשאלה אם אכן הייתה הפרה של זכויות האדם הם בתי דין בין-לאומיים, בתי דין אזוריים,

טריבונלים בין-לאומיים, עמדות של ועדות האו"ם לזכויות אדם או של ארגונים בין-לאומיים שיבואו אחר ההכרעות השיפוטיות המקומיות.

עורכי דין על-לאומיים הם הסוכנים הקוסמופוליטיים אשר מערערים בעבודתם המקצועית את המובן הקלאסי של ריבונות המדינות ומאתגרים אותו. המשפט הבין-לאומי הקלאסי תחם וחיזק את מובנה של ריבונות המדינות על בסיס הכבוד ההדדי בין המדינות ואי-ההתערבות בענייניהן הפנימיים. אך השימוש בכוחו של משפט זכויות האדם העל-לאומי מקעקע מובן זה של הריבונות, בהטילו על המדינות חובה לקדם את זכויות האזרחים והתושבים ולהגן עליהן. התערבות זו התפתחה באמצעות כלים שונים, משפטיים ואחרים. ראשית, על ידי כינון מקבץ האמנות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם² המשמשות כמעין "חוקה על-לאומית". שנית, הקמת בית הדין הפלילי הבין-לאומי (ICC) שקדמו לו בתי דין פליליים בין-לאומיים אד-הוק לעניין יוגוסלביה לשעבר (ICTY) ולעניין רואנדה (ICTR). הקמת בתי דין אלה החייתה את עקרונות "הסמכות האוניברסלית" שנבקעו במשפטי נירנברג נגד פשעי הנאצים. עקרונות אלו מקנים סמכות על-מדינית לרון ולפסוק נגד נאשמים בגין פשעים מסוג ג'ינוסייד, פשעים נגד האנושות, פשעי מלחמה ותוקפנות. שלישית, הוקמו בתי דין אזוריים, על-מדינתיים, המוסמכים לרון בסוגיות הנוגעות לזכויות האדם ולחירויות יסוד, כגון בית הדין האירופי לזכויות האדם, הצ'רטר האפריקאי לזכויות האדם והעמים בשנת 1981 (שאליו הצטרפו עד עתה 49 מדינות אפריקאיות) וה-Inter-American Court of Human Rights. אלו הם למעשה בתי דין אזוריים לחוקה. רביעית, המשפט המשווה, הכולל גם את הספרות המשפטית העולמית, הפך במאה זו למקור משפטי רלוונטי לבתי משפט לאומיים ויצר עידן של קונסטיטוציונליזציה. בתי משפט מקומיים מתייחסים אליו; מצטטים אותו; משווים אליו; משלימים, מפרשים ומפתחים את משפטם הלאומי בעזרתו. התפתחויות אלה מרחיבות, ללא ספק, את דמיונם ואת תודעתם המקצועית של עורכי הדין העל-לאומיים ומעצימות אותם.

ב. הרתעה, לגיטימיות והתנגדות משפטית

הספרות המקצועית בעניין עורכי דין לשינוי פוליטי או חברתי מתמקדת בעיקר במשפט המדינה ובאפשרויות השינוי במסגרתו. עולה תדיר הטענה שעורכי הדין למען זכויות אדם חוששים מאוד מכך שניסיונם לאתגר משפט מדינתי המבוסס על יסודות של אי-צדק ודיכוי יעניק לו, בסופו של דבר, לגיטימיות. עד לאחרונה טענה זו הייתה יכולה להיבחן רק במסגרת המשפט המדינתי, שהרי הוא שתחם את גבולותיו של שלטון המשפט או שלטון החוק. אולם בעידן המשפט העל-לאומי, סוגיית שלטון המשפט מקבלת מובנים רחבים יותר. משפט זכויות האדם העל-לאומי מספק לעורכי הדין טיעונים משפטיים החורגים מעבר למשפט הלאומי עצמו. לאמיתו של דבר, עורכי דין על-לאומיים ישתמשו בנורמות של המשפט הלאומי רק כשהן אינן מתנגשות עם הנורמות הבין-לאומיות. ד'אמאטו (D'Amato) היטיב לנסח זאת:

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.³

גם מי שאינם גורסים כי משפט זכויות האדם העל-לאומי גובר על המשפט הלאומי מסכימים כי כוחן של נורמות זכויות האדם נעוץ בכך, שהן מחייבות את המדינה או את בתי המשפט הלאומיים להסביר מדוע החלטותיהם אינן מתנגשות עם נורמות אלה. כמו כן, עצם העובדה שההפרות הבוטות של זכויות האדם, ובייחוד אלו המופיעות בחוקת רומא, מצדיקות התערבות בין-לאומית,

מקנה לנורמות אלה כוח הרתעה. כוח זה מעביר למדינה את הנטל להצדיק פרקטיקות המפרות את זכויות האדם. נטל זה משחרר מכבלי נורמות הדיכוי של המשפט הלאומי מצד אחד, ומעצים את טיעוני עורך הדין מצד אחר.

אף אם המשפט הלאומי אינו מקיים את הנורמות הבין-לאומיות האלו, הוא יתקשה לערער על הלגיטימיות שלהן – גם במקרים שבהם הם מאשרים את הפרת הנורמות הבין-לאומיות, בתי משפט לאומיים כמעט שאינם נוטים להצהיר על כך מפורשות. הצהרה כזו תפגע בלגיטימיות הבין-לאומית שלהם כערכאות שיפוט וגם במעמד הבין-לאומי של מדינתם. לכן העלאת טיעונים הנשענים על המשפט העל-לאומי מקבלת לגיטימציה גם בהליך השיפוטי הלאומי. לגיטימציה זו מחייבת, במידה מסוימת, את בתי המשפט הלאומיים שלא להתעלם מהם. אקרא לפעולה משפטית זו של עורכי הדין העל-לאומיים התנגדות משפטית מתוך המשפט הלאומי עצמו ובתוכו.⁴

הטיעונים של עורכי הדין העל-לאומיים בפני בתי המשפט הלאומיים המקיימים כללים דיוניים הוגנים, עשויים להפוך את זירת בית המשפט הלאומי לזירת התנגדות משפטית הן נגד יסודות הדיכוי ואי-הצדק, והן נגד הנורמות השיפוטיות שבית המשפט הלאומי עצמו מייצר ואשר מנוגדות למשפט זכויות האדם הבין-לאומי. המשפט העל-לאומי מאפשר אפוא לעורכי הדין הזדמנות נדירה לבצע אקט של התנגדות משפטית בתוך המשפט הלאומי עצמו ומתוכו, שכן כידוע, ההתנגדות המקובלת היא זו החוץ-משפטית, המתבצעת מחוץ להליכים השיפוטיים. עם זאת התנגדות משפטית זו אינה יכולה להיות מטרה בפני עצמה, אלא עליה להיות תכליתית ומלווה ביעדים אסטרטגיים המשרתים את המטרה, קרי ההגנה על הנורמות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם וקידומן.

דוגמה טובה להתנגדות משפטית זו היא פתיחתו של הליך משפטי למען ההגנה על הקרבנות גם במקרים שבהם ידוע מלכתחילה כי סיכויי התביעה המשפטית הם אפסיים. במקרה זה כוחו של המשפט העל-לאומי עשוי לקעקע את הלגיטימיות הציבורית של ההפסד המשפטי הפנימי המדי. הוא עשוי להצביע על היעדר הניטרליות של בתי המשפט המדינתיים גם בעיני חלקים מהציבור שתומכים בדרך כלל בפגיעה בזכויות האדם של האחר. דוגמה לכך היא פסק דינו של בית המשפט העליון הישראלי המאשר את המשך בניית חומת הפרדה. בעיני הקרבנות, ובמקרה זה הפלסטינים הנמצאים תחת הכיבוש הישראלי, עצם מתן פסק הדין רחוק מאוד מלידת לגיטימיות לתוצאתו. בג"ץ אינו חלק מההוויה הלאומית הפלסטינית. הוא נתפס בעיניהם כחלק ממנגנוני הכיבוש. מנגד, בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג נתפס כזירה חשובה, והמוסדות הלאומיים הפלסטיניים היו מוכנים להשקיע משאבים רבים כדי להעלות בפניו את טיעוניהם. חוות הדעת של בית הדין העצימה ללא ספק את צדקת המאבק הפלסטיני נגד הכיבוש. במקביל, קשה לטעון כי האישור שנתן בג"ץ להמשך בניית החומה הוא שהעניק לה לגיטימיות רבה בעיני הציבור היהודי-הישראלי, שכן לגיטימיות זו הייתה קיימת ממילא. אמנם, חוות הדעת של בית הדין בהאג הייתה עשויה להוכיח לחלק קטן מהציבור היהודי כי פסק דינו של בג"ץ אינו עולה בקנה אחד עם הנורמות הבין-לאומיות, וכי על כן יש להפסיק את המשך הבנייה. עם זאת סביר להניח כי מרבית הציבור היהודי ימשיך לתמוך בבניית החומה מטעמים פוליטיים, ויראה בהחלטת בג"ץ החלטה המגנה על האינטרסים הלאומיים של מדינת ישראל, בלי להתכופף בפני הנורמות הבין-לאומיות. כך או כך, פסק הדין לא חיזק את מעמדו של בג"ץ כערכאה ניטרלית בעיני הציבור שלו ואולי אף פגע בו.

ג. תיעוד, מוביליות מקומית ובין-לאומית

הספרות המקצועית הביקורתית עוסקת בכוחם של עורכי דין לשינוי פוליטי או חברתי להשתמש במשפט כדי ליצור מוביליות חברתית. אולם עיקרה של ספרות זו מתרכז בקהילות המקומיות. המשפט העל-לאומי פותח פתח חדש בפני עורכי הדין ומציב את הקהילה הבין-לאומית – ליתר דיוק החברה האזרחית הגלובלית, לרבות מנגנוני האו"ם – כיעד למוביליות בין-לאומית. השימוש במשפט הלוקלי לא נועד רק ליצירת מוביליות חברתית פנימית, אלא הוא משמש ככלי דיבור אל הגלובלי באשר למדיניות הדיכוי וההפרה של זכויות האדם, שעליה מבקשים בתי המשפט הלאומיים להגן.⁵ עורכי דין על-לאומיים יכולים ליצור תיעוד של מידע באמצעות ההליכים השיפוטיים הלוקליים עצמם כדי להעצים הן את המאבק הבין-לאומי, והן את המאבק הפנימי נגד ההפרות הלוקליות של זכויות האדם. ההליך השיפוטי הפנימי, הכולל את כתבי הטענות של העותרים, את תגובת המדינה ואת פסקי הדין עצמם, עשוי לייצר כשלעצמו מידע מתועד של הפרת זכויות האדם. חשיבותו של מידע זה היא בהיותו מידע רשמי ומוסדי. הוא יהיה גם תיעוד היסטורי להפרות עצמן.

תיעודו וייצורו של מידע רשמי הוא תוצר של מערך הניגודים הפנימיים של המשפט עצמו. הכוח המרתיע של המשפט העל-לאומי, ובייחוד זה הנוגע להפרות בוטות של זכויות האדם, מתמרץ את בתי המשפט שיבקשו להופיע כעצמאים וכניטרלים וירצו לתת תשובות משפטיות לטענות המועלות. פרקליטי המדינה שיתבקשו על ידי בתי המשפט להגיב על הטענות בדבר הפרות זכויות האדם, רואים עצמם חלק ממערך הצדק והמשפט, וגם כמי שחייבים להגן על עמדות המדינה באמצעות מתן צידוקים להפרות. הם עושים זאת במידה מסוימת בלי "לרמות" את בית המשפט או להסתיר מפניו את גרעין המידע המהותי, וזאת כדי לשמור על עצמאותו ועל יושרו של בית המשפט הן בעיני הציבור, והן בעיני הקהילה הבין-לאומית. בית המשפט יכתוב את פסק דינו, ככל שהדבר מתאפשר מבחינתו, גם בהתבסס על המידע המהותי שהוצג בפניו, שכן הסתרת מידע זה מפני הקוראים תפגע במעמדו של בית המשפט. המידע שנוצר מהליכים אלה עשוי לשמש תיעוד רשמי בפני פורומים בין-לאומיים בדבר ההפרות של זכויות האדם. הוא ישמש את כלי התקשורת המקומיים והבין-לאומיים. הוא עשוי לעורר דיון ציבורי מקומי על הפגיעה בזכויות האדם. במישור ההיסטורי פסקי הדין האלה יהיו חלק מהתיעוד ההיסטורי-משפטי של המדינה לעניין הפרות זכויות האדם על ידי המדינה.

מכאן שגם במקרים של הפסד משפטי בזירה הפנימית עשוי השימוש במשפט העל-לאומי על ידי עורכי הדין למען זכויות האדם להיות לעתים מנוף מגייס, מסייע ואולי אף מעצים במישור המקומי למטרות התנועה למען ההגנה על זכויות האדם. הוא עשוי לעורר דיון ציבורי פנימי; לייצר קוטביות ציבורית המחליפה את המוצקות של הקונסנזוס הלאומי; ליתן כלים מעצימים לחבריה של תנועת זכויות האדם; לחזק את הקולות המבקרים את פסיקותיהם של בתי המשפט הלאומיים, המנוגדות למשפט זכויות האדם. לעתים עשויה דחיית התביעה על ידי בתי המשפט המקומיים, בניגוד לנורמות הבין-לאומיות, דווקא ליצור דינמיקה חברתית-פוליטית היוצאת נגד ההחלטה עצמה. הליכי ההתנגדות עשויים ליצור יחסי כוחות שונים בפני בתי המשפט המקומיים, שבהם עורכי הדין של זכויות האדם אינם רק סוכנים מקומיים המייצגים קרבנות מקומיים אלא הם גם מתפקדים בהם, ולפעמים אף נתפסים, כמייצגי "הקול הבין-לאומי" וכחברים במערך גלובלי. לכן הפנייה גם "כלפי חוץ" באמצעות השימוש בהליך השיפוטי המקומי כאקט של התנגדות כלפי

מדיניותו של המשטר, מייצרת אצל עורכי הדין העל-לאומיים מושגים חדשים בכל הנוגע למידת הצלחתה של ההתנגדות המשפטית.

2. סוגיות פלסטיניות בפני בית המשפט העליון הישראלי

בחלק זה אתייחס לפעילות המשפטית של ארגון "עדאלה" – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל" במהלך המבצע הצבאי הישראלי שכונה בשם "חומת מגן". המבצע החל ביום 29.3.2002, מיד לאחר הפיגוע הקשה במלון "פארק" בנתניה, ונמשך באופן אינטנסיבי עד 18.4.2002. במהלכו נכנס הצבא הישראלי לערים, לכפרים ולמחנות פליטים בגדה המערבית תוך שימוש בכוח צבאי כבד שלא היה כמותו מאז כיבוש השטחים הפלסטיניים ב-1967. הפעולות הצבאיות במחנה הפליטים ג'נין ותוצאותיהן היו מהקשות שאירעו במהלך המבצע. הפעילות המשפטית שאסקור להלן התקיימה כל משך שהות הצבא הישראלי במחנה הפליטים ג'נין (3.4.2002-18.4.2002) וכללה פניות לגופים משפטיים והגשת עתירות, ובהן ארבע עתירות לבג"ץ שעסקו בעיקר במתרחש בג'נין.

העתירות הוגשו במהלך פעילותו המבצעית השוטפת של הצבא הישראלי, דבר שלא היה נהוג עד אז בארגונים המשפטיים לזכויות אדם, משום שהיה ברור שבית המשפט העליון לא יתערב במקרים אלה. העתירות נשענו על המשפט העל-לאומי: אמנת ג'נבה הרביעית, חוקת רומא ופסיקת ה-ICTY בכל הקשור להגנה על האוכלוסייה האזרחית, להריסת בתים ולהגדרת פשעי מלחמה. בחלק זה אבקש לברוק את תפקוד עורכי הדין של "עדאלה" כעורכי דין על-לאומיים בקשר לכמה סוגיות: תיעודן של הפרות זכויות האדם באמצעות ההליכים המשפטיים; אלמנט ההרתעה בהליך המשפטי; הדיבור אל הציבור ויצירת דיון ציבורי במהלך הדיונים המשפטיים ובעקבותיהם; השימוש במידע הרשמי בפני פורומים בין-לאומיים; השימוש במשפט העל-לאומי בהקשר של ההתנגדות המשפטית; ושאלת הלגיטימיות.

למען הגילוי הנאות אציין כי כמנכ"ל הארגון וכיועצו המשפטי, אני עצמי הייתי מעורב, פעיל ושותף עיקרי בכל הקשור לעבודת עורכי הדין של "עדאלה" שאתייחס אליה כאן.

א. התנגדות משפטית על ידי הישענות על המשפט העל-לאומי

בעקבות הפלישה הצבאית לערי הגדה המערבית ובעקבות המצור והעוצר שהוטלו שם, לא התאפשר לארגוני זכויות האדם הפלסטיניים בגדה לנוע ולקיים באופן שוטף את עבודתם המסורתית. גם עיתונאים מקומיים וזרים לא הורשו להיכנס לאזורים מסוימים, ובייחוד למחנה הפליטים ג'נין, למשך תקופה לא מבוטלת. מיד לאחר הפלישה קיבל ארגון "עדאלה" החלטה אסטרטגית לפעול במתכונת חירום, כשעל סדר יומו אך ורק פעילות משפטית שוטפת במישור המקומי והבין-לאומי כנגד הפרות זכויות האדם שמבצע הצבא הישראלי בשטחים הכבושים.⁶ לשם כך הוקמה קואליציה שכללה, מלבד "עדאלה", גם שני ארגוני זכויות אדם פלסטיניים מובילים נוספים: "קאנון (LAW) – העמותה הפלסטינית להגנה על זכויות האדם והסביבה" מהגדה המערבית ו"המרכז הפלסטיני לזכויות אדם" מעזה. במישור המקומי ביקשה הקואליציה לצרף אליה ארגונים משפטיים יהודיים-ישראליים לזכויות אדם, ובראשם את האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן – האגודה), כדי ליצור חזית משותפת נגד הפרות זכויות האדם בשטחים הכבושים. ההערכה הייתה שהאגודה תצטרף לעתירות, אף כי לא באופן מידי, שכן היא נהגה, עד אז ועל פי רוב, לפעול לפי מבחן הסיכויים, בייחוד בעתירות נגד פעילות צבאית מבצעית שסיכויי ההתערבות

השיפוטית בהן הם מלכתחילה אפסיים. כמו כן בתקופה ההיא הפערים בעמדות בין "עדאלה" לבין האגודה, בייחוד בסוגיות הנוגעות ללאומיות הישראלית-ציונית ול"ניטרליות השיפוטית", היו גדולים יותר משהינם היום, דבר שהשפיע על הרטוריקה המשפטית של כל ארגון. לעורכי הדין של "עדאלה" היה ברור שבית המשפט העליון לא יתערב בפעילות המבצעית של הצבא ושהעתירות שתוגשנה תידחנה על הסף. זאת, בהתבסס על ניסיון העבר שלפיו לא רק שמספר המקרים שבהם בג"ץ התערב וקיבל את עתירות תושבי השטחים הכבושים היה זעום, אלא שהוא גם מעולם לא קיבל עד אז עתירות נגד פעילותו המבצעית של הצבא.⁷ לנוכח העובדה שהתוצאה המידית של העתירות הייתה צפויה, ולנוכח הרצון לגרום לבית המשפט לדרון בעתירות לגופן, הפכו ההיבטים הדיוניים למרכיב העיקרי בהכנת הפניות. כדי שההליך המשפטי יהיה אפקטיבי, ושהעתירות לא תידחנה על הסף, היה הכרחי להיצמד לכללים הדיוניים המחייבים מיצוי הליכים בפני הרשויות הרלוונטיות, שברוב המקרים נעשה באמצעות הליכי "קדם-בג"ץ" מול מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. בנוסף, החלק העובדתי בעתירות נדרש להיות ברמת תיעוד גבוהה ולהציג הוכחה, ולו ראשונית, לקיומו. כן נדרשו סעדי העתירה להיות קונקרטיים ולא כלליים. דרישות אלו הטילו על העותרים נטל כבד בעיקר בעניין מאורעות ג'נין עקב הסגר הכללי שהוטל על הגדה המערבית. עם זאת קואליציית הארגונים הפעילה חלק מחוקרי השטח שלה כדי לגבות עדויות ישירות מהנפגעים ולהציג תיאור מדויק ככל האפשר של האירועים. יתרה מזו: עו"ד סוהאד בשארה, מנהלת המחלקה המשפטית של "עדאלה", נטלה יוזמה ונכנסה, תוך סיכון אישי ניכר, למחנה הפליטים ג'נין ושהתנה שם כמה לילות כדי לגבות תצהירים מתושבי המקום. בתקופה הנדונה הוגשו שמונה הליכים של קדם-בג"צים, האחרון שבהם בעניין השימוש בפלסטינים כ"מגנים אנושיים"; ארבע עתירות בעניין מחנה הפליטים בג'נין; עתירה בעניין חופש העיתונאים הפלסטינים; עתירה, בשיתוף עם שבעה ארגונים פלסטיניים וישראליים לזכויות אדם, בעניין תנאי מעצר של פלסטינים; ושלושה הליכים פליליים בפני ערכאות נמוכות. העתירות בעניין מחנה הפליטים ג'נין הוגשו בזו אחר זו, ובג"ץ שמע אותן באופן מדי. העתירות שהוגשו נשענו באופן מסיבי על הוראות המשפט הבינ-לאומי ההומניטרי והקפידו לציין במיוחד את הסעיפים הרלוונטיים מהאמנות הבינ-לאומיות, מאמנת ג'נבה הרביעית ומחוקת רומא. במקביל, כל המהלכים המשפטיים לוו בקשר אינטנסיבי עם התקשורת ועם הציבור בשלוש שפות: ערבית, עברית ואנגלית.

ב. העתירות בעניין ג'נין

בעניין ג'נין הוגשו כאמור ארבע עתירות. ככולן ננקטה טכניקה דומה – כל אימת שהתאפשר, נגבו עדויות התושבים ממקור ראשון, הוצג סיפורם האישי של הנפגעים, אוזכרו שמות הרוגים ופצועים וצוינו בתים שנהרסו או שהופגזו על יושביהם. כך נעשה בעתירה לפינוי פצועים באמצעות צוותי הסדר האדום בג'נין ובשכם והבאתם לקבורה מהירה נאותה ומכובדת (להלן – העתירה הראשונה),⁸ שבה נגבו בין היתר עדויות של פצוע ושל משפחה שאיבדה שניים מבניה. כך נעשה גם בעתירה שבה התבקש בית המשפט להורות לצבא להימנע מהמשך הריסת בתים בג'נין על יושביהם בלא מתן התרעה מראש ובלי לאפשר את פינוי הבתים מיושביהם ומרכושם (להלן – העתירה השנייה).⁹ זו הייתה אף הטכניקה בעתירה נגד הפצצת ריכוזי אוכלוסין ומטרות אזרחיות (להלן – העתירה השלישית),¹⁰ שבה נגבו עדויות מאזרחים על הרס בתים שנעשה באמצעות דחפורים ומסוקים כששוכניהם ישבו בהם – חלקם אף הניף דגלים לבנים – ונלכדו באש בתוכם.

העתירה הביאה גם עדויות בדבר הפגזות בית ספר ובתי חולים וכן בדבר מחסור במים, בחשמל ובמזון במשך כמה ימים. כאשר לא התאפשרה גביית עדות בשטח, נעשה שימוש במידע שפורסם על ידי כלי התקשורת או במידע כללי שהיה בידי העותרים כדי לבקש את תגובתה הכתובה של המדינה אליו. כך נעשה, למשל, כשהגיע לארגון "עדאלה" מידע כללי ולפיו הצבא מתכוון לבצע בג'נין קבורה המונית, ללא זיהוי של הרוגים, ולהעביר את הגופות למקום לא ידוע. הארגון פנה באותו יום לפרקליטות המדינה וביקש להורות לצבא להימנע מביצוע המעשים. לאחר שהפנייה לא נענתה, יצר הארגון קשר עם חברי כנסת ערביים, ובהמשך היום הוגשו שלוש עתירות: על ידי חבר הכנסת מוחמד ברכה, על ידי חבר הכנסת אחמד טיבי ועל ידי "עדאלה" ו"קאנון (LAW)". העתירות ביקשו מהצבא להימנע מהבאת ההרוגים לקבורה המונית בלי זיהוין, לאפשר לצוותי הסהר האדום והצלב האדום להגיע למחנה כדי לפנות את הגופות לבתי החולים ולאפשר לבני משפחות ההרוגים להביא את יקיריהם לקבורה נאותה ומכובדת (להלן – העתירה הרביעית).¹¹ גם תגובותיה של פרקליטות המדינה לעתירות סייעו לארגון "עדאלה" לקבל מידע שעזר בתיעוד האירועים בג'נין. תוך הצגת נרטיב המדינה שלפיו "לנוכח מעשי הטרור שהתרחשו" באותה עת הוחלט על ביצוע פעולה רחבת היקף, הוסיפה הפרקליטות בתגובותיה לבג"ץ כי "צה"ל נאלץ לגייס כוחות מילואים רבים ולהפעיל כלי נשק כבדים כגון טנקים ונגמשי"ם, ואף מסוקי קרב ומטוסים",¹² וכי הצבא הקפיד לתת התראות קצרות לפני הריסת בתים על שוכניהם, "אולם התראות אלה הניבו תוצאות חלקיות בלבד".¹³ הפרקליטות גם נאלצה למסור גרסה כתגובה לטענות שעלו בעתירות בין שאישרה את הטענות בעתירות, בין שסתרה אותן ובין שנמנעה מלהכחישן.¹⁴

אופי העתירות, מועד הגשתן המידי וצורת הצגתן עוררו עניין בתקשורת המקומית והבינ-לאומית, ותשומת לבן הופנתה לדיונים ולפסיקות של בית המשפט. אף בפן המשפטי הייתה התעוררות מקומית ובינ-לאומית, בייחוד משום שהעתירה השלישית שאליה הצטרפה האגודה לזכויות האזרח, לא הסתפקה בהתייחסות למעשים כאל הפרות בוטות של אמנת ג'נבה הרביעית אלא גם כאל פשעי מלחמה, בהתאם לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינ-לאומי. מעתירה לעתירה גבר העניין התקשורתי והבינ-לאומי בעתירות. הדיונים התנהלו באולם המרכזי של בית המשפט העליון. האולם היה מלא מפה לפה, ובלטה בו נוכחותם של כלי תקשורת מקומיים, מערביים וערביים.

כל העתירות שהוגשו נדחו בצפוי בפסקי דין קצרים ותמציתיים. עם זאת, פסקי הדין היו חוליה נוספת בשרשרת תיעוד המידע. מעבר לכך, ניכר מפסקי הדין כי בית המשפט היה ער לקיומו של משפט על-לאומי שהוא עשוי להיבחן בין היתר גם לאורו, וחש צורך להצדיק את הפסיקה גם לנוכח עקרונות אלה. הנרטיב שהתבטא בפסקי הדין ככל העתירות היה שבית המשפט שוכנע שהחילים הונחו לפעול לפי כללי המשפט ההומניטרי, ושהצבא הונחה לבצע את כל הנדרש כדי להימנע מפגיעה לא הכרחית בחפים מפשע.

למרות דחיית העתירות קיבל בית המשפט לעתים רכיבים עובדתיים מטיעוני העותרים. כך, למשל, לא נדחתה גרסתם העובדתית של העותרים בעתירה הראשונה, אלא נאמר כי בית המשפט קיבל את הסבר המדינה לצורך בצעדים שננקטו. כן התקבלה גרסת העותרים בעתירה השנייה שלפיה היו בתים שנהרסו על יושביהם, אולם בית המשפט סבר כי לא נסתר הצורך המבצעי בביצוע הפעולות הללו. כך גם התגלה לראשונה, במסגרת פסק הדין בעתירה הרביעית, מידע שטרם נחשף עד אז על ידי הרשויות באשר למספר גופות הפלסטינים שנותרו במחנה ג'נין.

בעתירה זו, שנוהלה על ידי הרכב שישבו בו הנשיא אהרן ברק והשופטים תאודור אור ודורית בייניש, ניתן פסק הדין הארוך ביותר מבין כל העתירות. פסק הדין פתח בנרטיב המבקש להצדיק את כניסת הצבא הישראלי למחנה הפליטים ג'נין, והכריע בכמה שאלות עובדתיות שחלקן לא הועלה במהלך הדיונים, ובית המשפט בחר להעלותן מיוזמתו. כך למשל נאמר בפסק הדין:

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.¹⁵

רק בפסקה 4 בפסק הדין, לאחר הצגת נרטיב הפלישה לג'נין כהכרעה שיפוטית, הוצגה תמצית העתירות.¹⁶ הנשיא ברק קבע כי חובת המשיבים הייתה לפעול על פי דיני המשפט הבין-לאומי; כי הם אכן מקיימים את חובתם זו; וכי הם האחראים לאיתור הגופות, לזיהוין ולקבורתן. הוא ציין שבמהלך הדיונים התווה הסדר המקובל על הצדדים, שלפיו הוסכם לשקול בחיוב, בהתאם לנסיבות, צירוף נציג של הסדר האדום, וכן להיעזר בגורמים מקומיים באיתור הגופות ובפינוין, ושפעולות אלה תתבצענה במהירות האפשרית תוך שמירה על כבוד המת.¹⁷ פסק הדין הרבה לציין את נושא ה"הבנות" בין הצדדים כבסיס להכרעתו השיפוטית.¹⁸ בפסקה המסיימת כתב הנשיא ברק את המילים שהפכו מאז לאחד ממשפטיו המצוטטים ביותר: "גם בתקופת לחימה יש לקיים את הדינים החלים על לחימה. גם בתקופת לחימה יש לעשות הכל כדי להגן על האוכלוסיה האזרחית".

בהקשר זה יצוין כי באופן נדיר תורגמו פסק דין זה, וכן פסק הדין שניתן בעניין העתירה הראשונה, לאנגלית על ידי בית המשפט העליון. לימים פרסם אותם גם משרד החוץ הישראלי בחוברת הסברה מטעמו שיצאה בשפה האנגלית ושכללה כמה פסקי דין בנוגע לשטחים הכבושים.

ביום 16.4.2002, לאחר מתן פסק הדין בעתירה הרביעית, הגיש ארגון "עודאלה" בקשה לקיים הליך נוסף בתיק זה בנימוק שהצבא מסרב לשתף פעולה עם נציגי הסהר האדום ולמסור את הגופות לצד הפלסטיני. בג"ץ דחה את הבקשה בטענה כי מתקיימים מגעים בין הצדדים בעניין זה, וכי לכן אין מקום להליך נוסף. ביום 18.4.02 יצא הצבא הישראלי מתוך מחנה הפליטים ג'נין.

ג. ההתרעה מפני הפרות זכויות האדם ותיעודן באמצעות ההליך המשפטי

עורכי דין על-לאומיים מבקשים להתריע במסגרת ההליכים המשפטיים שהם יוזמים מפני הפרות זכויות האדם ולתעד אותן. בעניין ג'נין לא ציפו באי כוחם של העותרים שפסקי הדין יעגנו את סיפורי הקרבנות, או שביית המשפט ימתח ביקורת על התנהלות הצבא במחנה הפליטים. ואכן, פסקי הדין הדגישו את הצידוקים לפעולה. עם זאת פסקי הדין וכתבי הטענות מתעדים, ולו חלקית, את הפגיעה המסיבית באוכלוסייה האזרחית הפלסטינית. יתר על כן, בכלום לא הייתה הכחשה כללית או סתירה מהותית של העובדות שהציגו העותרים, אלא הם עסקו בעיקר במתן הסברים לפעילות הצבא.

מקריאת המסמכים המשפטיים הישראליים הרשמיים – תגובות המדינה ופסקי הדין – ניתן לקבוע כדלקמן: הצבא הישראלי נכנס למחנה הפליטים ג'נין והפעיל כלי נשק כבדים כגון טנקים ונגמ"שים, מסוקי קרב ומטוסים.¹⁹ פלסטינים רבים נהרגו ונפצעו במהלך הפלישה. לא ניתנה אפשרות לפנות הרוגים ופצועים בזמן. במחנה נותרו גופות רבות שלא פונו ולא הובאו לקבורה במשך פרק זמן ארוך. פצועים רבים לא פונו לבתי החולים. פרקליטות המדינה אישרה שהצבא

הפציץ באמצעות טנקים ומטוסים מטרות אזרחיות, ובהן מערכת החשמל, וכן בית ספר בתוך מחנה הפליטים ג'נין. היה מחסור מתמשך במים ובמזון. הצבא הודה בהרס בתים שיטתי שנועד, לטענתו, בין היתר לפלס דרך לחיילים בסמטאות המחנה הצרות. דחפורי הצבא החלו להרוס בתים גם כשיושביהם, שלא נענו לקריאות הכרוז לצאת, היו בתוכם. בכל המקרים הללו הוגשו עתירות בזמן אמת.

יטען הטוען כי זוהי קריאה חלקית של פסקי הדין ולתגובות מטעם פרקליטות המדינה, שהרי בית המשפט הסביר ונימק את הקשיים שבהם נתקלו החיילים. זה נכון. אולם זהו מישור ההסברים והצידוקים הישראליים העומדים מאחורי הפעילות, ואין הוא נוגע לעצם התרחשותה ההיסטורית של הפעולה עצמה, שהיא המעניינת את עורכי הדין העל-לאומיים.

לא למותר לציין כי השפעתה של עריכת דין על-לאומית יכולה להיבחן גם על דרך השלילה: אילו לא היו העתירות מובאות בפני בג"ץ, האם ההיסטוריון המשפטי היה זוכה לתיעודן ההיסטורי של הפרות זכויות האדם שתוארו בפסקי הדין? האם היה יכול לדעת בוודאות שבמהלך המבצע לא נהנתה האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית מהגנה משפטית, וכי היו עורכי דין שעמדו בזמן אמת על כך שהפעילות הצבאית הייתה מנוגדת למשפט הבין-לאומי והגיעה לדרגת פשעי מלחמה?

ד. הדיבור אל הציבור המקומי והתקשורת

עורכי דין על-לאומיים יבקשו לספק, באמצעות השימוש במשפט המקומי ובמשפט העל-לאומי, מידע לציבור, לתקשורת ולפורומים בין-לאומיים על ההפרות הברורות של זכויות אדם, ויבקשו כי ההליך המשפטי המקומי יוביל לעריכתו של דיון ציבורי. ארגון "עדאלה" דאג לפרסם באופן שיטתי את הודעותיו לתקשורת בערבית, בעברית ובאנגלית, ובכך אף הפך למקור מידע לעיתונאים מכל העולם. כך למשל זכתה העתירה הרביעית לכיסוי באמצעי התקשורת החשובים, לרבות ה-BBC, ה-CNN ו"אל-ג'זירה". העתירות עוררו גם דיון ציבורי נרחב בתקשורת הישראלית אשר ככלל, הביעה תמיכה במדיניות הממשלה ובפעילות הצבא. כל העתירות זכו לסיקור חדשותי בעת הגשתן ולאחר דחייתן, וחלקן אף נסקרו עוד טרם הדיון. מאמרים ספורים הביעו עמדה ביקורתית כלפי היעדרם של סעדים משפטיים להגנה על האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית, והשתמשו לשם כך בכל החומר המשפטי שנגע לעתירות. גם בקרב הקהילה הישראלית נחלקו הדעות. לצד מספר מצומצם של מלומדים שהביעו תמיכה בעתירות, היו אחרים שטענו כי הצטרפות האגודה לעתירה השלישית והבאת עתירות אלו פגעו באינטרסים של המדינה, וגם בבית המשפט העליון. מעניינת במיוחד הייתה כתבה שהתפרסמה ב"ג'רוזלם פוסט", שבה נאמר כי, להבדיל מבעבר, ארגוני זכויות אדם פתחו לראשונה ובאופן מידי הליכים משפטיים בפני בג"ץ והעלו בהם את נושא ההפרות הברורות של זכויות האדם, בניגוד למשפט הבין-לאומי.²⁰

ה. יצירת הקשר עם הגופים הבין-לאומיים של האו"ם

פן חשוב ביותר בעבודת עריכת הדין העל-לאומית היה קשריו של ארגון "עדאלה" עם הגופים הבין-לאומיים, ובייחוד עם ועדת האו"ם לזכויות האדם, שאליה הגיש הארגון את כל המסמכים המשפטיים הרלוונטיים שהיו בידיו. בהתאם להחלטת האו"ם מיום 16.4.2002 הגישה נציבת האו"ם לזכויות האדם, גב' מרי רובינסון, ביום 24.4.2002, דוח על המצב בשטחים הפלסטיניים הכבושים ובו ציינה שממשלת ישראל אסרה על משלחת מטעמה להיכנס לישראל או לשטחים הכבושים, ושהמידע שסיפק ארגון "עדאלה" היה אחד המקורות שעליהם היא הסתמכה. הדוח התייחס באופן

ישיר ל"קדם הבג"ץ" מטעם "עדאלה" בעניין השימוש בפלסטינים כמגנים אנושיים,²¹ ולעתירה שהוגשה נגד מניעת פינוי פצועים והרוגים לבתי חולים והגשת סיוע רפואי.²² כמו כן הייתה התייחסות כללית לדוחות של ארגוני זכויות אדם, ובהם "עדאלה", בעניינים שונים (למשל תנאי המעצר במחנה קציעות). עם זאת הדוח לא עסק באופן מקיף במאורעות מחנה הפליטים ג'נין.

בהתאם להחלטה מס' ES-10/10 של העצרת הכללית של האו"ם מיום 7.5.2002, הכין מזכ"ל האו"ם קופי אנאן דוח מקיף על מאורעות ג'נין. הדוח התפרסם ב-23.30.7.2002 גם דוח זה ציין כי ממשלת ישראל אסרה על משלחת המזכ"ל לבקר בשטחים הכבושים. הדוח אישר את קביעותיה של רובינסון וציין כי הוא הסתמך, בין היתר, על מסמכים רשמיים ועל דוחות שהוגשו מטעם ארגונים. אף שקשה לקבוע מהו בדיוק השימוש שנעשה במסמכים המשפטיים שהוגשו מטעם "עדאלה", התיאורים והנוסחים בהם נוקט הדוח מעידים כי תרומתם הייתה מרובה.²⁴ הדוח מסוכם בקביעה ברורה שהצבא הישראלי ביצע הפרות חמורות של המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי ושל אמנת ג'נבה הרביעית, ובחלק מהמקרים, ובהם בג'נין, אף ביצע פשעי מלחמה שונים.

ו. התנגדות משפטית ושאלת הלגיטימיות

עורכי הדין העל-לאומיים של "עדאלה" נשענו על המשפט העל-לאומי כעל המשפט המהותי, ועל המשפט הישראלי כעל המשפט הדיוני. העמידה בדרישות הדיוניות מנעה את דחיית העתירות על הסף, ואילו ההישענות על המשפט העל-לאומי הרחיבה את מרחב ההתנגדות המשפטית של עורכי הדין מעבר למציאות המשפטית המדומינת הקובעת את גבולות השדה המשפטי הלגיטימי. במילים אחרות, קיומו של המשפט העל-לאומי איפשר לעורכי הדין להגיש את העתירות אף שלא היה להן סיכוי להתקבל לפי המשפט המקומי. הוא סיפק להם כלים משפטיים שאפשרו כתיבת עתירות משפטיות, ושבלעדיהם היו העתירות נדחות על הסף, ואף לא היו נתפסות כמקצועיות. עילות משפטיות אלו הן שאפשרו גם לאגודה לזכויות האזרח להצטרף לעתירה השלישית. הכוח של המשפט העל-לאומי כמצפן לארגוני זכויות האדם הוא שהכריע מבחינתה של האגודה, ולא לחצים פוליטיים מצד חלקים בציבור היהודי נגד הצטרפותה. אין ספק שללא הישענות על כוחו של המשפט העל-לאומי היה מעמדם המקצועי של עורכי הדין העל-לאומיים עלול להיפגע ובכך לפגוע גם במעמד ארגוניהם. הישענות זו, ועמה הדיון הציבורי והביקורת הבינ-לאומית, הפכו את העתירות למעשה של התנגדות משפטית, שכן הן יצאו נגד מוסכמות מקובלות בעניין הגשת עתירות; נגד מדיניותו השיפוטית של בית המשפט; ונגד יחסי הכוחות הקיימים.

השימוש במשפט העל-לאומי על ידי עורכי הדין ביקש להרתיע ולהרתיע, ובית המשפט העליון לא היה אדיש לכך. ניתן להניח כי פסקי הדין שלו היו מכוונים אף הם כלפי הפורומים הבינ-לאומיים האלה, ואין זה מקרי שהנהלת בתי המשפט ראתה לנכון לתרגם שניים מבין ארבעת פסקי הדין לשפה האנגלית. בית המשפט ביקש להגן מצד אחד על מדינת ישראל מהפורומים הבינ-לאומיים, ומצד אחר על מעמדו כבית משפט המקיים הליך הוגן ועושה צדק. בהגנתו על ה"מדינה" תפקד בית המשפט כמסנגר לאומי של הצבא, וכאשר השתמש במינוח נורמטיבי בעניין מחויבויות הצבא על פי המשפט הבינ-לאומי, ציין מיד שהצבא פועל על פיהן. הוא לא יצר ריחוק או ניכור כלשהו בינו לבין הצבא. שניים מפסקי הדין שניתנו על ידי השופטת דורנר, דיברו בלשון "אנחנו" הלאומי שכלל את בית המשפט ואת הצבא כיחידה אחת. הוא הדין גם באשר לשימוש במונח "כוחותינו" יותר מפעם אחת, בטקסטים כה קצרים. פסק דינו של הנשיא ברק, שביקש

להתבסס בין היתר על "ההבנות בין הצדדים", היה עם הפנים כלפי הקהילה הבין-לאומית, יותר מכל שלושת פסקי הדין האחרים. פסק דין זה, שלאור אופיו מוצדק היה שיהיה הקצר ביותר, היה דווקא הארוך ביותר, שכן ביקש לתעד דברים מעבר לסכסוך המשפטי הקונקרטי, שלגביו אימץ ברק את תגובת המדינה במלואה.

בהגנה על מעמדו כבית משפט המקיים הליך הוגן וצודק, קיים בג"ץ את הדיונים בעתירות תוך 24 שעות ממועד הגשתן, ואף הוציא צו ביניים בעתירה האחרונה. אי-שמיעתן תוך זמן קצר של עתירות כאלה, המעלות גם סוגיה של פשעי מלחמה, הייתה יכולה להיות בעייתית מבחינת בית המשפט, בייחוד במישור הבין-לאומי. ניתן להניח, במיוחד כשמדובר בעתירה האחרונה, שכל הצדדים, עורכי הדין והשופטים, היו מודעים למעמד העל-לאומי שקיבלה הזירה המקומית של אולם בית המשפט.

האם הצליח בית המשפט להעניק לגיטימיות לפגיעה באוכלוסייה האזרחית או למבצע "חומת מגן"? קשה לקבוע כי הפסיקה הגבירה את האמון של הציבור הישראלי בצדקת עמדת הצבא. דווקא בקרב האליטות המשפטיות נמתחה ביקורת על הצטרפות האגודה לזכויות האזרח לעתירה השלישית כיוון שזו, לטענתם, פגעה במעמד הציבורי והבין-לאומי הן של בית המשפט העליון והן של המדינה. אפילו הנשיא ברק צוטט בעיתונות כמי שאמר ש"אין אלו ימים יפים לזכויות האדם".²⁵ במישור הבין-לאומי הייתה הביקורת חריפה ביותר. דוח מזכ"ל האו"ם האשים אישים כראש הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל, בכיצוע פשעי מלחמה. לכן קשה מאוד, ואולי אף אבסורדי, להגיע במישור הבין-לאומי למסקנה שבישראל נעשה צדק עם הפלסטינים.

ריצ'ארד אייבל (Richard Abel) שחקר את עבודתם של עורכי דין לשינוי פוליטי במאבקם נגד משטר האפרטהייד בדרום אפריקה, ציין ששנות השמונים היו אידאליות לבחינת האופנים שבהם שימש המשפט כזירת התנגדות לאפרטהייד. לפי מחקרו, בתי המשפט בתקופת האפרטהייד הובילו לשינויים פוליטיים שאתגרו ישירות את המשטר. המשטר הישראלי בשטחים הכבושים מתאפיין, לפי הנורמות הבין-לאומיות, כמשטר דיכוי. אמנם, המערכת המשפטית הישראלית, בדומה לזו הדרום אפריקאית, מקיימת על פי רוב, את עקרון שלטון החוק, אולם היא רחוקה מלהצטייר ככזו שהגבילה את כוח משטר הכיבוש הישראלי ושהובילה לשינויים פוליטיים חשובים נגד עוולות הכיבוש. גם אין מלומד ישראלי שהעלה ברצינות וביושר את הטיעון שבג"ץ הגן על האוכלוסייה הפלסטינית מפני עוולות הכיבוש. אם בתי המשפט בתקופת האפרטהייד, שקיימו במידה מסוימת את תפקידם ולו החלקי בהגנתם על זכויות השחורים, לא הצליחו ליתן לגיטימיות למשטר האפרטהייד, כיצד תוכל פסיקת בית המשפט העליון הישראלי, התומכת בעקביות במדיניות הצבא, להעניק לגיטימיות למשטר כיבוש כה ארוך ואכזרי ככיבוש הישראלי של השטחים הפלסטינים!?

3. סיכום

עלייתה של עריכת דין על-לאומית היא תוצאה של חיזוק מעמדו של משפט זכויות האדם במישור הגלובלי. המשפט העל-לאומי מרחיב את מרחב הפעולה המשפטית של עורכי הדין לשינוי פוליטי או חברתי, ומעניק להם אפשרויות חדשות לקביעת האסטרטגיות המשפטיות שלהם. הזדמנויות אלה הן תוצר של קיומו של משפט מדומיין אחר. מצב שבו הריבונות המדינתית היא הקובעת את סמכותה העליונה של המדינה בדבר גורל ה"צדק" בכל ענייני הכפופים לה והנמצאים בשליטתה, הוא שונה באופן מהותי ממצב שבו ריבונות זו כפופה למעין חוקת-על הנמצאת מחוץ לשליטתן הבלעדית של המדינות. שינוי זה משפיע הן על הבנתנו את מעמדו של שלטון החוק

המקומי והן על תפקודם של בתי המשפט המקומיים, ולכן הוא אמור להשפיע גם על יחסי הכוחות שבין עורכי הדין העל-לאומיים לבין בתי המשפט המקומיים. הדינמיקה של היחסים החדשים האלה מורכבת: מצד אחד, עורכי הדין העל-לאומיים נושאים עמם כוח הרתעה בהיותם מדברים בשם "הקול הבין-לאומי", ובית המשפט המקומי אינו התחנה המשפטית האחרונה מבחינתם. מצד אחר, "האזהרה הבין-לאומית" שמשמיעים עורכי דין אלה יכולה לסייע לבתי המשפט המקומיים לקדם שינויים פוליטיים במסגרת מאבקי הכוח עם המערכת הפוליטית. היינו, היא מעצימה את בית המשפט במישור הפוליטי.

אולם הדברים מורכבים עוד יותר כשמדובר בתרבות פוליטית שאינה ליברלית אלא אתנו-לאומית-שבטית. במדינת הלאום הליברלית האזרח השייך לטריטוריה ניצב מול השלטון באופן שווה, ללא תיווך כלשהו – שבטי, אתני או דתי. מנגד, במדינה אתנו-לאומית כישאל, השייכות הטריטוריאלית אינה מעמידה את כל האזרחים במעמד שווה מול המדינה המזוהה עם ההשתייכות האתנית השבטית. המדינה היא ה"שבט". היא אינה ביטוי לשלטונם של כלל האזרחים. מכאן שלא במקרה נמתחה ביקורת על העתירות שנסקרו כאן בהיותן עתירות נגד המדינה/ה"שבט". זאת, תוך התעלמות מכך שזכויות אדם במשפט הבין-לאומי הן בראש ובראשונה זכויות המופנות כלפי מדינות. חלקו השני של המאמר, המתייחס להגנתה המשפטית של האוכלוסייה הפלסטינית, המחיש את מורכבות היחסים במדינה אתנו-לאומית בין השלטון לבין בית המשפט ובינם לבין עורכי הדין העל-לאומיים. מחד, בתי המשפט מזדהים עם המדינה/ה"שבט" ומבקשים לגונן עליהם. מאידך, הם מנסים לפנות אל העולם ברטוריקה הנענית לשיח המשפטי העל-לאומי אך בלי ליתן סעדים ממשיים המתיישבים עם רוחה של רטוריקה זו. אם יהיו סעדים חיוביים כאלה, הם יהיו חריג ולא הכלל. מהלך כפול זה עשוי להיתקל בהתנגדות פנימית מצד ה"שבט", המבקש להציג כלפי חוץ הרמוניה מלאה. התנגדות זו מאלצת את השופטים לשוב ולנסות להגן על מעמדם הפנימי בתוך ה"שבט". עורכי הדין העל-לאומיים מבקשים לחשוף את ההסוואה הזו, ובכך אולי הם מגבירים את המתח הפוליטי בין בית המשפט לבין ה"שבט". האם דינמיקה זו בין בית המשפט לבין הפוליטיקה של ה"שבט" היא אחד ההסברים לעימות החרף הקיים כיום במדינת ישראל בין המערכת הפוליטית לבין בית המשפט העליון?

הערות

- 1 PHILIP JESSUP, TRANSNATIONAL LAW 2 (1956).
- 2 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 לצורתיה, 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); האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991); והאמנה 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 בינלאומי ב-2003, אין תרגום רשמי).

- 3 Anthony D'Amato, *The Relation of the Individual to the State in the Era of Human Rights*, 24 TEXAS INT'L J 1 (1989).
- 4 אינני טוען כי המשפט הלאומי מתבטל או הופך לזניה בעידן משפט זכויות האדם העל-לאומי. אינני טוען כי זירת בית המשפט הלאומי הופכת למעיין טריבונל בין-לאומי, ואינני טוען גם כי בתי משפט לאומיים יעדיפו את המשפט העל-לאומי על פני המשפט הלאומי. אני טוען כי המשפט העל-לאומי מרחיב את מרחב הטיעונים הלגיטימיים של עורכי הדין העל-לאומיים, ומעניק להם כלים חדשים לתכנון האסטרטגיות המשפטיות שלהם. המשפט הלאומי ימשיך ליהנות מעוצמתו הפנימית המטילה מגבלות על כוחו של המשפט העל-לאומי. כך למשל עורכי הדין העל-לאומיים יהיו תמיד מוגבלים בכללי הפרוצדורה הדיוניים של בתי המשפט הלאומיים, שלפעמים יהוו חסם בפני העלאת התביעות עצמן.
- 5 ליסה חג'אר הראתה בעבודה חלוצית כיצד עורכי דין ישראלים ופולסטינים שעברו מול בתי הדין הצבאיים כשטחים הכבושים השתמשו בידע שלהם בשפה האנגלית ובמידע שהם נחשפו אליו במהלך עבודתם, למשל בביקוריהם בבתי הכלא, כדי לדבר אל הקהילה הבין-לאומית על מדיניות הדיכוי של הכיבוש. עם זאת עבודתה החשובה של חג'אר יכולה להיות נכונה גם לגבי כל פעילי זכויות אדם המקבל מידע כזה, ולא דווקא לעורכי דין המבקשים ליצור את המידע באמצעות המקצוע – Lisa Hajjar, *Cause Lawyering in Transnational Perspective: National Conflict and Human Rights in Israel/Palestine*, 31 LAW & SOC'Y REV. 473 (1997).
- 6 במסמך פנימי של "עדאלה" ותחת הכותרת "Adalah's Emergency Agenda 1–10 April 2002" צוין כדלקמן:
- "With the massive escalation of violence by the Israeli army...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."
- (העתק מצוי בידי המחבר).
- 7 בהקשר זה יצוין כי העתירה היחידה שהתקבלה ובה התערב בג"ץ בפעילותו המבצעית של הצבא היא דווקא העתירה שהוגשה במאי 2002 בעקבות אירועי ג'נין ולאחר סיומם, בעניין איסור השימוש בפלסטינים כמגנים אנושיים, אך פסק הדין הסופי בעניינה ניתן לאחר יותר משלוש שנים באוקטובר 2005 (בג"ץ 3799/02 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל תק-על 2005(4), 49 (2005)). עתירה זו הוגשה באמצעות עו"ד מרואן דלאל מארגון "עדאלה" ובשם שמונה ארגונים מובילים, ישראלים ופלסטינים. יוער כי עו"ד דלאל עובד כיום כתובע בינלאומי במחלקת הערעורים בפני ה-ICTY בהאג.
- 8 בג"ץ 2941/02 סואבטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3 (2002). הוגשה באמצעות עו"ד ג'מיל דקואר מ"עדאלה" (להלן – העתירה הראשונה).
- 9 בג"ץ 2977/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(3) 6 (2002) הוגשה באמצעות עו"ד ארנה כהן מ"עדאלה" (להלן – העתירה השנייה).
- 10 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), הוגשה באמצעות עו"ד עזמי עודה מ"עדאלה" (להלן – העתירה השלישית).

- 11 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); בג"ץ 3116/02 עדאלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיוור הגדה המערבית, פ"ד נו(3) 11 (2002) (להלן – העתירה הרביעית).
- 12 בפתח התגובה לעתירה הראשונה, לעיל ה"ש 8.
- 13 פסקה 23 לתגובת המדינה לעתירה השנייה, לעיל ה"ש 9.
- 14 תגובת המדינה לעתירה השלישית (למשל פסקאות 29, 33, 44), לעיל ה"ש 10, וכן תגובת המדינה לגבי פינוי גופות, לעיל ה"ש 11.
- 15 פסקה 11 לפסק הדין בעתירה הרביעית, לעיל ה"ש 11.
- 16 בפסק הדין בעתירה הרביעית, לעיל ה"ש 11, נאמר: "שלוש העתירות שלפנינו מבקשות כי נורה למשיבים להימנע מבדיקתה ומפינויין של גופות ההרוגים הפלסטינים במחנה הפליטים ג'נין. כן נתבקשנו להורות כי המשיבים ימנעו מקבורת הגופות של אלה שייקבעו כמחבלים בבית – קברות בבקעת הירדן. העותרים מבקשים כי התפקיד של איתור הגופות ואיסופן, יוטל על צוותים רפואיים ונציגי הצלב האדום. כן מבקשים הם כי יתירו לבני המשפחות של ההרוגים להביא את ההרוגים לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת".
- 17 פסקאות 7 ו-8 לפסק הדין בעתירה הרביעית, לעיל ה"ש 11.
- 18 פסקאות 9, 10, 11 לפסק הדין בעתירה הרביעית, לעיל ה"ש 11.
- 19 ציטוט זה חזר על עצמו בכל תגובות המדינה כחלק מהנרטיב של מבצע "חומת מגן".
- 20 Eetta Prince-Gibson, *On the Home Court*, *Jerusalem Post* 3.5.2002.
- 21 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 (Report of the HCHR Commissioner submitted pursuant to decision 2002/103, E/CN.4/2002/184, 24 April 2002) <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/8f7263238243f95ac1256bab00517b66/> "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."
- 22 שם, פסקה 37.
- 23 <http://domino.un.org/UNISPAL>. UN SECRETARY GENERAL, REPORT (2002) NSF/22f431edb91c6f548525678a0051be1d/fd7bde7666e04f5c85256c08004e63ed%21Open Document.
- 24 ראו, למשל, בתיאור הריסת הבתים שהופיע בפרק factual and legal context שם צוטט תיאור מדויק מדברי הפרקליטות וכן בפסקה 64 לדוח המזכ"ל, בעניין עיכוב פינוי הפצועים, שלפעמים תוצאתו הייתה מוות. ראו גם פסקאות 52, 59, 67 או פסקה 65 המתייחסת לבית החולים בג'נין שהועלה בעתירה השלישית ופרקליטות המדינה התייחסה אליו. הדוח סותר את טענת צה"ל שלפיה, כביכול, לא קרה דבר לבית החולים, ומציין כי אספקת החשמל, המים והחמצן נפגעו קשות, דבר שהביא למותם של מספר חולים, וכי מאושפזים לא הורשו לעזוב עד ה-15 באפריל.
- 25 לעיל ה"ש 20.



עליזה אורבך, *Real Men*, קוני איילנד, ניו יורק, 1996