

# בין שתי ערים: מחשבות על אודות בג"ץ 2280/24 גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' ממשלת ישראל

טל מימרון\*

- א. מבוא
- ב. ביקורת שיפוטית על מעשי הצבא בעת מלחמה
- ג. האם החלטתו של בית המשפט העליון תעצור בירושלים?
  1. בין ירושלים להאג: המשמעות של דיון בסיוע הומניטרי מנקודת מבט בין-לאומית
  2. מה שהיה הוא שיהיה ומה שנעשה הוא שייעשה ואין כל חדש תחת השמש?
- ד. מסקנה
- ה. אפילו

## א. מבוא

מאמר זה עוסק בסוגיה שהגיעה לפתחו של בית המשפט העליון, והיא אם ישנה מדינת ישראל חייבת לאפשר סיוע הומניטרי לרצועת עזה בזמן מלחמת "חברות ברזל". מדובר כנראה באחת הסוגיות השנויות ביותר במחלוקת בזירה המקומית, אשר התעוררה גם בעבר בסכסוכים צבאיים קודמים, ובו־זמנית במנוף לחץ אדיר של הקהילה הבין-לאומית על מדינת ישראל.

עסקינן בעתירה מיום 18.3.2024 שהגישו חמישה ארגוני זכויות אדם בישראל: גישה; המוקד להגנת הפרט; רופאים למען זכויות אדם; האגודה לזכויות האזרח; ועדאלה. בעתירתם ביקשו לקבוע כי מדינת ישראל תאפשר מעבר חופשי מהיר של סיוע הומניטרי ואנשי סגל הומניטרי לעזה, וכן יפעלו

---

\* ד"ר טל מימרון הוא חבר סגל במכללה האקדמית צפת, המנהל האקדמי של הפורום למשפט בינלאומי באוניברסיטה העברית וראש תכנית במכון תכלית לקידום מדיניות ישראלית. בעבר, ייצג טל את מדינת ישראל באו"ם מטעם משרד המשפטים, ושירת במילואים בתור קצין ייעוץ לדיני לחימה במכלול של אלוף פיקוד דרום ובמנהלת תיאום הפעולות בשטחים.

לספק סיוע הומניטרי ברצועת עזה דרך המעברים שבשליטה ישראלית.<sup>1</sup> בתום הדיון הראשוני בעתירה, וטרם קבלת החלטה, דרש בית המשפט מהמדינה לפרט: אילו צעדים ננקטים לשם הגדלת היקף הסיוע ההומניטרי שנכנס לרצועת עזה ולצפונה בפרט; מהו היקף הסיוע הנדרש למתן מענה למצב ההומניטרי; מהם "צווארי הבקבוק" שפוגמים באספקת הסיוע ההומניטרי וחלוקתו; נתונים על סירובים לתאם בקשות לסיוע הומניטרי; וכן לדווח על סטטוס העברת המים לרצועת עזה.<sup>2</sup>

אף על פי שסוגיית הסיוע ההומניטרי היא שאלה משפטית, היא טומנת בחובה משמעויות רחבות הרבה יותר – חברתיות, גאו-פוליטיות, כלכליות, תדמיתיות ועוד. בהתאם, בחרתי לדון ברשימה זו בחשיבות קיום ביקורת שיפוטית על סוגיה זו. החלק הראשון של רשימה זו הוא הפתיח. החלק השני יציג את גישתו השיפוטית של בית המשפט העליון ביחס לפעולות המדינה, ובפרט בשדה הביטחוני. לאחר מכן, החלק השלישי של הרשימה יסביר מדוע החלטתו של בית המשפט העליון בנושא סיוע הומניטרי יכולה לתרום רבות להתמודדות עם התערבות שיפוטית בין-לאומית. בפרט, חלק זה יסביר את היחס שבין פסיקה אפשרית של בית המשפט העליון לבין תביעתה של דרום-אפריקה נגד ישראל המתנהלת כרגע בבית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג, והליכים משפטיים נוספים הנובעים מתביעה זו. זאת על רקע ניסיון העבר של ניהול הליכים מקבילים בישראל ומחוצה לה באותה שאלה משפטית. החלק האחרון של הרשימה הוא הסיכום, ובציודו אפילו.

כפי שאראה להלן, ישנה חשיבות עצומה לקיום ביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון באשר למצב ברצועת עזה בעת הנוכחית. זאת על רקע הביקורת הבין-לאומית הנרחבת נגד מדינת ישראל, וצילם של בתי דין בין-לאומיים המבקשים לעסוק בחוקיות פעולות מדינת ישראל ברצועת עזה ובזירות הלחימה הנוספות. בפרט, יכולתו של בית המשפט העליון להציג אמת עובדתית ועמדה משפטית באשר למצב ההומניטרי ברצועת עזה היא בעל חשיבות רבה בכמה היבטים: ראשית, הדבר חשוב מבחינה משפטית כדי לאפשר להתמודד עם התערבות שיפוטית בין-לאומית; שנית, הדבר יתרום מבחינה תדמיתית במובן של לגיטימציה בין-לאומית למדינת ישראל; שלישית, לפסיקה אפשרית יש משמעות כלכלית במובן של מניעת הסיכון מפני סנקציות או צמצמו.

<sup>1</sup> בג"ץ 2280/24 גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' ממשלת ישראל (נבו 18.3.2024) (עתירה למתן צו על תנאי – כתבי טענות) (להלן: "העתירה"). העתירה הוגשה על רקע אינדיקציות על מצב ההומניטרי קשה ברצועת עזה ובפרט היקפי תופעת אי-ביטחון תזונתי ורעב. בתאריך 4.4.2024 התקיים הדיון בעתירה.

<sup>2</sup> שם.

## ב. ביקורת שיפוטית על מעשי הצבא בעת מלחמה

טרם אסביר מדוע לדעתי חשוב ביותר שבית המשפט העליון יפסוק באשר לעתירה זו, אבקש להניח מצד לדיון בדמות הפרקטיקה השיפוטית הרלוונטית של בית המשפט העליון בעתירות בנושאים ביטחוניים. כעיקרון, המגמה הכללית בישראל החל משנות השמונים של המאה הקודמת היא כזו המעודדת ביקורת שיפוטית, כפי שאפשר ללמוד, בין היתר, מהכרסום בעילות הסף המאפשרות גישה לבית המשפט. ועדיין, בעבר היו מהלכים שביקשו לצמצם מעורבות שיפוטית בנושאים מסוימים. למשל, תחת דוקטרינות כמו אי-בשלות, היעדר תשתית עובדתית מספיקה,<sup>3</sup> ועוד.<sup>4</sup> לגישת השופטת ברק-ארוז, ההכרעות המדיניות המרכזיות של ממשלות ישראל, הלכה למעשה, נהנו לאורך השנים מחסינות מוחלטת מפני התערבות שיפוטית.<sup>5</sup>

באשר ללחימה, בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, עסק פעמים רבות בשאלות משפטיות המתעוררות בזמן לחימה וביחס אליה, והראה בהחלט את נכונותו להפעיל ביקורת שיפוטית על מעשי הצבא בעת לחימה.<sup>6</sup> אין ספק, הביקורת השיפוטית על פעולות לחימה מאתגרת במיוחד, וישנם שיקולים רבים שיכולים להטות את הכף: אנומליה שתיווצר אם כוחות הביטחון יפעלו בניגוד לחוק מתוך ידיעה שבית המשפט העליון לא יידון בנושא;<sup>7</sup> ההשלכות בזירה הבין-לאומית;<sup>8</sup> החשש מפני טעות בעת חירום;<sup>9</sup> והקושי העובדתי בהתערבות

3 כבג"ץ 7624/23 רופאים לזכויות אדם ישראל נ' צבא הגנה לישראל, פס" 6 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז (נבו 21.10.2023), נידונה עתירה הנוגעת לתקיפה של בית החולים. נקבע כי "עתירה לבג"ץ אינה יכולה להוות תחליף להתנהלות על-פי כללי הדין הבסיסיים".

4 ראו גל רוזיליו "מיצוי הליכים במקרים 'דחופים ומיוחדים' רשות הרבים (16.2.2024) <https://bit.ly/3wL33p6>.

5 דפנה ברק-ארוז המשפט המנהלי כרך ד 316-317 (2017). לעיון עכשווי, למשל בשאלת הסכם החטופים ראו כבג"ץ 8349/23 ארגון אלמגור נ' מדינת ישראל, פס" 8 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 22.11.2023): "סוגיה הקשה שהעותרת הניחה לפתחנו נטועה, כל-כולה, בלב-לבם של שיקולי מלחמה-ושלום ומדיניות-חוץ אשר מסורים להחלטת הממשלה. במילים אחרות: מדובר בסוגיה מדינית מובהקת שבית משפט זה אינו רואה להידרש לה" (ההדגשות הוספו).

6 "בג"ץ הוא זה שקבע פעמים רבות את גבולות המגרש הנורמטיבי של המלחמה בטרור ואת כללי המשחק" ראו יוסף חיים שפירא, אלי מרזל ומתן גוטמן "מבקר המדינה והפיקוח הערכי על פעילות כוחות הביטחון" היבטים בביקורת רשויות המדינה 175, 189 (חני אופק-גנדלר, אהרן ברק וענת הורוויץ עורכים 2023).

7 אהרן ברק "זכויות אדם וביטחון לאומי" משפטים לח 29, 37-38 (2008) (להלן: "ברק, ביטחון לאומי").

8 ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי "סמכות השיפוט האוניברסלית והשיה המשפטי המדינתי"

באירוע בזמן אמת.<sup>10</sup> בהתאם, בית המשפט שרטט לאורך השנים גבולות גזרה לנכונותו להפעיל ביקורת שיפוטית בהיבטי לחימה וביטחון.

כעיקרון, בית המשפט בוחן רק עתירות שעיקר הסוגיה המתעוררת בהן היא משפטית, ולא צבאית-מקצועית.<sup>11</sup> בכל הנוגע למשפט הבין-לאומי – עתירות נבחנו רק אם היה כלל מפורש במשפט הבין-לאומי הנוגע לפרקטיקה נשוא ההליך.<sup>12</sup> שאלת הביקורת השיפוטית על פעולות מבצעיות של הצבא עוררה מחלוקת בשיח האקדמי בין פרופ' יצחק זמיר ופרופ' אהרן ברק, פרופ' זמיר סבר שפעולות הצבא בעת מלחמה הן נושא המצוי בליבת המומחיות הצבאית ולכן חלה חזקה שלפיה העניין בלתי-שפיט, החזקה תיסתר כאשר ישנה פגיעה חזקה בזכויות יסוד או חשש לפגיעה משמעותית בשלטון החוק.<sup>13</sup> לעומתו, פרופ' ברק חלק על טענה זו ואמר כי כל טענה בדבר פגיעה בזכויות אדם שפיטה וכמותה כל העתירות בעניינים הומניטריים.<sup>14</sup> היו שכינו את עמדת בית המשפט העליון בתור "אי-שפיטות רכה".<sup>15</sup> כלומר, בחינת השפיטות דרך פריזמה דקה יחסית – אם אירעה הפרה של זכויות אדם (קרי, רק במקרה של הפרה ידון בית המשפט בעתירה). עם זאת, גם בעת הבחינה, הביקורת שיפוטית תהא מדודה, ותתמקד בשאלת הסמכות וחוקיות הנהלים ולא בשיקול הדעת בהפעלתם.<sup>16</sup>

המשפט ט 141, 158–159 (2004).

9 ברק, ביטחון לאומי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 29–30.

10 דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט 3, 14–15 (2008).

11 בג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון, פס' 10 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (נבו 31.1.2011), שם הובהר כי יש לבחון אם "השאלה המרכזית המחייבת הכרעה בעתירה – האם משפטית היא או שמא צבאית-מקצועית מובהקת".

12 בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד (נז) 4) 193 (2003). במקרים שבהם היו כללים, נבחנו רק חוקיות הכללים ולא יישומם. ראו, למשל, בג"ץ 3003/18 יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פס' 59–61 לפסק הדין של השופט מלצר, פס' 9 לפסק הדין של הנשיאה חיות ופס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 24.5.2018). לביקורת על מבחן זה ראו לירון א' ליבמן "אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים" הארת דין יג 1, 3–9 (התשע"ח).

13 יצחק זמיר, "לא הכול שפיט: מה כן?" ספר לבונטין – מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין 97, 111–113 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים 2013).

14 ראו, למשל, מכתבתו לאחרונה, אהרן ברק "המשפט ההומניטרי הבין-לאומי ובג"ץ העליון בישראל" משפט ועסקים כה 22, 38 (2022).

15 גרשון גונטובניק "מחשבות על שפיטות, על ביקורת שיפוטית ועל החשש מטעויות מוסדיות" ספר אליהו מצא 219, 233 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים 2015).

16 גרשון גונטובניק "ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של רשויות ציבוריות ספר עדנה ארבל 489, 517–518 (שלי אביב ייני, דורית ביניש, אריאל בנדר, הדר דנציג רוזנברג

ברמה המעשית, לאורך השנים דן בית המשפט העליון בישראל במגוון פעולות של כוחות הביטחון, אף בזמן לחימה בפועל.<sup>17</sup> בכך הוכיח בית המשפט העליון כי קיים בישראל גורם משמעותי שיכול לבחון את התאמת הצעדים שבפניו להוראות המשפט הבין-לאומי. כך, לדוגמה, בית המשפט עסק בעבר בסוגיות רגישות כגון עינויים על ידי השב"כ,<sup>18</sup> בסיכולים ממוקדים,<sup>19</sup> בנוהל שכן<sup>20</sup> ועוד.<sup>21</sup> הדבר הוביל לתור זהב במובן של תמיכת הזירה הבין-לאומית בבית המשפט העליון.<sup>22</sup>

וקרן מילר עורכים (2022).

17 ראו, לדוגמה: בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004); בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (נבו) 30.1.2008; בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה (נבו) 19.1.2009; בג"ץ 3114/02 בריכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002).

18 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1998). לדיון לגבי ההחלטה, ראו Nicolo Nourafchan, *Judging Torture: Lessons from Israel*, 43 GEO. J. INT'L L. 1259 (2012).

19 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006) (להלן: "בג"ץ הוועד הציבורי 2006"). לדיון לגבי ההחלטה, ראו David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, 16 EUR. J. INT'L L. 171 (2005); Kristen E. Eichensehr, *On Target? The Israeli Supreme Court and the Expansion of Targeted Killings*, 116 YALE L.J. 1873 (2007); Eric Berlin, *The Israeli Supreme Court's Targeted Killings Judgment: A Reaffirmation of The Rule of Law During War*, 21 MICH. ST. J. INT'L L. 517 (2013).

20 בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד המרכז (נבו) 6.10.2005. לדיון בפסק הדין, ראו Roland Otto, *Neighbors as Human Shields? The Israel Defense Forces' "Early Warning Procedure" and International Humanitarian Law*, 86 INT'L REV. RED CROSS 771 (2004); Eitan Diamond, *Before the Abyss: Reshaping International Humanitarian Law to Suit the Ends of Power*, 43 ISR. L. REV. 414 (2010).

21 ראו, לדוגמה: בג"ץ 10265/05 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (נבו) 7.10.2008 (חוקיות השימוש ביעפים על-קוליים); בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד נו(4) 193 (2003) (חוקיות השימוש בפגזי פלשט); בג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (נבו) 31.1.2011 (מרחק הבטיחות מאזרחים הנדרש בשימוש בירי ארטילרי בעזה).

22 United Nations Secretary General, *Follow-up to the Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, Annex I, 38, 40, U.N. Doc. A/64/651 (Feb. 4, 2010); Emily Singer Hurvitz, *Future of the AUMF: Lessons From Israel's Supreme Court*, 4 NAT'L SEC. L. BRIEF 42, 69 (2014); E.C.J., *Case C-402/05 P, Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Opinion Of Advocate General Poiares Maduro, 45 (2008); *Application Under S. 83.28 of the Criminal Code*, [2004] 2 S.C.R. 248, 260; *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 2 A.C. 221 (H.L.) (appeal taken from Eng.)

אחת הסוגיות שזכו לעיסוק רב במיוחד בהיבט של לחימה, היא שאלת הסיוע ההומניטרי. בית המשפט העליון עסק בפינוי גופות בעת מבצע צבאי,<sup>23</sup> בהכנסת מים ומזון לכנסייה נצורה<sup>24</sup> ובהכנסת צוות רפואי אליה,<sup>25</sup> וכן במגבלות על סיוע הומניטרי בעת פעילות צבאית ברפיח.<sup>26</sup> והנה, אנו עומדים שוב בפני הצורך לעסוק בשאלת היקפה של החובה לאפשר סיוע הומניטרי לרצועת עזה בזמן לחימה.

### ג. האם החלטתו של בית המשפט העליון תעצור בירושלים?

לגישתי, ישנה חשיבות רבה לביקורת שיפוטית בישראל, כזו החורגת הרבה מעבר לגבולות המדינה. מנקודת מבט של התערבות בין-לאומית בנעשה בישראל, למשל, מכוח עיקרון המשלימות (complementarity), החולש על הפעלת השיפוט הפלילי הבין-לאומי. עיקרון זה עוגן בסעיף 17 לחוק אמנת רומא, שלפיו לא יעמוד אדם לדין בבית הדין הפלילי הבין-לאומי אם מתברר כי התיק הוא מושא הליך חקירה או העמדה לדין במדינה בעלת סמכות שיפוט בו. זאת אלא אם כן אותה מדינה לא רוצה או לא מסוגלת לנהל באופן אמיתי את החקירה או את ההעמדה לדין.<sup>27</sup> בעוד ההליך בפני בית הדין הבין-לאומי לצדק

150.

23 בג"ץ 3114/02 חבר-הכנסת מוחמד ברכה נ' שר הביטחון בנימין בן אליעזר (חומת מגן), פ"ד נו(3) 11 (2002).

24 בג"ץ 3436/02 הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל (חומת מגן), פ"ד נו(3) 22 (2002).

25 בג"ץ 3451/02 אלמדיני נ' שר הביטחון בן אליעזר (חומת מגן), פ"ד נו(3) 30 (2002).

26 בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004) (להלן: רופאים לזכויות אדם 2004). עתירה דומה נידונה גם במבצע "עופרת יצוקה". ראו בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 521, פס' 11-12 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2009).

27 לקריאה בנושא העיקרון, ראו Kai Ambos, *The Colombian Peace Process (Law 975 of 2005) and the ICC's Principle of Complementarity*, in THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COMPLEMENTARITY: FROM THEORY TO PRACTICE 1071 (Carsten Stahn & Mohamed El Zeidy eds., 2011). באשר למהותו של עקרון המשלימות, בס' 17(2) לחוק אמנת רומא פורטו מקרים שהתקיימותו של אחד מהם היא עדות לכך שלא התקיימה חקירה אמיתית: ההליכים ננקטו או ננקטים, או שההחלטה המדינית נתקבלה, מתוך כוונה לחסן את האדם הנוגע בדבר מאחריות פלילית בגין פשעים הנופלים בגדר סמכות השיפוט של בית הדין; חל עיכוב בלתי מוצדק בהליכים; ההליכים לא נוהלו או אינם מתנהלים בצורה עצמאית או חסרת פניות. עיקרון זה הוא אדן מרכזי של המנגנון אותו מגבשת החוקה, והוא תוצר פשרה פוליטית שמטרתה יצירת איזון מקובל בין הערכאה האוניברסלית לבין רשויות השיפוט הלאומיות. למעשה, הוא נועד לתמרץ את המדינה הרלוונטית לעשות מלאכתה נאמנה.

בהאג אינו נוגע בצורה ישירה למשלימות (שכן נושא העתירה איננו חקירה פלילית), הוא בהחלט יכול להוות קריאת כיוון חשובה באשר ליכולתה של מערכת המשפט הישראלית לפקח בצורה אפקטיבית על מעשי המדינה. מובן שביאור החובות בדן ויצירת מחויבות אליהן – מקטינה את הסיכון מפני התערבות בין-לאומית בנושאים אלו.

השפעתה של הביקורת השיפוטית על הזירה הבין-לאומית רחוקה מלהיות עניין תיאורטי. היו מי שטענו כי ישנו ערך מיוחד בביקורת שיפוטית על לחימה והוא שההכרה בסוגיה מסוימת בתור שפיטה בישראל, תוריד את הסיכוי שהעניין יידון בבתי דין בין-לאומיים.<sup>28</sup> במקרה הנוכחי, סוגית הסיוע ההומניטרי הפכה למשמעותית בייחוד בהליכים שהתניעה דרום-אפריקה נגד מדינת ישראל בבית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג.

בהתאם, בחלק הבא אתייחס לחשיבות העתירה דנן בנושא סיוע הומניטרי על רקע צלו של בית הדין הבין-לאומי לצדק, אשר רק לאחרונה, קבע כי על מדינת ישראל לדאוג לאפשר הכנסה של סיוע הומניטרי לרצועת עזה. זאת כחלק מההליך שהתניעה דרום-אפריקה נגד ישראל. כפי שאסביר, תרומה משמעותית לפסיקה של בית המשפט העליון היא הצגת אמת עובדתית מבוססת ערך הראייתי בסוגיה מעוררת מחלוקת זו. במובן זה, ככל שהפסיקה של בג"ץ תהא מבוססת על תהליך ביסוס עובדות משמעותי יותר, יכול להיות לה ערך משמעותי בביאור התשתית העובדתית בפני בתי דין בין-לאומיים.<sup>29</sup> הדבר יסייע

<sup>28</sup> ברק-ארז המשפט המנהלי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 341; כפי ששאל השופט ברק "מדוע שאלות אלה, שהן שפיטות בבתי דין בין-לאומיים, חדלות להיות שפיטות בבתי דין לאומיים?". ראו בג"ץ הוועד הציבורי 2006, לעיל ה"ש 19, בפס' 53 לפסק הדין של הנשיא ברק.

<sup>29</sup> לעומת בית הדין הבין-לאומי לצדק, אשר נותן ערך ראייתי גבוה יחסית לדוחות בין-לאומיים, דוחות של ארגונים לא מדינתיים וכתבות תקשורת, אין זהו המצב ביחס לבית הדין הפלילי, אשר אומנם מקבל את הדוחות כראיות, אך מעניק להם ערך נמוך יחסית. ראו: *Prosecutor v. Bemba Gombo* Case No. ICC-01/05-01/08, Decision on the admission into evidence of items deferred in the Chamber's "Decision on the Prosecution's Application for Admission of Materials into Evidence Pursuant to Article 64(9) of the Rome Statute" (ICC-01/05-01/08-2299), para. 12–13, 35–36, 95 (Jun. 27, 2013); *Prosecutor v. Gbagbo*, Case No. ICC-02/11-01/12, Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute, para. 35 (Jun. 3, 2013) (Gbagbo Confirmation Adjournment Decision); *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Case No. ICC-01/05-01/08-3343, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute para.221 (Mar. 21, 2016); *Prosecutor v. W.S.Ruto and J.Arap Sang*, Case No. icc-oi/09-01/11, Trial Chamber V(A), Eleni Micha, *Evaluating גם נושא ראו* Decision, 10 June 2014, para. 44. *the Evidence by the UN International Investigative Mechanisms: a New Challenge*

מול בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג, אשר כבר עוסק בסוגיה, וגם בפני בית הדין הפלילי הבין-לאומי שעוד עלול לעסוק בה.

### 1. בין ירושלים להאג: המשמעות של דיון בסיוע הומניטרי מנקודת מבט בין-לאומית

אין ספק כי השאלה העומדת בפני בית המשפט העליון בישראל היא קודם כול עניין משפטי, אבל היא הרבה יותר מכך. מנקודת מבט ישראלית, קשה לנתק בין הדאגה לחטופים ישראלים וזרים שנמצאים בעזה וסובלים מהתעללות פיזית ומינית, מרעב, מחוסר טיפול רפואי, ומהצורך לחיות בתנאי אימה מתמקדת במשך יותר מששה חודשים, לבין שאלת הסיוע לרצועת עזה.

לעומת זאת, נקודת המבט הבין-לאומית מחייבת לאפשר הכנסה מהירה ככל האפשר של סיוע הומניטרי. מדובר בחובה שמצויה במשפט המנהגי, ובין היתר מעוגנת גם בסעיף 23 לאמנת ג'נבה הרביעית ובסעיף 70 לפרוטוקול הראשון לאמנה.<sup>30</sup> הסעיפים הללו מאפשרים להגביל את היקפי הסיוע ולקבוע הסדרים טכניים לכניסתם. בין היתר, אפשר להגביל סיוע אם הסיוע עלול לתמוך במאמצים הצבאיים של האויב. הפער בין התפיסה הבין-לאומית לתפיסה הישראלית של הסוגיה הופך אתגר מורכב – להתמודד עם הצורך להעניק סיוע הומניטרי לצד יריב במלחמה – לכוזה שכמעט בלתי אפשרי להתמודד עימו ברמה הקונספטואלית וגם המעשית.<sup>31</sup>

בית המשפט העליון יצטרך למצוא איזון בעתירה בפניו בין נקודות המבט השונות, ולפסוק בשאלות המשפטיות המתעוררות באשר לצורך לאפשר סיוע הומניטרי בזמן לחימה. עמדתו של בית המשפט היא בעלת חשיבות עצומה מבחינה נורמטיבית, וגם מבחינה מוסרית ומעשית, ותשפיע על המלחמה ועל חייהם של מיליוני אנשים ברצועת עזה.

אלא, שהשפעת עמדת בית המשפט העליון לא תעצור בגבול ישראל, וגם לא בציר פילדלפי בגבול עזה-מצרים. אלא, השלכתה של הפסיקה הצפויה תהא רחבה הרבה יותר. כך, החלטתו של בית המשפט העליון תשפיע באופן ממשי גם על הליכים בין-לאומיים אשר מתקיימים ביחס למדינת ישראל ולמלחמת

*for the International Criminal Court?*, 23 INT'L. CRIM. L. REV., 352, 374 (2022)

30 להרחבה על שאלה זו בהקשר המלחמה ראו Ori Pomson, Israel – Hamas 2023 Symposium – The Obligation To Allow And Facilitate Humanitarian Relief, Articles of war (7.11.2023) <https://bit.ly/3V1imn5>

31 לניתוח העמדה שלפיה יש לקשור בין תנאי החטופים ובין סיוע הומניטרי ראו Just Security, Top Legal Experts on Why Aid to Gaza Can't Be Conditioned on Hostage .Release, in response to remarks by US Official (20.11.2023) <https://bit.ly/4bj6K4z>

"חרבות ברזל". כמו כן עיסוקו של בית המשפט העליון בסוגיה יהיה בעל חשיבות עצומה לתדמיתה הבין-לאומית של מדינת ישראל. שני אלו, ישפיעו בתורם גם על כלכלת המדינה וגם על ביטחונה, ובפרט על יכולתה לשמר לגיטימציה בין-לאומית להגן על אזרחי ישראל.

סיבה מרכזית לכך היא כי מלחמת ישראל-חמאס הולידה זירה נוספת, בעיר האג שבהולנד. מדינת ישראל מצאה את עצמה בפני המשפט החשוב מאז הקמתה – תביעה של דרום-אפריקה בבית הדין הבין-לאומי לצדק. דרום-אפריקה טוענת כי מדינת ישראל מבצעת רצח עם בפלסטינים במסגרת מלחמת ישראל-חמאס. אף על פי שמדובר בעתירה שטוב היה לו לא הייתה מוגשת, החליט לאחרונה בית הדין בהאג לקבל חלקית את בקשת דרום-אפריקה לצו ביניים. בית הדין בהאג דרש ממדינת ישראל להגדיל את כניסת האספקה ההומניטרית לרצועת עזה.<sup>32</sup> ואכן, במסגרת העתירה דנן, הזכירו העותרים לבית המשפט העליון כי בית הדין הבין-לאומי לצדק הורה כי על ישראל לבצע באופן מידי ויעיל צעדים כדי לאפשר את הכנסתו של סיוע הומניטרי לרצועת עזה, מה שלעמדתם טרם מתבצע.<sup>33</sup>

לא רק השאלות המשפטיות שעומדות בבסיס העתירות דומות, אלא גם הראיות המובאות. פעמים רבות העתירה מתבססת על מקורות דומים. כך, למשל, הן העותרים בעתירה בפני בית המשפט העליון, והן בית הדין הבין-לאומי לצדק, משתמשים בהערכה האחרונה של מדד ה-IPC (Integrated food security Phase Classification). לפי מדד זה 95% מרצועת עזה נמצאת בין הקטגוריות "משבר" ובין "קטסטרופה" מבחינה תזונתית.<sup>34</sup> חשוב לציין כי בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג התעלם מדו"ח של מתאם פעולות הממשלה בשטחים (מתפ"ש), אשר מפרט את הבעיות המתודולוגיות בדו"ח ה-IPC ואשר מעיד על חוסר דיוקים בו.<sup>35</sup> ההתבססות בית הדין הבין-לאומי לצדק על היסוד העובדתי של דו"ח ה-IPC, אשר פורסם שלושה ימים לאחר שישראל כבר ענתה לבית המשפט, הפרה את זכותה של ישראל להישמע ולהגיב לטענות העולות בדו"ח. עיקרון זה הוא עיקרון כללי של המשפט הבין-לאומי אשר בא לשמור על שוויון בפני החוק ובייחוד בעת הליכים שיפוטיים (*audiatur et altera pars*).<sup>36</sup> כעת,

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures 28 March 2024, para.45) ("להלן: "החלטת הסעדים הזמניים, מרץ").

העתירה, לעיל ה"ש 1, בפס' 70.

GAZA STRIP: IPC ACUTE FOOD INSECURITY SPECIAL SNAPSHOT | 15 FEBRUARY – 15 JULY 2024 (2024) <https://bit.ly/3V43kgk>

COGAT, FOOD AND FOOD SECURITY IN THE GAZA STRIP – RESPONSE TO IPC REPORT (2024) <https://bit.ly/3yID08H>

Tal Mimran, *Third Provisional Measures in South Africa v Israel: Reflections on the*

עומדת בפני בית המשפט העליון הזדמנות לתקן במובן מסוים עוול זה, באמצעות דיון מעמיק ורציני בדו"ח ה-IPC, על כלל מגרעותיו. הטענות לגבי הצורך בסיוע הומניטרי ברצועת עזה התקבלו בבית הדין הבין-לאומי לצדק, שקבע כי האוכלוסייה האזרחית בעזה פגיעה במיוחד, כאשר למרבית הפלסטיניים ברצועה אין גישה לאוכל, למים, לחשמל או לתרופות,<sup>37</sup> וכי סכנת המוות מרעב (famine) מתממשת.<sup>38</sup> קביעות אלו נעשו על בסיס רף ראייתי נמוך יחסית (הדרוש לשלב זה בהליך), והוא מתבסס בעיקר על דו"חות של האו"ם שנעשו ללא מחקר עובדתי מעמיק – מאחר שהם מסתמכים בעיקר, בסופו של יום, על דיווחי משרד הבריאות של חמאס.<sup>39</sup> השופט אד-הוק ברק, אשר יושב מטעם ישראל בהליך זה, כתב עמדת מיעוט אשר ביקרה את האופן שבו בית הדין בהאג משתמש בראיות בהחלטתו.<sup>40</sup> טענה נוספת של ברק, נוגעת לנקודה נוספת והיא הגינות דיונית בעת שימוש בראיות. כך, ציין ברק כי בית הדין התבסס על דו"חות שלא הוגשו לצדדים, לא הוצגו לצדדים ולכן לא הייתה להם יכולת להגיב עליהם.<sup>41</sup>

בהתאם, העתירה בפני בית המשפט העליון בנושא הסיוע ההומניטרי לרצועת עזה מזמינה את בית המשפט הישראלי למלא את החלל העובדתי והמשפטי שיצר בית הדין הבין-לאומי באג, בבואו לחוות עמדה לגבי המצב העובדתי והמשפטי ברצועת עזה. ללא קשר לאופן שבו יפסוק בית המשפט העליון – עצם הצגת קביעות עובדתיות ומשפטיות ברורות באשר למצב ההומניטרי ברצועת עזה תהיה בעלת השלכות דרמטיות. הדבר חשוב גם בהצגת נרטיב נגדי מול בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג, וגם כדי להתמודד עם המגמה המבקשת להגביל

*Right to be Heard and on Substantive Justice*, VERFBLOG (11.4.2024)  
<https://bit.ly/44LL66w>

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order of 26 January 2024, para. 70 (להלן: "החלטת הסעדים הזמניים, ינואר").<sup>37</sup>

החלטת הסעדים הזמניים, מרץ, לעיל ה"ש 32, בפס' 21.<sup>38</sup>

הדבר זכה להתייחסותו של אחד משופטי ה-ICJ, השופט Nolte בקבעו כי הראיות שעליהן התבסס בית הדין הן מפורטות פחות ומבוססות פחות מבמקרי עבר. ראו Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order of 26 January 2024, Amichai Cohen and Yuval declaration of Judge Nolte, para.13. לביקורת על כך ראו Shany, Between Rhetoric and Effects: The ICJ Provisional Measures Order in South Africa v. Israel, Just Security (1.2.2024) <https://bit.ly/3yrW9py><sup>39</sup>

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures 28 March 2024, Separate Opinion of ad-hoc Judge Barak, para.22–28.<sup>40</sup>

שם, בפס' 22.<sup>41</sup>

את יכולתה של מדינת ישראל להתחמש במסגרת מלחמתה עם חמאס. הדבר חשוב לא רק ביחס להליכים מול דרום-אפריקה, אלא גם ביחס להליכים נוספים אשר מבקשים לפגוע ביכולת של מדינת ישראל להתחמש כחלק ממלחמתה מול חמאס. למשל, לאחרונה קבע בית משפט לערעורים בהולנד כי על ממשלת הולנד לחדול לייצא נשק למדינת ישראל משום שישנה סכנה ממשית שבאמצעות נשק זה יבוצעו פשעי מלחמה. הזינו במגמה זו מתרחבת גם למדינות כמו יפן, הולנד, קנדה ואחרות.<sup>42</sup> מדובר באיום של ממש על יכולתה של מדינת ישראל לתחזק את המלחמה מול חמאס. מכאן תפקידו של בית המשפט העליון מקבל משמעות נוספת. לבסוף, אין ספק כי הצגת אמת עובדתית מצד בית המשפט העליון תשפיע מאוד על השיח הדיפלומטי ביחס למלחמת ישראל – חמאס.<sup>43</sup>

לסיכום חלק זה, למעשה, בית המשפט העליון נמצא בעמדה טובה הרבה יותר מזו של בית הדין בהאג כאשר לביסוס המצב מבחינה עובדתית. הן בשל ההיכרות המעמיקה יותר עם הנסיבות והצדדים, והן כי בית המשפט העליון יכול לדרוש הבהרות ולנהל דיאלוג מעמיק יותר מול המדינה. יתר על כן, ישנה חשיבות משפטית, תדמיתית וכלכלית לדיון באשר לאופן עמידתה של מדינת ישראל בהתייבויותיה מתחום דיני הלחימה ברצועת עזה. על בית המשפט העליון לעזור בביסוס האמת – במקום להשאיר את הזירה לגורמים בין-לאומיים אשר ניזונים בעיקר ממקורות בתוך רצועת עזה – אם משרד הבריאות של חמאס ואם ארגוני חברה אזרחית הפועלים ברצועה.<sup>44</sup> מדינת ישראל ציינה במפורש בפני

<sup>42</sup> לניתוח ביקורתי של תהליך 'התקבעות עובדות' ביחס לפסיקת בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג, והאופן שהדבר הוביל למגמה מדאיגה של פגיעה ביכולתה של מדינת ישראל להתחמש כדי להגן על עצמה, ראו – Tal Mimran, Israel – Hamas 2024 Symposium – Reflections On The Invocation Of Common Article 1, Articles of war (13 March, 2024) <https://bit.ly/4bnNz9C>.

<sup>43</sup> בייחוד מאחר שמדינת ישראל עושה מהלכים נוספים להגדלת הסיוע ההומניטרי, למשל באמצעות פתיחת מעבר ארו ופתיחת צינור מים נוסף לעזה. ראו כתבי ישראל היום, "לאחר השיחה הקשה: הקבינט החליט על פתיחת מעבר ארו לרצועה" ישראל היום (4.4.2024) <https://www.israelhayom.co.il/news/defense/article/15540913>. ראו גם גלעד מורג ואיתמר אייכנר "בג"ץ דן בסיוע ההומניטרי, נציג המדינה: "נפתח צינור מים נוסף לעזה" YNET (4.4.2024) <https://www.ynet.co.il/news/article/rjulpcsy>.

<sup>44</sup> הדבר חשוב במיוחד, מאחר שמספר שופטים הביעו חשש שהסעדים הזמניים הראשוניים שנפסקו לא מולאו בצורה מלאה. כך למשל השופט Nolte אמר כי: "My hesitations rather resulted from the fact that this terrible situation would most probably not exist Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures 28 March 2024, Declaration of Judge Nolte, para.4".

בית הדין בהאג כי דלתות בית המשפט העליון פתוחות לבחון סוגיות שעולות מן המלחמה,<sup>45</sup> וכעת הגיעה השעה להראות מדוע הדבר חשוב כל כך.

2. **מַה שְׁהִיָּה הוּא שְׁיֵהִיָּה וּמַה שְׁנַעֲשֶׂה הוּא שְׁיַעֲשֶׂה וְאִין כָּל חֶדֶשׁ תַּחַת הַשָּׁמַשׁ?**<sup>46</sup>

זוהי לא הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון נמצא בעמדה להשפיע על השיח הבין-לאומי באשר לעמידת מדינת ישראל בהתחייבויותיה. כבר בשנת 2004, נדרש בית הדין בהאג לייצר חוות דעת מייעצת על חוקיות הקמת גדר ההפרדה.<sup>47</sup> בד-בבד, גם בית המשפט העליון עמד בפני עתירות שעניינן חוקיות הקמת הגדר. אך, בפועל, שני בתי הדין הגיעו למסקנות שונות. בית הדין בהאג קבע שמדובר בפעולה בלתי חוקית מכללא, בעוד בית המשפט העליון הכיר בצורך הצבאי בהקמת גדר אבל דרש לבצע תיקונים נקודתיים בכמה מקומות בגדר כדי להבטיח הגנה על זכויות אדם.<sup>48</sup>

לאחר פרסום עמדת בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג, בית המשפט העליון המשיך לעמוד בפני עתירות נוספות באשר לנקודות מסוימות בגדר ההפרדה ונתבקש לפסוק לגבי חוקיות מיקומן. החל מאבק של ממש בין שני בתי המשפט על אודות "האמת".<sup>49</sup> למרות היוקרה הרבה שלה זוכה בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג, גם בית המשפט העליון הישראלי קיבל תמיכה בין-לאומית רבה ביחס לעבודתו והשפיע לחיוב על השיח בנושא חוקיות הקמת גדר ההפרדה.<sup>50</sup> יש שיגידו אפילו שבית משפט העליון, צעד אחר צעד, הוביל להכשרתה של גדר

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Verbatim record 2024/1, p.73. בהתאם, הצגת עמדה עובדתית ברורה על ידי בית המשפט תוכל לעזור גם לשופטי בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג להבין בצורה טובה יותר את המצב בפועל. קהלת א, 9.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, I.C.J.

בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פס' 28-30 ו-44 (2004).

אפשר לראות "התנגשות" זו בצורה מובהקת בבג"ץ 7957/04 מראענה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, פס' 14, 19, 23, 37, 46, 48-51, 56-58, 63-65 ו-67-73 לפסק הדין של השופט ברק, ובפסק דינו של השופט חשין (2005).

לניתוח מדוקדק של הפערים בין הפסיקות והנרטיבים שעולים מהן ראו, Aeyal M. Gross, *The Construction of a Wall between The Hague and Jerusalem: The Enforcement and Limits of Humanitarian Law and the Structure of Occupation*, 19 LEIDEN JOUR. OF INT'L. LAW, 393 (2006) (להלן: "גרוס").

ההפרדה.<sup>51</sup> כלומר, עם כל תיקון נקודתי שבוצע, הייתה יותר לגיטימציה בין-לאומית לפרויקט הגדר בשל ההבנה שמדינת ישראל מעוניינת לפעול בהתאם לחוק ואכן מבצעת תיקונים בחוק בהתאם לדרישות שמוצבות בפניה על ידי בית המשפט העליון. כך, פסיקת בג"ץ הכשירה, בטווח הארוך, את גדר ההפרדה, תוך התערבות עמוקה בתוואי שלו.

כפי שהסביר פרופ' יובל שני – המבט המקביל על שני ההליכים בשנת 2004 מלמד רבות על אודות היתרון המוסדי והמעשי הברור שיש לבית המשפט העליון לייצר אמת עובדתית ברורה ומבוססת, וגם להבין לעומק את ההקשר הרחב יותר של הפעולה שבפניו.<sup>52</sup> לגישתו של פרופ' אייל גרוס, אפשר היה לראות את ההשפעה ואת הצל של בית הדין בהאג אשר השפיע על פסיקות בית המשפט העליון בישראל, כאשר נוצרה מעין התפלמסות בין שני בתי המשפט באופן שמשך תשומת לב ועורר עניין אינטלקטואלי.<sup>53</sup>

חשוב להבהיר כי בעוד בשנת 2004 דובר בחוות דעת מייעצת, הפעם בפנינו עתירה מחייבת עם השלכות משפטיות הרבה יותר משמעותיות עבור מדינת ישראל – שתהיה מחויבת לכל פסיקה בעניין דרום-אפריקה נ' ישראל באופן ישיר ומפורש.<sup>54</sup> שוני זה מזמין עוד יותר את בית המשפט העליון בישראל לנקוט אמירה עובדתית ומשפטית ברורה לגבי המצב ברצועת עזה, והתנהלות ישראל בנושא הסיוע ההומניטרי, ומגביר את החשיבות המעשית של הדבר. בעוד לא ברור אם אפשר לאכוף את צווי בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג באמצעות בית המשפט העליון בישראל,<sup>55</sup> הגברת הציות אגב העתירה דנן תשרת אינטרסים

51 לטענה זו ראו למשל DAVID KRETZMER & YAEL RONEN, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 245 (2011).

52 Yuval Shany, *Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases*, 38 ISRAEL L. REV. 230, 234–236 (2005).

53 גרוס, לעיל ה"ש 50, בעמ' 430.

54 לגישת בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג, סעדים זמניים מחייבים מבחינת המשפט הבין-לאומי. עם זאת, ובעוד הדבר לא הוכרע בפסיקה הישראלית, סביר כי נוכח האופן הדואליסטי של שיטת המשפט הישראלית, המחויבות לצווים לא תהיה במישור הדין הפנימי הישראלי. לכן, בית המשפט לא מחויב לוודא את הציות של מדינת ישראל לצווים באופן רשמי. ראו החלטת הסעדים הזמניים, ינואר, לעיל ה"ש 37, בפס' 83; החלטת הסעדים הזמניים, מרץ, לעיל ה"ש 32, בפס' 48. לדיון, ראו תומר ברודי "היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט המדינתי" משפט בינלאומי 59 (יעל רונן עורכת, מהדורה רביעית 2023).

55 יצוין כי בתיקים שונים בתי משפט אמריקאים קיבלו את ההנחה שקביעות ה-ICJ הן בעלות ערך פרשני רב בעת פרשנות הדין במישור הבין-לאומי. אך, באשר לשאלת האכיפות, פסיקות בעניין צווים זמניים של בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג קבעו כי צווים אלה לא מחייבים אורגנים מדינתיים במישור הדין הפנימי. ראו *Breard v. Greene*,

הומניטריים וגם את מדינת ישראל בהליך בהאג.

#### ד. מסקנה

העתירה בנושא הסיוע הומניטרי חשובה מסיבות רבות, וללא קשר להכרעתו של בית המשפט העליון, חשוב שהוא יפעיל ביקורת שיפוטית במקרה שבפניו. ראשית, מדובר בשאלה הומניטרית בוערת, תרתי משמע, אשר משליכה על חייהם של מיליוני בני אדם ברצועת עזה. שנית, קביעותיו העובדתיות והמשפטיות של בית המשפט העליון יוכלו לאפשר התמודדות טובה יותר עם התערבות בין-לאומית, ולתרום להתמודדות עם המגמה המדאיגה שמבקשת לצמצם את יכולתה של ישראל להתחמש. שלישית, וכתוצאה מן האמור, אמירה ברורה של בית המשפט העליון לגבי המצב ההומניטרי ברצועת עזה, ושל האופן שבו מדינת ישראל פועלת כדי לעמוד בהתחייבויות הבין-לאומיות שלה מכוח דיני הלחימה, תחזק את תדמיתה של מדינת ישראל כמדינה שומרת חוק; תאפשר התמודדות טובה יותר עם ביקורת בין-לאומית; ותצמצם את האפשרות הפעלת לחץ דיפלומטי ומשפטי משתק כלפי מדינת ישראל (כפי שקרה בהולנד, ביחס לנושא של ייצוא ביטחוני). על כן, על בית המשפט העליון להציג אמירה ברורה הן לגבי עומק המשבר ההומניטרי ברצועת עזה, והן לגבי ההתאמה של פעולות מדינת ישראל להתחייבויות הבין-לאומיות שלה.

---

523 U.S. 371, 378 (1998): "If the Governor wishes to wait for the decision of the ICJ, that is his prerogative. But nothing in our existing case law allows us to make that choice for him". פסיקה דומה התקבלה גם בעניין LaGrand שבו הוצאו להורג עבריינים מורשעים חרף סעד זמני של בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג שלא לבצע את ההוצאה. לפרשנות ראו Tim Stephens, *The Lagrand Case (Federal Republic Of Germany V United States Of America): The Right To Information On Consular Assistance Under The Vienna Convention On Consular Relations: A Right For What Purpose?*, 3 MELBOURNE J.INT'L L. 1 (2002). להרחבה על פרשנות בתי המשפט האמריקאים בהקשר זה ראו Veronika Fikfak, *Domestic Courts' Enforcement of Decisions and Opinions of the International Court of Justice*, in A FAREWELL TO FRAGMENTATION: REASSERTION AND CONVERGENCE IN INTERNATIONAL LAW 343, 345-352 (Mads Andenas & Eirik Bjorge eds, 2014). השאלה התעוררה בדיון האקדמי על הפסיקות גם בשנת 2004. ראו, למשל, Geoffrey R. Watson, *Mara'abe v. Prime Minister of Israel*, 100 AM. J. INT'L L., 895, 901 (2006).

## ה. אפילוג

צ'רלס דיקנס פותח את אחד הרומנים הגדולים בהיסטוריה, "בין שתי ערים", עם האמירה האלמותית: "היה זה הטוב בזמנים, היה זה הרע בזמנים; היה זה עידן החוכמה, היה זה עידן הטיפשות; היה זה תור האמונה, היה זה תור הספקנות; היו אלה ימים של אור, היו אלה ימים אפלים; היה זה אביב התקווה, היה זה חורפו של ייאוש; הכול היה אפשרי, דבר לא היה אפשרי."<sup>56</sup>

בעודי קורא את המילים הללו בישראל של שנת 2024, קשה שלא לזווג באי-נוחות, בשל התהייה אם מה שהיה נכון עבור לונדון ופריז של המאה ה-19, נכון גם עבור ירושלים והאג במאה ה-21. מדינת ישראל של שנת 2024 הייתה אמורה להיות בשיא פריחתה – לאחר התבססותה בתור אחד המנועים החשובים של העידן הדיגיטלי, כיאה לאומת הסטארט-אפ, בעידן דיפלומטי חסר תקדים שבו הסכמי נורמליזציה עם מדינות ערביות הופכים לכלל ולא לחרג, ובעולם אשר הפך בעידן הגלובליזציה, ולו לרקע קט, לכפר קטן אחד. אבל לא כך המקרה.

מדינת ישראל של ימינו עדיין מתאוששת מהשבעה באוקטובר, 2023, מתקפת הטרור בשבת הארורה אשר מחקה משפחות וקהילות שלמות. מתקפה שהובילה לפציעתם של אלפי ישראלים, לרציחתם של מעל ל-1,200 קורבנות, ולחטיפתם של מעל ל-240 אשר, נכון למועד כתיבת שורות אלה, 133 מתוכם עדיין מוחזקים בשבי חמאס. ואם אין בכך די, לאחר טבח נוראי זה, החמור ביותר בהיסטוריה של מדינת ישראל, החלה מלחמת "חרבות ברזל" אשר התפתחה למלחמה רב-ממדית, אשר גבתה מחירים כבדים נוספים ואשר מאיימת להתלקח ולהשפיע על אזורים נוספים במזרח התיכון ואולי גם מעבר אליו.

בימים שכאלה קשה עד בלתי אפשרי להבין או להחליט מהו טוב ומהו רע, מהי חוכמה ומהי טיפשות, מתי נכון להאמין ומתי נכון להטיל ספק, מהו האור ומהו החושך, האם אלו ימי תקווה או ייאוש, ובהחלט ישנה תחושה בלתי נמנעת שהכול אפשרי ובלתי אפשרי בו-זמנית. בעיתות שכאלה, עינינו נשואות אל עבר מוסדות שלטון שיעניקו לנו ודאות או הבנה טובה יותר של שאלות שכאלו. אחד מאותם המוסדות הוא כמובן בית המשפט.

אני מלא תקווה ואמונה כי בית המשפט העליון נכון למשימה, ויתמודד עם האתגר באופן מיטבי. בית המשפט העליון הישראלי התמודד בעבר רבות עם שאלות ביטחוניות משמעותיות, תחת לחץ מקומי ובין-לאומי, וידע לאזן ולנווט בחוכמה בין השיקולים הרלוונטיים המתעוררים. באמצעות התמודדות אחראית עם שאלות משפטיות ומוסריות בוערות בזמן הלחימה בעזה, יוכל בית המשפט

<sup>56</sup> צ'רלס דיקנס בין שתי ערים (מרים יחיל-וקס מתרגמת 2011).

העליון לסייע להשכין מחדש איזון חשוב בימים טרופים, להתחיל במלאכת השבת אמון הציבור כלפי מוסדות שלטון, ולסייע בכיול מחדש של תפיסת המציאות שלנו בתוך רגע בלתי אפשרי שלתוכו נקלענו. יש לקוות גם כי דיון שכזה, בתורו, יעודד דיון ציבורי מושכל, שקוף ופתוח לגבי מלחמת "חרבות ברזל" וכל הנגזר ממנה, ויסייע למדינת ישראל מול אתגרים במישור הבין-לאומי.