

# על הספר: "המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום"

מאת: ארנה בן-נפתלי ויובל שני

עמיהי כהן\*

- א. מבוא
- ב. היקף הספר ופרקיו
  1. תיאור הפרקים הקיימים
  2. על היקף הספר
  - ג. על האפקטיביות של המשפט הבינלאומי

## א. מבוא

מאז סוף שנות השמונים, עת הוציא פרופסור יורם דינשטיין את האחרון בסדרת הספרים על המשפט הבינלאומי הפומבי,<sup>2</sup> ובמשך עשרים שנה, התמקדה הספרות שנכתבה בישראל בעברית על המשפט הבינלאומי, בנושא כמעט אחד ויחיד – היישום של המשפט הבינלאומי הפומבי על ידי מדינת ישראל בשטחים (יהודה, שומרון ועזה).<sup>3</sup> חריגים בודדים ומועטים לתופעה זו החלו להופיע כאשר בסוף שנות התשעים החלו כמה חוקרים בישראל לעסוק בתחום המשפט הבינלאומי המסחרי,<sup>4</sup> והחל מאמצע שנות התשעים החלה כתיבה מסוימת ומצומצמת יחסית על המשפט הבינלאומי וזכויות האדם.<sup>5</sup> אך כתיבה זו עדיין נותרה כעין חריג לכלל שעל פיו המשפט הבינלאומי (למעט כאמור בנושא התחולה בשטחים) הוא מחוץ לתחומי העניין של הקהילה המשפטית בישראל.

מצב זה השתנה באופן ניכר בשנים האחרונות. מלבד העלייה הניכרת במספר החוקרים המקדישים את זמנם למשפט הבינלאומי, ניכרת גם פעילות מחקרית ענפה בתחומי המשפט הבינלאומי הפומבי. קבוצה, לא גדולה, של חוקרים באוניברסיטאות ובמכללות בישראל מפרסמים באופן סדיר מחקרים בנושאים שונים של המשפט הבינלאומי הפומבי, לאו דווקא בהקשר הישראלי. כך למשל לפני שנים לא רבות התפרסם מחקר מקיף בדבר המשפט הבינלאומי הפומבי.<sup>6</sup> רק בשנה שעברה התפרסם ספר העוסק בהיבטים המשפטיים של ארגון הסחר

---

\* דוקטור למשפטים, מרצה, הקריה האקדמית אונו.

- 1 ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (2006).
- 2 יורם דינשטיין דיני מלחמה (1983).
- 3 בלטה במיוחד הכתיבה הנרחבת של פרופסור דויד קרצמר. ראו למשל: DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (2002); כן ראו אייל בנבנישתי "נגרש ונשמע" משפט וממשל א 441 (1993); אמנון רובינשטיין "מעמדם המשתנה של השטחים: מפקרון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא 439 (1985).
- 4 ראו למשל אריה רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבינלאומי על המשפט המסחרי בישראל ביובל הנא" מחקרי משפט יז 17 (2001–2002).
- 5 Eyal Benvenisti, *The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and to the Occupied Territories*, 26 ISR. L. REV. 24 (1992).
- 6 רובי סיבל משפט בינלאומי (2003).

העולמי.<sup>7</sup> במקביל, בשנים האחרונות, מתקיימים שורה ארוכה של כנסים גדולים העוסקים בתחומים שונים של המשפט הבינלאומי הפומבי.<sup>8</sup> התעניינות הולכת וגוברת זו במשפט הבינלאומי הפומבי אינה אלא שיקוף של העלייה בחשיבותו של המשפט הבינלאומי בעולם בכלל ובמדינת ישראל בפרט. אם עד לפני שנים מספר היה הדיון במשפט הבינלאומי כעין ספיח לדיון המשפטי הישראלי הפנימי, הרי מצב זה השתנה מקצה אל קצה בשנים האחרונות. הופעתה של האפשרות הריאלית להטלת סנקציות על ידי גופים המיישמים את המשפט הבינלאומי, מספר הנושאים שהוא דן בהם וחדירתו לשיח הישראלי בשורה של תחומים, הביאו לצורך בדיון אקדמי מסודר בנושאים אלו.

ספרם של ד"ר ארנה בן-נפתלי מהמסלול האקדמי, המכללה למינהל ושל ד"ר יובל שני מהאוניברסיטה העברית, הוא דוגמה בולטת למחקר הממלא צורך זה. זהו ספר מקיף העוסק בתחום מוגדר של המשפט הבינלאומי הפומבי – תחום שבן-נפתלי ושני מכנים אותו "בין מלחמה לשלום". הספר עוסק בפתרון סכסוכים על ידי מדינות (בדרכי מלחמה ושלום) ובהתייחסות של המשפט הבינלאומי לאדם הן בהגנה עליו בעתות מלחמה ושלום, והן בשפיתו כאשר הוא מפר את חוקי המשפט הבינלאומי. תחום זה היה במשך שנים רבות תחום צדדי, כמעט אזורי, במשפט הבינלאומי הפומבי. עיקר הדיון המסורתי במשפט הבינלאומי התמקד בתחומים כמו דיני הים או שאלות החסינות הדיפלומטית. בעשורים האחרונים, ובייחוד בשנים האחרונות, הופך תחום המלחמה והשלום לתחום העומד במרכז המחקר במשפט הבינלאומי הפומבי. על כן בחירתם של בן-נפתלי ושני להתמקד בתחום זה מובנת ומבורכת. במסגרת הכללית של "מלחמה ושלום" כללו הכותבים שורה של תחומים הקשורים זה בזה. אכן – כפי שציינו הכותבים – הגבולות בין התחומים שבספר שבפנינו הפכו להיות מטושטשים במידה רבה.<sup>9</sup> התחומים הם: דיני השימוש בכוח; הדין ההומניטרי (או דיני המלחמה); דיני זכויות האדם; הדין הבינלאומי הפלילי; ודיני יישוב הסכסוכים. בסופו של הספר נספח העוסק במקורות המשפט הבינלאומי הפומבי.

חלקה הראשון של רשימה זו (לאחר ההקדמה) יעסוק בתיאור כללי של הנושאים שבהם עוסק הספר. בחלקה השני של הרשימה אעלה נקודת מבט נוספת, אשר לא נכללה בספר ואשר יש בה כדי להאיר חלק מהדיונים המתקיימים בו.

## ב. היקף הספר ופרקיו

הספר שבפנינו חושף תמונה מקיפה של הדין המצוי בהקשר של המשפט הבינלאומי בכל התחומים בהם הוא דן. בספר דיון בהיר בכל הסוגיות המרכזיות, ותיאור ממצה של העמדות המרכזיות במשפט הבינלאומי הפומבי בסוגיות אלו.

7 ארגון הסחר העולמי וישראל – משפט, בלבלה ופוליטיקה (אריה רייך עורך, התשס"ו).  
8 בולט במיוחד היה הכנס שנערך בבית הספר למשפטים של המכללה למינהל. ההרצאות שניתנו בכנס זה, ואשר עסקו בעיקר בשיפוט בינלאומי, פורסמו כמאמרים בסימפוזיון בנושא ישראל והגלובליזציה של המשפט הבינלאומי הפלילי שנכלל בכרך ט של כתב העת המשפט.  
9 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 16.

מובן, כפי שמציינים בן-נפתלי ושני במפורש, כי המשפט הבינלאומי הפומבי, ובמיוחד בתחומים שהספר עוסק בהם, נמצא בתהליך מתמיד של שינוי והתחדשות.<sup>10</sup> בשל כך, אין לצפות כי הספר יהיה עדכני עד לרגע צאתו לאור ממש. ודאי שגם לאחר צאתו לאור יחולו שינויים שייחבו התייחסות במהדרות הבאות, אשר מן הסתם יופיעו בשנים הקרובות. מבחנו של ספר כזה הוא ביכולתו לפרוש את הבעיות הקיימות מחד גיסא, ולהעניק לקורא כלים לבחון הכרעה עתידית באופן ביקורתי מאידך גיסא. בנוגע לניתוח המצב הקיים, עונה הספר על הדרישה. בנוגע לניתוח הביקורתי העתידי, ייתכן שניתוח מלא יחייב מידע נוסף, כפי שיפורט להלן.

## 1. תיאור הפרקים הקיימים

הפרק הראשון של הספר דן, כאמור, בכללי השימוש בכוח במשפט הבינלאומי. כידוע, המשפט הבינלאומי המודרני אוסר עקרונית על שימוש בכוח. החריגים לאיסור זה הם ההגנה העצמית או היתר מועצת הביטחון. כפי שבן-נפתלי ושני מבהירים – האיסור להשתמש בכוח יכול להתקיים רק במקביל ליצירתו של מנגנון הגנה קולקטיבי מפותח. מנגנון מעין זה אכן תוכנן בעת הקמת מועצת הביטחון, אלא שחוסר היכולת של מועצת הביטחון לפעול כפי שתוכנן ברוב שנות קיומה,<sup>11</sup> הביא לשימוש נרחב מאוד בזכות ההגנה העצמית. בעקבות זאת הפך מנגנון ההגנה העצמית למנגנון המרכזי שדרכו פעלו מדינות בשימוש בכוח. הספר שבפנינו מביא באופן מלא ובהיר, ולראשונה בשפה העברית, את הבעיות הרחבות שנוצרו עקב השימוש הנרחב במנגנון ההגנה העצמית. כך למשל דנים בן-נפתלי ושני בעמדות השונות במשפט הבינלאומי בנוגע לזכותה של מדינה להגנה עצמית נגד ארגוני טרור.<sup>12</sup> דוגמה נוספת היא הדיון המקיף והמצוין בהגנה

10 שם, בעמ' 19.

11 הבעיה המרכזית שעמדה בפני מועצת הביטחון הייתה בעיית הווסו – ברית-המועצות וארצות-הברית שיתקו באמצעות השימוש בזכות הווסו את פעילותה של מועצת הביטחון. ראו למשל: Tom J. Farer, *A Paradigm of Legitimate Intervention, in ENFORCING RESTRAINT: COLLECTIVE INTERVENTION IN INTERNAL CONFLICTS* 316, 320–322 (Lori Fisler Damrosch ed., 1993).

12 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 95. בן-נפתלי ושני מסיקים כי זכות כזו קיימת, לאור החלטת מועצת הביטחון 1373 (2001) הקובעת את הזכות להגנה עצמית נגד פעולות טרור. את האמירה הנוגדת של בית הדין הבינלאומי (International Court of Justice) בחוות הדעת בעניין גדר ההפרדה, (International Court of Justice (ICJ), *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*), Advisory Opinion of 9 July 2004, 43 paras. I.L.M. 1009, (Para. 139). הם מפרשים כקשורה לעובדה שבשטחים יש כיבוש. פרשנות זו של בן-נפתלי ושני נתונה בספק, במיוחד לאור אמרות אגב בפסק הדין בעניין *Case Concerning Armed Activities in Territory of the Congo* (Democratic Republic of Congo v. Uganda) 19 December 2005 paras. 146–147 available at [www.icj-cij.org/iccjwww/idocket/ico/icoframe.htm](http://www.icj-cij.org/iccjwww/idocket/ico/icoframe.htm), 35–28. Kooijmans של השופט שם, ס' 35–28.

העצמית המקדימה – אפשרות ההתקפה עוד לפני שהאויב פתח בפועל בהתקפתו.<sup>13</sup>

עם זאת, לטעמי כותבי הספר הטו מעט את הכף לטובת הדיון במסגרת ההגנה העצמית, ולא פיתחו די את הדיון בהפעלת הכוח על ידי מועצת הביטחון, הפועלת בצלה של מעצמת-העל היחידה – ארצות-הברית. עובדה היא שמאז נפילת הגוש הקומוניסטי חזרה מועצת הביטחון לפעול במידה רבה כמוקד המרכזי שדרכו מתקבלות ההכרעות הקולקטיביות. מאז שנת 1990 כמעט עברו מן העולם הסכסוכים המזוינים הגדולים<sup>14</sup> אשר ארצות-הברית אינה מעורבת בהם באופן ישיר. התופעה הכולטת בסכסוכים המזוינים בעולם המודרני היא עליית הסכסוכים הפנימיים הקטנים – התפרקות המשטר במדינות רבות וחוסר יציבות מתמיד באזורים מסוימים בעולם. כפי שציין אייל בנבנישתי, עובדה זו מחייבת הערכה מחדש של תפקידה של ארצות-הברית במקביל לתפקיד מועצת הביטחון בשמירה על השלום ועל הסדר בעולם.<sup>15</sup> נכונותה של ארצות-הברית ליטול על עצמה תפקיד של "שוטר גלובלי", והאינטרסים הרחבים שלה בעולם כולו, הביאו למצב שבו עצם האיום מצד ארצות-הברית מביא לבלימתם (Containment) של סכסוכים פוטנציאליים רבים בתחומים מוגדרים יחסית. במקביל, בחלק ניכר מסכסוכים אלו, מועצת הביטחון משלימה את הפעולה ושולחת כוחות צבאיים רבים המיועדים לבלום את התפשטות הסכסוך.

אם כן ההתייחסות בספר לדוקטרינת בוש<sup>16</sup> ולכוחות שמירת השלום של האו"ם,<sup>17</sup> לוקה לדעתי בחסר. אם עד לפני 15 שנה אכן הייתה ההגנה העצמית המסלול המרכזי שדרכו נדונו סכסוכים מזוינים בינלאומיים, כיום, כמעט בכל סכסוך פנימי מעורב כוח בינלאומי כזה או אחר הפועל בסמכות מועצת הביטחון הניתנת לו מראש או בדיעבד. כך בסכסוכים האזוריים במערב אפריקה, כך במזרח טימור, כך בסודן (סכסוך שבו התערבה מועצת הביטחון על ידי העברתו של הסכסוך לסמכות בית הדין הפלילי הבינלאומי) וכך בלבנון. כוחות שמירת השלום של האו"ם שונים היום מאוד מאלו של שנות החמישים והשישים. כיום הם פועלים תחת סמכותה של מועצת הביטחון, ולעתים מכוח סמכותה המחייבת של מועצת הביטחון על פי הפרק השביעי למגילת האו"ם.<sup>18</sup> יש הטוענים כי ניתן

13 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 85.

14 אין כוונתי לומר, כמובן, כי אין בעולם יותר מלחמות. אלא – המלחמות בעולם מאז 1990 הן מלחמות פנימיות או מלחמות של מדינות נגד ארגונים לא ממשלתיים. כמעט שאין מלחמות שבהן שני צבאות קונבנציונליים מתנגשים זה בזה בקול רעש גדול לקרבות מכריעים, קרבות שדוגמתם ראינו מאז המאה ה-18 ועד לשנות התשעים של המאה ה-20.

15 Eyal Benvenisti, *The US and the Use of Force: Double Edged Hegemony and the Management of Global Emergencies*, 15 EUR. J. INT'L L. 677 (2004).

16 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 89.

17 שם, בעמ' 67.

18 סמכויות מועצת הביטחון של האו"ם מוגדרות בפרק השישי ובפרק השביעי למגילת האו"ם. בפרק השביעי מפורטות סמכויות מועצת הביטחון לקבל החלטות המחייבות את כל חברות האו"ם וביניהן סמכויות להטלת סנקציות כלכליות וצבאיות, וכן על משלוח כוחות צבאיים.

לכנות כוחות אלו "כוחות שמירת השלום דור ב'".<sup>19</sup> בנוגע לכוחות אלו עולה שורה ארוכה של סוגיות כמו למשל: הדינים שלהם הם כפופים; גבולות סמכותם להשתמש בכוח; חלוקת האחריות בין המדינות השולחות לבין מועצת הביטחון; מידת הכפיפות שלהם למזכיר הכללי של האו"ם; ועוד. בן-גפתי ושני בחרו להקדיש מקום מוגבל יחסית לדיון בסוגיות אלו, אשר עתידות, לעניות דעתי, להיות חלק מרכזי מהדיון בשימוש בכוח בשנים הקרובות. בחירתם מובנת על סמך הספרות הקיימת, אך ייתכן כי ההתפתחויות העתידיות תחייבנה את הכותבים להרחיב את הדיון בנושא זה במהדורות הבאות.

הפרק השני הוא הפרק העוסק במשפט ההומניטרי, או בדיני הלחימה.<sup>20</sup> פרק זה הוא אולי הפרק הטוב ביותר בספר כולו. בפרק זה מקוימת במלואה ההבטחה לעסוק לא רק בדין הקיים, אותו מתארים הכותבים בצורה יפה ובהירה, אלא גם ברקע התאורטי וההיסטורי ליצירתו של הדין ההומניטרי. בפרק תיאור של עקרונות המשפט ההומניטרי, דיון בצורה פרטנית בשורה של סוגיות מתחום המשפט ההומניטרי שאינן זוכות לטיפול מלא בדרך כלל, וכן סקירה ממצה של העמדות הקיימות בסוגיות החמות שעל סדר היום. כך זוכה הסוגיה של מעמד פעילי ארגוני טרור, לטיפול נרחב על רקע העמדות במשפט הבינלאומי ויישומן בישראל ובארצות-הברית, וכך גם בסוגית הדינים החלים בסכסוכים שאינם בינלאומיים.<sup>21</sup>

בן-גפתי ושני מציגים ארבעה עקרונות המהווים את הבסיס לאיסורים שמטיל המשפט הבינלאומי ההומניטרי על התנהלות במלחמה: עקרון הצורך הצבאי; עקרון ההבחנה; עקרון המידתיות; ועקרון מניעת הסבל המיותר. חלוקה זו מקובלת בצורה כזו או אחרת על הכותבים העוסקים במשפט ההומניטרי.<sup>22</sup> עם זאת,

19 ראו באופן כללי: STEVEN R. RATNER, THE NEW UN PEACEKEEPING: BUILDING PEACE IN LANDS OF CONFLICT AFTER THE COLD WAR 22 (1995).

20 הבחירה של בן-גפתי ושני במינוח משפט הומניטרי, המקובל יותר באירופה, ולא במונח האמריקני "Law of Armed Conflict", יש בו כדי להעיד על נטייתם הדוקטרינרית, כפי שאציין להלן.

21 בן-גפתי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 185-190. הספר יצא לאור עוד לפני פסק דינו החשוב של בית המשפט העליון בעניין הסיכולים הממוקדים (בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עיניים נ' ממשלת ישראל [טרם פורסם, 14.12.2006]). בפסק דינו שם, קבע הנשיא (בדימוס) ברק, כי מעמד לוחמי הטרור הוא מעמד של אזרחים המוותרים על ההגנות הנתונות להם כל עוד הם לוקחים חלק בסכסוך. התוצאה המסתברת מפסק הדין היא כי כאשר נתפסים פעילי הטרור הם שבים ונחשבים אזרחים. בכך רחה ברק את העמדה שהוצגה על ידי הממשל האמריקני שעל פיה פעילי ארגוני טרור הם לוחמים בלתי חוקיים אשר אינם זכאים להגנות הניתנות ללוחמים, ואף אינם זכאים להגנות הניתנות לחיילים. ראו: *Memorandum from John Yoo, Deputy Assistant Attorney General for William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense on Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees* (January 9, 2002) available at [www.antiwar.com/rep/020109\\_yoomemo\\_1-10.pdf](http://www.antiwar.com/rep/020109_yoomemo_1-10.pdf)

22 ראו למשל: MARCO SASSOLI & ANTOINE A. BOUVIER, HOW DOES LAW PROTECT IN WAR? CASES, DOCUMENTS AND TEACHING MATERIALS ON CONTEMPORARY PRACTICE IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 142 (2d ed., 2006).

חלוקה זו עשויה לכלכל מעט את הקורא שאינו מודע די הצורך לנקודת המוצא של המשפט ההומניטרי. נקודת מוצא זו היא ההבדל שבין מלחמה לשלום. במלחמה מותרים דברים האסורים בעת שלום. הגדרתו של מצב כמצב מלחמה הופכת שורה של פעולות למותרות, אלא אם כן קיים איסור ספציפי על ביצוען. העקרונות שמונים בן-נפתלי ושני הם חריגים או עקרונות המגבילים עקרון יסוד זה. פרט לכך ייתכן שלקורא ההדיוט, החלוקה בין עקרון הצורך הצבאי המוצג על ידי בן-נפתלי ושני (אשר לפיו "פגיעה בחיי אדם, ברכוש [...] אסורה אם אין לה הצדקה צבאית") לבין עקרון ההבחנה (אשר לפיו "מוטלת חובה להבחין בין יעדים צבאיים לבין יעדים אזרחיים [...] וניתנת להם הרשות לפעול רק נגד קבוצת היעדים הראשונה"), אינה ברורה דיה. יש לכאורה חפיפה ניכרת בין שני העקרונות; בן-נפתלי ושני אינם מתכוונים להציע כי על התוקף מטרה צבאית לבחון בנוגע לכל מטרה צבאית אם התקפתה תתרום למטרה המלחמתית. בנוגע למטרות אזרחיות מסוימות הם אינם מתכוונים להציע כי מותרת הפגיעה בהן אם היא משרתת צורך צבאי.<sup>23</sup> בשל כך נראה, כאמור, כי ההבדל בין העקרונות אינו חד דיו. לצורך הבהרת התמונה לקורא שאינו בקי במשפט ההומניטרי, אולי היה עדיף לחלק בין המגבלות על הפגיעה באזרחים ובמטרות אזרחיות לבין הפגיעה בחיילים ההופכים למוגנים (כגון פצועים, שבויים, אנשי רפואה וכו').

בפרק זה בולטת במיוחד ההפרדה הרעיונית שבחרו בן-נפתלי ושני לעשות במודע, בין התאוריה לבין התיאור הפוזיטיבי של המשפט. חלקו הראשון של הפרק מציג טעמים שונים המסבירים את ההיגיון שמאחורי המשפט ההומניטרי, ביניהם טעמים של תועלתנות, שמירה על משמעת בשדה הקרב וכו'. חלקו השני של הפרק עוסק בעקרונותיו של המשפט ההומניטרי, כפי שתוארו לעיל, ובפרטי הדינים העולים מעקרונות אלו.

הפרק השלישי של הספר דן בזכויות האדם במשפט הבינלאומי. הדיון בזכויות האדם במשפט הבינלאומי הוא לעולם בעייתי – שהרי זכויות האדם הבינלאומיות אינן שונות לכאורה במהותן מזכויות האדם המוגנות במשפט הפנימי. אכן, חלק מרכזי בדיון שעורכים הכותבים כאשר לזכויות האדם במשפט הבינלאומי, עוסק במנגנונים הייחודיים לאכיפתן של הזכויות במשפט הבינלאומי ולא בתוכנן של הזכויות.<sup>24</sup> מאז מלחמת העולם השנייה התפתחו בקהילה הבינלאומית שורה של מנגנונים ייחודיים לאכיפת זכויות האדם. מנגנונים ייחודיים אלו מחולקים למנגנונים גלובליים ולמנגנונים אזוריים. המנגנונים הגלובליים הם בעיקר ועדות זכויות האדם הפועלות מכוח האמנות הבינלאומיות לזכויות האדם, סמכויותיהן מוגבלות, וכוחן נתון בספק. המנגנונים האזוריים מבוססים על אמנות אזוריות לזכויות אדם. בשניים מהם יש אף בתי משפט בעלי

23 עדיף היה, לעניות דעתי, להיצמד לחלוקה המוצעת על ידי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום הבינלאומי. במסמך עקרונות היסוד של המשפט ההומניטרי (Basic Rules of International Humanitarian Law in Armed Conflicts, Dec. 31, 1998 [www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/668bf8?opendocument](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/668bf8?opendocument). עקרונות אלו "מאחרים" בעיקרון השביעי את ההגנה על האזרחים ואת האיסור להתקיף מטרות שאינן צבאיות, וקובעים עיקרון נפרד של הגנה על לוחמים אשר אינם מסוגלים להמשיך עוד בלחימה.

24 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 238–226.

סמכות שנועדו לאכוף אותן. אף כאן בוחרים בן־נפתלי ושני להתמקד בזכויות ולהניח לדיון באכיפתן ובמימושן של הזכויות,<sup>25</sup> אף שנמתחה ביקורת ניכרת על מנגנוני האכיפה והיישום של מוסדות אלו.<sup>26</sup>

הפרק הרביעי בספר דן בהתפתחותו של המשפט הפלילי הבינלאומי. בפרק זה דנים הכותבים בהרחבה בבתי הדין הבינלאומיים הפליליים, בפשעים שבהם הם דנים ובסדרי הדין הנהוגים שם. בתי הדין הבינלאומיים הפליליים נועדו לדון בעיקר בפשעי המלחמה או בפשעים נגד האנושות המתבצעים במהלך סכסוכים אלימים ברחבי העולם.<sup>27</sup> מאז ראשית שנות התשעים של המאה ה־20 הוקמו כמה סוגים של בתי דין בינלאומיים פליליים. הסוג הראשון – בתי הדין הבינלאומיים הפליליים שהוקמו על ידי מועצת הביטחון כדי לדון בסכסוכים ספציפיים.<sup>28</sup> הסוג השני – בתי הדין המעורבים – שבהם הקהילה הבינלאומית שותפה עם המדינה בהליך ההעמדה לדיון.<sup>29</sup> והסוג השלישי – בשנת 2003 החל לפעול בית הדין הבינלאומי הפלילי (International Criminal Court) אשר יכול להפעיל את סמכותו על חלק ניכר מפשעי המלחמה והפשעים נגד האנושות המתבצעים בעולם.<sup>30</sup> ריבוי בתי הדין הפליליים הבינלאומיים הביא לעיסוק אקדמי ניכר בסמכויותיהם ובתפקידיהם. בן־נפתלי ושני מיטיבים, גם כאן, לתאר את העקרונות הבסיסיים של פעולת בתי דין אלו, את גבולות הסמכות שלהם ואת הפרוצדורה המשפטית שמכוחה הם פועלים. אולם גם כאן בן־נפתלי ושני בוחרים להתעלם כמעט מהביקורת על תפקידם של בתי הדין הפליליים הבינלאומיים. בנושא זה ארון בחלק האחרון של הרשימה.

הפרק החמישי עוסק בדרכי יישוב סכסוכים במשפט הבינלאומי. בפרק ישנו דיון על בתי המשפט השונים במשפט הבינלאומי (בית הדין הבינלאומי, מוסדות הבוררות, מוסד יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי ועוד). כמו כן עוסקים הכותבים בדרכי יישוב הסכסוכים הלא שיפוטיות – חקירה וכדומה. פרק זה הוא אולי הפחות ממוקד בספר כולו. ניכרת כאן הבעייתיות שבבחירה המודעת להגביל את הדיון לנושא המלחמה והשלום בלבד, כפי שאדון להלן. אף על פי שתחום יישוב הסכסוכים קשור כמובן לענייני השלום במשפט הבינלאומי, קשה לדון בו

25 בן־נפתלי ושני מקדישים שני עמודים בלבד לבעיית היחסיות התרבותית (שם, בעמ' 239–240), ומשפט אחד בלבד (שם, בעמ' 244) לבעיה המרכזית – בעיית אי־האכיפה, או האכיפה הסלקטיבית.

26 לדיון נרחב יותר בבעיות אלו ראו: HENRY J. STEINER & PHILIP ALSTON, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS: TEXT AND MATERIALS (2d ed. 2000).

27 ה"פרוטופ" של בתי הדין הבינלאומיים – בית הדין בנירנברג, דן גם בפשע התוקפנות – עצם הפתיחה במלחמה; GARY JONATHAN BASS, STAY THE HAND OF VENGEANCE: THE POLITICS OF WAR CRIMES TRIBUNALS (2002).

28 דוגמת בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה, או בית הדין לפשעי מלחמה ברואנדה. כך בתי הדין בקמבודיה, בסירה לאון, בקוסובו ובמזרח טימור.

30 סמכותו הפרטונלית של בית הדין הבינלאומי הפלילי מוגבלת בכמה מגבלות, ובשום פנים איננה אוניברסלית, אך היא בוודאי רחבה יותר מבחינת היקף הסכסוכים שבהם רשאי בית הדין לעסוק מכל בית דין שקדם לו. על סמכות בית הדין ראו בספר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 320–322.

ללא דיון בנושאים המהותיים שבסמכות בתי הדין. למשל הדיון במוסד יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי<sup>31</sup> נראה מעט מנותק מההקשר הכללי של הספר כיוון שנושא הסחר העולמי כלל לא מופיע בספר.

## 2. על היקף הספר

הספר שבפנינו הוא בבחינת הישג – כמות עצומה של חומר משפטי המוגש לקורא ומנוסח באופן עקבי וקולח ובלשון שווה לכל נפש. יש להדגיש, אין מדובר כאן רק בתרגום של יצירות מקבילות בחו"ל, אלא ביצירה מקורית ישראלית. ההערות שהובאו לעיל אינן אלא בשולי הדברים, כעין הערות שוליים על יצירה שמשקלה הסגולי ישפיע על השיח במשפט הבינלאומי בישראל שנים רבות.

כבר בהקדמתם מגדירים הכותבים את מגבלות הדיון שבו הם עוסקים. למעשה מדובר בשתי מגבלות שונות. ראשית, המגבלה המהותית. תחום הדיון הענייני שבו בחרו בן־נפתלי ושני להתמקד הנו בקבוצה מסוימת בלבד של עניינים מן המשפט הבינלאומי. תחומים עצומים של משפט בינלאומי כלל לא נדונו בספר, בכוונת מכוון. שנית, מגבלה הנוגעת להיקף הדיון. בן־נפתלי ושני מודעים, כמובן, לביקורות על המשפט הבינלאומי, אלא שהם בוחרים למקד את הדיון שלהם בדיון הפוזיטיבי המשפטי הקיים. ההערות שלהלן יבחנו את תוקפם של קווי התייחסות שבהם בחרו בן־נפתלי ושני לגרור את עבודתם המרשימה.

כאמור, תחום הדיון שבו בחרו הכותבים הנו מוגבל יחסית. הכותבים בחרו שלא לעסוק כלל בתחום מתפתח אחר של המשפט הבינלאומי, הוא המשפט הבינלאומי הכלכלי.<sup>32</sup> תחום זה כולל את דיני הסחר הבינלאומי, את מוסדות הכלכלה הבינלאומית (Institutions Bretton Woods) ואת כל הנושאים המשפטיים הקשורים לגלובליזציה הכלכלית. בין התחומים המרכזיים המתפתחים בהקשר זה, הם הסכמי הסחר הבינלאומי ומוסדות הסחר הבינלאומי. למשל הקמת ארגון הסחר העולמי (WTO) שבמסגרתו מתפתח מוסד יישוב הסכסוכים והופך מסגרת שיפוט חזקה לכל ענייני הסחר הבינלאומי.

עיסוק בתחומי הסחר הבינלאומי, כמו גם בדיפלומטיה, בחסינות, בהגדרת מדינה וכו', אינו נמנה עם התחומים שבהם ביקשו בן־נפתלי ושני לעסוק. בחירה זו נכונה – אין צורך ואין מקום להקיף "הקפה מלאה" של תחום משפטי בכל ספר. אולם חשוב להדגיש בפני הקורא כי התחומים שבהם עוסקים בן־נפתלי ושני אינם מנותקים ונפרדים מתחומים אחרים של המשפט הבינלאומי. כמובן, כל תחום משפטי קרוב במידה כזו או אחרת לתחום משפטי אחר. נקודות ההשקה בתחום המשפט הן רבות, ובמידה מסוימת כל כתיבה משפטית תוחמת בצורה מלאכותית אזור עיסוק מסוים. אלא שהקשרים בין תחומי המלחמה והשלום לבין תחום המשפט הכלכלי הבינלאומי, רבים ביותר. על מנת לקבל תמונה מלאה על הבעיות ועל הפתרונות הקיימים בשני תחומים אלו יש להתבונן בהם בצורה כוללת.

31 שם, בעמ' 347.

32 לתיאור כללי של המשפט הכלכלי הבינלאומי ראו: ANDREAS F. LOWENFELD, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW (2002).

ברשימה זו לא אוכל לתאר את מלוא הקשרים בין תחומי המלחמה והשלום ובין תחום המשפט הכלכלי הבינלאומי. אתן רק שתי דוגמאות קצרות. האחת מתחום הבעיות הנוצרות עקב נקודות ההשקה של התחומים, והשנייה מתחום הפתרונות שיכולים שני תחומים אלו להציע זה לזה. בתחום הבעיות הנוצרות עקב נקודות השקה של התחומים, ידוע שאחת ההשפעות על פריחת הסחר הבינלאומי היא הקמת החברות הרב־לאומיות, שאינן קשורות למדינה מסוימת.<sup>33</sup> חברות רב־לאומיות פועלות על מנת להשיא את רווחיהן, ובשל כך נודדות אל אזורים בעולם שבהם עלות העבודה נמוכה ביותר. בדרך כלל, במקומות אלו כיבוד זכויות האדם הוא ברמה הנמוכה ביותר.<sup>34</sup> תופעות הגלובליזציה והסחר החופשי תורמות אפוא בעקיפין לחיזוקן של שיטות משטר שאינן מקיימות זכויות אדם.

הסחר החופשי אינו יוצר רק בעיות, אלא גם דרכים חדשות לפתרון בעיות מתחום המלחמה והשלום. המשפט הבינלאומי הכלכלי "נוצל" על מנת להקטין את החיכוך במקומות שונים בעולם. ניתן להרגים יפה נקודה זו באחד מהארגונים הבינלאומיים הכלכליים הגדולים ביותר – האיחוד האירופי. כידוע, ראשיתו של האיחוד האירופי בקהילת הפחם והפלדה האירופית, שהיה ארגון לשיתוף פעולה אזורי, אשר הקמתו הושפעה רבות מהמחשבה שאפשר יהיה לבלום את הסכסוך בין מדינות יבשת אירופה (בעיקר בין גרמניה ובין צרפת) אם תהיה תלות כלכלית בין המדינות.<sup>35</sup> אם כן, ארגונים לשיתוף פעולה כלכלי משלימים במידה רבה את כללי האיסור על השימוש בכוח. דוגמה נוספת לשימוש בלחץ כלכלי היא הדרישה האמריקנית לשיפור במצב זכויות האדם בסין כתנאי להסכמתה של ארצות־הברית לצירופה של מדינה זו לארגון הסחר העולמי.<sup>36</sup>

כאמור לעיל, אין בכוונתי לטעון כי נושא המשפט הכלכלי הבינלאומי היה אמור להיות חלק מספרם של בן־נפתלי ושני. בן־נפתלי ושני תחמו את גבולות עיסוקם, וטוב עשו. טענתי היא כי על מנת להבין לאשורו את היקף ההשפעה של המשפט הבינלאומי הפומבי על חיינו, על הקורא להיות מודע גם לתחומים שלא נדונו בספר זה.

### ג. על האפקטיביות של המשפט הבינלאומי

הספר שבפנינו הוא בעיקרו של דבר ספר המתאר את המצב הנוכחי של המשפט הבינלאומי. כאמור, הספר צולח משימה קשה זו בהצלחה יתרה. מצבו הנוכחי של המשפט הבינלאומי, ובעיקר הדיון בסוגיות קונקרטיות הקיימות בפני המשפט

33 לתיאור כללי של התופעה ראו: Steven R. Ratner, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, 111 YALE L.J. 443 (2001).

34 חלק מהסיבות הן ישירות. ככל שיש פחות כיבוד של זכויות הילד, סביר להניח שילדים יעברו יותר, דבר המוויל את עלות העבודה. חלק מהטעמים הם עקיפים – כאשר דמוקרטיות נוטות להיות כאלו שבהן ההכנסה לנפש גבוהה יותר (לפחות חציון ההכנסה).

35 ראו למשל: MARTIN HOLLAND, *EUROPEAN INTEGRATION: FROM COMMUNITY TO UNION* 103 (1994); ANDREW MORAVCSIK, *THE CHOICE FOR EUROPE* (1998).

36 Robert F. Drinan, S.J. & Teresa T. Kuo, *The 1991 Battle for Human Rights in China*, 14 HUM. RTS. Q. 21 (1992).

הבינלאומי בעידן הנוכחי, מוצגים בו בבהירות ובקוהרנטיות. אלא שהמשפט הבינלאומי הפומבי עומד בפני בעיה מרכזית הנדונה בספר רק בהערות אגב ולא באופן מקיף. זו היא בעיית אי-האחידות באכיפת המשפט הבינלאומי או במילים אחרות, בעיית האפקטיביות של המשפט הבינלאומי. ככל שהיקף הנושאים שבהם עוסק המשפט הבינלאומי הולך וגדל, כך הופכת בעיה זו להיות משמעותית יותר. כפי שמצוין בכמה מקומות בספר, המשפט הבינלאומי הקלאסי התמקד בעיקרו של דבר ביחסים בין מדינות המבוססים על עקרון ההדדיות.<sup>37</sup> עקרון ההדדיות הביא לידי כך שבעיקרו של דבר המשפט הבינלאומי אכף את עצמו. מדינות התחייבו כלפי מדינות אחרות להתנהג בדרך התואמת את האינטרסים שלהן ממילא, ועקב כך המשפט הבינלאומי היה מבוסס על שיתוף אינטרסים בין המדינות. במידה רבה משפט בינלאומי נועד ליצור קואורדינציה בהתנהגותן של מדינות או לסייע להן להתגבר על דילמות האסיר ובעיות אחרות הקשורות בשיתוף פעולה.<sup>38</sup>

המשפט הבינלאומי היה אמנם כלי חסר שיניים פורמליות וצר בהיקפו, אולם עקב סוג הנושאים שבהם עסק, לא היה כמעט צורך בשיניים אלו. באותם נושאים שבהם היה קיים משטר בינלאומי, משטר זה קיים. הנושאים הנדונים בספר שבפנינו, כמעט כולם, מייצגים ומשקפים את ההתפתחות שחלה במשפט הבינלאומי במחצית השנייה של המאה ה-20. ההתפתחות ניכרת הן במישור הנורמטיבי (דהיינו – הנורמות הכלולות במשטר המשפטי הרלוונטי) והן במישור של תורת המשפט (דהיינו – מהן התאוריות העומדות מאחורי אותו תחום משפטי). כך למשל עד למלחמת העולם השנייה, היה תחום זכויות האדם שולי במשפט הבינלאומי.<sup>39</sup> במקביל, משפט דיני הלחימה שלפני מלחמת העולם השנייה, ובייחוד זה של המאה ה-19, היה שונה מאוד מן המשפט ההומניטרי של המחצית השנייה של המאה ה-20.<sup>40</sup> בעיקרו של דבר – משפט דיני הלחימה הקלאסי התבסס בעיקרו על אינטרסים של מדינות להפחית את עצמת הקרבות וההרג, בין היתר מטעמים תועלתניים שהיו משותפים לשני הצדדים. לעומת זאת, המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל מאז תום מלחמת העולם השנייה, ובייחוד מאז הקמת בתי הדין הפליליים הבינלאומיים, מבוסס על

37 למשל בעמ' 121 בנוגע למשפט ההומניטרי.

38 לפירוט נוסף של עמדה זו ראו: Eric A. Posner & Jack L. Goldsmith, *A Theory of Customary International Law*, 66 *UNI. CHIC. L. REV.* 1113 (1999); Eyal Benvenisti, *Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency*, in *THE IMPACT OF INTERNATIONAL LAW ON INTERNATIONAL COOPERATION* (Eyal Benvenisti & Moshe Hirsch eds., 2004); ROBERT O. KEOHANE, *AFTER THE WORLD POLITICAL HEGEMONY: COOPERATION AND DISCORD IN THE WORLD POLITICAL ECONOMY* (1984).

39 ההתערבות של מדינות בנעשה בתחום זכויות האדם במדינות אחרות, התמקדה בהגנה על אורחיהן שלהן או בהגנה מסוימת על זכויות של מיעוטים דתיים ואתניים. ראו: STEPHAN D. KRASNER, *SOVEREIGNTY: ORGANIZED HYPOCRISY* (1999).

40 ראו: Chris af Jochnick & Roger Normand, *The legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*, 35 *HARV. INT'L L.J.* 49 (1994).

עקרונות מוסריים של כבוד האדם וזכותו של האינדיבידואל להגנה מפני מוראות מסוימים של המלחמה.<sup>41</sup>

המעבר מרעיונות של תועלת לרעיונות מבוססי מוסר והמעבר ממשפט בינלאומי צר יחסית לתחומי עיסוק רחבים, הביאו לירידה מקבילה באפקטיביות של המשפט הבינלאומי. שכן רעיונות מבוססי מוסר אינם עוסקים רק בתיקון אופן ההתנהגות של המדינות על מנת להתגבר על דילמת האסיר הכרוכה בפעילותן, אלא בניסיון לכפות על המדינות התנהגות המנוגדת לאינטרסים שלהן. ככל שהתרחב הפער בין האינטרס של המדינות לבין כללי המשפט הבינלאומי החלים עליהן, כך התרחב הפער בין כללי המשפט הבינלאומי לבין רמת האכיפה שלהם.<sup>42</sup>

בניגפתלי ושני מודעים כמובן לפער זה בין עקרונות המשפט הבינלאומי לבין אכיפתם. הבעיה מוזכרת בשורה של מקומות בספר בעיקר בנוגע לנושא זכויות האדם. למשל הכותבים מציינים כי ישנה בעיה של סלקטיביות באכיפת זכויות האדם.<sup>43</sup> כמו כן, הכותבים מודעים לכך כי ככל שהרבר נוגע לנושא היחסיות התרבותית של זכויות האדם,<sup>44</sup> אין דרך לכפות חיצונית את מנגנוני זכויות האדם בלא התחשבות בתרבות הפנימית של המדינה. הכותבים גם מודעים לכך, כי היום המנהג אינו מייצג הסכמה בלבד, אלא גם עקרונות מוסריים הנכפים במידה מסוימת על המדינות.<sup>45</sup> בעקבות זאת דווקא גדל הצורך ביצירתם של מנגנוני אכיפה יעילים, אשר כאמור חסרים במשפט הבינלאומי.

בהקשר זה חשובים במיוחד בתי הדין הפליליים הבינלאומיים ומנגנוני האכיפה של אמנות זכויות האדם. בתי הדין הפליליים הבינלאומיים הוקמו במיוחד על מנת להגביר את האפקטיביות של המשפט הבינלאומי. בתחומים שבהם דנים בניגפתלי ושני, האפקטיביות תושג על ידי הפיכת עברות על המשפט ההומניטרי לעברות שבעניינן יש שיפוט פלילי אפקטיבי, ועל ידי הטלת אחריות אישית על מבצעי עברות אלו. מנגנוני האכיפה של אמנות זכויות האדם הוקמו במיוחד על מנת להתגבר על הבעיה של חוסר התוחלת במנגנוני ההרדיות

G.I.A.D. Draper, *The Development of International Humanitarian Law*, in 41  
INTERNATIONAL DIMENSIONS OF HUMANITARIAN LAW 67 (1988)

42 במחקר מעניין שפורסם בשנת 2001 טוענת הפרופסור Oona Hathaway כי למעשה לאשרור אמנות זכויות אדם יש השפעה שלילית על הדרך שבה מדינות מקיימות את זכויות האדם. טענתה של Hathaway היא כי ניתן להבחין באופן בולט בהשוואה בין קבוצת מדינות כי ככל שהמדינה חתומה על יותר אמנות של זכויות אדם, היא נוטה לקיימן פחות. ישנם כמה הסברים לתופעה זו. ההסבר שנותנת Hathaway לתופעה זו הוא העובדה שמדינות הנתונות תחת לחצים לשנות את מדיניות זכויות האדם שלהן, יכולות לרחות את הלחצים באמצעות חתימה על אמנות של זכויות אדם. כלומר חתימה על אמנות של זכויות אדם יכולה להסיר ממדינה את הלחץ לשנות מדיניות המנוגדת לכיבוד זכויות האדם. ראו: Oona A. Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference*, 111 YALE L.J. 1935 (2002); Oona Afi Hathaway, *The Cost of Commitment*, 55 STAN. L. REV. 1821 (2003).

43 בניגפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 228.

44 שם, בעמ' 229.

45 ראו הדין במנהג, שם, בעמ' 398.

המסורתיים של המשפט הבינלאומי. שאלה קריטית אפוא היא אם אכן משרתים בתי הדין הפליליים הבינלאומיים את מטרותיהם כלומר, האם אכן הצליחו מנגנונים אלו להגביר את האפקטיביות של המשפט הבינלאומי.

רשימה זו אינה המקום לבחון את פעילותם של מנגנוני האכיפה האמורים. אומר רק שעל פעילותם נמתחת ביקורת ניכרת. הטענה היא כי הם בוחרים בעיקר בתיקים המכוונים נגד הכוחות המנוצחים,<sup>46</sup> הם פועלים בחוסר יעילות, והיקף פעילותם קטן מאוד וממילא חסר השפעה משמעותית. לעתים הם גם פועלים במנותק מההקשר הכללי של הסכסוך.<sup>47</sup> רק לאחרונה הודיע התובע של בית הדין הבינלאומי הפלילי כי בכוונתו להתמקד בפשעי מלחמה שנעשו ביבשת אפריקה – הוכחה נוספת למתנגדי בית הדין כי הוא פועל רק נגד החלש, ולא נגד מדינות חזקות הפועלות בניגוד למשפט הבינלאומי. אי-האכיפה של המשפט הבינלאומי יוצר אצל המדינות את התחושה כי המשפט אינו שוויוני וכי המפר אותו יוצא נקי. בעיית אי-האכיפה משליכה אפוא על עצם היכולת של המשפט הבינלאומי לשרוד כמערכת משפטית מכוונת התנהגות.

מהי המסקנה העולה מכל אלו? ודאי שאין בכוונתי לטעון כי המאמץ של למעלה משישים השנים האחרונות להרחיב את תחומי פעילותו של המשפט הבינלאומי לעבר ההגנה על זכויות האדם נכשל. להפך, למשפט הבינלאומי השפעה ניכרת על התנהגותן של מדינות, אלא שאת המקורות להשפעה זו אין לחפש רק בכללים הפורמליים של המשפט הבינלאומי, אלא בתהליכים שהוא עובר עד ליישומו. אם כן, מה הם הגורמים המביאים מדינות לקיים או שלא לקיים את כללי המשפט הבינלאומי? כיצד ניתן להגביר את האכיפה של המשפט הבינלאומי, במיוחד בתחומים הנדרשים בספר שבפנינו?

אפשרות אחת היא, כי הגברת הסנקציות העומדות לרשות המשפט הבינלאומי ושיפור מוסדות האכיפה שלו יביאו ליתר אכיפה של המשפט הבינלאומי הפומבי. אולם – כפי שציינתי לעיל – אין לקבוע מראש כי מוסדות האכיפה של המשפט הבינלאומי אכן פועלים ביעילות הנדרשת.<sup>48</sup> ודאי שלא ניתן לקבוע שריבוי בתי הדין הפליליים הבינלאומיים באופן ישיר להגברת האכיפה של נורמות המשפט הבינלאומי ההומניטרי או של דיני זכויות האדם. ייתכן כמובן כי תהליך זה עדיין בראשיתו, אך בוודאי אין הוא התהליך היחיד המתרחש במשפט הבינלאומי הפומבי.

אפשרות שנייה להגברת היישום של המשפט הבינלאומי הפומבי, היא הבנת תהליך ההפנמה של משפט זה. קידום היישום של המשפט הבינלאומי הוא באמצעות הפנמתו על ידי המדינה והפיכתו לחלק מהמשפט הפנימי. ההפנמה היא בעלת שני

46 בתי הדין המעורבים מוקמים בהגדרה בשיתוף המשטרים המנצחים, ולפיכך אין זה סביר כי הם ישפטו את המנצחים במלחמה. גם בתי הדין הפליליים ה"אובייקטיביים" אינם בודקים את כל הפשעים המובאים בפניהם. כך כמובן היה גם במשפטי נירנברג, כאשר לא הוגשו תביעות נגד בנות הברית על פשעי מלחמה אף שהיה ידוע כי קיימים חשדות שהרוסים, למשל, ביצעו פשעים כאלה, וכך גם כיום.

47 ליאורה בילסקי "בין סמכות שיפוט טריטוריאלית לאוניוורסלית – על שינוי היחס למדינת הלאום במשפט הבינלאומי הפלילי" עיוני משפט כז 655 (2003).

48 ראו הדין לעיל בעניין זכויות האדם ובעניין בית הדין הפלילי הבינלאומי.

פנים – פן פורמלי ופן מהותי. הפן הפורמלי עוסק בשאלת מעמדו הפורמלי של המשפט הבינלאומי במשפט הפנימי של המדינה. האם מעמדו כחוק? האם הוא מחייב את בתי המשפט הלאומיים? האם יש הכרל בין אמנות למנהגים בינלאומיים?<sup>49</sup> אך בתשובות לשאלות הפורמליות אין די. על מנת שמשפט בינלאומי ייושם, על המדינה להפנימו במובן המהותי של המילה – לראות בו משפט מחייב בעל לגיטימיות, אשר מהווה חלק מהמסכת הנורמטיבית המדינתית. Harold Koh, אחד מהחוקרים הבולטים בתחום זה, סבור כי תהליך ההפנמה הוא תהליך ארוך טווח הכולל כמה שלבים. בשלב הראשון, טוען Koh, על המדינה להגיע לאינטרקציה עם המשפט הבינלאומי, ולו גם בדרך של עימות ואפילו שלילה. עצם העימות הוא המייצר את הידע על המשפט הבינלאומי הפומבי. ידע זה הוא כלי הכרחי להגעה לשלב השני של ההפנמה – הוא הקיום של המשפט הבינלאומי על ידי המדינה.<sup>50</sup>

מדינת ישראל היא במידה רבה אחת הדוגמאות הבולטות לאינטרקציה מעין זו. למשל עצם העובדה שבית המשפט העליון בישראל משתמש במשפט הבינלאומי, ואפילו אינו מיישמו כהלכה, ועצם העובדה שדו"חות האו"ם בדבר הכיבוד של המשפט הבינלאומי על ידי מדינת ישראל מתפרסמים כמה פעמים בשנה, מחייבים תקשורת בין המשפט הבינלאומי ובין מדינת ישראל. המשפט הבינלאומי, אף אם אינו מקוים, הרי שהוא במקרים רבים חלק מהשיח המשפטי, ואף הפוליטי, במדינת ישראל. אינטרקציה זו היא הבסיס להתקדמות לשלבים הבאים של הפנמת המשפט הבינלאומי – קיום ומחויבות, היכולים להיבנות רק לאחר שנוצר ידע בנוגע למשפט הבינלאומי.

ואם כן, אף שנושא ההפנמה ומשמעות המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי לא נדון במפורש בספר, הרי הוא מרחף מעליו. שכן הספר בפנינו הוא עצמו שלב חשוב בהפנמתו של המשפט הבינלאומי אל תוככי המשפט הישראלי. הוא עצמו מספק את בסיס הידע שעל גביו יכול להיבנות השיח המשפטי והפוליטי בישראל לגבי הלגיטימיות והצדק שבמשפט הבינלאומי.

49 לדיון בשאלה של מעמדו הפורמלי של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי ראו רות לפידות "המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט 807 (1990); וכן יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי" משפטים כד 317 (1994).

50 Harold Hongju Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, 111, 106 YALE L.J. 2599 (1997); Harold Hongju Koh, *The 1998 Frankel Lecture: Bringing International Law Home*, 35 HOUSTON L. REV. 623 (1998); Harold Hongju Koh, *How Is International Human Rights Law Enforced?*, 74 IND. L.J. 1397 (1999).