



ישראל:

התדיינות משפטית, זכויות אדם והכיבוש

נובמבר 2015

## התדיינות משפטית, זכויות אדם והכיבוש

### תמצית

מסמך זה מתמקד במאבקם של עורכי דין ישראלים ופעילי זכויות אדם כנגד הפרות זכויות אדם שמבצעת ישראל בשטחים הפלסטיניים הכבושים על ידה משנת 1967. המסמך עוסק במספר נושאי מפתח הנוגעים בסוגיות של התדיינות משפטית, זכויות אדם, והקונפליקט הישראלי-פלסטיני המתמשך. מטרת המסמך היא לספק לקוראים כמה מפרטי הרקע המרכזיים, כמו גם מחלוקות ודילמות, העולים מהפעילות המשפטית בנוגע להגנה על זכויות האדם בשטחים הכבושים, תוך התמקדות בהתדיינות המשפטית בבית המשפט העליון, שהוא האתר המרכזי בו מתבצעת פעילות זו בעשורים האחרונים. חלקו הראשון של המסמך סוקר את התרבות המשפטית הישראלית ותפקידו של בית המשפט העליון. חלקו השני מציג את משולש היחסים בין החוק, ההתדיינות המשפטית והכיבוש. החלק השלישי בוחן את ההתדיינות המשפטית ותפקידם של ארגוני זכויות האדם. בחלק הרביעי מתוארות דילמות של "לגיטימציה" – האם ההתדיינות המשפטית בה נוקטים ארגוני זכויות האדם עשויה בסופו של דבר לתמוך במדיניות הכיבוש במקום להגבילה. לבסוף, עוסק המסמך בשאלות של מתחים ומחלוקות בין אקטיביזם משפטי ואקטיביזם פוליטי במאבק כנגד הכיבוש. מסמך זה אינו מספק סקירה ממצה של כלל ההיבטים בתחום. בין הנושאים הרלבנטיים שאינם נבחנו במסגרתו ניתן לציין את שאלת ההתדיינות המשפטית ביחס לאזרחיה הפלסטיניים של ישראל וכן את יכולת ההשפעה הפוטנציאלית של החוק הבינלאומי הפלילי באזור. עקב אילוצי קוצר היריעה, אין המסמך כולל רקע היסטורי בדבר הקונפליקט הישראלי-פלסטיני, מתוך הנחה כי הקוראים המעוניינים ימצאו את המקורות הכלליים הרלבנטיים.

המסמך נכתב במסגרת פרויקט המחקר הבינלאומי על *Lawyers, Transition and Conflict*

לפרטים נוספים ראו :

<http://lawyersconflictandtransition.org>

## 1) התרבות החוקית בישראל, ההתדיינות המשפטית<sup>1</sup> ובית המשפט העליון

החוק הישראלי הוא זירה חשובה בה מתקיים המאבק על עיצוב התרבות הפוליטית והזהות הלאומית. לאורך תולדות המדינה, ניצב שלטון החוק בפני מתחים ואתגרים שהיו תוצאת צירוף יחדיו של נטיות ליברליות ומיליטריסטיות, הן בחברה והן במוסדות המדינה (Barzilai 1997). חסרונה של חוקה כתובה מהווה את אחד המרכיבים המרכזיים של התרבות החוקית בישראל והוא אף הבסיס לרבים מהעיונות העוסקים בשאלות של זכויות אדם, תרבות פוליטית והתדיינות משפטית.<sup>2</sup> בתגובה לעתירות ולהתדיינות משפטית שנערכה בפניו, פיתח בית המשפט העליון במהלך השנים את תפיסתו בדבר עקרונות זכויות אזרח דוגמת חופש דיבור, חופש תנועה, וכו'; בנוסף, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", אשר נחקק בשנת 1992, העניק מעמד חוקתי במדרג החוק הישראלי למספר זכויות אדם. אף על פי כן, מעמד זכויות האדם בתרבות המשפטית הישראלית נותר שברירי והוא עודנו מושאו של מאבק מתמשך. בית המשפט העליון הוא האתר המרכזי של מאבקים חוקיים אלה.

### בית המשפט העליון ו"אקטיביזם משפטי"

בית המשפט העליון הישראלי ממלא שני תפקידים: ערכאה עליונה לערעורים פליליים ואזרחיים על החלטותיהן של ערכאות נמוכות יותר ובית דין גבוה לצדק (בג"צ). במסגרת תפקידו השני, מפעיל בית המשפט העליון ביקורת שיפוטית על מעשיהן של כל סוכנויות המדינה. בית המשפט העליון ביושבו כבג"צ מהווה ערכאה ראשונה ואחרונה. אדם המאמין כי אחת מזרועות המדינה פגעה בזכויותיו החוקיות יכול לעתור לבית המשפט על מנת שזה יוציא "צו על תנאי", במידה ויחליט כי העתירה ראויה. צו זה מלווה, על פי רוב, ב"צו ביניים", המונע מהמדינה, למשך תקופה מוגבלת, מלבצע פעולות נוספות בנושא בו עוסקת העתירה. לאחר מכן ישמע בית המשפט את הסברי המדינה ויחליט אם לדחות את העתירה ולבטל את ה"צו על תנאי", או, במידה והוא מקבל את העתירה, להפוך את הצו לצו קבוע.

בית המשפט העליון הישראלי צבר מוניטין כבית משפט אקטיביסטי ובעל עוצמה ויכולת השפעה, עד כי יש הרואים בו כבית המשפט האקטיביסטי ביותר בעולם. מקום המדינה ועד לסוף שנות ה-70, נהג בית המשפט, ככלל, להפעיל ביקורת שיפוטית מרוסנת ומוגבלת. במקביל לפיתוח תורת משפט ביחס לזכויות אזרח, עשה בית המשפט שימוש בדוקטרינת "השאלה הפוליטית" כדי להימנע מלהתערב בנושאים פוליטיים וביחוד כאלה שעירבו בתוכם שיקולי ביטחון לאומי. מאז שנות ה-80, החל בית המשפט לאמץ לעצמו דוקטרינות אקטיביסטיות יותר, שאפשרו לו להתערב בהחלטות שהתקבלו על ידי רשויות המדינה האחרות: הוא הלך והחליף יותר ויותר את ההנמקה הפורמליסטית

<sup>1</sup> מסמך זה משתמש במונח "התדיינות משפטית" כמקבילה העברית למונח הלועזי "ליטיגציה" (litigation).  
<sup>2</sup> בית המשפט העליון העניק להצהרת העצמאות של ישראל, משנת 1948, מעמד מעין חוקתי, על אף שהצהרה עצמה אינה מסמך חוקתי.

של החלטותיו בכזו המבוססת על ערכים, ואימץ תפיסה עצמית כמוסד הנוטל חלק בהחלטות נורמטיביות. התפנית "האקטיביסטית" של בית המשפט העליון ומעורבותו בנושאים פוליטיים הם ההקשר בתוכו מתנהלים הדיונים והעימותים בדבר זכויות האדם.

מספר התפתחויות עגנו את השינוי שחל בבית המשפט העליון. ראשית, בית המשפט החל, בתהליך הדרגתי, להרחיב את הגדרת ה"שפיטות". שיאו של התהליך הוגדר בנוסחתו המפורסמת של אהרון ברק, נשיאו לשעבר של בית המשפט העליון, לפיה "הכל שפיט": כל נושא המערב בתוכו נורמה חוקית (בין שהוא קונקרטי או כללי) יכול להיות נידון בבית המשפט. מכאן, כל הנושאים ובכלל זה נושאים פוליטיים, יכולים למעשה להיות נידונים בזירה זו. שנית, תהליך הרחבת זכות העמידה בו נקט בית המשפט העליון אפשר הגשת עתירות על ידי עותרים ציבוריים דוגמת ארגוני מגזר שלישי, ובכללם ארגוני זכויות אדם, ולא רק על ידי אנשים פרטיים שהאינטרסים שלהם הושפעו מהחלטות המדינה, אותן הם בקשו לאתגר. נוסף על כך, בית המשפט העליון אימץ את מבחני ה"סבירות" וה"מידתיות" כבסיס לביקורתו השיפוטית. מושגים אלה הרחיבו את המבחנים הקודמים שהנחו את בית המשפט ואפשרו לו להרחיב את תחום ההצדקות בהן נקט לדחיית החלטות המדינה. לבסוף, חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על ידי הכנסת בשנת 1992, עגנה לראשונה את זכויות האדם, ביניהן הזכות לחיים, לקניין, לפרטיות, לכבוד ולחופש תנועה, כחלק מרכזי בדין הישראלי. בית המשפט העליון מצידו, פירש חוק יסוד זה כמעניק לו את הסמכות לבטל חקיקה ראשית של הכנסת על בסיס הפגיעה בזכויות האמורות. ברק אפיין את התוצאה המשולבת של התפתחויות אלה כ"מהפכה חוקתית". ישראל הפכה, יותר ויותר, ל"מדינה ממושפטת" והגשת עתירות לבית המשפט העליון הפכה לפעילות כמעט רוטינית עבור כל קבוצה שחשה אי שביעות רצון עקב פעולה כלשהי של המדינה.

בית המשפט אף הפך לבעל עוצמה כבירה מבחינה תדמיתית: כלי התקשורת, האליטיסטיים וההמוניים כאחד, תיארו אותו יותר ויותר כשחקן עוצמה רבה ויכולת והשפעה על המציאות בישראל. בית המשפט החל לפיכך, בתהליך של היזון חוזר, לקבל תשומת לב תקשורתית ניכרת והכיסוי התקשורתי לו הוא זוכה הוא גבוה מזה שזוכים לו בתי משפט עליונים במדינות אחרות (Bogoch and Holzman-Gazit 2008).

#### הסברים לתפנית האקטיביסטית של בית המשפט העליון

מספר חוקרים הציעו הסברים שונים לתפנית האקטיביסטית של בית המשפט העליון בישראל. מנחם מאוטנר הדגיש את הקשרה הפוליטי התפנית וטוען כי היא קשורה, החל משנות ה-80, בקץ ההגמוניה הפוליטית המוחלטת של מפלגת העבודה (על גלגוליה השונים), בעקבות המהפך הפוליטי של 1977. מפלגה העבודה שזוהתה מבחינה ערכית כ"ליברלית", אבדה את עוצמתה הפוליטית והתרבותית. עקב כך, השליכו הקבוצות שזיהו עצמן עם ערכים אלה, את יהבן לעבר בית המשפט העליון, שנתפס כמבצר האחרון של אותם הערכים. בית המשפט "שיתף פעולה" עם הפניה שנעשתה כלפיו ופיתח דוקטרינות משפטיות חדשות שאפשרו לו להגביר את הפיקוח על שתי רשויות השלטון האחרות ולהשפיע על פעולותיהן (Mautner 2011). לעומתו טען אסף מידני כי מקור הגידול בחשיבות ובבולטות של בית

המשפט העליון הוא בעיית המשילות הישראלית: מחלוקות עמוקות בשילוב עם מערכת פוליטית מפוצלת ובלתי יעילה, מחוללות יחדיו קונפליקטים שאינם ניתנים ליישוב על ידי המערכת הפוליטית עצמה. ההתדיינות המשפטית החלה להצטייר לפיכך כדרך לקבלת החלטות פוליטיות וכנתיב ללחץ על פוליטיקאים וקובעי מדיניות (Meydani 2011). לפי טיעון זה, העברת העוצמה מהפרלמנט לבית המשפט, התרחשה על רקע היחלשותו של הראשון והירידה באמון הציבור ברצונם הטוב של הפוליטיקאים.

התפנית האקטיביסטית של בית המשפט העליון הביאה לביקורת נרחבת כלפיו מקרב שחקנים מצידה הימני של הקשת הפוליטית וקבוצות דתיות, אשר חשו מנוכרים ממנו והחלו לראות בו כגוף מפלגתי. פרישתו של נשיא בית המשפט העליון ברק בשנת 2005 החלישה את בית המשפט. כמו כן, פגעו האינתיפאדה השנייה ופיגועי ההתאבדות כנגד אזרחים ישראלים, בסובלנות הציבורית כלפי מה שנראה היה כתפקידו הליברלי של בית המשפט. בשנים האחרונות הועלו מספר הצעות חוק מצידה הימני של הקשת הפוליטית שנועדו להגביל את עוצמתו של בית המשפט באופן שהביא חלק מהחוקרים לשער כי בישראל מתחוללת מהפכת-נגד שיפוטית (Navot and Peled 2009).

האקטיביזם של בית המשפט העליון אופיין כאקטיביזם שיפוטי בלתי לגיטימי, לא רק על ידי שחקנים פוליטיים ימנים, אלא גם מצידם של פרשנים, חלקם חברים בקהילה המשפטית עצמה, מהאקדמיה, כמו גם גורמים פוליטיים השייכים למרכז-שמאל. מבקרים אלה טענו כי המערכת הפוליטית והמנהל הציבורי הישראליים סובלים מ"משפטיזציה" יתר הגורמת לחוסר יעילות בתפקוד מוסדות המדינה. עוד נטען כי בית המשפט נהנה מעוצמה חסרת תקדים בהשוואה למדינות אחרות וכי עליו להימנע מלהתערב בשאלות פוליטיות, כאשר חלק מהמבקרים אפיינו בהקשר זה את המשטר הישראלי כ"בגצוקרטיה" ("supreme-courtocracy") (Navot and Peled 2009). רות גביון טענה כי הרחבת תפקידו של בית המשפט העמיסה על המערכת התדיינות משפטית וחוסר וודאות חוקית; שחקה את אמון הציבור בבית המשפט עקב מעורבותו הקבועה בשאלות פוליטיות; ודיללה את הזירה הציבורית משום שנושאים המצויים במחלוקת פוליטית הופנו לבית המשפט. מאוטר טען כי הקונפליקטים העמוקים והמסובכים המאפיינים את התרבות הפוליטית הישראלית לא יכולים להיפתר, ואף לא להיות מנוהלים, על ידי כלים משפטיים, וכי יש לעסוק בהם באמצעות התהליך הפוליטי. מבקרים נוספים טענו כי בעוד שברמה התיאורטית, בית המשפט יכול להתערב בכל הנושאים הפוליטיים, הרי שברמה המעשית הוא נמנע מלהתערב בצמתי ההכרעה המרכזיים של קביעת המדיניות, למשל בכל הכרוך בסכסוך הישראלי-פלסטיני ובמשא ומתן לשלום. מספר ביקורות הצביעו לפיכך על הפער שבין המיתוס בדבר בית המשפט הכל-יכול והמציאות (Barak-Erez 2002). לסיכום, מבקרים אלה הציבו סימני שאלה על תוצאותיה של התפנית האקטיביסטית של בית המשפט, הן ביחס לאפקטיביות של תורת המשפט בהגנה על זכויות והן ביחס לכדאיות הפוליטית של מגמה זו.

בית המשפט העליון, אם כך, הוא שחקן פוליטי בעל עוצמה המתאפיין בפגיעות רבה. משמעות היעדר החוקה והדינאמיקה הפוליטית בהקשר זה היא שבית המשפט סובל מפגיעות ביחס לניסיונות

נקמה פוליטית (בניגוד למשל לבית המשפט העליון האמריקאי). בית המשפט נדרש אפוא לאזן בין יושרתו ומיקומו המוסדי מצד אחד, ובין תחזיותיו בדבר הדרכים בהן יגמלו לו על החלטותיו רשויות המדינה האחרות, כמו גם שחקנים פוליטיים אחרים. בית המשפט פועל לפיכך באופן אסטרטגי, בייחוד בכל הכרוך בענייני ביטחון. האיזונים על סמכותו ועצמאותו מעצבים את חישוביו ומשפיעים עליהם, בייחוד בעניינים הקשורים בביטחון לאומי ובכיבוש.

## **(2) חוק, התדיינות משפטית והכיבוש**

החוק המיושם בשטחים הכבושים מורכב ממספר שכבות (כרמי 2015). ראשית, החוק הירדני (בגדה המערבית) עודנו בתוקף, כתוצאה מהמשפט ההומניטארי הבינלאומי ודיני שטח כבוש. גם החוק הירדני עצמו מורכב משכבות, הן של חקיקה עות'מאנית, והן של תקנות המנדט הבריטי לשעת חרום שהיו בתוקף בגדה המערבית, קודם לכיבוש על ידי ירדן בשנת 1948. שנית, תחת הדין ההומניטארי הבינלאומי, יכולה המעצמה הכובשת לתקן חקיקה קיימת או לחוקק חוקים חדשים כמענה לצרכים ביטחוניים או לצרכי האוכלוסייה הכבושה. סוג זה של חקיקה מבוצע באמצעות צווים צבאיים שמוצאים רשמית על ידי הצבא הישראלי. צווים אלה הופכים מיידית לחוקים שבמסגרתם מתנהלים חייהם של הפלסטינים המתגוררים בגדה. הצבא הוציא כ-2500 צווים, אשר חלקם ביטלו, תקנו, או השעו צווים קודמים (הופשטר 2015). נוסף על כך, המתנחלים הישראלים בגדה המערבית כפופים לחוק הישראלי, המנחה גם מספר היבטים של פעולות הממשלה בשטחים הכבושים, בעוד שתושביהם הפלסטינים של השטחים כפופים, במידה מסוימת, לחוקי הרשות הפלסטינית. הקהילה הבינלאומית טוענת ככלל כי ישראל, בפעולותיה בשטחים הכבושים, מחויבת גם לדיני זכויות האדם הבינלאומיים. החוק בשטחי הגדה המערבית הכבושים מורכב לפיכך מהחוק העות'מאני, החוק הירדני, תקנות שעת חירום בריטיות, חקיקה צבאית ישראלית, החוק הישראלי "הרגיל", חוקי הרשות הפלסטינית, הדין ההומניטארי הבינלאומי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים. ככלל, ובכפוף לשינויים מסוימים בנוגע למעמדם של המתנחלים הישראלים ותפקידה השנוי במחלוקת של הרשות הפלסטינית, המצב הפורמלי בשטחים הכבושים נותר כפוף להגדרת התפיסה הלוחמתית, ולכן הצבא הישראלי נותר הרשות השלטונית והמשפטית בשטח, מכיבוש הגדה בשנת 1967 ועד היום.

סגל מנגנון הכיבוש כולל עורכי דין, שופטים וגורמים משפטיים נוספים. השימוש שישראל עושה בחוק, מבלי להישען בלעדית על עוצמתה הצבאית, הוא מרכיב מרכזי בנרטיב הישראלי של לגיטימיות ואיפוק. ככזה, הוא חלק מהשיח הישראלי הצבאי והפרקטיקה שכינה ג'יימס רון כ"איפוק פראי" ("savage restraint") הכוללת שימוש באלימות נשלטת המלווה במצג של חוקיות (Ron 2000). ליסה הג'אר היטיבה לנתח זאת: "מה שמבחין בין המודל הישראלי למדינות רבות אחרות המעורבות בסכסוך ממושך הוא שישראל אינה מתכחשת לחוק הבינלאומי או מתעלמת ממנו, תחת זאת היא 'מבייטת' אותו על ידי פרשנות מעוותת של זכויותיה וחובותיה בגדה המערבית וברצועת עזה, על מנת להתאימו לפרקטיקות המדינתיות שלה ולסדר יומה" (Hajjar 2005).

## בית המשפט העליון והשטחים הכבושים

בית המשפט העליון הוא הזירה המרכזית בה מתנהלים הקרבות המשפטיים העקרוניים בנוגע לכיבוש. בית המשפט העליון הישראלי הוא אחד מבתי המשפט העליונים הבודדים העוסקים בביקורת שיפוטית מתמשכת של פעולות צבאיות שמבצעים כוחות הביטחון במהלך קונפליקט מזוין ואשר דן בעתירות העוסקות בפעולות צבאיות בשטחים כבושים. בחינה השוואתית בינלאומית של בית המשפט מלמדת כי הוא המוסד הלא צבאי שפעילותו בהקשר למצבי כיבוש היא הנרחבת ביותר והוא משך לכן תשומת לב ניכרת, מחקרית ומשפטית כאחד (Harpaz and Shany 2011).

נקודת הפתיחה של דיון זה היא החלטת בית המשפט העליון בשנותיו הראשונות של הכיבוש, להתיר לפלסטינים תושבי השטחים הכבושים לעתור לבג"צ (להרחבה ראו יהודה 2015). החלטה זו לא הייתה מובנת מאליה מפני שהשטחים לא סופחו לישראל ותושביהם לא היו אזרחים ישראלים. ההחלטה היוותה הרחבה לכאורה של זכות העמידה ואף שקפה טענה בדבר סמכותו העליונה של המשפט על הצבא (טכנית, הצבא הוא הריבון בשטחים הכבושים). בית המשפט עמד על דעתו כי מאחר והצבא הוא מוסד מדינתי, הרי שהוא נתון לביקורת שיפוטית, בדומה לסוכנויות אחרות של הרשות המבצעת. יחד עם זאת, יש לבחון את המהלך של פתיחת שערי בית המשפט העליון לעתירותיהם של פלסטינים תושבי השטחים הכבושים בהקשרו של הכיבוש, במסגרתו הפלסטינים הם נטולי זכויות פוליטיות. ממשל צבאי, בהגדרה, אינו מבוסס על הפרדת רשויות ולתושבים אין כל מעורבות, לא כל שכן שליטה, על תהליכי החקיקה (הוצאת הצווים).

על אף שסקירה קצרה זו אינה מתיימרת להקיף את כל חלקיה הרלבנטיים של תורת המשפט המנחה את בית המשפט העליון הישראלי, ניתן להצביע על מספר גישות המאפיינות אותו בהקשרם של הקונפליקט והכיבוש. במקרים נדירים יחסית, בוחר בית המשפט לפסול מרכיבי מדיניות באופן מהותי (למשל עינויים ו"מגן אנושי"); ישנם מקרים בהם מאפשר בית המשפט מדיניות שנויה במחלוקת תוך שהוא משלב בה ערבויות פרוצדוראליות (למשל הריסות בתים וגירושים); במקרים אחרים בוחר בית המשפט לתקן פרטים ספציפיים במדיניות השנויה במחלוקת (למשל שינויי תוואי בקטעים בחומת ההפרדה), או להציב תנאים על הוצאתה לפועל (למשל מדיניות החיסולים); לרוב בית המשפט מאשר במלואם מתווי מדיניות שנויים במחלוקת (למשל איחוד משפחות); ובמקרים אחרים הוא מנסה להימנע מהחלטה משפטית כלשהי (למשל ביחס להתנחלויות). לצד הגישות הללו, בית המשפט משתמש בדרך כלל ב"נתיבי מילוט" כדי להימנע מעיסוק בשאלות כלליות ודורש מהעותרים להגיש עתירות נפרדות בעניינים ספציפיים ולא עתירות כלליות. בדרך זו דן בית המשפט בכל מקרה לגופו, תוך שהוא ממזער את הקשרו הפוליטי הרחב. כך למשל ירד בית המשפט לפרטי הפרטים של קטעים ספציפיים של חומת ההפרדה, תוך שהוא נמנע מלדון בהחלטה הכללית לבנותה.

פלסטינים, ארגוני זכויות אדם ומשקיפים בינלאומיים, מאפיינים את בית המשפט כמתאים עצמו למדיניות הצבאית הישראלית בשטחים הכבושים. לעומתם, סקטורים רבים בחברה ובמסד הישראליים מאפיינים את בית המשפט כקשוב מדי לזכויותיהם של הפלסטינים. ישנם פרשנים הטוענים כי בית המשפט מכבד פחות ופחות את עמדות המדינה: ככל שמתמשכים הקונפליקט והכיבוש, בית המשפט נחשף להתנהגויות צבאיות בלתי הולמות והשופטים משנים לפיכך, בהדרגה, את תפיסותיהם לנוכח טענות ביטחוניות המועלות בפניהם על ידי המדינה ואינם מקבלים בהכרח את "תום הלב" שבבסיסן. בעוד שבעיתות חרום נמנע בית המשפט ככלל מלאתגר את הממשלה, הרי ש"נרמול" הקונפליקט והפיכתו של הכיבוש למצב קבוע, פחות או יותר, יכולים להוביל לשחיקה של נכונות בית המשפט לקבל כל טענה המועלה על ידי המדינה (Davidov and Reichman 2010).

פרשנים רבים אחרים טוענים מנגד כי בית המשפט נמצא בתהליך בו הוא מכבד יותר ויותר את טענות המדינה, ומתאים עצמו לשאיפותיה הפוליטיות על חשבון ההגנה על זכויות האדם של הפלסטינים (Kretzmer 2002). ככלל, בית המשפט עוסק ב"אקרובטיקה שיפוטית" במסגרתה הוא מסדיר את הכיבוש ומפקח עליו מצד אחד ומעניק לו לגיטימציה מצד שני. בית המשפט מטיל מגבלות מסוימות על מדיניות הכיבוש תוך שהוא מתאים עצמו לאינטרסים הביטחוניים, כמו גם לאינטרסים ישראלים אחרים, בשטחים הכבושים (Harpaz and Shany 2011). מצב זה נמצא בליבן של הדילמות והעיומותים בדבר הכדאיות של השימוש בהתדיינות המשפטית ככלי מרכזי לקידום זכויות האדם.

לאפשרות קיומה של ביקורת שיפוטית ישנה השפעה בפני עצמה, גם ללא החלטות אופרטיביות של בית המשפט. הרשויות פועלות ב"צילה" של אפשרות זו בשלב קביעת המדיניות. צל זה נמצא ברקע של כמעט כל פעולה צבאית בה נוקטת ישראל. ההתדיינות בבית המשפט משפיעה גם על המרחב הציבורי באמצעות תרומה לדיון הציבורי בשאלות אלה. התדיינות זו כרוכה, לעיתים קרובות, בדיונים בזירה הציבורית ובניסיונות של המתדיינים להשפיע על דעת הקהל.

### 3) עורכי דין, אקטיביזם משפטי והקונפליקט

שיעור עורכי הדין בישראל ביחס לגודל האוכלוסייה הוא אחד הגבוהים בעולם. מסורתית, עורכי הדין בישראל לא תפקדו כסוכנים אופוזיציוניים לעוצמת המדינה. בדומה למדינות לאום חדשות נוספות, תפקידם של עורכי הדין היה תחום לתמיכה בערכים של שלטון החוק הפורמלי, דוגמת הפרדת הרשויות ועצמאות מערכת המשפט (Ziv 2009). קולה של לשכת עורכי הדין לא נשמע בעניינים חשובים הנוגעים לזכויות אדם דוגמת עינויים. גד ברזילי מדגיש את מושג ה"שתיקה" כתכונת המפתח של עורכי הדין בישראל (Barzilai 2007).

במקביל, מספר מצומצם של עורכי דין מחויבים, פעלו החל משנות ה-70 והגנו על זכויות האדם של הפלסטינים בשטחים הכבושים. על הדור הראשון של עורכי הדין הללו נמנו עורכות דין



שזוהו עם הקוטב השמאלי של הקשת הפוליטית שבאו לרוב מרקע פוליטי קומוניסטי. הבולטות מביניהן היו פליציה לנגר ולאח צמל. במהלך שנות ה-80 הופיע דור נוסף, גדול מקודמו, של עורכי דין פרטיים המחויבים לנושאי זכויות האדם. יחד עם זאת, עיקר ההתדיינות המשפטית העקרונית ביחס למדיניות הכיבוש מתבצעת באמצעות ארגוני זכויות אדם (לעיתים בהובלת עורכי דין העובדים בארגונים ולעיתים בהובלת עורכי דין חיצוניים הנשכרים על ידי הארגונים). במרבית המקרים המובאים בפני בית המשפט העליון, הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים מיוצגים באמצעות ארגונים אלה.

### ארגוני זכויות אדם

עורכי דין היוו דמויות מפתח בהקמתם של ארגוני זכויות האדם בישראל ובפעילותם. ברזילי העיר על כך כי קשה לדמיין כיצד יכולה הייתה להתפתח פעילותם של ארגוני זכויות האדם בישראל ללא תרומתם הגדולה של עורכי הדין (Barzilai 2007). מגמה זו הושפעה מתפקידם הבולט של עורכי הדין בתרבות הפוליטית הישראלית, מחשיבותם ככלל של עורכי הדין במאבקייהן של תנועות חברתיות ובמאבקי זכויות אדם, כמו גם הודות לשכבת עורכי דין ישראלים שהוכשרו בארצות הברית, אשר יישמו את הידע המשפטי והאת הנורמות של מאבק פוליטי באמצעות התדיינות משפטית, לאחר שובם לישראל.

ארגון זכויות האדם הישראלי הראשון שהוקם היה האגודה לזכויות האזרח, אשר נוסד במחצית שנות ה-70. ארגוני זכויות אדם מוכרים אחרים נוסדו בשנים 1988-1990, בעקבות האינתיפאדה הראשונה, ביניהם המוקד להגנת הפרט, בצלם, הוועד הציבורי כנגד עינויים ורופאים לזכויות אדם. ארגונים אלה היו, כאמור, תגובה לפגיעה בזכויות האדם של הפלסטינים בשטחים הכבושים במהלך האינתיפאדה הראשונה. בנוסף, הם הושפעו מהגידול בחשיבותן של זכויות האדם בשיח הישראלי (עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והמהפכה החוקתית), אשרורה של ישראל את אמנות זכויות האדם הבינלאומיות בשנת 1992, וההתפתחויות הגלובליות עם תום המלחמה הקרה ואשר השפיעה על צמיחת שיח זכויות האדם ברחבי העולם. ארגוני זכויות האדם לא היו מעולם חלק מהקונצנזוס בחברה הישראלית; עם זאת, לארגונים אלה ישנה השפעה משמעותית, באופן לא פרופורציונלי לתמיכה הציבורית להם זוכים, על עיצוב קבלת החלטות של מוסדות המדינה.

### ארגוני זכויות האדם וההתדיינות המשפטית

הפניה לערכאות משפטיות היא כלי מקובל, ברחבי העולם, של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות שלא נהנות מתמיכת הרוב ולכן האפיק המשפטי יכול להיות יותר אפקטיבי עבורן מאשר האפיק הפוליטי. בנוסף לפוטנציאל להשיג שינוי מדיניות, התדיינות משפטית על ידי תנועות חברתיות יכולה גם לסייע בהעצמה וחיזוק זהות-עצמית, לתרום לכוח המיקוח של התנועה ולמיצובה כשחקן לגיטימי בזירה הציבורית, לסייע בהגדרת מטרות התנועה ותפיסתם כזכאות לזכויות (ולא כבקשה לצדקה או סיוע הומינטרי). באופן פרדוקסלי הפסד בבית משפט יכול אף הוא להיות חיובי עבור תנועת מחאה –

לדוגמה באמצעות יצירת תשומת לב תקשורתית וזעם ציבורי שמובילים להצטרפות תומכים חברים חדשים לתנועה.

ארגוני זכויות האדם בישראל פעילים מאוד בתחומי ההתדיינות המשפטית, ויש הטוענים כי המערכת המשפטית היא הערוץ המרכזי דרכו יכולים הארגונים לקדם את זכויות האדם בתחומי המדיניות הציבורית הישראלית (Meydani 2008). מחקרים הראו כי להתדיינות המשפטית בה נוקטים הארגונים בבית המשפט העליון הישראלי ישנם שיעורי הצלחה גבוהים יותר משיעורי ההצלחה של ההתדיינות הננקטת על ידי יחידים. הארגונים הם שחקנים החוזרים שוב ושוב למערכת, הם נהנים ממומחיות נרכשת, ממשאבים לצורכי מציאת ובירור עובדות, ומניסיון ויכולת להגיע להסדרים מוצלחים מחוץ לכותלי בית המשפט. הסדרים אלה חשובים במיוחד עבור שחקנים חוזרים אשר יכולים לצפות את מהלכי ההתדיינות העתידיים עם הצד השני על בסיס ניסיון נרכש (Dotan and Hofnung 2001).

הארגונים הישראלים רואים בעתירותיהם לבית המשפט לא רק כאמצעי להניע רפורמות, אלא גם כאמצעי להשיג פרסום, תשומת לב תקשורתית ותמיכה ציבורית. לרוב, משקיעים הארגונים מאמצים לפרסם את עתירותיהם לבית המשפט בכל שלביה של ההתדיינות המשפטית. כלי התקשורת נוטים לדווח על עתירותיהם של הארגונים בשיעור גבוה הרבה יותר מחלקן של עתירות אלה מסך העתירות המוגשות לבית המשפט (Bogoch and Holzman-Gazit 2008). גל דור ומנחם הופנונג מאפיינים את ההתדיינות המשפטית של ארגוני המגזר השלישי בישראל כבעלת שלוש מטרות: מחאה כנגד רשויות המדינה, תקשורת עם אותן הרשויות והשתתפות בהליך קבלת ההחלטות. לטענתם, הארגונים עושים שימוש בהתדיינות המשפטית, גם כאשר הם יודעים כי סיכוייהם להצלחה מוחלטת בבית המשפט הם זניחים. הארגונים נוהגים כך משום שההתדיינות המשפטית, גם אם אינה זוכה להצלחה משפטית, הופכת את העותרים למוכרים בזכות מאבקם למען הטוב הכללי ומאפשרת להם להתדיין עם הרשות הציבורית לקראת הסדרים מחוץ לכותלי בית המשפט. ההתדיינות המשפטית בה נוקטים הארגונים יכולה להיראות לפיכך כפעולה המעוצבת לא רק לקידומה של מטרה כללית אלא גם על מנת לחזק את מעמדו הציבורי של הארגון. ניצה ברקוביץ' וניב גורדון מוסיפים כי החלטתם האסטרטגית של הארגונים להשקיע בהתדיינות המשפטית מושפעת מכך שהתורמים לארגונים מעדיפים לרוב סוג זה של פעילות ובכך היא מסייעת לארגונים בגיוס משאבים (Berkovitch and Gordon 2008).

בשני הסעיפים הבאים יידונו שתי מחלוקות בדבר ההתדיינות המשפטית בה נוקטים ארגוני זכויות האדם. ראשית, השאלה האם ההתדיינות המשפטית, אפילו במידה והיא מצליחה, תומכת למעשה בכיבוש, ושנית, שאלת הקשר בין האקטיביזם המשפטי של ארגוני זכויות האדם והאקטיביזם הפוליטי המועדף על פעילי שטח. שאלה נוספת, אשר תסוכם כאן בקצרה, מתמקדת בכדאיות ריכוז משאביהם של הארגונים בהתדיינות משפטית ולא בגיוס תמיכה ציבורית בזירה הפוליטית.

אבישי כהן וסטוארט כהן טוענים למשל כי ניסיונות של ארגוני זכויות אדם ישראלים להפעלת לחץ על קובעי מדיניות בערוצים פוליטיים, נידונים מראש לכישלון, עקב היעדר אהדה ציבורית כלפיהם. הם מוצאים לפיכך כי עוצמתם של הארגונים נובעת מהחלטתם המובנת להתמקד בעתירות לבית המשפט העליון (Cohen and Cohen 2011). מצד שני, טוען מידני כי הסתמכותם של ארגוני זכויות האדם על ההתדיינות המשפטית היא בעייתית משום שבפעולתם באמצעות בתי המשפט במקום להתמקד בגיוס תמיכה ציבורית, עלולים הארגונים ליצור את הרושם בקרב הציבור כי זכויות האדם הן פרויקט אליטיסטי (Meydani 2008). תוצאה זו יכולה לפגוע בשאיפתם של הארגונים להשריש את הנורמות המכבדות את זכויות האדם בבסיס החברה הישראלית. לפי השקפה זו, הפנייה לבית המשפט יכולה להתברר כאפקטיבית בטווח הקצר, אולם שינויים ארוכי טווח, המוכוונים להשפעה על גישותיה הרלבנטיות של המדינה והחלת תהליכי קביעת מדיניות המכבדים זכויות, יוכלו להתפתח באופן בר קיימא אך ורק אם יתבססו על תביעות ציבוריות שיעלו מקרב החברה. עוד נטען לפיכך כי ארגוני זכויות האדם צריכים להתמקד בלחץ על המערכת הפוליטית ובניסיונות לגיוס תמיכה מהציבור, במקום בהתדיינות משפטית המנתקת את הנושאים בשמם היא מתקיימת מרובו של הציבור הישראלי (Meydani and Mizrahi 2006).

ניתן לנסח את המחלוקת שתוארה כעימות בדבר מהן המסקנות האופרטיביות שיש לגזור מתפיסת המציאות המשותפת לצדדים החלוקים. לפי תפיסה זו, נושאי זכויות האדם אינם קונצנזואליים בציבור הישראלי – או בניסוח פחות עדין, רוב הישראלים אינם תומכים בשמירה על זכויות האדם של הפלסטינים. יש המגיעים לפיכך למסקנה כי בתנאים אלה, הדרך האפקטיבית ביותר לקדם את זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים היא הדרך המשפטית, אשר יכולה להוביל לשינויים במציאות ובדעת הקהל כאחד. אחרים מסיקים כי יש לעסוק בבעיה באמצעות שינוי דעת הקהל, בעוד שההתרכזות בהתדיינות המשפטית, מעבר לעובדה שהיא יכולה להיכשל במקרה הקונקרטי, יכולה גם לפגוע במטרת העל של קידום זכויות האדם.

#### **4) מחלוקת ה"לגיטימציה":**

##### **האם ההתדיינות המשפטית של ארגוני זכויות האדם מזיקה או מועילה?**

נראה כי שאלת המפתח שיש להציב בפני עורכי דין וארגוני זכויות אדם העושים שימוש בהתדיינות משפטית היא האם התדיינות זו מועילה בסופו של דבר להגנה על זכויות האדם של הפלסטינים, או שהיא מזיקה לה? שאלה זו מתייחסת למספר זירות משפטיות, כולל בתי המשפט הצבאיים, אולם היא נידונה להלן בהקשר החשוב מכל, זה של בית המשפט העליון.

כל מאבק משפטי לשינוי חברתי טומן בחובו את הסיכון שהפנייה לרשויות המדינה בתביעה לשנות מדיניות כורכת בתוכה אשרור של הלגיטימציה של מוסדות המדינה. יחד עם זאת, שאלה זו מקבלת משנה תוקף במצב של כיבוש, במסגרתו האוכלוסייה הרלבנטית אינה נהנית מזכויות פוליטיות שיכולות היו לאפשר לה להשפיע על רשויות המדינה וכאשר הלגיטימיות של שליטת המדינה

על האוכלוסייה הכבושה, כמו גם על השטח הכבוש, מהווה את מהות המאבק. הקשר זה מבהיר את הדילמות והמתחים הבאים לידי ביטוי: הישגים קונקרטיים ושיפורים קטנים למול תמיכה במערכת המובנית על אי-צדק; זכויות אינדיבידואליות למול הטוב הכללי; והישגים וכישלונות קצרי טווח למול ארוכי טווח.

### ניצחונות קטנים ותבוסות נרחבות יותר

אין ספק כי ההתדיינות המשפטית כנגד מדיניות הכיבוש צולחת לעיתים, אולם אין בכך כדי לאיין את השאלה האם הצלחות אלה לא מחזקות את הכיבוש בסופו של דבר. הטיעון הראשון של מבקרי תפקידו של בית המשפט העליון הוא שבניגוד לתדמית שנוצרה לו הוא פוסק כנגד הממשלה רק במקרים נדירים ביותר. בהמשך לכך הם טוענים כי ככלל, בית המשפט לא הגביל את מדיניות הכיבוש הפוגענית. לא כל שכן, בית המשפט אף הצדיק במפורש אמצעי מדיניות פוגעניים דוגמת סגירת בתי ספר, הריסות בתים ומעצרים מנהליים (Shamir 1990).

באותו הקשר ממשיכים המבקרים וטוענים אף טענה חשובה מזו, לפיה לניצחונות של ההתדיינות המשפטית למען זכויות האדם שנתפסים כנקודות ציון במאבק, הייתה למעשה השפעה שלילית, מנקודת המבט של המאבק למען זכויות האדם כנגד הכיבוש. בית המשפט העליון, בהחליטו לעיתים כנגד המדיניות הממשלתית באופן הזוכה, מטבע הדברים, לפרסום רב, מעניק לגיטימציה לאמצעי מדיניות ממשלתיים אחרים, שלעיתים הם דומים מאוד לאלה שבגינם פסק בית המשפט כנגד הממשלה. החלטות נדירות אלה של בית המשפט זוכות לכיסוי תקשורתי לא פרופורציונלי ומנותחות על יד מומחי משפט, באופן התורם לביסוס תדמיתו הבלתי מוצדקת כשחקן בלתי משוחד שבמהלך מרדפו אחר הצדק, הוא מאתגר באומץ את הממשלה. כך מעניקים אותם מקרים בודדים לגיטימציה למשטר הכיבוש. הם מעניקים מסכה של שלטון חוק שמאפשרת למסגר את מדיניות הכיבוש בהקשר של דמוקרטיה מערבית המצויה במאבק נגד טרור ולא כמערכת מבנית א-סימטרית של דיכוי; ניצחונות מבודדים יוצרים אשליה של שלטון חוק מתפקד, חשובה במיוחד למאמצי ההסברה של ממשלת ישראל כלפי הקהילה הבינלאומית (Shamir 2002). לפי פרשנות זו, החלטות בית המשפט העליון לפתוח את שערי עותרים מהשטחים הכבושים העניקה לגיטימיות לכיבוש, עבור הציבור הישראלי והקהילה הבינלאומית כאחד. בית המשפט העליון וההתדיינות המשפטית המתקיימת בחסותו העניקו לתרבות הפוליטית והמשפטית בישראל את האשליה הקולקטיבית לפיה שלטון החוק שולט בשטחים הכבושים. בעוד שזכויותיהם והאינטרסים של עותרים מסוימים זוכים להגנה, התוצאה המצטברת יכולה להיות לגיטימציה של הכיבוש ומכאן אף הארכתו (Kretzmer 2002). בנוסף, ישנו קושי לאכוף החלטות של בית משפט בנושאים כאלו: גם אם יש ניצחונות בבית המשפט הם חלקיים וזמניים.

גם כאשר בית המשפט מתייצב לצידם של העותרים, אין בכך כדי למנוע את הבעייתיות הכוללת של יצירתה על ידו של תורת משפט עיוורת לדיכוי. במסגרת זו נמנע בית המשפט משימוש

במונח "כיבוש", הוא כמעט ואינו מעמיד בסימן שאלה את טענות המדינה בדבר "צרכים ביטחוניים" והוא עוקר את השאלות הגדולות מהקשריהן באמצעות התמקדותו במקרים ספציפיים ומסגור הסיפורים בהתאם לאידיאולוגיה המדינתית. נדמה כי מסגור הדמוקרטיה המתגוננת בהקשר זה הוא הדוגמה הבולטת (Sultany 2014). כאשר ההתדיינות המשפטית מובילה ליצירתן ואכיפתן של ערבויות פרוצדוראליות במסגרתה של מדיניות פוגענית, נלווה לכך בדרך כלל מחיר של מתן לגיטימציה לאותה המדיניות. לדוגמה, התדיינות משפטית הובילה לאכיפת הליך מוסדר של הריסות בתים עונשיות אשר הציל מספר פלסטינים מהרס בתיהם; אולם העיסוק בהליך מוסדר בהקשרה של פרקטיקה שמכוננת ענישה קולקטיבית האסורה על פי החוק הבינלאומי, היא מאוד בעייתית, משום שהיא מעניקה לגיטימציה למדיניות זו (Dudai 2006). התדיינות משפטית כופה כללי התנהלות מגבילים: סיכויי הצלחה בבית המשפט עולים ככל שהמטרה מנוסחת באופן מצומצם יותר וממוסגרת בהתאמה לתקדימים ותפיסות הגמוניות. שימוש בכלים המשפטיים לפיתרון סוגיות עקרוניות מהווה עבודה "בתוך המערכת", תוך אימוץ הנחות היסוד והמוסדות שלה.

ביקורות מעין אלה הובילו רבים לבחינת ההשערה לפיה ייתכן כי לו בית המשפט היה נמנע מלהתערב במדיניות בשטחים (או שארגונים היו נמנעים מלהגיש עתירות בנושא), הרי שמצב זכויות האדם היה מתדרדר בטווח הקצר, אולם אז ללא האשליה של שלטון חוק הייתה דעת הקהל מתגייסת כנגד המצב באופן שהיה יכול, אולי, להביא לסיום הכיבוש (Kretzmer 2002). כתוצאה מכך, האפשרות כי ארגוני זכויות האדם יחדלו מלעסוק בהתדיינות משפטית נידונה מפעם לפעם בקהילת זכויות האדם הישראלית.

#### ההתדיינות המשפטית כמגבילה את מדיניות הכיבוש

חרף הפופולאריות שצברה תזת ה"לגיטימציה" של הכיבוש, היא אותגרה במהלך השנים על ידי חוקרים ופעילים שטענו כי תפקוד בית המשפט כ"מגביל" את הכיבוש, הוא חשוב יותר. חלק מטיעון זה נוקט באסטרטגיית חצי הכוס המלאה, בהפנותו את תשומת הלב למקרים רבים בהם התערבות בית המשפט הביאה לשינוי מדיניות ממשלתית וצבאית. אולם בנוסף, טענו רבים באופן מכליל יותר, כי הכפפת פעולות הממשלה למשטר משפטי, קרי לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון, יוצרת שורה של אילוצים ומגבלות פרוצדוראליות, אשר משפרים את מצבם של לפחות חלק מהפלסטינים (Bisharat 1995).

משקיפים אחרים הצביעו על כך שעל אף שנדיר שבמקרים פורמאליים יפסוק בית המשפט כנגד המדינה, הרי שהשפעותיו ניכרות הרבה יותר כאשר בוחנים את ההסדרים אליהם מגיעים הצדדים בחלק מהעתירות. במקרים מעין אלה, רבות הפעמים בהן ההתדיינות המשפטית מסתיימת בהסדר מחוץ לכותלי בית המשפט, במסגרתו מקבלים העותרים את הסעד אותו בקשו (Dotan 1999). בעוד שהחלטות פורמאליות כנגד המדינה הן נדירות כאמור, הרי שהן משמשות כאיום מרומז מצידו של בית המשפט כלפי המדינה שיכולות לשכנע את נציגיה להסכים להסדר מחוץ לכותלי בית

המשפט מבלי להסתכן בהחלטה פורמאלית שתשמש כתקדים. ההסדרים מחוץ לבית המשפט הם הישג לא מושלם. הם אינם משמשים כתקדימים, הם מעבירים החלטות בנושא זכויות אדם אל מאחורי הקלעים במקום להשיג הכרעות חדות בעניין שתזכינה לנראות ציבורית, והם מבוססים על ריסון של בית המשפט ולא על אפיקים משפטיים ברורים. ניתן לטעון בד בבד, כי להסדרים אלה יש השפעה מצטברת ארוכת טווח על הברוקרטיה המשפטית בכיוון של מחויבות לפשרות עם עותרים (Dotan 1999). ארגוני זכויות אדם ופרקליטי מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה אף נוקטים בפרקטיקה הלא פורמאלית של פניות של הארגונים לפרקליטות במכתבי "קדם בג"צ", בהם הם מודיעים, שלא לומר מאיימים, בדבר כוונתם לעתור לבג"צ, במידה ולא יקבלו מענה הולם מהמדינה. פניות אלה עצמן, יכולות מדי פעם להביא לפתרון של בעיות אינדיבידואליות, שהרשויות סירבו להתייחס אליהן קודם לכן. ככלל נראה שצילו של בית המשפט משפיע באופן רחב אף יותר. כך למשל נמנעת המדינה לעיתים מתכנון מדיניות מחשש שזו לא תאושר בעתיד בבית המשפט ומשרדי ממשלה לוקחים כמעט כמובן מאליו את האפשרות השכיחה בה כל החלטת מדיניות בעלת משקל, תאווגר בבית המשפט (Dotan and Hofnung 2011).

בנוסף וכפי שצוין קודם לכן, להתדיינות המשפטית השפעות חיוביות וחשובות על מאבקייהם של ארגונים, ללא קשר לתוצאה בבית המשפט. בין ההשפעות הללו הוזכרה כבר משיכת תשומת לב ציבורית למאבקים אלה. זאת ועוד, העתירות והליכי ההתדיינות המשפטית יכולים ליצור, בין היתר על-ידי כיסוי תקשורתי נרחב, קורפוס של תיעוד רשמי של הנושאים והאירועים הנידונים, גם באמצעות תגובות המדינה להתדיינות. המידע שנוצר ונצבר במסגרת זו יכול לשמש כתיעוד רשמי של הפרות זכויות אדם בפני מנגנונים בינלאומיים (Jabareen 2010).

#### הדילמה הקיומית המתמשכת

ההתדיינות המשפטית הנרחבת בעניין חומת הפרדה ממחישה את הדילמות המתמשכות ביחס לשימוש בהתדיינות המשפטית ככלל. מאבקים המשפטיים הובילו, מצד אחד, לשינויים בתוואי החומה באופן שהקטין בכמצית, הן את השטח והן את האוכלוסייה הפלסטינית ש"נתקעו" בין החומה ובין הקו הירוק. יחד עם זאת, מבנהו של הטיעון המשפטי גם העניק לגיטימציה לפרויקט חומת הפרדה בכללותו (Blank 2011). הפרויקט ככלל הוכרז כחוקי בפסיקת בג"צ שעוררה הדים רבים, תוך שהיא מקבלת את רציונל הממסד הביטחוני. בית המשפט קיבל את הטענה שהחומה נבנתה מסיבות ביטחוניות בלבד ולא מסיבות פוליטיות דוגמת סיפוח שטחים, כפי שטענו פעילי שמאל וזכויות אדם. עוד קיבל בית המשפט את העיקרון לפיו נבנתה החומה בתוך השטחים הכבושים ועל אדמות פלסטיניות (Ben-Eliezer and Fiensten 2009). הצורך לשנות קטעים בתוואי החומה יכול להביא לחיזוקו של הפרויקט כולו מפני שצורך זה מוכיח כי הפרויקט צלח ביקורת שיפוטית מכוונת זכויות אדם. מחיר שינוי התוואי יכול להיראות כנמוך עבור ממשלת ישראל, לנוכח התמורה של לגיטימציה מקומית ובינלאומית בה היא זכתה. יחד עם זאת, אין ספק כי להתדיינות המשפטית

הייתה השפעה חיובית ביותר עבור חלק מהפלסטינים, פרטים וקהילות. מתחים מעין אלה הובילו את אחד מעורכי הדין הבכירים בישראל העוסקים בזכויות אדם לתאר את משימתו כמערכת "דילמה קיומית" (Sfard 2009).

חרף הדילמה המתמשכת והדיונים בקרב ארגוני זכויות האדם העוסקים בה, נמנעו הארגונים עד כה מלהחרים את בית המשפט העליון. פעילים וחוקרים רבים טוענים כי מנקודת מבטו של האינדיבידואל, השאלה היא קבלת הסעד המבוקש לסבלו. טיעונים מעין זה מצביעים על כך שדי באסיר אחד שנכלא על לא עוול בכפו ושוחרר, בבית אחד שניצל מהריסה וכן הלאה, כדי להצדיק את ההתדיינות המשפטית. אי הרצון להחרים את בית המשפט מושפע גם מהאתיקה של יחסי עורך דין-לקוח, שמשמעה עבור רבים הוא שדי בהחלטת הלקוח לפנות אליהם בבקשה לייצוג משפטי, על מנת לעצור את הדיונים התיאורטיים ולפנות לבית המשפט. הדבר נכון במיוחד בהקשרם של ארגוני זכויות אדם ועורכי דין ישראלים הפועלים למען זכויות פלסטינים, עבורם סירוב ישראלי לסייע לאינדיבידואל פלסטיני בשם דאגה לזכויות הפלסטינים, יכול להיראות לא תקין. אף על פי כן, הנושא נותר כשאלת מפתח עבור עורכי דין ישראלים המתמקדים בזכויות אדם.

### 5) אקטיביזם משפטי מול אקטיביזם פוליטי

ההתדיינות המשפטית בבית המשפט העליון, כמו גם צורות אחרות של אקטיביזם משפטי, הפכו, כאמור, לאסטרטגיית פעולה מרכזית של ארגוני זכויות האדם בישראל. אסטרטגיה זו הובילה, בד בבד, גם למתחים בין הארגונים ובין התארגנויות פוליטיות אחרות של אקטיביזם כנגד הכיבוש, המזוהות בעיקרן עם קבוצות פעילים שצמחו "מלמטה למעלה" (grassroots) ולא עם אותם ארגונים ממוסדים. יש לציין עם זאת, כי ישנם שיתופי פעולה רבים בין ארגונים וקבוצות פעילים, במסגרתם נוצרת באופן הדדי "חלוקת עבודה" וברור כי אינדיבידואלים יכולים לעבוד בשכר כאנשי צוות בארגוני זכויות אדם ובמקביל להיות פעילים בשטח. אף על פי כן, המתחים אינם נעלמים ונראה כי הם אף הוחרפו בשנים האחרונות. דיונים בנוגע להתדיינות המשפטית של ארגוני זכויות האדם, נדרשים אפוא להביא מתחים אלה בחשבון.

### קבוצות פעילות וארגונים

מפרוץ האינתיפאדה השנייה ואילך, התעורר גל מחודש של התארגנויות של קבוצות פעילות כנגד הכיבוש, דוגמת תעאיוש, אנרכיסטים נגד הגדר, סולידריות שיח' ג'ראח' ואחרים. בניגוד לארגונים הממוסדים, קבוצות הפעילות מתבססות על פעילים מתנדבים ולא על צוות שכיר; הן מתאפיינות במבנים בירוקרטים מינימאליים, אם בכלל; קבלת החלטות במסגרתן היא פזורה, והן פחות תלויות בגיוס משאבים מאורגן. עבודתן מתבססת על פעולה ישירה והאתוס שלהן מבוסס על הימצאות ב"שטח", תוך השוואה מודעת ומפורשת לצוותי ארגונים שנמצאים "במשרד". במסגרת השיח המאפיין קבוצות אלה, המונח "אקטיביסט" מסמן את פעילות השטח ולא את עבודת הארגונים.

אקטיביסטים המשתייכים לקבוצות פעילות נכונים יותר מעובדי ארגונים להתעמת פיזית עם אנשי כוחות הביטחון ולנקוט באי-ציות אזרחי (דוגמת השתתפות בהפגנות המוגדרות כבלתי חוקיות, הפרות צווי שטח צבאי סגור וכו'). ההתדיינות המשפטית מכוונת לרוב את ארגוני זכויות האדם לעבוד בתוך המערכת, תוך שימוש בערוצים הולמים, מבלי לחרוג לעבודה חיצונית למערכת באמצעות אי ציות אזרחי, הפגנות וכן הלאה. מאפיינים שונים אלה מובילים לעיתים למתחים בין שני סוגי הפעילות.

ארגונים משפטיים, המעוגנים, מטבע הדברים, בדיני זכויות האדם, נוקטים פעמים רבות בעמדות ציבוריות אשר יכולות לנכר את קבוצות הפעילות. ארגוני זכויות האדם נוטים לגנות אלימות פלסטינית, בעוד שנדיר כי אקטיביסטים בשטח יעשו זאת בפומבי, גם אם הם מתנגדים לאלימות ומגנים אותה באופן פרטי. ארגונים גם יגנו בדרך כלל באופן פומבי את הפרות זכויות האדם של המתנחלים, דוגמת המקרים הנדירים של אלימות משטרתית כלפיהם, בעוד שאקטיביסטים בשטח ימנעו לרוב מלעשות כן.

ככלל, עבודת הארגונים, המשפטית או זו הנעשית מתוך אוריינטציה משפטית, היא איטית יותר ומתבצעת באופן מאורגן לעומת התגובה המהירה למאורעות אליה מורגלים האקטיביסטים בשטח. בעיניהם של האחרונים, עתירות נכתבות בקצב איטי וכך גם מכתבים רשמיים של הארגונים לרשויות, אשר דורשים התייעצויות ואישור של יועצים משפטיים הנמשכים ימים ואף שבועות. גם דוח"ות מחקר של ארגונים עשויים להתפרסם חודשים רבים לאחר שהאירועים אותם הם סוקרים התרחשו. אקטיביסטים המבקשים במקרים רבים את התערבותם של הארגונים בכל מיני הקשרים מקומיים של מאבקהם, חשים תסכול לנוכח דפוסי עבודה אלה שנראים בעיניהם כשיטות עבודה מסורבלות ומיותרות. במקביל, רבים בקרב הארגונים חשים תסכול לנוכח חוסר ההבנה של האקטיביסטים את מהות הפעילות הארגונית. התדיינות משפטית היא מטבעה פעילות מקצוענית והיררכית (להבדיל מארגון הפגנה לדוגמה). היא מצריכה משאבים, תקציבים, ולוח זמנים שאינו בשליטת התנועה (לפחות מרגע שהוחלט להתחיל).

העבודה המשותפת עם אקטיביסטים פלסטינים היא עניין נוסף המפריד לעיתים בין ארגוני זכויות האדם והאקטיביסטים וקבוצות הפעילות שלהם. הפעולה המשותפת עם הפלסטינים נמצאת במוקד מאמציהם של האקטיביסטים, ונושאת בחובה בעיניהם ערך מהותי, ללא קשר להצלחת מאבק מקומי בו הם מעורבים. בניית יחסי העבודה עם הפלסטינים תוך קיום סולידריות עימם, היא עניין מפתח עבור אקטיביסטים, המאפשרים לרוב לפלסטינים לקבל את ההחלטות במסגרת מאבקם המשותף. ארגוני זכויות אדם ישראלים לרוב אינם חולקים אתוס זה. עבודת ההתדיינות המשפטית נושאת בחובה יתרון מובנה לעורכי דין ישראלים על פני עורכי דין פלסטינים דוגמת שפה, ניסיון והיכולת לתקשר עם המדינה. ככלל, סוג עבודה זה אינו מעניק יתרון לעבודה משותפת ישראלית-פלסטינית. קרבתם של עורכי הדין הישראלים למערכת החוקית הישראלית מקלה עליהם בבואם לייצג פלסטינים, אולם מדגישה בו בזמן את המרחק שלהם מהקליינטים.



## המאבק הפוליטי והמאבק המשפטי בכיבוש

אחד מסוגי החלוקה הקיימים בין קבוצות פעילות וארגוני זכויות אדם, עוסק בהגדרת האקטיביזם "הפוליטי" מול הגדרת האקטיביזם המוכוון "זכויות אדם", כאשר האחרון כרוך ב"ליגליזם", בעוד הראשון מתרחק ממושג זה. אבחנת הכיבוש כמערכת של דיכוי וכמבנה המשמש כמילה נרדפת לאי צדק, מהווה את נקודת הפתיחה של האקטיביזם הפוליטי. עניינם של ארגוני זכויות האדם לעומת זאת, ממוקד, באופן מסורתי לפחות, בהפרות זכויות האדם המתרחשות בתוך הקשר הכיבוש, ופחות בכיבוש בפני עצמו. הבדל זה נראה דק, אולם למעשה מדובר בהבדל משמעותי, המעצב את האסטרטגיות הלגליסטיות של ארגוני זכות האדם למול עבודת השטח של האקטיביסטים, ובמקביל מעוצב על ידן. ככלל, ארגוני זכויות האדם בישראל נוטים להיות יותר לגליסטיים ופחות פוליטיים, לעומת מקרים דומים דוגמת ארגונים בדרום אפריקה בתקופת האפרטהייד (Cohen 1991).

השיח של הדין ההומניטארי הבינלאומי, כמו גם הפרקטיקה שלו, מהווים את המסד לתפיסה המשפטית של ארגוני זכויות האדם. תחום זה מספק לארגונים את המסגרת המשפטית והמושגית שקובעת כי גם בעיתות מלחמה או מצבי חירום לאומיים, ישנן פעולות אסורות וישנם מעשים שלא יעשו. יחד עם זאת, הדין ההומניטארי הבינלאומי, כמו גם דיני זכויות האדם, הם א-פוליטיים במובן בו כל הצדדים השותפים לעימות נתפסים כשווים וישנו עיסוק מצומצם בגורמי השורש של הקונפליקט ובשאלה איזה צד אחראי בסופו של דבר לקיומו, מבחינה פוליטית ומוסרית. מגבלות אלה הן מחיר סביר עבור ארגוני זכויות האדם, בתמורה להון המקצועי שמספק להם הדין ההומניטארי הבינלאומי, אולם אלה הן אותן המגבלות שמביאות לניכורן של הקבוצות הפועלות בשטח מהארגונים.

דיני השטח הכבוש ממשיגים את הכיבוש כמצב עובדתי ולא כמצב נורמטיבי. זאת ועוד, הכיבוש נועד להיות זמני, עוצמת הריבון אינה יכולה לעמוד לצידו של הכובש וזכותה של האוכלוסייה הנכבשת להגדרה עצמית צריכה להיות מכובדת. תנאים אלה אינם מתקיימים בשטחים הפלסטינים הכבושים, ובכל זאת תפיסות בדבר אי החוקיות של הכיבוש בפני עצמו לא חדרו לתוך העימות המשפטי (Ben-Naftali and Gross 2005). הצעדה בנתיבי הדין ההומניטארי הבינלאומי ותפיסת הכיבוש כמצב עובדתי ולא נורמטיבי, מנוגדת למניעים ולחזון הפוליטיים של האקטיביסטים בשטח. בנוסף, הדיון האקטיביסטי בדבר המצב בשטחים הכבושים נע בשנים האחרונות לעבר תחומי ההמשגה של "אפרטהייד" ו"קולוניאליזם". ארגוני זכויות האדם לרוב אינם שותפים לתפנית זו ורואים בה יותר כתפנית פוליטית מאשר מהלך המבוסס על ניתוח משפטי.

זאת ועוד וכפי שניתן ללמוד ממקרים דומים אחרים בעולם, ההתדיינות המשפטית עצמה יכולה לגרום לדה-פוליטיזציה של המאבק כנגד הכיבוש. רוח הקרב הולכת ונשחקת במהלך הדיונים בבית המשפט והמאבק הפוליטי הולך ושוכך במהלך ההמתנה לסעד המשפטי המקווה, כפי שקרה אולי במסגרת חלק מהמאבקים נגד חומת ההפרדה. ישי בלנק טוען בהקשר זה כי מאבקים משפטיים כנגד החומה הציבו מומחים מקצועיים בחזית ואלה הרחיבו בנוגע להיבטים תכנוניים, בריאותיים, ביטחוניים ופסיכולוגיים, בבואם להדגיש את עוולות החומה. מהלך זה הפך את הדיון לטכנוקרטי

במהותו (Blank 2011). סיכונים אלה ואחרים, הובילו לחילוקי דעות עמוקים בין פעילי שטח לאנשי המקצוע המשפטי בנוגע לשאלה האם לדבוק במסלול הפעולה המשפטי או להתמקד בפעילויות חוץ-משפטיות.

לדוגמה, אקטיביסטים רבים התנגדו לחומה מסיבות פוליטיות ומוסריות מתוך דחייה של רעיון ההפרדה הכפויה בין ישראלים ופלסטינים. עבורם, כל מכשול יהיה בלתי לגיטימי, מעצם מהותו, גם אם יבנה בתוואי הקו הירוק, תוך שמירה על דיוק מרבי. מפרספקטיבה משפטית לעומת זאת, מכשול על תוואי הקו הירוק יכול להיחשב כחוקי. בהתאם לכך, כל ניסיונות האתגור המשפטי של החומה קיבלו את בנייתה על הקו הירוק כלגיטימית ופלישת התוואי בו נבנתה לשטחים הכבושים היא שהפכה אותה לבלתי לגיטימית (Blank 2011). בנוסף למאבקים המשפטיים בעניינה, החומה הפכה גם לאתר של אקטיביזם פוליטי, ובכלל זה הפגנות משותפות בכל יום שישי שזכו לנראות ציבורית גדולה ונמשכות עד ימינו אלה. הפגנות אלה התבססו על דחייה טוטלית של החומה ולא רק קטעים מתוכה. הן הציעו אופן פעולה שאינו בא במגע עם מוסדות מדינתיים ספציפיים ומתבסס על חשיבות העבודה המשותפת הישראלית-פלסטינית, כמו גם על חשיבותה של הסולידריות מצד פעילים בינלאומיים. הדגש על פעילות משותפת ישראלית-פלסטינית במחאה כנגד החומה היוותה גם תגובה חשובה, סמלית ומעשית, להנחת ההפרדה שניצבת בבסיס הפרויקט כולו.

ברמה אחת יכולה להתקיים חלוקת עבודה ואפילו סימביוזה בין שני סוגים אלה של מאבק, במסגרתה ההתדיינות המשפטית יכולה ליהנות ממימד נוסף של גיוס דעת קהל ומשיכת תשומת לב של אמצעי התקשורת, בעוד מאבק השטח מגובה במאבק המשפטי. אולם ניתן לטעון כי ברמה אחרת, שני סוגים אלה של מאבק מצויים במתח אחד עם השני. בעוד שההתדיינות המשפטית וגיוס דעת קהל יכולים לפעול בסינרגיה, אין זה מחוייב המציאות. במקרים בהם גיוס דעת קהל התגלה כמוצלח – לדוגמה המחאה כנגד ההתנחלות היהודית בשכונת שייח' ג'ראח' בירושלים המזרחית בשנים 2009-2011 – הוא התבסס בעיקרו על המאבק הפוליטי ופחות על המאבק המשפטי. ובכל זאת, נדמה כי ראוי לו לדיון בנוגע למסקנות האופרטיביות העולות מכך, שימשיך ויתנהל בקהילת זכויות האדם בישראל ובין אקטיביסטים ועורכי דין.

## **ביבליוגרפיה**

הופשטר נעם, הגבלות תנועה: השנים הראשונות, ב :

<https://www.thelawfilm.com/inside/hebrew/stories/restriction-of-movement-landing-page/1-the-first-years>

יהודה לימור, בג"ץ והשטחים: פיקוח משפטי או חותמת משפטית לכיבוש, ב :

<https://www.thelawfilm.com/inside/hebrew/stories/the-opt-and-hcj-landing-page/the-opt-and-the-hcj-introduction>

כרמי נעמה, החוק בשטחים הכבושים – מאז תחילת הדרך, ב:

<https://www.thelawfilm.com/inside/hebrew/stories/the-beginning>

Baraek-Erez Daphna (2002). "Judicial Review of Politics: The Israeli Case", *Law and Society Review* 29:611-631.

Barzilai Gad (1997). *Between the Rule of Law and the Laws of the Ruler: The Supreme Court in Israeli Legal Culture*.

Barzilai Gad (2007). "The Ambivalent Language of Lawyers: Between Liberal Politics, Economic Liberalism, and Dissent", in Malcolm Feely et al (eds.), *Liberalism and Lawyers*. Hart Publications.

Ben-Eliezer Uri and Fiensten Yual (2009). "The Politics of border and the Borders of Politics: Sovereignty and Autonomy around Israel's Human Rights Abuses in the Separation Barrier Project", *Mobilization: An International Journal*, 14(3).

Nen-Nafatali Orna and Gross Aeyal (2005). "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory", *Berkeley Journal of International Law* 23(3):551-614.

Berkovitch Niza and Gordon Niv (2008). "The Political Economy of Transnational Regimes: The Case of Human Rights". *International Studies Quarterly* 52:881-904.

Bisharat, George (1995). "Legitimation in Lawyering under Israeli Occupation", *Law and Social Inquiry* 20(2):349.

Blank Yishai (2011). "Legalizing the Barrier: the Legality and Materiality of the Israel/Palestine Separation Barrier", *Texas International Law Journal* 46:309-343.

Bogoch Bryna and Gazit Yifat (2008). "Mutual Bonds: Media Frames and the Israeli High Court of Justice", *Law and Social Inquiry* 33(1):53-87.

Cohen Avishai and Cohen Stuart (2011). "Israel and International Humanitarian Law: Between the Neo-Realism of State Security and the 'Soft Power' of Legal Acceptability", *Israel Studies* 16(2).

Dor Gal and Hofnung Menachem (2006). "Litigation as political Participation", *Israel Studies* 11(2):131-157.

Davidov Guy and Reichman Amnon (2010). "Prolonged Armed Conflict and Diminished Deference to the Military: Lessons from Israel", *Law and Social Inquiry* 35(4):919-956.

Dotan Yoav (1999). "Judicial Rhetoric, Government Lawyers and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during the Intifada", *Law and Society Review* 33(2):309-363.

Dotan Yoav and Hofnung Menachem (2001). "Interest Groups in the Israeli High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements", *Law and Policy* 23(1):1-27.

Dudai Ron (2006). "Advocacy with Footnotes: The Human Rights Report as a Literary Genre", *Human Rights Quarterly* 28(3):783-795.

Hajjar Lisa (2005). *Courting Conflict: The Military Court System in the West Bank and Gaza*. University of California Press.

Harpaz Guy and Shany Yuval (2011). "The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation Law", *International Law Forum Research Paper* 9-11.

Hofnung Menachem and Margel Weinshall (2010). "Judicial Setbacks, Material Gains: Terror Litigation at the Israeli High Court of Justice", *Journal of Empirical Legal Studies* 7(4):664-692.

Jabareen, Hassan (2010) "Transnational Lawyering and Legal Resistance in National Courts: Palestinian Cases Before the Israeli Supreme Court," *Yale Human Rights and Development Journal*: 13(1).

Kretzmer David (2002). *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*. SUNY University Press.

Mautner Menachem (2011). *Law and the Culture of Israel*. Oxford: Oxford University Press.

Meydani Assaf and Mizrahi Shlomo (2006). "The Politics and Strategies of Defending Human Rights: The Israeli Case", *Israel Law Review* 39(1).

Meydani Assaf (2008). "Judicial Behaviour: A Socio-Cultural Strategic Approach- Conceptual Framework and Analysis of Case-Studies in Israel", *Israel Affairs* 14(4):704-723.

Meydani Assaf (2011). *The Israeli Supreme Court and the Human Rights Revolution: Courts as Agenda Setters*. Cambridge: Cambridge University Press.

Navot Doron and Peled Yoav (2009). "Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?", *Constellations* 16(3):429-444.

Ron James (2000). "Savage Restraint: Israel, Palestine and the Dialectics of Legal Repression", *Social Problems* 47(4):445-472.

Sfard Michael (2009). "The Price of Internal Legal Opposition to Human Rights Abuses", *Journal of Human Rights Practice* 1(1):37-50.

Shamir, Ronen (1990). "'Landmark Cases' and the Reproduction of Legitimacy: The Case of the Israeli Supreme Court", *Law and Society Review* 24(3):781-805.

Sultany Nimer (2014), ["Activism and Legitimation in Israel's Jurisprudence of Occupation"](#), *Social and Legal Studies*, forthcoming.

Ziv Neta (2009). "Regulation of Israeli Lawyers: From Professional Autonomy to Multi-Institutional Regulation", *Fordham Law Review* 77:1763-1794.