

הדקדוק הפנימי

של היחסים הבינלאומיים

על "המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום" מאת ארנה בן-נפתלי ויובל שני¹

א. על מהפכות

המשפט הבינלאומי עובר מהפכה. מתחום קמוס, הנסתר מעין החברה והנשלט על ידי מספר מצומצם של יודעי ח"ן, הוא הפך בהדרגה לתחום מרכזי, המצוי ברשות הרבים והמקנה עצמה וכוח לאלו השולטים בזיו. מהפכה זו, כטבען של מהפכות, גם אלו השקטות, היא דרמטית. מגישה אפולוגטית שנקטו בעבר המעטים ששלטו ב"שפה הבינלאומית", או נדרשו לה, לעמדת מפתח מכוננת שנפתחה בפניהם לאחרונה²; היינו מבירא עמיקתא לאיגרא רמא.

מציאות זו לא נעלמה אף מעיניו של בית המשפט העליון של ישראל שבע המהפכות (למצער כמובן המהפכה החוקתית) אשר הצטרף לחגיגת "המהפכה הבינלאומית". ואולם לאלו השולטים בדקויות "השפה הבינלאומית" נדמה לא פעם, שהשימוש שעושה בית המשפט העליון במשפט הבינלאומי הוא צר, חד-מדמי ובלתי מספק. וחבל, שכן מעמדו של בית המשפט העליון הישראלי במהפכה זו הוא מרכזי, בהיותו נושא ומושא לה. נדמה שבית המשפט העליון מציב לעצמו יעד הניתן להגדרה במונחים של "הישרדות" גרידא, חלף הכרה בפוטנציאל ההעצמה (Empowerment) שיש בידי המשפט הבינלאומי להקנות, ודוק, לצורך כך על בית המשפט העליון (ועל שחקנים אחרים בזירה הבינלאומית המעוניינים לחזק את מעמדם) ללמוד היטב את "השפה הבינלאומית". שכן "השפה הבינלאומית", רבדים שונים ומורכבים לה³, והיא מעצימה רק את אלו שבקיאים היטב במכמניה ובנפתוליה.

הספר "המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום" נוטל על עצמו את המשימה לסייע לכל צמאי הדעת ולמעוניינים בערך מוסף, לקנות ידע מפליג ב"שפה הבינלאומית"⁴ ועושה זאת בהצלחה מרובה.

ב. על בחירה בז'אנר ספרותי חדש

ברגעים נדירים של שלווה ורוגע יהיו מרבית החוקרים באקדמיה נכונים למנות סדרה של מעלות טובות לעריכתו של מחקר חדש. הם יזכירו בוודאי את קידום תשתית הידע האנושי; התרומה ל"שוק של דעות" אשר נעשית לרוב באמצעות כתיבה פרובוקטיבית המעודדת הזיון חוזר וחשיבה ביקורתית; הצגת פתרונות לבעיות רווחות ולכל הפחות סיפוקו של דחף הסקרנות הבער בחוקרים עצמם בנוגע לעולם הסובב אותם. ספרים של ארנה בן-נפתלי ויובל שני מגלם את כל אלו ואף הרבה יותר.

הספר הוא בבחינת חידוש מרענן המחזיר סגנון ספרותי חדש לכתיבה האקדמית בישראל. מרבית הספרים המתפרסמים בישראל על ידי משפטנים, נעים בין שני קצוות של ספקטרום: לעתים מפרסמים משפטנים באקדמיה מהדורה מורחבת מפורטת ומדויקת של טיוטת הרצאותיהם. לאחר

* דוקטור למשפטים. בית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכללה למינהל.

שנים ארוכות, שבמהלכן שינו, שיפרו, תיקנו ועיבדו את הטקסט המוצג בכיתה, תוך שהם מגללים אותו על לשונם, ולאחר שהשביחו את תוצרתם באמצעות משובים יומיומיים ושאלות אין ספור של סטודנטים נבונים, סקרנים וחקרניים, עולה בידי חלק מהמרצים למצות סינופסיס מדויק של הצגה רחבה אופקית ולרוב שטחית של התחום שהם מלמדים. לא פעם הם מוסיפים לכך עבודה סיועית של תמיכת הדברים בהערות שוליים מפורטות, כך שלבסוף מתקבלת לא יותר מאשר הצגה סדורה, רהוטה וקוהרנטית של המצב המשפטי השולט בענף משפטי נתון, בלבוש של ספר חדש.

בקצה השני של סקאלת הספרים מצויים חוקרים אשר פרסמו מונוגרפיים. ספרים אלו מבטאים לרוב ישיבה ממושכת על מדוכת היצירה. מפורטים בהם דיונים מעמיקים וארוכים אשר מציגים שיח סיסטמטי וסדור של נושא אחד. החוקרים בוחרים נושא שמרתק אותם ומשבצים אותו בתאוריה אידאולוגית תוך הצגת תזה סגולית, פילוסופיה ייחודית והגות מיוחדת הנשענת על מחקר חדש סביב אותו עניין. ספרים אלו יורדים לרוב לפרטי פרטים, שופכים אור על סוגיה נתונה על כל היבטיה ורבידה, תוך יצירת דיאלוג ביקורתי עם הניתוח המשפטי הקיים ותוך קידום מדע המשפט. בשל מורכבותם נותרת תוצרתם של ספרים אלו, לא פעם, מחוץ לכיתת הלימוד.

ברוח המסורת הגרמנית ארוכת השנים, בחרו המחברים של הספר "המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום" בדרך שלישית, מקורית בישראל – של כתיבת "ספר לימוד" (Lehrbuch) איכותי בתוספת עוקף מיוחד. מחד גיסא, הספר אינו עוסק במשפט הבינלאומי בכללותו, אך, מאידך גיסא, אף אינו עוסק בסוגיה ספציפית אחת בלבד של המשפט הבינלאומי. הוא זן בנדבך שלם, מרכזי וחשוב של המשפט הבינלאומי – הוא רובד דיני המלחמה והשלום. הוא נדרש לשאלות בדבר אופן השימוש בכוח, השמירה על זכויות האדם, האחריות על הפרתן וחלופות לשימוש בכוח בדרך של יישוב סכסוכים בדרכי שלום. הוא מבוסס על חומר זידיקטי מעובד היטב, ומציג באופן רהוט את המורכבות המדעית של הסוגיות המתעוררות, תוך הצגה סדורה שוטפת וברורה של ההלכות הרווחות. עם זאת, הספר אינו נרתע מלהציג מחלוקות או דעות הסוטות מההלכה השולטת, המבליטות את מורכבות הנושא המוצג. במפוחו בשיטתיות את השאלות המשפטיות הנוגעות לתחום עיסוקו, יהפוך הספר בוודאי למקור מרכזי ולמסד עיקרי בכל מקום שבו יילמד המשפט הבינלאומי הפומבי.

ודוק, המחברים אינם מסתפקים בהצגת המצב המשפטי המצוי אלא נוקטים פעם אחר פעם עמדה ביקורתית. הם אינם נרתעים מלנקוט עמדה מנומקת כלפי מרבית הסוגיות המועלות, באופן המעודד, מגרה וממריץ מחשבה לעומתית מצד הקורא. בכך הספר ישמש בוודאי עורכי דין, שופטים⁵,



וראים עצמם חלק מקהילת המשפטנים של ישראל. בעיניהם, חלק מרכזי של תפקידם הוא ניסיון להשפיע על השיח המתנהל בישראל, כאן ועכשיו, בעברית, על מעמדו ועל חשיבותו של המשפט הבינלאומי הפומבי. לאורך ששת העשורים לקיומה, מדינת ישראל הייתה מעורבת במספר רב של מלחמות ומבצעים צבאיים. במשך ארבעת העשורים האחרונים היא נמצאת במרכז תשומת הלב לבהינתן ניסיונותיה להתמודד עם דיני המשפט ההומניטרי, נוכח הכיבוש המתמשך בשטחים. בתי המשפט של המדינה נאלצו, לא פעם, להתמודד עם שאלת היקף ההגנה על זכויות האדם של האוכלוסייה הכבושה. מדינת ישראל סובלת מיחס אמביוולנטי לסוגיית השיפוט הפלילי הבינלאומי, בהיותה אחת המדינות שדחפו במרץ לכינון משפט פלילי בינלאומי, מחד, ובהיותה אחת מהמדינות המערביות המעטות שבסופו של דבר נמנעה מלאשרר את האמנה בדבר כינונו של בית משפט בינלאומי פלילי, מאידך, והכול בעודה חוסה בצלו המאיים של המשפט

מחוקקים ואזרחים מהשורה, ויפרה את השיח סביב מעמדו, חשיבותו ויעילותו של המשפט הבינלאומי. לא פעם נוטשים הכותבים את המישור האנליטי והדסקריפטיבי ועוברים למישור הנורמטיבי והפרספקטיבי, והכול תוך התנסחות בשפה עשירה וקולחת ושימוש בביטויים מפתיעים המותירים מאחור את הכתיבה היבשה, המעייפת והמשמימה המאפיינת לא פעם כתיבה משפטית, וההופכת את הקריאה לחווייה של ממש.

לבסוף, בן-נפתלי ושני הציבו מסד נוסף לדוקטרינת המשפט הבינלאומי באמצעות פיתוח עקרונות המשפט והצביעו על מגמות חדשות רצויות להתפתחותו. בכך תפסו שני הכותבים המלומדים את מקומם בפנתיאון ה-*opinio juris* שהנו מקור רשמי של המשפט הבינלאומי. במובן זה הספר אינו רק משקף את המציאות אלא גם מעצבה מחדש.

ג. על בחירת הנושא בין מלחמה לשלום – דילמת המכשירים: מיקרוסקופ או טלסקופ?

מלומדים הניגשים לכתיבת ספר על המשפט הבינלאומי הפומבי נדרשים להחלטות גורליות בדבר הכלים שלהם יידרשו ואשר בהם ישתמשו. המשפט הבינלאומי חובק עולם וטוטלי⁶, הן במובן שהוא גלובלי ומחייב את כל המדינות והן במובן שהוא נפרש על מרבית תחומי החיים. בעקבות זאת, המשפט הבינלאומי הוא בבחינת כוכב לכת גדול מאוד, ויש צורך בטלסקופ על מנת לקרבו לקורא. בה בעת הוא גרם קטן מאוד בתודעה של הקורא ויש צורך במיקרוסקופ כדי להעצימו ולהדגיש את חשיבותו הרבה.

ברי אפוא שאי אפשר לכתוב ספר על מלוא עולמו של המשפט הבינלאומי. בחירות קשות צריכות להיעשות. ודוק, אין קל מלבקר ספר על מה שאין בו. אין בספר כמעט דבר על מוסדות המשפט הבינלאומי. אין בספר כמעט דבר על המדינה כנושא וכמושא של המשפט הבינלאומי הפומבי: הגדרתה, אחריותה, חסינותה, התפרקותה. הספר אינו עוסק במשפט הבינלאומי הימי, במשפט הנוהג בחלל, בדיני איכות הסביבה או במשפט הבינלאומי הכלכלי. אין בספר כמעט דבר על הטמעת המשפט הבינלאומי במשפט הלאומי. כל אלו תחומים קלאסיים של שדה משפטי זה. ואולם לדידי ראוי לבחון את נאותות הפרויקט דרך עדשות הכותבים, המציגים בפרק הראשון של הספר – המבוא – את היעד שהציבו לעצמם. לא נותר אפוא אלא לבחון שתיים אלו: ראשית, האם היעד לכתוב על דיני המלחמה והשלום הוא ראוי, ושנית, האם צלח בידי המחברים להגשימו.

המחברים אינם מציינים במפורש מדוע מבין כל תחומי המשפט הבינלאומי הפומבי בחרו דווקא את הגזרת העוסקת בדיני שבין מלחמה לשלום. הסבר אחד לבחירה בדיני המלחמה והשלום מצוי, כמובן, בנימוק שכללות הכול, מדובר בגזרת קלאסית שבה עוסק המשפט הבינלאומי הפומבי⁷. ואולם לא למותר לציין, כי ישנם ספרים שנכנסו לקלאסיקה המודרנית והעוסקים בעקרונות המשפט הבינלאומי הפומבי שאינם נדרשים כלל לסוגיית השימוש בכוח⁸. אך אפשר לחשוב על הסבר נוסף, העולה מקריאה בין השורות בספר. טבעי הוא שמלומדים ישראלים הכותבים בשפה העברית, תוך ויתור על היוקרה האקדמית ה"נגישה" הנולות לכתיבה בשפה זרה⁹, יבחרו לעסוק בשאלה המשפטית המצויה בלב לבה של החווייה הישראלית והנוגעת בגבולותיה הפיזיים והמטאפיזיים בדבר כינונה וקיומה של מדינת ישראל. הכותבים

1 ארנה בן-נפתלי יובל שני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום** (2006).
 2 אבן ראו: Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Reissue with a new Epilogue (2005).
 3 ואין להתבטן בה אך דרך פריזמת ה"אכיפה" הצרה, כפי שעשה המשנה לנשיא חשין באומרו: "טוב שכך נתפתח המשפט הבין-לאומי הפומבי, אף שעוד דרך רבה לפנינו עד שיהפוך להיותו שיטת משפט מן-המניין, שיטת משפט שניתן לאכוף את הנורמות שבה על מי שמפר אותן נורמות". בניין 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 807 (2005).
 4 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, פרפראזה על האמור בעמ' 12.
 5 בית המשפט העליון כבר נסמך על הדעות המובעות בספר, ראו בניין 769/02 **הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, תק-על(4) 3958 (2006).
 6 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21. בלשון הכותבים: "מלוא כול העולם משפט (בין לאומי)".
 7 Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis* (1625).
 8 ראו לדוגמה: Ian Brownlie, *Principle of Public International Law*, (6th ed., 2003).
 9 במאמר מוסגר אציין כי לדידי, ככל שהמשימה לפרסם בהוצאה זרה קלה היא לכותבים, כך נכבד הוא הוויתור שעשו המחברים, ויש להריע להם על כך.

חלקו המחייב של המשפט הבינלאומי הפומבי בדין הישראלי, תוך לימוד אופן קליטתו לתוך המשפט הלאומי. נדמה שכך גם הבינו עורכי הדין את המשפט הבינלאומי, והדבר משתקף גם ברבים מפסקי הדין של בית המשפט העליון. הסוגיה המרכזית הייתה כיצד לתחום את השפעת המשפט הבינלאומי ולצמצם את השפעתו על פעילות המדינה, או כיצד לרתום אותו לחיזוק עמדתה של ממשלת ישראל. התמונה שהתקבלה שיקפה משפט בינלאומי המהווה גיבוב עלוב של מספר מועט של מנהגים מיושנים, אי אלו אמנות, כמה החלטות של בית משפט בינלאומי, בתוספת מקבץ זעום של פסקי דין לאומיים ואוסף דל ומקרי של כתבי מלומדים בנושאים שונים.

ואילו בן-נפתלי ושני מהלכים בנתיב אחר. הם בוחרים לדבר על המשפט הבינלאומי הפומבי כתחום משפטי העומד בדרשות עצמו. הם בוחרים לשים את המשפט הבינלאומי הפומבי במרכז ולא להתבונן בו דרך חור המנועל של המשפט החוקתי הישראלי. תחושת שחרור מהצורך להגן על עמדת המדינה נושבת מבין דפי הספר. העור, הגידים והנשמה הם של המשפט הבינלאומי הפומבי, היוצרים יחדיו מערכת משפטית המבוססת על נורמות, מוסדות ודרך חשיבה ייחודית בעלת היסטוריה ארוכה, שבה נורמות וכללים משחקים תפקיד אבל גם עקרונות-על אינם נעזרי חשיבות. בה מושרשת תפיסת המדינה כשחקן בינלאומי תוך ביסוס מעמדו של האדם וכבודו. כך מתקבלת מערכת דינמית המצויה בשינוי מתמיד, הנעשה לא על סמך גחמות של מחוקק ריכוזי אלא באמצעות תאוריית האמנה והמנהג. התאוריה עמוקה, קוהרנטית ומורכבת ואינה חופשייה מבעיות¹².

אני סבורה כי אסכולת חשיבה זו כלפי המשפט הבינלאומי הפומבי תשפיע קרוב לוודאי על האופן שבו הוא יתפס הן על ידי סטודנטים והן על ידי שחקנים פרו-אקטיביים כדוגמת שופטים ומדינאים.

ה. הצצה לפרקי הספר השונים: דרך חור המנועל

עמדתה של מדינת ישראל כלפי המשפט הבינלאומי הפומבי השפיעה בודאי על אופן הטיפול בחלק מהנושאים הנידונים בספר. כך, למשל, בפרק השני, העוסק בשאלת השימוש בכוח במשפט הבינלאומי, בחרו המחברים להקדיש מקום זהה לזכותה של מדינה להשתמש בכוח על יסוד הזכות להגנה עצמית – זכות שישראל נדרשה לה לא פעם בעבר – ולסמכותה של מועצת הביטחון להשתמש בכוח קולקטיבי. ודוק, יש באיזון זה כדי להמעיט מחשיבותה של הפעלת הכוח על ידי מועצת הביטחון על פי הפרק השביעי למגילת האו"ם, במלאה את תפקידה לשמור על השלום והסדר בעולם. דינאים אקטואליים לעניין חוקיות השימוש בכוח, בכפוף לסמכויותיה של מועצת הביטחון, ואזכורים מפורטים למעורבותם של כוחות בינלאומיים בסכסוכים שונים על פני הגלובוס, מלמדים על החשיבות העולמית הרבה של הארגון, ונידונים בספר באופן מקיף. עם זאת, משקלם הסגולי מעומעם נוכח רוחב היריעה המוקדש לדיון בזכותה של המדינה הבודדת להגנה עצמית. הכותבים מציינים כמה פעמים לאורך הספר כי הטעם להדגשת מנגנון ההגנה העצמית של המדינה הבודדת, נעוץ בכישלון מנגנון הביטחון הקולקטיבי לספק למדינות תחושת ודאות כי הכלל האוסר שימוש בכוח ביחסים בינלאומיים אכן יכובד¹³. כמו כן, הכותבים נוהרים מאוד בהכרה בשימוש בכוח כ"הגנה עצמית מקדימה"¹⁴ ושוללים כליל חוקיות של "הגנה

הבינלאומי הפלילי המשפיע על אופן פעולתה"¹⁰. לבסוף, היא גם צד למספר הסכמי הפסקת אש ואמנות שלום.

אכן, רבים הספרים העוסקים במשפט בינלאומי הפומבי אשר פורסמו בעולם ואשר נדרשים במידה זו או אחרת להתנהגותה של מדינת ישראל לאורך שנות קיומה, ולמידת התאמתה לעקרונות המשפט הבינלאומי. אף על פי כן אין בנמצא ספר כה מקיף שבו נדרשים המחברים פעם אחר פעם לניתוח מעמיק וערכי של האינטראקציה המתמשכת בין פעילותה של מדינת ישראל לבין המשפט הבינלאומי.

ד. על בחירת הפרספקטיבה: לא דרך חור המנועל

ודוק, חשיבותו העצומה של הספר אינה רק בעצם הוספת חיבור נוסף לארון הספרים הדל בתחום המשפט הבינלאומי הפומבי בישראל, אלא במיוחד בפרספקטיבה שנבחרה. אכן, במציאות שבה העומס על ארון הספרים המשפטיים גדל מדי יום, דווקא שדה המשפט הבינלאומי הפומבי נותר בבחינת קרקע בתולית המצפה לחריש עמוק. די לעיין בשימת המקורות בעברית (שאינה ממצה) המוזכרת בספר עצמו¹¹ כדי ללמוד כי הספרות שיצאה לאור בשדה משפטי זה בשפה העברית אינה רבה. ניתן להעלות על הדעת סיבות רבות לתופעה זו, חלקן מהותיות וחלקן פרסונליות. אך הואיל והספר מיועד אף לציבור הסטודנטים, עורכי הדין של המחר, אנסה לעמוד על סיבה אחת שמקורה בחוויית ההוראה של תחום המשפט הבינלאומי הפומבי.

מרצים המלמדים משפט בינלאומי נתקלים בחוסר עניין שמגלים סטודנטים כלפי החומר הנלמד בכיתה. חוסר העניין, מקורו בכך ש"השוק" אינו מעריך נכונה את חשיבות התחום. פועל יוצא של הדבר הוא שהסטודנטים מתרשמים שתחום זה לא יצמיח להם הכנסה כספית נאותה. פרט לכך, משך שנים רבות היה יחסם של סטודנטים בישראל כלפי המשפט הבינלאומי הפומבי מרוחק, ונע בין חוסר עניין והתעלמות מוחלטת לבין לימוד מתוך דחייה בבחינת "דע את האויב".

ההתעלמות והזלזול התמצו לא פעם בהידרשות לאמירה המזוקקת של בן-גוריון, "אוי"ם שמו"ם" אשר מבטאת עמדה ארוגנטית, מתנשאת ולעומתית כלפי ארגון בינלאומי זה, אשר לכאורה לא יצלח לדבר. עמדה זו מבטאת גישה בדלנית של מדינת ישראל שלפיה ישראל לעולם תעמוד לבדה להגן על האינטרסים הצרים שלה, יאמרו הגויים את אשר יחפצו. גישה זו כלפי המשפט הבינלאומי הופנמה במשך שנים על ידי דורות רבים של סטודנטים אשר לא גילו התעניינות בתחום. האווירה שבה התנהלו שיעורים באוניברסיטאות ובמכללות השונות בוססה על תחושת העצמה והחזק הצבאי של מדינת ישראל, אשר לא ראוי לה כי תיכנע לתכתיבים ולאינטרסים זרים. יתרה מזאת, מקצת אלו אשר בכל זאת גילו עניין בתחום – למעט קומץ של מלומדים אקדמיים שנתפסו כמשוגעים לדבר – עשו זאת מנקודת מבט עוינת. הם ראו בקורס אמצעי ללימוד הכלים שלהם נדרש המשפט הבינלאומי הפומבי על מנת להביסו במגרש שלו. לא עוד התעלמות אלא הכרה לצורך ניצחון תוך התעלות. גישה לעומתית זו מלמדת אף היא על תחושת "דוד מול גולית".

ההוראה בקורס נעשתה לא פעם מעמדה זו. מרצים הקדישו שעות ארוכות ללימוד המשפט הבינלאומי הפומבי מפרספקטיבה לאומית. הודגש

עצמית מונעת¹⁵, דוקטרינות שלהן נדרשת עתה ארצות-הברית – כהגמון העולמי – עת היא משתמשת בכוח שלא באמצעות פנייה למנגנון הקולקטיבי. ואולם למצער יש בבחירתם זו של הכותבים, ולו בעקיפין, כדי לשמר את האני מאמין, ה-*credo* המסורתי של ישראל בדבר אינדיבידואליזם, ואישימת מלוא הדגש על התפתחותו של סדר עולמי חדש.

ודוק, אף שמדובר בספר המיועד בעיקרו לקהל הישראלי, הוא אינו פרובינציאלי במובן זה שהוא עשיר בדוגמאות זרות אקטואליות השזורות לאורכו. כך, לדוגמה, בפרק העוסק בהסדר השימוש בכוח במשפט הבינלאומי, אחת השאלות העדכניות השנויות במחלוקת בין המלומדים נוגעת ל"דוקטרינת בוש" לעניין חוקיות פלישת ארצות-הברית לעיראק בשנת 2003. יש הסבורים כי היה בה לשנות מן היסוד את התפיסה בעניין חוקיות הפתיחה במלחמה ובעניין השימוש בהגנה עצמית מונעת¹⁶. אמנם המקום שהמחברים בחרו להקדיש לדוקטרינה זו מוגבל יחסית לספר אשר עיקר עיסוקו הוא, כזכור, קו התפר החמקמק שבין מלחמה לשלום; ואמנם יש דעות מלומדים המוזכרות בספר אך אגב אורחא ואשר אין ננקטת בעניינם עמדה¹⁷ – אולם הניתוח המרוכז המוצג בספר מציג את מגוון הדעות וההנמקות, וכאמור אף ננקטת עמדה סופית בסוגיית חוקיות השימוש ב"הגנה עצמית מונעת" במשפט הבינלאומי.

הפרק השלישי, הן במשפט ההומניטרי, הוא בבחינת קלאסיקה. העובדה שמדינת ישראל מיישמת במשך ארבעים השנים האחרונות את תקנות האג¹⁸ ואת ההוראות ההומניטריות של אמנת גניבה הרביעית¹⁹ בפעולותיה בשטחים הופכת את מדינת ישראל למקור השראה חשוב לעולם כולו לפרשנותם, להפעלתם, לאבחונם וליישומם של דיני המשפט ההומניטרי. מרבית המשפטנים הישראליים העוסקים בתחום המשפט הבינלאומי הפומבי מתמקדים, מטבע הדברים, בדיני המשפט ההומניטרי, ולכן אך צפוי הוא שגם בן-נפתלי ושני נוטלים חלק פעיל בשיח מלומד זה, בנקטת עמדות ביקורתיות, והכול תוך שימתו של הדיון בהקשר תאורטי. הפרק מציג את היקף תחולתם של הדינים:

סכסוך חמוש בינלאומי, שטח כבוש וסכסוך חמוש שאינו בעל אופי בינלאומי. הוא בחן באיזמל של מנתחים את עקרונות דיני הלוחמה ומפריד בין ניתוח תאורטי של עקרונות דיני המלחמה – עקרון הצורך הצבאי, עקרון ההבחנה, עקרון המידתיות ועקרון מניעת הסבל המיותר – לבין יישומם של עקרונות אלו בנוגע ללוחמים מוגנים (פצועים ושביים) מחד, לבין אזרחים מאידך. למרות ניסיונם של המחברים לתחום מבחני עזר אלו, הרי שדה-פאקטו הם מופעלים לעתים קרובות במצטבר. כך, תחת עקרון המידתיות נבחנת לא פעם שאלת הצורך הצבאי בפעולה ונעשה ניסיון להעריך מה ייחשב כנוק משני לחיי אזרחים. בנוסף, בניגוד לבן-נפתלי ושני, המנתחים את שאלת החוקיות בשימוש בכלי נשק מסוימים אך ורק על פי עקרון ההבחנה²⁰, יש אשר יעשו זאת, לפחות בנוגע לכלי נשק ספציפיים, אף באמצעות עקרון המידתיות.

גם הפרק הרביעי, הן בזכויות האדם במשפט הבינלאומי, שזור דילמות שעמן מתמודדת מדינת ישראל. עמן נמנות, למשל, השאלה בדבר היקף התחולה של אמנות זכויות אדם על השטחים²¹; תחולת זכויות האדם בעתות חירום²²; האיסור נגד עינויים כאיסור מוחלט²³; וזכויות קבוצתיות²⁴. עם זאת, הפרק אינו מתמקד אך ורק בסוגיות ייחודיות שבהן נתקלת מדינת ישראל, אלא נוקט עמדה כוללת יותר²⁵. אכן, לדידי, פרק זה מקדיש מקום

רב מדי לעיסוק נורמטיבי ומוסדי בזכויות האדם הבינלאומיות, על חשבון דיון מפורט יותר בשאלות האידאולוגיות הנובעות מנושא זכויות האדם והמשתרעות על גבי ספקטרום נרחב של סוגיות²⁶. כך, למשל, אין כמעט עיסוק בשאלות בדבר היחסיות התרבותית, בעיית האכיפה הסלקטיבית או היעדרה של הייררכיה נורמטיבית ברורה בין הזכויות. בהקשר אחרון זה, הפרק עושה הבחנה נוקשה מדי בין משטר זכויות האדם הבינלאומי²⁷ לבין משטר זכויות האדם האזורי²⁸. הוא אינו מקדיש מקום לפוטנציאל הטמון בהשפעה ההדדית של משטרים אלו – הבינלאומי והאזורי – הן במובן השלילי (פרולפריציה של זכויות אדם עלולה לערער את חוסנו של הטיעון בדבר קיומה של קהילה בינלאומית המתנהלת לפי מערך ערכי אחיד) והן במובן החיובי (קיומה של הייררכיה נורמטיבית בין זכויות האדם במישור האזורי עשויה להקרין גם על אפשרות התהוותה של הייררכיה שכזו במישור הבינלאומי אם יש חפיפה בין הזכויות). עם זאת, המחברים בוחרים להביע עמדה מנומקת ונחושה בשאלות מהותיות. כך לדוגמה ראו חוות דעתם שלפיה "יש לראות בכל הפרה של זכויות אדם משום הפרה של כלל *erga omnes*"²⁹. עמדה זו מתוספת לשובל ארוך של מנעד דעות שבוטאו על ידי

כותבים אחרים, אשר לא פעם היסטו לנקוט עמדה נחרצת בעניין. הפרק החמישי המעולה על המשפט הבינלאומי הפלילי מציג הן היבטים מהותיים והן היבטים פרוצדורליים של תופעה חדשנית זו. גם בפרק זה, מוצגת עמדתה האמביוולנטית של ישראל לבית המשפט הבינלאומי הפלילי³⁰, ולאורך הפרק שזורות דוגמאות בדבר (אין) התאמת המשפט הישראלי לנורמות הפליליות הבינלאומיות. ואולם הפרק מתרכז בתיאור התופעה בכללותה ובהבעת הערכה כלפיה. לאחר מיקומה של התופעה בהקשר ההיסטורי פונים המחברים לניתוח מעמיק הן של סוגי העברות הנתונות לסמכותו של בית הדין הבינלאומי הפלילי ומהות ההגנות העומדות לרשות הנאשם, והן להיבטים דיוניים בדבר סמכות שיפוט ואכיפה. רבים מהמשפטנים הבינלאומיים העוסקים בתחום

Orna Ben-Naftali, *A Judgment in the Shadow of International Criminal Law*, 10 J. INT. CRIMINAL JUSTICE, 322 (2007).
11 בן-נפתלי ושני, לעיל הי"ש 1, בעמ' 444, 448.
12 שם, בעמ' 394–399.
13 שם, בעמ' 75, 78.
14 שם, בעמ' 85.
15 שם, בעמ' 91.
16 שם, בעמ' 89 ואילך.
17 כך לדוגמה, לא ברור מדוע נמנעים המחברים מלהתמודד עם הניתוח המקורי, שאינו נקי מביקורת, המוצג על ידי פרופ' דינשטיין במהדורה החדשה של ספרו להצדקת חוקיות המלחמה נגד עיראק. Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (4th ed., 2005).
18 Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907.
19 אמנת גניבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, מס' 30, עמ' 559.
20 בן-נפתלי ושני, לעיל הי"ש 1, בעמ' 153.
21 שם, בעמ' 216.
22 שם, בעמ' 219.
23 שם, בעמ' 224.
24 שם, בעמ' 241.
25 לדוגמה, הספר מזכיר את סוגיית התחולה המצרפית של דיני זכויות האדם והמשפט ההומניטרי, אך אינו מקדיש לכך דיון מפורט. ראו שם, בעמ' 242.
26 שם, בעמ' 238–244.
27 שם, בעמ' 197–232.
28 שם, בעמ' 232–238.
29 שם, בעמ' 200–201.
30 שם, בעמ' 324–326.

נקודתי וכקונפליקט מבודד בין המדינות המעורבות; על הצורך בהבנת הזעזוע והפגיעה העמוקים הנגרמים לקהילה האנושית, בכלל, ולקהילות הנלחמות, בפרט; על העיסוק בסוגיית האחריות, הענישה והתיקון; ועל הניסיון לעמוד על ההשפעות מרחיקות הלכת של השלום, גם כשזה לבסוף מושג.

יתרה מזאת, ספר זה מצטרף בקלות לספרות האינטרדיסציפלינרית, שכיום מהווה כבר את האורתודוקסיה של המחקר המשפטי, דהיינו ספרים העוסקים ב"משפט ו..." זהו אמנם ספר משפטי, אך להבדיל מספרים פוזיטיביים על המשפט הבינלאומי הפומבי, הוא הולך בעקבות הגישה השולטת שלפיה השיח המשפטי בכלל, וזה של המשפט הבינלאומי הפומבי בפרט, אינו נסב עוד על דקדוקי טקסט וקריאת סעיפים ואמנות, אלא מהווה למעשה נקודת מפגש בין משפט לפוליטיקה, משפט לכלכלה, משפט לתרבות, משפט לחברה וכד'. המחברים אינם יראים להציג את המשפט הבינלאומי הפומבי בקונטקסט הפוליטי שלו³⁷, בהראותם פעם אחר פעם שאי אפשר להבין את המשפט הבינלאומי הפומבי בהתעלם משיקולי כוח ופוליטיקה. אפשר כמובן לומר שבכך אין חידוש מהפכני (אם כי השוואה לחלק מהכתובה על המשפט הבינלאומי הרווחת בעברית יש בכך משום פריצת דרך רבת), שכן ממילא לא פעם נתפסו אלו העוסקים במשפט בינלאומי יותר כאנשי מדע המדינה ויחסים בינלאומיים מאשר כאנשי משפט. אבל, וזאת יש להדגיש, האמירה שבספר של בן-נפתלי ושני משוכללת יותר. הספר אינו עוסק בהתמודדות המשפט הבינלאומי הפומבי עם נושא הכוח במובנו הפשוט. הוא עוסק בתכונות ההעצמה שמקנה המשפט הבינלאומי הפומבי, סגולה שאינה מובנת מאליה ולכן כל כך מרתקת. העושר והמורכבות של תכונה זו, המשפיעה על הלך החשיבה כלפי המשפט הבינלאומי הפומבי, נרקמת לאורך הספר כולו ולא יכולה הייתה ליהנות מאותה תהודה אלמלא רוחב היריעה שמאפשר ספר.

ז. אחרית דבר שהיא ראשיתו של מסע

אכן, יש להודות כי חלק ניכר מהאנרגיה האקדמית מוקדש כיום לתהליך מתמיד של ברירת המוץ מן התבן, על מנת שזמן המחקר היקר יוקדש להתעמקות בקומץ הספרים המעולים באמת המתפרסמים מבין המאסה הגדולה של הספרות המקצועית היוצאת לאור. ביקורות ספרים, יש בהן כדי לסייע בתהליך הבירה. לדעת, הספר נשוא רשימה זו הנו מן המשובחים בתחום המשפט הבינלאומי הפומבי. הוא מצליח הן במשימה של הדגשת מהפכת ההומניזציה של המשפט הבינלאומי הפומבי ושימת הפרט במרכז, והן במשימת הימך דרך החשיבה על המשפט הבינלאומי והעצמת אלו הקשובים לכלליו. הוא עושה זאת באופן מעורר פליאה תוך שהוא מעמיד לרשות הקורא עושר ביבליוגרפי וניתוח מקורי. כבר מראשיתו מזמין הספר את הקורא לצאת למסע מעורר של חשיבה ביקורתית על תחום שעד כה במודע או שלא במודע נדחק אל מחוץ לתודעתו, תחום אשר כאמור מהפכה מתרגשת עליו. לא נותר לי אלא להמליץ בפניכם להקדים ולצאת למסע מאתגר זה.

31 שם, בעמ' 248.
32 שם, בעמ' 258, 281.
33 שם, בעמ' 16.
34 שם, בעמ' 241.
35 שם, בעמ' 337.
36 שם, בעמ' 258–353.
37 שם, בעמ' 21.

המשפט הבינלאומי הפלילי נלהבים, לא פעם, מהטרנספורמציה שעובר המשפט הבינלאומי בזכות המשפט הבינלאומי הפלילי בשל הפיכתו לבר איכפה, עד שהם נוטים לא פעם "להקריב" את זכויות הנאשם על מזבח האפקטיביות של המשפט הבינלאומי, בניגוד לגישתם של משפטנים פליליים החוקרים תופעה זו והמוטרדים מזכויותיהם של אלו היושבים על ספסל הנאשמים³¹. אף שנדמה שבהכללה המחברים מברכים על תופעת הקמתו של בית משפט בינלאומי פלילי, הם לא נרתעים מלהציג ולנתח את הביקורת המושמעת לא פעם כלפיו³².

אמנם הספר עוסק באחריות אישית על פגיעה בזכויות האדם מכוח המשפט הבינלאומי הפלילי, אולם לא מוקדש פרק נפרד לתחום מרכזי במשפט הבינלאומי הפומבי בדבר אחריות המדינה לאותן הפרות בדיוק, ולזכות להגנה הדיפלומטית שיש הרואים בה זכות אזרח שנוצרה במישור הבינלאומי. ודוק, ייתכן שטעם להשמטה זו הוא רצונם של המחברים להבליט את הטרנספורמציה שעובר המשפט הבינלאומי במקומו את האדם והעמים במרכז תוך הפחתה במשקלה היחסי של המדינה³³.

הפרק השישי, העוסק ביישוב סכסוכים בדרכי שלום, נחזה להיות הטכני והמרוחק ביותר מ"השאלה הישראלית" מבין הפרקים בספר. נדמה ששתי הדוגמאות היחידות המובאות בנוגע למדינת ישראל, וגם זאת בדרך לקונית, הן הבוררות בטאבה³⁴ וניסיונות פישור בהקשר של הסכסוך הערבי-ישראלי³⁵. הפרק מציג את המנגנונים הדיפלומטיים והשיפוטיים השונים ליישוב סכסוכים. כאן גולש הדיון לא פעם מעבר לתחום של דיני השימוש בכוח, ומתפשט להצגת בתי דין שיפוטיים העוסקים בדיני היס ובדיני הסחר הבינלאומי, לרבות בתי דין אזוריים לאינטגרציה כלכלית. אך המחברים אינם מסתפקים בהצגה פרוצדורלית של המנגנונים, בהרכבם, באופן פעולתם ובסמכויותיהם, אלא דנים, ארוכות, תוך שיפוט ערכי, בסוגיית חיוניותם ופרות פועלם של בתי המשפט הבינלאומיים³⁶.

ו. על כתיבה אקדמית ולקונות בארון הספרים

אבל בכך אין די. בעולם שבו הברומטר האומד הצלחה בחיי האקדמיה מכון בעיקרו להיקף פרסומו של החוקר, באווירת ה-"publish or perish" שבה טבעת הלחצים להרבות ולפרסם מאמרים וספרים הולכת ומתהדקת סביב צווארו של החוקר, ובתקופה שבה הדפסה והפצה של כתבים אינה בבחינת אבן נגף, עשרות ספרים מתפרסמים מדי שנה בכל תחום משפטי ומכסים כל חלקה טובה. אשר על כן, שאלה שכל חוקר אקדמיה צריך להציב לעצמו טרם שוגמלת בלבו ההחלטה בדבר פרסומו של כותר נוסף הנה לא רק אם הגה מוחו הקודח רעיונות שיש בהם משום חידוש הלכה, הצגתה של פרספקטיבה שונה או השפעה על אופן החשיבה בתחום מסוים, אלא, וכאן העיקר, האם יש בכריכתם של רעיונות אלו יחדיו בספר ערך מוסף החולש על יותר מסכום חלקיו.

כאמור, זהו אחד מהישגיו הבולטים של הספר. הסינרגיה בין הפרקים השונים היא בבחינת *tour d'horizon*, המוביל את הקורא להרהר על תמונת המלחמה והשלום בכללותה; על ההקשר הרחב של המלחמה והשלום החולשים למעשה על כל תחומי החיים: כלכלה, מסחר, תיירות, איכות סביבה, חינוך יצירה, תרבות וכד'; על הקשיים בתחומים גבולות מדויקים למלחמה ולשלום ועל השפעותיהם ההדדיות; על הטעות בהתבוננות על מלחמה כאירוע היסטורי