

יושבים בתוך עמם: החלת המשפט הישראלי בבתי המשפט הצבאיים בשטחים

סמדר בן־נתן

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב

מבוא

המשפט הפלילי של ישראל הוא למעשה שניים. המשפט הפלילי הרשמי של המדינה אחראי, ככלל, לשפיטתם של כל הנמצאים בתחום השיפוט של המדינה. המשפט הפלילי הצבאי בשטחי הגדה המערבית אחראי לשפיטתם של פלסטינים תושבי הגדה המערבית בלבד. מבחינה משפטית תיאורטית מדובר בשתי מערכות משפט נפרדות, אולם שתיהן נשלטות בידי מדינת ישראל, אחראים להן משפטנים ישראלים וקשרי גומלין ביניהן מתקיימים כל העת. כפי שכתב השופט אליקים רובינשטיין: "אף אם מדובר בשני מקורות סמכות שונים ו'כובעים' ריבוניים שונים, 'הלוא אב אחד לכולנו' (מלאכי ב, י), קרי — במהות — מדינת ישראל חופה על הכל"¹.

מכל מערכות השליטה של ישראל בשטחים הכבושים, מערכת המשפט הצבאית היא יצרנית הטקסטים הגדולה ביותר. שלא כמו מערכות אחרות שפעולתן אילמת — כבישים, היתרים, מעצרים ובניינים — מערכת המשפט גם מספרת על ההצדקות לפעולתה. פסקי דין וצווים צבאיים ניתנים כמעט מדי יום ביומו. שופטים כותבים פסקי דין ארוכים ומעמיקים

* מאמר זה מבוסס על חיבור לקבלת תואר שני במשפט זכויות אדם בין־לאומי שהוגש לאוניברסיטת אוקספורד. ברצוני להודות לפטרישיה סלרס, ארנה בן־נפתלי, רענן אלכסנדרוביץ, חאלד קוזמר, רחל לאה ג'ונס, ליאורה בילסקי, מוניר נוסיבה, שי לביא ואייל גרוס, ולקוראים האנונימיים מטעם תיאוריה וביקורת על תרומתם ועל הערותיהם.

1 בג"ץ 3450/06, דויב ודיריה נ' המפקד הצבאי ואח' (פורסם בבנו, 12.2.2008).

ומאמרים מקצועיים, מאמצים טקטיקות משפטיות יצירתיות ומנהלים שיח פנימי ער המבקש לפרוץ אל מחוץ לגבולות הצרים של השיפוט בשטחים. דבריהם של השופטים מלמדים כיצד הם רואים את תפקידם, וחושפים את המערכת שבתוכה הם פועלים ואת יחסי הגומלין בינה לבין מדינת האם – מדינת ישראל. המאמר הזה מבקש לבחון בפעם הראשונה באמצעות אותם טקסטים מה משקפת מגמה אחת מרכזית במשפט הפלילי בשטחים: החלת החוק הישראלי במערכת בתי המשפט הצבאיים.²

מערכת המשפט הצבאית בשטחים היא מערכת החוק הפלילי שישראל מפעילה, באמצעות הצבא, על הפלסטינים תושבי השטחים. היא כוללת חקיקה של צווים צבאיים על ידי אלוף פיקוד המרכז ואכיפתם בבתי משפט צבאיים.³ מבחינה משפטית תיאורטית החוק הישראלי הפנימי אינו חלק מהחוק המחייב לגבי פלסטינים בשטחים. למרות זאת, זה למעלה משני עשורים, עוד ועוד חלקים מן המשפט הישראלי הפלילי מאומצים אל תוך המשפט הצבאי ומוחלים על התושבים הפלסטינים. אנשי המערכת הצבאית ותומכיה להוטים להראות כי בתי המשפט הצבאיים שומרים על זכויות הנאשמים הפלסטינים ומציגים את אימוץ החוק הישראלי כאסטרטגיה מרכזית לשם מטרה זו. שיאה של התפתחות זו הוא תהליך של מיזוג בין שתי מערכות המשפט, המבטא שאיפה להידמות למשפט הישראלי ולהביא להאחדה של שתי מערכות המשפט.

תהליך המיזוג מעורר שורה של שאלות. האם הטענה בדבר קידום זכויות הנאשמים על ידי אימוץ המשפט הישראלי נכונה, ואם כן באיזו מידה? האם יש הכרח להשתמש בחוק הישראלי כדי לקדם מערכת משפט צודקת יותר? כיצד מגמה זו משפיעה על יכולתם של הפלסטינים להתגונן בבית המשפט? מה עוד עושה החוק הישראלי לסביבה המשפטית המורכבת ממילא בשטחים, ומה מבטא הרצון העז של שופטים צבאיים להחיל את חוקי מדינתם על האוכלוסייה הכבושה? אלו חלק מהשאלות שבהן אדון בהמשך.

התוודעתי לבתי המשפט הצבאיים בעבודתי כעורכת דין בתחום זכויות האדם והמשפט הפלילי. בתי המשפט הצבאיים הם המקום היחיד שבו עורכי דין פלסטינים תושבי השטחים⁴ ועורכי דין ישראלים כאחד מורשים לייצג נאשמים. כך התוודעתי גם לעמיתים פלסטינים המייצגים נאשמים בבתי משפט זרים להם ועל פי חוק זר להם. לא ניתן שלא לחוש את התסכול ולעתים חוסר האונים של הסנגורים הפלסטינים. אחת הבעיות המרכזיות במגמת המיזוג היא

2 החוק הישראלי מוחל בשטחים באמצעות חקיקת הכנסת וצווים צבאיים גם בתחומים רבים אחרים – האזרחי, המוניציפלי, הפיסקלי ועוד – בדרך כלל על ישראלים תושבי השטחים בלבד (Ben-Naftali et al. 2005; Benvenisti 1990). מאמר זה יתרכז במשפט הפלילי המוחל על התושבים הפלסטינים בשטחים. גם בתחום זה לא אבחן את מכלול הנושאים הקשורים לזכויות אדם בהליך הפלילי – בהם פגיעה שרירותית בחירות, היחס להודאות שהתקבלו בעקבות עינויים וכדומה – אלא רק את אלו הנובעים מהחלת החוק הישראלי.

3 אין לבלבל מונח זה עם בתי דין צבאיים, השופטים חיילים בתוך ישראל.

4 לאורך המאמר אשתמש במושג "פלסטינים" לציון תושבי השטחים בלבד. כאשר הכוונה לאזרחי ישראל הפלסטינים יצוין הדבר במפורש.

כי בצד הפלסטיני יתרונותיה אינם מורגשים כלל. בסיומה של השתלמות מקצועית לעורכי דין פלסטינים המופיעים בבתי המשפט הצבאיים, שהשתתפתי בייזומה ובביצועה, מילאו המשתתפים שאלוני משוב. על השאלה אילו תכנים נוספים היו רוצים ללמוד השיבו רבים מהם: "את השפה העברית". רוב עורכי הדין חשים שמערכת בתי המשפט הצבאיים כה מוטה כנגד הנאשמים עד שלא נותר כל מקום לפעילות סנגורית. עורך הדין המוביל ג'ונתן כותאב צוטט באומרו: "עורכי דין רבים מהשורה הראשונה מסרבים להופיע בבתי המשפט הצבאיים. אני שונא את עצמי ומפקפק ביושרה המקצועית שלי כשאני מופיע בבית המשפט הצבאי. אני אומר לעצמי שאני כמו עובד סוציאלי, מביא סיגוריות ללקוח שלי" (Bisharat 1995, 365).

החוק הישראלי המוחל על הנאשמים הפלסטינים מאפשר לאנשי הצבא להתהדר בנאורות הכיבוש, אולם למעשה הוא אינו נגיש לנאשמים ולעורכי דינם ולכן החלתו אינה מאפשרת להם לתבוע זכויות על פיו ולנהל הגנה משפטית אפקטיבית. הפער בין הדימוי של החוק הצבאי כחוק מתקדם וצודק – דימוי שהמשפטים הצבאיים הישראליים משווקים – לבין חוויית התסכול הקשה והמתמשך של המשפטים הפלסטינים באותה מערכת משפטית דורש הסבר, ויש להביאו בחשבון כאשר בוחנים את השמירה על זכויות הנאשמים הפלסטינים. אף שהסבר מלא לכך חורג ממסגרת מאמר זה, החלת החוק הישראלי בבתי המשפט הצבאיים בשטחים מעצימה את הדרתם של עורכי הדין הפלסטינים מהשיח המתנהל בבתי המשפט.⁵ המאמצים להאחדה של מערכות המשפט באמתלה של שמירה על זכויות אדם חותרים לביטול ההפרדה בין המדינה הכובשת לשטח הכבוש. מגמה זו מהווה חלק ממסכת הסתירות במנגנוני השליטה הישראלית המתמשכת בגדה המערבית: הזמני שהוא למעשה קבוע, החריג שהפך לכלל, הנפרד שהוא למעשה חלק בלתי ניתן להפרדה מהמשטר בישראל. הטקסטים המשפטיים מהווים הזדמנות להתבונן בהצדקות ובמניעים הפנימיים של תהליכים רחבים אלו ולכן יש בהם עניין לא רק עבור משפטים. כפי שאסביר בהמשך, קידום זכויות נאשמים הנתונים במשטר של כיבוש צריך להתבסס על המשפט הבין-לאומי ועל המשפט המקומי הפלסטיני, ולא על החוק הישראלי. גם אם החוק הישראלי משמש מקור להשוואה, השראה ולגיטימציה, עיגון הזכויות בחוק הצבאי יכול וצריך להיעשות בלי כל תלות בו. נראה שהשיח המורכב והער בעניין החלת החוק הישראלי מביע רצון אמיתי להביא לשיפור החוק הצבאי, אך לצדו גם מוטיבציות נוספות. הוא נותר שיח פנימי שנועד בין השאר להקנות למערכת המשפט הצבאית לגיטימציה בחברה בישראל, ובה בעת הוא מדיר מתוכו את בעלי הזכויות הפלסטינים.

בהמשך המאמר אציג את תהליך החלת החוק הישראלי בבתי המשפט הצבאיים בשטחים ואת משמעויותיו. חלקו הראשון של המאמר ישים מבוא למערכת המשפט הצבאית בשטחים הכבושים ולמסגרת של המשפט הבין-לאומי החלה עליו. בחלק השני יתואר תהליך ההחלה של החוק הישראלי במערכת המשפט הצבאית ואופן הצדקתו בתוך מערכת זו. בפרק השלישי

5 לסקירה רחבה יותר ראו Bisharat 1989; 1995; Hajjar 2005. אינני מבקשת להשמיע את קולם של עורכי הדין הפלסטינים במקומם, אלא לבחון את מגמת ההחלה של החוק הישראלי מתוך הבאה בחשבון של נקודת המבט האפשרית שלהם והפער שהיא משקפת.

יוצג ניתוח ביקורתי של משמעויותיו המורכבות של תהליך זה, הן מבחינת דיני הכיבוש ודיני זכויות האדם והן בהיותו פריזמה נוספת לבחינת התנועה הבלתי פוסקת בין איחוד להפרדה ובין יחס שווה ליחס שונה במהלך השליטה הצבאית הממושכת באוכלוסייה זרה.⁶

מערכת המשפט הצבאית בשטחים

עם כיבוש הגדה המערבית מידי ירדן בשנת 1967 לא החילה ישראל את חוקיה על השטח הכבוש, מעשה שהיה נחשב לסיפוח, האסור על פי המשפט הבינ-לאומי. חרף זאת הוקמה מערכת חוק צבאית נפרדת החלה על השטחים.⁷ בתוך ימים ספורים פורסמו מנשרים וצווים צבאיים שהגדירו את הבסיס המשפטי לשלטון הצבאי, ומאותו רגע כונה השטח בשפה המשפטית "האזור". אלוף פיקוד המרכז, שכונה "מפקד האזור", הפך לסמכות המחוקקת,⁸ ובתי משפט צבאיים הוקמו על מנת לאכוף את צווי האלוף-המחוקק.⁹ החקיקה הצבאית¹⁰ לא ביטלה את החוק הירדני ואת עבודת בתי המשפט הירדניים,¹¹ שהוסיפו לפעול ועברו מאוחר יותר לאחריות הרשות הפלסטינית, אך שללה את סמכותם לדון בעברות הקשורות לביטחון. עברות אלה נדונו מאותה עת בפני בתי המשפט הצבאיים.¹²

מאז תחילת הכיבוש חוקקו יותר מ-1,700 צווים צבאיים בעלי אופי פלילי (וכן צווים רבים נוספים בתחומים אחרים). הצו בדבר הוראות ביטחון¹³ הוא החוק הפלילי העיקרי, והוא הקובע את כללי סדר הדין, את הגדרות העברות, את העונשים ואת דיני הראיות. זה קורפוס עצום הכולל כיום לפחות 335 סעיפים, אשר רבים מהם מורכבים מתתי-סעיפים למכביר; הוא תוקן פעמים רבות ותיקונים אליו ממשיכים להתפרסם כל העת.¹⁴ אם כן, אף על פי שככלל החוק הפלילי הירדני לא בוטל, הרי הוא הוקפא במצבו בשנת 1967 והחוק הפלילי המרכזי

6 לדיון מקיף בשאלות אלו בהקשרים רחבים יותר של הכיבוש ראו אזולאי ואופיר 2008; Ben-Naftali et al. 2005.

7 מערכות מקבילות הוקמו בגדה המערבית ובעזה. זו שבעזה בוטלה עם ה"התנתקות".

8 מנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מנשר מס' 2), קובץ מנשרים, צווים ומינויים (להלן: קמצ"ם) מס' 1 (1967), עמ' 3. הקמצ"ם נמצא במאגר המשפטי באתר האינטרנט של הפרקליטות הצבאית, בכתובת www.mag.idf.il/801-he/Patzar.aspx.

9 צו בדבר כינון בתי משפט צבאיים (צו מס' 3), קמצ"ם מס' 1 (1967), עמ' 25.

10 במונח "חקיקה צבאית" אתייחס לצווים ולמנשרים שהוצאו על ידי צה"ל בשטחים. המונח "חקיקה ישראלית" יתייחס לחקיקה בתוך מדינת ישראל.

11 מנשר מס' 2 (ראו לעיל הערה 8) קבע כי החוק הקיים יישאר בתוקפו, ככל שלא תוקן על ידי חוק חדש. הפרשנות שניתנה לעברות ביטחון היא רחבה ביותר והכניסה תחת סמכותם של בתי המשפט הצבאיים גם עברות רבות אחרות כמו עברות תעבורה, כניסה לישראל וכדומה (ראו Weill 2007).

12 צו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (יהודה ושומרון) (מס' 1651) התש"ע-2009, קמצ"ם מס' 234, עמ' 5902.

14 אזולאי ואופיר כינו זאת "צורת ההתרבות הפראית של משפט [...] (ה)משנה בלי הרף את החוק עצמו" (אזולאי ואופיר 2008, 253).

המצוי בשימוש הוא חוק צבאי שמקורו ישראלי. מאז הקמתה בעקבות הסכמי אוסלו, החלה הרשות הפלסטינית לחוקק חוקים חדשים. חוקים אלה תקפים בבתי המשפט הפלסטיניים ואינם מיושמים בבתי המשפט הצבאיים.¹⁵ מאז הקמתם, בתי המשפט הצבאיים דנו במאות אלפי תיקים של אזרחים פלסטינים.

השופטים והתובעים בבתי המשפט הצבאיים הם חיילים בשירות סדיר או במילואים, משפטנים ישראלים שהוכשרו בפקולטות למשפטים בישראל ובבית הספר למשפט צבאי של צה"ל. אנשי הקבע והמילואים שבהם עשויים להיות עורכי דין בעבר או בהווה, מרצים למשפטים או בעלי תפקידים משפטיים בשירות המדינה. השופטים הצבאיים עשויים להתמנות לשופטים אזרחיים בישראל עם תום תפקידם הצבאי.¹⁶ ההגנה על נאשמים נעשית בידי עורכי דין פלסטינים וישראלים כאחד.¹⁷ לעתים רחוקות, עורכי דין ישראלים הם שמייצגים נאשמים בבתי המשפט הצבאיים. לעומתם, עורכי דין פלסטינים, המייצגים את מרבית הנאשמים באמצעות עמותות פלסטיניות,¹⁸ קיבלו על פי רוב את חינוכם המשפטי בשטחים או במדינות ערב ולא בישראל. פקולטות למשפטים בשטחים מלמדות את החוק הפלסטיני ואת החוקים הירדניים שנתרו בתוקף בגדה המערבית. החינוך המשפטי בעולם הערבי, כולל ירדן, מבוסס על שיטת המשפט האירופית-קונטיננטלית (civil law) (Bisharat 1989, 76) ואילו מערכת המשפט הישראלית מבוססת על המודל האנגלי של המשפט המקובל (common law).

השפה המשמשת בבתי המשפט הצבאיים היא עברית, אך מתורגמים, חיילים בשירות סדיר המתרגמים את מהלך הדיון לערבית, משמשים בהם דרך קבע. השופטים והתובעים דוברים עברית ואילו עורכי הדין רשאים לבחור לטעון בעברית או בערבית. ככלל, הטקסטים הנלווים לדיון המשפטי – פרוטוקולים, החלטות ופסקי דין – אינם מתורגמים לערבית. כתבי האישום תורגמו לערבית בעבר הרחוק (Hajjar 2005, 174) אך תרגומם נפסק למשך כעשרים שנה, וחודש באפריל 2013.¹⁹ הצווים הצבאיים מתפרסמים בגרסה רשמית בערבית ובעברית במסגרת הקמ"צ, אך פרסום זה אינו נגיש בערבית באינטרנט או בפרסומים מסחריים, ואין כל גורם המעדכן ומשלב את תיקוני החקיקה התכופים בנוסח של צווים אלו בערבית, כך

15 לדוגמה, חוק היסוד הפלסטיני שהתקבל ב-2002 כולל הכרה בזכויות המשפט ההוגן והגנות מפני פגיעה שרירותית בחירות. חוק הפרוצדורה הפלילית (מס' 3) התקבל בשנת 2001, ראו <http://muqtafi.birzeit.edu/en/Index.aspx>.

16 לדוגמה, אורי שוהם, שהיה הנשיא הראשון של בית המשפט הצבאי לערעורים והפרקליט הצבאי הראשי, הוא כיום שופט בית המשפט העליון; השופט אמיר דהאן מבית המשפט הצבאי יהודה התמנה בעת האחרונה לשופט שלום.

17 צו בדבר סנגוריה בבית משפט צבאי (יהודה והשומרון) (צו מס' 400) 1970, קמ"צ מס' 25, עמ' 933.

18 יש דין 2007, 41. בעבר לא היה ייצוג נרחב על ידי עמותות פלסטיניות (Bisharat 1989).

19 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון 24) (יהודה והשומרון) (מס' 1710), התשע"ג-2012 (טרם פורסם, הנוסח מצוי בידי המחברת). תרגום כתבי אישום התחדש והפך למחייב בעקבות עתירה לבג"ץ שהוגשה על ידי הכותבת בשם עורכי דין פלסטינים: בג"ץ 2775/11, עו"ד ח'אלד אלעארג' ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז (פורסם בנבו, 3.2.2013).

שלמעשה אין בנמצא גרסה מעודכנת של הצווים בערבית אלא אוסף תיקונים המתפרסמים בצורה מפוזרת על פי מועד חיקוקם.²⁰ חוקים ישראלים אינם מתפרסמים בשטחים ואינם מתפרסמים בערבית כלל.

לשתי מערכות המשפט הישראליות, בישראל ובשטחים, סמכות מקבילה לשפוט בגין עברות כנגד הביטחון²¹ שביצעו ישראלים או פלסטינים, בישראל או בשטחי הגדה המערבית.²² מאות אלפי המתנחלים כפופים אף הם מבחינה משפטית לחקיקה הצבאית, אך גם לחוק הישראלי, ומדיניות ההעמדה לדין נפרדת: ישראלים המבצעים עברות בשטחים, לרבות מתנחלים, מועמדים לדין על פי החוק הישראלי בבתי המשפט בישראל,²³ ופלסטינים מועמדים לדין על פי החוק הצבאי בבתי המשפט הצבאיים.²⁴ לעתים כך קורה גם כאשר הם מבצעים יחד את אותה עברה ממש.²⁵

מאפייני החוק הפלילי הצבאי

החוק הצבאי החל על פלסטינים חמור באופן משמעותי מהחוק הפלילי הישראלי, וניכרים בו כמה מאפיינים מרכזיים:²⁶

1. הגדרת העברות רחבה ומעורפלת בלשונה. למשל, "עברה כנגד הסדר הציבורי" כוללת כל מעשה המזיק או מפריע לביטחון האזור, וכן כל חברות בקבוצה שאחד או יותר מחבריה

20 על דרכי הפרסום ראו עד"י 4869/07, התביעה הצבאית נ' הודלי (פורסם בנבו, 2.11.2008). בשנת 2008 השתתפתי בפרסום ראשון מסוגו של הצווים הצבאיים והחוקים הישראליים הרלוונטיים בעברית ובערבית, ביוזמת ארגונים לא ממשלתיים (בן-נתן ואחרים 2008). לנוכח התיקונים התכופים בחוק הצבאי, פרסום זה כבר אינו מעודכן.

21 ראו למשל בג"ץ 4101/10, עקיבא הכהן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש (פורסם בנבו, 1.7.2012).

22 צו בדבר הוראות ביטחון, סעיף 10(ה) (ראו לעיל הערה 13); חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיפים 13, 14. להרחבה ראו Weill 2007 Hadar 1982; 2011.

23 בתי המשפט הפליליים של ישראל פועלים כולם בתוך גבולות ישראל. בתי המשפט הישראליים היחידים הפועלים בשטחים מלבד בתי המשפט הצבאיים הם בתי משפט לעניינים מקומיים (שעוסקים בענייני רשויות מקומיות), הנמצאים בהתנחלויות.

24 החלוקה בין בתי המשפט הצבאיים לבתי המשפט הפלסטיניים אינה גיאוגרפית. גם לאחר הסכמי אוסלו הוסיפו בתי המשפט הצבאיים לשפוט אזרחים פלסטינים מכל שטחי הגדה המערבית, כולל שטחי A, והצו המתוקן בדבר הוראות ביטחון קובע זאת מפורשות. בגין עברות שהמערכת הצבאית אינה מגלה בהן עניין ושאינן קשורות לאינטרסים ישראלים – כגון עברות שבהן העברייני והקורבן שניהם פלסטינים – פלסטינים עומדים לדין בבתי המשפט של הרשות הפלסטינית.

25 יש דין 2007, 59; וכן עניין דויב ודרייה (ראו לעיל הערה 1). יוצאי דופן הם צווי הגבלת תנועה בנוגע למתנחלים, שנותן המפקד הצבאי, אשר ערעורים עליהם נדונים בבית המשפט הצבאי.

26 מאפיינים חופפים בחלקם מצא גינתר יאקובס (Jakobs) בתחום שהוא כינה "משפט האויב": מטרה של קידום פני סכנה עתידית, הגנות פרוצדורליות מופחתות וענישה חמורה (Gomez-Jara 2008).

מפר או הפר את הסדר הציבורי בדרך זו.²⁷ הגדרה כה רחבה של עברות פליליות עומדת בניגוד לעקרון החוקיות (*Nullum Crimen Sine Lege*), הדורש כי עברה על החוק שיש בצדה סנקציה פלילית תוגדר מראש ובאופן מדויק (Nowak 1993, 276).

2. כללי הראיות וסדר הדין אף הם אינם ודאיים ומוגדרים. הצו בדבר הוראות ביטחון קובע: "בדיני ראיות ינהג בית משפט צבאי לפי הכללים המחייבים בעניינים פליליים בבתי המשפט של מדינת ישראל";²⁸ וכן: "בית משפט צבאי רשאי להורות, בכל עניין של סדרי-דין שלא נקבע במפורש בצו זה, על סדרי-דין שיראו לו מתאימים ביותר לעשיית דין צדק".²⁹ המילים "הכללים המחייבים בבתי המשפט בישראל" אינן מתייחסות לחוק בלבד, וכללי הראיות נתונים לשינוי בידי בתי המשפט בישראל בכל עת. היעדר הגדרה ברורה מראש של סדרי הדין ודיני הראיות מפר מרכיב נוסף של עקרון החוקיות, דהיינו הדרישה שמערכת המשפט תפעל על פי כללים קבועים וידועים מראש החלים בכל המקרים.³⁰

3. כללי סדר הדין פוגעים קשות בזכות לחירות ובזכויות ההליך ההוגן: עצור יכול להיות מוחזק במעצר שמונה ימים לפני שיובא בפעם הראשונה לפני שופט;³¹ בית המשפט הצבאי מוסמך להאריך מעצר זה שוב ושוב, עד שישה חודשים, בטרם הגשת כתב אישום;³² זכותו של עצור להיפגש עם עורך דין יכולה להישלל עד לתקופה של שישים ימים.³³ תקופות אלו ארוכות הרבה יותר מהסטנדרטים המקובלים במשפט הבין-לאומי, וכן מהתקופות הקבועות בחוק הישראלי.³⁴

4. עונשי המקסימום חמורים ביותר, וחמורים הרבה יותר מאלה הקבועים בחוק הישראלי. בית המשפט הצבאי לערעורים התייחס לכך במפורש: "אין זה סוד כי המחוקק הצבאי ראה לקבוע עונשי מקסימום גבוהים מאלה המקובלים בישראל. כך, מוצאים אנו כי בעוד שב ישראל נקבע עונש מרבי של 20 שנות מאסר לעברת ההריגה, הרי שבאזור הועמד העונש המרבי על

27 צו בדבר הוראות ביטחון (ראו לעיל הערה 13), סעיף 222.

28 שם, סעיף 86.

29 שם, סעיף 88.

30 *Coëme v. Belgium*, ECHR [European Court of Human Rights] 2000-VII 75 (2000); Trechsel 2005, 110

31 צו בדבר הוראות ביטחון (ראו לעיל הערה 13), סעיף 32.

32 שם, סעיפים 37, 38.

33 שם, סעיפים 58, 59.

34 לפי סעיף 9 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 (כתבי אמנה 1030, 269), על עצור להיות מובא לפני שופט ללא דיחוי. בית המשפט האירופי לזכויות אדם קבע כי תקופה של ארבעה ימים אינה עומדת בסטנדרט זה, ראו *Brogan and Others v. the United Kingdom*, ECHR [European Court of Human Rights] Series A no. 145-B, 31 (1998). התקופה המרבית בישראל למעצר לפני ביקורת שיפוטית היא 24-48 שעות, והתקופה המרבית למניעת מפגש עם עורך דין היא 21 יום.

מאסר עולם".³⁵ פעמים רבות, היחס בין העברה לעונש מעמיד בספק את עמידת הענישה בעקרון המידתיות.³⁶

אם כן, אף על פי שתושביה הפלסטינים של הגדה המערבית מוגדרים על פי המשפט הבין-לאומי "אנשים מוגנים", החוק הפלילי החל עליהם מותיר אותם מול הזרוע המשפטית של כוחות הביטחון בלא רבות מההגנות המקובלות שהמשפט הפלילי מספק.

המשפט הבין-לאומי

כיבוש צבאי הוא אחת התופעות הנלוות למלחמה, ועל כן הוא נשלט על ידי דיני המלחמה ובפרט על ידי המשפט ההומניטרי הבין-לאומי, העוסק בהגנה על אזרחים בעת מלחמה, ושדיני הכיבוש הם חלק ממנו. התפיסה הבסיסית של המשפט הבין-לאומי היא שריבונות לגיטימית אינה נקנית בכוח. לכן, הכובש שטח בכוח אינו הריבון הלגיטימי שלו ואסור לו לספח אותו למדינתו. כיבוש הוא מצב זמני שבו הכובש מחזיק בשטח הכבוש מתוך סוג של נאמנות משפטית לתושביו או לריבון שהובס, וסמכויותיו מוגבלות, בין היתר בתחום החקיקה בשטח הכבוש ובתחום השיפוט של תושביו.³⁷ מטרת ההגבלות על סמכויות הכובש היא להגן על זכויות האוכלוסייה בשטח הכבוש ולאפשר ביסוס מחדש של ממשל ריבוני לגיטימי (Ben-El-Mechaieq 2009, 49; Benvenisti 2012, 93). סיפוח הוא החלת ריבונות המדינה על השטח המלווה בהצהרה מפורשת על כך,³⁸ ועל פי המשפט הבין-לאומי הוא אסור (ICJ 2004, para. 87; Hofmann 2011). החלפת החוק הקיים בשטח הכבוש והחלה כללית של חוקי המדינה הכובשת הן ממאפייניו המרכזיים של סיפוח ועלולות להיחשב לסיפוח דה-פקטו (Dinstein 2009, 49; Benvenisti 2012, 93).

ענף משפטי נוסף הנוגע למצב הכיבוש הוא משפט זכויות האדם הבין-לאומי. ענף זה כולל את הכללים שהתפתחו במשפט הבין-לאומי מאז ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948, ואת אמנות זכויות האדם אשר מדינות רבות הצטרפו אליהן, לרבות ישראל.³⁹ כיום הדעה המקובלת היא כי משפט זה חל בזמן כיבוש לצד דיני המלחמה. לפי תפיסה זו הכללים החלים על המדינה בתחום זכויות האדם אינם מושעים בעת מלחמה או כיבוש צבאי,

35 ע' איו"ש 79/99, שמאסנה נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 29.9.2005). בית המשפט העליון קבע כי אין חובה להשוות את רמת הענישה לזו שבישראל, ראו בג"ץ 7932/08, אלהרוב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 29.12.2009).

36 לפי סעיף 67 לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949 (כתבי אמנה 30, 559): "העונש יהיה פרופורציונלי לעברה. (בתי המשפט הצבאיים) יביאו בחשבון את העובדה שהנאשם אינו אזרח של המדינה הכובשת".

37 תקנות האג משנת 1907, סעיף 43; אמנת ז'נבה הרביעית, סעיפים 47-78; Benvenisti 2012.

38 כפי שעשתה ישראל בנוגע למזרח ירושלים ולרמת הגולן.

39 דוגמת האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, האמנה לזכויות הילד ועוד.

וחובות המדינה להבטיח את זכויות האדם חלות גם באזורים שנמצאים מחוץ לשטחה הריבוני ושבהם היא מפעילה שליטה אפקטיבית.⁴⁰ בית המשפט הבינ-לאומי בהאג קבע כי במקרה של סתירה בין המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי לבין משפט זכויות האדם, המשפט ההומניטרי יגבר בתור הדין הספציפי (*lex specialis*) המיועד למצבי כיבוש (ICJ 2004). אף על פי כן, אופן השילוב הרצוי בין שני תחומי משפט אלו במצבים קונקרטיים מורכב ביותר,⁴¹ כפי שמדגים גם מאמר זה.

למרות הניסיון ליישם את דיני זכויות האדם גם במצבי כיבוש, זכות מרכזית אחת אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם משטר כיבוש והיא הזכות להגדרה עצמית של עמים, קרי זכותם לקבוע באופן עצמאי את גורלם ואת מעמדם הפוליטי.⁴² זכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית הוכרה על ידי הקהילה הבינ-לאומית, אך אינה מגיעה לידי מימוש (Roberts 1990; Ben-Naftali et al. 2005). אם כן, שמירה על זכויות אדם במסגרת כיבוש היא בהכרח מוגבלת, אך לא חסרת תועלת, כמו במקרה של זכויות המשפט ההוגן הנדונות כאן.

החוק והשיפוט בשטח כבוש

לפי המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי החוק הקיים בשטח הכבוש צריך להישאר בתוקפו, והכובש רשאי לחוקק אך ורק הוראות שהכרחיות למילוי חובותיו על פי הדין הבינ-לאומי, לשמירה על הסדר הציבורי והחיים האזרחיים כתקנם ולהבטחת ביטחון כוחותיו.⁴³ חקיקה פלילית של הכוח הכובש לא תיכנס לתוקף אלא אם כן פורסמה בשפת התושבים.⁴⁴ מגבלות אלו נועדו להבטיח שהכובש לא ישנה את החוקים, ובפרט את החוק הפלילי, מכל סיבה שאינה הכרחית, ובעיקר שלא ישנה אותם כדי להתאימם לתפיסות המשפטיות שלו. המטרה היא שהאוכלוסייה הכבושה תוסיף ותישפט על פי חוקיה שלה ובידי שופטיה שלה, שלא ייכפו עליה נורמות משפטיות זרות ושלא תיאלץ לעמוד מול חוסר הבנה או דעות קדומות של זרים המביאים עמם מנטליות, מסורת ודוקטרינות שונות מאלה שלה (Pictet 1958, 336). גם מימוש זכויות האדם נחשב כיום עילה לשינוי החקיקה המקומית, אך על הכובש להימנע מלהכפיף את האוכלוסייה

ICJ 1996; 2004; *Al Skeini v. The United Kingdom*, App no. 55721/07, 53 Eur. H.R. Rep. 40

589 (European Court of Human Rights, 2011). בית המשפט העליון בישראל קיבל מבחינה עקרונית את תחולת אמנות זכויות האדם בשטחים, ראו בג"ץ 3239/02, מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש, פ"ד נו(2) 349 (2003); בג"ץ 7957/04, מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד ס(2) 477 (2005); בג"ץ 769/02, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006), פס' 18.

Droege 2007; Gross 2007; Modirzadeh 2010 41

האמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ראו לעיל הערה 34), סעיף 1; ICJ 2004, para. 88 42

סעיף 43 לתקנות האג משנת 1907; סעיף 64 לאמנת ז'נבה הרביעית. 43

סעיף 65 לאמנת ז'נבה הרביעית. 44

לפרדיגמות המשפטיות שלו באמתלה של קידום זכויות האדם (Sassoli 2005; Droegge 2007). אם כן, בסיס החקיקה בשטח הכבוש הוא החוק המקומי, שעליו הכובש מצווה לשמור ככל הניתן, ואילו החקיקה במדינת הכובש לכאורה אינה רלוונטית לשטח הכבוש כלל.

הכוח הכובש מוסמך להקים בתי משפט צבאיים אשר ישפטו את האוכלוסייה המקומית על הפרת חוקי הכובש.⁴⁵ השיפוט בשטח כבוש כפוף לעקרונות כלליים של שלטון החוק והליך שיפוטי רגיל, ומובטחות בו זכויות הקשורות לניהול משפט הוגן.⁴⁶ לנאשמים מובטחת הזכות לייצוג בידי עורך דין מוסמך על פי בחירתם, והם זכאים לאמצעים ההכרחיים לניהול ההגנה.⁴⁷ הזכות למשפט הוגן מעוגנת גם במשפט זכויות האדם.⁴⁸ העיקרון החשוב ביותר במסגרת הזכות הכללית למשפט הוגן הוא עקרון שוויון הכוחות (equality of arms) בין התביעה לבין ההגנה, שכן זהו חלק מהמובן הבסיסי ביותר של הגינות (Nowak 1993, 246). זהו עיקרון השוואתי (Trechsel 2005, 85): "לכל צד צריכה להינתן אפשרות סבירה להציג את עניינו בתנאים שלא יעמידו אותו בעמדת נחיתות מול הצד שכנגד".⁴⁹

אף על פי שחוקי המדינה הכובשת אינם אמורים להיות רלוונטיים, היחס בינם לבין חוקי הכובש בשטח הכבוש הוא עניין לדיון ולמחלוקת. יורם דינשטיין הציע כי קיומו של חוק דומה במדינת הכובש יכול לשמש "מבחן לקמוס להבחנה בין דאגה אמתית לבין דאגה מדומה לרווחת האוכלוסייה המקומית" (Dinstein 2009, 121; ראו גם Dinstein 1978). לעומתו, איל בנבנישתי מחזיק בדעה כי מבחן זה אינו יכול לשמש מבחן שלם לחוקיות, שכן "התנאים החברתיים והכלכליים בשני האזורים יכולים להיות שונים וכמוהם גם הצרכים הקהילתיים" (Benvenisti 2012, 92–93). לדבריו, "סביר ביותר שהעתקה מלאה של חקיקה אל השטח הכבוש ומיזוג הנופים המשפטיים בשני האזורים יכולים להוות למעשה סיפוח דה-פקטו של השטח הכבוש" (שם).⁵⁰

דינשטיין מציע מבחן מועיל למידת הכנות של מניעי הכובש, אך מבחן זה אינו יכול לשמש מבחן בלעדי לחוקיות החקיקה בשטח הכבוש. ההשוואה לחקיקה במדינת הכובש היא ערובה כנגד סטנדרט כפול. אבל סטנדרט אחיד אינו חלק מדרישות המשפט ההומניטרי הבינ-⁴⁵

45 סעיף 66 לאמנת ז'נבה הרביעית.

46 הזכות למשפט הוגן מעוגנת באמנות המרכזיות של המשפט ההומניטרי ונחשבת לחלק מהמשפט ההומניטרי המנהגי. ראו את הפרוטוקול הראשון לאמנת ז'נבה, 1977; Henckaerts and Doswald-Beck 2005, 352–362.

47 אמנת ז'נבה הרביעית, סעיפים 64–75; הפרוטוקול הראשון לאמנת ז'נבה, 1977, סעיף 75(4).

48 ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם 1948, סעיף 10; האמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ראו לעיל הערה 34), סעיף 14. ישראל היא צד לאמנה מאז 1991. על פי הסעיף השני לאמנה, המדינה חייבת להבטיח את הזכויות שבאמנה "לכל אדם תחת שיפוט", כלומר גם לתושבי השטחים הכבושים. ראו גם UN Commission on Human Rights 2006, Principle 15; UN Human Rights Committee 2007.

49 *Bulut v. Austria*, App no 17358/90 ECHR 1996-II, no. 5 (European Court of Human Rights, 1996)

50 לביקורת דימה ראו Sassoli 2005, 677; Meron 1978, 549.

לאומי, השואף לשמר את ההבחנה בין השטח הכבוש לבין המדינה הכובשת ולא למזג ביניהם, מיוזג היכול להשתוות לסיפוח. הכוח הכובש צריך להתאים את האמצעים שהוא נוקט לתנאים המקומיים ולטובתה של האוכלוסייה, ואלו בדרך כלל אינם זהים לתנאים במדינה הכובשת.

כיבוש זכויות אדם

כאמור, היחס בין דיני הכיבוש לבין דיני זכויות האדם הוא עניין לדיון ער במשפט הבינ-לאומי. שני תחומים אלו פועלים מכוח שני הגיונות שונים. האחד מכוון למניעת סיפוח, לשמירת ההפרדה הטריטוריאלית והשלטונית בין השטח הכבוש למדינה הכובשת ולשמירה על זכויות התושבים, ואילו השני מכוון לשמירת זכויותיהם הבסיסיות של פרוטים וקבוצות מפני כוח שלטוני העלול לפגוע בהן (Modirzadeh 2010).

מאחר שדיני הכיבוש לא נועדו לחול יותר משנים ספורות, כיבוש ממושך כמו הכיבוש הישראלי מעלה סוגיות ייחודיות (Roberts 1990; Ben-Naftali et al. 2005). ככל שהכיבוש מתמשך וככל שהסיטואציה מתרחקת ממצב של מלחמה ומתקרבת למצב של אכיפת חוק אזרחית, כך גדל המשקל שיש לתת לזכויות האדם של התושבים (Droege 2007). אך למעשה לא ברור כלל אם החלת משפט זכויות האדם אכן משפרת את השמירה על זכויות התושבים בשטח כבוש (Gross 2007; Modirzadeh 2010). בעוד שבמשפט ההומניטרי זכויות האזרחים המוגנים ניתנות להגבלה רק בשל צורכי ביטחון הכרחיים או לצורך שמירה על הסדר הציבורי, הרי במשפט זכויות האדם ניתן להגביל זכויות גם לטובת זכויותיהם של אנשים אחרים (למשל, בהקשר הישראלי, המתנחלים), למען הסדר הציבורי וכדומה. יתר על כן, אופן הבטחת הזכויות במשפט ההומניטרי מותאם למצבי עימות וכיבוש. למשל, החובה לתרגם את חקיקת הכובש לשפה המקומית אינה נכללת במשפט זכויות האדם. כדי שתהיה אפקטיבית, השמירה על זכויות האדם צריכה להיות מותאמת למצב ייחודי זה.

בשנים האחרונות, בעקבות מקרים של התערבות הומניטרית בין-לאומית וכיבוש עיראק ואפגניסטן, עלה לדיון גם מושג הכיבוש הטרנספורמטיבי: כיבוש שנועד לגרום לשינוי פוליטי ומשטרי במדינה הנכבשת או לסייע ליצירתו, ובעיקר להביא לידי כינון מוסדות דמוקרטיים (Sassoli 2005; Roberts 2006). בעוד דיני הכיבוש הקלאסיים מדגישים את שימור המצב המשפטי והמשטרי עד לכינון מחודש של ריבונות לגיטימית, הכיבוש הטרנספורמטיבי נועד להביא לידי רפורמה של מוסדות השלטון המקומיים לטובת האוכלוסייה בחסות הכובש הזר. מובן כי על מושג זה נמתחה ביקורת בטענה שהוא סוג חדש של קולוניאליזם. עם זאת, בכיבוש הטרנספורמטיבי מודגשים זמניותו והצורך בסיומו על מנת לכונן משטר חדש ועצמאי, מאפיינים הנעדרים כליל מהכיבוש הישראלי.

לנוכח מגוון הדיונים בכיבוש הישראלי דרך הפריזמה של דיני הכיבוש, טענו כמה חוקרים כי פריזמה זו כלל אינה מתאימה עוד, כיוון שהתמשכותו יוצאת הדופן של הכיבוש והיעדר כוונת אמיתיות לסיימו אינם מאפשרים לראות בו מצב זמני ופרויקט חיצוני למשטר במדינת

ישראל.⁵¹ ארנה בן-נפתלי, אייל גרוס וקרן מיכאלי טוענים כי מאחר שמשטר הכיבוש מפר את העקרונות הבסיסיים של דיני הכיבוש: היעדר ריבונות, נאמנות לאוכלוסייה וזמניות, הוא הפך לכיבוש בלתי חוקי (Ben-Naftali et al. 2005). אי-החוקיות נובעת גם מכך שאי-הסופיות של הכיבוש והנורמליזציה שלו מפרים את היחס בין הכלל לחריג, והופכים את הכיבוש מחריג לכלל. לטענתם, המשטר בשטחים מהווה סיפוח דה-פקטו — שבו ישראל הננית מיתרונות הסיפוח (ניצול המשאבים והאוכלוסייה) אך נמנעת ממתן זכויות מלאות לאוכלוסייה שהיו מתחייבות מסיפוח מלא — ומשלב מאפיינים של קולוניאליזם⁵² ואפרטהייד.⁵³ אריאלה אזולאי ועדי אופיר טוענים כי הכיבוש נכלל בתוך המשטר ואינו חיצוני לו. הם מנסחים את היחס בין המשטר לכיבוש, בעקבות ג'ורג'יו אגמבן, כיחס פרדוקסלי של "הפרדה מוכלת", שבו הכיבוש מוכל בתוך המשטר בתור דבר חיצוני לו (אזולאי ואופיר 2008, 390).

הדיון בהחלת החוק הישראלי בשטחים מצביע על המתח בין שימור המצב הקיים לבין קידום זכויות האוכלוסייה, אך אין בכך כדי לאפיין את מגמת המיזוג כפרויקט טרנספורמטיבי. ראשית, שמירת המצב החוקי ששרר בעת הכיבוש אינה עומדת על הפרק כיום כלל, כיוון שהחוק המקומי שונה לבלי הכר מזמן, והשינויים שנעשו במסגרת מגמת האימוץ של החוק הישראלי הוכנסו כולם בחוק צבאי מקורי שחוקק צה"ל. שנית, אין במגמה זו כל עיסוק במוסדות השלטון הפלסטיניים או בחוק שעתידי לחול בשטחים לאחר סיום הכיבוש ובמסגרת ריבונות פלסטינית עתידית.⁵⁴ המיזוג הוא מהלך חד-צדדי של ישראל, המתנהל בלא כל קשר למועצה המחוקקת הפלסטינית או למערכת בתי המשפט הפלסטיניים ובלא כל שיתוף של האוכלוסייה הפלסטינית או קידום מנגנונים דמוקרטיים. הוא מרוכז כולו באופן שבו המוסדות הישראליים מנהלים את מערכת המשפט של שלטון הכיבוש. המיזוג יכול לתרום לטרנספורמציה רק לקראת החלתה של ריבונות ישראלית עתידית על השטחים, כלומר סיפוח שלהם. בהמשך אבחן אפוא את מגמת המיזוג באמצעות שני היבטים שלה: כמהלך למימוש זכויות אדם במסגרת כיבוש ממושך וכאחד ממאפייניו של סיפוח דה-פקטו.

החלת החוק הישראלי

בשנים האחרונות ניכרת מגמה ברורה של אימוץ והחלה של עקרונות כלליים וחלקים מסוימים מן המשפט הישראלי אל המשפט הצבאי. המאמר "על המשפט הפלילי באזורי יהודה,

51 בנבנשתי 1988; אזולאי ואופיר 2008; Ben-Naftali et al. 2005.

52 על משפט בין-לאומי ומערכות משפטיות בהקשר קולוניאלי ראו למשל Önuma 1993; Anghie 2005.

53 לבחינת האנלוגיה בין השליטה הישראלית בשטחים למשטר האפרטהייד ראו Dayan 2009.

54 החקיקה הצבאית צפויה להתבטל כולה עם סיום הכיבוש, כפי שהיה עם ה"התנתקות" כאשר בוטלה החקיקה הצבאית בחבל עזה. אם יסתיים הכיבוש בדרך שונה, על ידי סיפוח של השטחים או על ידי הקמת מדינה אחת, יהיו האפשרויות מגוונות יותר.

השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות" מאת נתנאל בנישו (2005), כיום נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, מאפיין תהליך שהוא מכנה "אזורח", שהחל לדבריו בשנות התשעים המוקדמות. במסגרת תהליך זה החקיקה והפסיקה הצבאיות הולכות ומאבדות את דמיון המקורי לחוק השיפוט הצבאי ועוברות תהליך של אימוץ נורמות מהחוק האזרחי בישראל. בנישו טוען כי מגמה זו משפרת את השמירה על זכויות הנאשמים. כפי שאראה מיד, התהליך המתחולל בחקיקה ובפסיקה הצבאיות שונה מעט ומורכב יותר. למעשה מתחוללים שני תהליכים מובחנים: האחד הוא תהליך אזורח בחקיקה הצבאית, המגלם התקרבות לסטנדרטים אוניברסליים מקובלים של עצמאות המערכת המשפטית ושמירה על זכויות המשפט ההוגן, והשני הוא תהליך מיזוג, המבטא שאיפה להידמות למשפט הישראלי, ומובל על ידי שופטי בתי המשפט הצבאיים בפסיקתם.

משנת 1988, וביתר שאת משנת 2001, בשני גלים המקבילים לשני גלי האינתיפאדה, הוכנסו שינויים בצו בדבר הוראות ביטחון שחוללו תהליך של אזורח בחקיקה הצבאית: נקבעה עצמאותם של השופטים;⁵⁵ נקבעה אפשרות למשפט חוזר;⁵⁶ נוסד בית משפט צבאי לערעורים;⁵⁷ בוטלה סמכות המפקד הצבאי לאשר ולבטל גזרי דין של בתי המשפט הצבאיים;⁵⁸ בוטל מינויים של שופטים שאינם משפטנים;⁵⁹ נקבע הליך מינוי של שופטים בידי ועדת מינויים מקצועית;⁶⁰ ויחידת בתי המשפט הצבאיים הופרדה מהתביעה הצבאית.⁶¹

מדובר בשינויים חשובים שמהותם אימוץ סטנדרטים אוניברסליים של עצמאות, מקצועיות וביקורת על החלטות שיפוטיות. אף שהאזורח שואב השראה מהחוק הישראלי, הוא פועל להגנה על זכויות המשפט ההוגן בלי ליצור זיקה מתמשכת אליו, שכן הוא מעגן את השינויים בחוק הצבאי באופן שאינו תלוי בחוק הישראלי. כך השינויים אינם קשורים לחוק הישראלי דווקא ואין כל צורך להכירו על מנת ליישם אותם.

לצד תהליך האזורח, בפסיקת בתי המשפט הצבאיים מתחולל תהליך של מיזוג הכולל החלה נרחבת של עקרונות והוראות מהמשפט הישראלי. בפסק דין אבו סנינה משנת 2004, קבע נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים דאז, אל"מ שאול גורדון, מדיניות כללית של הסתמכות על המשפט הישראלי:

55 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 53) (מס' 1217), קמצ"ם מס' 76, עמ' 132 (1988), כיום סעיף

8 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], ראו לעיל הערה 13.

56 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 54) (מס' 1219), קמצ"ם מס' 76, עמ' 146 (1988), כיום סעיף

157 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], ראו לעיל הערה 13.

57 בית המשפט לערעורים נוסד בשנת 1989 בעקבות המלצה בבג"ץ 87/85, ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(1) 353, 1988. עד אז לא היו פסקי הדין בבתי המשפט הצבאיים ניתנים לערעור כלל.

58 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 62) (מס' 1309), קמצ"ם מס' 100, עמ' 3 (1990).

59 בשנת 2001.

60 בנישו 2005, 305–306, צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 89) (מס' 1550), קמצ"ם מס' 208,

עמ' 3734 (2004), כיום סעיף 11 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], ראו לעיל הערה 13.

61 שינוי זה בשנת 2004 לא היה כרוך בתיקון החוק. ראו יש דין 2007, 28; Cavanaugh 2007.

מכירים אנו במעמדה המיוחד של מערכת המשפט הישראלית, אשר קנתה לה מוניטין והנחשבת מתקדמת וראויה על פי כל קנה-מידה. גם מערכת משפט צבאית יכולה וצריכה לשאוף לסטנדרטים אלה, ועל כן, ככל שאימוצם של סטנדרטים אלה אינו עומד בסתירה לחוק, או אינו נמצא בלתי-מתאים באופן אחר למציאות המיוחדת הנובעת ממעמדו של האזור ומצרכיו הביטחוניים המיוחדים, הרי שיהיה מקום לאמצם וללכת לאורם.⁶²

ואכן שופטים צבאיים אימצו במקרים רבים הוראות חוק מפורשות או עקרונות כלליים של המשפט הפלילי הישראלי שלא אומצו בחקיקה הצבאית, בין היתר בסוגיות כגון תקופות ההתיישנות של עברות;⁶³ עילות מעצר;⁶⁴ ביטול האחריות של שותפים לקשר על עברות שבוצעו בידי שותפים אחרים לקשר;⁶⁵ גילוי חומר חקירה לנאשם;⁶⁶ פרוצדורה להוצאת תעודת חיסיון לגבי ראיות חסויות והליך להסרת החיסיון;⁶⁷ פיצוי לנאשם שזוכה;⁶⁸ מגבלות על חקירת קטינים;⁶⁹ וביקורת שיפוטית על החרמת רכוש ששימש לעברה.⁷⁰ תרומתם של פסקי הדין המקדמים את תהליך המיזוג לזכויות הנאשמים אינה ברורה מאליה. המיזוג יוצר זיקה כללית, מובנית ומתמשכת לחוק הישראלי עד כדי החלה ישירה שלו. אמנם יש בתוכם של השינויים תרומה להידוק המגבלות החוקיות על שלילת חירות, לצמצום אחריות פלילית קולקטיבית וליצירת פרוצדורות המקדמות משפט הוגן והגנה משפטית אפקטיבית. עם זאת, עמידתם של השינויים במגבלות המוטלות על הכובש על פי דיני הכיבוש וכן עצם יישומם הלכה למעשה מוטלים בספק גדול. פסיקת המיזוג יוצרת למעשה חוק חדש, אך היא אינה מתורגמת ואינה מפורסמת בערבית, אינה מבוססת על בחינה של החוק הקיים בשטח הכבוש ושל צורכי התושבים, ומאפשרת החלה נרחבת ביותר של חוקי הכובש. יישומן של פסיקות אלו תלוי בשימוש בחוק הישראלי שאינו מוכר לאוכלוסייה בשטחים ואינו חלק מהחינוך המשפטי ומההכשרה המקצועית של עורכי הדין הפלסטינים. עובדה זו מכשילה את המימוש של זכויות הנאשמים הלכה למעשה, ואת האפקטיביות של ההגנה שעורכי דין

62 ע' (איו"ש) 353/03, אבו סנינה נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 4.4.2004).

63 ע' (איו"ש) 1245/08, התביעה הצבאית נ' דאר חאג' (פורסם בנבו, 21.4.2009).

64 ע"מ 157/00, התובע הצבאי נ' אבו סלים, פסקי דין נבחרים של בתי המשפט הצבאיים 11, עמ' 217; בנישו 2005, 317.

65 אבו סנינה נ' התובע הצבאי (ראו לעיל הערה 62).

66 ע' (איו"ש) 33/03, התובע הצבאי נ' אלכרי (פורסם בנבו, 23.2.2004).

67 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 90) (מס' 1561), קמצ"ם מס' 209, עמ' 3860 (2005), כיום בסעיף 87 לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב), ראו לעיל הערה 13. הצו תוקן בעקבות ב"ש (איו"ש) 71/03, פלוני נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 2.7.2003).

68 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 98) (מס' 1608), קמצ"ם מס' 222, עמ' 4990 (2007), כיום סעיף 183 לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב), ראו לעיל הערה 13. תוקן בעקבות פסק דין ע' (איו"ש) 2276/06, התובע הצבאי נ' דבאבסה (פורסם בנבו, 13.12.2006).

69 ע"מ 2912/09, התובע הצבאי נ' אבו רחמה (פורסם בנבו, 31.8.2009).

70 עד"י 2768/09, כרשאן נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 22.10.2009).

פלסטינים יכולים לספק ללקוחותיהם, אך יוצרת בה בעת מראית עין של שמירה על זכויות. לכן מהלך זה יוצר הפרות נוספות של זכויות המשפט ההוגן, כפי שיודגם בהמשך. לצד שני תהליכים אלו מסתמן כיום גל נוסף ומאוחר יותר של שינויים בחקיקה הצבאית המתאימים למאפייני מגמת האזרח. שינויים אלו אומצו בתגובה לביקורת שמתחו ארגוני זכויות אדם וגורמים נוספים בחברה האזרחית בשנים האחרונות, ובעקבות עתירות לבג"ץ שהוגשו על ידיהם. עם אלו ניתן למנות שינויים בתחום שיפוט הקטינים כגון ייסוד בית משפט צבאי לנוער, קביעת הוראות ייחודיות לשיפוט נוער,⁷¹ העלאת גיל הבגירות מ-16 שנים ל-18 שנים⁷² וכן קיצורים בתקופות המעצר המרביות.⁷³ מכלול השינויים הקשורים למגמת האזרח אינם מעוררים בעיה מיוחדת. מאחר ששינויים אלה מעוגנים בחקיקה, אין לשופטים צורך להצדיק אותם או ללוותם במאמץ פרשני. דווקא מהלך המיזוג הוא שחורג מהמדיניות שמתווה החקיקה הצבאית ודורש הצדקה, פרשנות יצירתית ואקטיביזם שיפוטי, ואותו אתאר בחלקים הבאים.

מגמת המיזוג: חלקם של השופטים

מגמת האזרח החלה לאחר האינתיפאדה הראשונה בעקבות הביקורת הרבה שנמתחה באותה תקופה על בתי המשפט הצבאיים, שפעלו בלא ערכאת ערעור וערכו משפטי בזק למי שכוננו "מפרי סדר" ולמשליכי אבנים (בצלם 1989; סטרשנוב 1994). מגמת המיזוג באה לידי ביטוי מובהק בעקבות פרוץ האינתיפאדה השנייה בסוף שנת 2000. במאי 2001, בזמן כהונתו של שאול גורדון בתפקיד נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, הפיץ בית המשפט מסמך שכותרתו "בתי המשפט הצבאיים באיו"ש ובאזח"ע — לאן?"⁷⁴ זהו מסמך מעשי ואופרטיבי אך הוא משקף את רוח התקופה. המסמך קובע כי "מערכת בתי המשפט הצבאיים ניצבת כיום על פרשת דרכים", מתאר כיצד "בעקבות הצהרת העקרונות משנת 1993, ועם יישום הסכם עזה ויריחו בשנת 1994, החלה פעילות בתי המשפט הצבאיים לקטון, עד שבשנת 1996 הגיע מספר

71 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 109) (הוראת שעה) (מס' 1644), קמצ"ם מס' 232, עמ' 5719 (2009).

72 צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 10) (מס' 1676), קמצ"ם מס' 238, עמ' 6454 (2011).

73 בג"ץ 3368/10, משרד האסירים הפלסטיני ואח' נ' שר הביטחון ואח'; בג"ץ 4057/10, האגודה לזכויות האזרח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל (פסק דין חלקי, פורסם בנבו, 6.4.2014). בעת השלמת המאמר העתירות עודן תלויות ועומדות. גילוי נאות: הכותבת מייצגת את העותרים בעתירה הראשונה. במהלך הדיונים הודיעה המדינה על קיצורים בתקופות המעצר, ראו צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 16) (מס' 1685), קמצ"ם מס' 239, עמ' 6647 (2012).

74 המסמך נמצא בידי המחברת. ראו גם את דבריו של מנחם פינקלשטיין: "כשנכנסתי לתפקידי לפני שנתיים, הייתה הערכה שעם גיבושו של הסדר מדיני קרוב יפסיקו בתי המשפט לפעול. ואולם בשנה וחצי האחרונות בעקבות פרוץ אירועי הלחימה עדים אנו לתופעה הפוכה — מספר המעצרים ומספר התיקים הנדונים בבתי המשפט בשטחים המוחזקים עלה מאוד" (פינקלשטיין 2002, 20).

כתבי האישום שהוגשו לבתי המשפט באיו"ש ובאזח"ע לכשליש (!) [כך במקור] ממספרם בשנת 1993, ומזכיר את "ההערכה אשר לימים התבררה כמוטעית ולפיה מערכת בתי המשפט הצבאיים תחלוף מן העולם". ואולם:

על מנת שמערכת בתי המשפט תוכל להמשיך ולמלא את ייעודה, יש צורך לבצע בראש ובראשונה שינוי מחשבתי ("החלפת דיסקט" בלשון העם), ולהכיר בכך כי התפיסה אשר יתכן והיתה נכונה בשנים עברו שוב אינה מתאימה למציאות הנוכחית. מערכת בתי המשפט אינה עומדת בפני סגירה, ואם מבקשים כי זו תוכל למלא את ייעודה יהיה צורך לקבל החלטות לאלתר.

באותה שנה פנה אל"מ גורדון במכתב לכלל קציני המילואים של הפרקליטות הצבאית וקרא להם "להתייצב בחזית, ולהצטרף, ולו לתקופה מוגבלת, למערך השיפוט בשטחי איו"ש ואזח"ע". הוא הדגיש את המקצועיות המשפטית הנדרשת מן השופטים ואת תפקידם המרכזי בהבטחת משפט צדק: "מערכת בתי המשפט הצבאיים, בימים כתיקונם ובתקופה זו בפרט, שבה ומבחינה מדי יום כי יש אכן 'דין', אך לא פחות מכך יש 'דיין' המחויב לעקרונות המשפט ולכללי הצדק".⁷⁵

מסמכים אלו מבטאים שינוי פרדיגמטי בתפיסתם של שופטי בתי המשפט הצבאיים: מחד גיסא, הם מבטאים את ההבנה כי סיומו של הכיבוש, שנראה קרוב עם חתימת הסכמי אוסלו, כבר אינו נראה באופק, ומאידך גיסא, הם מבטאים מוטיבציה גדולה למלא את תפקיד השפיטה במקצועיות ולעשות צדק מהותי. כ-13 השנים שחלפו בין שתי האינתיפאדות התחוללה בישראל "המהפכה החוקתית",⁷⁶ והאקטיביזם השיפוטי של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק נעשה נערץ בחוגים משפטיים (Shoham 1996). קל לדמיין כיצד המפגש בין המוטיבציה והלהיטות המקצועית שעלו על רקע התעצמות ההכרה בחשיבות זכויות האדם במשפט הישראלי מצד אחד, ובין החוק הצבאי הדרקוני וההבנה כי מצב הדברים אינו עומד להשתנות מצד שני, יצר דיסוננס שהדרך לפתרונו הייתה מגמת המיזוג.

ואכן לשופטים הצבאיים תפקיד מרכזי וייחודי במגמת המיזוג. בפסיקותיהם הם משתמשים בכל נתיב אפשרי על מנת להחיל את החוק הישראלי, מבקרים את החקיקה הצבאית ומאיצים במחוקק הצבאי לתקן אותה על ידי אימוץ סטנדרטים של המשפט הישראלי. תחולת דיני הראיות של ישראל בבתי המשפט הצבאיים, כפי שקובע הצו בדבר הוראות ביטחון, היא נתיב עיקרי אחד להחלת החוק הישראלי. נתיב אחר הוא סדר הדין הפלילי, שעל פיו בית המשפט יכול לפעול בדרך המתאימה בעיניו לעשיית צדק, ואכן, שופטים צבאיים מחילים את סדר הדין הפלילי הישראלי בתורת דין המבטיח עשיית צדק.⁷⁷ אף על פי שבעניינים

75 המכתב נמצא בידי המחברת.

76 מונח זה מתייחס לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ב-1992 וחוק יסוד: חופש העיסוק ב-1994, אשר עיגנו לראשונה זכויות אדם בחקיקת היסוד וקבעו את עליונות חוקי היסוד על חוקים רגילים.

77 למשל בעניין דבאבסה (ראו לעיל הערה 68), ובעניין אלבכרי (ראו לעיל הערה 66).

מהותיים של משפט פלילי לא קיים נתיב החלה דומה של החוק הישראלי, השופטים מצליחים למצוא דרכים עקיפות להחיל אותו. כאשר מדובר בעקרונות כלליים של משפט פלילי או כאשר הוראות החוק זהות, הם מסתמכים על תקדימים של בתי המשפט בישראל, אפילו בלי להתייחס כלל לעובדה שמדובר בפסיקה של מערכת משפטית "זרה" לכאורה. הם מתייחסים לבית המשפט העליון של ישראל בפשטות כאל "בית המשפט העליון" אף על פי שאינו חלק ממערכת המשפט הצבאית.⁷⁸ ואולם, כאשר יש הבדלים ברורים בחוק, ההסתמכות על החוק הישראלי מוצגת כחלק ממאמץ לעשות צדק ולהחיל סטנדרטים מתקדמים ושוויוניים בשתי מערכות המשפט השכנות. כך למשל, נפסק בנושא עילות מעצר: "הגם שאין מחלוקת כי הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, אינן חלות באזור, הרי שככלל מנחים אנו עצמנו לפעול בהתאם לעקרונות שהותוו באותו החוק."⁷⁹

ובאופן דומה החילו שופטי בית המשפט הצבאי תיקון לחוק העונשין בישראל:

אין ספק שהוראות סעיף 499(ב) לחוק העונשין [...] אינן חלות, באופן פורמלי, באזור [...] אם ההלכה בישראל שונתה באמצעות סעיף 488(ב) לחוק העונשין, הרי שהותרתה של אותה הלכה על כנה באזור טעונה נימוק משכנע. [...] ניסינו לקבל הסבר מהתובע הצבאי, נימוקים מדוע אין להחיל את שינוי ההלכה בישראל בעניין סולידריות בין קושרים [...] גם על האזור, ובמלים אחרות מהן הנסיבות השונות באזור המצדיקות, לדעתנו, המשך ההלכה הקודמת, שכבר אינה חלה בישראל. לא הצלחנו לקבל תשובה ישירה לשאלה זו. לפיכך, אנו [...] קובעים כי כיום אין כל הצדקה להותיר על כנה את הלכת האחריות הסולידרית בין קושרים.⁸⁰

גם בנושא חקירתם של קטינים הלך בית המשפט הצבאי לערעורים בעקבות תיקון של חוק הנוער בישראל, אף על פי שאינו חל בשטחים:

אף שהוראות תיקון מס' 14 לחוק הנוער אינן חלות באזור, לא ניתן להתעלם מהרוח הנושבת מהן, ומהעקרונות העומדים ביסודן בדבר ההגנה על זכויותיו של קטין, גם אם הוא חשוד בביצוע עברות, ומתן משקל דומיננטי לעקרון העל של טובת הקטין, כפי שנאמר בהצעת החוק. בסופו של דבר, קטין הוא קטין הוא קטין, בין אם הוא מתגורר במקום שהחוק הישראלי חל עליו במלואו, ובין אם הוא מתגורר במקום אחר שהחוק הישראלי אמנם אינו חל בו במלואו, אך הוא נתון להשפעה ממשית של שיטת המשפט הישראלית.⁸¹

78 למשל ע"מ (איו"ש) 68/01, התובע הצבאי נ' קבאג'ה, (פורסם בנבו, 12.7.2001). בית המשפט העליון מפעיל ביקורת שיפוטית על בית המשפט הצבאי כרשות מינהלית, כמו על כל רשויות הממשלה הצבאי בשטחים, אך אינו מהווה ערכאת ערעור על בתי המשפט הצבאיים ואינו חלק ממערכת המשפט הצבאית. לפירוט נוסף ראו Kretzmer 2002, 19.

79 עניין אבו סלים (ראו לעיל הערה 64).

80 עניין אבו סנינה (ראו לעיל הערה 62).

81 עניין אבו רחמה (ראו לעיל הערה 69).

שופטים צבאיים האיצו במחוקק הצבאי לאמץ סטנדרטים של החוק הישראלי כאשר מצאו שאינם יכולים לעשות כן בעצמם. בחלק מהמקרים החקיקה אכן שונתה בהתאם, אך לא כולם.⁸² כאשר מצא בית המשפט הצבאי שאינו יכול להחיל את החוק הישראלי, הוא הביע את תסכולו ברבים, כפי שמתבטא בהחלטה הבאה: "נלאינו לחזור ולהבהיר כי לצערנו, התיקון הנ"ל טרם נקלט באזור. כבר הבענו ביקורת אודות פיצול זה בין הדינים. ביקורת זו הביאה אף את בית המשפט לנקוט במספר מקרים בגישה פרשנית מרחיקת לכת, אשר בדרך של חקיקה שיפוטית הביאה לאיחוד הדין באזור עם ההוראות החדשות של חוק העונשין הישראלי".⁸³ גם בזירות שמחוץ לבית המשפט השופטים מציגים את הקשר למשפט הישראלי. מאמרו הנזכר של בנישו (2005) הוא הדוגמה הבולטת ביותר לכך. שופטי בית המשפט הצבאי צבי לקח ואמיר דהאן פרסמו אף הם מאמר שבו טענו כי הסטטיסטיקה המייחסת למשפט הישראלי ולמשפט הצבאי שיעור הרשעות אסטרונומי אינה משקפת את המציאות (לקח ודהאן 2010). הם מנמקים את ההתייחסות הדומה לשתי מערכות המשפט בכך ש"המשפטים הפליליים המתנהלים באזור יהודה והשומרון זהים לכל דבר ועניין לאלה המתנהלים במערכת השיפוט האזרחית בישראל". בשלושה כנסים ציבוריים שונים לפחות הציג נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים דאז, אל"מ אהרון משניות, תיאור מקיף של אימוץ החוק הישראלי בבתי המשפט הצבאיים כתהליך של התקדמות ושיפור. בשנת 2012 טען משניות כי הצעד המתבקש הבא הוא החלת החוק הפלילי הישראלי כולו בשטחים (Mishnayot 2012). הצעתו זו זכתה לכותרת בעמוד הראשון של עיתון הארץ (לוינסון 2012). הוא נזהר והוסיף כי מדובר בהחלה פרסונלית בלבד⁸⁴ שלא תשנה את מעמדו המשפטי של השטח, כלומר שלא תהווה סיפוח. המיזוג מוצג אפוא לא רק כתהליך מתקדם ומקדם זכויות אדם, אלא כתהליך הנושא עמו חזון בדבר שינוי מערכתי שבמסגרתו יוחל החוק הפלילי הישראלי בשטחים בשלמותו.

82 בנוגע לפסיקת פיצויים לנאשם שזוכה, עניין דבאבסה (ראו לעיל הערה 68), תוקנה החקיקה: סעיף 183 לצו בדבר הוראות ביטחון. לעומת זאת, הפסיקה בע' (איו"ש) 3443/09, התביעה הצבאית נ' אבו עלאן (פורסם כנבו, 6.10.2010), שקבעה כי לבית משפט צבאי תהיה סמכות לדון בערעור נגד החרמת רכוש, בוטלה לאחרונה בצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (תיקון מס' 36), התשע"ד-2013 (צו מס' 1732) (25.12.13) (טרם פורסם), ראו באתר הפרקליטות הצבאית: www.law.idf.il/SIP_STORAGE/files/6/1476.pdf. הצו קבע: "החלטת מפקד צבאי [...] לתפוס, לחלט או להחרים רכוש [...] אינה ניתנת לערעור בפני בית המשפט הצבאי ואין אחריה ולא כלום".

83 תיק (יהודה) 3539/02, התובע הצבאי נ' בוכארי (לא פורסם), מאוזכר אצל בנישו 2005, 305.
84 החלה פרסונלית חלה על אדם או על סוג אנשים מסוים ולא על מקרה או על טריטוריה. לפי ההצעה החוק הישראלי יוחל על כל הפלסטינים אבל לא על השטח של הגדה המערבית כדי שלא יהווה סיפוח.

מדוע להחיל את החוק הישראלי?

הסיבות וההצדקות לתהליך המיזוג חשובות מאחר שמבחינה משפטית השופטים אינם מחויבים להזדקק לחוק הישראלי והיו יכולים למלא את תפקידם גם בלעדיו.⁸⁵ בפסק הדין בעניין אבו סנינה הציג השופט שאול גורדון את הדיון המקיף ביותר בהצדקות אלו:

בעיני שאלה זו אינה אלא חלק משאלה נכבדה הרבה יותר, עד כמה קשורה וכרוכה שיטת המשפט באזור בזו שבישראל.

[...] אין זה סוד כי חוקי מדינת ישראל לא הוחלו מעולם באזור, ואילו כך נעשה הרי שהדבר היה עולה כדי סיפוח.

מערכת זו (החקיקה הצבאית), כפי שיבואר מיד, הנה מערכת שלמה, הכוללת את כל המרכיבים הבסיסיים הדרושים למערכת משפט תקינה. על כן, ולפחות על פני הדברים, יכולה מערכת זו להתקיים מבלי שתידרש היא, ולו פעם אחת, להציץ אל שכנתה הישראלית – שלא לומר ליטול ולאמץ לה את שאינו שלה.

חרף האמור לעיל, יובהר מיד, כי הצגת מערכת המשפט באזור כמערכת נטולה כל זיקה למשפט הישראלי, רחוקה מלשקף את המציאות. אף אם על פני הדברים, נדמה כי עניין לנו במערכת אוטונומית ונפרדת, הרי שבחינה מעמיקה יותר תגלה כי הן המחוקק הצבאי והן הפסיקה ראו לפנות ולהפנות לחוק בישראל. [...]

עוד יובהר כי הזיקה המהותית (אף אם נעדרת היא, מטעמים מובנים, ביטוי רשמי) למשפט הישראלי, אינה ניתנת לניתוק, וזאת בשל מספר נימוקים.⁸⁶

השופט גורדון ממשיך ומונה ארבע סיבות ליצירת הזיקה בין שתי מערכות המשפט:

1. סיבה פרסונלית: הן המחוקקים והן השופטים בשטחים "גדלו וחונכו על ברכי השיטה הישראלית. על כן רק טבעי הוא כי אלה יפנו למקורות המשפט המוכרים להם".
2. סיבה היסטורית-תוכנית: החקיקה בשטחים מתבססת על חקיקה ישראלית ולכן טבעי לפנות לפסיקה ישראלית לצורך פירושה.
3. סמכות מקבילה ושוויון: "לא אחת נדונות פרשיות שונות במקביל, הן בבתי המשפט הישראליים והן בבתי המשפט הצבאיים. מציאות מיוחדת זו מחייבת שוויון, אשר אף אם לא מוחלט הוא, הרי שיש להקפיד כי לא ייווצרו עיוותים חמורים ואפליה בין אלה הנדונים במערכת האחת לבין חבריהם הנדונים במערכת האחרת".
4. איכותה של מערכת המשפט הישראלית, "הנחשבת מתקדמת וראויה על פי כל קנה-

מידה".⁸⁷

85 למעט בנושא דיני ראיות.

86 עניין אבו סנינה (ראו לעיל הערה 62).

87 שם.

- בנישו (2005) אף הוא מונה את יתרונות המיזוג בין שתי מערכות המשפט, אך הוא מניח את כובד המשקל לשמירה על זכויות אדם ומביא דוגמאות מתחום זכויות המשפט ההוגן:⁸⁸
1. שיפור בשמירה על זכויות אדם, הכולל אימוץ של עילות המעצר המצומצמות מהחוק הישראלי, רגישות לצורך במינוי סנגור והקפדה על נוכחות הנאשם בהליכים.
 2. הקניית סממנים אזרחיים למערכת הצבאית בשל התמשכות הכיבוש ובשל העובדה שהנשפטים הם אזרחים ולא חיילים. סממנים אלה הם הכרה בזכות למשפט פומבי, עקרון שלטון החוק ומניעת ענישה מופרזת.
 3. בניית "שיח משפטי אחיד" ההופך את המשפט הצבאי לנגיש יותר לעורכי דין שאינם מהמערכת הצבאית, מקל עליהם להשתתף בהליכים ומשפר את מאזן הכוחות בין התביעה להגנה. כך המערכת הצבאית גם שקופה ונגישה יותר למחקר אקדמי ולביקורת.
 4. הרחבת מקורות הלימוד, ההשוואה וההשראה של השופטים הצבאיים.

גורדון ובנישו, שני הדוברים המרכזיים בזכות מגמת המיזוג, מערעבים הצדקות קשורות לשוויון ולשיפור השמירה על זכויות הנאשמים עם הצדקות קשורות לזיקה של המחוקק והשופטים הצבאיים אל המשפט הישראלי ואל קהילת המשפט הישראלית. שתי הסיבות הראשונות שגורדון מונה, היותם של השופטים והתובעים משפטנים ישראלים והעובדה שהחוק בשטחים מבוסס על החוק הישראלי, הן סיבות היסטוריות ומעשיות אך כשלעצמן אינן מצדיקות את ההסתמכות על החוק הישראלי. ברומה לכך, שתי ההצדקות האחרונות שבנישו מונה, בניית שיח משפטי אחיד והעשרת מקורות ההשראה, אינן קשורות לטובתם של הנאשמים אלא להרחבת הקהילה המשפטית שאליה השופטים הצבאיים יכולים להתייחס. יתר הסיבות שהם מונים קשורות לשוויון ולהגנה על זכויות הנאשמים, אשר החוק בישראל אכן יכול להגן עליהם יותר מהחוק הצבאי, אך אף אחת מהן אינה מראה את הקשר ההכרחי בין שמירה על זכויות אדם לבין החוק הישראלי. אין כל הסבר להכרח להזדקק דווקא למשפט הישראלי כדי להקפיד על עילות מעצר מצומצמות, על נוכחות הנאשם בדיונים, על מינוי סנגור או על קיום משפט פומבי – זכויות המובטחות בשיטות משפט רבות ובמשפט הבין-לאומי. ההישענות על המשפט הישראלי היא עניין של דמיון היסטורי, ובעיקר עניין של נגישות, היכרות ותחושת שייכות והזדהות של השופטים.

גורדון ובנישו מתעלמים מההקשר של הכיבוש ומהמגבלות הנובעות ממנו, למעט התייחסותו של גורדון לסכנת הסיפוח שבהחלת החוק כולו. מבחינת דיני הכיבוש, ודאי שהעובדה הבסיסית ששופטים ומחוקקים מטעם הצבא הישראלי בשטחים חונכו על פי חוקי מדינתם אינה סיבה להחיל את אותה חוק.⁸⁹ מובן כי אין לצפות שמשפטנים יהיו בבחינת לוח

88 אינני מסכימה עם חלק מטענותיו של בנישו לגבי שיפור בפועל בשמירה על זכויות הנאשמים, אך מענה לטענות ולדוגמאות הקונקרטיות שהוא מביא חורג ממסגרת מאמר זה.

89 כנטען בעניין אבו סנינה (ראו לעיל הערה 62).

חלק, אולם נקודת הכובד של דיני הכיבוש היא הגנה על המסגרת החוקית של האוכלוסייה הכבושה ולא מקורות ההשראה של הכובשים. דווקא מסיבה זו, ועל מנת למנוע סיפוח והאחדה, נקודת הפתיחה של החוק בשטח כבוש היא החוק המקומי. גורדון משתמש באיסור הסיפוח אך ורק כדי להסביר מדוע אין עיגון חוקי פורמלי של המשפט הישראלי בשטחים, ואינו מתייחס כלל למשמעות המהותית של החלת חוק זר. במובנים מסוימים, המיזוג הבלתי פורמלי הוא הדרך לעקוף את האיסור הפורמלי על סיפוח.

חשוב לציין כי במגוון ההצדקות לא נמצאה ולו מילת ביקורת מפורשת אחת על החוק הצבאי. ברור כי השופטים לא היו נזקקים למהלכים פרשניים מרחיקי לכת אלמלא חשבו שהחוק שהם פועלים לפיו אינו תואם סטנדרטים של צדק ומשפט הוגן. הביקורת על החוק מובלעת בטענת השוויון ובעצם המאמץ הפרשני ואינה מבוטאת באופן ישיר ופומבי, ואילו הביטוי המפורש ניתן דווקא לטענה בדבר השיפור בשמירה על זכויות הנאשמים.

האם החלת החוק הישראלי מקדמת זכויות אדם?

אופיו הקשה והמקפח של החוק הצבאי יוצר חוסר נוחות אצל השופטים. הזמינות והקרבה של החוק הישראלי וכן ההערצה שהם רוחשים כלפיו הופכים את החלתו לפתרון קסם מפתה. השופטים הצבאיים מצדיקים פתרון זה בטענה של קידום זכויות הנאשמים, אך מתעלמים מהמגבלות על מימוש זכויות אלו הנובעות ממצב הכיבוש. כך, רטוריקה מתחום זכויות האדם מצדיקה פעולה המנוגדת לדיני הכיבוש, האוסרים על הכובש להחיל את דיניו שלו ומורים לו לשמור על דיני המקום.

כאמור, מקדמי המיזוג אינם מצליחים להראות כי השימוש בחוק הישראלי הכרחי או אפילו נחוץ לצורך קידום זכויות הנאשמים. קידום זכויות זה אינו נובע מהחלת החוק הישראלי אלא מהעובדה שחוק זה מעגן זכויות חשובות שראוי לשמור עליהן. לכן עצם הטענה כי הפנייה אל החוק הישראלי משפרת את השמירה על זכויות האדם היא טענה מטעה. את זכויות האדם אפשר וצריך לעגן באופן בלתי תלוי בחוק הישראלי, כפי שמדגים תהליך האזרח.

לטעמי, מקדמי המיזוג גם אינם מצליחים לשכנע כי הוא משפר בפועל את השמירה על זכויות הנאשמים. השינויים הכלולים בתהליך המיזוג יכולים לשפר את השמירה על זכויות המשפט ההוגן ועל שלטון החוק ומיטיבים לעתים עם הנאשמים במקרים פרטיים, אך אין להפריז במשקלם שכן לצדם מוסיפות להתקיים כל העת הפרות קשות של זכויות. הפרות אלה מגולמות במאפיינים הבסיסיים של החוק הצבאי שמניתי לעיל, והן נענות בהתעלמות רועמת של השופטים הצבאיים. עם הפרות אלה ניתן למנות את ההגדרות הרחבות והמעורפלות של העברות וסדרי הדין, את התקופות הארוכות של מעצר ומניעת מפגש עם עורך דין ואת הענישה החמורה שלעיתים קרובות אף אינה פרופורציונלית.⁹⁰ המיזוג כשלעצמו יוצר חוסר ודאות

90 ראו לעיל בפרק "מאפייני החוק הפלילי הצבאי".

מתמיד באשר לתוכן החוק הצבאי, המתנהל כל העת בצלו של החוק הישראלי ושהגדרותיו עשויות להשתנות לאור פרשנות שתינתן להן על פי החוק הישראלי.⁹¹

המיזוג מביא עמו הפרות נוספות של זכויות המשפט ההוגן, הקשורות זו בזו ומחזקות זו את זו: הפרות הנוגעות לפרסום החוק בשפה המקומית,⁹² לאמצעים הנחוצים לניהול ההגנה⁹³ ולשוויון הכוחות בין ההגנה לבין התביעה. ההפניה החוזרת ונשנית אל החוק הישראלי ואל עקרונות המשפט הישראלי שימושית מאוד עבור משפטנים ועורכי דין ישראלים, אבל היא חסרת כל ערך עבור עורכי דין פלסטינים, המייצגים את רוב הנאשמים. ראשית, החוק הישראלי ופסיקת בתי המשפט בישראל, ואפילו פסקי הדין של בתי המשפט הצבאיים עצמם, אינם מתורגמים לערבית ואינם מפורסמים באופן נגיש לעורכי הדין ולכלל הציבור בשטחים. מאחר שפסיקת המיזוג אינה מוגבלת לפרשנות החוק אלא יוצרת ומחילה חוק חדש, החובה לפרסם את החוק בשפת המקום חלה גם עליה וגם על החוק שהיא מאמצת. שנית, גם אילו היה החוק הישראלי כולו מתורגם לערבית לא היה בכך כדי לפתור את הקושי מאחר שהחינוך המשפטי של עורכי הדין תושבי השטחים אינו כולל כל השכלה במשפט הישראלי, והוא מתבסס על שיטת המשפט הקונטיננטלית. לכן הם חסרים כלים בסיסיים לשימוש באותו חוק, שהוא אמצעי חיוני ביותר לניהול כל הגנה שהיא.

ההפניה הנרחבת אל המשפט הישראלי יוצרת דיאלוג מתמשך עמו. שלא כמו האזרח, המיזוג אינו מצומצם לסעיפי חוק בלבד אלא כולל עקרונות וסטנדרטים של החוק הישראלי, פרוצדורות וכללים מעשיים הנהוגים בישראל וכן את "רוח החוק" הישראלי. החלה נרחבת כל כך הכרוכה בשימוש במושגים כה פתוחים מהווה אימוץ של המכלול המתפתח ומשתנה כל העת של הפסיקה הישראלית בעניינים פליליים. אלא שקורפוס הפסיקה הזה אינו מוכר ואינו יכול להיות מוכר למרבית עורכי הדין הפלסטינים, ואף אין ולא יכול להיות להם כל חלק בגיבושו. בדיאלוג הזה יכולים לקחת חלק אך ורק משפטנים בעלי הכשרה בחוק הישראלי ולכן משפטנים ונאשמים פלסטינים, ככלל, מודרים ממנו.

אם כן, תהליך המיזוג הנחגג בפי כול יוצר פער עצום בין התביעה הצבאית לבין ההגנה הפלסטינית. ידיעת החוק הישראלי הופכת ליתרון בלתי ניתן לגישור של התביעה הצבאית, יתרון המנוגד בעליל לעקרון איזון הכוחות בין ההגנה לתביעה. זאת ועוד, ידיעת החוק הישראלי מקנה גם לסנגורים ישראלים יתרון בולט על פני סנגורים פלסטינים, המספקים את מרבית הייצוג בלא תשלום, במצב שבו יחסי הכוחות נוטים ממילא לטובת הישראלים

91 הדי ויטרבו מראה כיצד ההגדרה של "קטין" הייתה בלתי ודאית והשתנתה משופט לשופט כל עוד היה פער בהגדרה בין החקיקה הצבאית לחקיקה בישראל (Viterbo 2012).

92 כאמור, על פי סעיף 65 של אמנת ז'נבה הרביעית, חקיקה פלילית של הכוח הכובש לא תיכנס לתוקף אלא אם כן פורסמה בשפת התושבים; פרסום החוק והאפשרות לדעת אותו הם גם חלק מעקרון שלטון החוק, אשר עומד בבסיס סעיף 15 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ראו לעיל הערה 34). ראו גם Nowak 1993, 274.

93 ראו לעיל הערה 47.

(Bisharat 1989; Hajjar 2005). התוצאה הבלתי נמנעת היא שעורכי דין פלסטינים אינם יכולים להשתמש בעקרונות המתקדמים של המשפט הישראלי לטובת לקוחותיהם. "רבים מבטאים תסכול מתחושתם שאינם יכולים באמת לסייע ללקוחותיהם", כותב ג'ורג' בישאראת (Bisharat 1989, 140), וליסה הג'ר מצטטת: "עורך דין אחד הביע תחושה נפוצה כאשר תיאר את תפקיד עורך הדין ברוב המקרים במילים 'להתחנן לרחמים בסביבה חסרת כל רחמים'" (Hajjar 2005, 230). מערכת המשפט הצבאית מתפקדת אפוא במצב שבו אין לרוב הנאשמים הגנה משפטית ראויה ואפקטיבית.⁹⁴ בית המשפט הצבאי בחר לאמץ מדיניות אקטיבית הפוגעת באופן שיטתי באפשרות למתן הגנה משפטית לנאשמים ומפרה באופן קולקטיבי את עקרון שוויון הכוחות.

היעדר הנגישות של הנאשמים ועורכי הדין הפלסטינים לארגו הכלים של התביעה הצבאית ושל בתי המשפט הצבאיים אינו רק היבט שולי של מדיניות שבעיקרה היא חיובית. שאלת הנגישות לחוק נוגעת לעצם מהותו (Fuller 1970). ההבדל בין מעשה חסד לבין יצירת חוק הוא בכך שהחוק פומבי, נגיש ויכול להיות ידוע לכול, והכול יכולים לתבוע זכויות על פיו. כאשר החוק הוא נחלתם של מעטים, שבהקשר זה הם שליחי הכוח הכובש, לא ניתן לדבר על שלטון חוק, גם בגזרה המוגבלת של בתי המשפט הצבאיים. השיפורים בחוק נותרים תיאורטיים מאחר שאינם ניתנים ליישום בידי סוכני המימוש שלהם והאובייקטים הממשיים שלהם — עורכי הדין והנאשמים הפלסטינים. יישומם תלוי בחסדיהם של שופטים ותובעים ישראלים, נאורים יותר או פחות, אך לנאשמים ולסנגורים חסרים הכלים לתבוע את יישום אותם עקרונות בעצמם, בזכות ולא בחסד.⁹⁵ קידום של זכויות אדם מתוך התעלמות מההקשר של הכיבוש ומההבדלים הלשוניים, המשפטיים והתרבותיים בין התביעה ובית המשפט לבין הנאשמים וסנגוריהם אינו משיג אפוא את התוצאה הרצויה. התעלמות מהקשר זה יוצרת פגיעות בזכויות אדם, תוך שימוש מטעה ברטוריקת זכויות האדם (Gross 2007; Modirzadeh 2010). כך, מה שנראה כמהלך חוקי, מתבקש, טבעי ומתקדם מן הצד האחד, נראה כחוסר חוק מוחלט מן הצד השני.

ממסקנה זו לא נובע שעל שופטי בית המשפט הצבאי להימנע מלאמץ בפסיקתם זכויות משפט הוגן ודין מהותי טוב יותר. אך המקור הראשוני לאימוץ כזה צריך להיות הדין המקומי — המשפט הפלסטיני עצמו.⁹⁶ משפט זה מוכר לעורכי הדין ולתושבים הפלסטינים, והוא גובש במסגרת הקהילה הפוליטית שאליה הם משתייכים.⁹⁷ לא יהיה נכון לאמץ הסדרים כאלו אם הם מנוגדים לעקרונות המשפט ההוגן, אך בכפוף למגבלה הזו, זהו המקור החוקי והלגיטימי שיש לפנות אליו. בכל הקשור לזכויות המשפט ההוגן, מקור נוסף הוא משפט זכויות האדם

⁹⁴ מובן כי גם לעורכי הדין הפלסטינים עצמם יש אחריות מקצועית לטיב ההגנה שהם מספקים, ולעתים נשמעות טענות כנגדם על שיתוף פעולה עם המערכת הצבאית אף שכווחם במערכת זו דל. לדיון בדילמות מסוג זה ראו Hajjar 2005; 1995; Bisharat 1989.

⁹⁵ לדיון דומה ראו Modirzadeh 2010.

⁹⁶ ראו לעיל הערה 15.

⁹⁷ על השיקולים לבחירה בין מערכות חוק ראו Ronen 2010.

הבין-לאומי, שאינו תלוי הקשר מקומי, יישומו אינו מהווה מהלך של סיפוח והוא נגיש במידה שווה להגנה, לתביעה ולבית המשפט.⁹⁸

מיזוג וסיפוח

במהלכי המיזוג ובקריאה לאיחוד בין שתי מערכות המשפט הולכים מקדמי המיזוג צעד נוסף מעבר לשמירה על זכויות אדם. הם מצדיקים את המיזוג גם לצורך נגישות מערכת המשפט הצבאית לקהילה האקדמית והמשפטית בישראל, הרחבת מקורות ההשראה של השופטים ויצירת שיח משפטי אחיד.⁹⁹ השופטים הצבאיים המשתתפים בשתי מערכות המשפט והשליטה מעבירים ביניהן רעיונות וחומרי עבודה משפטיים, ומהווים שלוחה הפועלת למיזוג השניים לאחד (אזולאי ואופיר 2008, 392). טשטוש הגבולות בין ישראל לשטחים והכיבוש המתמשך שסופו אינו נראה לעין מאפשרים וכמעט מזמנים את הגיון המחשבה המוביל למיזוג, היגיון המבוסס על דימוי של מרחב אחד רציף שבו חל החוק הישראלי. היגיון זה מטשטש את ההפרדה בין שני המשטרים המשפטיים – זה שבשטח הכבוש וזה שבמדינה הכובשת, ומוחק את העובדה שהחוק הישראלי מוחל על אוכלוסייה של לא-אזרחים בשטח לא ריבוני. המיזוג אינו מדיניות רשמית אלא תוצאה בלתי מתוכננת של הגברת עצמאות השופטים ושל עליית מעמדם של זכויות האדם והאקטיביזם השיפוטי במשפט הישראלי, לצד התמשכות הכיבוש והיעלמות כל חזון של סיומו. תוצאה בלתי מתוכננת זו יוצרת סתירה בין המדיניות הרשמית של אי-סיפוח לבין המדיניות השיפוטית של המיזוג (גורדון 2008). כך, בעוד המדיניות הרשמית מוסיפה לדבוק במבנה המשפטי של כיבוש ובמדיניות של הפרדה, במציאות מתקיימים כמה תהליכים מקבילים של סיפוח דה-פקטו וקולוניזציה,¹⁰⁰ אשר החלת החוק הישראלי היא אחד המרכזיים שבהם.

המיזוג אינו סיפוח במובן הפורמלי לא רק כיוון שהחוק הישראלי ככלל לא הוחל בשטחים, אלא גם כיוון שבמקביל לבתי המשפט הצבאיים פועלת מערכת שלטונית ומשפטית של הרשות הפלסטינית, היוצרת, מפעילה ואוכפת חוק באמצעות מוסדות הרשות ובתי המשפט. החוק הישראלי מוחל על התושבים הפלסטינים בצורה חלקית וסלקטיבית בעניינים פליליים ובמסגרת תחומי הסמכות של בתי המשפט הצבאיים בלבד. אך באמצעות החקיקה הצבאית הנרחבת והמשתנה והפסיקה המתפתחת כל העת, ישראל הרשמית מנהלת את מערכת החוק

98 מובן כי מהלכים כאלו חייבים להיות מלווים בתרגום לערבית של הפסיקה, שכן אי-התרגום משמר את ההדרה של פלסטינים מהשיח המשפטי.

99 הקריאה לאיחוד אינה גורפת אלא כפופה גם היא למגבלות ביטחוניות, העשויות כמובן להיות משמעותיות ביותר, למשל בנוגע לתקופות מעצר.

100 לסקירה נרחבת של תהליכים אלה, בהם ההתנחלות הנרחבת והעברת האוכלוסייה הישראלית לשטחים, בניית גדר הפרדה ומערכת הכבישים העוקפים, תהליכים הנוגעים לקשרים הכלכליים וניצול כוח העבודה ומשאבי הטבע ראו אזולאי ואופיר 2008; Ophir et al. 2005; Ben-Naftali et al. 2009.

הרלוונטיות לה בשטחים בלי לשמר את החוק המקומי ומתוך התעלמות גמורה ממנו, בלי להיות כבולה אליו וגם בלי להיתפס כמספחת. היא פועלת כריבון דה־פקטו אך בה בעת נמנעת מסיפוח, שהיה מחייב מתן זכויות אזרחיות לתושבים הפלסטינים (Ben-Naftali *et al.* 2005). במסגרת תהליך המיזוג משמשת גם הטענה בדבר שוויון בין תושבים פלסטינים לאזרחים ישראלים. זו טענה מרחיקת לכת שכן עצם ההגדרה המשפטית של ישראל והשטחים כשני אזורים נפרדים לכאורה אינה מאפשרת אותה. מבחינה זו המיזוג אכן חותר תחת עקרון ההפרדה ואי־הסיפוח, ומעניק לפלסטינים זכויות על פי המשפט הישראלי, שהמחוקק לא התכוון לתת להם. במובן זה שיח זכויות האדם אכן פורץ את הגבול המפריד בין אזרחים ללא־אזרחים, בין סוגים שונים של נתינים, ומעודד החלת זכויות אזרחיות גם על נתינים שאינם אזרחים. המכשלה היא שאופן ניהול השיח אינו מאפשר את השתתפות הלא־אזרחים (Benhabib 2004, 179) ולכן להענקת הזכויות הזו משמעות מוגבלת. החלת החוק באופן בלתי פורמלי מאפשרת לשופטים הישראלים לשלוט בפרשנות החוק ולא מאפשרת לאוכלוסייה הפלסטינית שימוש מלא בחוק, שעלול לאתגר את מערכת המשפט הצבאית או להוות בסיס לתביעה לזכויות אזרחיות ממש.

החוק הישראלי ממלא עבור השופטים הצבאיים שני תפקידים ייחודיים. הוא מדגים ש"עולם אחר הוא אפשרי" ומשמש מודל לחיקוי ומקור של נורמות טובות יותר בעיניהם. אך בעיקר, לחוק הישראלי תפקיד חשוב בכך שהוא מסייע להקנות למהלכי השינוי שהשופטים מקדמים לגיטימציה בקרב קהילת המשפט הישראלית. הזיקה בין שתי מערכות המשפט היא רכיב מהותי בשמירת הלגיטימציה של הכיבוש בתוך ישראל. הפעלת הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון, הנחשב למוסד עצמאי, על פעולות הצבא בשטחים, מאשרת את הלגיטימיות שלהן כלפי פנים.¹⁰¹ אימוץ העקרונות, דרכי הפעולה והמהלכים הרטוריים של שופטי בית המשפט העליון, ובראשם האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק והדגשת זכויות האדם, מקנים לבית המשפט הצבאי את אותו דימוי עצמאי, מקצועי וליברלי שממנו נהנה בית המשפט העליון. הם מאשרים את תחושת השייכות של שופטי בתי המשפט הצבאיים לאותה קהילה משפטית נאורה ומתקדמת. מאמצי הלגיטימציה של השופטים מכוונים אפוא באופן בלעדי לקהילה הישראלית, ונראה שהם אינם מתאמצים כלל לקבל לגיטימציה בקרב הפלסטינים, שאין להם כל תפקיד במסגרת מערכת השליטה הצבאית (Bisharat 1994; Anghie 2005). אך הנמענים של החוק הצבאי הם התושבים הפלסטינים, ועבורם לגיטימציה נובעת ממקורות אחרים לגמרי. להסתמכות על המשפט הבין־לאומי ועל המשפט המקומי יש פוטנציאל לגיטימציה שלמשפט הישראלי לא יהיה בהקשר זה לעולם (Benhabib 2004, 178). החוק הישראלי יכול להמשיך ולהוות מקור השראה ולגיטימיות פנימית, אך כדי להשיג לגיטימציה חיצונית תהליכי השינוי חייבים ללכת אל מעבר לחוק הישראלי.

101 אזולאי ואופיר 2008; Kretzmer 2002; Shamir 1990.

המיזוג משקף אופן מחשבה אופייני למצבים קולוניאליים.¹⁰² זוהי החלה חד-צדדית וכוחנית של החוק המוכר והידוע לכובש, המייחס לחוקיו שלו תוקף אוניברסלי, תוך התעלמות ממערכת החוק המקומית (Önuma 1993; Anghie 2005). כשם שהשימוש בקטגוריות כמו "משפט טבעי" אפשר לכווחות הקולוניאליים האירופיים להחיל את הכללים הנוחים להם בלי להכפיף את עצמם למערכות החוק המקומיות בשטחים החדשים שאליהם התפשטו, כך החלת החוק הישראלי עוקפת את הצורך ללמוד ולדעת את החוק המקומי ולבחון את התנאים המקומיים. כפי שהקולוניות נחשבו לחלק מתחום השיפוט של מדינת האם ולא ליחידה נפרדת במשפט הבין-לאומי, כך מהלך המיזוג נראה "טבעי"¹⁰³ בעיני משפטנים ישראלים. החלתו של החוק הזר אינה מוצגת לעולם כאקט עירום של כוח, אלא כמהלך בעל הצדקה אינטלקטואלית ומוסרית (שם; שם). כיום ההצדקה מבוססת על הטענה בדבר קידום זכויות האדם.

כאמור, החוק הישראלי אינו מוחל בשטחים באופן פורמלי אלא באופן חלקי ובלתי פורמלי. כך ההפרדה הפורמלית ולצדה המיזוג הבלתי פורמלי מקיימים יחד משטר של "הפרדה מוכלת", המאפשר להותיר את הכיבוש כחיצוני למשפט הפנימי ואחר ממנו, אבל גם להכיל אותו (אזולאי ואופיר 2008). החוק הישראלי אינו מחייב בבתי המשפט הצבאיים אך השופטים הצבאיים הולכים לאורו, או שמא מסתופפים בצלו. אלא שהמהלך שהשופטים מציגים כטבעי רחוק מלהיראות טבעי בעיני הפלסטינים. החוק הישראלי בשטחים אינו נהנה מן הלגיטימציה שיש לחוק בישראל, הנובעת הן מתוכנו והן מההליך הדמוקרטי המכונן אותו. עבור הישראלים, מהלך המיזוג ניתן להסבר בהיותו המשך של שלטון החוק המוכר להם מהמשטר הפנימי של מדינתם. במונחים של היחס בין הכלל לחריג – שלפיהם המשטר בישראל פנימה מהווה את הכלל ואילו המשטר הצבאי של הכיבוש מהווה את החריג¹⁰⁴ – המיזוג נראה כמהלך חיובי כיוון שלכאורה הוא מצמצם את החריג לטובת הרחבת הכלל. אך עבור הפלסטינים, שאינם חלק מהכלל, המסגרת הזו אינה מספקת כל הסבר או הצדקה.

סיכום

כאשר שופטים ותובעים צבאיים ישראלים פונים אל החוק הישראלי, הם פונים אל משהו משלהם, חלק מתרבותם ומהזהות האישית והמקצועית שלהם. אין זה כך בעבור נאשמים ועורכי דין פלסטינים. בהיותם תושבים של שטח כבוש, הם ממילא אינם שותפים ליצירת החוק החל עליהם. זכויותיהם להגדרה עצמית ולהשתתפות פוליטית דמוקרטית מופרות. מערכת החוק הצבאית כמו גם זו הישראלית אינה שלהם. עם החלת החוק הישראלי נבלעת

102 ניתוח פוסטקולוניאלי מקיף של מערכת המשפט בשטחים חורג מתחומו של מאמר זה ודורש מחקר נוסף.

103 כך מכנה זאת השופט גורדון בעניין אבו סנינה (ראו לעיל הערה 62).

104 Ben-Naftali et al. 2005, והאזכורים המובאים שם בעניין הכלל והחריג בתיאוריה פוליטית.

מערכת החוק המקומית אל תוך קרביה של מערכת החוק הישראלית, והמרחק בין עורכי הדין והנאשמים הפלסטינים לבין החוק הצבאי הולך וגדל עוד יותר.

הניתוח שהובא כאן מלמד כי החוק הישראלי אינו הכרחי כדי להבטיח שמירה על זכויות הנאשמים. אף על פי שהחוק הישראלי מוצג כפתרון האולטימטיבי, ואמנם עשוי במקרה כזה או אחר לפעול לטובת הנאשם, למעשה השימוש בו באופן מערכתי מכשיל את הגשמת השיפורים המיוחסים לו. הנאשמים ועורכי הדין הפלסטינים מודרים לגמרי מהשיח הנאור על קידום זכויות האדם, וכך הפוטנציאל שבשיח זה אינו בא לידי מימוש. הם נותרים בלא יכולת לתבוע את זכויותיהם, ויכולים רק ליהנות מפירורים של חסד.

גם אם הם נמנעים מלבקר את מערכת המשפט הצבאי בגלוי, קשה לפקפק בכך שהשופטים הצבאיים שואפים בכנות לשפר את החוק הצבאי. הפונקציה העיקרית של החוק הישראלי היא יצירת לגיטימציה כפולה – לגיטימציה של השופטים הצבאיים בתוך קהילת המשפט הישראלית, ולגיטימציה לשינוי החוק בתוך המערכת הצבאית. אך בצעידתם בשביל החרוש והנוח של החוק הישראלי, השופטים עיוורים לצורכי האחר ולנקודת מבטו. הם מביטים בהשתקפות עצמם במראה ומנהלים שיח פנימי של החברה הישראלית, אשר שאלות של חוק, משפט וזכויות אדם ממלאות בה תפקיד חשוב. אף שהם אינם שופטים את בני עמם, תמונת העולם המנטלית והאינטלקטואלית שנחשפת בכתביהם מלמדת שהם יושבים בתוך עמם.

מגמות האזרח והמיוזוג במשפט הצבאי בשטחים חושפות היבט נוסף שלא נחקר עד עתה בתנועה אל עבר סיפוח דה-פקטו של השטחים ויצירת מערכת מאוחדת בשליטה ישראלית. הן מגלות סתירות פנימיות ושאיפות מנוגדות בתוך מערכת המשפט הצבאית. אך בסופו של דבר המדיניות הרשמית של אי-סיפוח והמדיניות הבלתי רשמית של החלת החוק הישראלי בשטחים חיות בשלום זו לצד זו, ויחד הן יוצרות מראית עין מתעתעת של שמירה על זכויות אדם.

ביבליוגרפיה

- אזולאי, אריאלה, ועדי אופיר, 2008. משטר זה שאיננו אחד: כיבוש ודמוקרטיה בין הים לנהר (1967-), תל אביב: רסלינג.
- בנבנשתי, מירון, 1988. הקלע והאלה: שטחים, יהודים וערבים, ירושלים: כתר.
- בן-נתן, סמדר, לימור גולדשטיין, ותחריר עתאמלה-מהנא (עורכים), 2008. החוק בבתי המשפט הצבאיים, ירושלים: מחסום ווטש והוועד נגד עינויים.
- בנישו, נתנאל, 2005. "על המשפט הפלילי באזורי יהודה, השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות", משפט וצבא 18, עמ' 293-330.
- בצלם, 1989. מערכת השיפוט הצבאית בגדה המערבית: דו"ח מעקב, כתיבה: דפנה גולן, ירושלים: בצלם.

- גורדון, ניב, 2008. "על נדונות וכלות: ניתוח מבני של הכיבוש הישראלי", סוציולוגיה ישראלית ט(2), עמ' 271–296.
- יש דין, 2007. משפטים בחצר האחורית: מימוש זכויות ההליך ההוגן בבתי המשפט הצבאיים בשטחים, מחקר וכתובה: ליאור יבנה, תל אביב: יש דין.
- לוינסון, חיים, 2012. "נשיא בתי המשפט באיו"ש מבקש להחיל את החוק הישראלי בגדה", הארץ, 29.11.12.
- לקח, צבי, ואמיר דהאן, 2010. "שיעור הרשעות של 99.9% בישראל: האם המשפט מעוות או רק הסטטיסטיקה מעוותת?", דין ודברים ה(1), עמ' 185–204.
- סטרשנוב, אמנון, 1994. צדק תחת אש: המערכה המשפטית באינתיפאדה, תל אביב: ידיעות אחרונות.
- פינקלשטיין, מנחם, 2002. "המשפט בתקופת לחימה", משפט וצבא 16(1), עמ' 15–34.
- Anghie, Antony, 2005. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ben-Naftali, Orna, Aeyal M. Gross, and Keren Michaeli, 2005. "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory," *Berkeley Journal of International Law* 23(3), 551–614.
- Benhabib, Seyla, 2004. *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Benvenisti, Eyal, 1990. *Legal Dualism: The Absorption of the Occupied Territories into Israel*, Boulder, Co.: Westview Press.
- , 2012. *The International Law of Occupation*, Oxford: Oxford University Press.
- Bisharat, George E., 1989. *Palestinian Lawyers and Israeli Rule: Law and Disorder in the West Bank*, Austin: University of Texas Press.
- , 1994. "Land, Law and Legitimacy in Israel and the Occupied Territories," *American University Law Review* 43, pp. 469–561.
- , 1995. "Courting Justice? Legitimation in Lawyering under Israeli Occupation," *Law and Social Inquiry* 20(2), pp. 349, 365–405.
- Cavanaugh, Kathleen, 2007. "The Israeli Military Court System in the West Bank and Gaza," *Journal of Conflict and Security Law* 12(2), pp. 197–222.
- Dayan, Hilla, 2009. "Regimes of Separation: Israel/Palestine and the Shadow of Apartheid," in Adi Ophir, Michal Givoni and Sari Hanafi (eds.), *The Power of Inclusive Exclusion: Anatomy of the Israeli Rule in the Occupied Territories*, Brooklyn: Zone Books.
- Dinstein, Yoram, 1978. "The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights," *Israel Yearbook on Human Rights* 8, pp. 104–143.
- , 2009. *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge: Cambridge University Press.

- Droege, Cordula, 2007. "The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts," *Israel Law Review* 40(2), pp. 310–355.
- Fuller, Lon L., 1970. *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press.
- Gomez-Jara Diez, Carlos, 2008. "Enemy Combatants Versus Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate about Enemy Criminal Law and its Relevance to the Anglo-American Discussion of the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants," *New Criminal Law Review* 11, pp. 529–568.
- Gross, Aeyal, 2007. "Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation," *European Journal of International Law* 18, pp. 1–35.
- Hadar, Zvi, 1982. "The Military Courts," in Meir Shamgar (ed.), *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967–1980: The Legal Aspects*, Jerusalem: The Hebrew University of Jerusalem.
- Hajjar, Lisa, 2005. *Courting Conflict: The Israeli Military Court System in the West Bank and Gaza*, London: University of California Press.
- Henckaerts, Jean-Marie, and Louise Doswald-Beck, 2005. *Customary International Humanitarian Law I (Rules)*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Hofmann, Rainer, 2011. "Annexation," in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- ICJ, 1996. *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), ICJ Rep 1996(I), pp. 226–593.
- , 2004. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion), ICJ Rep 2004, pp. 131–271.
- Kretzmer, David, 2002. *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, New York: State University of New York Press.
- Meron, Theodore, 1978. "Applicability of Multilateral Conventions to Occupied Territories," *American Journal of International Law* 72, pp. 542–557.
- Mishnayot, Aharon, 2012. "Israeli Law and the Military Courts in Judea and Samaria," paper presented at Columbia-Ono Conference on National Security and Criminal Justice, Kiryat Ono, June 5–6.
- Modirzadeh, Naz K., 2010. "The Dark Side of Convergence: A Pro-Civilian Critique of the Extraterritorial Application of Human Rights Law in Armed Conflict," *U.S. Naval War College International Law Studies (Blue Book) Series* 86, pp. 349–410.
- Nowak, Manfred, 1993. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg and Arlington: N.P. Engel.

- Önuma, Yasuaki, 1993. "Eurocentrism in the History of International Law," in idem (ed.), *A Normative Approach to War: Peace, War, and Justice in Hugo Grotius*, Oxford: Oxford University Press.
- Ophir, Adi, Michal Givoni, and Sari Hanafi (eds.), 2009. *The Power of Inclusive Exclusion: Anatomy of the Israeli Rule in the Occupied Territories*, Brooklyn: Zone Books.
- Pictet, Jean, 1958. *The Geneva Conventions of 12 August, 1949: Commentary IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilians in Times of War*, Geneva: International Committee of the Red Cross.
- Roberts, Adam, 1990. "Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories since 1967," *American Journal of International Law* 84(1), pp. 44–103.
- , 2006. "Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights," *American Journal of International Law* 100, pp. 580–622.
- Ronen, Yael, 2010. "The Use and Abuse of International Law: Choice of Applicable Criminal Law in Post-Conflict East Timor," *Research Paper No. 06–10*, Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law.
- Sassoli, Marco, 2005. "Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers," *European Journal of International Law* 16(4), pp. 661–694.
- Shamir, Ronen, 1990. "'Landmark Cases' and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice," *Law and Society Review* 24, pp. 781–805.
- Shoham, Uri, 1996. "The Principle of Legality and the Israeli Military Government in the Territories," *Military Law Review* 153, pp. 245–273.
- Trechsel, Stefan, 2005. *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press.
- UN Commission on Human Rights, 2006. *Draft Principles on the Administration of Justice through Military Tribunals*, E/CN.4/2006/58, January 13.
- UN Human Rights Committee, 2007. *General Comment no. 32, Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial (Art. 14)*, CCPR/C/CG/32, August 23.
- Viterbo, Hedi, 2012. "The Age of Conflict: Rethinking Childhood, Law and Age through the Israeli-Palestinian Case," in Michael Freeman, (ed.), *Law and Childhood Studies (Current Legal Issues XIV)*, Oxford: Oxford University Press, pp. 133–155.
- Weill, Sharon, 2007. "The Judicial Arm of the Occupation: The Israeli Military Courts in the Occupied Territories," *International Review of the Red Cross* 89, pp. 395–419.
- , 2011. "Reframing the Legality of the Israeli Military Courts in the West Bank: Military Occupation or Apartheid?" in Abeer Baker and Anat Matar (eds.), *Threat: Palestinian Political Prisoners in Israel*, London: Pluto Press.