

ישראל והמשפט הבינלאומי

ממשל טראמפ לממשל ביידן

עמיחי כהן

אפריל 2021



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הצעה
לסדר
41



ישראל והמשפט הבינלאומי

ממשל טראמפ
לממשל ביידן

עמיחי כהן

הצעה לסדר 41
אפריל 2021

Israel and International Law: From the Trump Administration
to the Biden Administration
Amichai Cohen

עריכת הטקסט: קרן גליקליך
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר־דיין
ביצוע גרפי: אירית נחום
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-351-0 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או
אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי
מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2021
נדפס בישראל, תשפ"א/2021

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פיניסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books
דוא"ל: orders@idi.org.il
טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפול שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפול חזן ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים במסמך זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

7	תקציר
9	מבוא
11	א. ישראל והמשפט הבינלאומי: מבט היסטורי
19	ב. ארצות הברית, המשפט הבינלאומי וממשל טראמפ
26	1. ארצות הברית של טראמפ אל מול בית הדין הפלילי הבינלאומי
29	ג. יחסה של ישראל למשפט הבינלאומי בעידן טראמפ
29	1. הגברת תחומי החיכוך
38	2. היחלשות המוסדות הפנימיים התומכים במשפט הבינלאומי
40	3. יחס כללי למשפט הבינלאומי
43	ד. עמדתו של ממשל ביידן כלפי המשפט הבינלאומי
47	ה. אתגרים לישראל בנוגע למשפט הבינלאומי בעידן ביידן
47	1. הסכם הגרעין עם איראן
48	2. התנחלויות וסיפוח
50	3. היחסים בין ישראל למוסדות בינלאומיים
51	4. פעילות צבאית ישראלית
52	5. התגברות בהתנגדות העקרונית למשפט הבינלאומי
54	ו. המלצות מדיניות
54	למקבלי ההחלטות הפוליטיים
56	לארגוני זכויות אדם
57	לבית המשפט

תקציר

מאז הקמתה שרויה מדינת ישראל במתח אל מול הקהילה הבינלאומית בעניין שורה של סוגיות הנוגעות למשפט הבינלאומי. מתח זה התגבר מאז מלחמת ששת הימים ושליטתה של ישראל בשטחים. במחלוקות עם הקהילה הבינלאומית התבססה ישראל על תמיכתה של ארצות הברית, אך תמיכה זו לוותה במגבלות שהוטלו עליה, שכן לא בכל עמדה ישראלית תמכה ארצות הברית תמיכה מלאה.

בשנים האחרונות נראה היה שהתמונה משתנה: ממשלו של הנשיא טראמפ אימץ עמדות פרו ישראליות בשורה ארוכה של נושאים לא רק בעקבות תמיכה בישראל, אלא גם בשל עמדה עקרונית ששוללת את השפעתו של המשפט הבינלאומי בתחומי מדיניות שונים. תמיכה אמריקאית זו אפשרה לישראל לקדם מדיניות שנוגדת את העמדה של חלקים גדולים בקהילה הבינלאומית ביחס למגוון נושאים שקשורים למשפט הבינלאומי כגון הסיפוח וההתנחלויות, היחס למוסדות בינלאומיים ושימוש בכוח.

ממשל ביידן מאמץ תפיסה שונה לחלוטין בנוגע לשותפות האינטרסים בין ארצות הברית לקהילה הבינלאומית בכלל, וביחס למשפט הבינלאומי בפרט. שינוי מדיניות זה עתיד להשפיע במידה ניכרת על גמישות הפעולה של ישראל בכל הנוגע לקהילה הבינלאומית, בייחוד בנושאים שקשורים למשפט הבינלאומי.

מסמך זה מנתח את השינוי בעמדת ארצות הברית עם חילופי הממשל, ואת הנושאים העיקריים הקשורים למשפט הבינלאומי שבהם, לנוכח חילופים אלה, תמצא את עצמה ישראל נאלצת לחשב מסלול מחדש.

מבוא

בחירתו של ג'וזף ר' (ג'ו) ביידן לנשיא ה־46 של ארצות הברית לאחר תקופת הכהונה הרצופה זעזועים של קודמו דונלד טראמפ, נראית בעיני תומכיו כ"חזרה לפוליטיקה נורמלית", שבה מדיניותה של ארצות הברית נקבעת על פי תקדימי עבר ועל פי עמדותיהם של אנשי מקצוע. התחום העיקרי ששינוי זה ככל הנראה יקרה בו הוא מדיניות הפנים של ארצות הברית, ובעיקר היחס למאבק בנוגף הקורונה, שעמד במוקד מערכת הבחירות בארצות הברית.

נושא שהיה שולי יותר במערכת בחירות זו, אך באופן טבעי עמד במרכז השיח בישראל בהקשר זה, הוא דווקא מדיניות החוץ של הנשיא טראמפ והשפעתה על ישראל. טראמפ נקט שורה של מהלכים חשובים בנוגע לסכסוך הישראלי-פלסטיני, וכן ליחסיה של ישראל עם מדינות ערב ועם מדינות המזרח התיכון בכלל. המהלכים היו דרמטיים: פרישה מהסכם הגרעין, הכרה בריבונות הישראלית ברמת הגולן, העברת שגרירות ארצות הברית לירושלים, הצגת "תוכנית המאה" ובה נכונות להכרה אמריקאית בריבונות ישראל בחלקים נרחבים מיהודה ושומרון, ובשנת 2020 – מעורבות בהשגת שטף הסכמי הנורמליזציה של ישראל עם מדינות ערב. מהלכים אלו שינו את הנחות היסוד של הדיפלומטיה הישראלית, שהיו תקפות בעשרות השנים האחרונות. הסכסוך הישראלי-פלסטיני נדחק לאחור ונעשה משני ביחסי החוץ של ישראל, ובמקומו פיתחה ישראל – בהנהגתו של ראש הממשלה בנימין נתניהו ובחסותו של ממשל טראמפ – את יחסיה עם מדינות ערביות־סוניות לכדי מה שמסתמן להיות ברית אזורית נגד השפעתה של איראן.

מטרתו של מסמך זה לתאר את האתגרים העיקריים העומדים בפני ישראל בתחום המשפט הבינלאומי בעת ממשל ביידן. אטען שקידום יחסי ישראל ומדינות ערב המתונות על חשבון הפלסטינים הוא חלק ממהלך כולל שביצע ממשל טראמפ ביחס למשפט הבינלאומי, ואינו עומד לעצמו. ממשל טראמפ תמך בעקביות בתפיסה שקידום האינטרסים הלאומיים האמריקאיים מחייב מידה רבה של פעילות חד־צדדית אמריקאית בהתעלמות מעמדותיהם של

* אני מודה לעוזר המחקר שלי אורן רחמיאל על הסיוע בכתיבת המסמך.

מוסדות בינלאומיים ומבריתות ותיקות שמבוססות על ערכים משותפים של דמוקרטיה ליברליות. במקום זאת טיפח טראמפ יחסים, בעיקרם דו־צדדיים, שמבוססים על שותפות אינטרסים מקומית. גישה זו חתרה במידה רבה תחת ה־raison d'être של המשפט הבינלאומי המודרני, שבבסיסו השאיפה לגבש כללי התנהגות אוניברסליים שינחו את התנהגותן של כלל המדינות, ותפיסה וכי שיתוף פעולה רחב בין המדינות חיוני לקידומן של מטרות מדיניות משותפות. אף שממשלו של הנשיא ביידן אינו צפוי לשנות אחדות מהתוצאות המעשיות של תפיסה זו של ממשל טראמפ, סביר להניח שהתפיסה העקרונית בנוגע לשותפות עם מדינות אחרות ולמשפט בינלאומי תשתנה. שינוי תפיסתי זה צפוי להשפיע במידה ניכרת גם על מדינת ישראל.

בחלקו הראשון של המסמך אתאר בקצרה את יחסה של ישראל למשפט הבינלאומי עד השנים האחרונות. בחלק השני אתאר את גישתה של ארצות הברית למשפט הבינלאומי ואת השינויים העיקריים שהוביל ממשל טראמפ בהקשר זה, ובחלקו השלישי אתאר כיצד השפיעו שינויים אלו על מדיניותה של מדינת ישראל ועל האינטרסים שלה. בחלקו הרביעי אנסה לצפות את המגמות העיקריות שממשל ביידן עתיד להוביל בתחום המשפט הבינלאומי, ולאחר מכן אתאר כיצד ישפיעו שינויים אלו על מדינת ישראל. בחלק השישי והאחרון אציג כמה המלצות מדיניות ראשוניות שעולות מהניתוח הכלול במסמך זה.

א. ישראל והמשפט הבינלאומי מבט היסטורי

יחסה של מדינת ישראל למשפט הבינלאומי היה תמיד דו־ערכי. מצד אחד ניכר חשד כלפי הקהילה הבינלאומית והאינטרסים המובילים אותה, ומכאן העמדה שישראל תפעל על פי המשפט הבינלאומי רק כשהוא תואם את האינטרסים שלה.¹ מצד שני מוסדות רבים במדינת ישראל תומכים בערכים העומדים בביסוס המשפט

הבינלאומי ובפעולה לפיהם, גם כשאלה אינם מועילים תמיד לאינטרסים שלה.²

בשיח הציבורי מקובל לומר שמאז הקמתה הקדישה ישראל רק תשומת לב מעטה למשפט הבינלאומי ולעמדתה של הקהילה הבינלאומית, כמו שבא לידי ביטוי באמרתו המצוטטת של דוד בן־גוריון "או"ם שמו"ם".³ בתיאור זה של עמדת ישראל תמכו לכאורה כמה מקרים שבהם עלו טענות שישראל הפרה את המשפט הבינלאומי: החל במבצע סיני ב־1956 וכלה בעמדתה ביחס למעמדה בשטחים⁴

1 אייל בנבנשתי "השלכות שיקולי ביטחון וקשרי־חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ־משפטים כא 221, 226-227 (תשנ"א-תשנ"ב); עמיחי כהן "מבט עדכני על כללי הקליטה של המשפט הבין־לאומי" ספר רות לפידות: אסופת מאמרים של פרופ' רות לפידות, 37-38 (יובל שני והילי מודריק־אבן חן עורכים 2020); Eyal Benvenisti, *Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts*, 4 Eur. J. INT'L L. 159, 176-179 (1993)

2 Amichai Cohen & Stuart A. Cohen, *Israel's Dichotomous Attitude Towards International Humanitarian Law: Causes, Consequences, Implications*, ISRAEL IN THE WORLD 51 (Emanuel Adler ed., 2012)

3 כמו שהראה ניל קפלן, ההוכחה היחידה שבן־גוריון אכן השתמש במונח היא מיומנו של משה שרת. ראו Neil Kaplan, "Doom-Shmoom" Revisited: Israeli Attitudes towards the UN and the Great Powers, 1948-1960, in GLOBAL POLITICS: ESSAYS IN HONOUR OF DAVID VITAL 169 (Abraham Ben-Zvi & Aharon Klieman eds., 2001)

4 ישראל טענה כי מעמדה הוא מעמד של "מחזיק" בשטחים, ולא של כובש, וכי מעמדם של השטחים הוא של "שטחים מנוהלים" (administered territories). לשימוש בביטוי זה בפסיקה ראו למשל בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 205, 215 (להלן: עניין אבו עיטה); Meir Shamgar, *Legal Concepts* (1983)

ומדיניותה בנוגע לאמצעי הביטחון בהם.⁵ ואכן, פעמים רבות דחתה ישראל את עמדתם של מוסדות בינלאומיים ואף חלקה על עצם סמכותם להביע אותה ולהתערב במדיניות ישראל, בעיקר בכל הנוגע לסכסוך הישראלי-פלסטיני. כך למשל נדחתה העמדה שהביעה שורה של מוסדות בינלאומיים בעניין ההתיישבות הישראלית בשטחים, ולא התאפשרה כניסתן לישראל של משלחות לבירור עובדתי (fact-finding missions) מטעם מועצת האו"ם לזכויות אדם, שהוקמו לאחר סבבים שבהם הוגברה עצימות העימות הישראלי-פלסטיני.⁶ זאת ועוד, כבר בראשית שנות האלפיים התגבשה במשרד המשפטים התבונה שניסיונות לקלוט בחקיקה הישראלית אמנות שעוסקות בזכויות אדם נתקלות בהתנגדות עקרונית לעצם הדיון במחויבויות מכוח המשפט הבינלאומי.⁷ במילים אחרות, קיימים קולות, בעיקר בכנסת, שרואים בעצם המחויבות למשפט הבינלאומי בעיה, ועל כן מתנגדים לה.

and Problems of the Israeli Military Government – the Initial Stage, in MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL 1967–1980: THE LEGAL ASPECTS 13–16 (Meir Shamgar ed., 1982). כל המוסדות הבינלאומיים שעסקו בנושא דחו את העמדה הזאת. ראו למשל UN Security Council Resolution 2334 (23.12.2016); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion* I. C. J. 136, para 117–121 (9 July, 2004) (להלן: *חוות הדעה בעניין גדר ההפרדה*); להחלטות מועצת הביטחון בנושא ראו, S. C. Res. 446 (March 22, 1967); S. C. Res. 242 (Nov. 22, 1967); S. C. Res. 1435 (Sept. 24, 2002)

5 לביקורת בינלאומית על הריסות בתים ראו Johanna Bjorken, Gaza: IDF House Demolition Injures Refugees, HUMAN RIGHTS NEWS (October 24, 2002); Razing Rafah, Mass Home Demolitions in the Gaza Strip, HUMAN RIGHTS WATCH (October 17, 2004); *Israel and the Occupied Territories under the Rubble: House Demolition and Destruction of Land and Property* (Amnesty International, 18 May, 2004); Brian Farrell, *Israeli Demolition of Palestinian Houses as a Punitive Measure: Application of International Law to Regulation*, 119 BROOK. J. INT'L L. 28, 871 (2002)

6 United Nations Human Rights Council, United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict

7 עמיחי כהן, טל פילברג ויובל שני "השפעת דיני זכויות האדם על הליכי החקיקה בישראל" חוקים י 69, 109 (2017).

ואולם עמדה זו לוקה בפשטנות מסוימת. אפילו בעניין הדוגמאות שהובאו כאן ברור שעמדתה של ישראל ביחס למשפט הבינלאומי הייתה מורכבת יותר. ראשית, ישראל טרחה לספק נימוקים "משפטיים" לעמדותיה ולא התעלמה מהטענות על פי המשפט הבינלאומי;⁸ וגם כשלא אפשרה ביקור של גופים בינלאומיים, טרחה להצדיק – באופן רשמי או בלתי רשמי – את עמדתה על פי המשפט הבינלאומי.⁹

שנית, בתחום הספציפי של הסכסוך הישראלי-פלסטיני אמנם ניכרת דחייה של העמדה הבינלאומית, אבל בתחומים אחרים של משפט זה דווקא נטתה ישראל לשתרף פעולה עם מוסדות אלה ולמעשה חיפשה לגיטימציה ואישור להיותה דמוקרטיה ליברלית בעלת כלכלה מערבית. כמו שיפורט להלן, מראשית שנות התשעים של המאה ה־20 ועד תום העשור הראשון של המאה ה־21 השפיעה תפיסה זו על מדיניותה של ישראל בשורה של תחומים, וכאן אתמקד, לשם הדוגמה, בכמה מהם.

התחום הראשון הוא מחויבותה של ישראל לאמנות בינלאומיות רב־צדדיות, והענף הראשון בהקשר זה הוא זכויות אדם. ישראל הצטרפה לשורה ארוכה של אמנות בינלאומיות בתחום זכויות אדם,¹⁰ ואף ביצעה מהלכים חשובים לשינוי

8 ראו למשל את עמדה ישראל בעניין היעדר סמכות שיפוט של בית הדין הבינלאומי הפלילי (ICC): *The International Criminal Court's Lack of Jurisdiction over the So-called "Situation in Palestine"*, ISRAEL MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS (December 20, 2019).

9 ראו למשל את הצגת עמדתם של נפגעי טרור לפני ועדת גולדסטון: U.N. HUM. RTS. COUNCIL, *HUMAN RIGHTS IN PALESTINE AND OTHER OCCUPIED ARAB TERRITORIES: REPORT OF THE UNITED NATIONS FACT FINDING MISSION ON THE GAZA CONFLICT* (U.N. Doc. A/Initial Response to Report; (להלן: *דוח גולדסטון*); (HRC/12/48, Sep. 25, 2009 of the Fact Finding Mission on Gaza Established Pursuant to Resolution S-9/1 of the Human Rights Council (Sep. 24, 2009).

10 ישראל היא צד לשבע אמנות עיקריות בתחום דיני זכויות האדם, שאת רובן אשררה בשנת 1991. אמנה בין־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב־1966); אמנה בין־לאומית בדבר ביעור של כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב־1966); אמנה בין־לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב־1966); אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים

מדיניותה כשזו סתרה את המשפט הבינלאומי.¹¹ דוגמה לשינויים אלה היא הפעולות שנקטו בעקבות החתימה על האמנה לזכויות הילד. קליטת האמנות לוותה בפעילות נרחבת של ארגונים חוץ-ממשלתיים בשילוב עם פעילות של משרד המשפטים וגורמים בכנסת, ובעקבותיה שונו חוקים אחדים בישראל.

אך מחויבותה של ישראל לאמנות רב-צדדיות אינה מצטמצמת לתחום זכויות האדם. הצטרפותה של ישראל לארגון הסחר העולמי באמצע שנות התשעים הביאה לידי שינויים חשובים ביותר בכלכלה הישראלית,¹² שכן מחויבותה להסכמי סחר אלה הפכה את הכלכלה הישראלית לאחת הכלכלות הפתוחות בעולם לסחר כזה.¹³ מחויבות זו לעקרונות הסחר הבינלאומי באה לידי ביטוי גם בחקיקה, כשחוק היטלי הסחר – ובייחוד התיקונים שהוכנסו בו בסוף שנות התשעים – הביאו לידי הלימה גבוהה בין הוראות ההסכמים הבינלאומיים בתחום זה ובין המשפט הפנימי של ישראל.¹⁴ הצטרפותה של ישראל ל-OECD (הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי) בשנת 2010 הייתה חשובה מאוד מבחינה זו, שכן מנקודת מבטה של ישראל היה בה משום אשרור להיותה חלק מקהילת המדינות

לצורחיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979); אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984); אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989); האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות (נפתחה לחתימה ב-2007).

11 כהן, פילברג ושני "השפעת דיני זכויות האדם", לעיל ה"ש 7.

12 על הצטרפותה של ישראל לארגון הסחר העולמי ועל השפעותיו החיוביות עליה ראו שביט מטיאס והילה אקרמן "הסכמי סחר בינלאומיים ומנגנוני יישוב סכסוכים" משפט בינלאומי 700-702 (רובי קיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית 2016); ראו גם מרשה דון הרפז "מדיניות ישראל לקראת סבב דוחה: מבט מבפנים" ספר ארגון הסחר העולמי בישראל: משפט, כלכלה ופוליטיקה 97-147 (2006).

13 בנק ישראל "סוגיה במאזן התשלומים: פתיחות לסחר בין-לאומי בישראל ובעולם" דין וחשבון 2018 פרק ז, 168 (מרץ 2019).

14 ראו חוק היטלי סחר (תיקון מס' 3) התשס"ה-2005, ס"ח 662. על התיקון לחוק ראו אריה רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין-לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביובל הבא" מחקרי משפט יז 17, 26, 59-60 (תשס"ב); Guy Harpaz, *The New Israeli Anti-Dumping Legislation: One More Modest Step in Israel's Gradual Advance from Unilateralism Towards Transnational Cooperation*, 39 (3) Isr. L. Rev. 238 (2006).

המפותחות ביותר מבחינה כלכלית. גם הצטרפות זו השפיעה במידה מסוימת על החקיקה הישראלית.¹⁵

תחום נוסף שבו ניכרת השפעתו של המשפט הבינלאומי הוא הפעולות שנעשו בצה"ל כדי להגביר את השמירה על המשפט הבינלאומי. הקמת הפרקליטות המבצעית וכן מהלכים נרחבים להטמעת המשפט הבינלאומי הביאו לידי שינוי ניכר בהפנמתו של משפט זה בצה"ל. הדוגמה המובהקת ביותר לשינוי היא הרפורמה במערך החקירות בצה"ל – רפורמה שבמסגרתה הוקמה יחידה מטכ"לית עצמאית שבוחנת חשדות להפרת הדין הבינלאומי על ידי חיילים. עם כל הביקורת על פעולת היחידה, עצם הקמתה מסמנת מחויבות ניכרת של מדינת ישראל למשפט הבינלאומי.¹⁶

קליטה זו של המשפט הבינלאומי בישראל לא נעשתה בחלל ריק, והיא תוצר פעולתם של ארבעה מוסדות עיקריים.¹⁷

• **השירות המשפטי הציבורי**, הפועל להטמעתו של המשפט הבינלאומי בהליכי החקיקה בישראל ובמידה רבה גם מחויב לשלב אותו בפעילותה של הרשות המבצעת.¹⁸ העוגן של פעילות משפטית זו הוא משרד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה למשפט בינלאומי, שבשנים האחרונות נהפך ליחידה חשובה ובעלת השפעה רבה במשרד המשפטים.

• **ענף הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית**, הפועל להטמעת המשפט הבינלאומי בתחום המוגדר של דיני לחימה. בשנים האחרונות צברו עורכי הדין

15 ראו אסף שפירא, אפרת אבן, נעמי הימין רייש ויניב רינגוורץ "ישראל מצטרפת ל-OECD" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (27.5.2007); כהן, פילברג ושני "השפעת דיני זכויות האדם", לעיל ה"ש 7, בעמ' 93-95.

16 יובל שני "דו"ח ועדת טירקל (חלק ב): מהפכה שקטה בדיני החקירות הצבאיות" ספר טירקל: פרקי הגות, עיון ומשפט 293 (אהרן ברק, קארין כרמית יפת ואליקים רובינשטיין עורכים 2020).

17 אני משתמש כאן במילה מוסדות במובנה הרחב, הכולל גם ארגונים לא פורמליים.

18 כהן, פילברג ושני "השפעת דיני זכויות האדם", לעיל ה"ש 7; תמר הוסטובסקי ברנדס "המשפט הבין-לאומי והליך החקיקה בישראל" חוקים יא 125 (2018).

האמונים על יישום הדין הבינלאומי בפעילותו של צה"ל השפעה רבה בהקשרים של המשפט הבינלאומי – החל במעורבות באישור מטרות, וכלה בחקירות בחשדות להפרת הדין הבינלאומי.¹⁹

• **ארגוני זכויות אדם**, הנשענים על שיח המשפט הבינלאומי כדי לקדם את עמדותיהם – הן באמצעות עתירות לבית המשפט העליון בהתבסס על המשפט הבינלאומי, והן באמצעות פעילות ציבורית-הסברתית.²⁰

• **בית המשפט העליון**, שבשורה ארוכה של פסיקות, בייחוד בתחומים של ביטחון לאומי, השליטה בשטחים וזכויות האדם, הביאו לידי התקרבות ניכרת בין מדיניותה של ישראל למשפט הבינלאומי.²¹ למעשה זהו המוסד החשוב ביותר שתורם לקליטתו של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי במגוון רחב של נושאים.²²

מובן שבדברים אלו אין כדי לקבוע שישראל אינה מפרה את מחויבותה הבינלאומית בשום תחום ועניין; נגד ישראל עדיין מופנות טענות על הפרות של הדין הבינלאומי בשורה של תחומים, בייחוד בתחום הסכסוך הישראלי-פלסטיני; ואולם בהקשר זה חשוב לראות את התמונה כולה.

לפני יותר משני עשורים תיאר הרולד קו (Koh) את הליך ההפנמה (internalization) של המשפט הבינלאומי במשפט המדינה.²³ קו הסביר שהליך

Amichai Cohen, *Legal Operational Advice in the Israeli Defense Forces: The International Law Department and the Changing Nature of International Humanitarian Law*, 26 CONN. J. INT'L L. 367, 407-412 (2011)

20 חסן ג'בארין "עלייתה של עריכת דין על-לאומית לזכויות האדם" **מעשי משפט א** 139-138 (2008).

21 כהן, פילברג ושני, "השפעה דיני זכויות האדם", **לעיל** ה"ש 7, בעמ' 77.

22 כהן "מבט דכנני", **לעיל** ה"ש 1, בעמ' 59-56; Daphne Barak-Erez, *The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, 2 INT'L J. CONS. L. 611, 626 (2004)

23 Harold Hongju Koh, *The 1998 Frankel Lecture: Bringing International Law Home*, 35 HOUS. L. REV. 642-655 (1998)

זה משלב תהליכים משפטיים פורמליים עם תהליכים פוליטיים וחברתיים, שיחדיו יוצרים מארג של מוסדות וגופים המחויבים למשפט הבינלאומי ומקדמים אותו. הפנמתו של משפט זה היא אפוא תהליך לטווח ארוך, שאין לבחון אותו בצורה בינרית, אלא כמגמה לאורך זמן. לפי קריטריונים אלה תהליך זה – שהחל בראשית שנות התשעים של המאה ה־20 ונמשך עד אמצע העשור השני של המאה ה־21 – בהחלט התקדם בכיוון של הפנמת המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי. יתרה מזאת, ההפנמה של המשפט הבינלאומי הייתה חלק מתהליך נרחב יותר של ליברליזציה במדינת ישראל. גם כאן אינני טוען שבראשית המאה ה־21 הייתה ישראל דמוקרטיה־ליברלית מושלמת או שלא היו לה בעיות בתחום זכויות האדם. טענתי צנועה יותר – ועיקרה: בשורה ארוכה של נושאים התקדמה הדמוקרטיה הישראלית לכיוון של דמוקרטיה ליברלית. כמו בכל הליך, היו גם נסיגות ותנועות נגד, ואולם ככלל ניכרה תנועה לכיוון הליברלי.

ואולם בדומה למדינות רבות גם בישראל נתקלה המגמה הליברלית בהתנגדות של כוחות משולבים.²⁴ שמרנים שהתנגדו למגמות שבעיניהם היו מגמות רדיקליות; גורמים דתיים שהתנגדו לערכים ליברליים ספציפיים; גורמים לאומיים שהתנגדו למה שהם ראו בו מגמות של אוניברסליזם וויתור על ייחוד לאומי; וקבוצות שנפגעו מבחינה כלכלית מהליברליזציה הכלכלית, שהגדילו את האי־שוויון במשק. מגמות אלו התגברו מראשית המאה ה־21, עד כי בעשור השני כבר ניתן לומר שבחברה ובפוליטיקה הישראלית התגבשה תנועה פופוליסטית שפועלת לשנות את מגמת הליברליזציה של ישראל.²⁵ נייר קצר זה אינו המקום לניתוח מלא של תופעה זו, שאותה כבר תיארו כמה חוקרים בכללם מני מאוטנר, יניב רוזנאי ועוד.²⁶

24 מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו (2019).

25 עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם, דמוקרטיה והחוקה המוסדית הישראלית" עיוני משפט (בהכנה).

26 ראו מאוטנר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 24; כהן ורוזנאי "פופוליזם", שם.

ביחסיה הבינלאומיים ישראל תלויה כמעט לחלוטין בתמיכתה של ארצות הברית.²⁷ בשל כך כל עוד קבעו את מדיניות החוץ של ארצות הברית אנטי-פופוליסטים כנשיא ברק אובמה ושר החוץ ג'ון קרי, לא באו עמדות אלה לידי ביטוי בהקשר של התייחסות ישראל למוסדות הבינלאומיים. היו כמובן התנגדויות ישראליות ספציפיות להחלטות של מוסדות בינלאומיים דוגמת מועצת האו"ם לזכויות אדם, שנתפסה פוליטית ואנטי-ישראלית;²⁸ אך בתגובותיה הקפידה ישראל להדגיש את מחויבותה העקרונית למשפט הבינלאומי ולמוסדות בינלאומיים.

כדי להבין אל-נכון את האתגרים העומדים כיום לפני מדינת ישראל אל מול המשפט הבינלאומי ואת השפעתה של ארצות הברית על התמודדותה עם אתגרים אלו, ראוי להסביר בקצרה את יחסה של ארצות הברית למשפט הבינלאומי ואת השינויים שחלו בהקשר זה בעת ממשל טראמפ.

GABRIEL SHEFFER, DYNAMICS OF DEPENDENCE: U.S.-ISRAELI RELATIONS (2019) 27

28 ראו ניצן קידר "השגריר גלעד ארדן: המועצה לזכויות אדם – גוף חולה ואנטישמי" ערוץ 7 (13.10.2020); ראו גם חזקי ברוך "מועצת האו"ם לזכויות אדם: ארגון רקוב" ערוץ 7 (9.7.2012).

ב. ארצות הברית, המשפט הבינלאומי וממשל טראמפ

כנקודת מוצא לדיון על עמדתו של טראמפ כלפי המשפט הבינלאומי ראוי לציין בקצרה את תפיסתה העקרונית של ארצות הברית ביחס למשפט זה, תפיסה שהתפתחה במשך השנים עד ממשלו של הנשיא ברק אובמה (2009-2017).²⁹ ככלל אפשר לומר שבממשלים האמריקאיים שקדמו לזה של הנשיא טראמפ, הן דמוקרטיים והן רפובליקאיים, פעלו בהקשר של המשפט הבינלאומי שתי תפיסות שלא תמיד התיישבו זו עם

זו, ולעיתים אף התחרו. האחת הייתה תפיסה שניתן לכנותה "ליברלית", ולפיה מטרתו של המשפט הבינלאומי לקדם את מצבה של החברה האנושית, ובכלל זה להגן על זכויות אדם ועל השלום בין המדינות.³⁰ על פי תפיסה זו המשפט הבינלאומי מבוסס על ערכים שמשקפים את הערכים הבסיסיים של הדמוקרטיה האמריקאית – חירות, שוויון והתפתחות כלכלית; ולכן כחלק מאחריותה של ארצות הברית לקידום ערכים אלה בעולם, ראוי לתמוך בקידומו של המשפט הבינלאומי.

ואולם בקרב קובעי המדיניות האמריקאית רווחה עוד תפיסה בנוגע למשפט הבינלאומי, שניתן לכנותה "ראליסטית מתונה". על פי תפיסה זו, שדומה שהייתה דומיננטית יותר, את שיתוף הפעולה של ארצות הברית עם המוסדות הבינלאומיים, ובכלל זה השמירה על המשפט הבינלאומי, מניע אינטרס לאומי

Edward C. Luck, *Mixed Messages: American Politics and International Organization 1919-1999* (2010) 29

30 ראו למשל Anne-Marie Slaughter, *International Law in a World of Liberal States*, 6 (3) *EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 503, 509-514 (1995); Anne-Marie Slaughter & Jose E. Alvarez, *A Liberal Theory of International Law*, 94 *PROCEEDINGS OF THE ANNUAL MEETING OF THE AMERICAN SOCIETY OF INT'L L.* 240, 246-247 (2000)

אמריקאי ארוך טווח. רבים מקובעי המדיניות סברו כי האינטרס האמריקאי לשמור על השלום והביטחון בעולם וכן להביא לידי פיתוח כלכלי מואץ מחייב שיתוף פעולה נרחב עם מדינות אחרות ושמירה על כללי המשפט הבינלאומי.³¹

ברוב המקרים שתי תפיסות אלה דרות בשלום זו עם זו, אך היו כמובן גם מקרים שבהם לדעת תומכי הגישה הראליסטית חייב האינטרס האמריקאי התנהגות שנוגדת את המשפט הבינלאומי. כך למשל לאחר ההתקפות על ארצות הברית בספטמבר 2001 סברו רבים בממשל הנשיא ג'ורג' בוש כי ארצות הברית אינה צריכה להיות מוגבלת במאבקה בטרור ועל כן יש להסיר את המגבלות המוטלות עליה בנוגע לשימוש בכוח.³² ואולם בקדנציה השנייה של הנשיא בוש וכן בממשל אובמה הייתה השמירה על המשפט הבינלאומי קפדנית יותר. כך למשל הביע ממשל אובמה העדפה עקרונית ברורה לשמור על המשפט הבינלאומי, לרבות במסגרת המלחמה בטרור.³³ ממשל זה גם ביקש לקדם אינטרסים אמריקאיים בתחום הסחר, איכות הסביבה והביטחון מתוך שמירה על בריתות ועל הסכמים

Shashi Tharoor, *Why America Still Needs the United Nations*, 82 31
FOREIGN AFF. 67 (2003)

JACK GOLDSMITH, *THE TERROR PRESIDENCY: LAW AND JUDGMENT INSIDE THE BUSH* 32
ADMINISTRATION (2007); Michael Galchinsky, *Quaint and Obsolete: The
"War on Terror" and the Right to Legal Personality*, 14 (3) INTERNATIONAL
STUDIES PERSPECTIVES 255, 257-259 (2013); Ashley S. Deeks, *The Obama
Administration, International Law, and Executive Minimalism*, 110 (4)
AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 646, 647-649 (2016)

David P. Forsythe, ;654-649 בעמ' Deeks, *The Obama Administration* 33
*US Foreign Policy and Human Rights: Situating Obama (Pres. Barack
Obama)* 33 (3) HUMAN RIGHTS QUARTERLY 767-789 (2011); Jack Goldsmith, *The
Contributions of the Obama Administration to the Practice and Theory
of International Law*, 57 HARV. INT'L L.J. 455, 455-456 (2016);
בשנת 2011 הצהיר ממשל אובמה כי ארצות הברית תפעל בהתאם לסעיף 75 לפרוטוקול ה-1
לאמנות ג'נבה מ-1949, ותעניק הגנות לעצורים בסכסוך מזוין בינלאומי מתוך תחושת
חובה משפטית. כמו כן בשנת 2014 הודיע ממשל אובמה שארצות הברית תפרש תחולה
אקס-טריטוריאלי מוגבלת של האמנה נגד עינויים. לעניין זה ראו U.S. Mission to
International Organizations in Geneva, *Acting Legal Adviser McLeod:
U.S. Affirms Torture is Prohibited at all Times in All Places* (Nov. 12-13,
2014)

בינלאומיים רב־צדדיים. במקרים מסוימים, כמו למשל בהתלבטות אם לתקוף בסוריה לאחר שהממשלה השתמשה בנשק לא קונבנציונלי, התגלעה מחלוקת בין שתי העמדות. במקרה זה דווקא תומכי התפיסה הליברלית, ובראשם שגרירת ארצות הברית באו"ם, סברו שיש לממש את האיום האמריקאי ולתקוף.³⁴

בתקופת ממשל טראמפ חלו כמה שינויים בעמדתה של ארצות הברית כלפי המשפט הבינלאומי. בנואם פרוגרמטי שנשא שר החוץ הראשון בממשל זה, רקס טילרסון (Tillerson), חודשים מספר לאחר שמונה (3 במאי 2017),³⁵ הוא פרס את הדרך שבה יש לדעתו לתרגם במדיניות החוץ את הוראתו הכללית של הנשיא טראמפ לנזק את מדיניות "אמריקה תחילה" (America First). טילרסון ביקש להפריד בין מדיניות (policy) ובין ערכים (values). המדיניות, קבע, היא לחזק את הביטחון הלאומי ואת השגשוג הכלכלי של ארצות הברית. הערכים הם חירות, כבוד האדם והתנגדות להפרות של זכויות אדם. ואולם המדיניות אינה קובעת כי יש לפעול ליישום הערכים מיד. הערכים מלווים את המדיניות, אבל הפעלתם כמדיניות תלויה בזמן ובמקום. ייתכן למשל שהביטוי של הערכים יהיה באמצעות יישומם בארצות הברית, כמעין זרקור עבור העולם, ולא באמצעות קידום במדינות אחרות.

כלפי תפיסתו של טילרסון הופנתה ביקורת נוקבת, והיא פורשה כזניחה של מדיניות אמריקאית רבת שנים של תמיכה פעילה בקידום זכויות האדם ברחבי העולם. נראה שטילרסון אכן ביקש לנתק בין קידום זכויות האדם ובין האינטרס הלאומי האמריקאי.³⁶ אלא שנראה שניתוחו ביטא נכונה את הכיוון הכללי שאליו

John B. Bellinger II, 'שם', 461-459, *Goldsmith, The Contributions to the Trump Administration's Approach to International Law and Courts: Are We Seeing a Turn for the Worse*, 51 CASE W. RES. J. INT'L L. 7, 10 (2019); US Mission to the UN, Remarks by Ambassador Haley at an Emergency UN Security Council Meeting Syria (14 April, 2018)

Rex Tillerson, Remarks to U.S. Department of State Employees (May 3, 2017)

Michael Posner, *Tillerson's Degradation of Human Rights Mustn't - and Can't Yet - be Executive Branch Policy*, JUST SECURITY (May 22, 2017)

כיוון ממשל טראמפ במדיניות החוץ בכלל: תפיסה צרה יחסית של האינטרס הלאומי של ארצות הברית, המעדיפה יעדים קצרי טווח שקשורים לכלכלה ולביטחון, על פני יעדים מסורתיים ארוכי טווח שכוללים מחויבות לקידום זכויות אדם, סחר חופשי ושיתוף פעולה בינלאומי.

כשמדובר במשפט הבינלאומי, למדיניות חוץ זו השפעה ניכרת. כמו שהסברנו לעיל, המחויבות האמריקאית למשפט הבינלאומי הייתה מבוססת בחלקה על תפיסה "אידיאלית" של קידום ההגנה על זכויות אדם, ובחלקה על ראייה רחבה יותר של אינטרסים ארוכי טווח של ארצות הברית. ממשל טראמפ דחה את שני הנימוקים הללו. לתפיסתו, אם המשפט הבינלאומי הוא אכן גורם רלוונטי בניהול יחסי החוץ של ארצות הברית, הדבר נכון רק בתנאי שהוא כפוף לחלוטין לקידום האינטרס המידי האמריקאי.

את מדיניותו של ממשל טראמפ בנוגע לאופן שבו יש להתייחס למשפט הבינלאומי בהקשר של יחסי החוץ של ארצות הברית אפשר לאפיין כך:

- (1) התנגדות לאמנות רב־צדדיות ולארגונים בינלאומיים מסורתיים (דוגמת נאט"ו)³⁷ ותמיכה במגוונים בינלאומיים חלופיים.
- (2) עמדה חיובית יחסית כלפי משטרים דיקטטוריים, לרבות רוסיה, טורקיה וצפון קוראה, שידועים בהפרות זכויות האדם בהם והתנגדותם לדמוקרטיה הליברלית.

37 כך למשל פרשה ארצות הברית מהסכם פריז בעניין האקלים ומהשחפות הטרג'ט פסיפית, וגם איימה לפרוש מאמנות ומארגונים בינלאומיים נוספים בכללם מועצת האו"ם לזכויות אדם ונאט"ו. ראו Thomas Wright, *Trump Remains a Nato Skeptic*, THE ATLANTIC (27 May, 2017); White House Press Secretary, *Statement by President Trump on the Paris Climate Accord* (June 1, 2017); Gardiner Harris, *Trump Administration Withdraws U.S. From U.N. Human Rights Council*, NEW YORK TIMES (June 19, 2018); Christine Schwöbel-Patel, *Populism, International Law and the End of Keep Calm and Carry on Lawyering*, NETHERLANDS YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 2018, 97-121 (TMC Asser Press, The Hague, 2019)

- (3) עוינות כלפי סין, בכלל זה שימוש במגוון אמצעים בייחוד בתחום הסחר, שבחלקם מפרים את ההתחייבויות הבינלאומיות של ארצות הברית.³⁸
- (4) ספקנות עמוקה כלפי מערכת הסחר העולמית.³⁹
- (5) הפעלה נרחבת של סנקציות כלפי מדינות ושקנים אחרים שפועלים באופן שבעיני ארצות הברית נתפס פעולה "רעה".⁴⁰
- (6) התנגדות, לעיתים פעילה, לארגונים בינלאומיים שקשורים למערכת האומות המאוחדות.⁴¹
- (7) התנגדות לכמעט כל מוסדות השיפוט הבינלאומיים וניסיון להחלישם לצד התחמקות מהם.⁴²
- (8) התנגדות לכניסה למלחמות "ארוכות טווח", בייחוד אלו שבהן ארצות הברית נדרשת להגן על זכויות אדם.⁴³

- 38 בספטמבר 2020 קבע פאנל של מוסד יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי כי ארצות הברית הפרה את הסכמי הארגון. ראו לעניין זה Jethro Mullen, *China: U.S. Has Started the Biggest Trade War in History*, CNN (July 6, 2018).
- 39 ארצות הברית פרשה מהסכם הסחר הטרנס-פסיפי, וממשל טראמפ ביטל את הסכם הסחר עם דרום קוראה. בשני המקרים טען טראמפ כי הסכמי הסחר הללו יפגעו במשרות בארצות הברית. ראו Adam S. Posen, *The Post-American World Economy: Globalization in the Trump Era*, 97 FOREIGN AFF. 28 (2018); Harold Hongju Koh, *Trump v. International Law: Who's Winning*, 24 *Austl. Int'l L. J.* 2 (2018).
- 40 סנקציות הופעלו כלפי איראן, צפון קוראה, סין, ונצואלה, קובה וניקרגואה. בשנת 2020 הפעילה ארצות הברית סנקציות גם על בכירים בדין הפלילי הבינלאומי (ICC). ראו Bruce Zagaris, *Economic Sanctions*, 35 IELR 161 (2019); Bruce Zagaris & Julia V. Brock, *Sanctions*, 36 IELR 281 (2020).
- 41 Mao Ruipeng, *The Trump Administration's Policy toward the United Nations*, 77 CHINA INT'L STUD. 113 (2019).
- 42 שתי דוגמאות מובהקות הן הסנקציות שהטילה ארצות הברית על בכירים בדין הפלילי הבינלאומי (ICC) בעקבות החקירות נגד ארצות הברית ובעלה בריתה (ישראל) והאיי-הסכמה האמריקאית למינוי חברים לערכה הערעור (Appeals Body) של מוסד יישוב הסכסוכים, פעולה שבעקבותיה שותק גוף זה למשך תקופה לא מבוטלת. ראו Bellinger, *The Trump Administration's Approach*, 21 (3) *INTERNATIONAL STUDIES PERSPECTIVES* 275, 281-282 (2020); Andrea Birdsall & Rebecca Sanders, *Trumping International Law?*
- 43 כך למשל הודיע טראמפ על יציאה מסוריה על אף הפגיעה האפשרית בכורדים, בני בריתה של ארצות הברית בלחימה בדאעש.

(9) תמיכה מוחלטת כמעט במדיניות ישראל, לרבות שינוי עמדות משפטיות רבות שנים ופעולות שעומדות בניגוד לתפיסה המקובלת במשפט הבינלאומי, כמו שיורחב בחלק הבא.

תפיסת העולם של ממשל טראמפ כלפי המשפט הבינלאומי מייצגת תופעה רחבה יותר, והיא ההתנגשות בין המשפט הבינלאומי כמו שהתפתח מאז שנות התשעים, ובין האידאולוגיה הפופוליסטית, שאוחזים בה עלו לשלטון בשורה ארוכה של מדינות, בכללן גם ליברליות דמוקרטיות.⁴⁴

התפיסה הפופוליסטית מבוססת על כמה הנחות יסוד שמוגדות לתפיסת המשפט הבינלאומי: כך למשל המשפט הבינלאומי מבטא העדפה למוסדות בינלאומיים שבהם ניתן להביע עמדות מוגדות שכולן נתפסות לגיטימיות, ולהגעה לפשרות סביב עמדות אלו. המשפט הבינלאומי המודרני גם מבוסס על ההנחה שהקהילה הבינלאומית חולקת ערכים משותפים.⁴⁵ הפופוליזם, לעומת זאת, רואה במשפט הבינלאומי כלי לקידום אינטרסים של אליטות בעלות אינטרסים גלובליים על חשבון האינטרס הלאומי.⁴⁶ גישות פופוליסטיות מדגישות את קיומה של אמת אחת – עמדתו של "העם", המוגדר בדרך כלל על פי מאפיינים אתניים.⁴⁷ ממילא תומכי הפופוליזם מתנגדים למוסדות בינלאומיים חזקים ולתפיסה שלפיה יש ערכים בינלאומיים משותפים.⁴⁸

44 הכתיבה על הפופוליזם ועלייתו בדמוקרטיות רחבה מאוד. ראו למשל בתקופה האחרונה: DANIEL STOCKERMER (ED.), *POPULISM AROUND THE WORLD: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* (2018); TAKIS S. PAPPAS, *POPULISM AND LIBERAL DEMOCRACY: A COMPARATIVE AND THEORETICAL ANALYSIS* (2019); IVOR CREWE & DAVID SANDERS (EDS.), *AUTHORITARIAN POPULISM AND LIBERAL DEMOCRACY* (2019)

45 Heike Krieger, *Populist Governments and International Law*, 30 (3) *EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, 971 (2019)

46 Lea Ina Schneider, *The Concept of International Law in an Era of Populism*, 7 *IS. L. REV.* 28 (2020)

47 Tamar Hostovsky Brandes, *International Law in Domestic Courts in an Era of Populism*, 17 (2) *INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW* 576 (2019)

48 Frederick V. Perry, *The Assault on International Law: Populism and Entropy on the March*, 46 *SYRACUSE J. INT'L L. & COM.* 59 (2018)

אם ניתן לזהות את הפופוליזם עם תפיסה מסוימת של משפט בינלאומי, נראה שזו התפיסה ה"מסורתית" שבבסיסה העיקרון של ריבונות המדינה, וכן העיקרון הפוזיטיביסטי ולפיו מדינות מחויבות רק לכללים שעליהם הסכימו במפורש.⁴⁹ במילים אחרות: הפופוליזם דוחה לא רק את התפיסה ה"ליברלית" של המשפט הבינלאומי כמקדם ערכים מסוימים, אלא אף את התפיסה הרואה בפעילות הקולקטיבית הבינלאומית בכללה כזאת שמשקפת אינטרסים לאומיים.

השאלה עד כמה עלה בידי הפופוליזם בכלל, ובידי ממשל טראמפ בפרט, לשנות מהותית את כיווני ההתקדמות של המשפט הבינלאומי היא שאלה שנויה במחלוקת. בקרב החוקרים יש הסבורים כי הפופוליסטים אינם מנסים באמת לשנות את נתיב ההתקדמות של המשפט הבינלאומי, אלא משתמשים בהתקפות עליו ככלי לשכנוע תוך־מדינתי;⁵⁰ או כי המשפט הבינלאומי מוטמע עמוק כל כך במערכות הברוקרטיות המדינתיות ובדעת הקהל, עד שההליך המשפטי העבר־מדינתי (transnational legal process) כבר אינו מאפשר למדינה לפרוש מהמשפט הבינלאומי או להתנגד לו מהותית.⁵¹ לעומתם יש הסבורים כי המשפט הבינלאומי עומד בפני משבר שמשנה את כיוון ההתפתחות שלו לחלוטין.⁵² בין היתר הם טוענים כי הפופוליסטים החלישו מאוד את האמון הציבורי במוסדות

Eric Posner, *Liberal Internationalism and the Populist Backlash*, 49
49 ARIZ. ST. L. J. 795 (2017)

50 הסבורים כך טוענים שהאתגר העומד כיום לפתחו של המשפט הבינלאומי מוגבל לרמת הרטוריקה ובא לידי ביטוי בחוכניות מפלגתיות ובנאומים פוליטיים שמאשימים מוסדות בינלאומיים והשפעות זרות אחרות בבעיות האומה ככלי לשכנוע תוך־מדינתי. ראו למשל Krieger, *Populist Governments*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 987.

Harold Hongju Koh, *The Trump Administration and International Law*, 51
56 WASHBURN L. J. 413-465 (2017)

Philip Alston, *The Populist Challenge to Human Rights*, 9 (1) JOURNAL
OF HUMAN RIGHTS PRACTICE 1 (2017); Jan Wouters, *International Law, Informal Law-Making, and Global Governance in Times of Anti-Globalism and Populism*, in THE INTERNATIONAL RULE OF LAW: RISE OR DECLINE? 242, 262-264 (Heike Krieger et al. eds., 2019)

בינלאומיים;⁵³ וכי גישות פופוליסטיות הביאו לידי פגיעה בזכויות אדם, לרבות זכויות מהגרים וזכויות של מיעוטים.⁵⁴ ואכן תפיסות פופוליסטיות של משפט בינלאומי, שמחזקות את תפקידה של המדינה הריבונית, מתנגדות גם להתערבות בינלאומית במעשיהן של מדינות אחרות ושמירה על זכויות אדם שם.⁵⁵ עמדות פופוליסטיות בבריטניה אף הביאו לידי פרישתה של בריטניה מהאיחוד האירופי, שהיה רכיב חשוב בשיתוף הפעולה הבינלאומי של מדינה זו, פרישה שהשלכותיה על הפוליטיקה ועל הכלכלה הבריטית אדירות.⁵⁶

את יחסו של ממשל טראמפ למשפט הבינלאומי אפשר להדגים באמצעות העימות בין ארצות הברית ובין בית הדין הפלילי הבינלאומי (International Criminal Court – ICC), עימות שכפי שנראה להלן יש לו קשר אף לישראל.

1. ארצות הברית של טראמפ אל מול בית הדין הפלילי הבינלאומי

בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) הוא בית דין שבו מועמדים לדין נאשמים בביצוע פשעים בינלאומיים חמורים (פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם ותוקפנות). ההחלטה על הקמתו התקבלה בשנת 1998 ומעשית הוא החל לפעול בשנת 2002. על האמנה שהקימה אותו ("חוקת רומא") חתמו 123

Andreas Zimmermann & Norman Weiß, *International Law in Times of Anti-Globalism and Populism—Challenges Ahead: Comment on Jan Wouters*, in *THE INTERNATIONAL RULE OF LAW* 265, 270–271 (Heike Krieger et al. eds., 2019)

Alston, *The Populist*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 986; Krieger, *Populist Governments*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 5–8.

Krieger, *Populist Governments*, שם, בעמ' 989–994.

Paul Taggart, *Populism in Western Europe*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF POPULISM* 256 (Cristóbal Rovira Kaltwasser et al. eds., 2017)

מדינות, והוא מנהל הליכים משפטיים ב־13 זירות שבהן בוצעו לכאורה פשעים בינלאומיים. בית הדין מוסמך לדון בפשעים שביצעו אזרחי המדינות החברות בו (כלומר: שחתמו על חוקת רומא) או פשעים שבוצעו בשטחן. הוא גם יכול לדון בפשעים לפי הסמכה מיוחדת של מועצת הביטחון של האו"ם או של מדינה שלא הצטרפה לבית הדין.

ארצות הברית אינה חברה בבית הדין, אך התובעת של בית הדין ביקשה אישור מבית הדין לפתוח בחקירה בגין חשד כי בעימות באפגניסטן – החברה בבית הדין – בוצעו פשעים בינלאומיים בין השאר על ידי חיילי אמריקאים. ב־5 במרץ 2020 הפכה ערכאת הערעור של בית הדין הפלילי הבינלאומי את החלטתה של ערכאת קדם המשפט, וקיבלה את הבקשה. בין השאר ביקשה התובעת לפתוח בחקירה נגד אמריקאים ששירתו בכוחות המזוינים של ארצות הברית ובסוכנות המודיעין המרכזית שלה (CIA).⁵⁷

כבר בשנת 2002 העבירה ארצות הברית את החוק ההגנה על אנשי הכוחות המזוינים (American Service Members' Protection Act), האוסר על כל רשויות השלטון הפדרליות בארצות הברית לשתף פעולה עם בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC), להסגיר אליו אדם או לסייע לו בדרך כלשהי. החוק אף מסמך את נשיא ארצות הברית לנקוט את כל האמצעים הדרושים כדי להגן על החיילים האמריקאים מפני העמדה לדין בבית דין זה (סעיף שהעניק לחוק את הכינוי "חוק הפלישה להאג").⁵⁸

Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17 OA4 57
Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan (March 5, 2020)

Lilian V. Faulhaber, *American Service Members' Protection Act of 2002*, 40 HARV. J. ON LEGIS. 537 (2003); American Service Members' Protection Act of 2002, Pub. L. No. 107-206, §§ 2001-2008 (2002)

באפריל 2019, כשהחקירה טרם אושרה, ביטלה ארצות הברית את ויזת הכניסה של תובעת בית הדין.⁵⁹ ביוני 2020, בעקבות החלטתה של ערכאת הערעור לאשר את הפתיחה בחקירה, חתם הנשיא טראמפ על צו נשיאותי שמטיל סנקציות אישיות על אנשי בית הדין המעורבים בחקירה נגד אזרחים אמריקאים או נגד אזרחי בעלות ברית של ארצות הברית, לרבות תפיסת רכושם ואיסור כניסה – שלהם ושל בני משפחותיהם – לארצות הברית.⁶⁰ בצו הנשיאותי נקבע כי פעולותיו של בית הדין נגד ארצות הברית ובעלות בריתה הן בגדר סכנה לביטחון הלאומי האמריקאי ופגיעה בריבונותה.⁶¹ באופן שבו ינהג בידן כלפי בית הדין הפלילי הבינלאומי נדון להלן.

Marlise Simons & Megan Specia, U.S. Revokes Visa of I.C.C. Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes, THE NEW YORK TIMES (April 5, 2019) 59

Donald J. Trump, Executive Order on Blocking Property of Certain Persons Associated with the International Criminal Court (issued on June 11, 2020) 60

Jonathan Stempel, U.S. Judge Blocks Trump Sanctions Targeting Human Rights Lawyers, War Crimes Tribunal, REUTERS (January 5, 2021) 61

ג. יחסה של ישראל למשפט הבינלאומי בעידן טראמפ

יחסה של מדינת ישראל למשפט הבינלאומי בעידן טראמפ מורכב. בפרק זה אטען כי כדי להבין את התמונה הכוללת של יחס זה יש להתייחס לשלושה מרכיבים שלו: רמת החיכוך בין ישראל ובין המשפט הבינלאומי; חוזקם של המוסדות הישראליים התומכים בו; ויחס כללי כלפי המשפט הבינלאומי. להלן נראה כי רמת החיכוך עלתה בשורה של

נושאים, השפעתם של המוסדות הישראליים התומכים במשפט הבינלאומי נחלשה, אבל ברמה העקרונית נראה שאין שינוי, כלומר בישראל לא התפתחה התנגדות עקרונית למשפט הבינלאומי. במילים אחרות, התנועה הפופוליסטית הישראלית, הכוללת התנגדות עקרונית לכמה ממוסדות הדמוקרטיה הישראלית, לא הציבה, לפחות עד כה, עמדה רחבה של התנגדות למשפט הבינלאומי בשלל תחומים שאינם קשורים לתחומי החיכוך המסורתיים-קונקרטיים בין ישראל לבין.

1. הגברת תחומי החיכוך

בכל הנוגע לתחומי החיכוך בין ישראל למשפט הבינלאומי אדון כאן בשני נושאים עיקריים: האחד – הסכסוך הישראלי-פלסטיני ובמרכזו סוגיות הסיפוח וההתנחלויות; והשני – היחסים בין ישראל למוסדות בינלאומיים.

הסכסוך הישראלי-פלסטיני: סיפוח והתנחלויות

ביוני 1967, במהלך מלחמת ששת הימים, השתלטה ישראל על שטחים נרחבים שעד אז היו בשליטת מדינות ערב.⁶² ישראל הרשמית טענה – והיא טוענת זאת

62 ראו Shamgar, *Legal Concepts*; NEVE GORDON, *ISRAEL'S OCCUPATION*, xii (2008). לעיל ה"ש 4.

עד היום – כי בנוגע לשטחים או לפחות לחלקים מהם יש לה תביעת ריבונות טובה וכן אינטרס ביטחוני מובהק שלא לחזור ל"גבולות 67".⁶³ בדעת הקהל הישראלית וכן במפלגות הפוליטיות הייתה תמיד התנגדות, לעיתים ניכרת, לכל ויתור משמעותי על שליטת ישראל בשטחים, והם נתפסו חלק בלתי נפרד ממדינת ישראל. מנגד נשללה גם האפשרות לספחם. סיפוח היה מעלה טענות בדבר הפרה של החוק הבינלאומי כמו שבא לידי ביטוי בין היתר במבוא להחלטה 64,242 ומכניס את ישראל למסלול התנגשות עם מדינות רבות בעולם, נוסף על האיום הדמוגרפי על אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

הפתרון שמצאה ישראל למתח בין הרצון שלא לוותר על השטחים ובין הקושי לספח אותם, ולמחלוקת הפוליטית הפנימית ביחס לעתידם, היה יצירת עמימות מובנית בנוגע למעמדם. הנוסחה שנבחרה הייתה להצהיר שישראל אינה "כובשת" את השטחים, אלא "מחזיקה" בהם בתפיסה לוחמתית או "מנהלת" אותם כ-Administered Territories.⁶⁵ את החוק הישראלי במלואו – מהלך שבמשפט הבינלאומי משמעותו זהה לסיפוח – החילה ישראל עם השנים על שני אזורים: מזרח ירושלים ורמת הגולן.

העמדה הישראלית שלפיה לשטחים שנתפסו ב-1967 יש מעמד מיוחד (sui generis) לא שכנעה אף מוסד בינלאומי. כל המוסדות הבינלאומיים שעסקו בנושא – לרבות בית הדין הבינלאומי (ICJ – International Court of Justice),⁶⁶ מועצת הביטחון של האו"ם⁶⁷ והעצרת הכללית של האו"ם⁶⁸ – וכמעט כל

63 Abba Eban, *Israeli Statesman*, DER SPIEGEL (Nov. 5, 1969)

64 UN Security Council Resolution 242, S/RES/242 (22 November, 1967)

65 לשימוש בביטוי בפסיקה ראו למשל עניין אבו עיטה, לעיל ה"ש 4; Shamgar, *Legal Concepts*, לעיל ה"ש 4.

66 ראו בחוות הדעת בעניין גדר ההפרדה, לעיל ה"ש 4.

67 החלטות מועצת הביטחון S.C. Res. 446 (March 22, 1967); S.C. Res. 242 (Nov. 22, 1967); S.C. Res. 1435 (Sept. 24, 2002)

68 לפירוט ההחלטות של העצרת הכללית של האו"ם המתייחסות ליהודה ושומרון כאל שטח כבוש ראו יש דין והקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל זולא חסר תקדים: ניתוח משפטי

המשפטנים העוסקים במשפט בינלאומי סבורים כי מעמדה של ישראל בשטחים, לרבות במזרח ירושלים וברמת הגולן, הוא של "מעצמה כובשת" לפי דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. בסופו של דבר, לפי תפיסה זו, שטחי הגדה והרצועה מיועדים למימוש זכות ההגדרה העצמית של העם הפלסטיני (בכפוף לתיקוני גבול מוסכמים בין ישראל לפלסטינים), ושטחי רמת הגולן אמורים להיות מושבים לסוריה בכפוף לחתימה על הסכם שלום.

עם השנים "התמתנה" במקצת עמדתה של ישראל. ראשית, היא הסכימה לקבל עליה לפעול לפי דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי כמו שהם מופיעים ב"תקנות האג בדבר דיני המלחמה"⁶⁹, ואף הסכימה להחיל על עצמה את "החלקים ההומניטריים" של אמנת ג'נבה הרביעית, העוסקים גם הם בדיני הכיבוש.⁷⁰ שנית, נציגי המדינה הסכימו שלא לחלוק על סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לדון בעתירות של תושבי השטחים.⁷¹ צעדים אלו סייעו לישראל לחמוק מהדיון העקרוני במעמד השטחים, ובמידה מסוימת – בעיקר בעקבות הכפפתם לביקורת בג"ץ – אף יצרו לגיטימציה מסוימת לשליטתה בהם.⁷²

הדיון הפוליטי והמשפטי במעמדם של השטחים היה קשור תמיד לסוגיית ההתנחלויות – הקמתם של יישובים רבים בשטחים שבהם מתגוררים אזרחי מדינת ישראל. כל המוסדות הבינלאומיים שעסקו בנושא מבחינה משפטית וכמעט כל מדינות העולם מסכימים כי מכיוון שהשטחים הם במעמד של שטח

של דו"ח הוועדה לבחינת מצב הבניה ביהודה ושומרון ("ועדת לוי") 99 (2014) (להלן: דוח ועדת לוי).

The Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague 18 October 1907, 205 CTS 277; 36 Stat 2277

Meir Shamgar, *The Observance of the International Law in the Administered Territories*, 1 ISR. YEARBOOK OF HUMAN RIGHTS 262 (1971)

71 בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973).

72 DAVID KRETZMER, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES*, 187 (2002)

כבוש, ממילא ההתנחלויות אינן חוקיות על פי המשפט הבינלאומי.⁷³ הבעיה העיקרית טמונה בסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כך:

המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית לשטח שכבוש על ידה.

הפרשנות המקובלת לסעיף זה היא כי הוא אוסר על מדיניות ההתנחלויות, שבמסגרתה אזרחים ישראלים עוברים להתיישב בשטחים בהסכמתה ובתמיכתה של ממשלת ישראל.⁷⁴ ישראל התנגדה לפירוש זה וטענה כי גם אם דיני הכיבוש חלים על השטחים, סעיף זה אוסר העברה בכפייה של אזרחים, ולכן אינו רלוונטי להתנחלויות. לטענתה היא איננה מעבירה את אזרחיה, ודאי שלא בכפייה, לשטחים, שכן הם מתיישבים בהם מרצונם.⁷⁵ עמדה זו בעייתית במיוחד לנוכח נוסח האיסור במשפט הפלילי הבינלאומי הכולל איסור על העברה "ישירה או עקיפה" של אזרחי המדינה הכובשת לשטחים הכבושים.⁷⁶

ואולם למרות ההתנגדות הבינלאומית הנרחבת להתנחלויות, מאז 1967 קידמה אותן ישראל בעקביות בעיקר – אך לא רק – תחת ממשלות הימין. כיום גרים בהתנחלויות כמעט חצי מיליון ישראלים, ועוד כ־200 אלף אזרחים ישראלים יהודים גרים במזרח ירושלים. במקביל, ואולי כתוצאה מכך, במשך השנים, בייחוד בשנים האחרונות, הפכה ישראל למעשה חלקים נכבדים מיהודה ושומרון לחלק

73 סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ־12 באוגוסט 1949, כ"א 559, 30 (נחתמה ב־1949, אושרה ונכנסה לחוק ב־1951).

74 KRETZMER, THE OCCUPATION, לעיל ה"ש 72, בעמ' 75–100; ראו גם אורנה בן נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי: בין מלחמה לשלום 182–183 (2006); ובחוות הדעת בעניין גדר ההפרדה, לעיל ה"ש 4, בפסקה 120.

75 את העמדה הזאת הציג באופן בהיר ביותר אלן בייקר, לשעבר היועץ המשפטי של משרד החוץ. ראו Alan Baker, *The Settlements Issue: Distorting the Geneva Conventions and the Oslo Accords*, 23 JEWISH POLITICAL STUD. REV. 32 (2011) והיא אומצה גם בדוח ועדת לוי, לעיל ה"ש 68, בפסקאות 5–6.

76 העמדה הננקטת בסעיף 8(2)(ב)(8) לחוקת רומא. ראו Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 90

ממדינת ישראל. מבחינה פורמלית גוש עציון, אריאל ויישובי מערב השומרון אמנם נחשבים בשלטון צבאי, אך בהתנהלות היום-יומית קשה מאוד למצוא הבדלים בין החיים ביישובים אלה ובין החיים במדינת ישראל שממערב לקו הירוק. כך בהתנהלות היום-יומית, וכך גם מבחינה חוקית כשבעשורים האחרונים תרגם לא פעם המפקד הצבאי את החוק הישראלי והחיל אותו בשטחי ההתנחלויות, לצד תחולה פרסונלית של חלקים ניכרים של הדין הישראלי על אזרחים ישראלים ועל פקידי ממשל המפעילים סמכות שלטונית שם. גם מוסדות שלטון ישראליים הוקמו ופועלים ביהודה ושומרון, לרבות בתי משפט ושלוחות של משרדי ממשלה.⁷⁷

במשך השנים הייתה עמדתה של ארצות הברית בנוגע לעתידם של השטחים ולהתנחלויות עמומה. בשנת 1978 חיבר היועץ המשפטי של משרד החוץ האמריקאי הרברט הנסל (Hansell) מכתב לוועדת החוץ של בית הנבחרים, ובו קבע כי מעמדה של ישראל בשטחים היא כשל "מעצמה כובשת" (belligerent occupant) וכי ההתנחלויות "אינן עולות בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי".⁷⁸ כלפי הסכסוך הישראלי-פלסטיני אימצה ארצות הברית מסוף שנות התשעים את העמדה כי הפתרון יהיה בהקמתה של מדינה פלסטינית לצד מדינת ישראל, שגבולותיה תואמים פחות או יותר את גבולות יוני 1967.⁷⁹ הנשיא רייגן הסתייג מהעמדה כי ההתנחלויות אינן חוקיות, ואף הנשיא בוש נמנע מלהביע עמדה חד-משמעית כזאת.⁸⁰ גם ממשל אובמה העדיף רוב תקופתו לומר שההתנחלויות

77 לימור יהודה ואחרים שלטון אחד, שתי מערכות חוק: משטר הדינים של ישראל בגדה המערבית (2014). יש לציין כי התהליך התגבר מאוד בשנים האחרונות, אך חוקרים כבר זיהו אותו בסוף שנות השמונים. ראו אמנון רובינשטיין "מעמדם המשתנה של הישטחים": מפקדון מוחזק לייצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא 236, 256 (1987); Eyal; BENVENISTI, LEGAL DUALISM: THE ABSORPTION OF THE OCCUPIED TERRITORIES INTO ISRAEL (2019)

78 Herbert J. Hansell (Legal Advise, Department of State), Letter to the House Committee on International Relations (April 21, 1978), reprinted in 17 ILM 777 (1978)

79 Kelli Robinson, What is U.S. Policy on the Israeli-Palestinian Conflict, COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS (Feb. 11, 2021)

80 CHURCHES FOR MIDDLE EAST PEACE (CMEP), STATEMENTS FROM U.S GOVERNMENT OFFICIALS CONCERNING ISRAELI SETTLEMENTS; JODY BOUDREAU, EMMA NAUGHTON, & YASSER SALAAM, U.S. OFFICIAL STATEMENTS: ISRAELI SETTLEMENTS/THE FOURTH GENEVA CONVENTION, Vol. 2 (1992)

הן "מכשול לשלום",⁸¹ מושג שמשדר עמימות משפטית מסוימת. רק בחודש האחרון של ממשלו, דצמבר 2016, התבררו ממדי המחלוקת. שר החוץ קרי הכריז שההתנחלויות אינן לגיטימיות, וארצות הברית נמנעה מלהטיל וטו על החלטת מועצת הביטחון 2334, שהכריזה במפורש כי השטחים כולם הינם בגדר שטח כבוש, וההתנחלויות הן בגדר הפרה בוטה של המשפט הבינלאומי.⁸²

בחירתו של הנשיא טראמפ הביאה לידי שינוי משולב של העמדה הישראלית והאמריקאית בנוגע לשטחים ולהתנחלויות כאחת, שינוי שבעקבותיו נוצר פער גדול עוד יותר בין העמדה הישראלית/אמריקאית ובין העמדה המקובלת במשפט הבינלאומי.

ב־6 בדצמבר 2017 הודיע הנשיא טראמפ על העברת שגרירות ארצות הברית לירושלים,⁸³ וב־14 במאי 2018 המהלך בוצע.⁸⁴ ב־21 במרץ 2019 הודיע הנשיא טראמפ על הכרה אמריקאית בריבונות הישראלית ברמת הגולן,⁸⁵ ובספטמבר 2019 הודיע ראש הממשלה נתניהו כי אם יזכה בבחירות (שהיו בספטמבר 2019), יפעל בתיאום עם ארצות הברית לסיפוח של בקעת הירדן.⁸⁶ בנובמבר 2019 קבע שר החוץ של ארצות הברית מייק פומפאו (Pompeo) כי ההתנחלויות כשהן

Ilai Z. Saltzman, *Not So "Special Relationship"? US-Israel Relations During Barack Obama's Presidency*, 22 (1) ISRAEL STUDIES 50, 56 (2017) 81

UN Security Council Resolution 2334, S/RES/2334 (23 December, 2016); Jacob Dolinger, *UN Antagonism towards the State of Israel: Resolution 2334 of the UN Security Council: A Misinterpretation of International Law*, 50 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 59 (2019) 82

Mark Landler, *Trump Recognizes Jerusalem as Israel's Capital and Orders US Embassy to Move*, THE NEW YORK TIMES 6 (2017) 83

Paul Goldman & Alexander Smith, *Jerusalem Embassy Opens as U.S. Tells Israel "You are not Alone"*, NBC NEWS (2018) 84

Steve Holland & Jeff Mason, *Trump Recognizes Golan Heights as Israeli, Boosting Netanyahu and Angering Syria*, REUTERS (2019) 85

מורן אזולאי ואלישע בן קימון "ה'הצהרה הדרמטית' של נתניהו: אם אבחר אספח את בקעת הירדן וצפון ים המלח" *ynet* (2019). 86

לעצמן (per se) אינן בגדר הפרה של המשפט הבינלאומי.⁸⁷ אין ספק שהביטוי הציבורי המובהק ביותר לשינוי במדיניות הישראלית-אמריקאית בנוגע לטיפול הייתה התוכנית "משלום לשגשוג" (Peace to Prosperity) של הנשיא טראמפ, שפורסמה בינואר 2020. עיקרה של התוכנית היה היתר לישראל לספח כ-30% משטחי יהודה ושומרון, בכלל זה כמעט כל ההתנחלויות. בעקבות שורת החלטות זו נוצר פער הולך וגדל בין מדינת ישראל ובין המשפט הבינלאומי בנושא הטיפול וההתנחלויות.

חקירת חשדות על ידי מוסדות בינלאומיים

בשנים האחרונות התגלעו כמה מחלוקות חשובות בין ישראל ובין מוסדות מסוימים שאוכפים את המשפט הבינלאומי. דוגמה אחת היא מועצת האו"ם לזכויות אדם – גוף פוליטי שבו חברות 47 מדינות (בכללן מדינות לא מעטות שידועות באי-שמירה שלהן על זכויות אדם כמו אפגניסטן, ונצואלה, סומליה וקונגו) – שקיבלה החלטות רבות נגד ישראל בין היתר על הקמתן של ועדות חקירה למבצעים ברצועת עזה – "ועדת גולדסטון" בעקבות מבצע "עופרת יצוקה" (2008); וועדת חקירה לעניין מבצע "צוק איתן" (2014). כבר לפני כעשור ניתקה ישראל את כל קשריה עם המועצה. ב-24 במרץ 2016 קיבלה מועצה זו החלטה שמגנה את ההתנחלויות ביהודה ושומרון, וביקשה מנציב זכויות האדם ליצור רשימה של עסקים פרטיים שפועלים בהתנחלויות (בכלל זה מזרח ירושלים).⁸⁸ רשימה כזאת אכן פורסמה בפברואר 2020.⁸⁹ בתגובה הודיע שר החוץ ישראל כ"ץ כי הורה לנתק את כל הקשרים עם המועצה, וכי ישראל

TOI Staff, *Full Text of Pompeo's Statement on Settlements*, TIMES OF ISRAEL (November 19, 2019) 87

UN Human Rights Council, Resolution Adopted by the Human Rights Council on 24 March 2016 – 31/36. *Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan*, A/HRC/RES/31/36 (Apr. 24, 2016) 88

UN Rights Office Issues Report on Business Activities Related to Settlements in the Occupied Palestinian Territory, UN HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER (n.d.) 89

פנתה למושלי מדינות בארצות הברית כדי שיגנו את ההחלטה.⁹⁰ ארצות הברית, יש לציין, פרשה ממועצת זכויות האדם כבר בשנת 2018, בעיקר בשל יחסה לישראל.⁹¹

מבחינה משפטית המוסד העלול להגיע לחיכוך הגדול ביותר עם מדינת ישראל הוא בית הדין הפיליפי הבינלאומי (ICC). בשנת 2015 הצטרפה "מדינת פלסטין" לחוקת רומא והגישה לבית הדין תלונות בגין טענות לביצוע פשעי מלחמה כחלק מהסכסוך הישראלי-פלסטיני. בשנים שחלפו מאז קיימה התובעת פטו בנסודה (Fatou Bensouda) בדיקה מקדמית, שבמהלכה אספה מידע שמצביע על חשש לביצוע פשעים מצד שני הצדדים לסכסוך. בסופה של הבדיקה הגישה התובעת בקשה לבית הדין להורות על המשך החקירה. במסמך הפנייה לבית הדין כתבה התובעת כי על בסיס הבדיקה המקדמית היא סבורה כי התגבשה תשתית ראייתית שעל פיה ישראלים ופלסטינים ביצעו את הפשעים האלה:⁹²

הישראלים – העברת אוכלוסייה לשטח כבוש אחרי 2014 (פעילות להרחבת התנחלויות ישראליות בגדה ובמזרח ירושלים); ותקיפות מכוונות או לא מידתיות נגד אזרחים, יעדים אזרחיים ויעדים רפואיים במבצע צוק איתן. עוד קיימת האפשרות כי בעתיד ייאסף די מידע שיצביע על שימוש בכוח בלתי מידתי לפיזור המהומות על יד הגדר בעזה משנת 2018 ואילך שעולה כדי פשע בינלאומי.

הפלסטינים – תקיפה מכוונת מצד הפלגים הפלסטינים בעזה כלפי אזרחים ישראלים; שימוש במגינים אנושיים; ענישה ללא משפט; רצח, עינויים ופגיעה בכבוד האדם.

⁹⁰ אריאל כהנא ואפרת פורשר "כך מתכוונת ישראל להיאבק ב'רשימה השחורה' של מועצת זכויות האדם של האו"ם" **ישראל היום** (13.2.2020).

⁹¹ Colin Dwyer, U.S. Announces Its Withdrawal from U.N. Human Rights Council, NPR (June 19, 2018)

⁹² ICC-OTP, Prosecution Request Pursuant to Article 19(3) for a Ruling on the Court's Territorial Jurisdiction in Palestine, ICC-01/18-12, (Jan. 22, 2020)

התובעת אף בדקה אם התקיימו תנאי הסמכות של בית הדין – קרי, האם "מדינת פלסטין" היא מדינה והאם הפשעים בוצעו בשטחה; האם הטענות בדבר פשעים נחקרו בבתי דין ישראליים ופלסטיניים באופן שמיתר את סמכותו של בית הדין (עקרון ה"משלימות"); והאם נתקיימו התנאים המיוחדים של חומרה והאם אין שיקולים שמצדיקים את סגירת ההליכים.

בהחלטתו נגע בית הדין, בהתאם לבקשת התובעת, בשתי שאלות בלבד: סמכותה של התובעת לחקור את המצב בפלסטין לנוכח המחלוקת על עצם היותה מדינה; והיקף שטחה של "מדינת פלסטין", אם אכן תוכר ככזאת.⁹³ בשתי השאלות תמך בית הדין (בדעת רוב) בעמדתה של התובעת. בית הדין קבע כי פלסטין נחשבת "מדינה חברה" בחוקת רומא, בלי לקבוע כל עמדה בנוגע למעמדה הכללי של "מדינת פלסטין" במשפט הבינלאומי. עוד קבע בית הדין כי שטחה של מדינת פלסטין כולל את כל הגדה המערבית ומזרח ירושלים וכן את רצועת עזה.

בעקבות ההחלטה החליטה התובעת לפתוח בחקירה בעניין החשדות האמורים, חקירה שעשויה לכלול גם פשעים נוספים שיתגלו במהלכה. חקירה זו עשויה להביא לידי הגשת כתבי אישום וצווי מעצר נגד ראשי הממשל והצבא בישראל ונגד ראשי הזרוע הצבאית של חמאס וארגונים פלסטיניים אחרים. משמעות הדבר היא כי כל אחת מ-123 המדינות החברות תצטרך לעצור ולהסגיר לידי בית הדין כל חשוד שהוגש נגדו צו מעצר ומצוי בשטחה.

הסכנה הקונקרטית היא הגבלת האפשרות של בכירים ישראלים לנסוע בעולם. בית הדין הפילי הבינלאומי (ICC) הוא ערכאה של מוצא אחרון, שמטרתה לוודא שאין פטור מעונש למבצעי הפשעים הבינלאומיים החמורים ביותר, ועל כן הוא מתמקד בבכירים – ראשי מדינה, שרים, מפקדי הצבא וזרועות הביטחון. גנרלים – ולא קצינים וחיילים זוטרים. הגשת כתבי אישום נגד ראשי המדינה עלולה לפגוע קשות בדימויה של ישראל בעולם וביחסי החוץ שלה.

Decision on the "Prosecution Request Pursuant to Article 19(3) 93
for a Ruling on the Court's Territorial Jurisdiction in Palestine,"
ICC-01/18-143 (Feb. 5, 2021)

2. היחלשות המוסדות הפנימיים התומכים במשפט הבינלאומי

ההיבט השני שבו בא לידי ביטוי יחסה של ישראל למשפט הבינלאומי הוא מעמדם של המוסדות הפנימיים. כאמור לעיל, במשפט הבינלאומי תומכים בישראל מוסדות רבים: השירות המשפטי הציבורי, ענף הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית, ארגוני זכויות אדם ובית המשפט העליון. כל המוסדות הללו מצויים בשנים האחרונות תחת מתקפה.

• **השירות המשפטי הציבורי.** בשנים האחרונות הציבו כוחות פוליטיים על לוח המטרה את המערך המשפטי-ציבורי והם תוקפים את מערך הייעוץ המשפטי הממשלתי.⁹⁴ בעיקר נאמר כי היועץ המשפטי לממשלה הוא אקטיביסט ופועל ללא סמכות. ההתקפה אמנם לא כוונה ישירות אל תפקודו של היועץ המשפטי בהקשר הבינלאומי, אך היא החלישה את יכולתו לקדם הליכים שזקוקים לתמיכה פוליטית.

• **הפרקליט הצבאי הראשי.** בקבוצות שונות באוכלוסייה התערער מעמדו של הפרקליט הצבאי הראשי בייחוד מאז פרשת החייל אלאור אזריה, שהואשם בהריגה על שירה במחבל לאחר שנתפס. סקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2018 מצא כי כמעט שני שלישים (62%) מהציבור היהודי הסכימו או הסכימו מאוד עם ההיגד ש"ההקפדה על החוק של הפרקליטות הצבאית מגבילה את צה"ל ומקשה עליו לעמוד במשימותיו הצבאיות"; וכי 60% מהנשאלים הסכימו כי "אם במהלך פעילות מבצעית חייל צה"ל פעל בניגוד לערכי צה"ל יש לבצע תחקיר פיקודי/מבצעי בלבד, ולא לערב בכך גורמים חיצוניים דוגמת מצ"ח והפרקליטות הצבאית".⁹⁵

94 ראו למשל אביעד בקשי הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות (נייר מדיניות פורום קהלת, מהדורה שנייה 2017); אהרן גרבר "המניעה המשפטית": כיצד השתלט היועמ"ש על הרשות המבצעת" מידה (10.3.2021).

95 המכון הישראלי לדמוקרטיה סקר ערכים בלחימה: לוחמי צה"ל (2018).

• **ארגוני זכויות אדם.** בשנים האחרונות נתפסים ארגוני זכויות האדם כבוגדים וכפועלים נגד מדינת ישראל. בניגוד לשנת 2010, אז רק 30% מהציבור היהודי הסכימו מאוד עם האמירה שארגוני זכויות אדם מזיקים למדינה, ב־2016 עלה שיעור המסכימים עם אמירה זו ל־60%. בסקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2018 בנושא "ערכים בלחימה בטרור" 73.5% מהנשאלים מהציבור היהודי תמכו בהיגד ש"פעילותם בישראל של ארגוני זכויות אדם ישראלים כמו בצלם או שוברים שתיקה פוגעת בלחימה של ישראל בטרור". כשנשאלה השאלה בנוגע לפעילותם של ארגונים אלה בחוץ לארץ, עלה שיעור הסבורים כי פעילותם פוגעת בלחימה בטרור ל־78.9%. הירידה בתמיכה בארגוני זכויות האדם (או העלייה בהתנגדות להם) באה במקביל לשורה של מאמצי חקיקה נגדם, ששיאה בתיקון לחוק העמותות מ־2016, שבו נקבע שעמותה שרוב המימון שלה מגיע מישות מדינית זרה צריכה להצהיר על כך בכל פרסום שלה ובכל פנייה בכתב לחברי הכנסת.⁹⁷

• **בית המשפט העליון.** מהמתרחש ברחבי העולם עולה כי כאשר הפופולזים מתגבר, בתי המשפט נוטים להירתע משימוש במשפט הבינלאומי. בתקופות כאלה בתי המשפט ממילא מותקפים, ושימוש נרחב במשפט הבינלאומי רק עלול להגביר מתקפות אלה. הישענות על המשפט הבינלאומי לשם ביקורת על החלטות של מוסדות נבחרים לאומיים נתפסת כחסרת לגיטימיות דמוקרטית, ולכן הם נוקטים טכניקות התחמקות ונסוגים מהחלה של המשפט הבינלאומי.⁹⁸ ואכן, נראה שגם בית המשפט העליון הישראלי נסוג מעט מההסתמכות על המשפט הבינלאומי שאפיינה אותו עד תום העשור הראשון של המאה ה־21. כך ניכר בפיסקות בנוגע לשטחים,⁹⁹ וכך גם באמירות ביקורתיות מאוד של שופטים בבית המשפט העליון כלפי המשפט הבינלאומי.¹⁰⁰

96 ש.ס.

97 עמיחי כהן מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד 252–256 (2020).

98 Hostovsky Brandes, *International Law*, לעיל ה"ש 47.

99 Tamar Hostovsky Brandes, *The Diminishing Status of International Law in the OPT's*, INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW (forthcoming)

100 לעניין זה ראו את דברי סולברג בפרשת דויקאח: "חפצי־חיים אנחנו, ולא נמוח

עולה אפוא שהמוסדות שהיו בסיס התמיכה "המוסרי" במשפט הבינלאומי בישראל הולכים ומאבדים את התמיכה הציבורית בהם ואת כוחם, כך שהפערים בין ישראל למשפט הבינלאומי גדלים גם בהיבט זה.

3. יחס כללי למשפט הבינלאומי

ההיבט השלישי שבו בא לידי ביטוי יחסה של ישראל למשפט הבינלאומי הוא היחס העקרוני אליו. כאמור, בכל הנוגע למצב ביהודה ושומרון ויחסם של המוסדות הבינלאומיים לכך, נראה שבתקופתו של טראמפ פסעו המדיניות הישראלית והמדיניות האמריקאית יד ביד לכיוון של חיכוך נרחב עם הקהילה הבינלאומית. עם זאת, בניגוד לעמדות הרווחות בארצות הברית, דומה שבשאר לא רווחה מגמה כללית של התנגדות לאמנות בינלאומיות רב־צדדיות בנושאים אחרים כמו סחר בינלאומי או זכויות אדם (שלא בהקשר הישראלי-פלסטיני). להפך. בשנת 2010 הצטרפה ישראל לארגון OECD, חתמה על שורה של אמנות,¹⁰¹ וכחלק מהמהלך התאימה את חקיקתה הפנימית לדרישותיו של הארגון; ובשנת 2012 אישרה את האמנה לזכויות אנשים עם מוגבלויות.¹⁰² בכל הנוגע לסחר בינלאומי באופן כללי, אם ניתן לזהות כיוון התקדמות כלשהו במדיניות ישראל, הרי הוא לכיוון של שיתוף פעולה רב יותר עם הגורמים הבינלאומיים.¹⁰³

על קידוש אמנת ז'נבה. גלוי וידוע, כי מדינת ישראל מתמודדת עם מלאכי־חבלה חורשי־רע, שהוגי האמנות לא חזו כלל בעיני־רוחם בעת שעיצבו וגיבשו את הוראותיהן". בג"ץ 6826/20 דויקאט נ' ימפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פסקה 28 לדברי השופט סולברג (פורסם בנבו, 25.10.2020).

OECD, *Agreement on the Terms of Accession of the State of Israel to the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development* (March 11, 2010)

102 האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות (נפתחה לחתימה ב-2007): Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2515 UNTS 3 (Mar. 30, 2007)

103 ראו למשל את המדיניות שהוביל בנט כשהיה שר הכלכלה לאיחוד התקנים

הדוגמה המובהקת ביותר להבדל בין מדיניות ישראל למדיניותה של ארצות הברית היא אולי הסכם פריז משנת 2015 להפחתת הפליטה של גזי החממה וגורמים נוספים שמביאים לידי שינויי האקלים.¹⁰⁴ ארצות הברית פרשה מההסכם בשנת 2017 (פרישה שנכנסה לתוקף בשנת 2020); ואילו ישראל אישרה את ההסכם בשנת 2016 ופועלת ליצירת אסטרטגיה ליישום.¹⁰⁵

יש כמה הסברים להבדל בין ישראל לארצות הברית בהקשר הכללי של היחס למשפט הבינלאומי. הסבר אחד הוא ההסבר הראליסטי: ישראל פועלת בשיתוף פעולה בינלאומי כאשר שיתוף הפעולה מועיל לה, והאינטרסים שלה ושל ארצות הברית אינם זהים לחלוטין בכל מקרה ומקרה. ישראל היא כלכלה קטנה יחסית ותלויה יותר מארצות הברית בשיתוף פעולה עם הקהילה הבינלאומית. כדי לתמוך בכלכלה הישראלית מוטת הייצוא, ישראל צריכה אפוא להגיע לכמה שיותר שיתופי פעולה בינלאומיים.

ואולם נראה שההסבר להבדלים בין ישראל לארצות הברית אינו מתמצה רק באינטרסים מקומיים וקונקרטיים של המדינות. עמדתו של ממשל טראמפ בארצות הברית הייתה עמדה פופוליסטית-לאומית, שהובילה למדיניות בדלנית, כזאת שנוטה לראות בכל שיתוף פעולה בינלאומי רב-צדדי פעולה שמנוגדת לריבונות האמריקאית. במובן זה ארצות הברית בהנהגתו של טראמפ נקטה עמדה יוצאת דופן בהשוואה לשאר מדינות העולם, בוודאי בהשוואה לעולם המערבי. כך למשל ארצות הברית היא המדינה המערבית היחידה שפרשה מהסכם האקלים.¹⁰⁶

הישראליים עם התקנים הבינלאומיים, שנועד להסיר חסמי הייבוא ולאפשר את שילובה של ישראל בשווקים הבינלאומיים. אורה קורן "בנט הוביל רפורמות במכון התקנים וביבוא: אך ניצל רק מעט מהפוטנציאל שהיה לו, דה מרקר (24.2.2015).

United Nations Framework Convention on Climate Change, Adoption of the Paris Agreement, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1 (December 12, 2015) 104

105 המשרד להגנת הסביבה התכנית הלאומית ליישום הסכם פריז (ספטמבר 2016); וראו גם עדי חשמונאי "ישראל אשררה את הסכם האקלים: מחויבים למאבק בתחממות הגלובלית" חדשות וואלה (14.11.2016).

White House Press Secretary, *Statement by President Trump on the* 106

ישראל, לעומת זאת, מבוססת מראשית קיומה על הכרה בצורך בשיתוף פעולה בינלאומי. אין כיום בישראל תנועה חשובה שקוראת להתנתקות כללית ממוסדות בינלאומיים, וההתנגדות ממוקדת בארגונים שנתפסים "אנטי-ישראליים". כך למשל לו ניתן היה להבטיח שמוסדות בינלאומיים מסוימים לא יפעלו במכוון נגד ישראל, קשה להניח שבישראל הייתה מתפתחת התנגדות לשיתוף פעולה עימם. לכן ההצטרפות לארגון OECD למשל אינה נתפסת בעייתית. אפשר רק להניח שלו היה מוצע לישראל להצטרף כחברה מלאה בברית נאט"ו, לא הייתה נשמעת התנגדות ציבורית ניכרת, והיתרונות הרבים שישראל הייתה יכולה להפיק מהשתתפות בברית זו היו גוברים בקלות על ההתנגדויות.

Paris Climate Accord (June 1, 2017), *supra* note 37; Johannes Urpelainen & Thijs Van de Graaf, *United States Non-Cooperation and the Paris Agreement*, 18 (7) CLIMATE POLICY 839, 389-840 (2018)

ד. עמדתו של ממשל ביידן כלפי המשפט הבינלאומי

עם תחילת כהונתו הפך ביידן את שינוי המדיניות כלפי הקהילה הבינלאומית לאחת מאבני היסוד של ממשלו. כבר בנאום ההשבעה שלו אמר ביידן כי: "אנו נשקם את הבריתות שלנו, ושוב נשתלב עם העולם, לא כדי להתמודד עם אתגרי העבר, אלא כדי להתמודד עם אתגרי היום והעתיד [...] אנו נהיה שותף חזק ונאמן למען שלום, קדמה וביטחון".¹⁰⁷ את עמדתו

כלפי מדיניות החוץ פרס ביידן בנאום שנשא במשרד החוץ האמריקאי ב־4 בפברואר 2021,¹⁰⁸ ובאופן מפורט אף יותר במסמך "הנחיות אסטרטגית הביניים של הביטחון הלאומי" (Interim National Security Strategic Guidance) מחודש מרץ 2021.¹⁰⁹ במסמך מפורט זה העמיד ביידן את מדיניותו בתחומי החוץ בניגוד חזיתי לזו של קודמו.

ראשית מודגשת במסמך הכוונה לעבוד בשיתוף עם מדינות חברות, שכן האתגרים העומדים לפני העולם ייפתרו רק בפעולה משותפת של מדינות. המסמך תוקף במפורש את המדיניות הבדלנית של קודמו, מדיניות שמותירה את ארצות הברית "מבודדת יותר, משגשגת פחות, ובטוחה פחות".¹¹⁰ כך למשל מדגיש המסמך את מחויבותה של ארצות הברית לפתרון בעיית האקלים כחלק משיתוף פעולה בינלאומי.¹¹¹

107 התרגום שלי, Full text: Joe Biden Inauguration Speech Transcript, POLITICO (January 20, 2021)

108 Transcript: President Joe Biden Delivers Foreign Policy Speech, NIKKEI ASIA (February 4, 2021)

109 INTERIM NATIONAL SECURITY STRATEGIC GUIDANCE (March, 2021)

110 שם, בעמ' 7.

111 שם, בעמ' 11.

שנית, המסמך מבהיר שמדיניות החוץ האמריקאית תתבסס על קידום של ערכים דמוקרטיים ושיתוף פעולה עם מדינות דמוקרטיות.¹¹² המסמך מדגיש את השלכותיה של עמדה זו: ארצות הברית תוביל, עם בעלות בריתה יחד, את המאבק במשטרים אוטוריטריים; היא תפסיק את התמיכה בפעילות התקפיות בתימן (כלומר תחדל מלתת יד חופשית לערב הסעודית במלחמה זו); והיא תפעל נגד הפגיעות הסיניות בזכויות אדם.¹¹³ בכל הנוגע לארגונים הבינלאומיים הדגיש ביידן את תמיכתו בארגון האומות המאוחדות כמוקד לפעילות אמריקאית.¹¹⁴ ככלל, המסמך מדגיש את התמיכה האמריקאית המחודשת בארגונים בינלאומיים: כך בארגון האו"ם בעניין תוכנית השלום בתימן; וכך בארגון הבריאות העולמי בעניין המאבק בקורונה.

בהתייחסות ספציפית למשפט הבינלאומי מבהיר המסמך כי אחת מאבני היסוד של המדיניות האמריקאית תהיה "להוביל ולשמר מערכת בינלאומית יציבה ופתוחה, המבוססת על בריתות ושותפויות דמוקרטיות חזקות, ועל מוסדות רב לאומיים וכללים".¹¹⁵ במילים אחרות: המסמך מבהיר כי עמדתו של ממשל ביידן מנוגדת לחלוטין לעמדתו של טראמפ.

בנוגע לנושא הסחר, המטריד רבים מהאמריקאים, המסמך מתון יותר. המסמך מבהיר כי ארצות הברית תיכנס להסכמי סחר חופשי חדשים רק לאחר שיובהר שלא תהיה בהם פגיעה נוספת בעובדים אמריקאים ובמשרותיהם. בכך מבטא המסמך תפיסה שהופיעה גם בנאומו של ביידן שהוזכר לעיל,¹¹⁶ ובו השתמש ביידן במונח "קידום מדיניות החוץ עבור מעמד הביניים" (advancing a foreign policy for the middle class) כבסיס למדיניות הכלכלית הבינלאומית שלו.

112 שם, בעמ' 19.

113 שם, בעמ' 21.

114 שם, בעמ' 12.

115 שם, בעמ' 9: "Lead and sustain a stable and open international system, underwritten by strong democratic alliances, partnerships, multilateral institutions, and rules"

116 *Transcript*, לעיל בה"ש 108.

”מדיניות החוץ עבור מעמד הביניים” הוא שם קוד למדיניות זהירה יותר בתחום הסחר החופשי הבינלאומי, כזאת שלוקחת בחשבון גם את האינטרסים של מעמד הביניים האמריקאי, שנפגע בשל הסטת הייצור הבינלאומי למדינות מפותחות פחות, שבהן הייצור זול יותר.¹¹⁷

כיצד משפיעים עקרונות אלו של מדיניות החוץ האמריקאית על היחס למשפט הבינלאומי? כמה מההשלכות ברורות כבר כעת: ביידן צירף את ארצות הברית מחדש להסכמי פריז כבר ביומו הראשון בתפקיד;¹¹⁸ ובראשית פברואר 2021 הסכימו ארצות הברית ורוסיה על הארכה בחמש שנים של הסכם New START, שמגביל את מספר ראשי הנפץ הגרעיניים והטילים הבליסטיים שבידי שתי המדינות.¹¹⁹

בשלב זה קשה לחזות בדיוק את ההשפעות לטווח בינוני של עמדת ביידן. כבר לפני הבחירות הציע ז'וזה אלורז (Alvarez) את המתווה הבא לבחינת מדיניותו של ביידן ביחס למשפט הבינלאומי ולמוסדות בינלאומיים:¹²⁰ ראשית, ממשל ביידן עשוי למנף את העמדה הקיצונית שנקט טראמפ כלפי המוסדות הבינלאומיים כדי לדרוש רפורמות מהותיות כתנאי לחזרתה של ארצות הברית להיות שותפה בהם. אם יצליח מהלך זה, תשוב ארצות הברית לשתף עימם פעולה ובמקביל תצליח לבצע רפורמות נחוצות בשורה של ארגונים בינלאומיים כמו ארגון הבריאות העולמי או ארגון הסחר העולמי.

117 המונח פותח לראשונה במסמך *Making U.S. Foreign Policy Work Better for the Middle Class* שכתבו בכירים לשעבר בממשלים דמוקרטיים ורפובליקניים ופרסמה בשנת 2020 קרן קרנגי (Carnegie Endowment for International Peace). אחד הכותבים, יש להדגיש, היה ג'ייק סליבן, שמינואר 2020 מכהן כיועץ לביטחון לאומי של הנשיא ביידן.

118 Acceptance on Behalf of the United States, THE WHITE HOUSE (20.1.2021)

119 Antony J. Blinken, On the Extension of the New START Treaty with the Russian Federation, U.S. DEPARTMENT OF STATE (Feb. 3, 2021)

120 José E. Alvarez, International Law in a Biden Administration, NEW YORK UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS (JILP) (Forthcoming; 2021)

שנית, ארצות הברית תפחית את מינון המתקפות על המוסדות הבינלאומיים ותנסה להשיג את מטרותיה באמצעות דיאלוג ודו־שיח, ולא שימוש באמצעים "כוחניים". כך למשל התממשה תחזיתו של אלוורז כשהסירה ארצות הברית את הסנקציות שהטיל ממשל טראמפ על עובדי בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC).

שלישית, ביידן צפוי לשוב ולחזק את הבריתות המסורתיות של ארצות הברית באירופה ובדרום מזרח אסיה ולחזק את הקשרים עם נאט"ו.

ולבסוף, מבחינת הסכמים בינלאומיים פורמליים ומוסדות בינלאומיים, אין זה סביר שביידן ישנה מן הקצה אל הקצה את עמדתה של ארצות הברית, שכן פעולה כזאת תחייב אותו להשקיע הון פוליטי רב מאוד. ארצות הברית לא תהפוך אפוא צד להסכמים בינלאומיים רבים, ובוודאי שלא תתמוך בהקמה של מוסדות בינלאומיים חזקים דוגמת בתי דין או מוסדות שיפוט בינלאומיים נוספים.

ה. אתגרים לישראל בנוגע למשפט הבינלאומי בעידן ביידן

מבחינתה של ישראל השינויים שמביא עימו ממשל ביידן חשובים בארבעה נושאים עיקריים: הסכם הגרעין עם איראן; ההתנחלויות וסיפוח; היחסים עם המוסדות הבינלאומיים; ופעילות צבאית ישראל. עוד ראוי לבחון את היחס הכללי של ישראל למשפט הבינלאומי כפי שהוא מתפתח בימים אלו.

1. הסכם הגרעין עם איראן

מבחינת ישראל חשובה במיוחד עמדתו של ממשל ביידן ביחס להסכם הגרעין עם איראן. כמה מבעלי התפקידים הבכירים בממשלו של ביידן היו מעורבים בכריתת הסכם המעצמות על תוכנית הגרעין האיראנית (Joint Comprehensive Plan of Action)¹²¹. ההסכם נתפס בישראל בעייתי ביותר, בייחוד בשל העובדה שלכאורה הוא קבע מגבלות על פיתוח היכולות האיראניות לתקופה של 10 או 15 שנים בלבד. במהלך מערכת הבחירות סבר טראמפ שהסכם זה גרוע במיוחד, ופרש ממנו ב־8 במאי 2018. במקומו הטיל טראמפ על איראן שורה של סנקציות¹²², שפגעו בגיעה ניכרת בכלכלתה.¹²³

121 לתפקיד השליח המיוחד לענייני איראן מונה רוב מאלני (Malley) שהיה ראש משלחת המשא ומתן להסכם עם איראן בתקופת אובמה. ראו, Lara Jakes & Michael Crowley, U.S. Names Iran Envoy in Battle of Wills With Tehran Over Nuclear Negotiations, NEW YORK TIMES (28.1.2021)

122 מערכת ישראל היום "הנשיא טראמפ הודיע: 'ארה"ב פורשת מהסכם הגרעין'" ישראל היום (8.5.2020).

123 Six Charts that Show How Hard US Sanctions Have Hit Iran, BBC News (December 9, 2019); How Trump's Sanctions are Crippling Iran's Economy, DW News (June 24, 2019)

כבר בשבועות הראשונים לכהונתו אותת ביידן על חזרה אפשרית של ארצות הברית להסכם הגרעין עם איראן. חזרה של הנשיא ביידן להסכם, אפילו אם יהיה "משופר" מבחינת שמירת האינטרסים של ישראל, נתפס במערכת הפוליטית בישראל כפגיעה חמורה באינטרסים שלה.¹²⁴ למעשה, כל הסכם שאינו כולל ויתור איראני על תוכנית הגרעין נחשב כרגע בישראל בלתי קביל, וראש הממשלה הצהיר כי הסכם כזה לא יחייב את ישראל.¹²⁵ עם זאת אולי ראוי לציין שלפני שגיבש ראש הממשלה נתניהו את ההתנגדות הגורפת לו, היו קולות במערכת הביטחון הישראלית שקראו לקבלו.¹²⁶ ייתכן שבממשל ביידן, כשלמפלגה הדמוקרטית רוב בכל הרשויות הנבחרות בארצות הברית, יחזרו ויעלו קולות אלו לדיון הציבורי.

2. התנחלויות וסיפוח

הנושא השני שבו עתיד להתחולל שינוי הוא שטחי יהודה ושומרון. כבר ב־26 בינואר 2021 נאם השגריר בפועל דאז של ארצות הברית באו"ם ריצ'רד מילס (Mills) לפני מועצת הביטחון בדיון בנושא ישראל ופלסטין. בדבריו הדגיש השגריר מילס כמה נקודות עקרוניות במדיניותו של ממשל ביידן שמנוגדות לעמדות שבהן דגל ממשל טראמפ.¹²⁷

S. Samuel C. Rajiv, *Deep Disquiet: Israel and the Iran Nuclear Deal*, 124
3 (1) CONTEMPORARY REVIEW OF THE MIDDLE EAST 47-62 (2016)

125 "נתניהו ביד ושם: הסכם שיסלול לאיראן את הדרך לגרעין לא יחייב את ישראל" וואלה! (7.4.2021).

126 לעניין התנגדותו של בנימין נתניהו לחוכנית הגרעין ראו איתמר אייכנר "נתניהו: ישראל לא מחויבת להסכם, מאות מיליארדים למאמץ להשמדת ישראל" *ynet* (14.7.2015). לעניין הקולות התומכים בהסכם ראו אבישי בן ששון-גורדיס "למה הסכם הגרעין טוב לישראל?" מולד - המרכז להתחדשות הדמוקרטיה (14.7.2015).

127 Ambassador Richard Mills, Remarks at a UN Security Council Open Debate on the Situation in the Middle East (January 26, 2021)

ראשית, השגריר מילס הדגיש כי ארצות הברית תומכת בפתרון שתי המדינות שיתקבל בהסכמה בין הצדדים: ישראל ומדינה פלסטינית עצמאית **בת קיימא**. במונחים דיפלומטיים עמדה זו מסמלת את קבורת החמור של תוכנית המאה, שהתבססה על ויתור על ההסכמה הפלסטינית וכן על מדינה פלסטינית קטועה, שבה אזורים פלסטיניים מופרדים על ידי התנחלויות וכבישים בשליטה ישראלית.

שנית, השגריר מילס הדגיש את ההתנגדות לצעדים חד־צדדיים של מי מהצדדים. דוגמאות מובהקות לפעולות שישראל צריכה להימנע מהן הן על פי השגריר סיפוח של שטחים, הקמה של התנחלויות או הרחבתן, והריסת בתים. ההצהרה אמנם כוונה גם לפלסטינים בקריאה להפסיק עם ההסתה לטרור, אך ברור שעיקר השינוי במדיניות מכוון כלפי ישראל.

ולבסוף, השגריר הודיע שארצות הברית תחזור להיות גורם פעיל ומעורב בניסיונות ליישב את הסכסוך. בין השאר תחדש ארצות הברית את קשריה עם הרשות הפלסטינית ותשוב לממן את ארגוני הסיוע לפלסטינים. השגריר גם הדגיש את תמיכתה הנמשכת המלאה של ארצות הברית בהסכמי הנורמליזציה שנחתמו בין ישראל לכמה ממדינות ערב.

במילים אחרות: ארצות הברית לא תחזור בה ממעשיו של ממשל טראמפ – העברת השגרירות לירושלים, ההכרה בריבונות ישראל ברמת הגולן והסכמי הנורמליזציה, אך בכל הנוגע לעמדותיו – מממשל ביידן מציג עמדה הפוכה. על כן כל תוכנית עתידית שנוגעת להתנחלויות, לפינוי יישובים פלסטיניים (למשל ח'אן אל־אחמר)¹²⁸ וכמובן תוכניות לסיפוח – לא תקבל את הסכמתה של ממשלת ארצות הברית.

128 אבישי גרינצייג "פינוי חאן אל־אחמר: המדינה שוב מבקשת דחיה מבג"ץ" גלובס (2.11.2020).

3. היחסים בין ישראל למוסדות בינלאומיים

הנושא השלישי שעמדתה של ארצות הברית עתידה להשפיע על ישראל הוא יחסיה עם מוסדות הקהילה הבינלאומית. בתקופת ממשל טראמפ זכתה ישראל לתמיכה כמעט אוטומטית ביחסים אלה. אף שבעיקרון ימשיך ממשל ביידן לתמוך בישראל, צפויות מגבלות על חופש הפעולה שלה. כך למשל הסיר הממשל את הסנקציות שהוטלו על עובדי בית הדין הפלילי הבינלאומי.¹²⁹ יתר על כן, אין זה סביר שממשל ביידן יפעל נגד מדינות אירופה, למשל אם יבקשו לשתף פעולה עם בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) באכיפת צווי מעצר. משרד החוץ האמריקאי אמנם הצהיר על תמיכתו בישראל בעקבות החלטת התובעת, אך אין לצפות לפעולות אמריקאיות דרסטיות לתמיכה בישראל. יש להדגיש: ארצות הברית בממשל ביידן תנסה כמובן לעצור את החקירות נגד ארצות הברית, אך היא תעשה זאת מתוך נקיטת גישה "לעומתית" פחות כלפי לבית הדין.

גם בנוגע למוסדות אחרים של הקהילה הבינלאומיות צפויה ישראל למגבלות ניכרות על פעילותה. כאמור למעלה, ממשל ביידן יבקש לערוך רפורמות נחוצות ומתבקשות במוסדות הקהילה הבינלאומית. אם יצליחו רפורמות אלה, יהיה זה האינטרס של הממשל להעלות את הלגיטימציה של המוסדות אלה, וממילא יופעל לחץ רב על ישראל לפעול על פי החלטותיהם. לפיכך אם יצליח ממשל ביידן לחזק מחדש את מועצת הביטחון של האו"ם, יהפוך מוסד זה למוסד חשוב באזור, וישראל לא תוכל להתעלם ממנו עוד.

כדי להגביל את גמישות הפעולה של ישראל במישור הבינלאומי, אין הכרח שארצות הברית תנקוט פעילות דיפלומטית אקטיבית או תזנח את ההגנה על ישראל. תלותה של ישראל בתמיכתה של ארצות הברית גדולה כל כך, עד שדי שהיא תסיר את הגנתה מישראל כדי לגרום לה בעיות ניכרות במישור הבינלאומי. הדוגמה המובהקת לכך היא הימנעותה של ארצות הברית בהצבעה על החלטת

129 איתמר אייכנר "ביידן מסיר את הסנקציות על בית הדין הפלילי הבינלאומי" ynet (3.4.2021).

מועצת הביטחון 2334 בנוגע להתנחלויות.¹³⁰ נדמה שארצות הברית, שאינה מעוניינת להתעמת עם הקהילה הבינלאומית, תגביל מאוד את יכולת התמרון של ישראל בנוגע לפעולות ביהודה ושומרון, ובוודאי שנראה שסיפוח אינו עומד על הפרק. גם בנייה נרחבת בהתנחלויות עלולה להביא את ישראל לידי התנגשות עם ארצות הברית.

4. פעילות צבאית ישראלית

התחום הרביעי הוא פעילותה הצבאית של ישראל. בשנים האחרונות ישראל פועלת בחופשיות יחסית נגד כוחות איראניים בסוריה ובלבנון, ולאחרונה אף פורסם כי ישראל פועלת נגד ספינות איראניות שמובילות נפט לסוריה ונגד כלי שיט איראניים אחרים.¹³¹ יכולתה להתמיד בעימות בעצימות נמוכה עם איראן ושלוחותיה (חמאס וחיזבאללה) תלויה במידה רבה בהימנעותה של הקהילה הבינלאומית מלהתערב, המותירה לישראל חופש פעולה רחב. אם תסיר ארצות הברית את ההגנה מישראל במוסדות בינלאומיים, עלולות לחול הגבלות על הפעלת הכוח שלה. מבחינה משפטית פעולותיה של ישראל בשטחי סוריה ובלבנון בעייתיות, ועל כן מטריית הגנה בינלאומית חיונית לה.

130 ראו לעיל בסמוך לה"ש 82.

131 יניב קובוביץ ועמוס הראל "תקיפת הספינה שיוחסה לישראל נראית כהסלמה מכוונת נגד איראן" הארץ (8.4.2021).

5. התגברות בהתנגדות העקרונית למשפט

הבינלאומי

הנושא האחרון שיש להתייחס אליו אינו נוגע ישירות ליחסים בין ישראל לארצות הברית, אלא לתפיסות ישראליות פנימיות ביחס למשפט הבינלאומי. כפי שראינו לעיל, ממשל טראמפ ביטא תפיסה פופוליסטית ביחס למשפט הבינלאומי, הרואה בהתנגדות לו עניין עקרוני. האם תופעה דומה עשויה להתפתח בישראל? לדעתי יש כמה סיבות לעלייה אפשרית של התנגדות כזאת.

התנגדות מסורתית. כמו שתואר בקצרה למעלה, העמדה של מדינת ישראל כלפי המשפט הבינלאומי היתה מורכבת, ולא תמיד שללה אותו.¹³² אך ברור שמאז ימי דוד בן-גוריון,¹³³ וביתר שאת בעשורים האחרונים, קיימת בישראל גם תפיסה שרואה במשפט הבינלאומי ביטוי לתפיסה אנטי-ישראלית, אולי אפילו אנטישמית מושרשת.

היחלשות המוסדות הבינלאומיים. ההיחלשות הנמשכת של המוסדות הבינלאומיים מחלישה כמובן את האינטרס הישראלי לשתף עימם פעולה, ובייחוד עם המוסדות המביעים עמדות אנטי-ישראליות. לא ברור אם מגמת היחלשות זו תימשך גם בממשל ביידן, אך אם כן, יהיה בכך כדי לתמוך בעמדה ישראלית שמתנגדת למשפט בינלאומי.

עליית הפופוליזם בישראל. כאמור למעלה, בשנים האחרונות התחזק הפופוליזם מאוד,¹³⁴ ותפיסות היסוד שלו קנו להן שביטה בקרב חלקים הולכים וגדלים

132 ראו לעיל הדיון בפרק א.

133 שהשתמש בביטוי הידוע "אום שמו"ם".

134 כהן ורונאי "פופוליזם", לעיל ה"ש 25.

של הציבור בישראל. תפיסות אלה חורגות כאמור מההתנגדות האינטרסנטית למשפט הבינלאומי והופכות את ההתנגדות לו לשאלה עקרונית.¹³⁵

ההתנגדות למשפט בינלאומי כחלק מההתנגדות לבית המשפט העליון. סימן ראשון להתנגדות עקרונית למשפט בינלאומי בהתבסס על נימוקים של ריבונות לאומית, ניתן לראות בביקורת על השימוש במשפט בינלאומי בפסיקות של בית המשפט העליון. בחוות דעת של פורום קהלת, שהוגשה בשנת 2013 לבית המשפט העליון בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת,¹³⁶ הובאה ביקורת על העמדה שלפיה יש לפרש את חוקי היסוד בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, על בסיס הפגיעה בריבונות.¹³⁷ עמדה כזאת מסמנת את תחילתה של דחייה עקרונית של המשפט הבינלאומי.

מובן שההתקפה על השימוש במשפט הבינלאומי בפסיקות בית המשפט העליון משלבת התקפה על שתי מטרות "מקובלות" של התנועה הפופוליסטית – בתי המשפט והמשפט הבינלאומי. ייתכן אפוא שהסיבה האמיתית להתקפה על המשפט הבינלאומי אינה אלא כחלק מהמתקפה על בתי המשפט. אך בעיניי בהסבר זה אין די. נראה כי הביקורת על בתי המשפט וההתנגדות לשימוש במשפט בינלאומי משקפות שתיהן תופעה אחת – עליית הפופוליזם בישראל. מטעמים אלה נראה לי כי גם בישראל עתידה לעלות במידה ניכרת מגמה של התנגדות עקרונית למשפט הבינלאומי. בשלבים הראשונים היא תיבלע בתוך קביעות שלפיהן החלטות של מוסדות מסוימים מנוגדות לאינטרסים של מדינת ישראל, אך בסיכומו של דבר עשויה להתפתח עמדה ששוללת שלילה מהותית את ההסתמכות על המשפט הבינלאומי כמרכיב בקבלת ההחלטות בישראל.

135 Krieger, *Populist Governments*, לעיל ה"ש 45.

136 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנוב, 16.9.2013).

137 בבקשה להצטרף כידיד בית המשפט טען פורום קהלת כי החלת החזקה על חוקי היסוד נוגדת "את אופיו של המשפט החוקתי בישראל, ואת מהותה של הביקורת השיפוטית בישראל. יתר על כן, הדרך שהעותרים מציעים מעקרת את רעיון הריבונות של אזרחי מדינה על גורלם ועל הכרעותיהם". "ראו אצל תמר הוסטובסקי ברנדס "משפט זכויות האדם הבין-לאומי והמשפט החוקתי בישראל" מחקרי משפט לא 925, 950 (2018): בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, שם, פסקה 63 לפסק דינה של השופטת ארבל.

ו. המלצות מדיניות

מהן ההשלכות של השינויים בעמדותיה של ארצות הברית על עמדותיה של מדינת ישראל? מחקר קצר זה אינו המקום לנתח שינויים מפליגים במדיניות זו, ואולם בהמשך לניתוח שהובא למעלה ניתן להציע כמה המלצות קונקרטיות ביחס למדיניות ישראל אל מול ארצות הברית ואתגרי המשפט הבינלאומי.

למקבלי ההחלטות הפוליטיים

(1) להימנע ממשבר עם ארצות הברית

מבחינה היסטורית נשענה העמדה המתואמת של ארצות הברית וישראל כלפי כמה סוגיות במשפט הבינלאומי ובדיפלומטיה הבינלאומית על תמיכה דו-מפלגתית. אלא שבשנותיו של הנשיא טראמפ נדמה שתמיכה זו הוחלפה בברית בין ממשלת ישראל ובין המפלגה הרפובליקנית. ניצחונה של המפלגה הדמוקרטית בבחירות האחרונות בארצות הברית מסכן את התמיכה האמריקאית בישראל, המהווה נכס אסטרטגי של מדינת ישראל.¹³⁸ במסע הבחירות כבר דרש האגף הפרוגרסיבי במפלגה הדמוקרטית להתנות את המשך סיוע החוץ לישראל בהקפאת ההתנחלויות.¹³⁹

138 לניתוח חשיבותה האסטרטגית של התמיכה האמריקאית בישראל ראו דוד (צ'ק) פרייליך תפיסת הביטחון הלאומי של ישראל: אסטרטגיה חדשה לעידן של תמורות. (2019) 346-313.

139 Tal Axelrod, Sanders Floats Leveraging Aid to Israel to Push for Policy Changes with Palestinians, THE HILL (October 10, 2019)

בטווח הארוך משבר עמוק ביחסים בין ישראל לממשל הברית בעייתי מאוד לישראל. אובדן התמיכה האמריקאית עלול להיות משמעותי כל כך, עד כי צ'ק פרייליך סבור שבמצב כזה עצם שרידותה של ישראל עומד בסכנה.¹⁴⁰ אך גם אם נניח שאובדן תמיכה דרמטי כזה אינו עומד על הפרק, עדיין מתח ביחסים בין שתי המדינות עלול להיות בעייתי ביותר.

רמז למתח כזה ביחסים נראה כבר כיום. השיחה הראשונה בין הנשיא ביידן לבין ראש ממשלת ישראל נתניהו עם כניסתו של ביידן לתפקיד התעכבה מאוד. בעת כתיבת שורות אלו טרם נקבעה זהותו של שגריר ארצות הברית בישראל. **הסיכון למתח ביחסים ממשי**, ולכן נקודת המוצא של מדיניות ישראלית צריכה להיות הימנעות ממשבר ומחוסר תיאום עם הממשל האמריקאי.

(2) להימנע מאימוץ הגישה העקרונית הלעומתית למשפט הבינלאומי

ולמוסדות הקהילה הבינלאומית

כמו בתחומים רבים אחרים גם בתחום המשפט הבינלאומי שינה ממשל טראמפ סדרי עולם. השפעותיה של מדיניות זו על ישראל היו דרמטיות, והביאו לידי שינוי ניכר בתפיסת המגבלות שהמשפט הבינלאומי מטיל על ישראל וגמישותה מולו. החלפת השלטון בארצות הברית אינה מבשרת בהכרח חזרה למצב שקדם לעלייתו של טראמפ לשלטון. טראמפ חשף כמה מהכשלים הטמונים במוסדות הבינלאומיים ושינה את עמדת ארצות הברית באופן שיקשה מאוד על יורשיו להחזיר את המצב לקדמותו, גם אם ירצו.

עם זאת עלייה של גישה שתומכת יותר במשפט בינלאומי וחיזוקה של קהילה בינלאומית שנכונה יותר לעמוד מאחוריו, מחייבות את ישראל לשקול מחדש כמה מקווי המדיניות שאימצה בעת ממשל טראמפ, ולחשוב שוב עד כמה הם עולים בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי. בייחוד נדרשת ישראל להימנע מנקיטת גישה לעומתית. אין הכוונה כמובן שעל ישראל לקבל כל עמדה של מוסד בינלאומי, יהיו החלטותיו הפוליטיות אשר יהיו בבחינת "כזה ראה וקדש";

140 פרייליך תפיסת הביטחון, לעיל ה"ש 138, בעמ' 340.

ישראל היא מדינה ריבונית, שמורה לה הזכות לעמוד על זכויותיה, וסביר להניח שברוב המקרים ארצות הברית גם תתמוך בה בסופו של דבר. עם זה על ישראל להכיר במגבלות שיוטלו על כוחה בעידן ממשל ביידן, וממילא להשתדל ככל האפשר להימנע מהתנגשויות חריפות עם מוסדות הקהילה הבינלאומית.

על מקבלי ההחלטות בישראל להפנים כי משניתקה ישראל את קשריה עם מוסדות בינלאומיים והתרחקה מתפיסותיה של הקהילה הבינלאומית, היא גם איבדה את יכולתה להשפיע עליהם. חזרתה של ארצות הברית לזירה זו יכולה לפתוח בשביל ישראל את הדרך לשוב גם היא אל עמדת השפעה על מוסדות אלה. דוגמה להשלכה מעין זו רלוונטית במיוחד בהקשר של בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC). בקיץ 2021 עתידה להתחלף התובעת של בית הדין בתובע הבריטי קארים חאן, שנתפס כמתון יותר מקודמתו ביחס לישראל.¹⁴¹ בקהילה הבינלאומית, כמו בכל נושא אחר, חל כלל ההדדיות. ככל שיגדל שיתוף הפעולה של ישראל עם הקהילה הבינלאומית, כך תגדל גם השפעתה על התהליכים בה. אם אכן תנסה ארצות הברית למנף את כוחה כדי להשיג רפורמות במוסדות בינלאומיים, חשוב שישראל תהיה על ידי השולחן כדי להשפיע על כיוונה של רפורמה זו.

לארגוני זכויות אדם

(3) להיזהר בפנייה לארגונים בינלאומיים

ארגוני זכויות אדם הן בארצות הברית והן בישראל נוטים לראות בממשל ביידן את ההפך הגמור מממשל טראמפ, וממילא מצפים כי כוחם של הארגונים הבינלאומיים יגדל ויחזור לעוצמתו בעבר. גם בארגונים הבינלאומיים בישראל נשמעות לא פעם האמירות שבעקבות בחירתו של ביידן ישובו ארגונים אלה וילחצו על ישראל, אולי אף ביתר שאת. ואכן, בהחלטתו של בית הדין הפלילי

141 איתמר אייכנר "פרגמטי". נבחר התובע הבא בהאג, שיכריע אם לחקור את ישראל" *ynet* (13.2.2021).

הבינלאומי (ICC) לאשר לתובעת להמשיך בחקירה אפשר לראות חזרה של הארגונים הבינלאומיים להשפיע על הזירה הישראלית-פלסטינית.

ראוי להזהיר מפני נטייה זו מכמה טעמים. ראשית, עמדתו של ממשל ביידן כלפי המשפט הבינלאומי זהירה ואיננה בגדר תמיכה מלאה בו ובמוסדות הבינלאומיים. ביידן אינו טראמפ, כמובן, אבל בכל זאת ארצות הברית לא תתמוך תמיכה עיוורת בקהילה הבינלאומית. שנית, וחשוב מכך, עליית המגמות הפופוליסטיות בישראל בכלל וביחס למשפט הבינלאומי בפרט מחייבת את ארגוני זכויות האדם לנקוט משנה זהירות. התנגדות יתר למשפט הבינלאומי מביאה גם לידי דחיקת ארגוני זכויות אדם. דווקא העת הזאת יכולה להיות הזדמנות לעורר מחדש אמן מסוים בקהילה הבינלאומית בהנהגתה של ארצות הברית. חשוב מאוד לתמוך בתפיסה זו ולקדם אותה.

לבית המשפט

(4) להיזהר בהבעת התנגדות לא נחוצה למשפט הבינלאומי

בכמה מקרים בשנים האחרונות הביעו שופטים את דעתם, בדרך כלל באמרת אגב, ולפיה המשפט הבינלאומי אינו מתאים עוד לזמננו. אמרתו של השופט סולברג שצוטטה לעיל¹⁴² היא ביטוי חריג וחריף יחסית, אבל גם שופטים אחרים התבטאו כך, אם כי בעדינות רבה יותר. באמירות כאלה של שופטי בית המשפט העליון יש להיזהר. בנושאים מסוימים בית המשפט העליון נחשב לגוף המספק את ההגנה המשפטית למדינת ישראל מפני הפעלת סמכות של ארגונים בינלאומיים. כשאררגונים אלה מתחזקים, חשוב ששופטים יבינו כי לאמירותיהם כלפי המשפט הבינלאומי עלולה להיות השפעת "רוחב" על יכולתה של ישראל להתמודד בזירה זו. כמובן, שופטים צריכים להכריע על פי מיטב עמדתם השיפוטית במקרה הספציפי, אך מוטב להם להמעיט ככל האפשר באמרות אגב על המשפט הבינלאומי.

פרופ' עמיחי כהן הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ומנהל המרכז לביטחון לאומי ודמוקרטיה במכון. הוא חבר סגל הפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו, בעל תואר שלישי במשפטים מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל. מחקריו האקדמיים עוסקים במשפט חוקתי, במשפט הביטחון הלאומי של ישראל ובמשפט בינלאומי.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

מסת"ב:

978-965-519-351-0