

מגלים את אירופה: ישראלים בבית המשפט האירופי לזכויות אדם

מאת

בני שפנייר, ישראל (איסי) דורון ופאינה מילמן-סיון*

בית המשפט האירופי לזכויות האדם הוא ערכאה שאינה מוכרת מספיק לציבור הישראלי, והיא נתפסת לרוב כערכאה שיפוטית זרה ומרוחקת, שאינה רלוונטית לו. מטרתו של המאמר להראות כי מציאות חדשה מתפתחת במשפט הבין-לאומי בכל הקשור לזכויות אדם של יחידים. מציאות חדשנית זו יוצרת בפועל זירה משפטית חדשה ומעניינת לישראלים. מאמר זה מבקש לתאר את ההיבטים המרכזיים בפעילותו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם ולבסס את הטענות כי בפועל לבית המשפט האירופי לזכויות אדם יש חשיבות הן לתושבי ישראל הן לעורכי דין ולאנשי אקדמיה.

המאמר נחלק לארבעה חלקים: החלק הראשון מתאר את הרקע להתפתחות זכות העמידה של יחידים (Individuals) במשפט הבין-לאומי בנושא זכויות אדם. מול זכות חלקית ומוגבלת הקיימת בכל העולם מציגה האמנה האירופית לזכויות אדם מציאות חדשה. מציאות זו היא המאפשרת לישראלים לתבוע בבית המשפט, ומכאן העניין בו ובפסקתו בנושא הישראליים.

בחלק השני של המאמר יתואר התהליך שבו הפכה האמנה האירופית לזכויות אדם את בית המשפט לערכאה המנקזת אליה תביעותיהם של יחידים נגד מדינות אירופה בנושא זכויות אדם ועוסקת בעיקר בהן. זהו תיאור היסטורי הסוקר את התפתחותה של האמנה האירופית לזכויות אדם מאז כניסתה לתוקף ועד היום. כן נסקור בתמצית היבטים פרוצדורליים מרכזיים בפעילותו של בית המשפט.

בחלקו השלישי והעיקרי של המאמר נסקור חמישה פסקי דין שנתן בית המשפט, ושהיו מעורבים בהם אזרחים ישראלים. המאמר יציג את פסקי הדין: הרקע העובדתי, טענות הצדדים ופסיקת בית המשפט. הכוונה היא להדגים את המגוון הרחב של התחומים המשפטיים שבהם הישראלים תובעים בבית המשפט ואת ייחודה של כל תביעה בהיבט המשפט הבין-לאומי של יחידים.

* ד"ר בני שפנייר, עמית מחקר במרכז לחקר ולימוד הזיקנה באוניברסיטת חיפה, והפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; פרופ' עו"ד ישראל (איסי) דורון, ראש החוג לגרונטולוגיה – מדעי הזיקנה, הפקולטה למדעי הרווחה והבריאות, אוניברסיטת חיפה; ד"ר פאינה מילמן סיון, מרצה בכירה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

בחלק הרביעי יוצג סיכום הדברים. בזכות המיקוד שמאמר זה עושה להקשר הישראלי ניתן לדעתנו לדלות לפחות שלוש תובנות הראויות להדגשה: הראשונה נוגעת להשפעתו של בית המשפט על התפתחות המשפט הנוגע לזכויות אדם בישראל ובעולם; השנייה נוגעת לרלוונטיות של בית המשפט האירופי לזכויות אדם לישראלים המבקשים לתבוע בפניו; השלישית והאחרונה נוגעת להשלכות הרחב של פנייתם של ישראלים לפורומים שיפוטיים בין-לאומיים

א. מבוא. ג. בית המשפט האירופי לזכויות אדם – היסטוריה, מיהות ומהות;
 1. מבוא; 2. הרקע ההיסטורי לכתיבת האמנה האירופית לזכויות אדם; 3. האמנה האירופית לזכויות אדם; 4. היקף פעילותו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם; 5. אופן פעולתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם. ד. ישראלים בבית המשפט האירופי לזכויות אדם; 1. מבוא; 2. מניעת הסגרה: פרשת Klein; 3. השבת ילדים חטופים: פרשת Raban; 4. השבת רכוש: פרשת Tamir; 5. זכויות פנסיוניות: פרשת Tamopolskaya; 6. הליך משפטי הוגן: פרשת Dubinskaya. ה. דיון וסיכום.

א. מבוא

“So we’re off to the Hague, are we?” “You may be, Mr Rumpole, but the Court of Human Rights sits in Strasbourg”. “Of course! That’s the one I meant”.¹

הוראס רמפול, הפרקליט הבריטי הספרותי, מדגים בציטוט זה מעט מהבלבול הקיים לא רק בקרב הציבור הרחב אלא גם בקרב עורכי הדין בנוגע לבתי המשפט הבין-לאומיים הפועלים כיום באירופה.² נראה כי הוא הדין גם מבחינתם של רוב הישראלים בנוגע לבית המשפט האירופי לזכויות האדם (European Court of Human Rights).³ בית משפט זה נתפס כערכאה שיפוטית זרה ומרוחקת, שאין לה נגיעה של ממש עם ישראל. הדבר נכון, ככל הנראה, גם למרבית עורכי הדין והמשפטנים הישראלים, שכן במרבית הפקולטות למשפטים כמעט שאין מלמדים על בית משפט זה, על מקורותיו ופעילותו. בנוסף, בכתיבה האקדמית בשפה

1 הפרקליט הספרותי הוראס רמפול מבלבל בין כמה בתי משפט באירופה וזקוק למעט עזרה. מתוך: John Mortimer, *Rumpole and the Rights of Man*, in RUMPOL AND THE ANGEL OF DEATH 178 (1996).

2 רשימה חלקית של בתי המשפט הבין-לאומיים הפועלים באירופה: בית הדין הבין-לאומי בהאג (International Court of Justice – ICJ); בית הדין הבין-לאומי הפלילי (International Criminal Court – ICC) היושב בהאג; בית המשפט האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights – ECtHR) היושב בשטרסבורג שבצרפת; בית המשפט האירופי לצדק (European Court of Justice – ECJ) היושב בלוקסמבורג.

3 European Court of Human Rights (להלן: ECtHR) או בית המשפט האירופי לזכויות אדם או בית המשפט האירופי או בית המשפט).

העברית ניתן למצוא מעט עיסוק או כתיבה מדעית הסוקרת ומנתחת לעומק את בית המשפט האירופי לזכויות אדם.⁴

על רקע כללי זה של חוסר יחסי בידע וחוסר מודעות, מאמר זה ינסה לטעון כי בפועל לבית המשפט האירופי לזכויות אדם יש חשיבות נובעת בראש ובראשונה מהעובדה שבית משפט זה הפך עם השנים למוביל ולחלוץ בכל הקשור לפיתוח הפסיקה של הדין הבין-לאומי המהותי בכל הנוגע לזכויות אדם. עובדה זו אפשרה בין השאר את התופעה שבשנים האחרונות ניכרת עלייה יחסית בפסיקות שנותן בית המשפט בעניינם של אזרחים ישראלים⁵ או הקשורים לאזרחים ישראלים.⁶ במילים אחרות, בית המשפט האירופי לזכויות אדם הוא גוף שיפוטי ייחודי שעבר ועובר שינוי מהותי בשנים האחרונות. הבנה והכרה של בית המשפט, הרקע שממנו התפתח והשינויים שהוא מחולל יאפשרו למשפט הישראלי לקחת חלק בזירה משפטית זו. לבסוף, המאמר גם ינסה להראות כיצד הכרת ערכאה שיפוטית בין-לאומית זו יכולה להקרין על מקומן ועל מעמדן של ערכאות בין-לאומיות בכלל בכול הנוגע להגנה על זכויות אדם בארץ ובעולם.

המאמר בנוי מארבעה חלקים והדרך לביסוס הטיעון דלעיל ייעשה בארבעת חלקיו: החלק הראשון מתאר את הרקע לזכות העמידה ליחידים (Individual)⁷ במשפט הבין-לאומי

4 ראו לדוגמה מקורות שבהם מוזכר ומנותח בית המשפט האירופי לזכויות אדם בספרות בעברית: אורנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבין-לאומי בין מלחמה לשלום 233–235 (2006); יורם רבין הזכות לחינוך 191–204, 401–400, 457 (2002). ראו גם עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים 139–140 (2004).

5 שאלה מתבקשת היא מיהו או מהו ישראלי לצורך מאמר זה. במחקר נמצאו 18 פסקי דין (ראו פירוט כל פסקי הדין להלן) שבהם התובעים היו בעלי אזרחות ישראלית. הדברים נלמדו מתוך ציונו של בית המשפט את אזרחותו של התובע.

6 ראו אתר בית המשפט האירופי לזכויות אדם: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=#n1347456340010_pointer (להלן: echr.coe או אתר בית המשפט האירופי). על פי הנתונים שנחקרו ונאספו מתוך מאגר פסקי הדין של בית המשפט מ-1.1.2000 ועד 20.5.2012 ניתנו 18 פסקי דין לאזרחים ישראלים (בכללם גם שניים לכאלו שאינם מתגוררים בישראל). בשני פסקי דין התקיימו דיונים בשתי ערכאות. במקרים אלו נספרו אותם פסקי דין כפסק דין אחד. 12 מתוך 18 פסקי הדין (67%) ניתנו בחמש השנים האחרונות. יש לזכור כי כמות פסקי דין זו ביחס להיקף פסקי דין של בית המשפט באותה תקופה (בין שנת 2000 לסוף שנת 2011) – 13,840 – הוא נמוך ביותר. במובן זה הנתון תומך בטיעון של מאמר זה, דהיינו במודעות הנמוכה יחסית שיש לישראלים ולעורכי דין ישראלים בדבר פוטנציאל השימוש הטמון בערכאה שיפוטית זו. ראו הנתונים על מספר פסקי הדין: Annual Report 2011, available at [http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{"fulltext": "Annual Report 2011"}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{) (להלן: Annual Report 2011), בעמ' 15. ראו להלן פירוט פסקי הדין בבית המשפט בתת פרק ג.4.

7 לצורך הדיון במחקר זה תשמש ההגדרה מיהו אדם יחיד (Individual) המופיעה באמנה האירופית לזכויות אדם. ראו Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (As amended by the provisions of Protocol No. 14 (CETS no. 194) as from its entry into force on 1 June 2010) (להלן: ECHR או האמנה האירופית

בנושא זכויות האדם ואת התפתחותה. החלק השני של המאמר מתאר כיצד הפך בית המשפט מערכאה בין-לאומית המיישבת סכסוכים בין מדינות בנושא זכויות אדם לערכאה המנקזת אליה תביעותיהם של יחידים בנושא זכויות אדם נגד מדינות באירופה ועוסקת בעיקר באלה.⁸ בחלקו השלישי של המאמר יסקר מדגם של חמישה פסקי דין שנתן בית המשפט ושבהם היו מעורבים אזרחים ישראלים. המאמר יציג את פסקי הדין: הרקע העובדתי, טענות הצדדים ופסיקת בית המשפט. בסיום התיאור של כל פסק דין יש סיכום קצר המאיר את ייחודו של הנושא הנתבע בפני בית המשפט בהקשר של התובעים הישראלים ובהקשר של המשפט הבין-לאומי. לבסוף, בחלק הסיכום, יעשה ניסיון לא רק לתת תמונה כוללת של הממצאים שנסקרו אלא גם להתייחס להשלכות הרוחביות שיש לממצאים אלה. נעמוד על מקומם של פרושים בין-לאומיים וערכאות שיפוטיות בין-לאומיות כמנגנונים ומסגרות לקידום זכויות אדם באופן כללי, ובהקשר הישראלי – באופן קונקרטי.

ב. הרקע לזכות העמידה של יחידים במשפט הבין-לאומי בנושא זכויות אדם

הישראלים התובעים בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם מגלמים מציאות חדשה ומתקדמת בכל הקשור למימוש זכויות האדם במשפט הבין-לאומי הפומבי. הם, בשונה משאר תושבי אירופה, מממשים את זכויות האדם של יחידים במשפט הבין-לאומי מימוש חדשני שלא היה אפשרי קודם לכן. האפשרות לתביעות שכאלה היא תוצאה של התפתחותו של המשפט הבין-לאומי בנושא זכויות האדם. ההתפתחות באה לידי ביטוי באמנות העוסקות בזכויות אדם במשפט הבין-לאומי. להלן נעמוד בקווים כלליים על התפתחות זו. המשפט הבין-לאומי הפומבי בנושא זכויות האדם הוא בבסיסו משפט בין מדינות (State-centric structure).⁹ לאורך ההיסטוריה המדינות הן שהבטיחו את זכויות אזרחיהן בשטחן וגם כאשר שהו במדינות אחרות. הדבר נבע בעיקר מהמחשבה שהאזרחים (בעיקר

לזכויות אדם או האמנה), ס' 34: "[...] The Court may receive applications from any person, non-governmental organization or group of individuals [...]"

8 ראו MICHAEL D. GOLDHABER, A PEOPLE'S HISTORY OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 6 (2007); Michael O'Boyle & John Darcy, *The European Court of Human Rights: Accomplishments, Predicaments and Challenges*, 52 GERMAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 139, 139 (2009).

9 ראו Alexandra R. Harrington, *Don't Mind the Gap: The Rise of Individual Complaint Mechanisms Within International Human Rights Treaties*, 22 DUKE J. COMP. & INT'L L. 153, 154 (2012); Ed Bates, *History*, in INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 15, 27 (Daniel Moeckli, Sangeeta Shah & Sandesh Sivakuaran eds., 2010); WALTER KALIN & JORG KUNZLI, THE LAW OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION 6 (2009).

הסוחרים) הם חלק מעושרה של המדינה. הגנה על זכויותיהם הייתה הגנה על זכויותיה של המדינה.¹⁰ ליחידים לא היו זכויות, ככאלה, במשפט הביין-לאומי.¹¹ הגם שכיום מעמדם של יחידים במשפט הביין-לאומי אינו מוטל בספק,¹² השינוי במצב זה הוא תוצר של מהפכה שקטה ולא מורגשת כמעט, שהחלה בשנות הארבעים של המאה הקודמת ובעיקר לאחר מלחמת העולם השנייה.¹³ מהפכה שבה חדלו יחידים להיות רכושן של מדינות והחלו להיות בעלי זכויות העומדים בפני עצמם גם במשפט הביין-לאומי.¹⁴ השינוי במעמדם של היחידים במשפט הביין-לאומי התפתח לאורך שנים באמצעותן של אמנות העוסקות בזכויות אדם. לדעת המלומדים, תחילתו של התהליך במשפט הביין-לאומי היא בהכרה בזכויות האדם במגילת האומות המאוחדות (או"ם) (United Nation Charter) (ראו הרחבה להלן).¹⁵ המשכו של התהליך להבטחת זכויות האדם במישור הביין-לאומי הייתה ההכרזה העולמית על זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights) (מ"מ" 10 בדצמבר 1948 (ראו הרחבה להלן).¹⁶ ואולם, בית הדין הביין-לאומי בהאג The International Court of Justice (ICJ), שהוקם מתוקף מגילת האו"ם,¹⁷ לא הוסמך לדרון

- 10 ראו Louis B. Sohn, *The New International Law: Protection of the Rights of Individual* Rather than States, 32 AM. U.L. REV. 1, 2–4 (1983). המחבר מביא דוגמאות למן שחר ההיסטוריה אז הגנו מדינות על זכויות אזרחיהן כולל יציאה למלחמה. לדוגמה: בשנת 1850 הטילה בריטניה מצור על יוון בדרישה לשלם פיצויים לשניים מאזרחיה. בשנת 1902 הטילו גרמניה, בריטניה ואיטליה מצור על ונצואלה בדרישה שתסכים לבוררות בין-לאומית בשל תביעות של אזרחים שלהן על נזקים שנגרמו להם בשל מלחמת האזרחים בוונצואלה.
- 11 ראו KALIN & KUNZLI, לעיל ה"ש 9, בעמ' 9.
- 12 ראו JO M. PASQUALUCCI, THE PRACTICE AND PROCEDURE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS 1 (2003); Robert McCorquodale, *The Individual and the International Legal System*, in INTERNATIONAL LAW 284, 284–289 (Malcolm D. Evans ed., 3rd ed. 2010). KALIN & KUNZLI; ed., לעיל ה"ש 9, בעמ' 15–16.
- 13 ראו Ruti Teitel, *Human Rights Genealogy*, 66 FORDHAM L. REV. 301, 305–307 (1997); Bates, לעיל ה"ש 9, בעמ' 32–36.
- 14 ראו Sohn, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1; Anthony D'Amato, *The Concept of Human Rights in International Law*, 82 COLUM. L. REV. 1110, 1110 (1982). KALIN & KUNZLI; לעיל ה"ש 9, בעמ' 10.
- 15 ראו U.N. Charter, June 26, 1945, 59 Stat. 1031, T.S. 993, 3 Bevens 1153 (Entered into force Oct. 24, 1945), Harrington; Sohn, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1; RHONA K.M. SMITH, TEXTBOOK ON INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS 25–26, 28–33 (4th ed. 2010). D'Amato; לעיל ה"ש 14, בעמ' 1110.
- 16 ראו Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948) (להלן: Universal Declaration of Human Rights או ההכרזה העולמית על זכויות האדם); Sohn, לעיל ה"ש 10, בעמ' 11; Harrington; לעיל ה"ש 9, בעמ' 156; SMITH; לעיל ה"ש 15, בעמ' 37–42.
- 17 ראו מגילת האו"ם, לעיל ה"ש 15, ס' 92: "The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute, which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter"

בתביעות של יחידים, והוא דן רק בתביעות של מדינות.¹⁸ המשמעות היא שאף שהחלה התפתחות בנושא זכויות האדם במשפט הבין-לאומי, ליחידים היא עדיין לא נגעה. כהמשך למגילת האו"ם ולהכרזה העולמית על זכויות האדם קיימה האספה הכללית של האו"ם בשנת 1966 דיונים שנועדו למסד באמנה אחת מחייבת את כל זכויות האדם (Bill of Rights).¹⁹ בסופו של דבר אימצה האספה הכללית שתי אמנות: האמנה העולמית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR) והאמנה העולמית לזכויות כלכליות וחברתיות (ICESCR).²⁰ הסיבות ליצירתן של שתי הנורמות המשפטיות מעסיקות דורות של חוקרים ואינן מצויות בתחומן של מחקר זה.²¹

לענייננו חשובה העובדה שלכל אחת מהאמנות צורף פרוטוקול המאפשר תביעות של יחידים.²² הפרוטוקול של האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות נכנס לתוקף בשנת 1976,

- 18 ראו SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 57–58.
 19 שם, בעמ' 42–44. וראו SHABTAI ROSENNE, THE PERPLEXITIES OF MODERN INTERNATIONAL LAW 215–218 (2004) רוזן טוען כי למסמך זה לבדו הייתה השפעה על התפתחות המחשבה המשפטית, בתחום זכויות אדם, יותר מכל מסמך משפטי אחר שנכתב אי פעם ברמה הבין-לאומית. ראו גם Michael J. Dennis & David P. Stewart, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be An International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?*, 98 AM. J. INT'L L. 462, 476–477 (2004); J.G. MERRILLS & A. H. ROBERTSON, HUMAN RIGHTS IN EUROPE: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 6 (4th ed. 2001)
 20 ראו International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, (Entered into force Mar. 23, 1976) (להלן: ICCPR או האמנה העולמית לזכויות אזרחיות ופוליטיות); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, (Entered into force Jan. 3, 1976) (להלן: האמנה העולמית הכלכלית-חברתית או ICESCR); Harrington; לעיל ה"ש 9, בעמ' 159–165.
 21 ראו IDA ELISABETH KOCH, HUMAN RIGHTS INDIVISIBLE RIGHTS: THE PROTECTION OF SOCIO-ECONOMIC DEMANDS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2009) 6–8. ניתן לציין שלוש סיבות עיקריות ליצירת שתי רמות של זכויות: הראשונה, הרקע ההיסטורי של יצירת שלוש רמות של זכויות אדם (זכויות אדם, זכויות חברתיות וזכויות אזרחיות); הסיבה השנייה, פוליטית/אידאולוגית – יצירת האמנות בזמן המלחמה הקרה והחשיבות שייחס כל צד לזכויות השונות ודחיית הזכויות של הצד האחר; הסיבה האחרונה, ספקנות באשר לאפשרות לממש את הזכויות הכלכליות (זכויות חיוביות). ראו גם Dennis & Stewart, לעיל ה"ש 19, בעמ' 476–480. הבדל חשוב נוסף בין הזכויות הוא יכולת האכיפה. לזכויות האזרחיות הפוליטיות אפשרות מימוש פשוטה יחסית שלא כמו הזכויות הכלכליות והחברתיות החסרות אותה והדורשות השקעה רבה מצד המדינות. ראו עוד לדוגמה Allan Rosas, *So-Called Rights of the Third Generation, in ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: A TEXTBOOK* 243, 243–245 (Asbjorn Eide, Catarina Krause & Allan Rosas eds., 1995); ROSENNE, לעיל ה"ש 19, בעמ' 217–219.
 22 ראו Optional Protocol to International Convent on Civil and Political Rights, *opened for signature* Dec. 19, 1996, 999 U.N.T.S 171 (entered into force Mar. 23, 1976) (להלן: Optional Protocol to the International Covenant on); (Optional Protocol to ICCPR

ואילו הפרוטוקול של האמנה הכלכלית חברתית לא נכנס לתוקף מעולם.²³ לצורך הגשת התלונות (בשני הפרוטוקולים) נדרש כי המדינה הנתבעת תהיה חברה באמנה ובנוסף תקבל אל עצמה את הפרוטוקול המאפשר תלונות של יחידים נגדה.²⁴ התלונות של יחידים, לפי הפרוטוקול של האמנה העולמית לזכויות אזרחיות ופוליטיות, נדונה בפני הוועדה לזכויות אדם של האו"ם (HRC).²⁵ לוועדה סמכות מעין-שיפוטית. היא מתכנסת שלוש פעמיים בשנה בלבד ועוסקת בנושאים רבים, ומרב זמנה אינו מוקדש לנושא התביעות של היחידים.²⁶ המלצותיה בעניין התביעות מוגשות למועצה הכלכלית-חברתית של האו"ם (Economic and Social Council) והיא המחליטה בעניין. ההחלטות אינן בעלות תוקף מחייב (ראו להלן).²⁷

אמנות בין-לאומיות נוספות מאפשרות, באופן מסוים, לאנשים יחידים להגיש תלונות בפני גופים בין-לאומיים נגד מדינות. חמש מתוך הוועדות שבמועצה הכלכלית-חברתית של האו"ם מאפשרות הליך שכזה.²⁸ הוועדות הן אלה: הוועדה נגד אפליה גזעית (CERD),²⁹ הוועדה נגד עינויים (CAT),³⁰ הוועדה נגד אפליית נשים (CEDAW),³¹ הוועדה

- Economics, Social and Cultural Rights, G.A. res 63/117, Annex, U.N. Doc. (Optional Protocol to ICESCR : להלן) A/Res/63/117 (Dec. 10, 2008)
 23 ראו United Nation Treaty Collection, ניתן לצפות ב: <https://www.treaties.un.org/Home.aspx?lang=en>. עד היום חתמו על הפרוטוקול 40 מדינות בלבד ואשררו 8. לצורך אשרורו של הפרוטוקול נדרשות עשר מדינות; ראו Dennis & Stewart, לעיל ה"ש 19, בעמ' 489-476.
- 24 ראו Optional Protocol to ICCPR, לעיל ה"ש 22, ס' 1; Harrington, לעיל ה"ש 9, בעמ' 159.
 25 ראו SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 66-69. אין לבלבל עם מועצת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Council).
 26 ראו Dennis & Stewart, לעיל ה"ש 19, בעמ' 507-509. העומס המוטל על הוועדה אינו מאפשר טיפול יעיל בתביעות. וראו SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 66-67.
 27 ראו שם, בעמ' 68. ראוי לציין שמדינות כמו ארצות הברית, בריטניה וסין לא חתמו כלל על פרוטוקול זה ולכן אינן כפופות להחלטות הוועדה.
 28 שם, בעמ' 52, 65-80. מסביר הסבר תמציתי וברור את הוועדות הקיימות; מידע על כל האמנות המאפשרות תלונות של יחידים המפורטות להלן ניתן למצוא ב: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx>
 29 ראו The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), ס' 14; Harrington, לעיל ה"ש 9, בעמ' 166-167. מדינות צריכות לתת הסכמתן לתביעות של יחידים ולאשרר את ס' 14 של האמנה. כאשר מוגשת תביעה, הוועדה אינה יכולה לדון בה קודם שהמדינה תקים ועדה מיוחדת ותחקור את התביעה. ראו SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 73-75.
 30 ראו Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT), ס' 22; Harrington, לעיל ה"ש 9, בעמ' 170-171. גם באמנה זו הוועדה יכולה לדון רק בתביעות נגד מדינות שאשררו את הסעיף. התביעות אינן יכולות להיות אנונימיות, וחלה חובה למצות את ההליכים המדינתיים. המדינות רשאיות לסגת מהסכמתן לתביעות נגדן בכל שלב ומבלי לפרוש מהאמנה. ראו SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 71-73.
 31 ראו Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), בפרוטוקול לאמנה שנכנס לתוקף בשנת 2000; Harrington, לעיל ה"ש 9, בעמ'

לזכויות אנשים עם מוגבלויות (CRPD)³² והוועדה להגנה על זכויותיהם של מהגרי עבודה ומשפחותיהם (MWC)³³. במקרים אלו מוגשות התלונות לוועדות שחוקרות את התלונות. על התלונות לעמוד בכמה פרוצדורות שהמרכזית שבהן היא מיצוי ההליכים המדינתיים קודם להגשת התביעה. התלונות שבהן דנות הוועדות אפשריות רק כלפי מדינות שאשררו את הפרוטוקולים או את הסעיפים המאפשרים את התביעות נגדן. המדינות יכולות לסגת מהסכמתן לאפשרות להתלונן נגדן בכל שלב, גם מבלי לסגת מחתימתן על האמנה.³⁴ הוועדות מסכמות ומגבשות את עמדתן ואת המלצותיהן בתביעה על סמך התלונות, מענה הצדדים וחקירה. המסקנות וההמלצות מוגשות בסופו של דבר למועצה הכלכלית-חברתית של האו"ם. החלטותיה של המועצה בעניין התביעות, כאמור, אינן מחייבות (Non-binding)³⁵.

לסיכום עד כאן. ניתן לראות כי ברמה העולמית ליחידים יכולת לתבוע את זכויותיהם באשר לזכויות אדם בהגשת תביעות נגד מדינות לוועדות של האו"ם.³⁶ התביעות כפופות

- 169–167. התביעות צריכות לעמוד בתנאי הקבילות המפורטים. לוועדה יש אפשרות לדרוש מהמדינה הנתבעת להוציא צווי ביניים על מנת למנוע הידרדרות המצב. על המדינות להבטיח מניעת התנכלות לתובעים או לבאי כוחם. במקרה שמדינה מחליטה לנטוש את הפרוטוקול, עליה ליידע את הוועדה שישה חודשים מראש. ראו SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 75–77.
- 32 ראו Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), בפרוטוקול הנלווה לאמנה; Harrington, לעיל ה"ש 9, בעמ' 172–173. המחברת מצביעה על היותן של זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות אתגר בפני מדינות בעיקר משום שמדובר בצורך לספק צרכים תשתיתיים. דרישות הקבילות לתביעות הן ככל הדרישות באמנות האחרות. לוועדה יש אפשרות לדרוש מהמדינה להוציא צווי מניעה כדי למנוע הידרדרות במצב. מדינות יכולות לפרוש מהפרוטוקול מבלי לפרוש מהאמנה. פרישתן מהפרוטוקול תיכנס לתוקף לאחר שנה. ראו SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 79.
- 33 ראו International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW), לעיל ה"ש 9, בעמ' 171. האמנה התקבלה על ידי העצרת הכללית בדצמבר 1990. הפרוטוקול בעניין תלונות של יחידים טרם נכנס לתוקף, והוא ייכנס לתוקף לאחר אשרורן של עשר מדינות.
- 34 ראו Harrington, לעיל ה"ש 9, בעמ' 169.
- 35 ראו Dennis & Stewart, לעיל ה"ש 19, בעמ' 467. המחברים מראים כי האכיפה חלשה בעיקר בשל חשש שמדינות לא יצטרפו (אשרור) לפרוטוקולים המאפשרים תלונות אישיות. אם תהיה אכיפה אגרסיבית נגד המדינות, הן יימנעו מהאשרור או יסתלקו אם אשרור.
- 36 נציין כאן כי בית הדין הפלילי בהאג (International Criminal Court (ICC)), שהחל לפעול ב-2002, הוא בעל סמכות שיפוט נגד יחידים (ראו Rome Statue of International Criminal Court, A/CONF. 183/9, Adoption 17.7.1998, Entered into Force 1.7.2012, SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 58). הוא הדין בבתי המשפט המיוחדים של רואנדה, סירה-לאון ויוגוסלביה לשעבר. הדבר אמנם יכול להתפרש כביטוי נוסף להבניית זכויותיהם של יחידים במשפט הבין-לאומי, ואולם בתי דין אלו חורגים מנושא מאמר זה, הן בעניינם של תובעים יחידים, שכן סמכותם היא כלפי הנתבעים. לצורך הדיון נציין רק כי זכויותיהם של יחידים בבתי משפט אלו מוצאים את ביטויים בעדויות במקרים של פשעים נגד האנושות, פשעי מלחמה, רצח עם, ורק בהליכים המיוחדים לטריבונלים אלו (ראו Rome Statue of International Criminal Court, ס' 5–8; SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 58). ככלל בתי דין אלו אינם פתוחים בפני כל תובע.

לתנאים פרוצדורליים. מעל הכול התביעות כפופות להסכמתן של המדינות להיות נכונות להיתבע בידי יחידים. כמו כן ההחלטות בעניין התביעות אינן בעלות תוקף מחייב. כלומר, תביעות של יחידים לפי האמנות העולמיות השונות אינן יוצרות בסופו של דבר הליך משפטי מחייב.

ברמה האזורית, כפי שיתואר בהמשך, יש התפתחות רבה בתחום האמנות בנושא זכויות האדם בכלל ואפשרותם של יחידים לתבוע מדינות בפרט.³⁷ בשלב זה של הדיון נציין שתי אמנות אזוריות המאפשרות תביעות של יחידים.³⁸ האמנה הראשונה היא של ארגון מדינות אמריקה (Organization of American States – OAS).³⁹ אמנת זכויות האדם של מדינות אמריקה מיסדה את בית המשפט לזכויות אדם של מדינות אמריקה (Inter-American Court of Human Rights).⁴⁰ בית המשפט יכול לשפוט בתביעות של יחידים נגד מדינות רק במקרים שהמדינות קיבלו את סמכותו בעניין זה.⁴¹ קבלת הסמכות יכול שתהיה קבועה או לתביעה ספציפית.⁴² התביעות בבית המשפט אפשריות רק דרך נציבות זכויות האדם של מדינות אמריקה.⁴³ כלומר, יחיד הסבור שזכויותיו לפי האמנה נפגעו צריך לתבוע את המדינה דרך הנציבות. לאחר קבלת התביעה הנציבות מקיימת חקירה. אם הנציבות מצאה שהמדינה הפרה זכויות אדם, היא יכולה להציעה פשרה (Friendly settlement) או להגיש

- 37 ראו KALIN & KUNZLI, לעיל ה"ש 9, בעמ' 208–210.
- 38 ניתן לציין לדוגמה אמנות אזוריות נוספות הקיימות היום. אמנות אלו אינן כוללות אפשרות לתביעה של יחידים בפני בתי משפט בין-לאומיים: אמנת האיחוד האירופי, הכוללת בתוכה גם את אמנת זכויות אדם של האיחוד: European Union – Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, 2008/C 115/01 (signed on 13 December 2007 in Lisbon, entered into force on 1 December 2009); הצעה למגילת זכויות אדם של מדינות אסיה אשר פורסמה בשנת 1998 וטרם אושרה (Asian Human Rights Charter, 17 May 1998); מגילת זכויות האדם של מדינות ערב משנת 2004.
- 39 לספרות רקע בעניין זכויות האדם בארגון מדינות אמריקה ראו SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 123–116. ראו גם Jo M. Pasqualucci, *The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law*, 26 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 297, 302–311 (1995).
- 40 ראו האמנה של ארגון מדינות אמריקה לזכויות אדם: American Convention on Human Rights, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, (entered into force July 18, 1978), reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 25 (1992) וכך בפרק 8. ראו Felipe Gonzalez, *The Experience of the Inter-American Human Rights System*, 40 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 103, 107–108 (2010).
- 41 ראו PASQUALUCCI, לעיל ה"ש 12, בעמ' 11.
- 42 שם.
- 43 שם, בעמ' 6–7. הנציבות ממוקמת בושינגטון הבירה (Washington DC). הנציבות שבעה נציבים הנבחרים מבין מדינות אמריקה. וראו SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 121–123.

תביעה נגד המדינה לבית המשפט.⁴⁴ בית המשפט יכול לפסוק, אם מצא הפרה של זכויות אדם, פיצויים לתובע.⁴⁵ באפריקה, לאיחוד מדינות אפריקה (OAU – Organization of African Union)⁴⁶ יש מגילת זכויות אדם.⁴⁷ למגילה נוסף פרוטוקול המייסד את בית המשפט לזכויות אדם של מדינות אפריקה (African Court of Justice and Human Rights).⁴⁸ תביעות של יחידים אפשריות רק נגד מדינות אשר אשררו את הפרוטוקול. התביעות מוגשות לנציבות זכויות האדם של אפריקה.⁴⁹ עם זאת הפרוטוקול מאפשר גם הגשת תביעות ישירות לבית המשפט. בית המשפט יבקש במקרה כזה את חוות דעתה של הנציבות. הנציבות תבחן את התלונה ותבקש את תגובת המדינה ולבסוף תמליץ לבית המשפט אם לדון בתביעה.⁵⁰ נכון להיום מערכת משפטית זו, של תביעות של יחידים, נמצאת בהליכי הקמה ומיסוד.⁵¹ האמנה האירופית לזכויות אדם ובית המשפט האירופי לזכויות אדם, הפועל מכוחה, שונים מכל המתואר עד כאן.⁵² האמנה מאפשרת זכות עמידה לתובעים יחידים. היא מאפשרת תביעות של יחידים נגד כל המדינות החתומות על האמנה ללא אפשרות למדינות לסגת מכך. קרי, ליחידים אפשרות לתבוע מדינות ישירות בפני בית המשפט ולא דרך נציבות, בכפוף לסייגים פרוצדורליים. בית המשפט דן בתביעות הללו, ופסיקתו מחייבת את

44 ראו שם, בעמ' 128–130.

45 שם, בעמ' 123.

46 FRANS VILJOEN, ; 138–134 בעמ' ראו שם, לרקע כללי ראו שם, בעמ' 310–318 (2007); GEORGE WILLIAM MUGWANYA, HUMAN RIGHTS IN AFRICA: ENHANCING HUMAN RIGHTS THROUGH THE AFRICAN REGIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM 240–278 (2003); Jacques Fremont, *Legal Pluralism, Customary Law and Human Rights in Francophone African Countries*, 40 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 149, 159–160 (2010).

47 ראו African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights, Adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 LL.M 58 (1982), entered into force Oct. 21, 1986 (להלן: אמנת זכויות האדם של מדינות אפריקה); Fremont, לעיל ה"ש 46, בעמ' 160–163 ראו Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Establishment of an African Court on Human and People's Rights (10 June 1998), entered into force Jan. 2004 (להלן: הפרוטוקול לאמנת זכויות האדם של מדינות אפריקה). ראו גם SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 128–130.

49 ראו אמנת זכויות האדם של מדינות אפריקה, לעיל ה"ש 47, ס' 55; SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 142.

50 ראו הפרוטוקול לאמנת זכויות האדם של מדינות אפריקה, לעיל ה"ש 48, ס' 5–6. המשמעות המעשית של סעיפים אלו שאי אפשר להגיש את התביעות ישירות לבית המשפט. במקרה והתביעה מוגשת ישירות לבית המשפט הוא מעביר אותה לצורך קבלת חוות דעת לנציבות. ראו גם SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 142.

51 ראו שם, בעמ' 142–143.

52 ראוי לציין עוד שתי אמנות אזוריות חשובות שהתפתחו עם השנים בהשפעת האמנה האירופית לזכויות אדם: האמנה הראשונה היא של ארגון מדינות אמריקה (Organization of American States – OAS); האמנה השנייה היא באפריקה, לאיחוד מדינות אפריקה (OAU – Organization of African Union) יש מגילת זכויות אדם.

המדינות. הנה כי כן, השילוב של האמנה האירופית לזכויות אדם עם בית המשפט יוצר מחדש בכל הקשור לזכויות של תובעים יחידים במשפט הבין-לאומי. למציאות חדשה זו מצטרפים התובעים הישראלים. תביעותיהם של ישראלים שאינם תושבי אירופה בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם מלמדות עד כמה מציאות זו חדשנית ושוונה. כדי להבין את ייחודה של מציאות זו נתאר תחילה את בית המשפט האירופי, את מיהותו ואת מהותו.

ג. בית המשפט האירופי לזכויות אדם – היסטוריה, מיהות ומהות

1. מבוא

בית המשפט האירופי לזכויות אדם הוא בית משפט מיוחד במינו. ברמה אחת הוא פועל כבית משפט בין-לאומי בזירה האירופית, וברמה אחרת הוא מקיים הליכים משפטיים בשביל תובעים יחידים. קרי, אפשרות ליחידים, לקבוצות או לארגונים לא ממשלתיים (NGO) לתבוע מדינות ישירות בפני בית המשפט, בכפוף לסייגים פרוצדורליים. את שני התפקידים מבצע בית המשפט שעה שהוא משמש מעין בית משפט חוקתי (Quasi-constitutional) המפרש את האמנה האירופית לזכויות אדם.⁵³ על מנת להבין ייחוד זה נסקור את הרקע ואת התפתחותו של בית המשפט. בהקדמה למגילת האומות המאוחדות משנת 1945 נאמר ביו השאר כי מטרתן הנחושה של האומות החתומות על המגילה היא זו:

“[...] To reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and woman and of nations large and small”.⁵⁴

בכך הייתה מגילת האו"ם לאחד המסמכים הבין-לאומיים הראשונים אשר הציבו את זכויות האדם בנושא מרכזי ובעל חשיבות עליונה בזירה הבין-לאומית שלאחר מלחמת העולם

53 Yulia Dernovsky, *Overcoming Soviet Legacy: Non-Enforcement of the Judgment of the European Court of Human Rights by the Russian Judiciary*, 17 *CARDDOZO J. INT'L & COMP. L.* 471, 477–478 (2009); Patricia Egl, *Protocol No. 14 to the European Convention for Protection of Human Right and Fundamental Freedoms: Towards a More Effective Control Mechanism?*, 17 *J. TRANSN'T'L L. & POL'Y* 1, 2 (2007–2008); D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES & C. M. BUCKLEY, HARRIS, O'BOYLE & WARBRIC *LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* 1, 1–3 (2nd ed. 2009); Thomas Buergenthal, *The Evolving International Human Rights System*, 100 *AM. J. INT'L L.* 783, 793 (2006) (לדעת המחבר מדובר בבית משפט חוקתי ממש); Jennifer W. Reiss, *Protocol No. 14 ECHR and Russian Non-Ratification: The Current State of Affairs*, *HARV. HUM. RTS. J.* 293, 293–294 (2009); Luzius Wildhaber, *The European Court of Human Rights: The Past, the Present, the Future*, 22 *AM. INT'L L. REV.* 521, 528 (2006–2007).

54 ראו מגילת האו"ם, לעיל ה"ש 15, ההקדמה למגילת האו"ם.

השנייה.⁵⁵ בנוסף הצהירה מגילת האו"ם על יעד לשיתוף פעולה בין-לאומי בנושא זה של זכויות אדם.⁵⁶

ואכן, ההכרזה העולמית על זכויות האדם מ-10 בדצמבר 1948, שהתקבלה בהחלטתה של מליאת עצרת האומות המאוחדות, הייתה המשך ישיר לאותו מאבק על זכויות אדם בעידן שלאחר מלחמת העולם השנייה.⁵⁷ עם השנים המשיכו זכויות האדם להתפתח במדינות ובמשפט הבין-לאומי ההסכמי. בשל הנסיבות ההיסטוריות הייחודיות אירופה היא שהובילה בפועל את התהליך האזורי ליצירת אמנה בין-לאומית, ראשונה מסוגה, להגנה על זכויות אדם, היא האמנה האירופית לזכויות אדם.⁵⁸

2. הרקע ההיסטורי לכתיבת האמנה האירופית לזכויות אדם

אירופה שלאחר מלחמת העולם השנייה הייתה יבשת קרועה ושסועה. שנים של הרג, מיליוני בני אדם מתים, פצועים, חסרי בית והרס עצום של תשתיות. המדינות, כל אחת בפני עצמה, והיבשת בכללותה נזקקו לאיחוד כוחות ולריכוז משאבים כדי להתחיל לשקם את ההריסות. בו בזמן, וגם זאת מתוצאות המלחמה, נפרס "מסך הברזל" בין מזרח אירופה למערבה, תחילתה של המלחמה הקרה. זו הקרקע שממנה צמחו האמנה האירופית לזכויות אדם ובית המשפט האירופי לזכויות אדם, אחד הרכיבים החיוניים לאכיפתה.⁵⁹

ב-17 במרס 1948 נחתם הסכם בריסל (Brussels treaty), שבו קיבלו עליהן המדינות החתומות ללכת בדרך שעליה הצביעה הכרזת האו"ם בעניין זכויות האדם.⁶⁰ ב-5 במאי 1949 נחתמה האמנה להקמת מועצת אירופה (Council of Europe)⁶¹ בלונדון.⁶² תפקידה

55 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 2.

56 ראו מגילת האו"ם, לעיל ה"ש 15, ס' 1.

57 ראו ההכרזה העולמית על זכויות האדם, לעיל ה"ש 16. בעניין התפתחות זכויות האדם לאחר מלחמת העולם השנייה והשפעתה של ההכרזה העולמית על זכויות האדם ראו רקע כללי: Bates ; WIKTOR OSIATYNSKI, HUMAN RIGHTS AND THEIR LIMITS 4-8 (2009), לעיל ה"ש 9, בעמ' 34-37; ROSENNE, לעיל ה"ש 19, בעמ' 215.

58 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7.

59 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 3-4; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1; Christian G. Hioureas, *Behind the Scenes of Protocol No. 14: Politics in Reforming the European Court of Human Rights*, 24 BERKELEY J. INT'L L. 718, 722-723 (2006).

60 ראו אתר הכינוס הפרלמנטרי של מועצת אירופה: <http://www.assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta00/erec1477.htm>. עיקר מטרתה של ההתכנסות בכריסל הייתה להציב משקל כנגד הגוש הסובייטי שהלך והתעצב. עיקר הדגש בהסכם הוא על ביטחון והגנה כנגד האיום החדש (הנושא טופל מיד לאחר מכן באמצעות הקמתו של ארגון נאט"ו). בין השאר ממליץ ההסכם על כינונה של מועצה אירופית. המדינות השותפות להסכם זה הן בלגיה, צרפת, לוקסמבורג, הולנד ובריטניה.

61 מועצת אירופה (Council of Europe) – ארגון בין-לאומי הממוקם בשטרסבורג (Strasbourg) שבצרפת. הארגון מופעל בידי כמה גופים שהמרכזיים שבהם והנוגעים לעניינינו הם הכינוס הפרלמנטרי של מועצת אירופה (ראו להלן ה"ש 75), מועצת השרים (ראו להלן ה"ש 75), בית

של מועצת אירופה היה לאחד את המדינות במסגרת פוליטית אחת. האבות המייסדים היו נחשבים למנוע את הישנות הזוועות של מלחמת העולם השנייה.⁶³ הם תפסו את הקשר הקיים בין הפרת זכויות אדם ליצירת משטרים מדכאים או המייצרים מציאות כמו זו שהסתיימה. המחשבה הייתה להפוך את זכויות האדם למטבע בין-לאומי ואירופי שיאפשר מסגרת של שיתוף פעולה ופיקוח הדדי של המדינות מתוך רצון למנוע מלחמה נוספת.⁶⁴ לכן בהמשך לפעילות העולמית בנושא זכויות האדם, כמוזכר לעיל, הציבה מועצת אירופה כיעד ראשון את נושא השמירה על זכויות האדם. במבוא לאמנה להקמת מועצת אירופה נאמר בין השאר:

“[...] Reaffirming their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy [...]”.⁶⁵

בהמשך האמנה נאמר בין השאר:

המשפט האירופי לזכויות אדם (ראו להלן). הארגון כולל כיום 47 מדינות באירופה. הוא הוקם לקדם את הדמוקרטיה ולהגן על זכויות האדם והחוק באירופה. לארגון דרישות בסיסיות בלבד לצורך הצטרפותן של המדינות. ראו <http://www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are.asp>. למעשה כל מדינה אירופית המבקשת להצטרף יכולה להתקבל, ובלבד שתקיים את התנאים האלה: קיום משטר דמוקרטי, כיבוד החוק ושמירה על זכויות האדם. מעשית, מדינות המבקשות להצטרף למועצת אירופה מחויבות לחתום על האמנה האירופית לזכויות אדם. המועצה עוקבת אחר המדינות ומוודא כי הן מקיימות את ההתחייבויות שקיבלו עליהן עם ההצטרפות. ראו DONNA GOMIEN, DAVID HARRIS & LEO ZWAAK, LAW AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER

MERRILLS & ROBERTSON; 12–13 (1996), לעיל ה"ש 19, בעמ' 297. ראו אתר מועצת אירופה, משרד ההסכמים (Treaty office), ובו רשימה מלאה של כל ההסכמים של מועצת אירופה, ובכלל אלה הצהרות, אשוררים והסתייגויות: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>. להלן יצינו ההסכמים והמסמכים כמקובל (להלן: CETS). ראו Statute of the Council of Europe, CETS No. 001 (May 5th 1949). ראו גם אתר הכינוס הפרלמנטרי של מועצת אירופה, לעיל ה"ש 60, PACE, Historical overview, על המדינות החתומות על הסכם בריסל נוספו בחתימה זו דנמרק, אירלנד, איטליה, נורווגיה ושוודיה.

ראו Egli, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1–2. ראו O'Boyle & Darcy, לעיל ה"ש 8, בעמ' 141; GOMIEN, HARRIS & ZWAAK, לעיל ה"ש 61, בעמ' 12. חשוב להדגיש כי נושאים של ביטחון לאומי אינם באחריות מועצת אירופה. נושא זה הושאר להסכם של המדינות במסגרת ברית נאט"ו (אפריל 1949). ראו Dernovsky, לעיל ה"ש 53, בעמ' 502–503. דוגמה לביצוע מדיניות זו היא הצטרפותה של רוסיה בשנת 1996. המועצה ביקשה לקבל את רוסיה כדי להביא לקיום מטרות הארגון – הגנה על זכויות אדם. זאת אף שרוסיה הייתה מעורבת באותה שעה במלחמה בצ'צ'נייה. רוסיה מצדה רצתה לקבל הכרה בין-לאומית וליצור לעצמה זהות אירופית של מדינת חוק מתוקנת ומסודרת. ראו Statute of the Council of Europe, לעיל ה"ש 62, מתוך ההקדמה.

"This aim shall be pursued through the organs of the Council by discussion of questions of common concern and by agreements and common action in economic, social, cultural, scientific, legal and administrative matters and in the maintenance and further realization of human rights and fundamental freedoms".⁶⁶

בנוסף, האמנה בפרק 2 סעיף 3 מחייבת את כל המדינות החברות במועצת אירופה לקבל את העיקרון של שלטון החוק. הן מחויבות לכך שכל האנשים המצויים בתחום שיפוטן ייהנו מכל זכויות האדם הבסיסיות.⁶⁷ האמנה של מועצת אירופה מחייבת את כל החברות בה.⁶⁸ מועצת אירופה היא העתידה ליצור את האמנה האירופית לזכויות אדם. קבוצה של מומחים משפטיים, שופטים ושרי משפטים החלו כבר בתחילת 1949 לנסח אמנה אשר תכלול הגנה על זכויות אדם והקמתו של בית משפט אשר יפקח על קיום האמנה.⁶⁹ הרעיון של יצירת אמנה אירופית לזכויות אדם נבע בין השאר מההכרזה העולמית על זכויות אדם של האומות המאוחדות שהוזכרה לעיל.⁷⁰ ההכרזה העולמית שהציבה את זכויות האדם כערך כלל-עולמי הייתה הצהרתית ונטולת כל אמצעי אכיפה.⁷¹ בהקדמה לאמנה האירופית לזכויות אדם מציינים המנסחים את הזיקה להכרזה העולמית על זכויות אדם:

"[...] Considering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10 December 1948 [...] Being resolved, as the governments of European countries which are likeminded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration[...]"⁷²

66 שם, פרק 1, ס' b1.

67 שם, פרק 2, ס' 3.

68 ראו Dernovsky, לעיל ה"ש 53, בעמ' 490–491.

69 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 6–7. הקבוצה כללה כמה משפטנים מובילים ונקראה International Juridical Section of the European Movement.

70 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, 3–4, 6–7. ראו גם KOCH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2. גורם נוסף שדחף את המנסחים ליצור אמנה היה הרקע האישי שלהם. כמי שחזרו משדות הקרב או כמי שסבלו במלחמה כאזרחים ראו המנסחים חובה ליצור אמנה שתמנע מלחמה כפי זו שהסתיימה. הם גם ראו כיצד למול עיניהם הולכת ונוצרת מציאות מסוכנת בדמות שני גושים הניצבים זה מול זה.

71 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 6.

72 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, מתוך ההקדמה לאמנה (הקיצורים לא במקור).

אם כן, מנסחי האמנה האירופית שאבו מההכרזה העולמית על זכויות אדם השראה מתוך רצון לייסד אמנה אשר תהיה מסמך בין-לאומי מחייב אשר יגן על זכויות האדם ועל חופש הפרט (Human rights and fundamental freedoms).⁷³ בה בשעה הם הבינו כי יעברו שנים רבות עד שהחלטות האו"ם יפכו לאמנה מחייבת עם בעלת מנגנון בקרה ואכיפה.⁷⁴ לפיכך החליטו המנסחים ומועצת אירופה לצעוד קדימה מבלי להמתין לזירה הבין-לאומית. גרסה ראשונה של האמנה הוגשה למועצת השרים (Committee of Ministers of the Council of Europe)⁷⁵ ביולי 1949.⁷⁶ הכינוס הפרלמנטרי של מועצת אירופה (Parliamentary Assembly Council of Europe)⁷⁷ דן בנוסח הראשון של האמנה בספטמבר 1949.⁷⁸ האמנה נחתמה בישיבה השישית של מועצת השרים, ב-4 בנובמבר

73 ראו Annual Report 2010, available at [http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{"fulltext":\["Annual Report 2010"\]}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{) (להלן: Annual Report 2010) בעמ' 11. ראו גם Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11. (הערה: בכל הקשור לרקע ההיסטורי הדוחות השנתיים דומים, ולכן לעתים תהיה הפניה לדוח אחד בלבד).

74 ראו Buergenthal, לעיל ה"ש 53, בעמ' 792.

75 מועצת השרים של מועצת אירופה (Committee of Ministers of the Council of Europe) מקומה בשטרסבורג שבצרפת, והיא הגוף המייצג את הממשלות של המדינות החברות במועצה. זהו הגוף הביצועי של מועצת אירופה, שבו מתקבלות ההחלטות. בין השאר שוקל הגוף אילו צעדים יש לבצע לאור ההמלצות של הכינוס הפרלמנטרי (ראו להלן ה"ש 77). הגוף מורכב משרי החוץ של המדינות החברות או ממחליפיהם הקבועים הנמצאים דרך קבע בשטרסבורג (תפקיד קבוע אשר המדינה ממנה אותו). מועצת השרים היא גוף פוליטי. מצד אחד הנציגים מייצגים את האינטרסים של המדינות שמהן הם מגיעים בסוגיות העולות לדין. מצד אחר, זהו גוף שלטוני הדין ומציג עמדה אירופית בנושאים בין-לאומיים וכן בסוגיות המעסיקות את יבשת אירופה. המועצה היא המפקחת על ביצוע פסקי הדין של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בידי המדינות. בסמכות המועצה לנקוט אמצעי אכיפה נגד מדינות שאינן מקיימות את פסקי הדין. ראו גם GOMIEN, HARRIS & ZWAAK, לעיל ה"ש 61, בעמ' 13.

76 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 6.

77 הכינוס הפרלמנטרי של מועצת אירופה (Parliamentary Assembly Council of Europe), מקום מושבו בשטרסבורג שבצרפת. זהו הגוף המייצג את הפרלמנטים של המדינות החברות. זהו גוף מייצג של מועצת אירופה והוא חסר סמכויות חקיקה. לכינוס סמכות לחקור ולבחון נושאים העומדים על הפרק, להציע ולהמליץ למועצת השרים. בגוף 318 נציגים שנבחרים במדינותיהם על ידי הפרלמנטים המדינתיים על פי מפתח שנקבע באמנת היסוד של מועצת אירופה. ראו Statute of the Council of Europe, לעיל ה"ש 62, ס' 25–26. המדינות חולקו למדינות גדולות וקטנות, ולכל מדינה נקבעו כמה נציגים. הכינוס מתכנס ארבע פעמים בשנה, למשך שבוע בדרך כלל, בשטרסבורג. הוא ממנה את השופטים של בית המשפט האירופי לזכויות אדם וכן בוחר את המזכיר הכללי של מועצת אירופה. הכינוס הוא הקובע את סדר יומו והוא המחליט על נושאים שבהם ידון ויחליט. לישראל מעמד של משקיפה במועצה עם קנדה ומקסיקו יחד. ראו גם GOMIEN, HARRIS & ZWAAK, לעיל ה"ש 61, בעמ' 13.

78 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 8. ראו גם אתר הבית של מועצת אירופה: <http://hub.coe.int/> – ניתן למצוא שם את המסמכים.

1950 ברומא.⁷⁹ האמנה נכנסה לתוקף לאחר שאושררה בידי עשר מדינות ב-3 בספטמבר 1953.⁸⁰

3. האמנה האירופית לזכויות אדם

האמנה האירופית הייתה האמנה האזורית הראשונה להגנה על זכויות אדם.⁸¹ היא כללה רשימה מפורטת של זכויות אדם מוכרות וידועות.⁸² הזכויות התמקדו בזכויות פוליטיות ואזרחיות וזנחו, בשלב זה, את הזכויות הכלכליות-חברתיות.⁸³ בהחלטה לכלול דווקא זכויות אלה הלכו מועצת השרים והכינוס הפרלמנטרי בעקבות ההכרזה העולמית על זכויות האדם, החוקה האמריקנית והצהרת חירויות האדם של המהפכה הצרפתית, ובעיקר הייתה ההחלטה בעניין הזכויות תוצר של פשרה פוליטית בין המדינות החברות באמנה. פשרה זו היא שאפשרה את כינוסן של מדינות שונות תחת כנפי אמנה אחת מוסכמת.⁸⁴ החידוש החשוב של אמנה זו והייחודיות שלה בשעתה היו בכך שהשכילה לייצר מערכת בקרה ופיקוח, כנראה היעילה ביותר המוכרת כיום לביצוע אמנות מסוג זה.⁸⁵ היא יצרה שלושה מנגנוני אכיפה ופיקוח לקיום האמנה:⁸⁶ המנגנון הראשון היה הקמת נציבות זכויות

79 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 12. בסופו של דבר הייתה האמנה דומה להצעה שהגישה מועצת השרים בתחילת הדיונים. משך הזמן שלקח למועצת אירופה לסכם את האמנה לזכויות אדם היה קצר יחסית, 15 חודשים (יולי 1949 ועד נובמבר 1950) מהגרסה הראשונה ועד לחתימה על האמנה. לאו"ם, לצורך השוואה, לקח 18 שנה מההכרזה על זכויות האדם ועד לקבלת האמנות העולמית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR) והאמנה העולמית לזכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות (ICESCR) (בין דצמבר 1948 ועד דצמבר 1966) (ראו לעיל).

80 ראו אתר מועצת אירופה, משרד ההסכמים (Treaty office), לעיל ה"ש 62, CETS no. 005.

81 ראו SMITH, לעיל ה"ש 15, בעמ' 86, 88-89.

82 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 8-12. הזכויות שנכללו באמנה בגרסתה הראשונה היו (לסעיף באמנה כיום ראו ECHR, לעיל ה"ש 7: הזכות לחיים (2), איסור על עינויים (3), איסור על עבדות ועבודות כפייה (4), הזכות לחופש וביטחון (5), הזכות למשפט הוגן (6), איסור על ענישה ללא הרשעה (7), הזכות לכיבוד הפרטיות וחיי משפחה (8), חופש מחשבה, מצפון ודת (9), חופש הביטוי (10), חופש ההתארגנות (11), הזכות להינשא (12), הזכות לסעד יעיל (13).

83 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 5-12; KOCH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2-3. ראו גם DENNIS & STEWART, לעיל ה"ש 19, בעמ' 505-506.

84 ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 10-11.

85 ראו Buergethal, לעיל ה"ש 53, בעמ' 791-792: "[...] The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms established what has become the most effective international system for the protection of individual human rights to date. It has also served as a model for the two other regional human rights systems [...]"; Egli, לעיל ה"ש 53, בעמ' 5; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 4.

86 ראו Thomas A. O'Donnell, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 4 HUM. RTS. Q. 474, 474

האדם (European Commission of Human Rights),⁸⁷ אשר הוקמה בשנת 1954. לנציבות הוגשו התביעות והיא שימשה התובעת בפני בית המשפט. המנגנון השני היה שילוב מועצת השרים (ראו לעיל) בהליך הפיקוח והאכיפה של פסקי הדין. ולבסוף המנגנון האחרון, נושא מאמר זה, הוא בית המשפט האירופי לזכויות אדם, שהוקם בשנת 1959.⁸⁸ על פי האמנה, תפקידו של בית המשפט לוודא כי המדינות החתומות על האמנה מקיימות אותה כפי שמפורט בסעיף 19 של האמנה האירופית לזכויות אדם:

“To ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto, there shall be set up a European Court of Human Rights, hereinafter referred to as ‘the Court’. It shall function on a permanent basis”.⁸⁹

בית המשפט הוא המוסמך לפרש את האמנה.⁹⁰ הסמכות הפרשנית שניתנה לו היא רכיב חיוני בפיקוח ובהטמעה של זכויות האדם באירופה.⁹¹ למעשה בפיקוחו של בית המשפט הפכה האמנה ל- “[...] constitutional instrument of European public order (ordre public)”⁹². בין השאר בית המשפט מוסמך להצביע בפסקי הדין על בעיות מבניות בחוקים של מדינות המביאות להפרת זכויות אדם ולהמליץ על דרך התיקון הרצויה.⁹³ עם זאת בית

(1982). ראו גם Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11; Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 11.

87 נציבות זכויות האדם של מועצת אירופה (European Commission of Human Rights) (להלן: נציב זכויות האדם). גוף שהיה אחראי ליישום האמנה האירופית לזכויות אדם (חקירה והעמדה לדין). פרוטוקול 11 (שנכנס לתוקף בנובמבר 1998 – ראו בהרחבה להלן) ביטל את תפקידו. מאז כניסת הפרוטוקול לתוקף הפך הנציב לגורם מנחה ומייעץ בנושא זכויות אדם. הוא מטפח את נושא זכויות האדם בדרך של העמקת הידע והכשרה. הוא משמש גם מוקד ידע למדינות לסוגיות בנושא. סעיף 36 (3) לאמנה (נתקבל בפרוטוקול 14, ראו להלן) מאפשר לנציב זכויות אדם להגיש תצהיר בכתב או להופיע בפני בית המשפט בכל תביעה. במידה רבה הנציבות, בשל תיקון מס' 14, שבה להיות בעלת חשיבות כיום.

88 ראו Hioureas, לעיל ה"ש 59, בעמ' 723; Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11; Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 11.

89 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 19.

90 ראו HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 4–5; Paul Mahoney, *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, 11 HRLJ 57, 60 (1990) (להלן: Mahoney 1990); MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 21.

91 ראו Mahoney 1990, לעיל ה"ש 90, בעמ' 60; Reiss, לעיל ה"ש 53, בעמ' 294.

92 ראו Loizidou v. Turkey (Preliminary objections), (1995) ECtHR Application no. 15318/89, ס' 75; O'Boyle & Darcy, לעיל ה"ש 8, בעמ' 140.

93 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 46; Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 15; Dernovsky, לעיל ה"ש 53, בעמ' 507; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 862–863.

המשפט אינו מוסמך לשנות או לתקן את האמנה עצמה. הסמכות להוסיף בה או לשנותה היא בידי המדינות החברות בה בלבד, קרי מועצת השרים והכינוס הפרלמנטרי.⁹⁴ אחת הדרכים לתיקון האמנה ולעדכונה היא באמצעות הוספת "פרוטוקולים" מאוחרים יותר. מסמכים משפטיים אלה היו למעשה "תוספות" לאמנה, שאחרי אשרורן הפכו להיות חלק בלתי נפרד ומחייב שלה. ואכן, לאורך השנים נוצרו ונוספו פרוטוקולים אחדים.⁹⁵ פרוטוקול מס' 11 הוא פרוטוקול מרכזי אשר נועד להתגבר על כמה אתגרים שנוצרו עם הזמן.⁹⁶ אתגר אחד היה הגידול במספר החברות במועצת אירופה. בזמן כניסתה של האמנה לתוקף, בשנת 1953, היו שותפות לה עשר מדינות. בסוף 1998 כבר היו שותפות לה כ-40 מדינות. השינוי הכמותי היה במידה רבה שינוי תרבותי. רוב המדינות המצטרפות היו מדינות ברית המועצות לשעבר. המסורת של שמירה על זכויות אדם וכיבודן במדינות אלה הייתה שונה מהתרבות של מדינות מערב אירופה בעניין זה.⁹⁷ אתגר נוסף היה הוספתן של

94 ראו שם, בעמ' 4-5; MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 12-14.
 95 ראו אתר מועצת אירופה, משרד ההסכמים (Treaty office), לעיל ה"ש 62, בפרוטוקול מס' 8, CETS no. 118. הפרוטוקול נפתח לחתימה במרס 1985 ואושרר, בידי כל המדינות, בינואר 1990. פרוטוקול מס' 8 (כמו פרוטוקולים 2, 3 ו-5) נועד לפתור בעיות אדמיניסטרטיביות ולפשט הליכים. הוא נועד להתמודד עם העומס בפניות לנציבות זכויות האדם. הפרוטוקול מאפשר לנציבות להקים ועדות לבחינה משפטית של הפניות לצורך החלטה על קבילותן; ראו שם, בפרוטוקול מס' 9, CETS no. 140. הפרוטוקול נפתח לחתימה בנובמבר 1990 ואושרר באוקטובר 1994. הפרוטוקול חידש באפשרו ליחידים להגיש תביעה ישירות לבית המשפט. הוא ייתר את הצורך להגיש את התביעה לנציב או לקבל את הסכמת המדינות. הפרוטוקול הוחלף בפרוטוקול 11 בנובמבר 1998 (ראו להלן) והפך לחסר משמעות. ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 19-20; אתר מועצת אירופה, משרד ההסכמים (Treaty office), שם, בפרוטוקול מס' 10, CETS no. 146. פרוטוקול מס' 10 היה קצר ונועד לחזק את כוחה של מועצת השרים כדי לאפשר קבלת החלטות ברוב רגיל ולא דווקא ברוב של שני שלישים. עוד בטרם נכנס הפרוטוקול לתוקפו, נכנס פרוטוקול 11 לתוקף והפך את הפרוטוקול לאות מתה כיוון שעסק בין השאר גם בעניין זה. לפירוט נוסף ראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 20-21.

96 ראו אתר מועצת אירופה, משרד ההסכמים (Treaty office), לעיל ה"ש 62, בפרוטוקול מס' 11, CETS no. 155. הפרוטוקול נפתח לחתימה במאי 1994 ואושרר בנובמבר 1998. הפרוטוקול אושרר, כמתחייב, בידי כל החברות במועצת אירופה; על הרקע ליצירת פרוטוקול 11 ראו OLIVIER DE SCHUTTRE, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: CASES, MATERIALS, COMMENTARY 899-909 (2010), Reiss; לעיל ה"ש 53, בעמ' 296-298; Hioureas; לעיל ה"ש 59, בעמ' 723; STEVEN GREER, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: ACHIEVEMENTS, PROBLEMS AND PROSPECTS 38-47 (2006) (להלן: GREER 2006); Paul Mahoney, *Speculating on the Future of the Reformed European Court of Human Rights*, 20 HUM. RTS. L.J. 1, 1-2 (1999).

97 ראו John O. McGinnis & Ilya Somin, *Democracy and International Human Rights Law*, MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 84, NOTRE DAME L. REV. 1739, 1797-1798 (2009); Egli; לעיל ה"ש 53, בעמ' 5; Reiss; לעיל ה"ש 53, בעמ' 297. וראו הרשימה המלאה אתר הבית של מועצת אירופה: <http://hub.coe.int/>.

הזכויות אשר לא נכללו באמנה מלכתחילה והוספו בפרוטוקולים.⁹⁸ הדבר הרחיב מאוד את האפשרות לתבוע את המדינות על הזכויות הללו שנוספו. מבחינתו של בית המשפט המשמעות הייתה, כפי שנראה להלן, עלייה דרמטית במספר התביעות. ריבוי התביעות נבע מהשילוב שבין הגידול במספר התובעים בשל הגידול במספר המדינות לבין הגדלתו של היקף הזכויות שבגינן ניתן לתבוע.

הפרוטוקול שנכנס לתוקף בנובמבר 1998 היה אמור לתת פתרון לאתגרים הללו בשינוי מהותי של המצב הקיים. הפרוטוקול שינה את כללי בית המשפט האירופי כה מהותית, עד כי ניתן לומר שלמעשה הוא שיצר את בית המשפט האירופי לזכויות אדם כפי שהוא מוכר לנו כיום.⁹⁹ שתי נקודות חשובות להדגשה בשינויים שחולל פרוטוקול 11: ראשית, בית המשפט החליף את נציבות זכויות האדם, ותפקידיה בוטלו. את התביעות הגישו, לאחר אשרור הפרוטוקול, מדינות ויחידים ישירות לבית המשפט ולא לנציבות. בה בעת הפך בית המשפט, שפעל קודם לכן חלקית (שתי ישיבות בשנה), לבית משפט הפועל ברציפות.¹⁰⁰ מעתה סמכותו השיפוטית של בית המשפט בהיבט הגאוגרפי וגודל האוכלוסייה שבסמכותו הייתה לרחבה בעולם באשר לבית משפט קבוע.¹⁰¹

שנית, ואולי החשוב ביותר, הוא ההיבט של זכויות היחידים בנושא זכויות האדם במשפט הבין-לאומי. התיקון החשוב ביותר היה הרחבת סמכותו של בית המשפט מעבר לסמכותו הראשונית לדון בסכסוכים בין מדינות.¹⁰² עד לאשרור פרוטוקול 11 היו המדינות החברות באמנה ובבית המשפט רשאיות לתבוע מדינות אחרות החברות בבית המשפט. בנוסף, למדינות החברות באמנה הייתה אפשרות להתיר ליחידים להגיש נגדן תביעות דרך הנציבות ורק לפרק זמן מוגדר. כלומר, המדינות יכלו להגביל את משך הזמן שבו הן מאפשרות ליחידים לתבוע אותן. בזמן שבו מדינות לא הסכימו לתביעה שכזו, היה אי אפשר

98 בפרוטוקול 1, CETS no. 009 נוספו הזכות לקניין, הזכות לחינוך והזכות לבחירות חופשיות. בפרוטוקול מספר 4, CETS no. 046 נוספו ארבע הזכויות הבאות: איסור מאסר בשל חוב אזרחי; חופש תנועה במדינה ובבחירת מקום המגורים; חופש כניסה ואיסור גרוש של אזרח ממדינתו; איסור על גירוש של אוכלוסיות זרות. ראו Hiourea, לעיל ה"ש 59, בעמ' 723; MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 21.

99 ראו שם, בעמ' 22; Dernovsky, לעיל ה"ש 53, בעמ' 476–478. מעשית, סעיפים 19 עד 58 באמנה הישנה הוחלפו בסעיפים חדשים. כמו כן החליף הפרוטוקול גם את פרוטוקולים 2, 9 ו-10. על חלק מהתוצאות שיצר הפרוטוקול ניתן ללמוד מהיקף הפעילות של בית המשפט. ראו להלן, תת פרק ג.4; Hioureas, לעיל ה"ש 59, בעמ' 723.

100 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 19 נאמר בין השאר: "[...] It shall function on a permanent basis". ראו Wildhaber, לעיל ה"ש 53, בעמ' 523. ראו גם CLARE OVEY & ROBIN C.A. WHITE & JACCOBS WHITE, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 396 (3rd ed. 2002).

101 ראו שם, בעמ' 396; MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 14.

102 ראו Rules of Court (April 2011) Registry of the court, [http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{"fulltext":\["Rules of Court"\]](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{), (להלן: Rules of Court), ס' 46, 48, 58, פירוט ההליכים בין מדינות; MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 21; O'Boyle & Darcy, לעיל ה"ש 8, בעמ' 152.

לתבוע אותן.¹⁰³ פרוטוקול 11 מיסד את הזכות להגשת תביעות לבית המשפט בידי כל יחיד (בכפוף לפרוצדורות המתחייבות). הזכות הפכה לזכות המנויה באמנה (ראו להלן).¹⁰⁴ הוספת הזכות ליחידים לפנות לבית המשפט יצרה מציאות משפטית חדשה שעליה הרחבנו לעיל. מדובר בחידוש משפטי הן ברמה האירופית הן ברמה העולמית בתחום קידום זכויות האדם והאזרח. חידוש משפטי זה הוא המאפשר, כפי שנראה בהמשך, את התביעות של ישראלים בפני בית המשפט.

להשלמת התמונה יצוין כי בינתיים נוספו פרוטוקולים מספר 12 ו 14, אשר הביאו את האמנה האירופית לגרסה העדכנית המוכרת לנו כיום. פרוטוקול מספר 12, אשר נתקבל ברומא בשנת 2000,¹⁰⁵ הוסיף לאמנה את הזכות להיות חופשי מאפליה.¹⁰⁶ הפרוטוקול האחרון שהוסף לאמנה הוא פרוטוקול 14 שנכנס לתוקף ביוני 2010.¹⁰⁷ מטרתו של פרוטוקול 14 הייתה מציאת דרכים להתמודדות עם עומס התביעות ההולך וגובר, ובמילה

103 ראו Hioureas, לעיל ה"ש 59, בעמ' 723.

104 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 34; Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 47, 49, 59, פירוט ההליכים; Mamatkulov and Askarov v. Turkey, (2005) ECtHR Application no. 46827/99, ס' 122. בית המשפט מתאר איך הפכה זכות אופציונלית (Optional part of the system of protection להלן). וראו Hioureas, לעיל ה"ש 59, בעמ' 723; Egli, לעיל ה"ש 53, בעמ' 3, 6–8; Reiss, לעיל ה"ש 53, בעמ' 296–297; Wildhaber, לעיל ה"ש 53, בעמ' 523–524; Buergenthal, לעיל ה"ש 53, בעמ' 793.

105 פרוטוקול 13 אוסר עונש מוות בכל מצב וכן אוסר על המדינות להסתייג מכך. ראו אתר מועצת אירופה, משרד ההסכמים, לעיל ה"ש 62, פרוטוקול מס' 13, 187 CETS no. (שהיה המשכו של פרוטוקול 6 שאסר על ביצוע עונש מוות במדינות החברות במועצת אירופה לפני התפרקות ברית המועצות) נפתח לחתימה במאי 2002 ואושרר ביולי 2003 (10 מדינות). משמעות הפרוטוקול היא כי על המדינות לבטל את עונש המוות בספר החוקים שלהן. ראו HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 746. רוסיה ואזרבייג'אן לא חתמו על הפרוטוקול ולא אשררו אותו, ארמניה ופולין חתמו אך לא אשררו. ובכל זאת משנות התשעים ביטול עונש המוות הוא תנאי קבלה למועצת אירופה. מאז 1997 לא בוצע עונש מוות אף באחת מהמדינות החברות במועצת אירופה. המדינות החברות במועצה ביטלו את עונש המוות או הקפידו את אפשרות השימוש בו. בשל כך אירופה נחשבת היום ל"אזור נקי מעונש מוות".

106 ראו אתר מועצת אירופה, משרד ההסכמים (Treaty office), לעיל ה"ש 62, בפרוטוקול מס' 12, 177 CETS no. הפרוטוקול נפתח לחתימה בנובמבר 2000 ואושרר באפריל 2005 (10 מדינות). עד לינואר 2012 אושרר הפרוטוקול בידי 18 מדינות בלבד.

107 ראו שם, בפרוטוקול מס' 14, 194 CETS no. הפרוטוקול נפתח לחתימה במאי 2004 ואושרר ביוני 2010 לאחר שכל המדינות אשררו את הפרוטוקול כנדרש; על תהליך כתיבת הפרוטוקול והנעשה מאחורי הקלעים בתהליך זה ראו בהרחבה Hioureas, לעיל ה"ש 59, בעמ' 726–736. על חשיבות הפרוטוקול ראו O'Boyle & Darcy, לעיל ה"ש 8, בעמ' 164–166; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 864–866; GREER 2006; לעיל ה"ש 96, בעמ' 42–59; OVEY & WHITE & WHITE, לעיל ה"ש 100, עמ' 47–50.

אחת – התייעלות. ¹⁰⁸ הפרוטוקול ניסה לתת בידי בית המשפט כלים להתמודד עם העומס מבלי לפגוע בזכויות האדם. ¹⁰⁹

לסיכום, את האמנה יש לראות, לקרוא ולפרש כמסמך חי (Living instrument) המתעדכן ברוח התקופה. ¹¹⁰ בית המשפט כותב את הדברים האלה בפרשת *Tyrrer*:

“[...] The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions [...]”. ¹¹¹

כפי שראינו עד כאן, המדינות החברות באמנה שוקדות על עדכון האמנה הן ברמת התוכן המהותי של הזכויות הן ברמת הפרוצדורות של בית המשפט. הדברים נעשים גם לאור פסיקות של בית המשפט האמון על פרשנות האמנה. פרשנות זו מעצבת ומעדכנת את זכויות האדם באירופה, וכפי שנראה בהמשך – גם מחוץ לה.

4. היקף פעילותו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם

בבית המשפט האירופי נתקבלו בשנת 2011 64,500 תביעות, גידול של 5% לעומת השנה הקודמת. ¹¹² בשנת 2010 נתן בית המשפט 1,499 פסקי דין. היקף פעילות עצום זה הוא

108 ראו Helen Keller, Andreas Ficher & Daniela Kuhne, *Debating the Future of the European Court of Human Rights After the Interlaken Conference: Two Innovation Proposals*, 21 EURJIL. 1025, 1028–1027 (2011). פרוטוקול 14 יעזור לבית המשפט להתמודד עם עומס התיקים התלויים ועומדים בבית המשפט. ואולם האתגר האמתי, שלו פרוטוקול 14 איננו נותן מענה, הוא הצורך להקטין את זרם התביעות הזורמות לשטרסבורג. נושא זה, לדעת חלק מהמלומדים, הוא באחריות המדינות.

109 ראו Hioureas, לעיל ה"ש 59, בעמ' 719; MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 297.

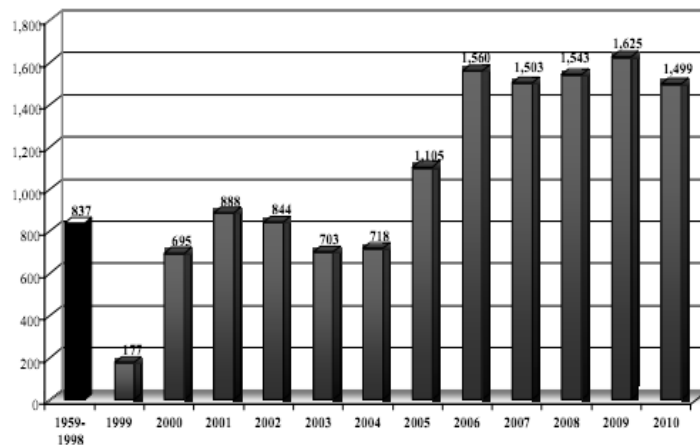
110 ראו Mahoney 1990, לעיל ה"ש 90, עמ' 61; Dernovsky, לעיל ה"ש 53, בעמ' 478; Egli, לעיל ה"ש 53, בעמ' 6; Wildhaber, לעיל ה"ש 53, בעמ' 524.

111 ראו *Tyrrer v. The United Kingdom*, (1978) ECtHR Application no. 5856/72, ס' 31. בפרשה זו, נער בן 15 נשפט בבית דין לנוער במקום מגוריו, אחד האיים בתעלת למנש, אנגליה. הוא הודה שהוא ועוד שלושה נערים הכו נער אחר משום שהלשין עליהם להנהלת בית הספר על שהכניסו בירה לשטח בית הספר, בניגוד להוראות. בית המשפט לנוער דן אותו לעונש של שלוש מלקות, על פי חוק הנוער המקומי. בית המשפט האירופי לזכויות אדם דן בתביעה לאור האמור ס' 3 לאמנה (איסור על עינויים, יחס לא אנושי או מבוזה). בפסק הדין קבע בית המשפט כי אין לבצע את העונש.

112 ראו Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 151. בשנת 2010 נתקבלו בבית המשפט (כפי שניתן לראות להלן) 61,300 תביעות; Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 145. וראו גם מידע כללי: Annual Report 2009, available at <http://www.echr.coe.int/sites/> search_eng/pages/search.aspx#{"fulltext":["Annual Report 2009"]} (להלן: Annual Facts and Figures 2011, available at <http://www.echr.coe.int/sites/> (Report 2009 Facts and Figures 2011)} (להלן: Annual Facts and Figures 2011); 50 Years of Activity: The European Court of Human Rights, Some Facts; (Figures 2011

תולדה של השנים האחרונות, שכן עד שנות השמונים הייתה פעולתו של בית המשפט מעטה יחסית.¹¹³ כך לדוגמה בשנת 1981 הוגשו לבית המשפט 404 תביעות בלבד. בשנת 1997 גדל המספר ביותר מפי 10 ל-4,750 תביעות בשנה.¹¹⁴ בסוף שנת 2011 היו כ-151,600 תביעות תלויות ועומדות (Pending cases) בפני בית המשפט.¹¹⁵ הדיאגרמות שלהלן (הלקוחות מתוך הסיכום השנתי של בית המשפט בשנת 2010) מלמדות, באופן גרפי, על השינוי שחל במהלך השנים בהיקף פעילותו של בית המשפט, הן במספר התלונות הן במספר פסקי הדין שניתנו.¹¹⁶

Judgments (1959-2010)



איור 1: מספר פסקי הדין שניתנו בבית המשפט בחלוקה לשנים

and Figures, available at http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx# {"fulltext":["50 Years of Activity"]}

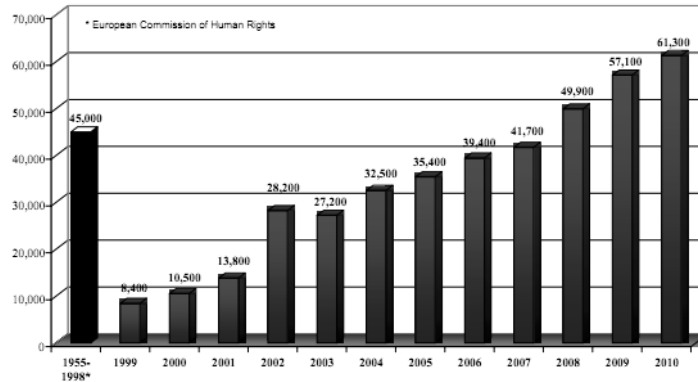
113 חלק מהגידול בפעילות בית המשפט נובע מהצטרפותן של מדינות ברית המועצות לשעבר. הן הצטרפו למועצת אירופה בהדרגה מאמצע שנות התשעים ועד תחילת העשור הראשון של המאה העשרים ואחת. המדינות המצטרפות לפי הסדר הן אלה: ליטא (1995), רוסיה (1996), אלבניה (1996), אסטוניה (1996), לטביה (1997), קרואטיה (1997), הרפובליקה של מקדוניה (1997), מולדובה (1997), גאורגיה (1999), ארמניה (2002), אזרבייג'אן (2002), בוסניה הרצוגובינה (2002), סרביה (2004). וראו Hioureas, לעיל ה"ש 59, בעמ' 718; Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 13.

114 ראו Annual Report 2009, לעיל ה"ש 112, בעמ' 9-11.

115 ראו Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 151.

116 ראו Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 14.

Applications allocated to a judicial formation (1955-2010)



איור 2: מספר התביעות שהוגשו לבית המשפט בחלוקה לשנים

מתוך הנתונים המפורטים על פעילותו של בית המשפט עולות תובנות אחדות. לדוגמה, בשנת 2011 יותר ממחצית התביעות התלויות ועומדות בפני בית המשפט (55%) הופנו כלפי ארבע מדינות בלבד: ¹¹⁷רוסיה (27%), טורקיה (11%), איטליה (9%) ורומניה (8%). כאשר מוסיפים גם את אוקראינה (7%) וסרביה (5%) מתברר כי שש מדינות "אחריות" לכמעט שני שלישים מהתביעות. דוגמה נוספת: בשנת 2011 ניתנו 1,157 פסקי דין. מרב פסקי הדין (48%) ניתנו נגד טורקיה (174), רוסיה (133), אוקראינה (105), יוון (73) ופולין (71).¹¹⁸ הנתונים הללו יכולים לשמש כר פורה למחקרים שהם מעבר לנושא הנדון במאמר זה. מנקודת מבטו של המאמר ראוי לתת את הדעת למידת ה"פופולריות" שלה זוכה בית המשפט, קרי לעלייה הניכרת והעקיבה של תביעות של יחידים המוגשות לבית המשפט. בית המשפט פתח עידן חדש בכל הקשור למעמדם של יחידים במשפט הבין-לאומי. הביטוי לעידן זה הוא מספר התובעים היחידים. בבית המשפט קיימת זירה המבטיחה ליחידים כי יינתן להם יומם נגד מדינה בכל הקשור להפרת זכויות האדם שלהם. להלן נתאר מעט מהפרוצדורות המרכזיות החלות בבית משפט זה.

117 ראו Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 13.

118 שם, בעמ' 14; נתונים המלמדים על אותה מגמה ניתן לראות גם בשנת 2010. ראו Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 13-14. ראו גם Jeffrey Kahn, *Vladimir Putin and the Rule of Law in Russia*, 36 GA. J. INT'L & COMP.L. 511, 531-537 (2007-2008) על היחסים מורכבים שבין רוסיה למועצת אירופה. רוסיה יוצאת כנגד העובדה שהיא ה"תורמת" הגדולה ביותר לעבודתו של בית המשפט. רוסיה טוענת כי בית המשפט מתערב בנושאים שאינם בסמכותו ועל מועצת אירופה לרסן את בית המשפט.

5. אופן פעולתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם

מן המפורסמות הוא שמבנה בית המשפט וכללי הפעלתו הם רכיבים מרכזיים המשפיעים על התוצאה הסופית בדיונים. לאורך השנים יזמו המדינות, כפי שתואר לעיל, בעזרת הפרוטוקולים שינויים במבנה בית המשפט, שלא פעם הייתה להם משמעות מהותית גדולה. נתאר להלן בתמצית שלושה הסדרים מבניים מרכזיים אשר עומדים ביסוד אופיו של בית המשפט: (א) זהות השופטים; (ב) ההרכבים שבהם הם יושבים בדין; (ג) זהות התובעים.

(א) השופטים

מספר השופטים בבית המשפט הוא כמספר המדינות שאשררו את האמנה, ובכל מדינה שופט אחד. כלומר, נכון להיום בבית המשפט 47 שופטים במינוי של קבע.¹¹⁹ מדינות יכולות לבחור כנציגיהן גם שופטים בעלי אזרחות שונה משלהן.¹²⁰ הכינוס הפרלמנטרי הוא הבוחר את השופטים, ברוב רגיל, מתוך רשימה בת שלושה מועמדים שאותה מגישה כל מדינה.¹²¹ השופטים נבחרים לקדנציות של תשע שנים ואינם יכולים להיבחר לקדנציה נוספת. הם משמשים בתפקידם עד הגיעם לגיל שבעים.¹²² האמנה מייחסת חשיבות רבה לדמותם ולאיכותם של השופטים. הם נדרשים להיות "נשואי פנים" (High moral character),¹²³ בעלי כישורים להתמנות לשופטים בבית משפט

119 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 20: "The Court shall consist of a number of judges equal to : OVEY & WHITE & WHITE ; that of the High Contracting Parties" לעיל ה"ש 100, בעמ' 397; MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 297; Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15-16; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 812.

120 ראו Henry G. Schermers, *Election of Judges to the European Court of Human Rights*, 23 E. L. Rev. 568, 571 (1998). זהו הליך נדיר למדי, שכן המדינות רואות בשופטים סמל שלטוני ומעדיפות למנות שופטים בעלי אזרחות שלהן. ובכל זאת מדינות שאין באפשרותן להעמיד את מספר המועמדים הנדרש יכולות למנות שופטים ממדינות אחרות. לדוגמה סן מרניו מינתה שופטת ילידת ארצות הברית (Kristina Pardalos) המשמשת שופטת מאז 2009. ליכטנשטיין מינתה שופט יליד דרום-אפריקה (Mark Villiger) המשמש שופט בבית המשפט מאז 2006. פרטים על השופטים המוזכרים לעיל ניתן ללמוד באתר בית המשפט. ראו echr.coe, לעיל ה"ש 6.

121 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 22; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 814-815.

122 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 23; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 813; Hioureas, לעיל ה"ש 59, בעמ' 729; Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15. שינוי אורך הקדנציות נכנס לתוקפו בפרוטוקול מס' 14. מטרתו של תיקון זה לאפשר רציפות והתנסות ארוכה לשופטים מתוך הבנה שהדבר יתרום לרמה המקצועית והניהולית שלהם.

123 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 21; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 813.

עליון של מדינותיהם או בעל כישורים משפטיים מוערכים.¹²⁴ הם צריכים להיות ישרים, לשפוט ללא משוא פנים, להיות נטולי פניות ובעלי ישרה. נאסר עליהם לעסוק בכל פעילות אחרת ולהימנע מכל פעילות פוליטית או מכל פעילות העשויה להביאם למצב של ניגוד עניינים.¹²⁵ אף שהשופטים נבחרים כנציגים של מדינות הם אינם אמורים לייצג את האינטרסים של אותן המדינות בישיבם לדין.¹²⁶

47 שופטי בית המשפט מחולקים מנהלית לחמש מחלקות (Sections).¹²⁷ החלוקה למחלקות נועדה לאפשר יעילות בעבודת בית המשפט. החלוקה מנוצלת גם כדי לאזן בין השופטים בנושאים של מגדר, מוצא גאוגרפי ורקע שיפוטי.¹²⁸ המחלקות משתנות מדי שלוש שנים.¹²⁹ המחלקות הן נקודת הבסיס שמהן נבחרים כל ההרכבים ובעלי התפקידים להלן.

124 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 21; OVEY & WHITE & WHITE, לעיל ה"ש 100, בעמ' 397. חלק מהשופטים עסקו בהוראה או היו עורכי דין פרטיים. יש גם שופטים אשר שימשו בתפקידים משפטיים במגזר הממשלתי במדינתם או במועצת אירופה. לדוגמה: נשיא בית המשפט בדימוס (משנת 2012), Jean-Paul Costa, אשר שימש בשורה של תפקידים כיועץ משפטי במגזר הממשלתי בצרפת, קודם שהצטרף לבית המשפט האירופי. ראו גם: השופט Mark Viliger, נולד בדרום-אפריקה, ד"ר למשפטים מאוניברסיטת ציריך. מילא שורה של תפקידים מנהליים בכירים בנציבות זכויות האדם האירופית קודם שנבחר כשופט לייצג את ליכטנשטיין בשנת 2006 (נלקח מתוך אתר בית המשפט). ראו echr.coe.in, לעיל ה"ש 6.

125 ראו Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 4. במקרה של ניגוד עניינים על השופט לדווח לנשיא בית המשפט; Lydia F. Müller, *Judicial Independence as a Council of Europe Standard*, 52 GERMAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 461, 470-471 (2009); HARRIS, 52. לעיל ה"ש 53, בעמ' 813.

126 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 21. ודוק, כפי שיפורט להלן בהרכב ובהרכב המורחב (ולעתים גם בוועדה) שופט חייב להיות נוכח כאשר נדונה תביעה על מדינתו. ואולם, הדבר נועד לסייע לבית המשפט בפירוש הדין המקומי ובהבנת ההקשר המשפטי של התביעה. הוא אינו אמור לייצג את המדינה. דבר זה נעשה על ידי נציגי המדינה המוצבים בבית המשפט; וכן, ראו הקוד האתי של שופטי בית המשפט כפי שנתקבל בשנת 2008: *Judicial Ethics (Adopted by the Plenary Court on 23 June 2008) available at [http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{"fulltext":\["Judicial Ethics"\]}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{)*. ס' 1.

127 ראו Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 25. וראו גם MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 299.

128 ראו OVEY & WHITE & WHITE, לעיל ה"ש 100, בעמ' 397; MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 299. הכוונה היא לאפשר ייצוג של שיטות משפט ומסורות משפטיות בכל מחלקה. ודוק, מדובר במדינות שונות תרבותית, אנושית וכן במערכות המשפט שלהן. המחלקות מאפשרות לקיים תמהיל מאוזן של סוגי התרבויות השונות. לדוגמה: מחלקה מס' אחת כוללת את השופטים לפי ארצות מוצאם: קרואטיה (נשיאת המחלקה), רוסיה (סגן נשיא), יוון, דנמרק, אוסטריה (שופטת), אזרבייג'ן, קפריסין, מקדוניה (שופטת), אסטוניה (שופטת). (נכון לאפריל 2012).

129 ראו echr.coe.in, לעיל ה"ש 6. באתר בית המשפט, החלוקה למחלקות ושמות השופטים המכהנים. וראו Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 23-24.

(ב) ההרכבים

בית המשפט יושב בהרכבים שונים. ההרכב אשר תורם את התרומה הגדולה ביותר כיום להקלת העומס המוטל על בית המשפט הוא "דן יחיד" (Single-judge formation), המופעל מכוח האמור באמנה לאחר שפרוטוקול 14 נכנס לתוקף.¹³⁰ דן יחיד אחראי לסינון כל התביעות הלא קבילות (Inadmissible) או הלא מבוססות בעליל (Ill-founded).¹³¹ שיעורו של סינון זה כיום הוא כ-90% מההחלטות של בית המשפט.¹³² החלטתו של דן יחיד בעניין דחיית תביעה היא סופית ואינה ניתנת לערעור.¹³³ דן יחיד לא ידון בעניין הנוגע למדינה שמינתה אותו להיות שופט.¹³⁴

תביעות שנמצא כי אינן לא קבילות או שאינן לא מבוססות בעליל¹³⁵ מועברות להרכב של "ועדת שופטים" (Committee). זהו הרכב של שלושה שופטים הממונה בכל מחלקה מקרב שופטי המחלקה.¹³⁶ הועדה יכולה להחליט, פה אחד בלבד, על אי-קבילות התביעה או על הוצאתה מרשימת התביעות בשל חוסר בנתונים.¹³⁷ החלטת הוועדה בעניין אי-קבילות היא סופית ואינה ניתנת לערעור.¹³⁸ אם לא הושגה הסכמה פה אחד, תועבר התביעה מהוועדה להרכב (ראו להלן).¹³⁹ הפורום החשוב הבא הוא "הרכב" של שופטים (Chambers). רוב פסקי הדין (שאינם החלטות בעניין קבילות) ניתנים בהרכב. ההרכב מונה

- 130 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 26, 27 (1)–(2); Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 27A. על השיקולים בהחלטה להפעיל דן יחיד בבית המשפט ראו Hioureas, לעיל ה"ש 59, בעמ' 727; Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 17; Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 67; בשנת 2011 נתקבלו 46,928 החלטות על אי-קבילות בידי דן יחיד, עלייה של כ-50% ביחס לשנת 2010, או נתקבלו 22,260. וראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 299; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 864.
- 131 ראו Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 52A; פירוט ההליכים; Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 15.
- 132 ראו Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15, 67.
- 133 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 26–27.
- 134 שם, ס' 26(3).
- 135 שם, ס' 27; O'Boyle & Darcy, לעיל ה"ש 8, בעמ' 149.
- 136 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 26(1); Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 27(1); Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 18, 66. לדוגמה הוועדה של המחלקה השנייה: בשנת 2010 התקיימו 31 מפגשים של ועדת שופטים. 2,200 תביעות הוכרו לא קבילות או נמחקו. בנוסף, ועדות השופטים של המחלקה השנייה נתנו פסקי דין ב-11 תיקים. ראו גם HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 884.
- 137 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 28(1); Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 53; פירוט ההליכים בפני ועדת השופטים; OVEY & WHITE & WHITE, לעיל ה"ש 100, בעמ' 403. עד שנת 2002 היה התובע מקבל נימוק מהוועדה על הסיבות לאי-קבילותה של התביעה. למן שנת 2002 בשל העומס התובע מקבל מכתב ממזכירות בית המשפט המציין כי תביעתו נדחתה ובקצרה את הסיבות לכך; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 824–825.
- 138 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 28(2); O'Boyle & Darcy, לעיל ה"ש 8, בעמ' 149.
- 139 ראו Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 53(6); Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16.

שבעה שופטים.¹⁴⁰ לכל מחלקה הרכב המאויש בשופטי המחלקה. ההרכב מורכב מנשיא המחלקה ומהשופט מהמדינה שכלפיה מופנית התביעה, בתוספת של חמישה שופטים (על פי החלטת נשיא המחלקה).¹⁴¹

באופן עקרוני הדיונים בבית המשפט הם אדוורסריים (Adversarial) ופומביים.¹⁴² ואולם ברוב המקרים ייעשה הדיון על פי כתבי טענות שהעבירו הצדדים לבית המשפט ולא יתקיים דיון בהשתתפותם. הצדדים יכולים לבקש בכל שלב דיון פומבי. בית המשפט הוא המחליט אם לקיים דיון שכזה ויעשה זאת אם עולה שאלה משפטית ייחודית.¹⁴³

ההרכב מקבל את התביעות מדן יחיד או מהוועדה.¹⁴⁴ כלומר להרכב מגיעות תביעות אשר לא נפסלו על אי-קבילות (דן יחיד), או שלא נפסלו פה אחד על ידי הוועדה, או שהוועדה לא פסקה בעניין.¹⁴⁵ אחד השופטים מוגדר שופט מדווח (Judge Rapporteur), ותפקידו להכין את התיק לדיון ההרכב.¹⁴⁶ השופט המדווח מבקש את תגובתה של המדינה שנגדה מוגשת התביעה (התגובה היא לקבילות, ולגופו של עניין).¹⁴⁷ עם קבלת תגובת

140 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 26(1), Rules of Court ; 29, לעיל ה"ש 102, ס' 26 ; OVEY & WHITE, לעיל ה"ש 100, בעמ' 398 ; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 825-826.

141 ראו Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 26(1)(b). ראו גם ס' 54 פירוט ההליכים בפני ההרכב. עוד ראו Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16 : אם המדינה הנתבעת היא מדינתו של נשיא המחלקה, ישב סגן הנשיא בראש ההרכב. וראו OVEY & WHITE & WHITE, לעיל ה"ש 100, בעמ' 398 : שאר השופטים במחלקה משמשים מחליפים להרכב.

142 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 40(1) ; Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 63, 64 ; Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 18. החל משנת 2007 הדיונים משודרים באינטרנט.

143 ראו HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 841-842.

144 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 29.

145 שם, ס' 29(1). וראו לדוגמה Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 65 : הרכב השופטים של מחלקה 2 בשנת 2010 קיים 40 ישיבות (שני דיונים היו פומביים). בפני ההרכב היו מונחות בתחילת השנה 1,187 תביעות. ההרכב פסק ב-350 תביעות ובנוסף הכריז על 195 כלא קבילות, ועל 163 תביעות נוספות החליט על הוצאה מהרשימה ; Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 65 : בשנת 2011 מחלקה 2 נתנה 248 פסקי דין של הרכב, 861 תביעות נמצאו לא קבילות או הוצאו מהרשימה. הוועדה של המחלקה נתנה 62 פסקי דין ומצאה 457 תביעות לא קבילות. בתחילת 2012 מונחות בפני המחלקה (ועדה או הרכב) 26,450 תביעות התלויות ועומדות.

146 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 27-29. התהליך המדובר הוא במקרה של תביעות של יחידים. תהליך זה אינו קיים בתביעות בין מדינות. ראו גם Egli, לעיל ה"ש 53, בעמ' 8-9.

147 ראו Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 37, 38, 38A. לאי-קבילות יש למעשה שני שלבים : השלב הראשון הוא בחינה של בית המשפט. אם בית המשפט מצא כי התביעה קבילה, דיון נוסף בעניין הקבילות ייעשה, בדרך כלל, רק בשלב השני אם המדינה טענה בתשובתה לאי-קבילות. ואולם, לבית המשפט אפשרות לחזור בעצמו בכל שלב של הדיון לטענה של אי-קבילות. גם להרכב המורחב, כשהוא מקבל תביעה (אם בערעור ואם בהפניה של ההרכב), יש אפשרות לפתוח את נושא הקבילות מחדש. הסיבה לאפשרותו של בית המשפט לשוב ולדון בכל שלב בנושא הקבילות היא העובדה שקבילות נוגעת לשורש הדיון באמנה. אם תביעה אינה קבילה, בית המשפט אינו הפורום המתאים, והדיון הופך תאורטי. ראו לעניין זה HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 758.

המדינה מועבר החומר לתובע לקבלת התייחסותו.¹⁴⁸ לאחר קבלת התייחסותו של התובע מועבר התיק להתייחסות נוספת של המדינה. עם קבלת התשובות יגיש השופט המדווח את התביעה להרכב לקבלת החלטה.¹⁴⁹ כל פסיקה של ההרכב תהיה מנומקת.¹⁵⁰ כל פסק דין ניתן לערעור ברשות בתוך שלושה חודשים להרכב המורחב (Grand Chamber).¹⁵¹ אם לא יישמע ערעור, יהפוך פסק הדין לסופי.¹⁵² קודם למתן פסק הדין יכול ההרכב להחליט כי התביעה מעלה שאלה עקרונית המשפיעה על אופן הפרשנות של האמנה, או שפסק הדין עתיד ליצור תקדים הפוגע במדיניות בית המשפט.¹⁵³ במקרים אלו יכול ההרכב, ובטרם יינתן פסק הדין, להעביר את הדיון בתביעה להרכב המורחב (Relinquishment of jurisdiction).¹⁵⁴ לבסוף, "ההרכב המורחב" היא הערכאה השיפוטית העליונה בבית המשפט האירופי לזכויות אדם,¹⁵⁵ והיא מונה 17 שופטים. בהרכב יהיו מכוח תפקידם (Ex officio) נשיא בית המשפט, שני סגני הנשיא ונשיאי המחלקות. כמו כן יהיה חבר בהרכב השופט אשר נגד מדינתו מתנהלת התביעה. שאר השופטים נבחרים בהגולה. ההרכב המורחב יכול לקבל תביעות באחת משתי דרכים: ערעור (Seeking referral) או הפניה (Relinquish jurisdiction). ערעור על פסק דין של ההרכב הוא ברשות ולאחר שחמישה שופטים מתוך ההרכב המורחב קבעו כי יש עילה לשמיעת הערעור.¹⁵⁶ על חמשת השופטים להחליט כי פסק הדין שנפסק

- 148 ראו Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 18–20; Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18. אם עד כאן העמדה המוצהרת של בית המשפט היא כי יחידים יכולים להגיש תביעה גם ללא ייעוץ משפטי, משלב זה מובהר לתובעים כי נדרש להם ייצוג משפטי. אם אין ידם משגת ייעוץ משפטי, ישקול בית המשפט להקצות להם סיוע כזה. ראו גם Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 100–105, 108.
- 149 ראו Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 19; Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18.
- 150 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 45; Egli, לעיל ה"ש 53, בעמ' 8–9.
- 151 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 43; Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 73; Egli, לעיל ה"ש 53, בעמ' 9.
- 152 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 44. פסק דין של ההרכב הופך סופי כאשר הצדדים הודיעו שלא יערערו, או כאשר לא הוגש ערעור על פסק הדין בתוך שלושה חודשים לאחר מתן פסק הדין, או כאשר הבקשה לערעור של הצדדים לא נתקבלה בהרכב של חמישה שופטים מתוך ההרכב המורחב (ראו להלן).
- 153 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 30. לשון הסעיף היא זו: "[...] Raises a serious question affecting the interpretation of the Convention or the Protocols thereto, or where the resolution of a question before the Chamber might have a result inconsistent with a judgment previously delivered by the Court".
- 154 שם, ס' 30; Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 72.
- 155 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 26(1); ראו Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 24, 50; O'Boyle & Darcy; 829–826, בעמ' 53, לעיל ה"ש 53; HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 8, בעמ' 150. המחברים מציינים כי אחת הסיבות ליצירת ההרכב המורחב היא רצונן של המדינות שלא למצוא עצמן בבית משפט שבו אין להן יכולת לערער.
- 156 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 43(2). נשיא בית המשפט יהיה אחד מחמשת השופטים; Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 24(c)–(d); Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 17.

בהרכב או משמעויותיו מציבים שאלות רציניות (Serious question) על אופן הפרשנות של האמנה; או שהתביעה הנידונה מעלה שאלה בעלת חשיבות גדולה.¹⁵⁷ הדרך השנייה היא בהפניה כמתואר לעיל בדיון בפני ההרכב.¹⁵⁸

(ג) התובעים בפני בית המשפט

ההיבט הפרוצדורלי האחרון שנסקור נוגע לזהות התובעים שרשאים להגיש את תביעותיהם לבית המשפט. האמנה מאפשרת להגיש שני סוגים של תביעות: תביעות בין-מדינתיות (Inter-State)¹⁵⁹ ותביעות של יחידים (Individual Complains).¹⁶⁰ התביעות מהסוג הראשון אינן נפוצות כיום. נזכיר כמה דוגמאות בולטות בתחום זה:¹⁶¹ בשנות השבעים תבעה אירלנד את בריטניה בעניין אמצעי הביטחון שנקטה בריטניה במסגרת מלחמתה בצפון אירלנד.¹⁶² בפרשה אחרת בעקבות כיבוש טורקיה את צפון קפריסין ב-1974 הגישה קפריסין תביעה נגד טורקיה.¹⁶³ כיום מתנהלות בפני בית המשפט תביעות של גאורגיה נגד רוסיה בעקבות המלחמה בין שתי המדינות.¹⁶⁴

157 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 43(2). הסעיף קובע כי: "[...] Shall accept the request if the case raises a serious question affecting the interpretation or application of the Convention or the Protocols thereto, or a serious issue of general importance" יצוין כי אין מדובר רק בבחינה של פסק הדין של הערכאה הקודמת אלא גם בשמיעה מחדש של התביעה. כלומר, ההרכב המורחב מתחיל מכתבי טענות, דרך שמיעת עדים (במידת הצורך) ועד לסיכומים. בכלל זה מקיים ההרכב המורחב שימוע, כעניין שבשגרה. ראו O'Boyle & Darcy, לעיל ה"ש 8, בעמ' 150.

158 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 30.

159 שם, ס' 33. הסעיף דן בתביעות בין מדינות ונאמר בו: "Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Rules of Court thereto by another High; Contracting; Party" לעיל ה"ש 102, ס' 46, 48, 58 – פירוט ההליכים; O'Boyle & Darcy, לעיל ה"ש 8, בעמ' 152. עד היום דן בית המשפט בסך הכול בארבעה סכסוכים בין מדינות על שלוש. ראו פירוט להלן וכן: Denmark v. Turkey, (2000) ECtHR Application no. 34382/97, תביעה של דנמרק כנגד תורכיה בשל יחסה לאזרח שלה שהיה במאסר שם. התביעה נסתיימה בפשרה. וראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 21.

160 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 34. הסעיף דן בתביעות של יחידים, קבוצות או ארגונים לא ממשלתיים: "The Court may receive applications from any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right" וראו Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 11; Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11.

161 ראו HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 759–760.

162 ראו Ireland v. The United Kingdom, (1978) ECtHR Application 5310/71.

163 ראו Cyprus v. Turkey, (2001) ECtHR Application no. 25781/94.

164 ראו Georgia v. Russia, (2009) ECtHR Application no. 13255/07.

תביעות של יחידים הן היום, כפי שניתן לראות עד כאן, המאפיין המרכזי של פעילות בית המשפט. עם כניסתו לתוקף של פרוטוקול 11 הפכה זכות זו לזכות שאינה תלויה בהסכמת המדינות שנגדן הוגשה התביעה.¹⁶⁵ בית המשפט סיכם את תהליך הפיכת תביעות של יחידים לזכות מחייבת כאמור בפרשת ממטקולב. בשל חשיבות הדברים לזכויות האדם ובשל הייחודיות במתן זכות זו ביחס לשאר בתי המשפט הבינ-לאומיים הקיימים כיום נביא את הדברים במלואם:

“[...] Furthermore the Court would stress that although the Convention right to individual application was originally intended as an optional part of the system of protection, it has over the years become of high importance and is now a key component of the machinery for protecting the rights and freedoms set forth in the Convention. Under the system in force until 1 November 1998, the Commission only had jurisdiction to hear individual applications if the Contracting Party issued a formal declaration recognizing its competence, which it could do for a fixed period. The system of protection as it now operates has, in that regard, been modified by Protocol No. 11, and the right of individual application is no longer dependent on a declaration by the Contracting States. Thus, individuals now enjoy at the international level a real right of action to assert the rights and freedoms to which they are directly entitled under the Convention”.¹⁶⁶

אם כן, הזכות לתבוע מדינות עומדת ליחידים, לקבוצות יחידים ולארגונים לא ממשלתיים (NGO). על התובעים להוכיח כי נפגעו ישירות מפעולות המדינה שאותה הם תובעים.¹⁶⁷

165 ראו Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 11; Annual Report 2011, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11.

166 ראו Mamatkulov & Askarov v. Turkey, לעיל ה"ש 104, ס' 122. בפרשה זו נדונה שאלת הסגרתם של שני אזרחים אוזבקים מטורקיה לאוזבקיסטן בגין חשד למעורבות בפיגוע טרור (ראו להלן).

167 ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 34. ראו לדוגמה Burden v. The United Kingdom, (2008) ECtHR Application no. 13378/05. בפרשה זו תבעו שתי אחיות את ממשלת בריטניה בדרישה לאפשר להן להיות יורשות זו של זו ובכך להימנע מתשלום מסים על ירושה. כלומר, הן ביקשו להיחשב זוג כמוגדר בחוק. בית המשפט, בהרכב מורחב, קיבל את טענתן כי בשל גילן ומצבן הן צפויות לרשת זו את זו בסבירות גבוהה, ובכך הוכיחו את הפגיעה הישירה בהן ובזכותן לתבוע לפי האמנה: “[...] In the present case, the Grand Chamber agrees with the Chamber that, given the applicants' age, the wills they have made and the value of the property each owns, the applicants have established that there is a real risk that, in the not too distant future, one of them will be required to pay substantial inheritance tax on the property inherited from her sister. In these circumstances, the applicants are directly

התובעים אינם חייבים להיות תושבי המדינה שאותה הם תובעים ואינם צריכים להיות תושבי מדינה החברה באמנה כלל. המדינה הנתבעת היא הצריכה להיות חברה באמנה, ובלבד שהתובע יעמוד בכל תנאי הקבילות המחייבים של בית המשפט.¹⁶⁸ לסיכום: התמונה הכללית שניסינו לצייר היא של ערכאה שיפוטית הניתנת לאפיון בכמה נושאים:¹⁶⁹ ראשית, העובדה שבית המשפט עוסק בזכויות מהותיות ובסיסיות של זכויות אדם אשר מתעדכנות עם השנים באמצעות הוספת פרוטוקולים לאמנה המקורית; שנית, ברמה הדיונית-מבנית את בית המשפט מנהלים שופטים שמייצגים את כל המדינות החברות באמנה, היושבים בהרכבים שונים ומגוונים; לבסוף, והחשוב ביותר לענייננו, בית המשפט פותח את דלתותיו לא רק בפני מדינות אלא גם בפני יחידים. לא זו אף זו, אין הכרח כי יחידים אלו יהיו תושבי מדינות אירופה. גם לתושבים של מדינות שאינן חברות באמנה האירופית לזכויות אדם גישה לבית המשפט. מדובר בערכאה שיפוטית המטפלת מדי שנה בעשרות אלפי תביעות, ואשר פסיקותיה הפכו עם השנים למרכזיות בעיצוב זכויות האדם הבסיסיות של תושבי אירופה. כל זאת לצד רכישת מעמד מכובד של אחת מהערכאות השיפוטיות החשובות ביותר להגנת זכויות האדם באירופה ובעולם, כפי שנראה להלן.

ד. ישראלים בבית המשפט האירופי לזכויות אדם

1. מבוא

בשנים האחרונות חלה עלייה במספר פסקי הדין הניתנים לתובעים ישראלים בבית המשפט האירופי (ראו להלן). עם זאת אשר למספר פסקי הדין הניתנים בבית המשפט, כפי שהוצג לעיל, עדיין לישראלים נוכחות מעטה. מצב דברים זה הוא לכאורה טריוויאלי: מדינת ישראל איננה צד לאמנה, היא איננה חלק מיבשת אירופה, ולפיכך אין לה לכאורה עניין בפסיקות בית המשפט או בהכרעותיו שאינן מחייבות אותה. ברם לא אלה הם פני הדברים. כפי שהוצג לעיל, האמנה האירופית לזכויות אדם יצרה מציאות חדשה במשפט הבין-לאומי

affected by the legislation and can claim to be victims of the alleged discriminatory treatment' (ס' 35).

168 למידע כללי על תנאי הקבילות המחייבים (לדוגמה: מיצוי הליכים במדינות, התיישנות, אי-גשת תביעה שכבר נדונה וכו'), וכן לאופן הגשת התלונות לבית המשפט האירופי לזכויות אדם ראו <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/ol&c> וראו MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה"ש 19, בעמ' 299-316; OVEY & WHITE & WHITE, לעיל ה"ש 100, בעמ' 396-419; Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 11-12; Egli, לעיל ה"ש 53, בעמ' 8.

169 מטבע הדברים אי אפשר לסקור כאן את מכלול ההיבטים הדיוניים והמהותיים של בית המשפט, והתמקדנו במאפיינים מרכזיים בלבד. לתיאור מפורט ומקיף של בית המשפט ראו בין השאר: HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1-36, 811-871; O'Boyle & Darcy, לעיל ה"ש 8, בעמ' 139-180; GREER 2006, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1-59, 193-230.

בנושא זכויות האדם. מציאות זו היא הבסיס לעובדה שישראלים תובעים בפני בית המשפט האירופי. הישראלים הם הדוגמה למציאות המשפטית החדשה בעניין זכויות האדם. בחלק זה של המאמר נדגים בהרחבה את המציאות המשפטית החדשה הזו. בחלק זה נציג חמישה פסקי דין לדוגמה מתוך כלל 18 פסקי הדין שניתנו לאזרחים ישראלים בשנים 2000–2012.¹⁷⁰ מבחינה מתודולוגית ראוי להבהיר מדוע נבחרו דווקא פסקי הדין שיתוארו להלן. ראשית, השתדלנו לבחור את פסקי הדין המבליטים את העובדה של ישראלים יש נוכחות בבית המשפט במגוון רחב של תחומים משפטיים. גם אם מדובר במספר קטן יחסית של פסקי דין, הרי שאנו מאמינים שהם מציגים מנעד רחב של נושאים שבהם תובעים הישראלים בבית המשפט. הדיון המשפטי נערך בתחומי עניין שונים, החל מהתחום הפלילי ועד להשבת רכוש או מימוש זכויות פנסיוניות. הפועל היוצא הוא שכשהדבר נוגע לישראלים בבית המשפט אין נושאים שהם מחוץ לתחום. שנית, השתדלנו לבחור פסקי דין המראים כיצד העקרונות המשפטיים המנחים את בית המשפט משפיעים על הדיון בעניין הישראלים. כלומר, כאשר באים לטעון בפני בית המשפט, נכון להבין לעומק את העקרונות המשפטיים המנחים אותו. שימוש בעקרונות אלה הוא מפתח חשוב להצלחה בייצוגם של ישראלים. ואחרון, השתדלנו לציין תחומים שבהם בהקשר הישראלי ניתן בהם יותר מפסק דין אחד. כלומר, מדובר בנושאים משפטיים שמבחינת מספרם הם על פני הדברים "שימושיים" יותר בכל הנוגע לקשר שבין ישראלים לבית המשפט. לדוגמה, השבת ילדים חטופים או השבת רכוש שהולאם, שבהם ניתן למצוא יותר ממקרה אחד שהייתה בו "נוכחות" ישראלית בבית המשפט.

170 המחקר עוסק בתקופה שבין 1.1.2000, שאז כבר הושלם המעבר של בית המשפט לצורת פעולתו החדשה, לאחר אישור פרוטוקול 11 (ראו לעיל), לבין 1.4.2012. זמן ביצוע המחקר. להלן פירוט כל 18 פסקי הדין שניתנו לאזרחים ישראלים בסדר כרונולוגי יורד: Raviv v. Austria, (2012) ECtHR Application no. 26266/05; Surdina v. Ukraine, (2011) ECtHR Application no. 5547/07; Eydelman & Others "Emigrant Pensioners" v. Russia, (2011) ECtHR Applications no. 731905; Raban v. Romania, (2010) ECtHR Application no. 25437/08; Neulinger & Shuruk v. Switzerland, (2010) ECtHR Application no. 41615/07; Sandel v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, (2010) ECtHR Application no. 21790/03; Klein v. Russia, (2010) ECtHR Application no. 24268/08; Tamir & Others v. Romania (2009) ECtHR Application no. 42194/05; Tamnopol'skaya & Others v. Russia, (2009) ECtHR Application no. 11093/07; Mirilashvili v. Russia, (2008) ECtHR Application no. 6293/04; Lesina v. Ukraine, (2008) ECtHR Application no. 9510/03; Wasserman v. Russia, (2008) ECtHR Application no. 21071/01; Solovyev v. Ukraine, (2006) ECtHR Application no. 4878/04; Iosub Caras v. Romania, (2006) ECtHR Application no. 7198/04; Dubbinskaya v. Russia, (2006) ECtHR Application no. 4856/03; Zynger v. Poland, (2004) ECtHR Application no. 66096/01; Gusinsky v. Russia, (2004) ECtHR Application no. 70276/01; Merit v. Ukraine, (2004) ECtHR Application no. 66561/01.

אשר על כן, הגם שלא כל פסקי הדין הרלוונטיים נסקרים, מדובר במדגם שנבחר בקפידה, והוא מייצג בהחלט את הדפוסים ואת הסוגים המרכזיים של המקרים שבהם השתמשו תובעים ישראלים את בית המשפט האירופי לזכויות אדם.

2. מניעת הסגרה: פרשת Klein¹⁷¹

(א) תקציר העובדות

התובע (יאיר קליין) יליד 1943 מתגורר בתל-אביב. במהלך חודש פברואר 2001 נידון התובע ל-14 שנות מאסר בבית משפט בקולומביה. הוא נאשם והורשע על שאימן והדריך שכירי חרב מקרטל הסמים בקולומביה. בית המשפט הגבוה של קולומביה הפחית את עונשו לעשר שנים ושמונה חודשים מאסר. הוא נמלט מקולומביה לפני שהחל לשאת את עונשו. באוגוסט 2007, בשעה שהיה בביקור ברוסיה, נעצר התובע בנמל התעופה של מוסקבה בעקבות צו הסגרה בין-לאומי שהוצא כנגדו בקולומביה באמצעות האינטרפול.¹⁷²

בינואר 2008 החליטה התביעה הכללית הרוסית, במענה לבקשת הסגרה מקולומביה, כי התובע ברי-הסגרה, וכי יש לאפשר את הסגרתו. ההחלטה נתקבלה לאחר שמשרד החוץ הרוסי קיבל את פסק הדין וכן התחייבות ממשרד החוץ הקולומביאני כי התובע יוכל לערער על פסק דינו בפני בית המשפט בקולומביה. כמו כן נתן משרד החוץ הקולומביאני הבטחה כי התובע לא יסבול במהלך מאסרו בקולומביה מעינויים ומיחס לא ראוי (Ill-treatment) ומשפיל.¹⁷³

התובע ערער בפני כל הערכאות האפשריות ברוסיה על ההחלטה להסגירו לקולומביה. בסופו של דבר נדחה ערעורו גם בבית המשפט העליון של רוסיה, והוא הוכרז ברי-הסגרה.¹⁷⁴ התובע פנה לבית המשפט האירופי לזכויות אדם בבקשה לערער על פסק דינו וכן ביקש להוציא צו ביניים (Interim measures) שימנע את הסגרתו לקולומביה. בית המשפט הוציא את הצו המבוקש והורה לרוסיה שלא להסגיר את התובע עד להחלטה בעניין.¹⁷⁵

171 ראו עניין Klein, לעיל ה"ש 170.

172 שם, ס' 7–12.

173 שם, ס' 15–17.

174 שם, ס' 17–22.

175 שם, ס' 23–24. לבית המשפט סמכות להוציא צווי ביניים למדינות. ראו Rules of Court, לעיל ה"ש 102 ס' 39. אחד ההליכים החשובים והחיוניים ליכולתו של בית המשפט להיות רלוונטי ובעל השפעה היא יכולתו לתת מידית צו ביניים. הדבר מצוי בסמכותו של הרכב או נשיאו אם יחליטו שיש צורך בכך. ההחלטה על הוצאת צו ביניים מדווחת למועצת השרים העוקבת אחר ביצוע הצו. הדבר מלמד על חשיבות הפרוצדורה ועל מידת מרכזיותה בהליכים בנושאי זכויות אדם. לבית המשפט סמכות לדרוש מהצדדים לשוב ולעדכן, לפי זמן שיקבע, על מצב הדברים באשר לצו הביניים. להרחבה בעניין צווי ביניים ראו HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 842–846. ראו גם Anne Weber, Preventing and Sanctioning Hindrances in Extradition and Expulsion Cases, in PREVENTING AND SANCTIONING

(ב) ההליך בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם

בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם טען התובע כי אם יוסגר לקולומביה הוא עתיד לסבול מעינויים בכלא הקולומביאני, ובכך עתידה רוסיה להפר את סעיף 3 באמנה האירופית לזכויות אדם האוסר עינויים.¹⁷⁶ לטענתו, גופים בין-לאומיים, ובכללם נציב זכויות האדם של האו"ם ומשרד החוץ האמריקני, הביעו דאגה ממצב זכויות האדם בקולומביה. לכן, לטענתו, טעו שלטונות רוסיה שלא בחנו לעומק את הטענות כי הוא צפוי לסכנה מוחשית אם יוסגר לקולומביה.¹⁷⁷

ממשלת רוסיה (הנתבעת) טענה בפני בית המשפט כי קולומביה היא מדינת חוק. קולומביה חתומה על כמה וכמה הסכמים בין-לאומיים המבטיחים את זכויות האדם בה.¹⁷⁸ עוד טענה הנתבעת כי קולומביה העבירה, במענה לבקשתה, התחייבות בכתב כי אין צפוי לתובע עונש מוות. כמו כן הוא אינו צפוי ליחס לא ראוי, והוא עתיד לשאת עונש רק על הפשעים שביצע לפי בקשת ההסגרה. קולומביה התחייבה שבסיום ריצויו עונשו יוכל התובע לעזוב את קולומביה והוא לא יגורש או יוסגר לצד שלישי ללא אישור מרוסיה.¹⁷⁹ רוסיה טענה גם שהציטוט שהציג התובע מהעיתונות ולפיו אמר סגן נשיא קולומביה כי עליו "להירקב" בכלא על מעשיו, אינו יכול להיחשב עמדה רשמית של ממשלת קולומביה.¹⁸⁰ בשל ההבטחות הללו ובשל מחויבותה של רוסיה להסכמים בין-לאומיים בעניין ההסגרה, עליה להסגיר את התובע לקולומביה.

HINDRANCES TO THE RIGHT OF INDIVIDUAL PETITION BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 67, 68–71 (Elisabeth Lambert Abdelgawad ed., 2011); Agnieszka Szklanna, *The Role of Interim Measures Indicated by the ECtHR under Rule 39 for the Protection of Aliens Against Their Removal Contrary to the ECtHR*, 11 EUROPEAN YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 361, 372–374 (2011); Yves Haeck, Clara Burbano Herrera & Leo Zwaak, *Strasbourg's Interim Measures Under Fire: Does the Rising Number of State Incompliance with Interim Measures Pose a Threat to the European Court of Human Rights*, 11 EUROPEAN YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 375, 375–376 (2011).

176 ראו עניין *Klein*, לעיל ה"ש 170, ס' 36. ראו גם ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 3: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment"

177 ראו עניין *Klein*, לעיל ה"ש 170, ס' 39–41.

178 שם, ס' 37. בין השאר חתומה קולומביה על האמנה העולמית לזכויות אזרחיות ופוליטיות וכן האמנה העולמית נגד עינויים (UN Convention Against Torture).

179 שם, ס' 37.

180 שם, ס' 14. באוגוסט 2007 פרסם עיתון רוסי (Rossiyskaya Gazeta) מאמר ובו צוטט סגן נשיא קולומביה כמי שאמר: "[...] Having learned of the wanted mercenary's arrest in Moscow, the Vice-President of Colombia Francisco Santos Calderon, stated that 'it should be ensured that this gentleman rots in jail for [his] participation in the training of armed groups [...]'"

(ג) פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם

בית המשפט פסק כי בבחינת סוגיית ההסגרה יש לבחון שתי שאלות: מצד אחד יש לבחון את מידת הפגיעה הצפויה לתובע בזכויות האדם לפי סעיף 3 לאמנה (איסור על עינויים). ההוכחה בעניין זה צריכה להיות מעבר לכל ספק סביר. היא יכולה להילמד, בין השאר, ממקורות שונים, מהנסיבות של המקרה כמו גם מראיות נסיבתיות אחרות;¹⁸¹ מצד אחר על בית המשפט לבחון את שיקול דעתה ואת פעולותיה של המדינה הנתבעת. המדינה אמורה בפעולתה ושיקוליה להבטיח שאין היא מפרה את האמנה האירופית לזכויות אדם בהיענותה לבקשת ההסגרה.¹⁸²

בית המשפט דן תחילה במידת הפגיעה הצפויה לתובע. הוא דן במצב הקיים בקולומביה כדי לבחון אם ישנו בסיס לחשש כי התובע צפוי ליחס לא ראוי. אמנם קולומביה שותפה להסכמים בין-לאומיים מחייבים בנושא זכויות אדם. ואולם, מהעדויות שהציג התובע ומתוך מידע נוסף העומד בפני בית המשפט נפסק כי מצב זכויות האדם בקולומביה רחוק מלהיות משביע רצון.¹⁸³ וביתר דיוק, ארגונים בין-לאומיים מזהירים כי יחסה של קולומביה לטרוריסטים ולכוחות חמושים (לא ממשלתיים) יש בו כדי להביא לשימוש בעינויים.¹⁸⁴ פסיקה זו התבססה, בין היתר, על עדויות שהיו בפני בית המשפט על יחס לא ראוי של ממשלת קולומביה לעצירים.¹⁸⁵

בנוסף, נקבע כי חששו של התובע מדבריו של סגן נשיא קולומביה כי עליו "להירקב" ככלא אינו לא מבוסס. בית המשפט אינו יכול להעריך את המשמעות שיש לדברי סגן הנשיא כפי שהם מופיעים בעיתונות. לעומת זאת הוא יכול להעריך שהעובדה שאפילו סגן הנשיא מתבטא בנושא של התובע מלמדת כי אורבת לתובע סכנה רבה.¹⁸⁶ אמנם ממשלת

181 שם, ס' 46–47; לעניין מידת הוודאות הנדרשת ראו עניין *Mamatkulov & Askarov*, לעיל ה"ש 104, פסק דינו המנחה של ההרכב המורחב בעניין הסגרה, ס' 66–70. בפרשה זו נדונה כאמור תביעתם של שני אזרחים אוזבקים נגד טורקיה שלא להסגירם לאוזבקיסטאן. בית המשפט הוציא צו מניעה שלא להסגירם, ולמרות זאת הסגירה טורקיה את התובעים. לענייננו חשובים המבחנים שבית המשפט קובע לאופן שבו הוא בוחן את המצב במדינה שאליה אמורה להתבצע ההסגרה.

182 ראו עניין *Klein*, לעיל ה"ש 170, ס' 43–49; *Soering v. The United Kingdom*, (1989); ECtHR Application no. 14038/88, ס' 100. בפרשה זו נדונה שאלת הסגרתו של אזרח גרמני המרצה עונש מאסר לארצות הברית שם הוא נאשם ברצח. העונש שהיה צפוי לתובע בארצות הברית היה עונש מוות. בית המשפט פסק כי על אנגליה לבחון את מידת הסיכון הנגרמת לתובע מההסגרה. במקרה זה נפסק ברוב דעות כי ההסגרה עלולה להביא להפרה של סעיף 2 באמנה האירופית לזכויות אדם (הזכות לחיים), ולכן לא ניתן להסגיר את התובע.

183 ראו עניין *Klein*, לעיל ה"ש 170, ס' 51; "The information from various reliable sources, including those referred to by the applicant undoubtedly illustrates that the overall human-rights situation in Colombia is far from perfect [...]"

184 שם, ס' 53.

185 שם.

186 שם, ס' 54.

קולומביה נתנה התחייבויות להבטיח את שלומו של התובע, אך אלו היו כלליות ומעורפלות.¹⁸⁷ הבטחותיה של קולומביה בשילוב עם המוניטין הבעייתי של המדינה בעניין זכויות אדם מביאים את בית המשפט למסקנה הזאת:

“The Court notes that the Government invoked assurances from the Colombian Ministry of Foreign Affairs to the effect that the applicant would not be subjected to ill-treatment [...] However, the Court observes that the assurances in question were rather vague and lacked precision; hence, it is bound to question their value. The Court also reiterates that diplomatic assurances are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment where reliable sources have reported practices resorted to or tolerated by the authorities which are manifestly contrary to the principles of the Convention”.¹⁸⁸

ובאשר לשיקול הדעת של המדינה הנתבעת. בית המשפט פסק כי רוסיה לא בחנה כראוי את שאלת הסכנה הצפויה לתובע מההסגרה הצפויה. כך לדוגמה לא התייחסו הרשויות למצב שתיאר התובע בעניין מצב זכויות האדם בקולומביה. בתי המשפט ברוסיה לא ייחסו חשיבות למסמכים רשמיים של האו"ם המלמדים על מצב זכויות האדם הקיים בקולומביה. ולבסוף, בית המשפט העליון של רוסיה פתר את חששו של התובע מדבריו של סגן הנשיא בכך שמערכת המשפט בקולומביה היא מערכת עצמאית ובלתי תלויה.¹⁸⁹

לפיכך בית המשפט האירופי פסק ברוב דעות כי הסכמתה של הנתבעת לבקשת ההסגרה עתידה להביא להפרה של סעיף 3 באמנה האירופית לזכויות אדם.¹⁹⁰ רוסיה צריכה להימנע מההפרה ולמנוע את ההסגרה של התובע. התוצאה הייתה שהתובע שוחרר מהכלא ברוסיה וחזר לישראל.

187 שם, ס' 55.

188 שם (הקיצורים לא במקור).

189 שם, ס' 56.

190 שם, ס' 57; וכן שם, בעמ' 21–23. שני שופטים מתוך שבעה היו בדעת מיעוט (השופטים מרוסיה ואזרביג'אן). לדעתם, למרות המידע הקיים על מצב זכויות האדם הבעייתי בקולומביה היה צריך להסגיר את התובע. הם מונים שלוש סיבות לצורך לדחות את התביעה. ראשית, התובע אינו שייך לקבוצות הסיכון (פעילי זכויות אדם, פליט, מתנגד משטר). הוא אמור לרצות מאסר ואינו צפוי לסיכון ממצב הלחימה הנמצא בקולומביה. שנית, התובע לא הוכיח את הדברים המיוחסים לסגן הנשיא. הדברים כפי שהובאו בפני בית המשפט היו ציטוט מתוך עיתון רוסי. על פי ציטוט זה אי אפשר לאמת ולהוכיח את הדברים. ולבסוף, ההתחייבויות שנתנה ממשלת קולומביה הן בעלות משקל בזירת המשפט הבין-לאומי. בית המשפט, בדעת הרוב, סבור שהן מעורפלות. ובכל זאת אי אפשר לבטל התחייבויות שכאלה במיוחד משום שרוסיה, המדינה שקיבלה אותן, מצאה שהן מספקות.

(ד) סיכום

פסק הדין בעניין *Klein* מדגים את טשטוש הגבולות בנושא זכויות אדם במציאות של משפט גלובלי. ברמה הבין-לאומית השפעתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם נובעת, גם, מהיותו שותף בשיח של משפט גלובלי על-מדינתי (Transnational judicial dialogue).¹⁹¹ הגלובליזציה משפיעה גם בעולם המשפט והשפעתה הולכת וגוברת.¹⁹² מלומדים רבים עוסקים בתופעה המתפתחת של התחזקותה והשפעתה של קהילת המשפט הבין-לאומית (Global community of law).¹⁹³ מקומו של המשפט הבין-לאומי הולך ומתחזק, והשפעתו ונוכחותו מצויות בכל מקום ובכל תחומי החיים.¹⁹⁴ ה"רשת" (Network) הבין-לאומית של בתי משפט מאפשרת שיח משפטי והחלפת דעות ורעיונות תוך "הפריה הדדית" (Fertilization),¹⁹⁵ וכן מתן אפשרות לאכיפה יעילה של פסקי דין.¹⁹⁶ תופעה זו בעלת חשיבות במיוחד בתחום של זכויות האדם, שבו יצרה המערכת המשפטית העל-מדינתית קהילה עולמית.¹⁹⁷

והנה במצב של משפט גלובלי אזרח ישראלי שנשפט ומורשע במדינה דרום-אמריקנית נעצר כעבור זמן באירופה. הוא מוצא סעד במוסד שיפוטי בין-לאומי מפני צד שלישי, דווקא בבית המשפט האירופי לזכויות אדם כיוון שרוסיה היא צד לאמנה. בסופו של דבר הוא יוצא לחופשי מכוח זכויות אדם בסיסיות שלא המשפט הלאומי שלו (הישראלי) ולא המשפט המהותי החל על העברה שלו (המשפט הדרום-אמריקני) העניקו לו. הוא יוצא

191 ראו Harold Hong Koh, *Transnational Legal Process*, 75 NEB. L. REV. 181, 183–184 (1996); Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 VA. J. INT'L L. 1103, 1112–1116 (2000).

192 ראו ANNE-MARIE SLAUGHTER, *A NEW WORLD ORDER* 65–69 (2004).

193 ראו Koh, לעיל ה"ש 191, בעמ' 183–186; Melissa A. Waters, *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialog in Creating and Enforcing International Law*, 93 GEO. L.J. 487, 499–501 (2005); Paul Schiff Berman, *The Globalization of Jurisdiction*, 151 U. PA. L. REV. 311, 490–512 (2002); Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism*, 80 S. CAL. L. REV. 1155, 1155–1156 (2007). ראו גם Jenny S. Martinez, *Towards an International Judicial System*, 56 STAN. L. REV. 429, 520–528 (2004), Slaughter; לעיל ה"ש 191, בעמ' 1112–1116, SLAUGHTER; לעיל ה"ש 192, בעמ' 65–69. המחברת כותבת בין השאר: "[...] One result of this judicial globalization is an increasingly global constitutional jurisprudence, in which courts are referring to each other's decisions on issues ranging from free speech to privacy rights to the death penalty [...]" (שם, בעמ' 66). ראו גם David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CAL. L. REV. 1163, 1163–1165 (2011).

194 ראו Martinez, לעיל ה"ש 193 בעמ' 478–450 בתחום הפלילי; Slaughter, לעיל ה"ש 191, בעמ' 1112–1116 בתחום הכלכלי.

195 ראו SLAUGHTER, לעיל ה"ש 192, בעמ' 69–75.

196 שם, בעמ' 100.

197 שם, בעמ' 79–82.

לחופשי דווקא הודות למשפט זכויות אדם המהותי החל על יחידים במקום מעצרו. חשוב להכיר ולהבין את התפתחות המציאות המשפטית הזו ואת ההזדמנויות שהיא טומנת בחובה לישראלים השוהים באירופה. בעידן הגלובלי רבים עד מאוד הם הישראלים המבלים באירופה במסגרות שונות: טיולים, עבודה, עסקים או בילוי. הקרבה הפיזית לצד ההקשרים החברתיים-כלכליים הופכים את אירופה לזירת נוכחות לישראלים רבים. במסגרת זו הם עלולים למצוא עצמם חשופים למעצר בשל צווים בין-לאומיים של מדינות חוץ-אירופיות שונות ומכוח הסכמים בין-לאומיים מגוונים. האמנה האירופית לזכויות אדם יכולה אפוא, כמו במקרה של מר קליין, לשמש כלי יעיל להגנה על זכויות האדם הבסיסיות של ישראלים השוהים באירופה במקרים כגון דא.

3. השבת ילדים חטופים: פרשת *Raban*¹⁹⁸

(א) תקציר העובדות

התובע דוד רבן, יליד שנת 1957, בעל אזרחות ישראלית והולנדית מתגורר ביהוד. הוא ועמו שני ילדיו תבעו את ממשלת רומניה להורות על השבתם מרומניה לישראל. הרקע לתביעה הוא נישואיו לאזרחית רומניה בקפריסין בשנת 2002 (להלן: האם). בשנת 2003 ו-2004 נולדו שני ילדיהם (אלה ואילן). באותה תקופה התגורר הזוג ביישוב בת חפר. באפריל 2006 יצאו האם ושני ילדיה לבקר את משפחת האם ברומניה. הם היו אמורים לשוב ארצה כעבור כחצי שנה (אוקטובר 2006). ברם בנובמבר 2006 הודיעה אמה של האם כי הם אינם עתידים לשוב ושככוונתם להישאר ברומניה. התובע דרש את השבת ילדיו לפי אמנת האג להשבת ילדים חטופים (להלן: אמנת האג).¹⁹⁹ האם מצדה פנתה לבית המשפט ברומניה בבקשה לקבלת גט.²⁰⁰

משרד המשפטים בישראל (בשם התובע) פנה למשרד המשפטים הרומני בדרישה להשבת הילדים. משרד המשפטים הרומני הגיש תביעה נגד האם בבית המשפט המחוזי של בוקרשט. בית המשפט פסק כי החזקת הילדים ברומניה מנוגדת לחוק, והאם נדרשה להשיבם.²⁰¹ בית המשפט דחה את שתי הטענות העיקריות של האם. טענה אחת הייתה שהנסיעה לרומניה נעשתה בהסכמת האב בשל מצבו הכלכלי הקשה של הזוג. הטענה

198 ראו עניין *Raban*, לעיל ה"ש 170.

199 ראו אמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפת ילדים בין-לאומית, כ"א 31, 43 (נפתחה לחתימה ב-1980) (להלן: אמנת האג); האמנה עוסקת בחטיפת ילדים ממדינה אחת למדינה אחרת. על פי רוב החטיפה מתבצעת על רקע של סכסוך בין ההורים או סכסוך בעניינים של משמורת והסדרי ראייה וכו'. האמנה נקלטה בחוק הישראלי באמצעות חקיקתו של חוק: חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991, ס"ח 1355; Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.

200 ראו עניין *Raban*, לעיל ה"ש 170, ס' 5-8.

201 שם, ס' 9-10.

השנייה הייתה כי לילדים נשקפת סכנה ממשית לביטחונם בישראל בשל התקפה אפשרית של טרוריסטים.²⁰²

בתחילת 2008 ערערה האם בפני בית המשפט לערעורים של בוקרשט. בית המשפט קיבל את הערעור. בית המשפט פסק ברוב דעות כי סעיף 3 באמנת האג (הפרת הזכות למשמורת)²⁰³ אינו חל במקרה זה. ראשית, הילדים נסעו לרומניה בהסכמת האב בשל מצבה הכלכלי הקשה של המשפחה. בית המשפט מצא תימוכין למצבו הכלכלי הקשה של האב בעובדה שהם קנו כרטיס הלוך ושוב הזול מכרטיס בכיוון אחד וכן מהעובדה שהאב לא בא לבקר את הילדים.²⁰⁴ שנית, בית המשפט קיבל את הטענה שבהשבת הילדים לארץ הם צפויים להיות חשופים לנזק פיזי או פסיכולוגי לפי סעיף 1.13 (ב) באמנת האג.²⁰⁵ את התימוכין לסכנה הנשקפת לילדים בארץ השתית בית המשפט על דוח של אמנסטי הביין-לאומי שקבע שבת חפר מצויה באזור של עימות שבו התושבים חוששים לביטחונם. כן הסתמך בית המשפט על אוהרות מסע כלליות שפרסם משרד החוץ האמריקני בעניין העימות הישראלי-פלסטיני. התובע לא קיבל מעולם לעיון את המסמכים הללו.²⁰⁶ במקביל אישר בית המשפט המחוזי של בוקרשט את בקשת הגירושי של האישה. הוא מצא כי הילדים השתלבו היטב בסביבתם החדשה.²⁰⁷

(ב) ההליך בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם

התובע טען בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם על הפרה של האמנה האירופית לזכויות אדם.²⁰⁸ לטענתו, ההפרה של סעיף 8 לאמנה, הזכות לחיי משפחה, הייתה בכך שבת המשפט המדינתיים לא אפשרו לו לחיות עם ילדיו ככל משפחה.²⁰⁹ הוא טען שנתן

- 202 שם, ס' 10.
- 203 ראו אמנת האג, לעיל ה"ש 199, ס' 3: "הרחקתו או אי החזרתו של ילד תיחשב לא כדין כאשר: (א) יש בהן הפרת זכויות המשמורת המוענקות לאדם [...]."
- 204 ראו עניין *Raban*, לעיל ה"ש 170, ס' 12-13.
- 205 ראו אמנת האג, לעיל ה"ש 199, ס' 13 (ב): "קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל [...]."
- 206 ראו עניין *Raban*, לעיל ה"ש 170, ס' 14-15.
- 207 שם, ס' 16-19. כאמור לעיל, בד בבד עם הדיון בעניין השבת הילדים הגישה אשת התובע בקשה לגירושי לבית המשפט המחוזי בבוקרשט. התובע טען כי בית המשפט נעדר סמכות כיוון שהנישואין התקיימו בקפריסין, והוא אינו אזרח רומניה. בסופו של ההליך דחה בית המשפט את טענת הסמכות, אישר את הגירושי והעניק לאישה משמורת על הילדים. התובע נתבע לשלם מזונות שנקבעו לפי מצבו הכלכלי כמובטל. התובע לא ערער על פסק דין זה.
- 208 שם, ס' 21; התובע טען גם להפרת זכותו להליך משפטי הוגן לפי סעיף 6 באמנה. ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 6. מאמר זה מתרכז בפסיקה ככל שהיא נוגעת להליך בעניין הזכות לחיי משפחה.
- 209 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 8: "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence [...]"

הסכמתו לנסיעת הילדים לביקור, אך מעולם לא נתן את הסכמתו להגירתם. טובת הילדים תהיה השבתם המידית לרשותו.

ממשלת רומניה טענה בפני בית המשפט כי בתי המשפט המדינתיים לא הפרו את אמנת האג, וממילא לא הפרו גם את האמנה האירופית לזכויות אדם.²¹⁰ בתי המשפט המדינתיים מצאו כי הבאת הילדים לרומניה הייתה בהסכמה. אין מדובר בחטיפה, ולכן אמנת האג איננה רלוונטית לעניין. בנוסף הוכיחה האם כי הילדים השתלבו היטב במארג החיים ברומניה, ולכן טובת הילדים מחייבת השארתם ברשותה. הממשלה טענה כי גם אם ימצא בית המשפט האירופי שהייתה הפרה של זכויות הילדים לפי אמנת האג, הרי שהפרה זו נעשתה כדי להגן עליהם ולדאוג לשלומם.²¹¹

(ג) פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם

בית המשפט מפנה לעקרונות שנקבעו בפסק הדין בעניין *Neulinger* שניתן חודשים מעטים קודם לכן בהרכב המורחב.²¹² בסיכומו של דבר בית המשפט האירופי בוחן אם בהחלטת בתי המשפט המדינתיים שלא לקיים את החובה להשיב את הילד הייתה פגיעה בזכותו של התובע.²¹³ מבחינה עובדתית הילדים נולדו בישראל, ומבחינה חוקית הם תושבי ישראל. אולם הוכח בערכאות המשפטיות השונות ברומניה כי האב נתן את הסכמתו להעברת הילדים עם אמם לרומניה. כמו כן הוכח שהילדים נקלטו היטב בסביבתם החדשה. האב, כפי שהוכח בבתי המשפט, לא הוכיח את מחויבותו לילדים וביקר אותם רק פעם אחת וכן לא שילם את המזונות שנתבע לשלם.²¹⁴

210 ראו עניין *Raban*, לעיל ה"ש 170, ס' 24.

211 שם, ס' 24–25.

212 שם, ס' 28; ראו עניין *Neulinger & Shuruk*, לעיל ה"ש 170. בפרשה זו תבעה את ממשלת שווייצריה אזרחית שווייצריה המתגוררת בה. היא גם בעלת אזרחות בלגית, ובנה היה גם בעל אזרחות ישראלית. התובעת הייתה נשואה לאזרח ישראלי וחייה אתו בארץ תקופה מסוימת, ואף נולד להם הילד. לאחר שנישואיהם עלו על שרטון והם התגרשו, היא עזבה את הארץ בחשאי עם הילד בניגוד לצווים של בית המשפט בארץ. בתי המשפט המדינתיים פסקו, בסיכומו של הליך משפטי ארוך, כי עליה להשיב את הילד לארץ. היא תבעה בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם וטענה כי פסקי הדין הללו פוגעים בזכותה לחיי משפחה לפי סעיף 8 באמנה האירופית לזכויות אדם. ההרכב בבית המשפט האירופי לזכויות אדם, ברוב דעות (ארבעה נגד שלושה) פסק כי בהחלטה שעל התובעת להשיב את ילדה לישראל לא הייתה הפרה של האמנה. ולכן, על התובעת להשיב את הילד לישראל. ההרכב המורחב אפשר ערעור על פסק הדין של ההרכב לבקשת התובעת והפך את ההחלטה. בפסק דין שנתקבל ברוב דעות (16 נגד 1) נפסק כי טובת הילד גוברת על הצורך להשיבו כאמור באמנת האג. בית המשפט פסק שהשבתו של הילד לישראל תהווה הפרה של סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם. אשר על כן אין לאכוף את פסקי הדין של בתי המשפט בשווייצריה ופסק הדין של ההרכב, ואין להשיב את הילד לאביו בישראל.

213 ראו עניין *Raban*, לעיל ה"ש 170, ס' 30–33.

214 שם, ס' 34–38.

בית המשפט האירופי לזכויות אדם מצא כי בית המשפט לערעורים ברומניה שקל את כל השיקולים. הוא שקל את טובת הילדים כפי שבאה לידי ביטוי מהראיות שהובאו בפניו. בית המשפט האירופי לזכויות אדם מצא שהרשויות המדינתיות (בתי המשפט) הפעילו את מתחם הסבירות שלהן (Margin of appreciation)²¹⁵ כראוי. בדברי בית המשפט:

“The Court concludes that, having particular regard to the State's margin of appreciation in the matter and to the in *concreto* approach required for the handling of cases involving child-related matters, the Bucharest Court of Appeal's assessment of the case in the light of the Hague Convention requirements did not amount to a violation of Article 8 of the European Convention”.²¹⁶

המדינה לא הפרה את האמנה האירופית לזכויות האדם. משכך, דין התביעה להידחות, והילדים לא יושבו לתובע.²¹⁷

215 ראו Jeffrey A. Brauch, *The Margin of Appreciation of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, 11 COLUM. J. EUR L. 113, Margin of appreciation; הביטוי העברי של “מתחם הסבירות” הוא תרגום של הביטוי הלועזי Appreciation, וביטוי זה נגזר מהביטוי הצרפתי: marge d'appréciation. על מדיניות מתחם הסבירות במשפט הבין-לאומי בכלל ושל בית המשפט האירופי לזכויות אדם בפרט קיימת ספרות רחבה. ראו באופן כללי ספרון שחשיבותו בכך שיצא לאור על ידי מועצת אירופה: STEVEN GREER, THE MARGIN OF APPRECIATION: INTERPRETATION AND DISCRETION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 5–6, 14–21 (2000). ראו גם Eyal Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, 31 N.Y. U. R. St. J. Macdonald, *The*; (להלן: Benvenisti 1998); INT'L & POL. 843, 845–847 (1998) *Margin of Appreciation*, in THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 83, 83–85 (R. St. J. Macdonald, F Matscher & H. Petzold ed., 1993), מתחם הסבירות של בית המשפט כפי שבא לידי ביטוי בכל אחת מהזכויות; Mahoney 1990, לעיל ה"ש 90, בעמ' 78; Humphrey Waldock, *The Effectiveness of the System Set Up By the European Convention on Human Rights*, 1 HRLJ 1, 9 (1980): “[...] The doctrine of the ‘margin of appreciation’, as I see it, is one of the more important safeguards developed by the Commission and the Court to reconcile the affective operation of the Convention with the sovereign powers and responsibilities of governments in a democracy [...]” (Sir Humphrey Waldock) שימש נשיא בית המשפט האירופי לזכויות אדם בין השנים 1974–1971; ראו echr.coe לעיל ה"ש 6. וראו O'Donnell, לעיל ה"ש 86, בעמ' 474–476; Douglas Lee Donoho, HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, *Developing a Jurisprudence of Diversity Within Universal Human Rights*, 1 EMORY INT'L L. REV. 391, 460 (2001).

216 ראו עניין *Raban*, לעיל ה"ש 170, ס' 39.

217 ש.ם.

(ד) סיכום

הנושא של השבת ילדים חטופים הוא תחום מורכב במשפט הבין-לאומי,²¹⁸ החורג מתחום התפרסות המאמר. ובכל זאת נראה כי כשהדבר נוגע לתובעים ישראלים, במצבים מסוימים הם יכול למצוא בבית המשפט האירופי לזכויות אדם זירה נוספת לביורר עניינם.²¹⁹ בעידן הגלובלי של ימינו רבים הם הישראלים שבוחרים להתקשר בנישואין או בהסדרי זוגיות נוספים עם בני או בנות זוג אירופים. למרבה הצער, קשרים זוגיים אלה יוצרים לעתים מצבים שבהם סכסוכים משפטיים בין בני הזוג מערבים לא רק את זכויותיה שלהם אלא גם את זכויות ילדיהם המשותפים. סכסוכים אלו יכול שייסבו סביב מגוון עשיר של הקשרים משפחתיים ובין-אישיים: ביקורים, אפוטרופסות, הורות, סבאות, מזונות וכיו"ב. גם כאן, כמו בפרשת *Klein* (לעיל), המציאות הגלובלית יכולה לגרום שעל אף ריבוי ה"הישויות המדיניות" המעורבות, בית המשפט הרלוונטי שיהיה מסוגל לשפוט ולהכריע בסכסוך מבחינת זכויות האדם של הצד הישראלי, יהיה דווקא בית המשפט האירופי לזכויות אדם. לא זו אף זו, תביעה בפני בית המשפט האירופי, כך מסתבר (ובניגוד לפרשת *Klein*), איננה ערובה לכך שהתביעה בהכרח תזכה תמיד לסעד מצד בית המשפט, כפי שניתן לראות בפרשה הנדונה ובפרשות נוספות.²²⁰

פסק דין זה מדגים היטב את השיקולים ואת המדיניות השיפוטית (דוקטרינות) שבבסיס פסיקתו של בית המשפט בעניין האמנה האירופית לזכויות אדם. ראשית, בית המשפט, כבית משפט בין-לאומי, אינו ערכאה של ערעור על פסיקות של בתי המשפט המדינתיים.²²¹

218 לרקע כללי בתחום של השבת ילדים חטופים במשפט הבין-לאומי ראו, BARBARA STARK, INTERNATIONAL FAMILY LAW: AN INTRODUCTION 181 (2005); TREVOR BUCK, ALISDAIR A. GILLESPIE, LYNNE ROSS & SARAH SARGENT, INTERNATIONAL CHILD LAW 43(2nd ed. SANDRA DAVIS, JEREMY ROSENBLATT & TANYA GALBRAITH, ראו גם 2011). INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION 1 (1993).

219 ראו דוגמה לדיון בנושא של השבת ילדים חטופים הנוגעים לישראלים בפני בית המשפט בדוגמה זו נתקבלה התביעה. ראו עניין *Iosub Cras*, לעיל ה"ש 170, ס' 36–39. התובע (ובתו) בעל אזרחות ישראלית ורומנית המתגורר בהודו השרון תבע את ממשלת רומניה. התובע ובת זוגו חיו בישראל ובה נולדה ילדתם. לאחר שנסעו לביקור ברומניה שב התובע לארץ. רעייתו לא שבה כמתוכנן עם הילדה. התובע טען כי על אשתו להשיב לו את בתו לארץ. לטענתו באי-השבתה של בתו לישראל יש הפרה של זכותו לחיי משפחה לפי סעיף 8 באמנה האירופית לזכויות אדם. בית המשפט האירופי לזכויות אדם פסק פה אחד כי ההחלטה שאין להשיב את הילדה לישראל היא הפרה של סעיף 8 באמנה. בית המשפט מצא שפסיקות בתי המשפט המדינתיים נתקבלו בהליך לא ראוי ושלא על פי אמנת האג. לפיכך על השלטונות של רומניה לוודא השבת הילדה לאביה.

220 ראו עניין *Neulinger & Shuruk*, לעיל ה"ש 170, ס' 150–151. בפרשה זו, כאמור לעיל, מצא בית המשפט, בהרכב מורחב, שטובת הילד מחייבת שלא להשיבו לישראל. בית המשפט מצא שהאם צפויה לעמוד בפני הליך פלילי ואולי אף להיאסר בשל חטיפת הילד. וכן, העובדה שהאם אינם תמימי דעים באשר לדרך גידולו וחינוכו של הילד עתידים לפגוע בו. בית המשפט מצא כי טובת הילד גוברת על קיום החובה להשיבו על פי האמנת האג. בית המשפט מקבל את תביעת האם שלא להשיב את הילד.

221 ראו *HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 14; *O'Boyle & Darcy*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 150. וראו בעניין זה פסק הדין *Garcia Ruiz v. Spania*, (1999) ECtHR.

תפקידו של בית המשפט האירופי איננו לבחון מחדש את הראיות או לבדוק את תוקף ההכרעה מכוח הדין הלאומי. תפקידו של בית המשפט הוא לוודא ולהבטיח את קיום האמנה האירופית לזכויות אדם.²²² בית המשפט בוחן שהמדינה, כשהיא פועלת במתחם הסבירות שלה, אינה מפרה את האמנה האירופית לזכויות אדם. שנית, בפסיקתו, מבקש בית המשפט ליצור איזון והרמוניה בפרשנות המתחייבת להסכמים במשפט הבין-לאומי הפומבי. קרי, פרשנותה של אמנת האג והאמנה האירופית לזכויות אדם תוך כיבוד הדדי.²²³ על בית המשפט להבטיח כי קיומם של הסכמים בין-לאומיים אינו מביא, בסופו של דבר, לפגיעה באמנה האירופית לזכויות אדם.²²⁴ שלישית, אחת מהדוקטרינות החשובות שפיתח בית המשפט לאורך השנים היא ההכרה שלמדינות מתחם סבירות שבו הן פועלות כאשר הן נדרשות לשלב בין האמנות השונות לאור המציאות הקיימת במדינות.²²⁵ ואולם, בית המשפט האירופי בוחן את מידת הסבירות שבה פועלת המדינה. זו נקודה מהותית במדיניות השיפוטית של בית המשפט האירופי. מתחם הסבירות הוא בידי המדינות. מידת החופש שבה הן נוהגות בשימוש במתחם זה נתונה לביקורת שיפוטית של בית המשפט. בלשונו של בית המשפט:

“The task to assess those best interests in each individual case is thus primarily one for the domestic authorities, which often have the benefit of direct contact with the persons concerned. To that end they enjoy a certain margin of appreciation, which remains subject, however, to a European supervision whereby the Court reviews under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of that power [...]”.²²⁶

- Application no. 30544/96: “[...] The Court reiterates that, according to Article 19 of the Convention, its duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they [...]”
 222 ראו HARRIS, O’BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה”ש 53, בעמ’ 4–5; Mahoney 1990, לעיל ה”ש 90, בעמ’ 60; MERRILLS & ROBERTSON, לעיל ה”ש 19, בעמ’ 21.
 223 ראו עניין *Neulinger & Shuruk*, לעיל ה”ש 170, ס’ 131–132: “The Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles [...]” of international law (ס’ 131).
 224 שם, ס’ 133–137: “[...] For that reason the Court is competent to review the procedure followed by domestic courts, in particular to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of the Hague Convention, have secured the [...]” guarantees of the Convention (ס’ 133).
 225 ראו עניין *Raban*, לעיל ה”ש 170, ס’ 28.
 226 שם.

לענייננו, בית המשפט קובע כי במשפט הביין-לאומי ההסכמי נקבע שבכל הקשור לילדים טובת הילד היא השיקול הראשון בחשיבות. ²²⁷ בית המשפט האירופי מוודא כי טובת הילד נשמרת הן באשר לקשרים עם המשפחה והן באשר לסביבת גידולו והתפתחותו. שני ההיבטים הללו כלולים באמור בסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם – הזכות לחיי משפחה. לכן גם אם אמנת האג מחייבת השבת ילד למשפחתו, ²²⁸ היא איננה יכולה להיות מפורשת, לדעת בית המשפט האירופי, פירוש טכני. ההרמוניה של המשפט הביין-לאומי מחייבת בחינה של מכלול הנתונים. הפרשנות של אמנת האג ושל האמנה האירופית לזכויות אדם מחייבת לראות את התמונה הכוללת. ייתכן כי במקרים מסוימים הפרשנות שייתן בית המשפט האירופי תהיה שאין לקיים את אמנת האג.

כך ייתכן כי דווקא האמנה האירופית לזכויות אדם מחייבת את אי-קיומה של אמנת האג. כלומר, קיום האמנה האירופית לזכויות אדם בהרמוניה עם אמנת האג משמעותה שהזכות לחיי משפחה יכולה להיות גם החלטה שלא להשיב ילד לארץ המוצא. ²²⁹

פרשה זו משקפת מחד, כמו בפרשת *Klein* (לעיל), את רוחב יריעת ההקשרים שבהם בית המשפט האירופי לזכויות אדם יכול להיות רלוונטי לישראלים כתובעים יחידים. כאן, לא בהקשר הפלילי, אלא דווקא בהקשר המשפחתי, מתברר שישראלים כיחידים יכולים לחצות גבולות במשפט הביין-לאומי ולהתייצב בפני בית המשפט האירופי ולנסות לקבל מזור. ומצד אחר, פרשה זו מדגימה את מורכבות פעילותו והכרעותיו של בית המשפט האירופי. הדברים אמורים במיוחד במקום שבו בית המשפט שוקל את פסיקותיו על רקע קיומן של אמנות בין-לאומיות נוספות (כגון אמנת האג, במקרה הנדון) או על רקע דוקטרינות המאמצות ריסון עצמי של בית המשפט והכרה במתחם הסבירות של המדינות.

4. השבת רכוש: פרשת *Tamir* ²³⁰

(א) תקציר העובדות

שבעה אזרחים ישראלים המתגוררים בישראל תבעו את ממשלת רומניה בעניין השבת רכוש שהיה שייך למשפחתם. ²³¹ להורי התובעים (שהם יורשיהם) היה בניין בבעלותם בעיר מדיה (Medias) שבמרכז רומניה. מדובר בבניין דירות בגודל של כ-1,680 מ"ר. ²³² בשנת 1950

227 ראו עניין *Neulinger & Shuruk*, לעיל ה"ש 170, ס' 135.

228 ראו אמנת האג, לעיל ה"ש 199, ס' 3: "הרחקתו או אי החזרתו של ילד תיחשב לא כדין כאשר: (א) יש בהן הפרת זכויות המשמורת המוענקות לאדם [...]"

229 ראו עניין *Neulinger & Shuruk*, לעיל ה"ש 170, ס' 138: "It follows from Article 8 that a child's return cannot be ordered automatically or mechanically when the Hague Convention is applicable [...]"

230 ראו עניין *Tamir*, לעיל ה"ש 170.

231 שם, ס' 1. לפני הגשת התביעה מת אחד התובעים ובנו ביקש לבוא בנעליו (ראו דחיית הבקשה להלן).

232 שם, ס' 5.

הולאם הבניין.²³³ בשנת 1974 חולק המבנה לשני נכסים הרשומים בטאבו כשני נכסים דלא ניידים נפרדים. הנכס הראשון הועבר לבעלותם של שניים אלמוניים (להלן הנכס הראשון). הנכס השני חולק לשש דירות והועבר לרשותם של פלונים (להלן הנכס השני).²³⁴ בשנת 2001, לאחר נפילת המשטר הקומוניסטי ברומניה, תבעו כאמור התובעים, בהיותם יורשיהם של בעלי הנכס, את השבת הרכוש בפני בית משפט מנהלי ברומניה. התביעה נעשתה על פי חוק שנחקק לאחר נפילת המשטר הקומוניסטי ושנועד לאפשר לבעלי רכוש לטעון להשבת רכושם שהולאם. העירייה השיבה כי הנכס הראשון לא יושב לתובעים כיוון שאין להם אזרחות רומנית.²³⁵ באשר לנכס השני (שש דירות), שלוש דירות שלא נמכרו יושבו לתובעים. שלוש דירות שנמכרו לא יושבו אך הם יקבלו עבורן פיצוי כספי.²³⁶

התובעים ערערו על ההחלטה בפני בית המשפט המחוזי, בהמשך בפני בית המשפט לערעורים ולבסוף בפני בית המשפט העליון. כל בתי המשפט דחו את תביעתם לקבל את כל רכושם בשלמותו. בתי המשפט פסקו כי התובעים הוכיחו שיש להם אזרחות רומנית, ולכן הם יוכלו לקבל את הרכוש שלא נמכר, קרי שלוש דירות. כל שאר הרכוש, קרי הנכס הראשון ומחצית הנכס השני שנמכרו כחוק (בזמן המשטר הקודם), לא יושבו להם. בעבור הרכוש שלא יושב הם זכאים לקבל פיצוי. עד מועד הגשת התביעה לבית המשפט האירופי לזכויות אדם הם לא קיבלו את הפיצוי על הרכוש שלא ניתן להשבה.²³⁷

(ב) ההליך בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם

התובעים טענו בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם כי פעולותיה של ממשלת רומניה בנוגע לרכושם פוגעת בזכות הקניין שלהם לפי סעיף 1 לפרוטוקול 1. הם גם טענו כי האופן שבו נמכר חלק מרכושם לאחרים מלמד כי המדינה לא פעלה בתום לב.²³⁸

233 על התהליך של הלאמת רכוש בידי השלטונות בתקופה הקומוניסטית ראו מעט רקע: Chelcea Liviu, *Ancestors, Domestic Groups and the Socialist State: Housing Nationalization and Restitution in Romania*, 45 *COMPARATIVE STUDIES IN SOCIETY & HISTORY* 714, 714–729 (2003); Mihaela Serban Rosen, *Surviving Property: Resistance Against Urban Housing Nationalization During the Transition to Communism (Romania, 1950-1965)*, 51 *STUDIES IN LAW, POLITICS AND SOCIETY* 29, 29–35 (2010).

234 ראו עניין *Tamir*, לעיל ה"ש 170, ס' 6.

235 שם, ס' 8. מדובר בדירות קרקע. על פי החוק הרומני, מי שאינו בעל אזרחות אינו יכול להחזיק בקרקע.

236 שם, ס' 7–8.

237 שם, ס' 9–15.

238 שם, ס' 20; ECHR, לעיל ה"ש 7, פרוטוקול 1 ס' 1: "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law [...]"

המדינה טענה כי הפעילות שעשתה ברכוש נעשתה כחוק. בנוסף, בכל הערכאות המשפטיות לא נקבע שיש להשיב להם את הרכוש. נקבע כי בעבור הרכוש שנמכר יקבלו התובעים פיצוי ולא את הרכוש עצמו.²³⁹

(ג) פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם

עיקרון מנחה בבית המשפט באשר לתביעות של יחידים היא העובדה שהתובע, אישית, או יורשו צריכים להיות הנפגעים מהפרת האמנה.²⁴⁰ בפרשה זו פסק בית המשפט כי תובעת (יורשת) שביעית שנפטרה בשנת 2004 (על פי הודעת יורשה) אינה יכולה להיחשב תובעת כיוון שהתביעה הוגשה בשנת 2005, לאחר מותה. בקשתו של בנה של התובעת לבוא בנעליה ולהצטרף לתביעה איננה אפשרית, שכן לא הוא שנפגע אישית מהעובדות המתוארות.²⁴¹

לגופו של עניין, בית המשפט האירופי לזכויות אדם פסק בעבר כי עצם המכירה של רכוש פרטי של אדם בידי המדינה, גם מבלי שהוכחה שאלת הבעלות, היא עובדתית שלילה של זכות קניינית. מניעת זכות זאת בתוספת לאי־שלום פיצוי, לפי פסיקות בית המשפט, היא פגיעה בזכות הקניין כאמור בפרוטוקול 1 בסעיף 1.²⁴²

הוא הדין בפרשה זו. המדינה מכרה את זכותם של התובעים ברכושם. בכך מנעה מהם המדינה את האפשרות ליהנות מהרכוש (Enjoying their right of property). מעשית המשמעות הייתה מניעת זכות הקניין. בנוסף, המדינה לא פיצתה את התובעים על פגיעה זו יותר משש שנים. לפיכך פסק בית המשפט שהמדינה הפרה את האמנה האירופית לפי פרוטוקול 1 בסעיף 1.²⁴³ ובניסוחו של בית המשפט:

“[...] The sale by the State of the applicants’ possessions still prevents them from enjoying their right of property as acknowledged by a final decision. The Court considers that such a situation amounts to a *de facto*

239 ראו עניין *Tamir*, לעיל ה"ש 170, ס' 21–24.

240 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 34: “The Court may receive applications from any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention [...]”; עניין *Burden*, לעיל ה"ש 167, ס' 35. ראו פירוט ההליכים: Rules of Court, לעיל ה"ש 102, ס' 47, 49, 59. וראו *Hioureas*, לעיל ה"ש 59, בעמ' 723; *Egli*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 3, 8–6; *Reiss*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 296–297; *Wildhaber*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 523–524.

241 ראו עניין *Tamir*, לעיל ה"ש 170, ס' 17–19. יצוין כי אם התובעת השביעית הייתה נפטרת לאחר הגשת התביעה, היה בית המשפט, בכפוף לנסיבות, מאפשר ליורש לבוא בנעליה. ראו לדוגמה *Varnava v. Turkey*, (2008) ECtHR Application no. 16064/90, ס' 9, בן שבא בנעלי אביו לאחר שהאב נפטר במהלך המשפט.

242 ראו עניין *Tamir*, לעיל ה"ש 170, ס' 28.

243 שם, ס' 28–31.

deprivation of possessions and notes that it has continued for more than six years, without any compensation having been paid".²⁴⁴

בהתאם פסק בית המשפט לתובעים פיצוי לא ממוני של 181,00 אלף אירו.²⁴⁵

(ד) סיכום

פרשה זו מעלה היבטים נוספים וחדשים הנוגעים לישראלים התובעים, כיחידים, בפני בית המשפט. ראשית, בישראל, כמדינת הגירה, קיימת אוכלוסייה שעלתה מאירופה ואשר השאירה מאחוריה רכוש. המאבק להשבת הרכוש מתקיים ומתנהל בדרכים שונות. מתברר כי בית המשפט האירופי לזכויות אדם מאפשר ערכאה נוספת, אפשרית, במאבק זה. כיוון שמדובר במאבק מורכב, זוהי זירה משפטית שנכון וכדאי להכיר. כאן מדובר ב"הגרעין הקשה" של זכות הקניין. מדובר ברקע ההיסטורי הייחודי של ישראל, שבו ישראלים רבים הגיעו לישראל במסגרת הגירה מרצון או שלא מרצון ולאחר שאיבדו רכוש פרטי רב במדינות המוצא שאותן עזבו. בהקשר זה לבית המשפט האירופי לזכויות אדם יכול להיות מקום מרכזי בכינונו של צדק חברתי-קנייני-היסטורי. בית המשפט יכול לשמש זירה ראויה במקום שבו הערכאות הלאומיות של מדינות המוצא מכזיבות או מנסות להתחמק מחובתן לפצות את אזרחיהן לשעבר, הישראלים בהווה.

שנית, עולה כאן סוגיה חשובה של זכות עמידה, זכות אשר למרות הרחבתה ליחידים נותרה זכות מוגבלת. כלומר, בית המשפט, כפי שהוצג בהקשר של פרשה זו, דורש קשר ישיר בין התובעים לפגיעה בזכותם לפי האמנה. במילים אחרות בעלי הזכויות הם שצריכים לבוא ולתבוע. אלו דברי בית המשפט על מדיניותו בעניין, ובקיצורים הנדרשים:

"The Court reiterates that the existence of a victim of a violation, that is to say, an individual who is personally affected by an alleged violation of a Convention right, is indispensable for putting the protection mechanism of the Convention into motion [...] The Court, through its jurisprudence, normally permits the next of kin to pursue an application provided he or she has sufficient interest, where the original applicant has died after the introduction of the application before the Court [...]"²⁴⁶

בפרשה זו התובעים (שבית המשפט אישר) הם היורשים הישירים של הנפגעים מההלאמה ברומניה. בנה של התובעת השביעית אינו יורשם של מי שמהם הולאם הרכוש. ככל שהשנים חולפות, הקשר בין התובעים לנזק הולך ונחלש. המשמעות לעניין התובעים

244 שם, ס' 29.

245 שם, ס' 35–40. התובעים דרשו פיצוי ממוני בלבד, על סך 200,000 אירו. המדינה טענה כי הנכסים שווים 180,470 אירו.

246 שם, ס' 17–18.

הישראלים היא שיש לבחון היטב את זכות העמידה, ובמקרים שבהם זכות זו היא תלויה-זמן, כמו בשאלות של הלאמת רכוש, יש להעניק משנה חשיבות לחלוף הזמן.

5. זכויות פנסיוניות: פרשת *Tarnopolskaya*²⁴⁷

(א) תקציר העובדות

מזכות הקניין במובנה הקלאסי אנו עוברים, בדוגמה הרביעית, ל"הקניין החדש", או לזכויות חברתיות וסוציאליות. בתביעה זו תבעו עשרים זקנים אזרחי ישראל שעלו מברית המועצות (להלן: בריה"מ) בשנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת את רוסיה בבית המשפט האירופי לזכויות אדם.²⁴⁸ ודוק, מדובר בעשרים תביעות נפרדות אשר הבסיס העובדתי בהן דומה (אך לא שווה), והשוני העיקרי הוא בלוחות הזמנים של התרחשות האירועים ומשך הזמן של ההליכים. בשל כך החליט בית המשפט האירופי לזכויות אדם לדון בכל התביעות במשותף.²⁴⁹

טרם עלייתם לישראל היו התובעים זכאים לקצבת פנסייה בבריה"מ. עם עלייתם הופסק תשלום הפנסייה לתובעים לפי החוק שהיה אז בבריה"מ. לאחר התפרקותה של בריה"מ פנו התובעים לקרן הפנסייה של רוסיה בבקשה לחדש להם את תשלומי הקצבה בישראל. משלא נענו הגישו התובעים, במועדים שונים ולבתי משפט שונים ברחבי רוסיה, תביעה נגד קרן הפנסייה. וכך, קיבלו חלק מהתובעים פסקי דין המחייבים את קרן הפנסייה לשוב ולשלם להם, בישראל, את קצבת הפנסייה. פסקי הדין קבעו בין השאר כי הגם שתשלומי הקצבה שולמו על פי החוק של בריה"מ, רוסיה היא שבאה בנעלי בריה"מ. פסקי הדין קבעו שהחוק הרוסי (הנוכחי) מחייב תשלומים גם לזקנים מהגרים. לפיכך את התשלומים צריכה לבצע רוסיה ללא קשר למועד ההגירה ומקום התושבות הנוכחי של הזקנים הזכאים.²⁵⁰ פסקי הדין הפכו חלוטים.

אלא שלא כל בתי המשפט פסקו באותה דרך. היו מחוזות מסוימים ברוסיה שבהם הבקשות של העולים לשוב ולשלם את הקצבאות נדחו. לפי פסקי הדין שדחו את הבקשות, מי שקיבל את הקצבה מבריה"מ ועזב אותה איבד את זכותו ולא יוכל לשוב ולקבלה.²⁵¹

247 ראו עניין *Tarnopolskaya*, לעיל ה"ש 170.

248 שם, ס' 1, 5-7. וראו גם עניין *Eydelman*, לעיל ה"ש 170, ס' 5. בפרשה זו תבעו 11 אזרחים ישראלים שעלו מחבר המדינות את רוסיה בנושא זכויותיהם הפנסיוניות. העובדות ופסק הדין דומים לפרשה הנדונה כאן. ראו גם עניין *Lesina*, לעיל ה"ש 170, ס' 5-10, פסק דין שעוסק, בחלקו, בתשלומי פנסייה שהופסקו. המאמר אינו עוסק בפרשה זו.

249 ראו עניין *Tarnopolskaya*, לעיל ה"ש 170, ס' 1-4. יצוין כי בפסק הדין קיים נספח המפרט את הפרטים הנוגעים לכל אחד מהתובעים.

250 שם, ס' 8-9.

251 שם, ס' 11. במוסקבה וברוב המחוזות האחרים ברוסיה פסקו בתי המשפט שכל מי שקיבל את הפנסייה מבריה"מ ועזב אותה, איבד את זכותו לתשלום הקצבאות. זאת כיוון שהחוק הישנים הוא החוק של בריה"מ. ולעומת זאת בסנט-פטרבורג ובעוד כמה מחוזות אושרו הקצבאות כפי שמתואר.

קרן הפנסייה, שהייתה צד בהליכים בנושא תשלום הפנסיות, הגישה תביעה לבתי המשפט שבהם נפסק שיש לשלם לתובעים. קרן הפנסייה ביקשה לקבל חוות דעת מנחה (Supervisory-review proceedings).²⁵² היא ביקשה לדעת כיצד עליה לפעול במקרים שבהם ניתנו פסקי דין המחייבים אותה לשלם. נשיאות בתי המשפט (Presidia) נענו ונתנו, בנפרד ובמועדים שונים, חוות דעת מנחות המבטלות את פסקי הדין שבהם נקבע שיש לשלם לתובעים את הקצבאות.²⁵³ לפי חוות דעת אלו, כל מי שקיבל תשלומים מהקרן בזמן קיומה של בריה"מ והיגר איבד את זכותו לקצבה, שכן זה היה החוק בזמן שבו התקיימה בריה"מ. לאלו שקיבלו את התשלום מרוסיה (לאחר התפרקות בריה"מ) עומדת הזכות להמשיך ולקבל קצבאות. קרן הפנסייה הפסיקה לשלם לתובעים.²⁵⁴

(ב) ההליך בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם

בפני בית המשפט האירופי טענו התובעים כי ביטול פסקי הדין בדרך של חוות דעת מנחה פגעה בזכותם על פי האמנה האירופית לזכויות אדם.²⁵⁵ העובדה שפסק דין חלוט מבוטל

252 ראו Kirill Koroteev & Sergey Golubk, *Judgment of the Russian Constitutional Courts on Supervisory Review in Civil Proceedings: Denial of Justice, Denial of Europe*, 7 HUM. Nicolas Bratza, *The Relationship Between the* RTS. L. REV. 619, 619–620 (2007) UK Courts and Strasbourg, 5 E.H.R.L.R 505, 510 (2011). חוות דעת מנחה (Supervisory Review) הוא הליך שמקורו במשטר הסובייטי והוא היה נהוג בכל מדינות הגוש הסובייטי. פרוצדורה זו מופיעה כיום בסדר הדין האזרחי של רוסיה (Russian Code of Civil Procedure) משנת 2002. על פי החוק, ניתן לבטל פסקי דין גם שנים לאחר שנפסקו. הפרוצדורה מושתת על הרעיון של הביקורת השיפוטית. במסגרת פרוצדורה זו ניתן להגיש תביעה לחוות דעת מנחה כנגד פסקי דין. בהליך זה יכולים תובעים מחוזיים, נשיאים של בתי משפט מחוזיים, התובע הכללי ונשיא בית המשפט העליון של רוסיה (וסגניהם) לאשר תביעה או להגיש תביעה המבקשת לבחון פסקי דין שניתנו בתחום שיפוטם. התביעה מוגשת לנשיאות (Presidia) או של בתי המשפט. לנשיאות קיימת הסמכות לבחון את פסקי הדין ולבטלם. הנשיאות מורכבת מנשיא בית המשפט שאליו מופנית התביעה ועוד כמה שופטים הממונים לתפקיד, כקבוע בחוק. בית המשפט האירופי דן בפרקטיקה זו הפוגעת בעקרון סופיות הדין. בית המשפט מצא כי פרקטיקה זו היא פגיעה בס' 6 באמנה האירופית לזכויות אדם (הזכות להליך הוגן). ראו לדוגמה Ryabykh v. Russia, (2003) Application no. 52854/99, ס' 51–58. דוגמה לאחד מפסקי הדין הראשונים שבהם התמודד בית המשפט האירופי עם הסוגיה של חוקיות חוות הדעת המנחה. בפרשה הנידונה במאמר זה שב בית המשפט ובוחן את הפרוצדורה של חוות הדעת המנחה.

253 ראו עניין *Tarnopolskaya*, לעיל ה"ש 170, ס' 13. ראו גם עניין *Eydelman*, לעיל ה"ש 170, ס' 19–18.

254 ראו עניין *Tarnopolskaya*, לעיל ה"ש 170, ס' 13. ראו גם עניין *Eydelman*, לעיל ה"ש 170, ס' 19. חוות הדעת המנחה ניתנה בבתי המשפט הרלוונטיים לכל אחד מהתביעות שבהן נפסק כי יש לשלם לתובעים את קצבת הפנסייה. בפרשה הנדונה כאן מוצגת בנספח לפסק הדין טבלה מפורטת של המועדים שבהם ניתנו פסקי דין המחייבים את קרן הפנסייה לשלם והמועד שבו בוטל פסק הדין. הדבר רלוונטי לחישוב שעושה בית המשפט האירופי לחוב שנצבר בכל אחת מהתביעות.

255 ראו עניין *Tarnopolskaya*, לעיל ה"ש 170, ס' 28.

בדרך של חוות דעת פוגעת בוודאות (Legal certainty) שהיא חלק מהזכות להליך הוגן לפי סעיף 6 באמנה.²⁵⁶ בה בעת בשל הפסקת התשלומים נפגעה גם זכות הקניין שלהם המוגנת לפי סעיף 1 בפרוטוקול 1 של האמנה.²⁵⁷ הם תבעו כי המדינה תשוב ותשלם להם את הקצבה כולל הפרשים.

המדינה טענה כי הבקשה של קרן הפנסייה לחוות דעת מנחה נעשתה לפי סדר הדין האזרחי הרוסי. הסיבה לביטול פסקי הדין בחוות הדעת המנחה הייתה העובדה שפסקי הדין שחייבו את תשלום הקצבאות לתובעים היו הפרה מהותית של החוק (Material breach of law). לדעת המדינה, בתי המשפט האזוריים טעו בפרשנות החוק טעות מהותית וחרגו מסמכותם באפשרם החלה של החוק הרוסי על תקופה שבה אין הוא חל (תקופת קיומה של בריה"מ). ההליך של חוות דעת מנחה (Supervisory-review proceedings) של הנהלת בתי המשפט היה הכרחי לצורך תיקון טעות משפטית מהותית (Gross miscarriage) והעמדת הדברים על דיוקם. לסיכום, לטענת המדינה חוות הדעת המנחה הייתה מוצדקת ומבוססת בחוקי המדינה. לתובעים לא היה מקום לפתח ציפיות באשר לפסק הדין שניתן לטובתם.²⁵⁸

(ג) פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם

השאלה שעמדה בפני ההרכב של בית המשפט האירופי לזכויות אדם היא אם הפרוצדורה שבה נוהגת מערכת המשפט של רוסיה, קרי ביטול פסקי הדין בדרך של חוות דעת מנחה, מוצדקת או שמא היא מפרה את האמנה האירופית לזכויות אדם.²⁵⁹ בפסקי הדין בעניין התובעים, נעשה הביטול בדרך של חוות דעת מנחה בידי נשיאות בתי המשפט האזוריים בשל טענה לפרשנות לא ראויה של החוק המהותי (Misinterpretation of the substantive law).²⁶⁰ לפי התקדימים של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, אי-הסכמת נשיאות בתי המשפט עם הפרשנות שנתנו בתי המשפט האזוריים לחוק אינה יכולה, לבדה, לשמש עילה לביטול פסקי הדין:

"[...] According to the Court's constant case-law, the fact that the Presidia disagreed with the interpretation of substantive law made in the lower courts' final judgments was not, in itself, an exceptional circumstance warranting the quashing of a binding and enforceable judgment and a reopening of the proceedings on the applicants' claims [...]."²⁶¹

256 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 6.

257 שם, פרוטוקול 1, סעיף 1. במסגרת מאמר זה תידון רק הסוגיה של הפגיעה בוודאות המשפטית.

258 ראו עניין Tarnopolskaya, לעיל ה"ש 170, ס' 32.

259 שם.

260 שם, ס' 35.

261 שם.

הדבר נכון במיוחד משום שבאותו זמן לא הייתה ברוסיה מדיניות שיפוטית מחייבת בעניין זה. לכן לא היה מקום לביטול פסקי הדין של התובעים בדרך של חוות דעת מנחה.²⁶² בית המשפט מצא כי ביטול פסקי הדין בדרך של חוות דעת כזו הפרה את הזכות למשפט הוגן לפי סעיף 6 באמנה:

“[...] The quashing of these judgments in breach of the principle of legal certainty frustrated the applicants’ reliance on the binding judicial decisions and deprived them of an opportunity to receive the judicial awards they had legitimately expected to receive [...]”.²⁶³

כמו כן פסק בית המשפט כי הייתה פגיעה בזכות הקניין של התובעים לפי פרוטוקול 1 סעיף 1 לאמנה. בהתאם, פסק בית המשפט לתובעים פיצויים ממוניים.²⁶⁴

(ד) סיכום

הפרשה המשפטית בדוגמה זו מדגימה שוב את הרלוונטיות של בית המשפט האירופי ככלי להגנה על זכויותיהם של ישראלים יחידים. כידוע, זקנים המשנים מקום מגורים לעת פרישה או זקנה הוא נושא מורכב.²⁶⁵ מצד אחד מדובר על ההיבט הרחב, הכולל תופעה של זקנים המשנים את מקום מגוריהם ובכך משפיעים הן ברמה המדינתית והן ברמה הבין-לאומית הן על המדינות שמהן הם יוצאים והן על המדינות שאליהן הם מהגרים. זו תופעה רחבת היקף אשר הולכת וגוברת בעשרים השנים האחרונות. היא בעלת היבטים חברתיים, כלכליים ודמוגרפיים.²⁶⁶ ומצד אחר מדובר בצורך בסיסי של הזקנים לשנות מקום מגורים. הצורך

262 שם, ס' 36.

263 שם, ס' 37.

264 שם, ס' 41–58.

265 UN, Department of Economic and Social Affairs: *בנושא ספרות רבה ונרחבת ראו לדוגמה: Current Status of the Social Situation, Well-Being, Participation in Development and Current Status of Older Persons Worldwide (2011), בעמ' 13–15 (להלן: Rights of Older Persons Worldwide)*; Carson & Others v. The United Kingdom, (2008) ECtHR Application no. 42184/05, ס' 63–66. בפרשה זו דן ההרכב בתביעתם של זקנים שהיגרו מבריטניה לאחר שיצאו לפנסיה. התביעה הייתה בדרישה מממשלת בריטניה לעדכן את הקצבאות. החוק קובע כי זקנים המהגרים למדינות שאין הסכמים מיוחדים אתן לא יזכו לעדכון הקצבאות; ראו טל גולן וישראל דורון “עלייתה ונפילתה של פרשת חלמיש: תושבות” והזכאות לקצבאות זיקנה בעידן של גלובליזציה והזדקנות” *משפט וממשל* י 637, 645–646 (2007); Anthony M. Warnes, *Age-Related Variation and Temporal Change, in ELDERLY MIGRATION AND POPULATION REDISTRIBUTION: A COMPARATIVE STUDY* 35, 37–42 (Andrei Rogers ed., 1992).

266 ראו Follow-up to the Second World Assembly on Ageing: Comprehensive Overview, Report to the Secretary – General. U.N. Doc. A/65/157 (21 July 2010), ס' 19 (להלן: Follow-up). באמצע 2010 היו בעולם כ-31 מיליון מהגרים מעל לגיל 60. מהגרים אלו היו כ-14% מכלל המהגרים בעולם. ראו Charles F. Longino, Jr., *The Forest and the Trees*.

יכול שיהיה תוצאה של סיבות כלכליות או של רצון לשנות איכות חיים (כמו בפרשה זו). הוא גם יכול להיות תוצאה של רצונם להמשיך ולשמור על סביבה תומכת פיזית ורגשית.²⁶⁷ קבוצת הזקנים כקבוצה חברתית היא מוחלשת ונאבקת על זכויותיה.²⁶⁸ אוכלוסיית הזקנים העולים מחבר המדינות היא קבוצה בעלת משקל ממשי בקרב הזקנים בישראל.²⁶⁹ המאבק על זכויותיה של אוכלוסייה זו מאתגר יותר כאשר הוא הופך להיות בין-לאומי. כלומר, הזקנים צריכים לשוב ולתבוע במדינות המוצא שלהם, ולכן ראוי כי דווקא בתחום של מימוש זכויות חינויות, קרי קצבאות הזקנה, יינתנו בידם כלים משפטיים המתאימים לזירה זו. פרשה זו מראה כי ניתן לנצל את בית המשפט האירופי במאבק למימוש זכויותיה של קבוצה חברתית זו. בית המשפט האירופי מאפשר לזקנים זירה ניטרלית ושקופה. פסק דין זה מלמד כי לאוכלוסייה החלשה של הזקנים העולים מחבר המדינות יש בבית המשפט האירופי הזדמנות אמיתית.

6. הליך משפטי הוגן: פרשת Dubinskaya²⁷⁰

(א) תקציר העובדות

הדוגמה האחרונה שבה נסיים חלק זה של המאמר נוגעת להקשר כללי שאינו נוגע לתחום משפטי ספציפי אלא דווקא לזכויות מהותיות מהתחום הדיוני. התובעת, בעלת אזרחות

Micro-Level Considerations in the Study of Geographic Mobility in Old Age, in ELDERLY MIGRATION AND POPULATION REDISTRIBUTION: A COMPARATIVE STUDY 23, 25–29 (Andrei Rogers ed., 1992). וראו גולן ודורון, לעיל ה"ש 265, בעמ' 649–646. המחברים מרחיבים בסוגיית הגירת הזקנים אם בעקבות המשפחה (Old Age Family Reunion) ואם כחזרה לארצות המוצא (Return Migration) או הגירה בעקבות מזג אוויר נוח יותר (Sun Belt Migration) במיוחד תושבי מדינות צפוניות המהגרים לדרום אירופה. ראו גם Russell King, Anthony M. Warhes & Allan M. Williams, *International Retirement Migration in Europe*, 4 INTERNATIONAL JOURNAL OF POPULATION & GEOGRAPHY 91, 92–93 (1998). המאמר מלמד על היקף התופעה של הגירת זקנים באירופה. הוא מרחיב בסוגי האוכלוסייה המהגרת וכן בהשפעות, הניכרות, שיש להגירה על אזורי ההגירה, הן בהיבט הכלכלי והן בהיבט החברתי. התופעה יוצרת שוק שבו המהגרים (וכספם) הופכים מטרה למדינות המבקשות להפוך ליעד להגירה זו.

267 ראו עניין Carson, לעיל ה"ש 265, ס' 63; Follow-up, לעיל ה"ש 266, ס' 48; CHRISTINA VICTOR, SASHA SCAMBLER & JOHN BOND, *THE SOCIAL WORLD OF OLDER PEOPLE: UNDERSTANDING LONELINESS AND SOCIAL ISOLATION IN LATER LIFE* 82–86 (2009), על חשיבותה של המסגרת החברתית לזקן ועל הצורך שלא להתנתק ממנה; SUSAN HILLIER, GEORGIA M. BARROW, *AGING, THE INDIVIDUAL AND SOCIETY* 101–106 (1999).

268 ראו Christine Victor, *The Current Status of Older Persons*, לעיל ה"ש 265, בעמ' 2; *Demography of Ageing, in THE SAGE HANDBOOK OF SOCIAL GERONTOLOGY* 61, 61–66 (Dale Dannefer & Chris Phillipson ed., 2010).

269 ראו ג'יני ברודסקי, יצחק שנוור ושמואל באר קשישים בישראל שנתון סטטיסטי 2010, 7 (2011). בסוף שנת 2009 היו הזקנים שעלו מחבר המדינות כ-20% מכלל הזקנים בני 65+ בישראל. לעומת זאת הזקנים בני 65+ מחבר המדינות היו 86% מכלל העולים הזקנים.

270 ראו עניין Dubinskaya, לעיל ה"ש 170.

ישראלית ורוסית המתגוררת בתל-אביב, תבעה את ממשלת רוסיה למימוש זכותה להליך משפטי הוגן כאמור בסעיף 6 באמנה.²⁷¹ התובעת טענה בעיקר על הימשכות ההליכים זמן לא סביר.²⁷²

סיפור המעשה החל בפציעה קשה של התובעת באוגוסט 1993 בתאונת דרכים שהתרחשה במוסקבה.²⁷³ במאי 1995 הגישה התובעת תביעת נזיקין בבית המשפט המחוזי של אזור מוסקבה נגד הנהג והחברה שבבעלותה פעל הרכב (בנק מקומי).²⁷⁴ באוקטובר אותה שנה החליט בית המשפט, בדרך של החלטת ביניים, על בדיקת הרפואית של התובעת בידי מומחים של אגף הרפואה המשפטית (Bureau for forensic medical examinations). המומחים נתבקשו לגבש חוות דעת על למצבה הבריאותי הנוכחי של התובע. הם גם נתבקשו לחוות דעה באשר להשפעת הרקע הרפואי הקודם של התובעת על מצבה הנוכחי. האגף ביקש מבית המשפט להורות לתובעת להעביר לעיונם מסמכי רפואיים רלוונטיים. לטענת המדינה בית המשפט פנה פעמיים לבא כוחה של התובעת בבקשה להמציא את המסמכים ולא היה מענה לפניות אלו של בית המשפט. לפיכך הוציא בית המשפט צו ביניים המורה על הפסקת ההליכים בתביעה.²⁷⁵

התובעת טענה שלא היא ולא עורך דינה קיבלו את הבקשה של בית המשפט להעברת המסמכים הרפואיים. בנוסף, הם לא קיבלו את צו הביניים על הפסקת ההליכים. משכך, ומשלא נתקבלה, לטענת התובעת, כל התייחסות לתביעתה היא פנתה בשנת 2002 (7 שנים מהגשת התביעה) לנשיא בית המשפט המחוזי בתלונה על הימשכות ההליכים. לאחר שורה של בירורים הודיע נשיא בית המשפט לתובעת כי ברישומי בית המשפט בין השנים 1998 ו-2002 אין קיימת כל תביעה בעניינה.²⁷⁶

(ב) ההליך בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם

בפני בית המשפט האירופי טענה התובעת כי בית המשפט המדינתי לא קיבל שום החלטה בעניין תביעתה, ומשום כך נמשכו ההליכים זמן לא סביר. בנוסף, לא קיים כל תיעוד בעניין פנייתו של בית המשפט לבא כוחה או כל תיעוד בכלל. בהיעדר כל מסמך רשמי בעניינה צריכה תביעתה להמשיך ולהיות תלויה ועומדת בפני בית המשפט. וכן על פי התקנות על בית המשפט לשמור מסמכים במשך שבעים וחמש שנים. לפיכך אי אפשר לקבל את טענת המדינה כי המסמכים בעניינה אינם קיימים כלל. ומעל הכול, על פי סדר הדין האזרחי

271 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 6: "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law [...]".

272 ראו עניין *Dubinskaya*, לעיל ה"ש 170, ס' 24.

273 שם, ס' 5.

274 שם, ס' 6-7.

275 שם, ס' 7-10.

276 שם, ס' 12-16.

ברוסיה אין לבית המשפט סמכות להפסיק הליכים המתנהלים בפניו רק משום שאחד הצדדים לא הציג ראיות חדשות כמתבקש. כלומר, גם אם לא קיבל בית המשפט את חוות הדעת המבוקשת היה עליו להמשיך בהליך ולא לבטלו.²⁷⁷ כל אלו במקובץ מביאים לכך שהופרה זכותה להליך הוגן לפי סעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם.

המדינה טענה כי לבית המשפט האירופי לזכויות אדם אין קיימת סמכות לדון בתביעה כיוון שהתביעה החלה בשנת 1995, ואילו רוסיה הצטרפה לאמנה (ולבית המשפט) רק לאחר אשרור האמנה במאי 1998. בנוסף, גם אם התובעת ועורך דינה לא קיבלו את המסמכים מבית המשפט, העובדה שלא עשו דבר במשך שבע שנים מלמדת כי לא התכוונו להמשיך בהליך. באשר למסמכים, אלו הושמדו לאחר שפקעה התקופה שהיה צריך, על פי חוק, לשמור. ומעל הכול, וזאת טענתה המרכזית של המדינה, התובעת יכולה לשוב לבית המשפט ולתבוע.²⁷⁸

(ג) פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם

בית המשפט פסק שבסמכותו לדון בתביעה זו כיוון שקיימת רציפות זמנים בפרשה. חלק מהעובדות הנידונות שהחלו טרם הצטרפות רוסיה לאמנה משפיעות על התביעה הנמשכת גם לתקופה שבה כבר חלה האמנה על רוסיה.²⁷⁹

בית המשפט בוחן את טענות הצדדים ודוחה את טענות המדינה. הוא מגיע למסקנה שטענות המדינה אינן מהימנות.²⁸⁰ המדינה טענה שהתיק הושמד לאחר שפקע הזמן שמחייב שמירת מסמכים. הדברים אינם תואמים את מסמכים שהציגה המדינה עצמה באשר לחובת המדינה לשמור מסמכים משפטיים וסותרים אותם. בנוסף, אף שהמדינה טוענת שכל התיק הושמד, היא כן מצליחה להביא, באופן תמוה, את התאריכים ואת השתלשלות האירועים בתיק.²⁸¹ לכן בית המשפט אינו משוכנע שבית המשפט המחוזי של מוסקבה קיבל מעולם החלטה כלשהי בעניינה של התובעת. מצד אחר התובעת הציגה את הראיות הנדרשות שהיא הגישה את תביעתה כנדרש.²⁸²

בית המשפט פסק כי התביעה אמנם נדונה במשך זמן לא סביר בערכאות המדינתיות. אולם הזכות המרכזית שהופרה היא דווקא הזכות לגישה לערכאות (Access to a court), גם היא לפי סעיף 6 באמנה.²⁸³ התובעת הוכיחה כי הגישה תביעה. אין שום הוכחה, מצד המדינה, שהתקבלה החלטה בבית המשפט המדינתי על הפסקת ההליכים.²⁸⁴ האמנה צריכה

277 שם, ס' 26.

278 שם, ס' 25.

279 שם, ס' 27–28, 40.

280 שם, ס' 32–38.

281 שם, ס' 33.

282 שם, ס' 34.

283 שם, ס' 45; ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 6.

284 ראו עניין *Dubinskaya*, לעיל ה"ש 170, ס' 40.

להיות מפורשת פירוש מעשי, קרי הזכות לגישה לערכאות איננה רק הזכות להגיש תביעה. האמנה מגנה על הזכות שהתביעות יטופלו ויידונו בפני בית משפט. זהו האופן שבו צריך לקרוא ולהבין את המשמעות של הזכות לגישה לבית המשפט. בלשונו של בית המשפט:

“The Court recalls that the institution of proceedings does not, in itself, satisfy all the requirements of Article 6 § 1. The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective. The right of access to a court includes not only the right to institute proceedings but also the right to obtain a “determination” of the dispute by a court. It would be illusory if a Contracting State’s domestic legal system allowed an individual to bring a civil action before a court without ensuring that the case would be determined by a final decision in the judicial proceedings”.²⁸⁵

במובן זה הפרה המדינה את זכותה של התובעת. קרי, התובעת הגישה תביעה אך זו לא טופלה, ולתובעת לא היה יומה בפני בית המשפט. לפיכך הפרה המדינה את חובתה לפי סעיף 6 באמנה.²⁸⁶

(ד) סיכום

הדוגמה הנוכחית ממחישה עד כמה חשובה ההגנה השיפוטית על זכויות אדם שמעניק בית המשפט לישראלים יחידים שזכויותיהם המשפטיות נפגעות אגב הליכים משפטיים המתרחשים במדינות החברות לאמנה. הזכות להליך משפטי הוגן מנויה בסעיף 6 של האמנה האירופית לזכויות אדם.²⁸⁷ לפי סעיף זה ניתן להגיש תביעות הנוגעות בנושאים של פרוצדורה. הימשכות ההליכים משך זמן רב ולא סביר היא אחת העילות שבגינה מרבים ישראלים לתבוע בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם.²⁸⁸ לפי סעיף זה ניתן גם לתבוע תביעות על היעדר הזכות לגישה לערכאות (בפרשה הנדונה כאן).²⁸⁹ מתוך 18 התביעות של

285 שם, ס' 41

286 שם, ס' 41–44.

287 ראו ECHR, לעיל ה"ש 7, ס' 6.

288 ראו לדוגמה עניין *Merit*, לעיל ה"ש 170, ס' 5–6, 43. בפרשה זו התובע הוא ישראלי, בעל חברה הרשומה באוקראינה. המכס המקומי האשים אותו בהברחה ובהונאה. הוא תבע את ממשלת אוקראינה על הימשכות ההליכים הפליליים בעניינו זמן לא סביר ועל היעדר סעדים הולמים. בית המשפט פוסק כי ההליכים נמשכו מעל לשש שנים, ולפיכך מדובר על הפרה של סעיף 6 באמנה באשר להליך הוגן בזמן סביר. וראו לדוגמה עניין *Surdina*, לעיל ה"ש 170, ס' 4–17. בפרשה זו התובעת, אזרחית ישראלית תושבת תל-אביב, תובעת את ממשלת רומניה על הימשכות ההליכים זמן לא סביר. פרשה זו נסבה על בקשה לחלוקת רכוש וירושה. ההליכים נמשכו, מסיבות שונות, יותר מ-11 שנים. בית המשפט מצא כי הייתה הפרה של סעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם, הימשכות ההליכים.

289 ראו עניין *Dubinskaya*, לעיל ה"ש 170, ס' 44.

ישראלים בפני בית המשפט כללו תשע מהן (50%), בין השאר, גם תביעות בעניין הפרתו של סעיף 6 באמנה, הזכות להליך הוגן. ואכן, מגמה זו תואמת את מצב כלל התביעות שבפני בית המשפט. הנתונים הסטטיסטיים הכלליים הנמסרים על ידי בית המשפט מלמדים כי סעיף 6 לאמנה, הזכות להליך הוגן, הוא הסעיף המוביל בתביעות בפני בית המשפט. לפי סעיף זה ניתנו 7,215 פסקי דין שהם 59% מכלל פסקי הדין (12,198) שניתנו בחמישים השנים 1959–2009.²⁹⁰ כאשר בוחנים את הנתונים של שנת 2010 הנתונים דומים. בסך הכול ניתנו לפי סעיף 6 804 פסקי דין, שהם 54% מכלל פסקי הדין באותה שנה (1,499).²⁹¹ פסק הדין מדגים את חשיבותו של סעיף 6 לתובעים ישראלים ולבאי כוחם. בהקשר גלובלי שבמסגרתו ישראלים רבים עלולים למצוא עצמם – ללא קשר לדין המהותי – מעורבים בהליך משפטי הנוגע לזכויותיהם במדינות החברות לאמנה, הזכות להליך הוגן לפי סעיף 6 יכולה לשמש להם סעיף סל. לפיכך כדאי להתודע למקורות סעיף זה, למדיניות השיפוטית של בית המשפט בנוגע לסעיף זה ולתקדימים הרלוונטיים.

ה. דיון וסיכום

במאמר זה ביקשנו להראות כיצד מציאות חדשנית במשפט הבין-לאומי בנושא זכויות אדם נוגעת גם לישראלים. כיצד ישראלים מממשים את האפשרות החדשה שמעניקה האמנה האירופית ליחידים במשפט הבין-לאומי. במציאות משפטית מתפתחת זו לבית משפט האירופי לזכויות אדם יש נגיעה בכל הקשור לישראלים. חשיבותו העיקרית אפוא של מאמר זה איננה בחדשנותו התאורטית או האמפירית. הוא אינו מתיימר להציג פן חדש או לא ידוע בעצם התשתית המשפטית של פעילות בית המשפט האירופי לזכויות אדם או באשר לעקרונות היסוד המשפטיים שבבסיס פעילותו. חשיבותו וייחודיותו של מאמר זה טמונות בעיקר ביישום הקונקרטי של תשתית מוכרת זו בהקשר הישראלי – יישום שעד היום לא זכה לסקירה משפטית תאורטית וממוקדת בספרות המשפטית הקיימת. יתרה מזו, בזכות המיקוד שמאמר זה עושה להקשר הישראלי ניתן לדעתנו לדלות לפחות שלוש תובנות הראויות להדגשה: הראשונה נוגעת להשפעתו של בית המשפט על התפתחות המשפט הנוגע לזכויות אדם, בישראל ובעולם; השנייה נוגעת לרלוונטיות של בית המשפט האירופי לזכויות אדם לישראלים המבקשים לתבוע בפניו; השלישית נוגעת להשלכות הרוחב של פנייתם של ישראלים לפורומים שיפוטיים בין-לאומיים.

290 ראו Facts and Figures, לעיל ה"ש 112, בעמ' 14–15. ודוק, יש לשים לב כי מדובר על הימשכות ההליכים בבית המשפט של המדינות הנתבעות ולא בבית המשפט האירופי.

291 ראו Annual Report 2010, לעיל ה"ש 73, בעמ' 150–151.

1. השפעתו של בית המשפט: ישראל והעולם

בית המשפט האירופי לזכויות אדם מקיים הלכה למעשה את תפקידו כבית משפט על-מדינתי ומקיים שיח משפטי בין-לאומי רציף ומהותי.²⁹² כך לדוגמה בית המשפט פועל בשיתוף פעולה, ובכלל זה מפגשים פנים אל פנים, עם בית המשפט האירופי לצדק (ECJ).²⁹³ בית המשפט ופרשנותו לאמנה האירופית לזכויות אדם מצוטט בבתי משפט עליונים שונים שאינם בתחום שיפוטו.²⁹⁴ העובדה שבית המשפט מוזכר, מצוטט ומיושם יכולה ללמד על ההערכה לעבודתו ועל שהנורמות שאותן הוא ממסד בפסיקתו מתקבלות ומקובלות.²⁹⁵

אשר לנושא זכויות האדם מלומדים רבים סבורים כי לבית המשפט האירופי השפעה רבה בבתי משפט מחוץ לאירופה.²⁹⁶ לבית המשפט יצא שם של בית משפט המפתח, מתוך מדיניותו השיפוטית, פרשנות מתקדמת ומעודכנת בכל הקשור לזכויות אדם. כל אלו מעוררים עניין והערכה לבית המשפט ולפסיקתו מחוץ לאירופה, הן ברמה הבין-לאומית והן ברמה המדינתית.²⁹⁷ לדוגמה, אייל בנבנישתי (Benvenisti) סבור במאמרו כי מדיניותו המשפטית של בית המשפט האירופי משמשת דוגמה והשראה לבתי משפט מדינתיים כמו גם על בתי משפט בין-לאומיים.²⁹⁸

בניסיון לבחון את מידת ההשפעה של בית המשפט האירופי על בתי המשפט בארץ אפשר לבחון עד כמה הוא מאוזכר בפסיקות. בבחינה אקראית של אזכורים של פסיקות בית

292 ראו Slaughter, לעיל ה"ש 191, בעמ' 1109–1112, SLAUGHTER, לעיל ה"ש 192, בעמ' 66: "[...] Constitutional courts frequently cite the European Court of Human Rights alongside the decision of foreign courts, not only within Europe but also around the world [...]"] (הקיצורים לא במקור).

293 ראו הוועדה המשותפת לשני בתי המשפט: Joint Communication EctHR & ECJ 17 January 2011. <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=Slaughter>, וראו Slaughter, לעיל ה"ש 191, בעמ' 1120–1123, HARRIS, O'BOYLE, BATES & BUCKLEY, לעיל ה"ש 53, בעמ' 23–30.

294 ראו Slaughter, לעיל ה"ש 191, בעמ' 1110. בין השאר מצוטט בית המשפט בבית המשפט העליון של דרום אפריקה, זימבבואי וועדת זכויות האדם של האו"ם. ראו SLAUGHTER, לעיל ה"ש 192, בעמ' 80–81; Eyal Benvenisti, *Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future*, 28 ISR. L. REV. 136, 147–150 (1994). שימוש באמנה האירופית לצורך פיתוח זכויות האדם בקנדה ובניו זילנד ואפשרות לניצול האמנה לפיתוח זכויות האדם גם במשפט הישראלי. וראו גם להלן הציטוט שנעשה בבתי המשפט בישראל.

295 ראו Slaughter, לעיל ה"ש 191, בעמ' 1111.

296 ראו O'Boyle & Darcy, לעיל ה"ש 8, בעמ' 160.

297 שם, בעמ' 160–161. המחברים מביאים כדוגמה את בית המשפט בקנדה ששואב מפסיקות בית המשפט האירופי בנושא של גירוש מהגרים וגזר דין מוות. בית המשפט העליון של ארצות הברית לומד מהמדיניות של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בנושא הזכות לחיי משפחה ופרטיות.

298 ראו Benvenisti 1998, לעיל ה"ש 215, בעמ' 843–844. במאמר מדובר גם על ההשפעה שיש לבית המשפט לזכויות אדם של איחוד מדינות אמריקה וכן לוועדה לזכויות אדם של האו"ם.

המשפט האירופי לזכויות אדם בפסיקותיהם של בתי משפט בישראל נמצאו בסך הכול 135 אזכורים של פסיקות כאלה.²⁹⁹ מתוך כלל האזכורים 29 אזכורים היו של בית המשפט העליון.³⁰⁰ לכאורה אין מדובר במספר גדול של אזכורים, אלא שראוי לזכור כי הציטוטים נוגעים לתחום אחד – זכויות אדם.

המשמעות העולה מהדברים ברורה. בית המשפט העליון בישראל ער לפסיקותיו של בית המשפט האירופי ומצטט אותן.³⁰¹ מכאן שכאשר בית המשפט העליון בישראל דן בנושאים של זכויות אדם, יהיה נכון לברר וללמוד את מצב הדברים בפסיקותיו בית המשפט האירופי לזכויות אדם. הדברים יכולים להתקבל בפני בית המשפט כאסמכתה ראויה.

הדברים הללו חורגים אף מעבר לגבולות ישראל: הם משמשים תימוכין לתפיסה הכללית – החורגת אל מעבר למקרה הישראלי שתואר לעיל – שלפיה גם כלפי מדינות שאינן חתומות על האמנות הרלוונטיות או שהן צד להליכים המשפטיים, להכרעות של ערכאות בין-לאומיות השלכות גדולות והולכות בכל הנוגע לעיצוב מדיניות פנים-מדינתית בכל הנוגע לזכויות אדם ואזרח.³⁰² ואכן, בהקשר זה סיפורם של הישראלים בבית המשפט האירופי לזכויות אדם איננו ייחודי: הוא נוגע גם למהגרים פולנים המתגוררים בקנדה או לרוסים הנמצאים במרכז אמריקה או בדרומה. מנגנון התביעות האישיות מאפשר לעולם זכויות האדם להפוך להיות גלובלי. אך יכולת זו כפופה תמיד למגבלות של ידע, מודעות ושימוש במנגנונים אלה בפועל – ותכליתו של מאמר זה היא לשפר ממדים אלה, לפחות בהקשרם הישראלי.

2. ישראלים בפני בית המשפט

במאמר נסקרו כמה פרשות שנדונו בשנים האחרונות, ובהן התובעים היו אזרחי ישראל. הסקירה הציגה מגוון רחב של נושאים שבהם תבעו הישראלים בפני בית המשפט. בה בשעה

299 הנתונים נכונים ליוני 2012. ראו מאגר נבו: www.nevo.co.il (נצפה לאחרונה יוני 2014).

300 ראו לדוגמה ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פס' 58 (2006). בית המשפט האירופי מוזכר בעניין הודאה שנגבתה בטרם ניתנה לעצור הזכות להיוועץ עם עורך דין. בית המשפט האירופי פסק כי פגיעה בזכות מוגנת לפי האמנה בעת השגת הראיה אינה מחייבת את פסילת קבילותה. וראו בג"ץ 4370/01 לפקה נ' שר הפנים, פ"ד נז(4) 920 ס' 9 (2003). הצורך להבטיח הגנה על זכויות אדם בזמן דיון בשאלת הסגרה. באותה פרשה המצוטטת בבית המשפט העליון בישראל נמנעה הסגרתו של אדם, אף שנתקיימו התנאים לכך, בשל תנאי המאסר שהיה צפוי להם, שבית המשפט האירופי לזכויות אדם מצא אותם חריגים; בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, ס' 24 (2002), בעניין תכנית לפרישה מוקדמת מרצון שבה הופלטה לרעה עובדת ביחס לעובדים אחרים. בית הדין מפנה לפסק דין של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בעניין של פנסיות גישור. ראו גם בג"ץ אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, ס' 6 (1994) – הגנה של בית המשפט האירופי על יחסים הומוסקסואליים כחלק מן ההגנה הניתנת לזכות הפרטיות.

301 ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכות המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי" מבחר כתבים א 455, 472 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

302 ראו Campbell McLachlin, *Reflections from the Practice of International Litigation*, in INTERNATIONAL LAW 17 (Malcolm D. Evans ed., Oxford U. Press 2003).

היה ניתן להתרשם כי מדובר בקבוצות אוכלוסייה מגוונות ובעלות צרכים שונים. לדוגמה, היה ניתן לראות את אוכלוסיית הזקנים, העולים החדשים. הם יכולים למצוא בבית המשפט זירה משפטית למיצוי הליכם למימוש זכויותיהם הפנסיוניות. דוגמה נוספת היא של ישראלים בעלי רכוש שהולאם במזרח אירופה. הם ימצאו בבית המשפט זירה אפשרית במאבקם להשבת הרכוש. בהיבט של חיי משפחה בכלל והשבת ילדים בפרט יש בבית המשפט אפשרות טובה למיצוי ההליכים. לבסוף גם מי שמגיעים למצב שבו הם נתונים באיום של משפט פלילי במדינה זרה יכולים לשקול אפשרות של פנייה לבית המשפט האירופי.

נדמה כי אי אפשר להצביע על סוג אוכלוסייה מסוימת של ישראלים התובעים בבית המשפט האירופי לזכויות אדם. יתרה מכך, בהתקיים כל התנאים הפרוצדורליים המקדמיים המתחייבים (ושלא פורטו במאמר זה) יכול למעשה כל אזרח ישראלי לבוא ולתבוע בפני בית המשפט האירופי. מדובר בהרחבה של המשפט הבינ-לאומי שבו תובעים יחידים יכולים לתבוע מדינות גם אם אינן תושביהן. המאמר הראה כי ישראלים כיחידים הם ככל תושב אירופה. את משמעות הדברים היטיב לסכם המלומד פול מהוני (Paul Mahoney), ששימש שנים רבות בתפקידים שונים בבית המשפט:

“[...] The Council of Europe, through its European Court of Human Rights, has made freely available to individual men and women in Europe an international remedy allowing them to ventilate openly complaints about alleged human rights violations committed against them by their national authorities [...] That important symbol of what ‘Europe’ can offer to ordinary people – free access to international justice – should not be lost”.³⁰³

העניין המודגש החשוב העולה ממאמר זה נוגע לכך שבאשר לזכויות אדם של יחידים במשפט הבינ-לאומי, באירופה הזכות התרחבה מאוד. בכל הנוגע לבית המשפט האירופי, אין מדובר רק בתושבי אירופה. העניינים המודגשים במאמר מלמדים כי גם לישראלים (ולמעשה במגבלות הקבילות, לכל תושבי העולם) בית המשפט הוא מקום שבו ניתן לדרוש ולקבל משפט וצדק. לכן בית משפט בין-לאומי אינו אמור להרתיע ישראלים מלעשות בו שימוש, להפך.

ניתן בהקשר זה לסכם ולומר כי התפתחותן של זכויות של יחידים בתחום זכויות האדם במשפט הבינ-לאומי פותחת לישראלים ערוץ פעולה חשוב ונוסף להגנה על זכויותיהם ולקידומן. אין מדובר ב"פתרון קסם" לכל מקרה שבו ימצאו עצמם ישראלים במצוקה מול

303 ראו Paul Mahoney, *Parting Thoughts of Outgoing Registrar of European Court of Human Rights*, 26 Hum. Rts. L.J. 345, 346 (2005) (הקיצורים לא במקור) (הכותב שימש רשם בת המשפט האירופי לזכויות אדם בשנים 2001–2005 לאחר ששימש שנים רבות בתפקידים שונים בבית המשפט. ראו echr.coe, לעיל ה"ש 6).

המשפט הפנים-מדינתי. המאמר אינו טוען כי נמצאה דרך עוקפת למשפט המדינתי. הנקודה היא שלאור הנאמר במאמר, נכון וראוי להפנות מבט לבית המשפט האירופי לזכויות אדם. יהיה נכון לעקוב אחר הפסיקות היוצאות מבית משפט זה בכל הקשור לזכויות אדם. ניתן ואף ראוי לייבא מבית המשפט נורמות בנושאים אלו. יהיה נכון שמשפטים ועורכי דין ישראלים יכירו, לעומק, את אופן פעולתו של בית המשפט ושיהיה להם חלק, במידת האפשר, בהופעה ובייצוג בפני ערכאה משפטית חשובה זו. ולבסוף, בית המשפט האירופי לזכויות אדם הוא זירה משפטית לגיטימית לתובעים ישראלים רלוונטיים. במידה רבה, כללי העמידה בבית המשפט מגישים, ככל שהדברים קשורים לבית המשפט האירופי לזכויות אדם, את ישראל לאירופה.

3. השלכות הרוחב שיש לפנייתם של ישראלים לפרומים שיפוטיים בין-לאומיים

לבסוף, חשוב לציין כי ממצאי מחקר זה מעלים בעקיפין סוגיה הנוגעת להשלכות הרוחב שיש לפנייתם של ישראלים באופן כללי לפרומים שיפוטיים ולבר-משפטיים בין-לאומיים. נזכיר כי בשנים האחרונות המציאות היא שיש גופים מסוימים המשתמשים במשפט הבין-לאומי ככלי לעקוף (ולעתים אף לתקוף) את מערכת המשפט הישראלית. בהקשר זה ניתן להזכיר לדוגמה את חוות הדעת המייעצת מטעם בית הדין הבין-לאומי לצדק ICJ (International Court of Justice) בעניין גדר הביטחון (ההפרדה).³⁰⁴ טבעי שגם בהקשר זה עולה "דוח גולדסטון".³⁰⁵ לצד אלה יש בשנים האחרונות דיווחים עתיים על מעשים ו"כוונות" של ארגונים שונים "לתבוע" את מדינת ישראל בפני ערכאות שיפוטיות או מעין שיפוטיות בין-לאומיות (כמו לדוגמה האיום להגיש תביעה נגד מדינת ישראל בבית הדין הפלילי הבין-לאומי).³⁰⁶ השאלה כמובן עד כמה הממצאים העולים במאמר זה עולים בקנה אחד עם מגמות אלה, מתיישבים עמם או מסבירים אותם.

304 Legal Consequences of the Construction of Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, (ICJ) 43 ILM 1009, 1034–1035 (2004). ראו גם הילה אדלר "דיני

כיבוש" משפט בינלאומי 557, 580–583 (רובי סיבל עורך, 2010)

305 מסוף דצמבר 2008 ועד אמצע ינואר 2009 פעל צה"ל בחבל עזה במבצע שכונה "עופרת יצוקה". בעקבות דווח על הרג אזרחים הגדירה מועצת זכויות האדם של האו"ם את פעולת ישראל מעשה תוקפנות. ראו H.R. Res. S-9/1, U.N. Doc. A/HRC/S-L.1 (Jan. 12, 2009). המועצה מינתה ועדת חקירה לבדיקה של הפרות זכויות האדם והפרות דיני המלחמה בידי ישראל, שנודעה על שם יושב הראש שלה, ועדת גולדסטון. ראו 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/HRC/12/48 (Sept. 25, 2009); רובי סיבל "מחשבות על דוח גולדסטון והמשפט הבין-לאומי" משפטים על אתר ב 3, 55–56 (2011)

306 ראו לדוגמה ברק רביד "נדחתה תביעת הפלסטינים נגד ישראל בגין פשעי מלחמה במבצע "עופרת יצוקה" הארץ 4 (3,4,2013). ראו גם סוכנויות הידיעות "אובמה לאבו מאזן: אל תפעל נגד ישראל בבית הדין הבין-לאומי מעריב 5 (23,3,2013)

יש לזכור כי המחקר הנוכחי לא התיימר לבחון במישרין סוגיה זו. ואולם, הוא מציג מציאות שונה ואפשרות לראייה מעט שונה של המציאות המוזכרת לעיל. לדעתנו, הדוגמאות והסיפורים השיפוטיים שתוארו במאמר זה מלמדים דווקא על מורכבותו של המשפט הבין-לאומי בהקשר הישראלי ועל הזהירות שיש לנקוט מפני הכללות בכל הנוגע לפוטנציאל הטמון בזירה המשפטית הבין-לאומית ככלי לשינוי חברתי. נציין להלן שלוש תובנות שכאלה העולות מהממצאים של מחקר זה:

תובנה ראשונה נוגעת למקומו ולתפקידו של בית המשפט האירופי כזירה לשינוי חברתי על ידי פעילים ישראלים: נקודה זו נוגעת למקומו של המשפט ככלי לקידום זכויות אזרח וזכויות חברתיות. נדמה כי ניתן לומר בהכללה, ששיח זכויות האדם הישראלי התמקד רובו ככולו במשפט ככלי לשינוי חברתי בזירה המקומית, דהיינו כלפי ישראלים במדינת ישראל. שיח זכויות האדם הישראלי נתן עד היום ביטוי שולי ביותר למקומם של ישראלים כסוכנים לשינוי חברתי או לקידום זכויות אדם מעבר לגבולותיה של המדינה. מחקר זה מצביע על הפוטנציאל המשפטי שיש לאזרחי ישראל לקידום זכויות אדם החורגים אף מעבר לגבולותיה הטריטוריאליים של המדינה – וזאת באמצעות שימוש בערכאות שיפוטיות בין-לאומיות כגון זו המוענקת להם מידי בית המשפט האירופי לזכויות אדם. התובנה שיששראלים מסוגלים לקדם זכויות אדם מעבר לגבולות המדינה דווקא באמצעות שימוש בערכאות שיפוטיות בין-לאומיות היא זווית חדשנית יחסית שעד כה לא זכתה לדיון ראוי בשיח זכויות האדם הישראלי.

תובנה שנייה נוגעת לבית המשפט האירופי כפורום בין-לאומי. כפי שנאמר לעיל, לפחות בציבוריות ובשיח הישראלי ערכאות שיפוטיות בין-לאומיות יכולות להיחשב כלי לניגוח בהקשרים פוליטיים בין-לאומיים, ולכן ערכאות אלו מעוררות חשדות טבעיים בנוגע למידת "הגינותן" או הטייתן לשיקולים פוליטיים בין-לאומיים וזרים. בית המשפט האירופי לזכויות אדם ייחודי בהיבט זה. מדינה ישראל אינה כפופה לו, ולבית המשפט אין "סמכות" חוקית לכפות על מדינת ישראל את הכרעותיו. לכן בהקשר זה בית המשפט נחזה להיות אובייקטיבי יותר ולא עויץ. אזרחים ישראלים, כפי שמראה המאמר, רואים בו בית משפט הוגן המאפשר להם את יומם בפניו.

חשוב בהקשר זה לראות את ממצאיו והמלצותיו של מחקר זה דווקא על רקע ייחודיותו של בית המשפט בכל הנוגע ל"יחסי הכוח" שלו עם מדינת ישראל (לדוגמה, שמדינת ישראל איננה צד לאמנה ואיננה כפופה לה). מחקר זה מדגיש אפוא את ההכרה שכל דיון ב"השלכות רוחב" של שימוש בפורומים שיפוטיים בין-לאומיים חייב לעשות דיפרנציאציה בין הפורומים השונים. כל הכללה גורפת בסוגיה זו חוטאת למציאות. זירת המשפט הבין-לאומי כוללת ערכאות מסוגים שונים, בעלי סמכויות שונות ושורשים היסטוריים שונים. יכולת ההתייחסות לתרומתן הפוטנציאלית לשיח זכויות האדם צריך אפוא להיעשות ביתר מיקוד, בהתייחסות דיפרנציאלית וקונקרטית.

התובנה האחרונה בהקשר זה נוגעת לחשיבותו של מחקר אמפירי בכל הנוגע למקומם של המשפט הבין-לאומי בכלל ושל זכויות אדם במשפט הבין-לאומי בפרט, במשפט הישראלי. הכתיבה המדעית-משפטית בישראל בתחומים אלה מאופיינת, בכתיבה שניתן

לכנותה בהכללה, כ"נורמטיבית". הכוונה לכתיבה המנתחת ניתוח אנליטי ופרשני את היתרונות והחסרונות של הסדרים משפטיים בין-לאומיים שונים על רקע מסמכים והכרעות שיפוטיות. ברם בעקבות מגמות דומות בשיטות משפט אחרות קיימת מודעות גוברת והולכת לצורך במחקר המבוסס על תשתית אמפירית: ניתוח כמותי, סטטיסטי, של מדגמים של הכרעות שיפוטיות. קיימת הכרה גדלה והולכת בכך שלצד הטיעונים העקרוניים יש צורך לבחון כיצד המשפט פועל במציאות. במחקר זה הטיעון בדבר הזיקה של ישראלים לא נסמך על "מה ראוי" או "מה נכון", או אפילו לא על "מה כדאי". הוא נסמך על בחינה אמפירית של מאגר מידע אמפירי של כלל פסיקות של בית המשפט האירופי לזכויות אדם ושליפת נתונים כמותיים ממנו. ברור כי המחקר סובל ממוגבלויות מובנות, אשר אף תוארו לעיל. ברם נדמה כי בעצם המתודולוגיה שלו יש משום חשיבות לפיתוח המחקר בתחום זה.³⁰⁷

307 להתייחסות כללית לחשיבות השימוש בכלי מחקר אמפיריים בתחום השיח המשפטי ראו אצל ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרי-ג'ובראן, גיא אנוש וטל רגב "עשור לידיד בית המשפט: ניתוח אמפירי של החלטות בבתי המשפט" עיוני משפט לד 667, 683–679 (2011).