

השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

מאת

איל בנבנשתי*

מבוא. א. תחולת המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי – הדין המצוי. ב. הקשר בין תחולת האמנות לבין ענייני חוץ וביטחון; 1. מדיניות בית-המשפט וההקשר ההיסטורי – למקורות ההבחנה בין מנהג לאמנה; 2. מדיניות בית-המשפט וההקשר המדיני-בטחוני. ג. בתי-המשפט והאינטרסים הלאומיים של המדינה; 1. נקודת-המבט של המשפט הבינלאומי; 2. הימנעות מאכיפת המשפט הבינלאומי בפסיקה הזרה; (א) פרשנות החוק המקומי הקובע את מעמד המשפט הבינלאומי; (ב) פירוש המשפט הבינלאומי; (ג) דוקטרינות ייחודיות הקשורות בהחלת המשפט הבינלאומי; 3. מסקנות. ד. הרעור נוסף אתר ההלכה הפסוקה בנושא תחולת האמנות; 1. היש מניעה עקרונית לנקיטת גישה אחרת? 2. דרכים חלופיות לקליטה "גמישה" של אמנות. ה. סיכום.

מבוא

מדוע נמנע בית-המשפט העליון מהכרה באמנות, המחייבות את המדינה במישור הבינלאומי, כבעלות תוקף ישיר במשפט הישראלי הפנימי? מקובל לציין, שעקרון הפרדת הרשויות הוא המנחה את עמדת הפסיקה – ההכרה בתוקף האמנות שכרתה הממשלה ללא אשורר הכנסת תקנה לממשלה כוח לחוקק בעקיפין. אולם עיקרון זה איננו הטעם היחיד לכלל. התיזה ברשימה זו היא, שהגורם המכריע העומד ביסוד עמדתו של בית-המשפט הוא נטייתו להימנע מהצרת צעדי הממשלה בניהול מדיניות החוץ והביטחון של המדינה, וזאת מבלי לקבוע שהממשלה עומדת מעל לחוק או מעבר לו. ההיסוס מהצרת צעדי הממשלה בנושאים אלה איננו ייחודי לבית-המשפט הישראלי. אדרבא: הוא עולה בקנה אחד עם הגישה המאופקת המקובלת גם על בתי-משפט בדימוקרטיות אחרות. ברשימה זו אני מבקש, ראשית, לתאר את מדיניות האיפוק השיפוטי בנושא אכיפת המשפט הבינלאומי על הרשות המבצעת ולהסביר את מניעיה, תוך סקירה השוואתית של החלטות בתי-משפט לאומיים שונים. ממצאי סקירה זו הם תד-משמעיים ומפריכים

* חבר הוראה בדרגת מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי העמוקה נתונה לפרופ' ניסים בר-יעקב, נעמי בר-יעקב, יואב דותן, משה הירש, ד"ר אלון הראל, פרופ' רות לפידות, פרופ' דוד קרצמר, בנימין רובין, ד"ר שירלי רנן, ד"ר אלכס שטיין וחברי מערכת "משפטים", שקראו גרסאות קודמות של רשימה זו והעירו הערות מועילות.

את ההשערה הרווחת בקרב משפטנים בינלאומיים רבים בדבר התאמתם של בתי-המשפט הלאומיים לתפקיד של אוכפי המשפט הבינלאומי. ממצאי הסקירה גם מאששים את התיזה בדבר הגורם העומד ביסוד הכלל במשפטנו והשולל את תוקפן הישיר של האמנות במשפט הארץ. לבסוף, טענה נוספת ברשימה היא שיש לשנות כלל זה ולהכיר בתחולת האמנות כל עוד לא מתעוררים שיקולי מדיניות כבדי-משקל המחייבים שלא לאכוף את הוראותיהן. הרשימה מציגה דרכים מספר המאפשרות גמישות שכזו וכוחנות את מעלותיהן וחסרונותיהן.

א. תחולת המשפט הבינלאומי

במשפט הישראלי – הדין המצוי

ההבחנה הבסיסית במשפט הישראלי בהקשר זה היא בין המשפט הבינלאומי המנהגי למשפט הבינלאומי ההסכמי. המנהג הבינלאומי, ככל שאינו סותר את חוקי הכנסת, מהווה חלק ממשפט הארץ, במעמד שווה לזה של חוק¹. לעומת זאת, אמנות² אינן חלות ישירות במשפטנו, אלא הן טעונות "קליטה", בדרך של חקיקה ראשית, כדי שניתן יהיה להסתמך עליהן בבתי-המשפט³. הבחנה זו, כמו גם תוצאתה, אינה נסמכת על דבר חקיקה; מקורה בפסיקת בית-המשפט העליון. בעבר ביסס בית-המשפט מודל זה תוך הסתמכות על סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922⁴; על עצמאותה של מדינת ישראל⁵; ואף על הנוהג הבינלאומי⁶. פסיקתו המאוחרת, כעוד שאינה מטעימה את הטעמים להכרה בתחולתו הישירה של המנהג, מדגישה את הסיבות לדחיית תחולתן הישירה של האמנות. לאחרונה הוסברו סיבות אלו בפרשת עפו⁷. בפסק-דינו מדגיש הנשיא שמגר, כי "ההלכה הקיימת

- 1 תחולתו הישירה של המנהג במשפט הישראלי הוכרה לראשונה בהמ" 41/49 "שמשון" בע"מ נ' היה"מ, פ"ד ד 143, 149-148. על כפיפות המנהג לחוקי הכנסת עמד בית-המשפט בע"פ 5/51 שטיינברג נ' היה"מ, פ"ד ה(2) 1061. כן ראה ע"פ 336/61 אייכמן נ' היה"מ, פ"ד טז(3) 2033; ובג"צ 785/87, 845, 27/88 עפר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב(2) 4, 35 (להלן: עפו).
- 2 בפרשת שטיינברג הנ"ל נקבע גם כלל פרשנות שלפיו יפורש החוק באופן שיעלה בקנה אחד עם הלכות המשפט הבינלאומי (ראה שם, בעמ' 1065-1066); וכן בג"צ 302/72 306/72 חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד כז(2) 169, 177; בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר ואח', פ"ד ו(2) 945, 966; עניין אייכמן (לעיל, כעמ' 2040).
- 3 הכוונה ב"אמנות" כאן ולאורך כל הרשימה היא לאמנות היוצרות משפט (ולכן מכונות "קונסטיטוט" טיביות"). אמנות "דקלרטיביות" מאגדות כללים מנהגיים ואינן יוצרות משפט חדש, ולכן הוראותיהן יוחלו בשל היותן מנהג בינלאומי. ראה, למשל, עניין עפו (לעיל, הערה 1), 38; וכן נ' פיינברג, "אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטיטוטיות במשפט הבינלאומי" הפרקליט כד (תשכ"ח) 433.
- 4 כך נקבע לראשונה בע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה ואח', פ"ד י 1825, 1829 (להלן: סמרה). על היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הישראלי ראה ר' לפידות, "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט (תש"ן) 807; ב' רובין, "אימון אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי המשפט" משפטים יג (תשמ"ד) 210; "דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, 1971); ש' רחין, "המשפט הבינלאומי והמשפט הפנימי של מדינת ישראל" הפרקליט ז (תש"י) 258.
- 5 עניין שמשון (לעיל, הערה 1).
- 6 ע"פ 174/54 שטמפר נ' היה"מ, פ"ד י 5, 15.
- 7 בעניין סמרה סוקר כב' השופט ברנזון את דיני אימון המשפט הבינלאומי בכמה מדינות ומגיע למסקנה, שהמודל הישראלי תואם "עקרונות אוניברסליים" (לעיל, הערה 3), [1831-1830].
- 7 (לעיל, הערה 1), 39-42.

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ משקפת בצורה נאותה לא רק את המצוי אלא גם את הרצוי מבחינת כוחה של המדינה לעצב את משפטה בכלים המשפטיים העצמאיים שלה⁸. זאת, משום שאילו היו האמנות חלות ישירות, היתה הממשלה — כמי שמוסמך לירות ולאשרר אמנות — בעלת סמכות חקיקה בעקיפין⁹. שיקולים נוספים שהנשיא מציין הם ה"שוני המהותי הבסיסי בין משפט בינלאומי לבין משפט מוניציפאלי"¹⁰; חוסר-התאמה פוטנציאלי של האמנות "לתנאי הארץ ולאינטרסים שלה ושל תושביה"¹¹; החשש "שהרוב בגופים בינלאומיים ... יוכל לכפות עליו, באופן אוטומאטי, הוראות של דין מחייב"¹²; ולבסוף, חוסר-הבהירות שבסיווג בין אמנות שתחולתן ישירה לבין אלה הטעונות חקיקה מאמצת¹³.

ב. הקשר בין תחולת האמנות לבין ענייני חוץ וביטחון

ההנמקה בפרשת עפו מבטאת את ספקותיו של בית-המשפט לגבי התאמת האמנות כמקור משפטי מחייב במשפט הארץ. פרט לטיעון העקרוני של השמירה על הפרדת הרשויות במדינה, יתר הטיעונים מעידים על חשד א-פריורי באמנות. לדעת בית-המשפט, יש לנהוג משנה-זהירות עם אמנות, ולכן ראוי שרק הכנסת, בחקיקה, תכריע בדבר התכונה שבאימוצן לתוך המשפט הפנימי. כפי שמציין הנשיא שמגר, אילו היה המצב שונה ולאמנות כעיקרון היתה תחולה ישירה במשפטנו, כי אז ההכרעה הספציפית לגבי תחולת כל אמנה ואמנה (האם "מתבצעת מכוחה" או לא¹⁴) ולגבי התאמת הוראותיה לתנאי הארץ (באמצעות פרשנות האמנה והיחס בינה לבין החקיקה הקיימת), היתה מסורה בידי בית-המשפט. בית-המשפט אינו מעוניין לקחת לעצמו תפקיד זה. הוא אינו רואה עצמו כשיר להכריע, האם אמנה פלונית חלה ישירות במשפט הישראלי וכיצד היא משנה זכויות וחובות. בחינת ההנמקה מחייבת התייחסות לשני מישורים: ההיסטורי והקונטקסטואלי. האחד מתאר את המקור ההיסטורי לכלל המבחין בין מנהג לאמנה; ואילו האחר מסביר מדוע אמנות "מופלות לרעה", דהיינו: אינן אכיפות במישורין.

- 8 שם, בעמ' 39.
- 9 שם, שם.
- 10 שם, בעמ' 41. הנשיא לא מבאר שוני זה. פרופ' לפידות מצביעה בצדק על כך, שגם המנהג הבינלאומי שונה מהותית מהמשפט הפנימי ובכל-זאת הוא חל ישירות — לפידות (לעיל, הערה 3), 828.
- 11 עפו, שם, שם.
- 12 שם, שם (הדגשה במקור).
- 13 שם, בעמ' 42. על ההבחנה בין אמנות החלות במישורין (כמינוח האמריקני: self executing) לבין אלה הטעונות חקיקה מאמצת ראה להלן, עמ' 236-237. לביקורת על טעמי הנשיא ראה לפידות (לעיל, הערה 3), 829-826. ביקורת על עמדת בית-המשפט נשמעת מצד המצדדים בהכרה בתוקפן הישיר של אמנות במשפט הארץ. עקרונית נסמכת ביקורת זו על העובדה שלמנהג הבינלאומי תחולה ישירה, והיא תוקפת את ההבחנה שנעשת בין המנהג לאמנה. כך טוען במאמרו (לעיל, הערה 3), 220-222 מר בנימין רובין, כי אין טעם ענייני בהבחנה זו, מה גם שממילא אין היא בתי-ביצוע. נוסף על כך פרופ' לפידות מדגישה את העובדה שבשל הגברת מעורבות הכנסת בתהליך אשרור אמנות, בעקבות תיקון תקנון הממשלה מ-1984, מתן תוקף לאמנות לא יפגע בעקרון הפרדת הרשויות.
- 14 על ההבחנה ראה להלן, הערה 67.

1. מדיניות בית-המשפט וההקשר ההיסטורי – למקורות ההבחנה בין מנהג לאמנה

מהו אותו הבדל בין שני מקורות המשפט הללו – המנהג והאמנה – המצדיק הבחנה ביניהם לצורך החלתם במשפט הישראלי? מדוע השיקולים המועלים בפרשת עפו אינם יפים גם לשלילת תוקפו של המנהג במשפטנו? ההקשר ההיסטורי של כלל ההבחנה מבהיר את מקורותיו. יש לזכור שכלל ההבחנה איננו המצאה ישראלית: מקורו במשפט המקובל של המאה הי"ח. ההקשר ההיסטורי מבהיר גם מדוע בשלהי המאה העשרים אין יותר הצדקה לשמר את כלל ההבחנה.

ההבחנה הקלאסית בין מנהג לאמנה התבססה על כמה מאפיינים עובדתיים. המנהג נוצר בדרך של התנהגות. נקודות-הציון של התפתחותו התבססו על אירועים בין מספר מצומצם של מדינות¹⁵, בדרך-כלל מדינות בעלות תפישה חברתית ומדינית דומה. אכן, המנהג הבינלאומי נתפש בעבר כחלק מעקרונות המוסר המשותף של המדינות "בנות התרבות", שהיום מכונות מדינות המערב¹⁶. עוצמתו היתה בקבלתו הלכה למעשה על-ידי המדינות המערביות: רק כללים שעברו את "טבילת-האש" והוכיחו את יעילותם זכו להיחשב כמנהג מחייב¹⁷. לעומת זאת, ההסכם ראשיתו בכתובים. כלליו משקפים הסדר רצוי, אך הסדר שלא תמיד נוסה ושאפשרויות אכיפתו לעתים מוגבלות. במקרים שבהם ההסכם הוא רב-צדדי, הוא בדרך-כלל ממצע אינטרסים מנוגדים, ולכן לוקה לעתים בעמימות מכשילות. ההדדיות שהמנהג נבנה עליה איננה מובטחת מראש בהסכם. הבדלים אלה מסבירים מדוע בעבר נטו בתי-המשפט של אותן מדינות מערביות להכריז בעצמם, ללא מנדט מפורש מהמחוקק, על תחולת המנהג הבינלאומי במשפט הארץ ומדוע נרתעו מהחלה עצמאית של אמנות.

אולם הבחנה זו טעמה סר בעקבות השתנות אותם מאפיינים דיכוטומיים. בשלהי המאה העשרים הגדרת המנהג השתנתה¹⁸, ומאפייניו החדשים מטשטשים את חשיבות ההבחנה בינו לבין ההסכם: ההכרה במנהג שנוצר נסמכת יותר ויותר על מסמכים בינלאומיים רב-צדדיים; ואילו חשיבותו של מרכיב ההתנהגות, שהיה בעבר מרכיב עיקרי בהתגבשות המנהג – יורדת¹⁹. גם מאמצים להביא

15 A. Cassese and J. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (1988) 13 (דברי Ted Stein).

16 כפי שהוסבר בפרשת *West Rand Gold Mining Co. v. R.* [1905] 2 K.B. 391, 407.

"Whatever has received the common consent of civilised nations must have received the assent of our country ..."

התייחסות מפורשת למדינות "בנות-התרבות", המייחדת אותן לעומת שאר המדינות לעניין יצירת המשפט הבינלאומי, מופיעה בסעיף 38(ג) לחוקת בית-הדין הבינלאומי בהאג: "בית הדין... ינהג לפי ... (ג) עקרונות המשפט הכלליים המוכרים על ידי מדינות בנות התרבות".

17 בית-הלורדים הדגיש נקודה זו בהחילו את המשפט הבינלאומי המנהגי המכוסס – לדבריו – על general assent and reciprocity: *The Christina* [1938] 1 ALL E.R. 719 (H.L.), at 725.

18 לדין מעמיק בתפקיד המנהג הבינלאומי בתקופתנו ראה *Change and Stability* (לעיל, הערה 15), 32-1.

19 כך, למשל, פרופ' מירון מציע להפחית מחשיבות מרכיב ההתנהגות לצורך ההכרה במעמון המנהגי של זכויות-האדם במשפט הבינלאומי ולהדגיש את חשיבות ה"opinio juris": T. Meron, *Human Rights: opinio juris and Humanitarian Norms as Customary International Law* (Oxford, 1989) 94-114.

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

לקודיפיקציה של המנהג בהשתתפות מדינות מכל קצווי תבל, בין דרך של אמנות ובין דרך של החלטות אור"ם, הביאה לצמצום ההבדלים בין שני מקורות המשפט. בהתאם לכך הסתמך לאחרונה בית-הדין הבינלאומי בהאג בין היתר על החלטת-קונצנוס של העצרת הכללית של האו"ם כדי להסיק את קיומו של מנהג²⁰. נוסף על כך – ובעקבות פערים מתמידים בין ההתחייבויות הבינלאומיות לבין הפרקטיקה, למשל בנושאים כמו איסור השימוש בכוח ושמירה על זכויות האדם – מועבר הדגש מההתנהגות עצמה כמרכיב במנהג אל ה-*opinio juris*, דהיינו: ההכרה בחובה המשפטית להתנהג באופן מסוים. לפי גישה זו, פסק בית-הדין הבינלאומי בפרשת ניקרגואה נ' ארצות-הברית, בקובעו שאיסור השימוש בכוח הוא כיום בגדר משפט מנהגי, שקיומו של מנהג מוכח לא רק מההתנהגות מדינות בהתאם לו, אלא גם מההתנהגות הסותרת אותו, ובלבד שלהתנהגות הסותרת מתלווה טענה משפטית המבקשת להצדיק את הסטייה כחריג לכלל. לפי בית-הדין, גם אם טענה זו איננה נכונה, הרי עצם העלאתה מאששת, ואינה מחלישה, את תוקף המנהג²¹. כאשר נחלש משקל ההתנהגות כמרכיב ממרכיבי המנהג, והדגש מוסב אל הסכמים – החלטות-קונצנוס באו"ם או אף הכרזות חד-צדדיות, והכול כאינדיקציה לקיום מנהג – כי אז מתבטל הטעם להבחנה בין מנהג לאמנה, גם לצורך תחולתם הישירה במשפט הארץ. יתר על כן: המנהג הופך להיות מקור משפטי פחות אמין מהאמנה. מדינות צעירות רבות בעולם השלישי רואות במנהג חלק מהמורשת האימפריאליסטית שאבד עליה הכלח, והפלורליזם המודרני מכביד על ההתייחסות למנהג כאל חלק מעקרונות המוסר המשותף לכול. בהקשר זה ראוי לציין, שבחוקות של מדינות שונות שנחקקו בשנים האחרונות, לרבות באלה של דימוקרטיות מערביות, מועדפת האמנה על המנהג. בעוד שהאמנה מוחלת ישירות, המנהג נזנח והוא אינו מוזכר כלל²². העדפה זו נובעת ככל הנראה מאמינותה

20 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)* 20 (Merits) 1986 I.C.J. Rep. 14. בהחלטה למד בית-המשפט על הכלל המנהגי בדבר איסור השימוש בכוח גם מהצהרת העצרת הכללית של האו"ם על עקרונות המשפט הבינלאומי בדבר יחסירעות ושיחוף-פעולה בין מדינות (החלטה XXV) 2625 מ'1970 (24.10.1970).

21 ניקרגואה נ' ארצות-הברית, שם, בעמ' 98:

If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of the attitude is to confirm rather than to weaken the rule.

הכלל מובא בהסכמה על-ידי פרופ' דינשטיין:

[A] disinclination to challenge the validity of a legal norm has a salutary effect in that it shows that the norm is accepted, if only reluctantly, as the rule.

(Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* [Grotius, 1988] 94).

22 נוסף על מדינות העולם השלישי, שרובן אינן מזכירות בחוקותיהן את המנהג הבינלאומי, גם מדינות אחדות במערב – כגון צרפת, הולנד וספרד – לא מכירות בתחולת המנהג במשפט הפנימי: A. Cassese, "Modern Constitutions and International Law" 192 *Recueil des Cours* (1985-III) 330, ובמיוחד עמ' 441-438. על טיב המנהג בחקופתו אומר Cassese (בעמ' 439):

[Customary international law] is at present losing force - at least in some respects.

העדיפה של האמנה ומירידת קרנו של המנהג בעולם הפלורליסטי המודרני. כיום אין ספק שבנושאים כמו סחר בינלאומי וקשרי-גומלין אחרים בתחום הכלכלי, האמנות – ולא המנהגים – משקפות נאמנה את צורכי המדינות השותפות להן, ומכאן כוחן, בהירותן ומקור תוקפן המחייב.

2. מדיניות בית-המשפט וההקשר המדיני-בטחוני

מדוע אם כן דבקה הפסיקה הישראלית בהבחנה השדופה בין מנהג לאמנה? מדוע היא ממאנת להכיר בתחולת האמנה? לצורך התשובה עלינו לבחון את ההקשרים שבהם נדונה שאלת תחולתו הישירה של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי. מאז קום המדינה ועד היום היו ענייני בטחון המדינה ברקעו של הדיון על היחס בין המשפט הישראלי לבין המשפט הבינלאומי. רקע זה תרם במידה ניכרת לגישה הזהירה בנוגע לתחולת האמנות. זאת משום שבאותם הקשרים היתה ההכרה בתחולת האמנות יכולה להביא להצרת מרווח הפעולה של הממשלה ורשויות הביטחון, ולפגיעה אפשרית – לדעת האחרונים – באינטרסים בטחוניים של המדינה. ואכן, פסקי-הדין שגיבשו את הגישה המצמצמת לגבי תחולת המשפט הבינלאומי, בכלל, ותחולת האמנות, בפרט, ניתנו בהקשרים בטחוניים: החל מעניין שטיינברג²³, שעסק בתחולת חוק שירות הביטחון בירושלים המשוחררת של 1948; דרך פרשת סמרה²⁴, שעסקה במעמדם של תושבי המשולש הערביים כנפקדים וזכותם לקרקעות בגבולה המזרחי של המדינה; וכלה בפסיקה העניפה באשר לניהול השטחים המוחזקים, שהכריעה סופית את שאלת מעמדם של האמנות. לעומת זאת, כאשר המשפט הישראלי פגש את המשפט הבינלאומי במישורים אחרים, שלא השליכו על ענייני החוץ והביטחון של המדינה – הנימה בפסיקה היתה שונה. ניכרו בה פתיחות למשפט הבינלאומי, ונכונות, אף אם במשתמע או על-פי אמרות-אגב, לאמץ הוראות הסכמיות של המשפט הבינלאומי. כך בעניין שטמפפר, שעסק בסמכות השיפוט הבינלאומית של בית-המשפט הישראלי, קבע השופט חשין עמדה "מוניסטית", שלפיה נורמה המחייבת את ישראל במישור הבינלאומי חלה מניה-וביה גם במשפט הפנימי²⁵. הגיונה של עמדה זו מוביל לכאורה להכרה גם בתוקפן הפנימי של אמנות שישראל צד להן. גם בשאלות מתחום מעמדם האישי של חסרי-נתינות ומעמדו של עקרון חופש הדת ניכרה נכונות להסתמך על אמנות²⁶. יש מקום לסברה, שאילו הפסיקה בנושא היתה מתגבשת מלכתחילה סביב אירועים שאינם בעלי השלכות בטחוניות – כי אז היתה עמדת בית-המשפט פתוחה יותר לקליטת

Indeed, there are many important areas of customary law where uncertainty prevails...

23 לעיל, הערה 1 (כפיפות המשפט הבינלאומי המנהגי לחוקי הכנסת).

24 לעיל, הערה 3 (א-תחולת האמנות ישירות במשפט הארץ).

25 שטמפפר (לעיל, הערה 5).

26 ע"א 65/67 קורץ ולטושינסקי נ' קירשן, פ"ד כא(2) 20 (מעמד האמנה בדבר מחוסרי אזרחות משנת 1954 לצורך מציאת הדין שיחול על צוואת יהודי חסר נתינות); בג"צ 103/67 "דה אמריקן ארופין בית-אל מישן" נ' שר הסעד ואח', פ"ד כא(2) 325 (מעמד עיקרי חופש הדת המוכרים במסמכים בינלאומיים).

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

המשפט הבינלאומי. הואיל ובישראל עיקר הדיון בשאלת היחס בין המשפט הפנימי לבינלאומי התעורר בהקשרים בעלי השלכות בטחוניות, נשתרשה אצלנו אותה תפישה כוללנית המצמצמת את הנטייה להכיר בתחולת המשפט הבינלאומי.

גישת בית-המשפט לשאלת תחולתן של האמנות נוגדת באופן כולט את הגישה האקטיבית המאפיינת אותו מזה שנים בפיתוח העקרונות החוקתיים של ישראל ובהרחבתו והעמקתו של הפיקוח על רשויות המנהל הציבורי.²⁷ אולם ההבדל בהתייחסות איננו נובע דווקא מהמקור המשפטי השונה של כללי הביקורת, כי אם ממושאי הביקורת: גם הביקורת "תוצרת ישראל" על פעולות רשויות-הביטחון בענייני חוץ וביטחון מצומצמת למדי²⁸. ואכן, תוצאה חשובה מאי-החלת האמנות במשפט הפנימי היא החסינות המוקנית בכך לממשלה מביקורת שיפוטית בגין הפרות אפשריות של התחייבויותיה ההסכמיות במישור הבינלאומי, וזאת כמובן כל עוד לא נקלטו האמנות בחקיקה. נוסף על היתרונות הצומחים לממשלה מחסינות זו במישור הפנימי, יש בעמדה זו משום הקלה על הממשלה גם במישור הבינלאומי: העובדה שההתחייבויות הבינלאומיות לא תיאכפנה ישירות בבתי-המשפט מפחיתה במידה ידועה את המחיר הכרוך במתן התחייבויות שכאלה.

ההשערה, שאי-ההכרה בתחולת האמנות נובעת במידה ניכרת מחוסר-רצונו של בית-המשפט להתעמת עם רשויות-הביצוע בענייני חוץ וביטחון, מחייבת לברר כיצד היא מתיישבת עם העובדה שהפסיקה מכירה בתחולתו הישירה של המנהג הבינלאומי (אם אינו עומד בסתירה לחוק ישראלי); שהרי להלכה אכיפת המנהג הבינלאומי עלולה גם היא לגרום לעימות בין בית-המשפט לרשות המבצעת. האין העובדה שבתי-המשפט רואים את עצמם מוסמכים לאכוף את המנהג, ואף עושים כן לעתים, דווקא מצביעה על נכונותם להתערב בענייני החוץ והביטחון של המדינה? תשובה אפשרית אחת היא היסטורית: לא קמו עוררין על ההכרה בתחולתו הישירה של המנהג לאור הפסיקה האנגלו-אמריקנית (שלפי השופט ברנוון בעניין סמרה תואמת אף "עקרונות אוניברסליים")²⁹, שבה מושרש היטב מעמדו זה של המנהג. ההתייחסות של המשפט המקובל אל המנהג כאל חלק מעקרונות המוסר המשותף של עמים בני-תרבות חילחלה כנראה גם למשפטנו, והיא מונעת כיום הרהור שני ביחס לתחולת המנהג. הסבר אחר לנכונות לאכוף מנהגים ידגיש, כי בשל קשיי הוכחה קשה יותר לאכוף ציות למנהג מאשר לאמנה: עד להכרזה על הפרת המנהג על-ידי הממשל צריך בית-המשפט לקבוע, ראשית, שקיים מנהג שלאורו יש לבחון את פעולת הממשל, ושנית – שפעולה זו מנוגדת למנהג. הנטל המוטל על מי שטוען להפרה כזו איננו קל³⁰. לעומת זאת, קל להוכיח את קיומן של האמנות;

27 על תרומת בית-המשפט לפיתוח המשפט הציבורי ראה ד' קרצ'מר, "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט (תש"ן) 551; י' זמיר, "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?" משפטים יט (תש"ן) 563.

28 כפי שפרופ' י' זמיר מסכם במאמרו "זכריות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט (תשמ"ט) 17, 36-37:

בפועל בית המשפט מהסס להתערב בשיקול-הדעת של רשויות-בטחון בענייני-בטחון יותר מאשר בשיקול הדעת בעניינים אחרים. [...] בית המשפט נוטה לגלות יחס מיוחד של התחשבות ומידה רבה של איפוק כלפי רשויות הבטחון, בגלל האחריות הכבדה, חומרת התוצאות, והרגישות הציבורית הנלווית לענייני בטחון.

29 ראה לעיל, הערה 6.

30 יתר על כן: אין זה מעשי להתייחס כיום לזיהוי המנהג כאל פעולה נייטרלית מבחינה ערכית. למנהג אין

ישנם גם עזרים וכללים לפרשן, ואין ספק שהן מחייבות את מי שאשררן. לכן ההכרה בתחולת האמנות עלולה לצמצם את "יכולת התמרון" של הממשלה בצורה משמעותית יותר מאשר מתחייב מההכרה בתחולת המנהג.

משימה קשה היא להוכיח את התיוזה שההקשר המדיני-בטחוני מהווה שיקול מכריע בקביעת מעמד האמנות, וזאת מאחר שהריטוריקה שבה משתמשים להנמקת מעמד זה אינה מתייחסת כלל להקשר. על-כן בחרתי לחזק את טענתי באמצעות סקירה השוואתית של גישות שנתגבשו על-ידי בתי-משפט במדינות שונות באשר למעמדן של המשפט הבינלאומי במשפט הפנימי. סקירה זו שתובא להלן מראה, כי קיימת מגמה עקיבה בבתי-משפט לאומיים לצמצם את הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת בנוגע לקיום התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה. הסקירה מלמדת, כי לא רק בית-המשפט העליון בישראל חרד לשמירת מרווח התמרון המלא של הרשות המבצעת בענייני חוץ וביטחון. גם בדימוקרטיות אחרות וגם באלו שבהן לאמנות תחולה ישירה במשפט הפנימי, נמנעים בתי-המשפט מאכיפת המשפט הבינלאומי על רשויות-הביצוע בעניינים אלה. אך לפני שאפתח בחיבור הדוקטרינות שפיתחו בתי-המשפט השונים להקהיית שיניהם-שלהם, אתייחס למצב השורר בצרפת, כדוגמא מאלפת לחשיבותו המכרעת של ההקשר כגורם המעצב את התייחסות בית-המשפט למשפט הבינלאומי.

בבתי-המשפט המנהליים בצרפת, העוסקים כלעדית בביקורת על פעולות הזרוע המבצעת, היתה קיימת עד לאחרונה נכונות מוגבלת למדי לאכוף את המשפט הבינלאומי על הרשות המבצעת.³¹ הגם שהחוקה הצרפתית מ-1958 מחילה אמנות ישירות במשפט הפנימי ומקנה להן במפורש מעמד הגובר על כל חוק, הרי עד ל-1989 סירבו בתי-משפט אלה לבחון את חוקיותן של תקנות שהוצאו מכוח חוקים שעמדו בסתירה לאמנות, סירבו לפרש אמנות והפנו שאלות הקשורות בפרשנות ובאכיפת האמנות להכרעתו של משרד-החוץ הצרפתי. לעומתם, בתי-המשפט האזרחיים בצרפת, שאכיפת המשפט על הרשות המבצעת אינה בסמכותם, היו נמרצים הרבה יותר ופתוחים לקליטת המשפט הבינלאומי. מזה שנים הם דוחים חוקים מפני אמנות, אף מפני אמנות מוקדמות יותר, מפרשים באופן עצמאי את

קיום אובייקטיבי בעולם. בשנים האחרונות התעוררה מחלוקת אידיאולוגית כאשר לדרכי זיהוי המנהג, כאשר מדינות העולם השלישי (ובעבר גם הגוש המזרחי) מדגישות את חלקן של החלטות האו"ם למיניהן כראיה לקיום מנהג, בעוד שהמערב חולק על גישה זו. לפיכך עצם השיטה לבדיקת קיומו של המנהג שבית-משפט ינקוט תוכל "להסגיר" את השתייכותו הלאומית. כך, לדוגמא, אטונה שיטת הפרשנות של בית-המשפט העליון בישראל על המסורת המערבית המדגישה את הצורך בהתנהגות של מספר מדינות רב ובמשך שנים כחנאי בסיסי להתגבשות מנהג. לעומתו, בתי-משפט במדינות לא-מערביות ייטו להדגיש לצורך זה החלטות אור"ם או הסכמים רב-צדדיים. התוצאה היא בדרך-כלל שפטיקת בית-המשפט תעלה בקנה אחד עם האינטרסים הלאומיים. וראה Cassese (לעיל, הערה 22), 439.

31 בעמדת בתי-המשפט המנהליים חלה תפנית בשנת 1989, ואלה החלו לגלות נכונות לאכוף את האמנות: Dreifuss, "The Recent Change in the French Administrative Case Law concerning E.E.C. and Domestic Rules" (תמצית הרצאה שניתנה באוניברסיטת תל-אביב במאוס 1991, להלן: דרייפוס). על התפנית ראה גם דיון ב-179-172 (1991) *Revue Francaise de droit administratif*; ולאחרונה: Buffet-Tchakaloff, "L'interpretation des Traites internationaux par le Conseil d'Etat" 95 *Rev. Gen. Droit Int'l. Public* (1991) 109.

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

תוכן האמנות בנושאים הנוגעים לאינטרסים פרטיים – אך לא בנושאים בעלי השלכות מדיניות – ובניגוד לדרישת ההדדיות הקבועה בחוקה הם אף מסרבים לבדוק האם מדינות אחרות מקיימות את האמנה הרלבנטית. לעומת זאת, ההרכב הפלילי של בית-המשפט העליון הצרפתי נלהב פחות להחלת המשפט הבינלאומי. פסיקתו קרובה לזו של בתי-המשפט המנהליים: הוא מעניק משקל רב לעמדת הממשלה לגבי פרשנות האמנות, ובמיוחד הוא מסרב לפרש הסכמי-הסגרה.³² אנו מוצאים אפוא בפסיקת הערכאות הצרפתיות התנהגות עקבית שונה במישור המשפט הפומבי לעומת הפרטי, וזו מצביעה על אותה בעייתיות מיוחדת הקיימת בנוגע לאכיפת המשפט הבינלאומי על הרשות המבצעת. נבחן עתה ביתר פירוט כיצד משתקפת בעייתיות זו בפסיקה הזרה.

ג. בתי-המשפט והאינטרסים הלאומיים של המדינה

1. נקודת-המבט של המשפט הבינלאומי

מנקודת-המבט של המשפט הבינלאומי מחויבים בתי-המשפט הלאומיים לאכוף את הדין הבינלאומי, כשם שמחויבות לכך רשויות החקיקה והביצוע. החלטה שיפוטית המנוגדת למשפט הבינלאומי (ככל שלא תשונה על-ידי המחוקק) תעמיד את המדינה כמפירת החוק ותטיל עליה אחריות בינלאומית.³³ יתירה מזו: המשפט הבינלאומי אף מבקש להסתייע במערכות-המשפט הלאומיות כדי לאכוף את החוק על ממשלותיהן. אחת הראיות לכך הוא "כלל התרופות המקומיות" (Local Remedies Rule). על-פי כלל זה, לא תוכל מדינה לאמץ את ריבו של אורחה שזכויותיו נפגעו בידי מדינה אחרת בטרם מיצה הלה את התרופות המשפטיות העומדות לרשותו במדינה הפוגעת.³⁴ ביסוד כלל התרופות המקומיות עומדת הנחה בדבר קיומו של סיכוי סביר שבתי-המשפט המקומי יתקן את העוול שגרמה הממשלה המקומית.

F. Jacobs and S. Roberts (eds.), *The Effects of Treaties in Domestic Law* (London, 1987) 51 32
(להלן: *Treaties*) (סקירתו של de la Rochere). ראה גם להלן, עמ' 236.

I. Brownlie, *System of the Law of Nations — State Responsibility* (Part I) (Oxford, למשל, 1983) 144: 33

The judiciary and the courts are organs of the state and they generate responsibility in the same way as other categories of officials... Like the executive organs and the legislature the courts may be instrumental in the misapplication of treaty standards.

בכמה הודמויות דן בית-הדין הבינלאומי כהאג בסכסוכים בין מדינות שנסבו על החלטה שיפוטית של בית-משפט לאומי. לדוגמא: *Case concerning the Application of the Convention of 1902* (בעקבות *Governing the Guardianship of Infants* (Netherlands v. Sweden) [1958] I.C.J. Rep. 55) החלטת בית-משפט שבדי שלא לכבד אמנה עם הולנד; *Case concerning Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium v. Spain)* [1970] I.C.J. Rep. 3 (בעקבות החלטה בית-משפט ספרדי לפרק חברה מקומית שמניותיה היו בבעלות חברה זרה).

על כך ראה *Interhandel Case* (Switzerland v. United States) [1959] I.C.J. Rep. 6; *Electronica* 34
C. Amerasinghe, *Siculla* (Elsi) *Case* (United States v. Italy) [1989] I.C.J. Rep. 15
Local Remedies in International Law (Cambridge, 1990).

משפטים בינלאומיים נושאים את עיניהם למערכות המשפט הלאומיות, בתקווה שאלה תיטולנה על עצמן את מלאכת אכיפת המשפט הבינלאומי³⁵. בהעדר מערכת אכיפה בינלאומית יעילה, יש כמובן משמעות מכרעת לפועלם של כתי-המשפט במדינות השונות³⁶. העדר שיתוף-פעולה מצדם מקהה את שיני המשפט הבינלאומי. אותם משפטים תולים תקווה במקצועיותם וכאי-תלותם השיפוטית של השופטים, מתוך הנחה שאי-תלות זו מתקיימת גם בעת שהשופט מעמיד את טובת הקהילה הלאומית שלו מול טובת הקהילה הבינלאומית. אופיינית בהקשר זה היא המובאה הבאה:

[R]espect for international law is guaranteed to the extent that national judicial and enforcement agencies – since men undeniably share certain basic values which go beyond national barriers – pay heed to that international solidarity which is often lacking at government level³⁷.

כפי שהסקירה שלהלן תראה, תקוות אלה עדיין רחוקות מהגשמה. אמנם, יש

- 35 הכתיבה בנושא היא מרובה ומתייחסת הן לאכיפת המשפט הבינלאומי בכללותו הן לשאלות ספ- ציפיות, כגון אכיפת זכויות-האדם המוכרות במשפט זה או אכיפת החלטות של ארגונים בינלאומיים. להלן רשימה חלקית של המקורות השותפים למשאלה זו: J.I. Charney, "Judicial Deference in: Foreign Relations" 83 *A.J.I.L.* (1989) 805; E. Lauterpacht, "Implementation of Decisions of International Organizations through National Courts" in: S. Schwebel (ed.), *The Effectiveness of International Decisions* (Sijthoff, 1971) 57; R.B. Lillich, "The Role of Domestic Courts in Promoting International Human Rights Norms" 24 *N.Y.L.S.L.Rev.* (1978) 161; A.F. Lowenfeld, "U.S. Law Enforcement Abroad – The Constitution and International Law, Continued" 84 *A.J.I.L.* (1990) 444; F. Mann, "International Delinquencies Before Municipal Courts" 70 *L.Q.R.* (1954) 181 reprinted: F. Mann, *Studies in International Law* [Oxford 1973] 366; id., "The Consequences of International Wrongs in International and National Law" 49 *Brit.Yb.Int'l.L.* (1975–1976) 1 (rep. in: id., *Further Studies in International Law* [Oxford, 1990] 124); M.S. McDougal, "Act of State in Policy Perspective – The International Law of an International Economy", in: *Private Investors Abroad – Structures and Safeguards* (1966) 338; "Jurisdiction in Human Rights Cases – Is the Tel-Oren Case a Step Backward?" 79 *Am.Soc.Int'l.L.Proc.* (1985) 361 ("Proceedings"); C.H. Schreuer, "The Relevance of United Nations Decisions in Domestic Litigation" 27 *I.C.L.Q.* (1978) 1; Shockey, "Enforcement in United States Courts of the United Nations Council for Namibia's Decree on Natural resources" 2 *Yale Studies in World Public Order* (1976) 285
- לגישת-ביניים (בתי-משפט רשאים להחיל משפט בינלאומי בעניינים המשליכים על מדינות החוץ והביטחון של מדינתם רק כאשר הנורמה היא ברורה) – R.Falk, *The Role of Domestic Courts in the International Order* (Princeton, 1964) Stephan, "Constitutional Limits to the International Order (Princeton, 1964) on international Rendition of Criminal Suspects" 20 *Va.J.Int'l.L.* (1980) 777
- 36 כמאמר שופט-המיעוט Powell, בפרשת *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba* 406 בפ"ד, 759 U.S. 759, 92 S.Ct. 1808, 32 L.Ed.2d. 466 (1972), at (U.S.) 775

Until international tribunals command a wider constituency, the courts of various countries afford the best means for the development of a respected body of international law.

- 37 B. Conforti, *Lezioni di diritto internazionale* (2nd ed., Naples, 1982) 8 (מובא בהרגום על-ידי Cassese [לציל, הערה 22], 312).

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

כאלה הסבורים שחוסר-ההיענות מצד בתי-המשפט לאתגר חשוב זה נובע מכישלון ביצירת מודעות בקרב ציבור המשפטנים לפוטנציאל הטמון באכיפה מבוזרת של המשפט הבינלאומי או מסיכות אחרות הקשורות ברקעם של השופטים³⁸. אולם נראה, שהמקור לתופעה הוא שונה. סקירת הפסיקה הלאומית בנושאים בינלאומיים מראה תופעה אוניברסלית: שופטים אינם מוכנים לקחת על עצמם את התפקיד שהמשפטנים הבינלאומיים מועידים להם. הם נוהרים מלהתערב במדיניות-החוץ של מדינותיהם ובכל עניין אחר שהם טוברים כי הוא עלול לפגוע באינטרסים הלאומיים. תופעה נרחבת זו רומזת על כך שהסיבות לזהירות השיפוטית הן מוסדיות ועמוקות יותר ממה שטוברים אלה החוזרים ומטיפים לאומץ שיפוטי. אנשי העסקים הבינלאומיים ויועציהם המשפטיים מבינים זאת, והם אינם משליכים את יהבם על בתי-המשפט הלאומיים. ההיזקקות הנרחבת למוסדות הבוררות הבינלאומית והעבר-לאומית נובעת במידה רבה ממגבלותיה של מערכת-השיפוט הלאומית בפתרון סכסוכים בעלי נגיעה לאינטרסים של המדינה, ואף מעידה כמאה עדים על מגבלות אלה.

2. הימנעות מאכיפת המשפט הבינלאומי בפסיקה הזרה

רתיעת השופטים מהחלת המשפט הבינלאומי, ובייחוד מאכיפתו על הרשות המבצעת, מוצאת את ביטויה בשלושה תחומים. ראשית, את פסיקת בתי-המשפט הלאומיים מאפיין פירוש צר של החקיקה המקנה תוקף פנימי לכללי המשפט הבינלאומי (ובכך גם פירוש המצמצם את גבולות הביקורת השיפוטית בנושא), וזאת במקביל לפירוש רחב של סמכויות הממשלה בנושא כריתת אמנות והחלתן. מאפיין שני הוא הפירוש הזהיר של המשפט הבינלאומי, המגיע לעתים עד כדי אימוץ "עיוור" של הפירוש שנתנה הממשלה. ומאפיין אחרון הוא הפיתוח השיפוטי של "דוקטרינות הימנעות" שונות, המציבות מסך בפני כמה עניינים ומונעות את החלת המשפט הבינלאומי לגביהם.

(א) פרשנות החוק המקומי הקובע את מעמד המשפט הבינלאומי

במדינות רבות ישנן הוראות חקוקות המתייחסות לתחולת המשפט הבינלאומי במשפט המקומי. נטיית בתי-המשפט היא לפרש הוראות אלה פירוש מצמצם. בחוקות אוסטרליה (סעיף 9 לחוקה מ-1920), איטליה (סעיף 10 לחוקה מ-1947) וגרמניה (סעיף 25 לחוק-היסוד משנת 1949), מצוין כי "העקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי" (Generally recognized rules of international law) יהיו חלק מהמשפט הפנימי של המדינה³⁹. בפני בתי-המשפט לחוקה של שלוש המדינות

38 על הצורך בחינוך ציבור המשפטנים ראה McDougal, *Proceedings* (לעיל, הערה 35), 376. על אישיות השופטים ורקעם המקצועי כחלק מהגורמים המביאים לאיפוק שיפוטי ראה Koh, "Why the President (Almost) always Wins in Foreign Affairs — Lessons of the Iran-Contra Affair" 97 *Yale L.J.* (1988) 1255, 1316-1315.

39 להוראות החוקות הללו, כמו גם להוראות דומות בחוקות מדינות אחרות ראה Cassese (לעיל, הערה 22), 399-398 והערות-השוליים, שם.

הועלתה הטענה שגם לאמנות תחולה במשפט המקומי, וזאת על-שום העיקרון הכללי הקובע שהסכמים יש לכבד (*pacta sunt servanda*). הטענה נדחתה בכל אחד מבתי-המשפט ונקבע שהכוונה בסעיפים אלה היא לתחולה ישירה של המשפט הבינלאומי המנהגי בלבד.⁴⁰ גם במקרה הפוך נזקק בית-משפט מדינתי לפירוש מצמצם: סעיף 93 לחוקת הולנד מחיל אמנות במשפט המקומי וכן החלטות של מוסדות בינלאומיים.⁴¹ בית-המשפט העליון של הולנד סירב לקבל טיעון של קליוחומר ודחה את הטענה שלאור חלותן של האמנות יש גם למשפט הבינלאומי המנהגי תחולה במשפט ההולנדי.⁴²

בתי-המשפט נזהרים גם בפירוש היחס בין חוק לאמנה הסותרת אותו. הגם שסעיף 55 לחוקה הצרפתית מקנה לאמנה מעמד עדיף על כל חוק, לרבות חוק מאוחר,⁴³ סירבה מועצת-החוקה (*Conseil Constitutionnel*) לבחון את תקפותו של חוק שסתר לכאורה אמנה, וזאת בנימוק שהאמנות אינן חלק מהחוקה הצרפתית.⁴⁴ בתי-המשפט המנהליים סירבו אף הם לבחון שאלה זו, אך ככל הנראה שינו את גישתם בשנת 1989.⁴⁵ לעומתם, בתי-המשפט האזרחיים בצרפת היו מוכנים להסתמך על החוקה כדי להכיר בעדיפות האמנה על חוק מאוחר.⁴⁶ בית-המשפט העליון בבלגיה (*Cour de Cassation*) הוא היחיד, עד עתה, שנקט פרשנות מרחיבה ביחס לתחולת המשפט הבינלאומי כדי לקבוע ב-1971, כי בשל אופיין של ההתחייבויות הבינלאומיות תגבר האמנה על כל חוק — לרבות חוק מאוחר שיסתר אותה.⁴⁷ לכאורה ניתן ללמוד מהאמור לעיל, כי הגישה המצמצמת את מעמד המשפט הבינלאומי במשפט הפנימי, כמו גם את סמכויות הרשות השופטת לקבוע מסמרות בשאלות הקשורות לכך, נובעת מההקפדה על עקרון ריבונותו של המחוקק הלאומי.

40 על החלטות בתי-המשפט באוסטריה ובאיטליה ראה Cassese (לעיל, הערה 22), 339 והערות 120 ו-121. עוד על המצב באיטליה ראה Gaja, *Treaties* (לעיל, הערה 23), 87-88. על החלטת בית-המשפט הגרמני ראה *Treaties* (לעיל, הערה 32), 67 והערה 21.

41 סעיף 93 של חוקת הולנד מ-1983:

Provisions of treaties and of resolutions by international institutions, which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published.

(*Treaties* [לעיל, הערה 23], 112).

42 *The Nyugat v. The Netherlands* (S. Ct., March 6, 1959) 10 *Nedrelands Tijdschrift Int'l Recht* 82, 86 (1963).

43 סעיף 55 של החוקה הצרפתית מ-1958:

Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon their publication, have an authority superior to that of [domestic] legislation, subject, for each separate agreement or treaty, to reciprocal application by the other party.

על סעיף זה ראה *Treaties* (לעיל, הערה 32), 40-48.

44 *Treaties*, שם בעמ' 56-57. נימוק נוסף בהחלטה היה העובדה שתחולת האמנה תלוי תמיד בהדריות באכיפתה. מכיוון שזה גורם המשתנה על-פי הנסיבות, לא היה בית המשפט מוכן להכריז על בטלותו העקרונית של חוק הסותר את החוקה.

45 Dreifuss (לעיל, הערה 31).

46 *Treaties* (לעיל, הערה 32).

47 *Fromagerie Franco-Suisse "Le Ski" v. Belgian State* (May 27, 1971) *Treaties* (לעיל, הערה 32), 14 (סקירתו של פרופ' Maresceau).

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

לעיקרון זה יש פן פנימי ("עקרון הפרדת הרשויות"): בית-המשפט לא יתיר החלת נורמות שהחוקה (או המחוקק) לא החילו מראש ובמפורש; ויש לו פן בינלאומי: בית-המשפט לא יצמצם את ריבונותה של המדינה ואת היקף סמכויותיה כלפי פנים בהעדר הסכמה מפורשת לכך בחוקה (או של המחוקק). אך מבט שני יגלה, כי המדובר כאן בהקפדה של בית-המשפט עם עצמו יותר מאשר הקפדה על ריבונות המחוקק. מסתבר, כי בעוד שלגבי סמכויותיהם-שלהם בתי-המשפט נוקטים פרשנות מצמצמת, כך הם מרחיבים באשר לסמכויות הממשלה. קיימת, למשל, נכונות שיפוטית ברורה ללמוד על הסכמה מכללא מצד המחוקק להעברת סמכויות לממשלה בקשר לאשרור אמנות. בעקרון הפרדת הרשויות בהקשר המשפט הבינלאומי משתמשים אפוא בראש-ובראשונה להסביר את האופק השיפוטי, והוא מופעל פחות להדגשת הכפיפות המנהלית.

הדוגמא הבולטת לפרשנות המרחיבה את סמכויות הממשל בתחום זה נמצאת בארצות-הברית. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית הכיר בסמכותו של הנשיא לכרות ולאשרר אמנות ללא אישור הסנאט, הגם שלכאורה החוקה דורשת אישור כזה.⁴⁸ בית-המשפט הכיר בהבחנה בין אמנות (Treaties), הטעונות אישור הסנאט, לבין הסכמים אחרים שאינם דורשים אישור כזה.⁴⁹ בית-המשפט לא יקח על עצמו לבקר את החלטת הממשל כיצד לסווג את האמנה לצורך אשרורה, כשם שלא יבדוק אם הליכי האשרור שנקט הממשל היו כדין.⁵⁰ מאז מלחמת-העולם השנייה, רובן המכריע של האמנות שכורת הממשל האמריקני — ואלה מכונות Executive Agreements — אינן מועברות כלל לאישור הסנאט.⁵¹ למרות העדר האישור, חלים "הסכמים מנהליים" אלה במישור המשפט הפדרלי.

48 סעיף 2(2) לחוקה האמריקנית מתלה את אשרורן של האמנות (treaties) באישור הסנאט:

[The President] shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, ...

49 *United States v. Belmont* 301 U.S. 324, 57 S.Ct. 758; 81 L.Ed.1134 (1937); *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 62 S.Ct. 552, 86 L.Ed. 796 (1942).

עיקרון זה מוסבר בריסטייטמנט כנובע מ"מנהג חוקתי":

Restatement (3rd.) on the Foreign Relations Law of the United States ("Restatement"), sec. 303, comment g:

Presidents have asserted a broad authority to make many other international agreements [in addition to recognition of states and armistice agreements], at least in the absence of inconsistent legislation or of Congressional action restricting such agreements.

בהתאם לכך נפסק, כי הנשיא היה מוסמך לאשרר את הסכם הסדרת התביעות עם ממשלת אירן בעקבות משבר בני-הערובה מ-1981 (הצהרת אלג'יר) — הסכם שכונן בודדות ליישוב תביעות הדריות בין אורחי שתי המדינות והתלה תביעות שהגישו אזרחים לבתי-המשפט בארצות-הברית. הסמכות נלמדה מהנהג: "Congress has implicitly approved the practice of claims settlement by executive agreements". (*Dames & Moore v. Reagan*, 453 U.S. 654, 101 S.Ct. 2972, 69 L.Ed. 918(1981))

בית-המשפט הדגיש גם את העובדה שהקונגרס לא התנגד בדיעבד להסכם.

50 182 (1972) *L.Henkin, Foreign Affairs and the Constitution*. זהו, אגב, המצב גם בהולנד, שם לא יבדוק בית-המשפט את חוקפה הבינלאומי של האמנה: *Treaties* (לעיל, הערה 32), 110-112.

51 *Steiner & Vagts, Transnational Legal Problems* (3rd ed., 1986) 611

מבלי לראות בכך ערעור על מעמדו וסמכויותיו של הקונגרס או פגיעה ברצון הבוחר, קבע בית-המשפט העליון בארצות-הברית כי להסכמים אלה חוקם במשפט האמריקני הפנימי⁵². הם עדיפים ככל הנראה על-פני חוק מוקדם הסותר את הוראותיהם⁵³, והם יכולים אף להפקיע זכויות מתחום המשפט הפרטי⁵⁴. עם זאת, תחולת הסכמים אלה אין פירושה אכיפתן על הממשל. מבחינת המשפט הפנימי, לנשיא ארצות-הברית יש כנראה סמכות לסיים באופן חד-צדדי – ואף להפר – אמנות, לרבות אלה שאושרו על-ידי הסנאט בעבר, וזאת בלי צורך לקבל אישור לכך⁵⁵.

הכרה שיפוטית זו במרווח הפעולה הרחב של הממשל האמריקני לגבי ההתחייבויות הבינלאומיות של ארצות-הברית עולה בקנה אחד עם מדיניותו הכללית של בית-המשפט העליון האמריקני כאשר לביקורת על ניהול ענייני החוץ והביטחון של מדינה זו. בית-המשפט נוקט מדיניות ברורה של ביצור בלעדיותו של הנשיא בניהול ענייני החוץ של המדינה, תוך החלשת כוחו המקביל של הקונגרס⁵⁶. מאז מלחמת-העולם השנייה, בעת שהחלה ארצות-הברית במעורבותה הבינלאומית העניפה, ניכרים מאמציו של בית-המשפט העליון לנטרל את הביקורת הפוליטית והמשפטית על פעולות הממשל בעניינים בינלאומיים⁵⁷. בשל עמדת הפסיקה, מעטים הבלמים והאיזונים המשפטיים והפוליטיים על מדיניות-החוץ של הממשל האמריקני.

(ב) פירוש המשפט הבינלאומי

כללי הפרשנות שבתי-המשפט הלאומיים עושים בהם שימוש בפירוש המשפט הבינלאומי המנהגי או ההסכמי הם יציר השפיטה. גם החוקות במדינות השונות המחילות משפט זה במערכותיהן הפנימיות אינן מציגות איזוהי הרשות המפקדת

52 ראה *U.S. v. Belmont; U.S. v. Pink* (לעיל, הערה 49).

53 ראה *Henkin* (לעיל, הערה 50), 186. פקוק לגבי קביעה זו הביע *Jackson*, בסקירת המשפט האמריקני ב-*Treaties* (לעיל, הערה 32), 164-163.

54 כפי שאכן נפסק בפרשת *Dames & Moore* (לעיל, הערה 49).

55 *Restatement, Sec. 339(b)*:

Under the law of the United States, the President has the power... to make the determination that would justify the United States in terminating or suspending an agreement because of its violation by another party or because of supervening events, and to proceed to terminate or suspend the agreement on behalf of the United States.

השאלה התעוררה בהקשר לסיום הבית עם טאיוואן ערב קשירת הקשרים הדיפלומטיים עם סין. בית-המשפט לערעורים אישר סמכות נשיאותית זו: *Goldwater v. Carter* 617 F.2d 697 (D.C. Cir. 1979); ואילו בבית-משפט העליון סירבו רוב השופטים לדון לגופה של השאלה: *Goldwater v. Carter* 444 U.S. 996, 100 S.Ct. 533, 62 L.Ed.2d 428 (1979) (11th Circuit), כי פקידים בכירים של הרשות המבצעת (cabinet officers) רשאים שלא לקיים את התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה: *Garcia-Mir v. Meese* 788 F.2d 1446 (11th Cir, 1986).

56 ראה *Koh* (לעיל, הערה 38), 1306.

57 *Koh*, שם. כך, למשל, בית-המשפט מפרש את חוקי הקונגרס על-פי ההנחה שתוקים אלה מתכוונים להחיר לנשיא שיקול-רצון וחופש-פעולה: *Koh*, 1309.

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

על פירוש מנהגים או אמנות ומהם כללי הפרשנות. בתי-המשפט המוסמכים לדון על-פי המשפט הבינלאומי הם גם מוסמכים לפרשו. אולם ביותר ממדינה אחת התעוררה השאלה איזה משקל יתנו השופטים לפירוש שנתנה הרשות המבצעת לאמנה או למנהג. האם רשאים השופטים להטות אוזן לפירוש זה? האם חופשיים השופטים לאמץ פירוש אחר?

פרשנות המנהג. סקירה השוואתית מעלה, שנדירים הם המקרים שבהם בתי-המשפט הלאומי מוצא כי רשויות-השלטון האחרות באותה מדינה הפרו מנהג בינלאומי⁵⁸. לישראלים המצביעים על מיעוטן היחסי של החלטות הבג"ץ שבהן נתקבלו עתירות כנגד פעולות צה"ל ורשויות-הממשל האחרות בשטחים, יישמע הדבר אולי מפתיע; אך אותם מקרים שבהם פסק הבג"ץ כי הממשל עבר על המשפט הבינלאומי מהווים ככל הנראה רוב מבין אותם מקרים ספורים שבהם אכפו בתי-משפט לאומיים את המנהג הבינלאומי נגד ממשלותיהם. כך, ההודמנות היחידה שבה פסק בית-משפט פדרלי בארצות-הברית נגד הממשל בגין הפרת המנהג הבינלאומי היתה ב-1900, בפרשה הידועה של *The Paquete Habana*, שם נצטוו השלטונות להשיב לבעליהן שתי סירות-דיג שהוחזרו שלא כדין כשלל מלחמה⁵⁹. הסיכוי שצו שיפוטי שכזה יחזור על עצמו בעתיד הקרוב הוא קטן, היות שבינתיים נתחזקה הדעה שלפיה רשאי הממשל האמריקני להפר את המנהג הבינלאומי, ושמכל-מקום בית-משפט לא יצווה עליו להימנע מצעד כזה⁶⁰. למיטב ידיעתי, אין דוגמא להכרזה שיפוטית על הפרת המנהג הבינלאומי על-ידי הרשות המבצעת בבריטניה, בגרמניה או באיטליה⁶¹ — ארצות שבהן חל המשפט המנהגי ישירות במשפט הארץ.

פרשנות האמנות. באותן מדינות שבהן שיטת המשפט מכירה בתחולה הישירה של אמנות נודעת חשיבות רבה לאופן שבו יפרשו אותן בתי-המשפט. פרשנות בתי-המשפט תקבע במידה רבה אם האמנה הספציפית אכן חלה במישורין (*self executing*, במינוח האמריקאי; *directly applicable*, במינוח האירופי) או שמא אותה אמנה לא יועדה על-ידי מנסחיה לחול ישירות, ואז תחולתה מותנית בקליטתה בחוק. הפרשנות תקבע כמובן במידה לא מבוטלת גם את תוכנה של האמנה. במשפט הבינלאומי מקובלים כללי פרשנות לאמנות שמצאו ביטוי באמנת וינה משנת 1969, אך בתי-משפט במדינות רבות אינם רואים את עצמם מחויבים לפעול על-פיהם⁶². כללי פרשנות האמנות בכמה מדינות מעניקים במפורש משקל

58 על פרשנות המנהג התואמת אינטרסים לאומיים ראה לעיל, הערה 30.

59 *The Paquete Habana* 175 U.S. 677, 20 S.Ct. 290, 44 L.Ed. 320 (1900).

60 ראה *Garcia Mir* (לעיל, הערה 55), כמובן ראה את אסופת-המאמרים בנושא בעקבות פסק-דין זה: "Agora — May the President Violate Customary International Law?" 80 *A.J.I.L.* (1986) 913-947.

פרופ' Henkin ו-Charney, במאמריהם שם, מביעים את הדעה שלנשיא יש סמכות על-פי הדין הפנימי להפר כללי משפט בינלאומי.

61 לגבי המצב באיטליה וגרמניה ראה Cassese (לעיל, הערה 22), 373 (איטליה) ו-375 (גרמניה).

62 בהולנד שמם דגש על מטרות האמנה (*Treaties* [לעיל, הערה 32], 117); באיטליה יש מגוון של גישות: (*Treaties*, שם, בעמ' 106-107). בגרמניה שונה המצב בדרך-כלל: מלאכת הפרשנות נסמכת על כללי הפרשנות הקבועים באמנת וינה מ-1969, *Treaties*, שם, 73-74.

ל"פרספקטיבה הלאומית". הדוגמא שמקובל לציין בהקשר זה כקיצונית היא המודל הצרפתי. בצרפת נהגו עד לאחרונה בתי-המשפט (האזרחיים והמנהליים) לפנות לשר-החוץ כדי שזה יפרש אמנה בינלאומית. פירוש השר היה מחייב את בתי-המשפט, ואלה לא היו מהרהרים אחריו. לא בכל מקרה נעשתה פנייה שכזו: כאשר האמנה היתה "ברורה" (מה שכונה *acte clair*), לא התעוררה שאלה פרשנית, ואז הכריע בתי-המשפט את הדין באופן עצמאי.

מחויבות בתי-המשפט המנהליים וההרכבים הפליליים לפנות למשרד-החוץ היתה גדולה יותר מזו של ההרכבים האזרחיים, אך גם אלה האחרונים פנו למשרד-החוץ בנושאים בעלי אופי מדיני ונמנעו מפרשנות שתגרום מבוכה לממשלה⁶³. כך, למרות מעמדה ה"משוריין" של האמנה על-פי סעיף 55 לחוקה, הובטח פיקוח הרשות המבצעת על תחולת האמנות. רק בשנת 1990 חל מהפך במדיניות זו, כאשר מועצת המדינה (*Conseil d'etat*) ביטלה את הדוקטרינה של ה"כלל הברור" והכירה בכוחם של בתי-המשפט המנהליים לפרש גם אמנות לא "ברורות"⁶⁴.

הגם שמודל צרפתי זה מתואר בהזדמנויות רבות כיחודי וכחריג, צרפת אינה המדינה היחידה שבה ניתן משקל רב לעמדת הממשל בהקשר של פירוש אמנות. בארצות-הברית הכלל המקובל הוא, שבפרשנות אמנות יעניק בית-המשפט משקל רב (*great weight*) לעמדת הממשל. אמנם להלכה ההכרעה הסופית היא בידיהם, אך למעשה בתי-המשפט מאמצים בדרך-כלל את פרשנות הממשל⁶⁵. מכל-מקום ברי, שבית-המשפט לא יאכוף על הממשל ביחסיו עם מדינות אחרות פרשנות אמנה שאינה מקובלת על האחרון, לפי העיקרון העובר כחוט-השני בפסיקה האמריקנית, שעל-פיו במישור הבינלאומי על המדינה לדבר בקול אחד — בקולו של הממשל⁶⁶. בין אם מתוך הסתמכות על עמדת הממשל ובין אם מתוך פירוש עצמאי, הרי שנטיית בתי-המשפט בארצות-הברית היא לפרש אמנות באופן דווקני המצמצם את תחולתן. הדבר כולט במיוחד בכל הנוגע להכרעה בשאלה האם אמנה פלונית חלה ישירות (*self executing*) אם לאו. ניתן להצביע על כמה כללים מדריכים בנוגע להבחנה זו⁶⁷, אולם ביישום כללים אלה נתון בידי הפרשן שיקול-דעת רחב למדי. בפסקי-דין אחדים שניתנו בשנים האחרונות בבתי-משפט בארצות-הברית ניכרת

63 *Treaties* (לעיל, הערה 32), 55.

64 ראה דרייפוס (לעיל, הערה 31); וכן *Buffet-Tchakaloff*, שם, שם. עם זאת, המאמר האחרון מדגיש שיש להניח כי השופט יעניק משקל נכבד לעמדת משרד-החוץ הצרפתי (שם, בעמ' 111-112).

65 While courts interpret treaties for themselves, the meaning given them by the departments of government particularly charged with their negotiation and enforcement is given great weight.

(*Kolovart v. Oregon* 366 U.S. 187, 81 S.Ct. 922, 6 L.Ed. 218 (1961); *Restatement*, sec. 326(2)(1987). וכן ראה *Treaties* (לעיל, הערה 32) (סקירתו של פרופ' Jackson), 167.

66 *Restatement*, sec. 326(1), Note 2. על עיקרון זה ראה בהמשך, עמ' 239-240.

67 לכללי ההבחנה ראה *Treaties* (לעיל, הערה 32), 159-147; וכן *Restatement*, סעיף 111(4):

An international agreement of the United States is 'non-self-executing':

- (a) If the agreement manifests an intention that it shall not become effective as domestic law without the enactment of implementing legislation,
- (b) If the Senate in giving consent to a treaty, or Congress by resolution, requires implementing legislation, or
- (c) If implementing legislation is constitutionally required.

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

אותה נטייה דווקנית המקשה על ההכרה בתחולתן הישירה של האמנות⁶⁸. נטייה דווקנית דומה ניכרת בפירוש היחס בין אמנות לבין החוק הפדרלי⁶⁹. השפעת עמדתו של הממשל על פירוש אמנות ניכרת גם במדינות אחרות. בבריטניה קבע בית-המשפט לערעורים לפני שנים מספר, כי לא יהיה אחר פירוש של הממשלה את האמנות⁷⁰. בגרמניה גם-כן שועה בית-המשפט לעמדת הרשות המבצעת: משקל מיוחד ניתן לדעתם של השרים שהיו מעורבים במשא-ומתן שהוביל לכריתת האמנה⁷¹. הוא-הדין בדנמרק⁷².

(ג) דוקטרינות ייחודיות הקשורות בהחלת המשפט הבינלאומי

נוסף על כללי פרשנות המשפט הבינלאומי, נתגבשו במשך שנים של יצירה שיפוטית דוקטרינות שונות, המסייעות לשופט לסנן את כללי המשפט הבינלאומי המוחלים במשפט הארץ. החשובות מבין אלה הן הדוקטרינות המקנות חסינות לממשלה המקומית ולממשלה הזרה. גם במדינות האמונות על פיקוח שיפוט הדוק על המנהל, בבריטניה וכאמצות-הברית, מציבות דוקטרינות אלה מחסום דיוני בפני בעל-דין זר העותר להפעלת ביקורת שיפוטית לגבי מעשי הממשלה המקומית מחוץ לגבולות המדינה. מחסום מקביל עומד בפני בעל-דין מקומי או זר המתריס כנגד מעשי ממשלה זרה.

בבריטניה קיימת מזה שנים רבות הדוקטרינה של מעשה מדינה (Act of State), שלפיה לא ישמע בית-משפט אנגלי טענה מפי זר הנוגעת לפעילות הכתר מעבר לגבולות המדינה⁷³. בארצות-הברית יצר בית-המשפט העליון חסינות זהה דווקא

ראה גם H. Steiner & D. Vagts (לעיל, הערה 51), 605-610.

68 כך קבעו כמה בתי-משפט לערעורים, כי אמנת ז'נבה הרביעית איננה *Tel Oren v. :self executing* 625 F.2d. 774 (D.C. Cir., 1984); *Huynh Thi Anh v. Levie*, 586 F.2d. 625 (6th Cir., 1978).

זו גם עמדת הממשל האמריקני, ראה *Brief of the United States as Amicus Curiae* (re petition for a writ of certiorary re the Tel Oren case): Int'l. Legal Materials (I.L.M.) (1985) 427, 431.

מאותה סיבה קבע בית-המשפט המחוזי במרכז-קליפורניה, שהקנות האג מ-1907 ואמנת ז'נבה מ-1929 לא חלות במשפט האמריקני: *Leo Handel v. Artukovic* 601 F.Supp. 1421 (C.C., 1985).

69 ראה, למשל, *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa* 107 S.Ct. 2542 (1987). (פירוש מצמצם במיוחד של אמנת האג כדבר גביית ראיות בחו"ל בעניינים אזרחיים ומסחריים).

70 *British Airways v. Laker Airways* [1984] Q.B. 142, 192.

[T]his Court has no jurisdiction to determine the meaning and effect of any treaty to which the Government of the United Kingdom is a party and indeed is not equipped to do so, that being a matter of public international law.

וראה ביקורתה של פרופ' Higgins ב- *Treaties* (לעיל, הערה 32), 123, 132-133; ושל פרופ' Mann, בספרו 94 *Foreign Affairs in English Courts* (1986). עם זאת יש לציין, שכמקרים אחרים פירש בית-המשפט אמנות באופן עצמאי: Higgins (לעיל, הערה 70), 133-134, Mann, שם, בעמ' 89-93.

71 *Treaties* (לעיל, הערה 32), 85.

72 *Treaties* (לעיל, הערה 32), 37.

73 על דוקטרינה זו ראה Mann (לעיל, הערה 70), 163-190; *T. Hartley & J. Griffith, Government and Law* (London, 2nd ed., 1981) 312-316.

בשנים האחרונות, בשתי החלטות שעוררו סערה בקרב המשפטנים הבינלאומיים. כך קבע בית-המשפט לערעורים בושינגטון (D.C.), כי מפאת חסינותם של נשיא ארצות-הברית ושאר הנתבעים אין לדון בתביעת אזרחים לזכרים נגדם בגין ההפצצה הלילית בלוב בשנת 1986⁷⁴. בצעד נדיר אף חייב בית-המשפט את פרקליטי העותרים אישית בהוצאות המשפט, מן הסתם כדי להרתיע מתדיינים אחרים⁷⁵; ואילו בית-המשפט העליון קבע ב-1990, כי התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית אינו חל על פעילות הזרוע המבצעת בנכר, וזאת משום שכוונת האבות המייסדים בחקיקת החוקה, הפותחת במלים We the People, היתה להגן על אזרחי המדינה (The People) ולא על זרים⁷⁶. בנמקו את המסקנה חשף בית-המשפט את השיקול שהנחה אותו:

The United States frequently employs armed forces outside this country — over 200 times in our history — for the protection of American citizens or national security. [...] Application of the Fourth Amendment to those circumstances could significantly disrupt the ability of the political branches to respond to foreign situations involving our national interest. [...] If there are to be restrictions on searches and seizures which occur incident to an American action, they must be imposed by the political branches through diplomatic understanding, treaty, or legislation⁷⁷.

דוקטרינה אחרת — דוקטרינת חסינות המדינה הזרה — מקובלת כיום בכל המדינות. בעבר קבעה דוקטרינה זו עיקרון רחב שלפיו בית-משפט של מדינה אחת לא ידון בתביעה כלשהי נגד ממשלה זרה. עיקרון זה, שהוסבר בעבר בשוויון שבין המדינות ובאי-כפיפות ריבון אחד למשנהו⁷⁸, סוּג במחצית השנייה של המאה העשרים. כיום המקובל הוא, שחסינות המדינה הזרה תחול רק על הפעולות השלטוניות של המדינה הזרה, להבדיל מפעילותה במישור העסקי-מסחרי⁷⁹.

74 *Saltany v. Reagan* 886 F.2d 438 (D.C.Cir 1989).

75 לביקורת חריפה על ההחלטה ראה D'Amato, "The Imposition of Attorney Sanctions for Claims Arising from the U.S. Air Raid on Libya" 84 *A.J.I.L.* (1990) 705.

76 *United States v. Verdugo-Urquidez* 110 S. CT. 1056, 29 I.L.M. 441 (1990). באותו מקרה טען אזרח וחושב מקסיקו, שכביכול במקסיקו ערכו שוטרי מחלק-הסמים האמריקני חיפוש ללא צו מבית-משפט אמריקני, כי הראיות שנתגלו בביתו במהלך החיפוש אינן קבילות. בית-המשפט קבע, כי תיקון 4 לחוקה (המגן על the People מפני unreasonable searches and seizures) חל רק על

a class of persons who are part of a national community or who have otherwise developed sufficient connection with this country to be considered part of that community. (29 I.L.M. 441, 445)

77 שם, 29 I.L.M. 441, 449–450.

78 *Schooner Exchange v. M'Faddon* 11 U.S.(7 Cranch) 116, 3 L.Ed. 287 (1812).

79 על חסינות המדינה הזרה בתקופה המודרנית ראה C. Schreuer, *State immunity: Some Recent Developments* (Cambridge, 1988); כמובן ראה את הדו"ח המקיף שהוציא לאחרונה ה-International Law Association — "First Report on Developments in the field of State Immunity since 1982" *International Law Association Queensland Conference* (1990).

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

בישראל יש התבטאות אחת המצדדת אף היא בחסינות מוגבלת זו⁸⁰. ההצדקה לחסינות המדינה הזרה נובעת כמובן ממדיניות שיפוטית של זהירות והסתייגות מפני התערבות בעניינים בעלי היבטים החורגים מענייני המשפט הפרטי, העלולים להשליך על קשרי-החוץ של המדינה, ומהצורך להבטיח הגנה מקבילה על אינטרסים של מדינת-הפורום בבתי-משפט זרים⁸¹.

דוקטרינה משפטית נוספת, שמקורה במדיניות דומה, ידועה בשם דוקטרינת "מעשה המדינה" במובנה האמריקני (להבדיל מהדוקטרינה הבריטית ששמה זהה, אך תוכנה אחר – כפי שצייתי לעיל). לפי דוקטרינה זו, בית-המשפט האמריקני לא יהרהר אחר תוקפו של מעשה שעשתה מדינה זרה בשטחה, אפילו אם היה במעשה זה משום הפרת המשפט הבינלאומי והוא גרם נזק לאזרח אמריקני. לכן אזרח אמריקני יהיה מנוע מלתבוע בבית-משפט אמריקני להשיב לחזקתו נכס שהולאם בניגוד למשפט הבינלאומי על-ידי מדינה זרה, כאשר הנכס נמצא בשטחה של אותה המדינה. דוקטרינה זו באה לידי ביטוי בפרשת *Sabbatino* הידועה⁸², שם הסביר בית המשפט העליון את עמדתו:

The doctrine as formulated in past decisions expresses the strong sense of the Judicial Branch that its engagement in the task of passing on the validity of foreign acts of state may hinder rather than further this country's pursuit of goals. [...] [The doctrine's] continuing vitality depends on its capacity to reflect the proper distribution of functions between the judicial and the political branches of the Government on matters bearing upon foreign affairs⁸³.

פסקי-הדין נתקל בביקורת רבה מצד אנשי-עסקים ומשפטנים, ולחץ מצד אלה הביא לתיקון בחוק. התיקון הקרוי *The Hickenlooper Amendment*, על שם יוזמו, נועד לבטל את העיקרון שקבע בית-המשפט⁸⁴. אולם בית-המשפט סירב לסטות ממדיניותו. למעשה פירש בית-המשפט תיקון זה בצמצום רב, מתוך הנחה שמטרת התיקון היתה להפוך את ההחלטה הספציפית בסבטינו, ולא להביא לביטול כללי של דוקטרינת מעשה המדינה. החלטותיו הנוספות של בית-המשפט, שעסקו בתביעות שנסובו על הפרת המשפט הבינלאומי על-ידי מדינות זרות, הניחו כי דוקטרינה זו ממשיכה לחול⁸⁵. כך נהגו גם בתי-המשפט הפדרליים הנמוכים יותר

80 כרמי ב' דולברג, פס"מ תש"ס (ב) 265. וראה ע"א 347/71 סנסור נ' הקונסוליה הכללית של יוון ואח', פ"ד כו(2) 328, המצדד בעקרון החסינות המלאה.

81 על ההדירות שבבסיס מוסד חסינות הריבון הור ראה 101-106 (1984) *G. Badr, State Immunity*.

82 (1963) 376 U.S. 398 *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*.

83 שם, בעמ' 423, 427.

84 תיקון ל-*Foreign Assistance Act of 1961* שקבע, כי על בית-המשפט לדרן בתביעה המבוססת על פגיעה של מדינה זרה בקניין פרטי בניגוד למשפט הבינלאומי, אלא-אם-כן קיבל בית-המשפט פנייה מהנשיא שלא לדרן בעניין (22 U.S.C. sec.2370(e)(2)). התיקון יושם אך ורק במצרכה האחרונה בפרשת סבטינו: (1967) 383 F.2d 166 (2d Cir. 1967) *Banco Nacional de Cuba v. Farr*, שם קבע בית-המשפט שההלאמה של ממשלת קובה היתה בניגוד למשפט הבינלאומי.

85 *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba* 406 U.S. 759, 92 S.Ct. 1808, 32 L.Ed.2d

ששכללו והרחיבו אותה מאוד, עד כדי הימנעות מדיון בכל מקרה שעלול להביך את הממשל⁸⁶. ככל הנראה כדי לעצור את הסחף של פסיקתם התווה לאחרונה בית-המשפט העליון מחדש את גבולות הדוקטרינה, לאמור:

The act of state doctrine ... merely requires, that in the process of deciding, the acts of foreign sovereigns taken within their own jurisdictions shall be deemed valid⁸⁷.

בעוד שבעבר היה מקובל כי דוקטרינת מעשה המדינה האמריקנית ייחודית היא למדינה זו, הרי ייתכן שלאחרונה קמה לה מקבילה במשפט האנגלי. בפני בית-הלורדים התעוררה שאלה בדבר היקפה הטריטוריאלי של הפקעת מניות בחברה זרה על-ידי המדינה שבה רשומה החברה, ספרד במקרה זה⁸⁸. העיקרון המקובל הוא, שההפקעה מעבירה זכויות נכסים שנמצאו בשטח המדינה המפקיעה במועד ההפקעה; ואילו נכסים שנמצאו מחוץ לשטח באותה עת – לרבות נכסים השייכים לחברות מקומיות שמניותיהן הופקעו – אינם מושפעים ממנה. אולם בית-הלורדים הרחיק לכת בקובעו שהפקעת מניות בחברת-אם מצליחה להעביר בעלות גם בכל חברות-הבת שלה שמושכן בחו"ל⁸⁹. בהתייחסו לעובדה שההפקעה בוצעה מכוח חוק מיוחד שנחקק לשם כך, אמר בית-הלורדים:

In their pleadings the appellants seek to attack the motives of the Spanish legislators, to allege oppression on the part of the Spanish government and to question the good faith of the Spanish administration in connection with the enactment, terms and the implementation of the law of the 29 June 1983. No English Judge could properly entertain such an attack launched on a friendly state which will shortly become a fellow member of the European Economic Community⁹⁰.

אמנם, לא על טעם זה ביסס בית-המשפט את החלטתו, אולם אין להוציא מכלל אפשרות שרצון זה למנוע סיכוכים דיפלומטיים למשרד-החוץ האנגלי היווה שיקול שתמך בהחלטה.

דוקטרינת מעשה המדינה במובנה האמריקני אינה מונעת רק מהרצון שלא להביך את הממשל או לפגוע בניהול מדיניות-החוץ של המדינה. נוסף על כך

466 (1972); *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba* 425 U.S. 682, 96 S.Ct. 1854, 48 L.Ed.2d 301 (1976).

86 מאמרים רבים נכתבו על הלכת סבטינו והפסיקה שבאה בעקבותיה. סקירה ממצה ניתן למצוא ב-, Bazyler, "Abolishing the Act of State Doctrine" 134 U. Pa.L. Rev. (1986) 325.

87 *W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. et al. v. Environmental Tectonics Corp., International* 110 S. CT. 532, 701, 29 I.L.M. 182, בעמ' 189 של ה-I.L.M.

88 *Williams & Humbert v. W. & H. Trade Marks* [1986] 1 AC 386 (H.L.).

89 לביקורת חריפה על קביעה זו ראה Mann, *Further Studies* (לעיל, הערה 35), 398-389.

90 (לעיל, הערה 88), 431.

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

קיים גם שיקול כלכלי חשוב. בתי-המשפט צרים לצורכי הכלכלה המקומית ואינם נותנים את ידם לפגיעה אפשרית במשק כתוצאה מהחלתם של כללי המשפט הבינלאומי. לפי המשפט הבינלאומי, לפחות על-פי גישת מדינות המערב, המדינה המלאימה נכסים של זרים הנמצאים בשטחה חייבת לשלם להם מיד פיצוי מלא ואפקטיבי (prompt, adequate, and effective). בשל הלאמות רבות של נכסי זרים על-ידי מדינות מתפתחות נתבקשו בתי-משפט שונים במערב לקבוע שהלאמה שלא ענתה על דרישות אלה אינה תקפה, ולפיכך – שהעברת הקניין בטלה ויש להשיב את הנכס לבעליו המקורי. בדרך-כלל לא היה מדובר בנכס פעוט-ערך, אלא בנכסים "כבדים", כגון זכויות להפקת נפט או מחצבים טבעיים אחרים שחשיבותם הכלכלית רבה הן למדינה המלאימה הן למדינת-הפורום עצמה, הנמצאת בקשרי מסחר עם המלאימה. בתי-המשפט המקומי עומד במקרה כזה בפני הכרעה קשה: אם יאכוף את המשפט הבינלאומי ויורה להחזיר את הנכס לבעליו החוקיים, כי אז יש מקום לחשש שהמדינה המלאימה תימנע מהמשך העברת הסחורות הללו למדינת-הפורום. כל עוד אין ביטחון שתביעת הנגול תצלח גם בפורומים אחרים, קיים חשש שמא החזרת הנכס לבעליו תעמיד את הכלכלה המקומית בפני חסרון יחסי ביחס למדינות האחרות שיתירו למדינה המלאימה לסחור ברכוש שנגול. במצב זה נוטים רוב בתי-המשפט להעדיף את טובת כלכלתם הלאומית על-פני דרישות המשפט הבינלאומי. בארצות-הברית עושים בתי-המשפט שימוש בדוקטרינת מעשה המדינה למטרה זו. לעומת זאת, במדינות ה-civil law בוחנים שאלה זו מנקודת-המבט של תקנת-הציבור (ordre public). פרט לעמדת בתי-המשפט בצרפת, השוללת את חוקפן של הלאמות ללא פיצוי⁹¹, נמנעים בדרך-כלל בתי-המשפט במדינות אחרות מהכרזה על בטלות מעשה ההלאמה. זאת, בכפיפות ליוצאים-מן-הכלל המתאפיינים בכך שהנגול הוא אזרח מדינת-הפורום וששורת איבה גלויה בין המדינות המעורבות. במקרים אחרונים אלה בלבד לא תוכר תוקפה של ההלאמה⁹².

91 ראה, למשל, *S.N.T.R. v. C.A.T.A.* (C.Cass. 1979) 65 Int'l. L. Rep. 83 (1984) (הלאמת נכסי צרפתים באלזיר); *Soc. Potasas Ibericas v. Bloch*; (C.Cass. 1939) [1938–40] Annual Digest 150 (הלאמה בספרד); *U.R.S.S. v. la Ropit* (C. Cass, 1928) [1927–28] A.D. 67; (הלאמה על-ידי ברית-המועצות). בית-המשפט לא נרע מלהכיר על החלת אותו העיקרון גם במקרה שבו הנגול היה אזרח זר: *Corp. del Cobre v. Bradden Copper Corp.* (Trib. Paris, 1972) 65 I.L.R. 57 (1984) (הלאמת זיכיון לכריית נחושת על-ידי ממשלת צילה מידי חברה אמריקנית).

92 לגבי הלאמת זכויות הפקת נפט של חברה אנגלית באירן קבע בית-המשפט בערן (אז מושבה בריטית), כי ההלאמה נגדה את המשפט הבינלאומי ולכן היתה מחוסרת תוקף: *Anglo-Iranian Oil Co. v. Jaffrate* [1953] W.L.R. 246. לעומת זאת, בתי-משפט באיטליה וביפן קבעו, כי אותה הלאמה עצמה היתה תקפה מכיוון שלא נגדה את תקנת-הציבור של הפורום: *Anglo-Iranian Oil Co. v. Idemitsu* (H.C. Tokyo, 1953) [1953] I.L.R. 305; *Anglo-Iranian Oil Co. v. Kosan Kabushiki Kaisha* (S.U.P.O.R. (C.Civ. Rome, 1954) [1955] I.L.R. 23. הפטיקה האיטלקית עקבה עד היום בהכרתה בהלאמות ורות. ראה, למשל, *B.P.* [1988] 81 I.L.R. 90 (1988); *Libya v. Spa Imprese* (C. Cass., 1979), 81 I.L.R. 90 (1988); *Exploration Co. v. Astro and Sincat* (C.Civ. Syracuse, 1973), 13 I.L.M. 106. אינדונזיה נכסים של אזרחי הולנד, קבעו בתי-המשפט ההולנדיים כי הלאמות אלה מנוגדות למשפט הבינלאומי ולתקנת-הציבור ההולנדית ולכן משוללי תוקף: *Indonesian Corp. P.T. Escomptobank v. Bank N.V. Assurantie Maatschappij de Nederlanden van 1845* (S.Ct., 1964), 40 I.L.R. 7 (1970); *Bank of Indonesia v. Senembah Maatschappij* (C.A. Amsterdam, 1959), 30 I.L.R.

סוגיא נוספת המעידה על כפיפות בית-המשפט לרשות המבצעת בענייני חוץ וביטחון היא סוגיית ההכרה במדינה או בממשלה זרה. בהודמניות שונות יכולה להתעורר בבית-המשפט השאלה האם ישות פלונית היא מדינה, מה שטחה או מי הממשלה הרשאית ליצגה. המשפט הבינלאומי מעניק תשובות לשאלות אלה, והוא אף מחייב את המדינות האחרות, באופן שאין אלה רשאיות, למשל, להעניק הכרה מוקדמת מדי לממשלת-מורדים. לכאורה אין כל מניעה שהשופטים יתנו תשובה לשאלות אלה על-פי המשפט הבינלאומי לאחר שקלא-וטרריא עצמאיים. אולם במדינות רבות – וככל הנראה גם בישראל⁹³ – שאלה זו מסורה לרשות המבצעת. במדינות המשפט המקובל הכלל הוא, שתעודה של שר-החוץ תהווה ראיה חותכת בנדרון⁹⁴. בהעדר תעודה כזו – למשל: כאשר משרד-החוץ אינו נוהג להכיר בממשלות (אלא רק במדינות)⁹⁵ – יבחנו בתי-המשפט את הנסיבות כדי לקבוע האם ממשלתם נוהגת בישות החדשה כממשלה לכל דבר. תשובה חיובית תגיע אותם להתייחס לישות הזרה כמוכרת⁹⁶. אמנם, במדינות ה-civil law אין צורך בתעודת שר-החוץ, אולם בהליכים לא-פורמליים מבררים גם שופטים אלה את עמדת המשרד. מבחינה פורמלית השופט בקונטיננט שומר על עצמאותו להכריע בשאלה זו, אך ככל הנראה הביטוי המעשי של עצמאות זו איננו רב⁹⁷. לסיום סקירה זו אזכיר, כי נוסף על דוקטרינות שצוינו לעיל, עושים בתי-משפט,

28. אך בית-המשפט לערעורים בברמן, גרמניה, הכיר בתוקפה של אותה הלאמה: *N.V. Verenigde Deli-Maatschappijen v. Deutsch-Indonesische Tabak-Handelsgesellschaft m.b.H.* (D.C. & C.A. Bremen, 1959), 28 I.L.R. 16, 24 (1963). בית-המשפט העליון של המבורג, שדן בהלאמת זכויות של חברה אמריקנית לכוות נחושת בצ'ילה, קבע כי כל הלאמה תהיה בת-תוקף, אלא-אם-יכן תהיה מנוגדת לתקנת-הציבור הגרמנית, וניגור זה יתרחש רק כאשר אינטרסים גרמניים ייפגעו מההלאמה. הואיל וכאן נפגעו זכויות זרים, לא היתה ההלאמה מנוגדת לתקנת-הציבור הגרמנית ולכן הוכר תוקפה: *Sociedad Minera ak Tentiento v. Aktiengesellschaft Norddeutsche Affinerie* (1973), 12 I.L.M. 251. במקרה שבו הולאמו נכסי גרמנים נקבע, כי להלאמה אין תוקף: *Confiscated Property of Sudeten Germans*, Case (Amtsgericht, 1948) [1948] A.D. 24.

93. ראה התבטאויותיו של השופט ח' כהן בע"פ 131/67 קמאר ג' מדינת ישראל, פ"ד כב(2), 85, 93-94; בנ"צ 283/69 דיידי ואח' ג' ביהמ"ש הצבאי נפת חברון ואח', פ"ד כד(2), 419, 423; וכן את דעת השופט יחקון בבג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' ג' שר המשטרה, פ"ד כד(2), 141, 165.

94. הלורד אטקי הסביר עיקרון זה בפרשת *The Arantzazu Mendi* [1939] A.C. 256, 264: "Our State cannot speak with two voices on such a matter, the judiciary saying one thing, the executive another. Our Sovereign has to decide whom he will recognize as a fellow sovereign in the family of states."

לסקירה השוואתית של סוגיא זו ראה J. Verhoeven, "Relations internationales de droit prive en l'absence de reconnaissance d'un etat, d'un gouvernement ou d'une situation" 192 *Recueil des Cours* (1985-III) 9.

95. זוהי, למשל, המדינות של ממשלת בריטניה: הממשלה לא תבצע אקט פורמלי של הכרה כל-אימת שמבוצעת הפיכה מצלחת במדינה זרה. ראה *Gur Corp. v. Trust Bank of Africa Ltd.* [1986] 3 W.L.R. 583, 598.

96. שם, שם. כן ראה פסק-דין מג'וזילנר הנוקט דרך זו: *Attorney General for Fiji v. Robt. Jones House* (H.C., 1988) 80 I.L.R. 1(1989).

97. Verhoeven (לעיל, הערה 94), 35.

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ בעיקר בארצות-הברית, שימוש ב"דוקטרינות הימנעות" נוספות לדחיית עתירות על הסף. בין הדוקטרינות שנוקקו להם נמצא את אי-השפיטות, השאלה הפוליטית וחוסר-המעמד של סוגים שונים של עותרים.⁹⁸

3. מסקנות

מהסקירה ההשוואתית שעיקרה הובאו לעיל ניתן להסיק מסקנה כללית לעניין תפקודו של בית-המשפט הלאומי בעניינים המשליכים על האינטרסים של המדינה במישור הבינלאומי. בית-המשפט הלאומי, גם במדינות שבהן הוא נהנה מאי-תלות, יחס מלהתערב בניהול מדיניות החוץ והביטחון של מדינתו. בשל כך יימנע בית-המשפט על-פירוב מאכיפת התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה על הרשות המבצעת, וזאת גם אם התחייבויות אלה חלות במישור במשפט המקומי. כללי פרשנות ודוקטרינות שונות שפותחו לצורך כך מגבילים הן פרסונלית הן עניינית את אכיפת המשפט הבינלאומי בדין הפנימי.

מהן הסיבות להססנות בתי-המשפט? סוציולוגים של המשפט טוענים, כי אחד התפקידים החשובים שממלאת הרשות השופטת בחברה הוא בהענקת לגיטימציה לממשל ולמערכת הפוליטית.⁹⁹ לתפקיד זה חשיבות רבה, כמובן, במישור הפנימי — מישור החברה הלאומית; אולם ככל הנראה, בחברה הלאומית של ימינו עדיין חלשה הדרישה הפנימית לגיטימציה של פעולות הממשל בזירה הבינלאומית. המבחן המכריע לחוקיות פעולותיו של הממשל הוא התאמתן לדרישות המשפט הלאומי בלבד. "שלטון החוק הבינלאומי" כצורך חברתי-מקומי הוא בעל עוצמה פחותה בהשוואה לצורך החברתי המקומי בדבר קיום שלטון החוק הלאומי. יש שאכיפת המשפט הבינלאומי על הממשל נתפשת בחברה גם כפגיעה אפשרית ביכולת תפקודו, ולכן — כמעשה בעל השלכות לא-רצויות. הדרישה החברתית הפחותה לגיטימציה בינלאומית של המערכת הלאומית מאפשרת לממשל — ולבתי-המשפט — להעדיף על-פני מקור זה של לגיטימציה את מרווח התמרון המלא של הממשל במישור הבינלאומי. דרישה מופחתת זו מאפשרת לבתי-המשפט לא רק להקל בפועל בעוצמת הביקורת כלפי פעולות הממשל במישור הבינלאומי, אלא אף לציין במפורש מדיניות מקלה זו. לכן כללים כמו מעשה מדינה (כמובנם האנגלי או האמריקני), חסינות ופרשנות לא-עצמאית של המשפט (הבינלאומי) — כללים בלתי-נסבלים במישור הפנימי — אינם מערערים את הלגיטימציה של הממשל בעיני בוחריו. באותה נימה, מכיוון שאין דרישה חברתית-פנימית להקפדה שיפוטית על שלטון החוק הבינלאומי ומתוך חשש לתגובה נגדית מצד המדינה הזרה — נמנעים על-פירוב בתי-המשפט מפני מיצוי הדין הבינלאומי עם מדינות זרות. לכן, למעט במקרים שבהם דעת-הקהל עוינת את המדינה הזרה¹⁰⁰,

98 לסקירה ראה Koh (לעיל, הערה 35), 1314-1315.

99 ראה: R. Cotterrell, *The Sociology of Law* (1984) 245; M. Shapiro, *Courts — A Comparative and Political Analysis* (Chicago, 1981) 17-28.

100 על הפסיקה במקרים של יחסי איבה בין מדינות ראה לעיל, הערה 92.

בתי-המשפט אינם נוטים לספק הגנה מספקת מפני הלאמות נכסים במדינות זרות שנעשו בניגוד למשפט הבינלאומי, או מפגיעות אחרות בזכויותיהם. ככל שתגבר הדרישה הפנימית להקפדה על שלטון החוק הבינלאומי, כך ילכו בתי-המשפט הלאומיים ויתקרבו למימוש הפוטנציאל הטמון בהם כאוכפי המשפט הבינלאומי. תהליך כזה מתרחש כעת בקרב מדינות הקהילה האירופאית. בשנים האחרונות, במקביל להתחדשות ולהתעצמות תהליך האיחוד, החלו בתי-המשפט הלאומיים במדינות הקהילה לקבל ביתר רצון את מרות חוקי הקהילה והחלטות בית-המשפט שלה¹⁰¹. באחרונה הגדיל לעשות בית-הלורדים באנגליה, כאשר הצהיר כי מחובתו של בית-משפט בריטי לסייג את תחולתו של כל חוק בריטי שיתנגש עם כלל של הקהילה, ואף הוציא צו-מניעה זמני להפסקת אכיפתו של חוק הפרלמנט עד לקבלת החלטה בדבר חוקיותו בבית-המשפט של הקהילה¹⁰². התרחשות תהליך דומה לזה במישור המשפט הבינלאומי נראית כיום אפשרות רחוקה למדי.

ד. הרהור נוסף אחר ההלכה הפסוקה בנושא תחולת האמנות

1. היש מניעה עקרונית לנקיטת גישה אחרת?

ביקשתי להסתייע במחקר ההשוואתי כדי לבסס את התיזה בדבר חשיבות ההקשר בעיצוב הנכונות השיפוטית לאכוף את המשפט הבינלאומי. אולם אין לראות בממצאי המחקר, מובהקים ככל שיהיו, משום סוף פסוק. במידה מסוימת ממצאים אלה מהווים "ראיות נסיבתיות" בלבד. עדיין נשאלת השאלה, האם אין במשפט הישראלי טעם אחר שיוכל להסביר טוב יותר את הסיבה לאי-ההכרה בתחולתן הישירה של האמנות – טעם שיוכל להצביע על מניעה עקרונית מנקיטת דרך חלופית.

הטעם העיקרי המוזכר בישראל בקשר למעמד האמנות מתבסס על עקרון הפרדת הרשויות. נבחן אפוא טעם זה. כפי שהדגשתי לעיל¹⁰³, בתי-המשפט בכמה מדינות נוטים להשתמש בעקרון הפרדת הרשויות בהקשר של תחולת המשפט הבינלאומי בראש-ובראשונה כדי להסביר את האיפוק השיפוטי. מאידך גיסא, הם אינם עושים כן כדי לצמצם את הסמכויות של הרשות המבצעת, ולמעשה מרחיבים בפרשנותם סמכויות אלה. אחת הדוגמאות להבחנה זו היתה של הפסיקה האמריקנית, שהרחיבה בפרשנותה את סמכויות הממשל בתחום ההתקשרות באמנות. דוגמא נוספת לכך היא עמדת בתי-המשפט העליון בישראל. גם זה היה נכון לפרש בהרחבה את סמכות הממשלה לחייב את המדינה במישור הבינלאומי, כאשר נתן את אישורו ל"נוהג חוקתי" שנוצר, שלפיו מוסמכת הממשלה לאשרר אמנות ללא ביקורת

101 ראה, למשל, השינוי בעמדת בתי-המשפט המנהלים בצרפת (לעיל, הערה 31). על הגישה החיובית שנקטה באחרונה הפסיקה האיטלקית לחוקי הקהילה והחלטות בית-המשפט שלה ראה Gaja, "New Developments in a Continuing Story — The Relationship between EEC Law and Italian Law" 27 C.M.L.Rev. (1990) 83.

102 R. v. Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame. 102 [1990] 2 AC 85, HL; R. v. Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame (No. 2) [1990] 3 WLR 856 (HL).

103 לעיל, פסקה 22(2).

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

הכנסת. פסק-הדין בעניין קמיאר, שקבע הלכה זו, העניק גושפנקא חוקית לעמדת הממשלה שיצרה בהתנהגותה נודה זה, התנגדה לפיקוח פרלמנטרי מינימלי מעבר לפיקוח הכללי באמצעות הצבעת אי-אמון והצליחה להביא להסרת הצעות חוק פרטיות שביקשו לשנות את הנוהג שהשתרש¹⁰⁴. יוצא כי התנהגות הממשלה וחוסר-המעורבות שגילו רוב חברי-הכנסת בעניין הם ששכנעו את בית-המשפט להכיר בסמכות הממשלה לאשרר אמנות¹⁰⁵. יתר על כן, והוא עיקר: התנהגות הממשלה שזכתה לגושפנקא חוקית, כאמור לעיל, היא זו שהקימה את הטיעון הפורמלי נגד תחולתן הישירה של האמנות. בית-המשפט¹⁰⁶, וכן מומחים למשפט בינלאומי¹⁰⁷, הסבירו, כי בשל הסמכת הממשלה לכרות אמנות ולאשררן בשם המדינה, תוכל היא, אם לאמנות תהיה תחולה ישירה, לחוקק בעקיפין, ובכך להסיג את גבולה של הכנסת.

גם אם מתייחסים לסמכות הממשלה לאשרר אמנות כנתון שאין עליו עוררין, עדיין אין עקרון הפרדת הרשויות שולל את ההכרה בתוקפן הישיר של האמנות. זאת משום שעל-פי אותו עיקרון ניתן להכיר בתחולת האמנות – לפחות כחיקת-משנה – כל עוד לא החליטה הכנסת אחרת¹⁰⁸. במלים אחרות: להסתפק בפיקוח פרלמנטרי בדיעבד. אמנם יש בכך משום הכרה בסמכות הממשלה להכניס שינויים בחוק הפנימי בישראל, אך הכרה זו עולה בקנה אחד עם התפישה הכוללת לגבי סמכויות החקיקה של הממשלה. על-אחת-כמה-וכמה מוצדקת גישה זו לאור הנוהג שהתגבש מאז קמיאר לשתף את הכנסת בתהליך קבלת ההחלטות בנוגע לאשרור אמנות¹⁰⁹. אולם כעוד שבית-המשפט בפרשת קמיאר הסתפק בפיקוח בדיעבד של הכנסת על אשרור האמנות בידי הממשלה, אין הוא מוכן להסתפק בפיקוח בדיעבד של הכנסת על החקיקה העקיפה שתיבע מההכרה בתחולתן הישירה של האמנות במשפט הפנימי. להלכה, אי-ההכרה בתחולה הישירה של האמנות מונעת את הרחבת סמכויות הממשלה, אך במציאות הפוליטית בישראל אין לממשלה צורך בהרחבה כזו של סמכויותיה. למעשה יש לממשלה רק מה להפסיד מהכרה שכזו, שהרי – כפי שציינתי לעיל – המצב הנוכחי, העדר ההכרה, מקנה חסינות לממשלה מפני דיון בבית-המשפט באשר למידת קיום האמנה. בית-המשפט העליון בישראל לא ראה בעין יפה את אותן "דוקטרינות הימנעות"

104 ראה את תיאורו של השופט לנדוי בפרשת קמיאר (לעיל, הערה 93), 113, לגבי עמדת הממשלה "בכל הדיכוחים הרבים שהתנהלו בכנסת על נושא זה [דהיינו: אשרור אמנות] בין השנים תש"י לתשכ"ד". על דיוני הכנסת בנושא עד לפרשת קמיאר ראה 2 Blum, "The Ratification of Treaties in Israel" 120 *Is.L.Rev.* (1967); ר' לפידות, "על תוקפה של אמנת ההסגרה בין ישראל ושווייץ" הפרקליט כב (תשכ"ו) 328, בעמ' 341.

105 השופט חיים כהן נתן בפרשת קמיאר נימוק אחר להכרה בסמכות הממשלה: העובדה שממילא לא יהיה לאמנה תוקף במשפט הישראלי הפנימי (שם, בעמ' 97). טיעון זה הוא מעגלי, כמובן, שהרי עמדת הפסיקה היא בשל סמכות הכריתה של הממשלה אין להכיר בתוקף האמנות.

106 עפר (לעיל, הערה 1), שם.

107 פיינברג (לעיל, הערה 2), 442, הערה 37; ר' דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (תל-אביב, 1971) 107.

108 לפידות (לעיל, הערה 3), 827-829; רובין (לעיל, הערה 3), 226-227.

109 על שיתוף הכנסת באשרור אמנות ראה לפידות, שם, בעמ' 827; וכן ש' שטרית, "הפקיד הכנסת בכריתת אמנות" הפרקליט לו (תשמ"ו) 349.

שנועדו לסייג את הביקורת השיפוטית לגבי צייתה של הרשות המבצעת למשפט הבינלאומי¹¹⁰. בית-המשפט גם נמנע עד כה מלהצהיר על מדיניות שתסייג את אכיפת המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי (במידה שנקלט) על-פי טיבו של הנושא העומד לדין. ההיפך הוא הנכון: בית-המשפט חזר והדגיש כי העיקרון המושרש היטב במשפט המנהלי הישראלי, הוא זה המורה שרשויות-הממשל כפופות לפיקוחו תמיד ועל-פי כל דין, לרבות המשפט הבינלאומי, ככל שזה הפך לחלק מהדין הישראלי¹¹¹. אכן, כל עוד אין האמנות חלות במישרין, בית-המשפט יכול לוותר על אותם אמצעים ודוקטרינות שבהם נעשה שימוש במדינות אחרות כדי לשמר את חופש הפעולה של הממשלה בעניינים מדיניים: חופש הפעולה נשמר במידה משמעותית בזכות הכלל הגורף שאינו מכיר בתחולתן הישירה של אמנות במשפט הארץ. אי-ההכרה בתחולת האמנות במשפט הארץ היא אפוא כיום המחסום היחיד בפני אכיפת התחייבויות המדינה על-פי אמנות שלא נקלטו בחקיקה.

נשאלת השאלה, האם מחסום זה הוא יעיל? האם נכון לפרוס את "קריהגנה" מפני אותה התערבות שיפוטית הנתפשת כבלתי-רצויה דווקא במישור ההבחנה בין מנהג לאמנה? התשובה היא שלילית: אין כל קשר בין הבחנה זו לבין טיב העניינים שבהם עוסקים המנהגים והאמנות. הבחנה זו שוללת את תחולתן של האמנות בעניינים רבים – כגון ענייני סחר ושיתוף-פעולה כלכלי – שאין להם ולא כלום עם שאלות בטחוניות או מדיניות. באותם תחומים שאינם רגישים לאינטרסים הלאומיים אין כל טעם ענייני שלא לאכוף את האמנות במשפט הפנימי. אדרבא: ישנם נימוקים חזקים המחייבים את אכיפת האמנות הללו על-ידי בתי-המשפט. בעולם שבו קשרי-הסחר הבינלאומיים הופכים לא רק לעניין של שגרה אלא גם לצורך לאומי-קיומי, ממלאות האמנות תפקיד חשוב בביסוס קשרים קיימים ובהעמקתם וביצירת תנאים לקשירת קשרים חדשים. שלילת התחולה הישירה של אמנות כאלה במשפט הארץ שולחת מסר כפול ומרתיע למתקשר הזר – בין אם הוא גוף ממשלתי ובין אם פרטי, משנה לרעה את מצבו של המתקשר הישראלי ופוגעת באמינות הממשלה ובשמה הטוב. לשאלת תחולתן הישירה של האמנות יש

110 כ"צ 574/82 אל נאוראר נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לט(3) 449, 461; כ"צ 102/82, 150, 593, 690, 271/83 צמל ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד לז(3) 365, 379 (דחיית הדוקטרינה של "מעשה מדינה" במובנה הבריטי, לעיל, הערה 73); עניין קמאר (דחיית דרישת הממשלה שבתי-המשפט יקבלו ללא הרהור את עמדת הממשלה בשאלת תוקפה של אמנת הסגרה, וכדברי השופט חיים כהן: מדרישה זו נודף "ריח רע של טוטליטריות").

111 בהתאם לעיקרון זה הטעים בית-המשפט, כי אכיפת המשפט הבינלאומי המנהגי על רשויות-הממשל בשטחים המוחזקים אינה תלויה בהסכמת המדינה, אלא מחויבת היא על-פי דין. כ"צ 393/82 ג'מעיית אסכאן אלמלמון אלתעאניה אלמחורדה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדן במפקדת איזור יהודה ושומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד לז(4) 785, 809-810:

כיום אין להרהר אחר ההלכה, כי בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל הצבאי ביהודה, שומרון וחבל עזה. [...] הביקורת השיפוטית של בית-משפט זה... נעשית הן לאור כללי המשפט הבינלאומי המנהגי והן לאור כללי המשפט המנהלי הישראלי.

ראה גם כ"צ 69/81, 493 אבו עיטה ואח' נ' מפקד איזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד לז(2) 197, 231-230.

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ השלכות רבות גם מנקודת-ראותו של הפרט, שהופך יותר ויותר לנושא של זכויות וחובות על-פי אמנות¹¹².

כאן מתברר היתרון הגדול שיש ל"דוקטרינות ההימנעות" ולאמצעים האחרים שפיתחו בתי-המשפט הזרים כדי להימנע מהצרת צערי ממשלותיהם בעניינים רגילים. דוקטרינות אלה אכן מאפשרות לבית-המשפט לגלות גמישות, לאכוף ציות לאמנות מסוימות ולא לאכוף אמנות אחרות, לאכוף אמנות בהקשרים אחדים ולהימנע מאכיפתן בהקשרים אחרים. לעומתן, הדחייה המוחלטת של האמנות כפי שמתחייבת מהכלל במשפטנו אינה מאפשרת לגלות את אותה הגמישות הראויה במקרים אלה. במלים אחרות: הכלל השולל את תחולתה הישירה של האמנה הוא נוקשה מדי.

2. דרכים חלופיות לקליטה "גמישה" של אמנות

הואיל וכאמור לעיל אין עקרון הפרדת הרשויות שולל את ההכרה בתחולתה הישירה של האמנה, ניתן לחזור על הקריאה שהופנתה לא אחת לבית-המשפט העליון כדי שזה יסטה מפסיקתו הקודמת ויתן תוקף גם לאמנות שלא נקלטו בחוק הכנסת. ניתן לפרוס בפני השופטים את שלל האמצעים שפיתחו עמיתיהם בנכר כדי להקחות את הסיכון שבהתערבות בעניינים מדיניים-בטחוניים ולטעון, שיש לאמץ אחדים מהאמצעים הללו במקביל להכרה בתחולת האמנות ובכך להביא לפתרון המתח בין אכיפת האמנות לבין ההגנה על ענייני המדינה החיוניים. אך ניתן לבחון גם גישה אחרת, שלפיה יראו את האמנה כהתחייבות שהממשלה קיבלה על עצמה לקיים. כך תהיה האמנה בתי-אכיפה בבתי-המשפט, אם כי לממשלה יישמר הכוח לסייג, להתלות או אף לשלול את תוקף האמנה במקרה הצורך.

האמצעים השונים שפותחו לצורך ההימנעות מאכיפת האמנות צוינו לעיל (בסעיף ג'⁽²⁾). החשובים מבין אמצעים אלה הם פרשנות האמנה, לרבות השאלה האם האמנה נתכוננה לחול מעצמה (self executing); דוקטרינות מעשה המדינה; השפיות; והמעמד. לדעתי, השימוש באמצעים אלה בהקשר החלת האמנות אינו נקי מבעיות. הבעיה המרכזית שבשימוש בפרשנות לצורך הקהיית עוקצן של אמנות היא שלא תמיד הפירוש הסביר מביא את התוצאה הרצויה. ואכן, ישנם מקרים שבהם הפרשנות הניתנת לאמנה מסוימת היא על גבול מתחם הסבירות הפרשנית או אף מעבר לו. כך, למשל, הדין לגבי קביעתם של בתי-משפט בארצות-הברית,

112 על השפעת אי-ההכרה בתחולת האמנות על היחסים בין אדם לחברו ניתן ללמוד מהדוגמא הבאה: בין ישראל לארצות-הברית קיימת אמנה לברית ידידות מסחר וספנות משנת 1951 (כתבי אמנה 34, עמ' 15). בין היתר קובעת אמנה זו כי מעסיקים פרטיים אזורי צד אחד לא יפלו לרעה את אזורי הצד האחר: מכיוון שהסכם זה חל ישירות בארצות-הברית, יהיו מעסיקים ישראלים חייבים לנהוג בארצות-הברית בשוויון בהעסקתם של אזורי המקום. לעומת זאת, במצב הנוכחי לא יוכלו בתי-משפט ישראלים להסתמך על האמנה כדי להקנות הגנה דומה כנגד מעסיקים אמריקניים בישראל (ראה ע"א 432/78 וילר ואח' נ' צ'קבר, פ"ד לד(2) 775). יתר על כן: אם הסכם מסוג זה ייכרת עם מדינה המתנה את אכיפת האמנות באכיפה מקבילה על-ידי רשויות הצד האחר (וחנאים כאלה, המכונים חנאי הדדיות, מקובלים בכמה מדינות באירופה) כי אז ימצאו אזורי ישראל המועסקים במדינות אלה בנחיתות יחסית לעומת אזורי מדינות אחרות שמשפטן הפנימי מכבד את הוראות האמנה. האחרונים יוכלו ליהנות מהגנת האמנות, אך לא כן הישראלים.

שכללי האג מ-1907 לגבי ניהול שטחים מוחזקים – וכן אמנת ז'נבה הרביעית מ-1949 באשר להגנת אזרחים במהלך מלחמה – אינם self executing, ולכן אינם אכיפים בבתי-המשפט האמריקניים¹¹³. בעיה חמורה אחרת היא, שהשקלא-וטריא הפרשניים לא תמיד מתייחסים במפורש לשאלה האמיתית המדריכה את השופט, וכך ההליך עלול ליצור תחושה של "דיון למראית-עין" ולגרום חוסר-בהירות לגבי מעמד האמנות. בעיה מסוג אחר קיימת ביחס לדוקטרינת מעשה המדינה המקימה חסינות למדינה לגבי פעולות שביצעה מחוץ לגבולותיה. בית-המשפט העליון כבר הביע את הסתייגותו מדוקטרינה זו¹¹⁴. ואמנם, אצלנו לא תתאים דוקטרינה שתעניק במפורש חסינות לממשלה: בשל השליטה של ישראל בשטחים המוחזקים קיים במסד הישראלי הצורך בהקניית לגיטימציה לממשל בשטחים שסמכותו נובעת מהמשפט הבינלאומי. לגיטימציה זו נודעת חשיבות רבה הן מבחינת הציבור הישראלי, הן מבחינת תושבי השטחים והן מבחינת דעת-הקהל העולמית¹¹⁵. הרצון לבסס את הלגיטימציה של השלטון אינו עולה בקנה אחד עם הענקת חסינות לשלטון. השימוש בדוקטרינות השפיטות או המעמד לחסימת ביקורת שיפוטית יפגע אף הוא ביכולת בית-המשפט להעניק לגיטימציה לפעולות הממשל מחוץ לגבולות המדינה. נוסף על כך, השימוש בשתי דוקטרינות אלה עלול להיות מנותק מהשאלה האמיתית שעל המדוכה, או שלא להעניק הגנה מספקת, כמו השימוש הבעייתי בפרשנות כמכשיר לאי-אכיפת האמנה.

הגישה השנייה, המאפשרת הכרה מסויגת בתחולת האמנות, עדיפה על הראשונה משום שהיא אוזנת את השור בקרניו: הממשלה הרוצה להתלות או להשתחרר מהתחייבויותיה באמנה תיאלץ להבהיר את שיקוליה, ובית-המשפט יהיה מוסמך להעביר שיקולים אלה תחת שבט-ביקורתו. שניים משופטי בית-המשפט העליון כבר העלו רעיונות בכיוון זה: השופט ברק השאיר בצריך עיון את "השאלה היפה, אם חלקיה ההומניטאריים של אמנת ז'נבה הרביעית, שלגביהם החליטה ממשלת ישראל כי תנהג על-פיהם...", אין בהם כדי להוות נורמות מחייבות – ולו באופן חלקי – מכח היותם חלק מהנחיות פנימיות מטעם ממשלת ישראל כלפי המפקד הצבאי ומכוח היותם הנחיות עצמיות של המפקד הצבאי עצמו¹¹⁶. השופט בך סבר שהחלטת ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה הרביעית היא "הצהרת מדיניות המחייבת ככלל את הממשלה, וייתכנו מקרים, שבהם, במסגרת של כללי המשפט המינהלי, נורה לממשלה לכבד את התחייבותה זו"¹¹⁷. לכאורה ניתן להמשיך בכיוון זה ולטעון כי עצם אשורו אמנה – ללא צורך

113 ראה פסקי-הדין לעיל, בהערה 68.

114 ראה לעיל, הערה 110.

115 על תפקידו של בית-המשפט העליון במתן לגיטימציה לממשל הישראלי בשטחים ראה, Shamir, "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy The Case of Israel's High Court of Justice 24 Law & Society Rev. (1990) 781. (בספרו הנ"ל, הערה 99, בעמ' 22) את התופעה השכיחה, שכאשר מדינות רוכשות שליטה באזורים מחוץ לגבולותיהן, הן נוהגות להקים בהן בתי-משפט כדי לשמר או להגביר, בין היתר, את הלגיטימיות של שלטונן.

116 ג'מעת איסכאן (לעיל, הערה 111), 793-794.

117 עפרו (לעיל, הערה 1), 78.

משפטים כ"א תשנ"ב השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ

בהחלטה נוספת של הממשלה לציית לאמנה שכבר אושרה על-ידה – ייחשב כהנחה עצמית או כקביעת מדיניות שתחייב, בנסיבות מסוימות, את הממשלה. אפשרות להקנות לאמנות מעמד מחייב עוד יותר – אך עדיין גמיש – היא לראות אותן כשוות-מעמד לחוזים שלטוניים. ממשלת ישראל כורתת ומאשררת אמנות. במקביל כורתת הממשלה הסכמים עם גורמים פרטיים שונים בארץ ובחו"ל. פסיקה עקבית קבעה, כי הסכמים אחרונים אלה מחייבים את הממשלה, אם כי לעולם יהא שמור לה הכוח להשתחרר מהם¹¹⁸. השוואת האמנות לחוזים שלטוניים תאפשר להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטת הממשלה לסיים אמנות או לסייג את תחולתן למקרה או לשורת מקרים מסוימת. לבית-המשפט יש כבר ניסיון נכבד ומוצלח בביקורת על השתחררות מהסכם שלטוני, ואין סיבה מדוע המבחנים שפותחו לא יהיו ישימים גם ביחס לאמנות. מבחנים אלה גמישים דיים כדי שיתאימו הן לאמנות כלכליות הן לאמנות בעלות היבטים מדיניים, והשוני יבוא לידי ביטוי בהיקף הביקורת שתופעל. במקרה האחרון תהיה הביקורת מוגבלת, כשם שהיא מוגבלת בעניינים אחרים שבהם הרשות טוענת לקיום שיקולים בטחוניים. ראוי לציין, כי גם מנקודת-המבט של המשפט הבינלאומי השתחררות מאמנה לא תהווה בהכרח הפרה של הוראותיה, שכן ייתכנו מקרים שבהם ההשתחררות מהאמנה תעלה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי. דיני-האמנות במשפט הבינלאומי מכירים בזמניותן של מרבית האמנות, ומאפשרים, כאשר נסיבות שהיו מעיקרי האמנה השתנו שינוי יסודי, להשתחרר מחיובי אמנות (*clausula rebus sic stantibus*). אמנם, המבחן להשתחררות החוקית יכול שיהיה שונה במשפט הפנימי לעומת המשפט הבינלאומי, שהוא כנראה מחמיר יותר בהקשר זה¹¹⁹, אך העובדה ששסתום-ביטחון כזה מקיים האמנה מוכר גם במשפט הבינלאומי יכולה להצביע על התאמת מודל ההשתחררות המוצע לאופי ההתחייבות הבינלאומית, ובתנאים מסוימים אף להצדיק את הפעלתו גם במישור המשפט הבינלאומי.

הדמיון בין חוזה שלטוני לבין אמנה איננו פורמלי בלבד. ניתן להדגים דמיון זה על-ידי ההסכמים הדו-צדדיים שכרתו לאחרונה מדינות מערביות שונות עם מדינות מזרח אירופה. אחד התנאים העיקריים להבטחת השקעותיהם של אזרחי המערב בארצות אלה היה התחייבות המדינות במזרח שלא להלאים את נכסי המשקיעים הללו. הסכמים אלה מהווים אמנות במישור המשפט הבינלאומי, אך מדוע אין

118 על החוזה המנהלי וההשתחררות ממנו ראה ד' ברק, האחריות החוזית של רשויות המינהל (תל-אביב, תשנ"א); ג' שלו, חוזי רשות בישראל (ירושלים, תשמ"ה); ג' שלו, דיני חוזים (ירושלים, תש"ן) 645 ואילך.

119 ככל הנראה שינוי מדיניות כשלעצמו אינו עולה כדי שינוי נסיבות מהותי המצדיק, בהתקיים תנאים נוספים, השתחררות מאמנה לפי דיני-האמנות:

[A] subjective change in the attitude or policy of a Government could never be invoked as a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty. (*Report of the International Law Commission to the General Assembly, 18th Session* [1966] 2 I.L.C. Yearbook, 169, 259).

גם על-פי מבחני הפסיקה הישראלית "אין די בשינוי בעלמא במדיניות הרשות" (שלו, דיני חוזים [לעיל, הערה 118], 664). עם זאת, צורכי הציבור המתירים השתחררות מחוזה מנהלי לא בהכרח יהיו את אותן נסיבות מהותיות המאפשרות השתחררות מאמנה על-פי דיני-האמנות הבינלאומיים.

לראותם גם כמעין חוזים לטובת צדדים שלישיים – המשקיעים המערביים – המבקשים בטחונות סבירים לפעילותם? הבטחת השקעות באמצעות אמנה היא כלי זול, יעיל ובטוח הרבה יותר מאשר כריתת מאות חוזים ספציפיים בין ממשלה פלוניא לבין כל משקיע זר. כדי שדרך התקשרות כללית זו תהיה מעשית גם בישראל, יש להשוות את תוקף התחייבות הממשלה על-פי אמנה לתוקף התחייבותה על-פי הסכם שלטוני. כל עוד לא ביקשה ממשלה להשתחרר מהאמנה, תהיה האמנה מחייבת גם ביחסים בין אזרחי המדינה לבין עצמם, או בינם לבין אזרחי מדינות אחרות, ותהיה אכיפה בבתי-המשפט.

היתרון הגדול הטמון בהכרה מותנית שכזו בתוקף האמנות, בין אם יראו אותן כהנחיות עצמיות או כהסכמים שלטוניים, נעוץ בכנות ובישירות של הדיון וההכרעה השיפוטית. לא עוד ערפול המשתנים החשובים והסוואתם, כי אם פריסתם בגלוי לביקורת משפטית וציבורית. עם זאת ברור, שיתרון זה הוא-הוא החסרון מבחינת אותה ממשלה שאינה מעוניינת להצהיר מפורשות על סטייתה מקיום אמנה כלשהי. יש להניח אפוא, שכל עוד תעדיף הרשות המבצעת להימנע מהצהרה כזו, יימנעו בתי-המשפט מגישה ישירה זו. אך גם כאשר אין נכונות כזו יש מקום לאמץ התייחסות גמישה לתחולת האמנות, וזאת באמצעות דוקטרינות ההימנעות השונות. דוקטרינות אלה, על-אף מגרעותיהן, עדיפות על-פני הדחייה המוחלטת והכללית של האמנות, שהיא תוצאת ההלכה הפסוקה דהיום.

ה. סיכום

ההבחנה הנהוגה בישראל בין מנהג לאמנה היא אנכרוניסטית, מזיקה לאינטרסים של המדינה, איננה מחויבת המציאות, ויש לבטלה. ברשימה זו העליתי את התיזה שדבקוהו של בית-המשפט העליון בהבחנה בין אמנה למנהג לצורך תחולתם במשפט הישראלי מונעת במידה רבה מאירצונו לאכוף את המשפט הבינלאומי על הממשלה בעניינים בעלי השלכות מדיניות או בטחוניות. טענתי שאירצון זה נובע מתפישה שלפיה בית-המשפט אינו המוסד המתאים להתערב בניהול מדיניות החוץ והביטחון של המדינה, והראיתי שתפישה זו איננה ייחודית לבית-המשפט הישראלי, אלא היא מנת-חלקן של הערכאות במדינות הדימוקרטיות האחרות. עם זאת טענתי, שניתן וצריך לקיים משטר משפטי המגן על צורכי הרשות המבצעת כתחומים רגישים למדינה מבלי לשלול את החלתן הישירה של האמנות במשפט הארץ.