

מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי

מאת

רות לפידות*

מבוא. א. **המנהג הבינלאומי;** 1. הקליטה האוטומטית; 2. ההנחה שהמשפט הישראלי תואם את המשפט הבינלאומי; 3. עדיפות החוק הפנימי במקרה של סתירה. ב. **האמנות הבינלאומיות;** 1. הקליטה האוטומטית של אמנות דקלרטיביות; 2. הצורך בקליטה ספציפית של אמנות קונסטיטוטיות; 3. הדרכים לקליטת אמנה בינלאומית; (א) חקיקה ראשית ספציפית; (ב) חקיקה ראשית כללית הקולטת אמנות שתיכרתנה בתחום מסוים; (ג) חקיקה ראשית שתחולתה תלויה בקיום אמנה; (ד) קליטה על-ידי תקנות; 4. מעמדה של האמנה לאחר הקליטה; (א) התוקף שיש להוראותיה של אמנה; (ב) הפירוש הניתן להוראותיה של אמנה; 5. המקרה המיוחד של כתב-המנדט; 6. ההיזקקות לאמנות שלא עברו לטרנס-פורמציה; 7. ההיזקקות לאמנות שישראל אינה צד להן ולמסמכים בינלאומיים אחרים; (א) זכויות-האדם; (ב) דיני-עבודה. ג. **הצהרות חד-צדדיות.** ד. **דיני המלחמה והכיבוש.** ה. **סיכום ומסקנות.**

מבוא

מאז הקמתה של המדינה ועד היום, נאלץ המשפט הישראלי להתמודד עם בעיות רבות ושונות מתחום המשפט הבינלאומי, כגון האם מדינת ישראל "ירשה" את חובותיה של ממשלת המנדט, סמכויות השיפוט של כתיי-המשפט הישראליים בגין עבירות שנעברו באזורים מפורזים או מחוץ לתחום השיפוט (בלבדים או בחו"ל), חסינותן של מדינות זרות ונציגיהן מסמכות השיפוט וההוצאה לפועל בישראל, מעמדם של ארגונים בינלאומיים ושל עובדיהם, תוקפן והשלכותיהן של פעולות רשמיות שבוצעו בשטחה של מדינה שהיא במצב מלחמה עם ישראל, תוקפן של אמנות בינלאומיות בארץ, האם השכונות המזרחיות של ירושלים כלולות בשטח ישראל, סוגיות שונות בדיני ההסגרה וכמובן שאלות רבות מתחום דיני המלחמה: סמכויותיו של המושל הצבאי, ובמיוחד

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחברת מבקשת להביע את תודתה למר משה הירש על עזרתו הרבה באיסוף החומר שעליו מבוססת הרצאה זו, וכן לפרופ' דוד קרצמר על הערותיו המועילות.

סמכותו להפקיע אדמות בשטחים ולגרש או להעביר תושבים מן השטחים אל מחוצה להם, היקף סמכות החקיקה שלו ועוד.

ניתן לסווג את הבעיות שהתעוררו לשהי שאלות עיקריות: מקומו ומעמדו של המשפט הבינלאומי במערכת המשפט הישראלי¹, והסמכות לכרות אמנות בינלאומיות בשם המדינה². הרצאה זו תתרכז בראשון מבין שני נושאים אלה, אך בסוף הדברים נתייחס בקצרה גם לנושא השני, וזאת בגלל הקשר ההגיוני שבין שתי הסוגיות.

א. ההמנהג הבינלאומי

1. הקליטה האוטומטית

כפי שמקובל ברוב מדינות העולם, גם בישראל נקבע, שהמנהג הבינלאומי הוא אוטומטית חלק מן המשפט הישראלי, ללא צורך באקט של קליטה (טרנספורמציה). דהיינו, ללא צורך בפעולה של המחוקק הישראלי המקנה לכללים אלה תוקף במשפט הפנימי. עמדה זו ננקטה על-ידי בית-המשפט העליון כבר בראשית ימיו בהמחצה 41/49 שמשון נ' היוה"מ³, והיא נדונה בהרחבה בע"פ 174/54 שטמפר נ' היוה"מ⁴. השאלה שעמדה לדיון בפסק השני היתה, האם מוסמך בית-משפט ישראלי לרדן בפלילים אדם החשוד בביצוע עבירה באונייה ישראלית בלב-ים. מ"מ הנשיא, השופט חשין ז"ל, ביסס את התשובה החיובית לשאלה זו על שלושה טעמים, אשר שניים מהם רלבנטיים לדיון שלנו: ראשית, פנייה למשפט המקובל הבריטי, באמצעות סימן 46

1 בנושא זה ראה K.J. Partsch, "International Law and Municipal Law", in: R. Bernhardt (ed.), 10 *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam 1987) 238-257; (ed.), 10 *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam 1987) 238-257. "המשפט הבינלאומי והמשפט הפנימי של מדינת ישראל" הפרקליט ז' (תש"י) 258-267; "דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (שוקן, 1971) 128-148; ב' רובין, "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ כידי כתי המשפט" משפטים יג (תשמ"ד) 210; R. Lapidoth (Eschelbacher), *Les Rapports entre le droit international public et le droit interne en Israël* (Paris, 1959).

2 *Laws and Practices Concerning the Conclusion of Treaties*, United Nations Legislative Series, 1953 (ST/LEG/SER.B/3, December 1952); H. Blix and J. H. Emerson, *The Treaty Maker's Handbook* (Dobbs Ferry, 1973) 1-29; Y.Z. Blum, "The Ratification of Treaties in Israel" 2 *Israel Law Review* (1967) 120; R. Lapidoth (Eschelbacher), *La Conclusion des traités internationaux en Israël* (Paris, 1962); H. Golan, "Israel's Experience with Legislative-Executive Relations in the Field of Foreign Relations", in: M.L. Sondhi (ed.), *Foreign Policy and Legislatures — An Analysis of Seven Parliaments* (New Delhi, 1988), 86-91; "דינשטיין, אמנות בינלאומיות (שוקן, 1974) 30-32; ר' לפידות (אשלכר), "הסמכות לכרות אמנות בינלאומיות בשם מדינת ישראל", בתוך: נ' פיינברג (עורך), קובץ מחקרים במשפט הבינלאומי לזכר סר הרש לאוטרפאנט (מאגנס, תשכ"ב) 210-257; ר' לפידות, "על תוקפה של אמנת ההסגרה בין ישראל ושווייץ" הפרקליט כב (תשכ"ו) 328-346; א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה שלישית, 1980) 369-372; ש' שטרית, "תפקיד הכנסת בכריתת אמנות" הפרקליט לו (תשמ"ו) 349-389; "סימפוזיון על שיתוף הפרלמנטים בכריתת אמנות והסכמים בינלאומיים" (ג' באייר התשל"ח — 14 במאי 1978) ספר ישראל ישעיהו (האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריות, תשמ"ב) 11-40.

3 פסקים עליון ט 14.

*3 פ"ד י 5.

לדבר המלך במועצתו, 1922; ושנית, הסתמכות על עצם "היות ישראל מדינה ריבונית ועומדת ברשות עצמה": "הכרזת העצמאות קרעה לפני המדינה החדשה אשנב אל החוקים ואל המנהגות הבין-לאומיים, אשר המדינות כולן נהנות מהם בזכות ריבונותן"⁴.

אשר לפנייה למשפט המקובל הבריטי, יש בה חסרון, שכן אילו תחולת המנהג הבינלאומי בארץ היתה נובעת רק מסימן 46 לדבר המלך, בתי-המשפט שלנו היו חייבים לקבל גם את ההגדרות ואת הפירושים שהמשפט הבריטי העניק למנהג הבינלאומי. תירה מזאת, המשפט הישראלי אף היה מנוע מלקלוט מנהגים שנדחו על-ידי הפסיקה באנגליה עקב סתירה בין אותם מנהגים לבין חקיקה בריטית.

ההנמקה השנייה — עצם קיומה הריבוני של המדינה — אינה כרוכה בקשיים מסוג זה. אך יש להעיר, שהריבונות כשלעצמה אינה מחייבת קליטה של המנהג הבינלאומי⁵. יש להניח שבית-המשפט, בהזכירו את הריבונות כמקור התחולה של המנהג, למעשה התכוון לכפיפות הישירה למשפט הבינלאומי: כידוע, המדינות הן הנושאים העיקריים של המשפט הבינלאומי וחלה עליהן חובה לכבדו. עם זאת יש לציין, שהמשפט הבינלאומי איננו מחייב את קליטתו האוטומטית על-ידי המשפט הפנימי, כך ש"קריעת האשנב" כשלעצמה איננה מחייבת תחולה ישירה של המשפט הבינלאומי בתוך המשפט הפנימי.

בעיה נוספת המתעוררת עם קריאת פסק-דין זה היא התייחסותו אל המנהגים "אשר המדינות כולן נהנות מהם..."; האם התכוון בית-המשפט, שהמשפט הישראלי קולט רק את אותם המנהגים הבינלאומיים שהמדינה "נהנית" מהם, כלומר, אלה המעניקים למדינה סמכויות וזכויות, או האם מדובר גם באותם מנהגים המגבילים את סמכויותיהן של המדינות? מבדיקת הפסיקה של בית-המשפט העליון עולה, שאכן הדבר אמור גם במנהגים המגבילים את סמכויות המדינה (כגון בתחום דיני-המלחמה).

באשר לשאלה, אילו כללים נחשבים למנהג בינלאומי בעיני המשפט הישראלי, ניתן למצוא את התשובה לה בכמה וכמה פסקי-דין. בהמרצה 41/49 שמשון נ' היוה"מ קבע בית-המשפט העליון, תוך התייחסות אל הפסיקה באנגליה, כי

בתי משפט מקומיים של מדינה מסוימת יכירו בהלכות החוק הבינלאומי וישפטו על פיהן רק אם הסכימו להן יתר העמים התרבותיים באופן שצריך להניח שהלכות אלו נתקבלו גם על ידי אותה מדינה. יש, איפוא, להוכיח הלכה של החוק הבינלאומי על ידי הוכחות מספיקות שמהן אפשר להסיק, כי אותה המדינה הכירה בה ופעלה על פיה או שאופיה של הלכה זו או העובדה, שהיא מוכרת על ידי מדינות רבות ונפוצה ברבים, מחייבים את ההנחה, ששום מדינה תרבותית לא תתעלם ממנה⁶.

בפסקי-דין יותר חדיש, בג"צ 69/81 אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח'⁷, הגדיר הנשיא שמגר את המנהג הבינלאומי כדלקמן:

4 שם, 14-15.

5 י' דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (1971) 44.

6 פסקים עליון ט 14, 20.

7 פ"ד לז (2) 197, 238-239.

המונח משפט בינלאומי מנהגי, מן הנכון שיתפרש – לצורך קביעת תחומיו ותוכנו – על-פי תיאורו בסעיף 1 לסמך 38 מן החוקה של בית-הדין הבינלאומי... לפי מהותו של העניין, הכוונה להתנהגות מקובלת, שזכתה לחותם משפטי מחייב... פראקטיקה כללית, משמעה דרך פעולה קבועה, כללית ותמידית – להבדיל מתופעות זרעיות או מקריות – המקובלת על הרוב המכריע של אלו אשר פועלים בתחום המשפטי האמור. במלים אחרות, המעין, ממנו נשאבת עובדת קיומו של המנהג הבינלאומי, הוא ההשקפה המודעת של כל אלו המפעילים את המשפט הבינלאומי ואשר הם נושאים, לפיה מחובתם לנהוג בדרך, אותה קובע המנהג המקובל...

באותו פסק-דין גם נדונה השאלה, על מי מהצדדים לדיון רובין הנטל להוכיח את קיומו של המנהג הבינלאומי: "חובת ההוכחה בדבר קיומו של מנהג בעל מאפיינים ומעמד, כמתואר מבחינת היסודות שלו בסמך 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי, רובצת על מי שטוען לקיומו... המנהג צריך להיות מקובל לפחות על הרוב המכריע של המדינות"⁸. מכאן שבהבדל מיתר דיני המדינה, שאותם בית-המשפט אמור להכיר ולדעת, את קיומו של המנהג הבינלאומי חייב להוכיח מי שמבקש להסתמך עליו. כידוע, לא קל להוכיח את קיומו של המנהג הבינלאומי כאשר הוא שנוי במחלוקת, ובמיוחד את האלמנט הסובייקטיבי של הכרה שקיימת חובה משפטית לנהוג כך ולא אחרת (*opinio juris*), מה שהנשיא שמגר כינה התנהגות "שזכתה לחותם משפטי מחייב". במיוחד יחמיר בית-המשפט בתנאים להוכחת "מהותו וזיהויו של כלל מנהגי", כאשר מדובר בשאלה בדבר "קיומו של כלל מחייב של דיני המלחמה"⁹.

2. ההנחה שהמשפט הישראלי תואם את המשפט הבינלאומי

אם יש חשש לאי-התאמה בין המנהג הבינלאומי לבין הדין הישראלי, ינסה בית-המשפט לפרש את הדין הישראלי ככל האפשר באופן שיתיישב עם הכלל הבינלאומי. כך, למשל, אמר השופט לנדוי בבג"צ 302/72 חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'¹⁰ (משפט פתחת רפיח): "אם כי בתי-המשפט שלנו שואבים את כוח שיפוטם מחוקי המדינה ולא ממערכת המשפט הבינלאומי... הלכה רווחת היא אצלנו, בעקבות ההלכה האנגלית, שבית-משפט בישראל "יפרש חוק חרות מקומי, אם אך תכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי"..."

לפי פסיקת בית-המשפט העליון, חזקה שהמשפט הישראלי תואם לא רק את המנהג הבינלאומי המגובש, אלא גם "עקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות" – דברי השופט ח' כהן בבג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי ואח'¹¹. כזכור, בפרשה זו גדרש בית-המשפט העליון לפרש את החוק

8 שם, 241.

9 שם, 242; וכן בג"צ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב(2) 48, 4.

10 פ"ד כז(2) 169, 177; ראה גם בג"צ 279/51 אמסטרדם ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד ו 945, 966; ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היוה"מ, פ"ד ה 1065, 1066; ע"פ 336/61 אייכמן נ' היוה"מ, פ"ד טז 2033, 2040.

11 פ"ד יח 598.

הפלילי האוסר ביגמיה והעדיף פירוש שעל-פיו יתקיים שוויון בין בני הדתות השונות לעניין הנסיבות שבהן ניתן לקבל רשות לשאת אשה שנייה, ולפיכך צמצם את הסמכות שהוענקה לרב הראשי לגבי יהודים¹².

3. עדיפות החוק הפנימי במקרה של סתירה

במקרה שקיימת סתירה ברורה בין הנורמה הבינלאומית ובין החוק הישראלי החרות – סתירה שאין להתגבר עליה בעזרת כלל הפרשנות דלעיל – על השופט הישראלי להעדיף את החוק הישראלי. הלכה זו נקבעה בשעתו בע"פ 5/51 שטיינברג נ' היוה"מ¹³ לגבי תחולתו של חוק שירות ביטחון על תושבי ירושלים, ובע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי¹⁴ לעניין הפעלת סמכות שיפוט פלילית מכוח החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י–1950 על מעשים שנעשו בחו"ל לפני שקמה המדינה. בפרשת אייכמן הדברים למעשה נאמרו כאמרת-אגב, שכן בית-המשפט הגיע למסקנה שאותם סעיפים של החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם שנדונו במשפט זה כלל אינם סותרים את המשפט הבינלאומי, וזאת משני טעמים: ראשית, משום שקיימת סמכות שיפוט אוניברסלית, שכן המעשים שיוחסו לנאשם הם פשעים נגד המשפט הבינלאומי הפלילי; ושנית, בגלל סמכות השיפוט המוקנית לישראל מכוח הקשר בינה לבין הקורבנות.

נשאלת השאלה, האם רק חוק חרות שנחקק על-ידי הכנסת עדיף על המנהג הבינלאומי או שמא גם תקנות, דהיינו, חקיקת-משנה, עדיפה. שאלה זו נדונה בבג"צ 103/67 "דה אמריקן ארופין בית-אל מישן" נ' שר הסעד ואח'¹⁵. בין היתר התעוררה השאלה, האם תקנה 6(ה) לתקנות הפיקוח על מעונות (אחזקת ילדים במעון רגיל), תשכ"ו–1965, הקובעת ש"לא יתקבל ילד למעון שבו ניתן חינוך דתי אלא אם הוא בן אותה דת", הותקנה תוך חריגה מסמכות משום שלטענת העותרים היא בלתי-סבירה ופוגעת בחופש הדת. בית-המשפט הגיע למסקנה, שהתקנה איננה פוגעת בחופש-הדת. אגב הדיון בשאלה זו, אמר השופט ח' כהן:

תמים דעים אני עם בא-כוח העותרים, שתקנה הסותרת מושגי יסוד של חופש הדת או זכות אחרת מזכויות האדם המוכרות בתורת שכאלה במשפט העמים, תיראה בעיני בית-משפט זה כבלתי סבירה, ואחת דינה להיבטל על-ידי. אין אני זקוק לאסמכתאות מפורשות לקיום כלל זה: דייני בהלכה הפסוקה שכללי המשפט הבינלאומי, במידה שנתקבלו על דעת רוב אומות העולם ואינם עומדים בסתירה לחוק החקוק בידי הכנסת, מהווים חלק מן הדין השורר בישראל....

מכאן עולה, שהמנהג הבינלאומי עדיף על תקנה ישראלית, אך יש לזכור שהדברים הובאו באמרת-אגב. יש לקוות שאכן הפסיקה הישראלית תאמץ כלל זה אף במקרים שבהם הוא עשוי להכריע בדיון.

12 הלכה זו נהפכה בד"צ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים. פ"ד כה(1) 7.

13 פ"ד ה 1061.

14 פ"ד טז 5.

15 פ"ד כא(2) 325.

לבסוף יש לציין, שבמדינות רבות, ובניהן בריטניה, מקובל העיקרון, שבמקרה של סתירה בין מנהג בינלאומי לבין חוק פנימי יש להעדיף את המשפט הפנימי¹⁶. אך קיימת גם גישה שונה, כגון זו שאומצה בסעיף 25 לחוקת הריפובליקה הפדרלית של גרמניה (1949). הקובע כי "ההוראות הכלליות של המשפט הבינלאומי הן חלק מן המשפט הפדראלי. יש להן עדיפות על החוקים והן יוצרות ישירות זכויות וחובות עבור תושבי הטריטוריה הפדראלית".

2. האמנת הבינלאומיות

1. הקליטה האוטומטית של אמנות דקלרטיביות

לענייננו חשובה ההבחנה בין אמנות דקלרטיביות לבין אמנות קונסטיטוטיות¹⁷. עם הקבוצה הראשונה נמנות אותן אמנות המבוססות על המנהג הבינלאומי והמהוות קודיפיקציה שלו. אמנות אלו הן בעיקרן חלק מן המשפט הישראלי, מכוח המנהג המונח ביסודן, כמו, למשל, אמנת האג (IV) משנת 1907 בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה. הלכה זו נקבעה כבר בראשית ימיה של המדינה, בע"פ 1/48 סילבסטר נ' היועץ המשפטי¹⁸, שבו קבע בית-המשפט, בהסתמך על אמנת האג (IV), שהכנסת היתה מוסמכת להחיל על ירושלים את פקודת הסודות הרשמיים, אף-על-פי שירושלים היתה באותה תקופה בגדר שטח מוחזק.

לעומתן, האמנות הקונסטיטוטיות קובעות כללים חדשים של המשפט הבינלאומי. יש לציין, כי ייתכן שאמנה מסוימת תהיה בחלקה דקלרטיבית ובחלקה קונסטיטוטית. יתירה מזאת, סעיפים שמלכתחילה היו קונסטיטוטיוניים עשויים עם הזמן ליהפך לדקלרטיביים עקב התפתחותו של המנהג. יש לציין, שלעתים לא קל לקבוע אם הוראה מסוימת היא דקלרטיבית או קונסטיטוטית.

2. הצורך בקליטה ספציפית של אמנות קונסטיטוטיות

בית-המשפט העליון קבע כבר כמה פעמים, שאמנה קונסטיטוטית אינה נקלטת אוטומטית לתוך המשפט הישראלי. אפילו אם היא מחייבת את המדינה בתחום

16 ראה, למשל, "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", F. Morgenstern, *British Year Book of International Law* (1950) XXVI 42, 70-71; H. Mosler, "L'application du droit international public par les tribunaux nationaux", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1957-I) LXXXI 619, 695-669, § 56. לאור כמה התבטאויות אגב-אורחא בפסיקה הבריטית, יש מקום לסברה, שבמקרה של סתירה בין המנהג הבינלאומי לבין תקנה או חקיקה-משנה, לא תינתן בהכרח עדיפות לחיקוק הפנימי, וזאת משום שקיימת הנחה, שהפרלמנט לא הסמיך את מחוקק-המשנה לאמץ חיקוק הסותר את המשפט הבינלאומי; ראה מורגנשטרן, שם, בעמ' 70, הערה 5, וכן; *Croft v. Dunphy* [1933] A.C. 156, 164; *Molvan v. A.G.* [1948] A.C. 153-371.

17 נ' פיינברג, "אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטיטוטיות במשפט הבינלאומי" הפרקליט כד (תשכ"ח) 433; ב' רובין (לעיל, הערה 1), 221-223; S. Rosenne, "A Communication to the Editor" 15 *Israel Law Review* (1980) 463-466.

18 פסקים א' 513. דוגמאות נוספות להסתמכות על כללי האמנה הזאת: בג"צ 277/84 אע"רייבני ועדת העררים, פ"ד (2) 57; בג"צ 574/82 אל גאורגור נ' שר הבטחון ואח', פ"ד (3) 449.

הבינלאומי. עמדה זו נקבעה חד-משמעית בע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה ואח'י¹⁹, מפי השופט ברנזון. בפרשה זו ביקשו המשיבים להסתמך על ההסכם לשביתת-נשק כללית בין ישראל לירדן משנת 1949, כדי להבטיח זכויות רכושיות מסוימות. אך בית-המשפט קבע כי

הסכם וודוס הוא חוזה-ברית (treaty) בין מדינת ישראל לבין מדינה אחרת. יהא כוחו ותקפו של חוזה כזה מבחינת המשפט הבינלאומי אשר יהיה, אין הוא בבחינת חוק שבתי-המשפט שלנו יזדקקו לו או יתנו לו תוקף כל שהוא. הזכויות שהוא מעניק והחובות שהוא מטיל הן זכויות וחובות של המדינות אשר כרתו את ההסכם ומימושן הוא אך ורק בידיהן בדרכים המיוחדות להשגת ביצועם של חוזה בינלאומיים. חוזה כזה אינו ניתן בכלל לשיפוטם של בתי-המשפט במדינה, אלא אם ובמידה שהוא, או הזכויות והחובות הנובעות ממנו, צורפו בכור החקיקה של המדינה וקיבלו צורה של חוק מחייב. במקרה כזה, נזקק בית-המשפט, לאמיתו של דבר, לא להסכם בתור שכזה כי אם לחוק שהטביע עליו את חותמו ונפח בו רוח-חיים משפטית מבחינת החוק המוניציפלי שלנו...

על-אף כלל עקרוני זה, למעשה לא נמנע בית-המשפט באותו עניין מלפרש את הוראתה של האמנה, שעליה הסתמכו המשיבים. על ההלכה שנקבעה במשפט סמרה חזר בית-המשפט העליון פעמים רבות²⁰. מאחר שאין מכירים בתוקפן של אמנות במשפט הישראלי בהעדר קליטה, על-אחת-כמה-רשומה שאין מחילים אותן בשעה שהן סותרות דין ישראלי²¹.

גישה זו של שלילת תוקף במשפט הפנימי מאמנות בינלאומיות שלא עברו תהליך של קליטה דומה לעמדה שהמשפט המקובל בבריטניה נוקט כלפי מרבית האמנות הבינלאומיות (פרט לאלה העוסקות בנושאים שהם בתחום הפרווגטיבה של הכתר, כגון דיני מלחמה, ופרט לאלה שביצוען אינו מחייב הכנסת שינויים במשפט הקיים), אך היא שונה מגישתן של מדינות רבות אחרות, כגון צרפת וארצות-הברית, שבהן מקובל כי אמנה בינלאומית שנעשתה כדין היא אוטומטית חלק מן המשפט הפנימי²². במדינות מסוימות תוקפה של האמנה כתוקף של חוק, באתרות תוקפה עולה על תוקפו של החוק, ויש מדינות שבהן תוקפה אפילו עדיף על החוקה²³.

19 פ"ד י' 1825, 1829.

20 ראה, למשל, ע"א 140/58 ריצ'וק נ' היה"מ, פ"ד יג' 859; ע"א 439/67 מכבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא' (1) 770; בג"צ 69/81 אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד לט' (2) 197; בג"צ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב' (2) 4, 36 והאסמכתאות הרבות המובאות שם; בג"צ 253/88 סג'דיה ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב' (3) 801. בג"צ 253/88, בג"צ 323/88 סג'דיה ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב' (3) 801, במיוחד בעמ' 811, 814-815, 816.

21 על המצב בבריטניה, ראה M. Shaw, *International Law* (Cambridge, second edition, 1986) 108-111; McNair, *The Law of Treaties* (1961) 81-97; Mann, "The Enforcement of Treaties by English Courts" 44 *Transactions of the Grotius Society* (1958-1959) 29; לעיל, הערה (1) 214-212. על המצב בצרפת ראה Ch. Rousseau, *Droit International Public* (Paris, 1970) I 172-179, על המצב בארצות-הברית ראה *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987) II 40-69.

23 ראה י' דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (1971) 141-143; R. Lapidoth, *supra*; note 1, pp. 83-94.

3. הדרכים לקליטת אמנה בינלאומית

כפי שנקבע בבג"צ 69/81 אבו עיטת וזאת נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח' 24, "כללי המשפט הבינלאומי ההסכמי אינם נקלטים אוטומטית ואינם הופכים לחלק מן הדין החל בישראל, כל עוד לא אומצו או שולבו בדרך החקיקה והפכו לחלק מן המשפט, החל בישראל מכוח הוראותיו של חוק תרות או של חקיקת משנה, ששאבה כוחה מהסדר חקיקתי *praeter legem*". החקיקה לקליטת אמנות בינלאומיות לובשת צורות רבות ושונות.

(א) חקיקה ראשית ספציפית

לעתים הכנסת מאמצת חוק, הקולט לתוך המשפט הפנימי את הוראותיה של אמנה מסוימת. כך, למשל, בא החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950, להעביר לתוך המשפט הישראלי את האמנה שנעשתה בנושא זה בשנת 1948²⁵; וחוק התובלה האווירית, תשכ"ב-1962, החיל בארץ את האמנה לאיחוד כללים מסוימים בדבר תובלה בינלאומית באוויר (אמנת ורשה, 1929)²⁶. למעשה, בדרך-כלל נמנעת הממשלה מלאשרר את האמנה בזירה הבינלאומית עד שלא קיבלה את החקיקה הדרושה לשם ביצועה במשפט הפנימי, וזאת כדי למנוע ככל האפשר קיום סתירה בין המשפט הפנימי להתחייבויות הבינלאומיות של המדינה. אך לעתים אין מקפידים על קיומו של עיקרון זה. כך, למשל, הצטרפה ישראל לאמנה שבאה למנוע כינויו של יין בשם גיאוגרפי שאיננו מקום-מוצאו, מבלי שנחקק חוק מתאים²⁷. לאחר שממשלת צרפת התלוננה פעמים מספר על שימוש בשם "קוניאק" על משקאות מתוצרת ישראל²⁸, הגישה הממשלה בשנת 1957 הצעת חוק לתיקון פקודת סימני סחורות, והחוק התקבל ביולי 1958²⁹. למעשה התקבל החוק, אך כי רבים מחברי ועדת-הכלכלה של הכנסת לא ראו אוורו בעין יפה, שכן הוחלט לאמצו כדי לאפשר ביצוע התחייבות בינלאומית שהמדינה כבר קיבלה על עצמה בעבר³⁰.

- 24 פ"ד לו(2) 197, 234.
- 25 חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950, ס"ח תש"י, 137. האמנה פורסמה בכתבי אמנה כרך 5, עמ' 66. ראה במיוחד סעיף 10 לחוק האומר במפורש שחוק זה בא בעקבות האמנה. ראה גם ה"ח תש"י, 37.
- 26 חוק התובלה האווירית, תשכ"ב-1962, ס"ח תשכ"ב, 90. האמנה פורסמה בכתבי אמנה כרך 8, עמ' 479; ופרוטוקול מתקן (משנת 1955) פורסם בכתבי אמנה 244. כרך 8, עמ' 523. ראה גם ה"ח תשכ"ב, 78. רבים מחוקי-העבודה בישראל מקורם באמנות-עבודה בינלאומיות; ראה ר' בן ישראל, דיני עבודה בישראל (האוניברסיטה הפתוחה, תשמ"ט-1989) 46.
- 27 הסדר מדידי בדבר השבתת ציוני שקר על מוצא הסחורה משנת 1891, כפי שתוקן בשנים 1911, 1925, 1934, שישראל הצטרפה אליו ב-1949 ואשר נכנס לתוקף לגבי ישראל בשנת 1950, כתבי אמנה 37, כרך 2, עמ' 63.
- 28 ראה ה"ח תש"ז 341.
- 29 ס"ח תש"ח 156.
- 30 דברי הכנסת, כרך 24, עמ' 2217.

(ב) חקיקה ראשית כללית הקולטת אמנות שתיכרתנה בתחום מסוים

לעתים החוק כולל הוראה כללית המקנה מראש תוקף לכל אמנה בינלאומית שתיכרת בנושא מסוים. כך, למשל, קבע סעיף 36 לפקודת הדואר את אחריות המדינה לדברי דואר בהתאם ל"אמנת הדואר העולמית שהיא בתוקף אותה שעה"³¹. הוראה זו נדונה בהרחבה בע"א 580/82 אינשורנס קורפוריישן און אירלנד לימיטר ואח' נ' מדינת ישראל ואח', ובו נקבע, שאמנות הדואר הללו תקפות בארץ מכוח ההוראה הנ"ל ללא צורך בפרסומן ברשומות; שכן "אין אמנת הדואר מהווה 'תקנה', ואין היא 'תקנה בת-פעל תחקיתי', המחייבת פרסום ב'רשומות' על-פי סעיף 17 לפקודת הפרשנות"³².

(ג) חקיקה ראשית שתחולתה תלויה בקיום אמנה

בתחום ההסגרה אנו עדים לתופעה, שאין קליטה פורמלית של האמנות, אך קיומן הוא תנאי להפעלת החוק. כך, למשל, קובע סעיף 2 לחוק ההסגרה, תשי"ד-1954, כי מותר להסגיר אדם אם קיים הסכם הקובע הדדיות. יתירה מזאת, החוק אף קובע, שכנושאים מסוימים יש לנהוג על-פי הקבוע באמנה אפילו אם נקבע הסדר שונה בחוק³³.

ואם בחוק ההסגרה אנו דנים, יש להזכיר שבית-המשפט העליון פירש חוק זה בסוגיות שונות במטרה מוצהרת לקדם את שיתוף-הפעולה הבינלאומי במלחמה בפשע. לפיכך החליט בית-המשפט העליון, מפי השופט ג' בך, כי "כאשר בחוק ההסגרה עסקינן, מן הדין לתת למונח 'נאשם' פירוש רחב..." ולכן לא רק אדם, שנגדו כבר הוגש כתב-אישום, ייחשב כ"נאשם" לצורכי החוק³⁴.

כדי לקיים את שיתוף-הפעולה הבינלאומי, את "התכלית החקיקתית של החוק", העניק בית-המשפט העליון פירוש מצמצם לשיקול-הדעת שחוק ההסגרה הקנה לשר-המשפטים בבואו להחליט — על-פי סעיף 18 לחוק ההסגרה — אם להסגיר אדם שבית-המשפט קבע שהוא ברהסגרה: בבג"צ 852/86 אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח'³⁵ (פרשת נקש), נקבע, שרק שני שיקולים יכולים להצדיק החלטה של השר שלא להסגיר: שיקולים פוליטיים בין-מדינתיים המתייחסים להתפתחויות מדיניות שחלו אחרי עשיית הסכם-ההסגרה; ושיקולים פרסונליים-הומאניטריים, דהיינו, אם יש "נתונים בדוקים, יוצאי דופן וכבדי משקל, אשר לפיהם תהיה הסגרה, בנסיבות המקרה, בגדר מעשה בלתי צודק בעליל או תעלה לכדי מעשה של התעמרות קשה במבוקש"^{35*}.

31 פקודת הדואר [נוסח חדש], תשל"ז-1976, דיני מדינת ישראל נוסח חדש, מס' 29, עמוד 567. הפקודה הוחלפה בשנת 1986 על-ידי חוק רשות הדואר, התשמ"ו-1986, ס"ח תשמ"ו, 79. הסעיפים הרלבנטיים בחוק החדש — 82 ו-83 — מתייחסים לאמנת הדואר העולמית שבתוקף אותה שעה ושעליה פורסמה הודעה ב"רשומות".

32 פ"ד מא(2) 309, 319. על העובדות שנגדו בפסק-דין זה חלה פקודת הדואר [נוסח חדש], תשל"ז-1976, ולא החוק משנת 1986, המחייב בפירוש פרסום ב"רשומות", כפי שהוסבר בהערה 31.

33 ס"ח תשי"ד, 174. עיין בסעיפים 12 ו-21.

34 ע"פ 74/86 גולדשטיין נ' מדינת ישראל, פד"י (לט) 281.

35 פד"י מא(2) 42.

*35 שם, 46.

(ד) קליטה על-ידי תקנות

במקרים רבים נקלטות האמנות כמשפט הישראלי על-ידי תקנות או צווים המתפרסמים ברשומות. כך, למשל, מוסמך שר-החצר, מכוח חוק חסינויות וזכויות (ארגונים בין-לאומיים ומשלחות מיוחדות), התשמ"ג-1983,³⁶ להעניק בישראל חסינויות שנקבעו באמנות בינלאומיות. כמו-כן הוסמך, על-ידי חוק חסינויות וזכויות (הכוח הרב-לאומי), התשמ"ב-1982,³⁷ להעניק חסינויות לכוח המפקח על הגבלת הכוחות בסיני ובדרום הנגב.³⁸ לעתים טענה פעולת השר אישור של הממשלה או של ועדה אחת או שתיים מוועדות-הכנסת. לפעמים אף זקוקות התקנות להסכמתם של שני שרים או יותר. תופעה מעניינת היא ההסמכה שהמחוקק נותן לעתים לשר זה או אחר לקלוט אמנות בינלאומיות, שלהוראותיהן תהיה עדיפות על החוק עצמו. כך, למשל, נקבע בחוק לתיקון פקודת זכות יוצרים, שבעקבות אמנה בינלאומית שישראל צד לה, שר-המשפטים רשאי להורות, בצו שיפורסם ברשומות, על הגנה על יצירות זרות בישראל, והגנה זו יכולה להיות יתירה מזו הניתנת ליצירה שפורסמה בישראל אם אכן כך הוסכם באמנה.³⁹ גם חוק הביטוח הלאומי מעניק לשר-העבודה את הסמכות להתקין תקנות (באישור ועדת-העבודה של הכנסת) לביצוע הסכם בינלאומי הקובע יחסי-גומלין, אפילו בסטייה מהוראות החוק עצמו.⁴⁰ סמכות דומה ניתנה לשר-האוצר להתאים את החקיקה הישראלית להסכמים בדבר מתן הקלה ממסי-כפל, ו"הא תוקף להסכם... לעניין מס הכנסה, על אף האמור בכל חיקוק".⁴¹

לפעמים מוסמך השר לקלוט את האמנה הבינלאומית לתוך המשפט הישראלי מכוח סמכויותיו הכלליות, למשל, בתחום סדרי הדין האזרחיים לפי הסעיפים 108 ו-109 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. אך ברוב המקרים מתבצעת הקליטה על-ידי השר מכוח הסמכה מיוחדת שקיבל מאת המחוקק.

4. מעמדה של האמנה לאחר הקליטה**(א) התוקף שיש להוראותיה של אמנה**

האקט של הקליטה הוא הקובע את המעמד והתוקף של הוראותיה של האמנה כמשפט הישראלי. ראינו לעיל דוגמאות אחדות למקרים, שבהם להוראותיה של האמנה עדיפות על החוק עצמו. יש להניח שעדיפות זו, והנובעת מן החוק, מתייחסת רק למעשי חקיקה הקודמים לקליטת האמנה. טפק רב אם כתיב המשפט בארץ היו נותנים עדיפות לאמנה על-פני חוק מאוחר יותר, גם אם בחוק המסמך נאמר, למשל, ש"הא תוקף להסכם... על אף האמור בכל חיקוק" (סעיף 196 לפקודת מס-הכנסה).

36 ס"ח התשמ"ג 124.

37 ס"ח תשמ"ב 30.

38 ראה צו חסינויות וזכויות (הכוח הרב-לאומי), התשמ"ג-1983, קובץ התקנות תשמ"ג 683.

39 סעיף 6 לחוק לתיקון פקודת זכות יוצרים, תשי"ג-1953, ס"ח תשי"ג 38.

40 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968, ס"ח תשכ"ח 108, סעיף 190.

41 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], סעיף 196. ראה גם סעיף 10 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח תשט"ו 171.

(ב) הפירוש הניתן להוראותיה של האמנה

גם לאחר שההוראות קיבלו גושפנקא של המשפט הפנימי, עדיין ניכר מקורן הבינלאומי. הדבר בא לידי ביטוי בכך, שבתיה המשפט יטו לפרש את החוק הקולט בהתאם לפירוש הניתן בתחום הבינלאומי להוראותיה של האמנה המונחת ביסוד אותו החוק. פרקטיקה זו באה לידי ביטוי אפילו לגבי חוקים שלא קלטו הסכמים בינלאומיים שישראל צד להם, אלא רק קיבלו השראה מטקסטים בינלאומיים שונים. כך, למשל, בפסקי-דין העוסקים בפשעי הנאצים בדק בית-המשפט את החקיקה הישראלית בהסמך על חוקת בית-הדין הצבאי הבינלאומי בנירנברג, חוק מס' 10 של מועצת הפיקוח לגרמניה, הפסיקה של בית-הדין בנירנברג, דיוני הוועדה המשפטית של ועדת האו"ם לפשעי מלחמה והאמנה למניעתו וענישתו של הפשע השמדת-עם.⁴²

השאלה נדונה לאחרונה בד"נ 36/84 טייכנר ודדון נ' אייר פרנס⁴³: העותרים נמנו עם נוסעי המטוס של חברת "אייר פרנס" אשר נחטף והובא לאנטבה בשנת 1976. על תביעת-הנוזקין שהוגשה חלה האמנה לאיחוד כללים מסוימים בדבר תובלה בינלאומית באוויר (אמנת ורשה), 1929, אשר נקלטה בארץ על-ידי חוק התובלה האווירית, תשכ"ב-1962.⁴⁴ האמנה קובעת תקופת-התיישנות של שנתיים ימים, אך העותרים ביקשו ליהנות מתקופת-התיישנות יותר ארוכה, על-ידי הרכבת ההוראות שבחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958,⁴⁵ על הוראותיה של האמנה.

בית-המשפט העליון, בהרכב של חמישה שופטים, דחה את טענת העותרים, שכן לדעתו "תקופת השנתיים הקבועה בסעיף (1)29 היא אבסולוטית וממצה, עד שהיא דוחה לחלוטין את תחולת ההוראות ההארכה שבחוק הכללי המקומי". בית-המשפט קבע במפורש, כי "כאשר באים לפרש אמנה בינלאומית, ובמיוחד אמנה כמו זו שלפנינו, שחברות בה עשרות ממדינות העולם, יש להתחקות אחר מטרותיה וכוונת מנסחיה. כך ניתן יהיה להבטיח יישום נכון ואחיד, ככל האפשר, של הוראותיה". לדעת השופט ד' לויין ניתן לפנות לדין המקומי, רק "כאשר האמנה עצמה מפנה אליו במפורש" או "כאשר מתברר, כי קיימת לאקונה באמנה במובן זה, שאין היא דנה כלל בנושא מסויים ושאיין המדובר בהסדר שלילי". כמורכב ייתכן מצב, שבו האמנה לא דנה בנושא "מסויים...מן הסיבה שמדובר במצב או בבעיה שלא היו ידועים או לא התעוררו כלל בזמן ניסוח האמנה אלא לאחר מכן. על הפרשן במקרה כזה לבחון את הבעיה החדשה הזו ולתת לה פתרון, תוך התחשבות ברוחה של האמנה ובמטרותיה אך מתוך מגמה של ליברליות וגמישות, גם בהתייחסות לדין המקומי". את ההשקפה ההפוכה ייצג השופט ברק (כמיעוט), שכן לדעתו, הנורמה הבינלאומית "עם קליטתה... חייבת ליהפך לאבר חי מרקמת הדין המקומי. תוך מהלך הקליטה הזו היא משנה את אופיה ומתאימה עצמה לסביבתה הלאומית".⁴⁶

42 ראה, למשל, ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי, פ"ד טז 2033. ייתכן שהשופטים ראו במסמכים הללו ראיה לקיומו של מנהג בינלאומי.

43 פ"ד מא(1) 589.

44 ראה לעיל, הערה 26.

45 חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, ס"ח תשי"ח 112.

46 הציטוטים מדעת הרוב לקוחות מן העמודים 623, 625, 630-631, וזו מדעת המיעוט מעמ' 612. יש להצביע בהקשר זה גם על פסק-הדין בע"פ 557/71 הקשטור נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 241.

אך הוצב סייג לעיקרון בדבר פירוש האמנה לאחר קליטתה בהתאם למקובל בתחום הבינלאומי: כאשר הנסיבות המיוחדות של ישראל מחייבות זאת, אין צורך להיזקק לפירוש המקובל בתחום הבינלאומי. הלכה זו נקבעה מפי השופט זילברג ז"ל בע"א 200/52 היועץ המשפטי נ' קיין ואח'י⁴⁷. במשפט זה התעורר הצורך להוכיח פטירה באופן אינצידנטלי, והשאלה הייתה האם הפרק השני לחוק הצהרות מות, תשי"ב-1952⁴⁸, העוסק בנעדרים מלחמת 1939-1945, והמבוסס על אמנה בינלאומית בדבר הצהרה על מותם של נעדרים⁴⁹, ביטל, לגבי פטירה בתקופת מלחמת העולם השנייה, את דרכי הוכחת הפטירה שהיו קיימות לפני עשיית האמנה, גם לגבי מקרים שבהם שאלת מותו של הנעדר היא אינצידנטלית גרידא. בית המשפט היה סבור, שעקב ממדי השואה, לא ייתכן שהמחוקק הישראלי צמצם את הדרכים להוכיח פטירות באופן אינצידנטלי. יחד עם זאת, בדק השופט את הפירוש שניתן לאמנה על-ידי משפטים בינלאומיים ובא למסקנה, שפירוש זה עולה בקנה אחד עם הפירוש שבית המשפט נתן לחוק הישראלי שקלט את האמנה.

יש להניח שהנטייה לפרש אמנה בינלאומית לאחר קליטתה בהתאם לפירוש הניתן לה בתחום הבינלאומי נובעת משאיפתה של מדינת ישראל לכבד את התחייבויותיה הבינלאומיות כלשונן וכרוחן, במידת האפשר.

5. המקרה המיוחד של כתב-המנדט

אם כי צוין לעיל, שאמנה בינלאומית קונסטיטוטית טעונה קליטה כדי שביט-משפט ישראלי יוכל להיזקק לה, יש להצביע על כך, שקיים מסמך בינלאומי אחד שביט-המשפט העליון ראה אותו כבעל תוקף במשפט הפנימי אף ללא אקט של טרנספורמציה. כוונתי לכתב-המנדט הבריטי לארץ-ישראל משנת 1922, דהיינו, אותו מסמך של מועצת חברי-הלאומים שבו הוגדרו סמכויותיה ותפקידיה של בריטניה, המעצמה המנדטורית בארץ-ישראל, ואשר בו נקבע בין היתר (בסעיף 15) איסור על כל אפליה בין תושבי ארץ-ישראל על יסוד גזע, דת או לשון. כזכור, פסק בית-המשפט העליון בתקופת-המנדט, שכתב-המנדט איננו חלק מן המשפט הפנימי של ארץ-ישראל אלא במידה שזכה לטרנספורמציה⁵⁰. לעומת זאת, בראשית ימיה של המדינה פסק בית-המשפט העליון שכתב-המנדט היה גם היה חלק מזוקי ארץ-ישראל וכי חקיקה מנדטורית

שבו פורשה האמנה האירופאית בדבר הסגרה על-פי הפירוש המקובל במשפט הבינלאומי. גם בית-הדין הארצי לעבודה מפרש חקיקה ישראלית הבאה בעקבות אמנת-עבודה בינלאומית, שישראל אשררה אותה, בהתאם לאותה אמנה; ראה למשל, דיון מס' לז/71-3 "עלית" חברה ישראלית לתעשיית שוקולד בע"מ — שורה לדומן, פד"ע ט 255, 264; דיון מס' לח/10-4 הנהלת תעשיית אסבסט צמנט נהריה — הסתדרות העובדים הכללית בא"י ואח', פד"ע י 7, 19.

47 פ"ד ז 107.

48 ס"ח תשי"ב 134.

49 כתב סופי של ועידת האומות המאוחדות בדבר הצהרה על מותם של נעדרים, כתבי אמנה 17, כך 1, עמוד 186. ראה גם ה"ח תשי"א 204.

50 בג"צ 19/47 רוזנבלט נ' רשם הקרקעות חיפה ואח', אל"ד (1947) 505, 499. בפרשה זו ביקש העותר לתקוף את חוקיותן של התקנות משנת 1939, שבאו להגביל העברת קרקעות בארץ-ישראל ליהודים, בטענה שהן סותרות את כתב-המנדט.

הנוגדת אותו היא בטלה ואינה מהווה חלק מהמשפט הישראלי מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט⁵¹. אך הטעם לעמדה זו אין מקורו בגישה כללית כלפי אמנות בינלאומיות, אלא בעובדה שבית-המשפט ראה במסמך זה מעין חוקת יסוד של ארץ-ישראל מטעם חברי-הלאומים.

6. החיזקות לאמנות שלא זכו לטרנספורמציה

ראינו, שעקרונית רק אמנות שנקלטו במשפט הישראלי יכולות לשמש בסיס לפסיקה של בית-משפט בישראל. ובכל-זאת, אנו עדים לכך, שבית-המשפט העליון לפעמים בודק ובוחר את הבעיות המובאות בפניו גם לפי אמנות שלא זכו לקליטה. ייתכן שעמדה זו נובעת מן ההנחה הבסיסית שישראל מתכוונת לקיים את חובותיה הבינלאומיות. דוגמא מעניינת היא ע"א 65/67 קורץ ולטושינסקי נ' קירשן⁵², שבו התעוררה השאלה מה הדין הצריך לחול על צוואה שנעשתה בגרמניה על-ידי יהודי חסר-נתינות וחושב גרמניה. מאחר שבמשפט הישראלי לא נמצאה תשובה לשאלה זו, החיל בית-המשפט העליון, מפי השופט ח' כהן, את הוראותיה של האמנה בדבר מעמדם של מחוסרי-אזרחות משנת 1954, אשר אמנם אושרה על-ידי ישראל אך לא זכתה לטרנספורמציה.

בהנמקתו בית-המשפט אומר:

המחוקק הישראלי לא ראה מקום או צורך לעשות מעשה חקיקה משלו כדי להעניק להוראת סעיף 12 לאמנה האמורה — שהיא הוראה מובהקת של החוק הכללי — תוקף של חוק מחייב. ויש דברים בגו: על הוראה זו של האמנה באה הסכמתן הכללית של אומות העולם: ואין נפקא מינה לענייננו אם הצטרפו לה באורח פורמלי אם לאו, משום מעשה שהיה, שהאמנה הזאת נוסחה על-ידיהם ועל דעתם של מומחי משפט מכל קצוות תבל, הן אנשי המשפט הבינלאומי והן נציגי כל שיטות המשפט הנהוגות בעולם, ולא בא עליה ערר או סייג... אין אני רואה מנוס מן המסקנה שהוראת האמנה הזאת, כמשקפת נאמנה כלל מקובל של המשפט הבינלאומי, אמנם באה היא ומיועדת למלא את החסר...⁵³.

בית-המשפט היה ער לעובדה, שעקרונית, בהעדר מעשה של קליטה אין להסתמך בפני בית-משפט ישראלי על הוראותיה של אמנה בינלאומית, אך ראה את עצמו זכאי להיזקק להוראה הרלבנטית בגלל היותה מעשה ידי מומחים ממדינות רבות. כמו-כן צוין, שהוראה ברוח זו נכללה בשתי אמנות וכי מדינות רבות נוהגות על-פיה. לא ברור אם ה-*ratio* של ההנמקה הוא, שמדובר באמנה דקלרטיבית, אשר — כפי שראינו לעיל — מהווה חלק מן המשפט הפנימי אף ללא קליטה ספציפית אלא מכוח המנהג המונח ביסודה, או משום ההנחה שבמידת האפשר יש לפרש את המשפט הפנימי כתואם את ההוראות הבינלאומיות. מכל-מקום, הנשיא שמגר הסתייג בבג"צ 785/87 עפו

51 ראה בג"צ 5/48 ליון נ' גוברניק, פסקים א' 14; בג"צ 7/48 כרבוטלין נ' שר הבטחון, פסקים א' 97. ראה גם בג"צ 222/68, המ' 15/69 חוג ים לאומיים נ' שר המשטרה, פד"י (2) 141, 212.

52 פ"ד כא(2) 20.

53 שם, 26–27.

ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' 54 מן הגישה שבאה לידי ביטוי בע"א 65/67 דלעיל.

אף בית-הדין הארצי לעבודה הסתמך על אמנה שישוראל אמנם אשררה אותה, אך לא קלטה אותה כמשפטה הפנימי על-ידי מעשה חקיקה. בדיון לג/25–3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר ואח' – עדנה חזין ואח' 55 בא-בית-הדין למסקנה, שהוראה מסוימת בהסכם קיבוצי היה בה משום אפליה ולכן ביטל אותה (המדובר היה במסלול ההתקדמות בתפקיד ובדרגה, אשר מנע מדיילת "אל-על" להגיע לתפקיד של "דייל-כלכל"). ישראל הצטרפה בשעתו לאמנת-העבודה הבינלאומית מס' 111 משנת 1958 בדבר אפליה בעבודה ובמשלח-יד⁵⁶, אך עקרון אי-האפליה לא הועבר במלואו לתוך המשפט הפנימי. בפוסקו בפרשה זו, עשה בית-הדין שימוש רב במסמכים בינלאומיים. ראשית, הוא אימץ לעצמו את ההגדרה של אפליה המופיעה באמנה דלעיל וכן בהמלצת העבודה הבינלאומית לעניין אפליה, אף היא משנת 1958⁵⁷; שנית, בבואו לפרש את הביטויים "תיקון-העולם", "טובת-הכלל" ו"הסדר הציבורי" – מושגים שפגיעה בהם גררה פסילת תווה לאור סעיף 64 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני⁵⁸ – הסתמך בית-הדין על איסור האפליה המופיע בשני המסמכים הנ"ל, במגילת-האזורים, בחוקת ארגון-העבודה הבינלאומי ובהכרזה האוניברסלית על זכויות-האדם; ושלישית, הוא הסתמך על אמנת-העבודה ועל המלצת העבודה הנ"ל בהגיעו למסקנה ש"כלל הוא בסילוק אפליה, כי אין מבטלים, יחד עם סילוק האפליה, הסדרים מיוחדים לטובת מי שהיה מופלה לרעה"⁵⁹.

אמנם, בית-הדין היה ער להגבלה הנובעת מהלכת סמרה דלעיל, וציין שבקבלת ההגדרה שבאמנה הבינלאומית "לא נאמר עדיין דבר על מקומה של האמנה, עת באים לפסוק לגופו של עניין..."⁶⁰. כמורכב קבע, ש"ברי לבית הדין, כי אמנת העבודה הבין-לאומית, אף אם אושררה על ידי ישראל, כשלעצמה, אינה מקור של זכויות וחובות בתחום היחסים בין אדם לרעהו, אך משבא בית הדין לשקול מה טוב ומה רע, מה יביא לתיקון העולם ומה לא יביא לכך, ילמד בית הדין מהאמנה ויודרך על ידה"⁶¹. דוגמאות רבות בדבר התייחסותו של בית-המשפט העליון להוראות שלא נקלטו במשפט הפנימי ניתן למצוא בפסיקה העניפה בתחום דיני-המלחמה. כידוע, ישראל אשררה את אמנת-ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי-מלחמה⁶², אך לא קלטה את הוראותיה במשפט הפנימי⁶³. בכל-זאת בדק בית-המשפט את הסעיפים הרלבנטיים (35 ו-27) שעה שדן בבקשות לאיחוד משפחות⁶⁴.

54 פ"ד מב(1) 4, 37–38. ראה גם מאמרו של פרופ' נ' פיינברג, לעיל הערה 17.

55 פד"ע ר, 365, במיוחד בעמ' 371–372, 379, 377.

56 כתבי אמנה 288, כרך 10, עמ' 27.

57 סעיף זה הוחלף על-ידי סעיף 30 לחוק ההודים (חלק כללי), תשל"ג–1973, ס"ח תשל"ג 118.

58 כתבי אמנה 30, כרך 1, עמ' 559.

59 יש לציין שפקודות מטכ"ל מחייבות את חיילי צה"ל לנהוג על-פי האמנות הללו, והן פורסמו כנספחים מס' 61 ו-62 לפקודות המטה הכללי (תשט"ו). ראה גם פקודת מטכ"ל 33.0133, מיום 30 ביולי 1982.

60 בג"צ 500/72 אל-טין נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כז(1) 481; בג"צ 673/88 אל-סעדי ואח' נ' ראש המנהל האזרחי כרעועת עזה, פ"ד מא(3) 138; ובג"צ 13/86 שאהין ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד מא(1) 197.

כאשר בדק בית-המשפט, מפי הנשיא שמגר, אם קיימת חובה לקיים ערכאת-ערעור על בתי-הדין הצבאיים בשטחים, התייחס בין היתר לאותה אמנת-גינבה הרביעית.⁶¹ כמובן נבדקה חוקיותה של הפקעת רכוש בלבנון על-ידי צה"ל תוך התייחסות לאמנה זו (סעיפים 53 ו-147).⁶² בכל המקרים הללו בא בית-המשפט למסקנה, שהמדינה פעלה בהתאם לכללי האמנה הבינלאומית. הוא-הדין לגבי העתירות נגד גירוש מן השטחים לחר"ל, והעברת עצירים מהשטחים לישראל, אשר נדונו בין היתר על-פי סעיף 49 לאמנה.⁶³

במקרים שבהם הסתמך בית-המשפט על האמנה הרביעית, על-אף העדר הקליטה, למעשה עשה זאת בהסכמת נציגי המדינה (לא היתה נכונות כזאת בעתירות שבהן נדונה חוקיות ההתנחלויות).

יש לציין, שאין אחידות מלאה בעמדת בית-המשפט העליון כלפי ההתייחסות לאמנות שלא עברו תהליך של קליטה, אף אם נציג המדינה מסכים לכך. כך, למשל, לא ראה השופט ויתקון ז"ל עמדה זו בעין יפה, והוא אמר:

אין אני יכול אלא להתייחס בספקנות לנוהג שהשתרש, כנראה, אצל נציגי המדינה להסכים לכירור מעשי השלטון הצבאי אף מבחינת המשפט הבינלאומי ההסכמי. אף הסכמה זו הניתנת מדי פעם בפעם לגבי נושאים מוגדרים וכלי התחייבות שניתן בכל העתירות, הופכת את דיונונו למעין בורות התלויה בהסכמת הנחבע. לעניות דעתי, לא לשם כך נוצר בית-משפט זה.⁶⁴

7. ההיזקקות לאמנות שישראל אינה צד להן ולמסמכים בינלאומיים אחרים

לעתים מתייחס בית-המשפט אף לאמנות שלא זו בלבד שלא נקלטו במשפט הישראלי, אלא שמדינת ישראל אף אינה צד להן בתחום הבינלאומי. יתירה מזאת, לעתים מסתמכים על מסמכים והכרזות שאף במשפט הבינלאומי אין להם תוקף מחייב או שטרם היו בתוקף בשעה שבית-המשפט הסתמך עליהם. כאשר מדובר באמנה דקלרטיבית, אין כל קושי בדבר, אך כשמדובר באמנה קונסטיטוטית או במסמך חסר תוקף משפטי, הרבר בעייתי, שהרי לא ברור מהו היסוד להיזקקות זו.

61 בג"ץ 87/85 ארג'וב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד מב(1) 353.

62 בג"ץ 574/82 אלינאואר נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לט(3) 449.

63 ראה בעיקר בג"ץ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג(3) 309; בג"ץ 698/80 קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לה(1) 617; בג"ץ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב(2) 4; בג"ץ 253/88 סג'דיה ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 801. יש לציין שבשני פסקי-הדין שצוטטו לאחרונה, הסתייג השופט ג' כך מעמדת-הרוב בנקודה זו, משום שלדעתו, סעיף 49 לאמנת-גינבה הרביעית אינו מתיר כל גירוש — ראה פ"ד מב(2) 67–76; ופר"י מ"ב(3) בעמודים 826–829. על בעיית הגירוש ראה י' דינשטיין, "התנחלויות וגירושים בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ז' (תשל"ט) 188; י' דינשטיין, "גירושים משטחים מוחזקים" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 403–416.

64 בג"ץ 302/72 חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד כז(2) 169, 181 — משפט פתחת רפיח; ראה גם דבריו בבג"ץ 606/78 אויב ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לג(2) 113, 120.

(ג) זכויות האדם

להלן כמה דוגמאות: במשפט שטרייט ישהוזהר לעיל⁶⁵, הסתמך בית-המשפט על ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות-האדם כמסמך הפוסל אפליה. על אותה הכרזה הסתמך בית-המשפט בפרשת "אמריקן ארופין בייט-זול מישן"⁶⁶ כמסמך המחייב חופש-דת. בפסק זה הסתמכו על שני מסמכים בינלאומיים נוספים: טיוטת ההסכם למניעת אי-סובלנות דתית — מסמך שער עצם היום הזה לא נתקבל בתחום הבינלאומי⁶⁷, והאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, אשר בעת מתן פסק-הדין טרם היתה בתוקף. לאחרונה שוב ציטט בית-המשפט אמנה זו, במשפט ארג'וב שהוזכר לעיל⁶⁸ (העוסק בשאלה, האם המשפט הבינלאומי מחייב הקמתה של ערכאת-ערעור על בתי-הדין הצבאיים), אך הפעם כבר היתה האמנה בתוקף בין המדינות שהצטרפו אליה (ישראל טרם הצטרפה). במשפט בייט-זול מישן דלעיל הסביר השופט ח' כהן את הסתמכותו על ההצהרה האוניברסלית ועל האמנה משנת 1966 כדלקמן:

עיקרי חופש הדת, כמותם כיתר זכויות האדם, כפי שנקבעו בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, 1948, ובאמנה על זכויות מדיניות ואזרחיות, 1966, הם כיום נחלתם של כל העמים הנאורים, בין שהם חברי ארגון האומות המאוחדות ובין אם לאו, ובין אם כבר אישרו את אמנת 1966 ובין אם טרם אישרוה; שהרי נוסחו בידי מומחי המשפט מכל קצוות תבל, ונקבעו בידי עצרת האומות המאוחדות אשר רוב מנין ובנין של אומות העולם משתתפים בה⁶⁹.

כאן המקום לציין, שגם ועדת-החקירה לעניין שיטות-החקירה של שירות-הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (ועדת-לנדוי) הסתמכה על אמנות בינלאומיות בתחום זכויות-האדם, וכך נאמר בדו"ח (אוקטובר 1987):

נסקור עתה בקצרה הוראותיהן של אמנות בין-לאומיות הנוגעות לנושא של שיטות חקירה של אנשים החשודים בפעילות טרוריסטית. אנו עושים כן, אם כי אמנות אלה אינן מחייבות את מדינת ישראל מבחינה פורמלית, אולם בפרק הדו"ח הזה, שבו נגיש את מסקנותינו ואת המלצותינו, נשים לבנו לאמור בהן, במגמה לשמור על האיסורים הכלליים הכלולים בהן.

הועדה בדקה את ההכרזה האוניברסלית על זכויות-האדם משנת 1948, את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 ואת האמנה האירופאית בדבר זכויות-האדם משנת 1950⁷⁰.

65 ראה לעיל, הערות 11 ו-12.

66 ראה לעיל, הערה 15.

67 בשנת 1981 אמצה עצרת-האומים הצהרה לביעור כל הצורות של הערר-סובלנות ושל אפליה המבוססת על דת או אמונה, אך עד כתיבת שורות אלו (ראשית 1989) לא נתקבלה אמנה בנושא זה.

68 ראה לעיל, הערה 61.

69 פ"ד כא(2) 325, 333. הדברים צוטטו בהסכמה בבית-הדין הארצי לעבודה בדיון מס' לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר ונח' — עדנה חזין ונח', פד"ע ד 365, 377.

70 עמ' 59 והלאה לדו"ח, פסקה 3.21.

(ב) דיני-עבודה

דומה, שגם בתחום דיני-העבודה נעזרים בתי-המשפט מדי פעם במסמכים בינלאומיים שאינם מחייבים את ישראל. כפי שראינו לעיל, במשפט ועד אנשי צוות דיילי אוויר ואח' — עדנה חזין ואח', הסתמך בית-הדין הארצי לעבודה לא רק על אמנת-עבודה בינלאומית שישראל אשררה אותה, אך לא קלטה אותה במשפטה הפנימי, אלא גם על המלצת עבודה בינלאומית ועל ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות-האדם.⁷¹ עינינו הרואות, כי אנו עדים להסתמכות על אמנות שישראל איננה צד להן בעיקר בתחום של זכויות-האדם וזכויות-העובד. ייתכן שגישה זו נובעת — לפחות באופן תת-הכרתי — מן העובדה שבמשפט הישראלי לא קיימת מגילת זכויות-האדם, ובית-המשפט נזקק למעין תחליף בינלאומי למגילה כזאת.

ג. הצהרות חד-צדדיות

כידוע, המשפט הבינלאומי מכיר בתוקפן המחייב של הצהרות חד-צדדיות שניתנו בפומבי, על-ידי אורגאן מוסמך ומתוך כוונה ליצור התחייבות משפטית.⁷² מתעוררת השאלה, כיצד מתייחס המשפט הישראלי להצהרות כאלו. הדוגמא הקלסית להצהרה מעין זו מטעם ממשלת ישראל היא ההודעה שניתנה בשעתו⁷³ ואשר נציג ישראל חזר עליה בוועידת הצלב-האדום שהתקיימה באוקטובר 1986, בדבר נכונותה של ישראל לנהוג ביו"ש ובחבל-עזה על-פי ההוראות ההומניטריות (להבדיל מן הסעיפים הפוליטיים) של אמנת-גינבה הרביעית (1949) בדבר הגנה על אזרחים בזמן מלחמה, הגם שלדעת הממשלה, עקרונית, לפי-המשפט הבינלאומי, אין האמנה חלה על כיבוש זה.⁷⁴ יש לשים לב שמדובר כאן בטענה של אי-תחולה במישור הבינלאומי בגלל

71 דיון מס' ל"ג/25-3 פר"ע ד 365, 372, 377. בית-הדין הסתמך גם על מגילת-האז"ם, שישראל צד לה, מכוח הצטרפותה בשנת 1949.

72 *Eastern Greenland case*, Permanent Court of International Justice, Series A/B, no. 53 (1933) 53; *Nuclear Test cases*, International Court of Justice, Reports (1974) 267, 472; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.A.)*, Ibid. (1986) 3, 130-132; *Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*, Ibid. (1986) 554, 573-574.

73 H. Cohn, Foreword to *The Rule of Law in the Areas Administered by Israel*, Israel National Section of the International Commission of Jurists (1981) viii; M. Shamgar, "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government — The Initial Stage", in: Shamgar (ed.), *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980* (Jerusalem, 1982) 13, 32, 42 and 48. הודעה זו נדונה בהרחבה בדבריו המאלפים של ידידי, פרופ' נ' ברייזק, להלן.

74 שמגר (לעיל, הערה 73), 31-43. יש לציין שגם מדינות אחרות טוענות לרוב, שסכסוך מזוין שהן מעורבות בו אינו כפוף לאמנות-גינבה: "There are, in fact, so many situations in which the applicability of the Geneva Conventions as a whole or of their Article 3 has been denied that the not uncommon practice has been rejection of the law, rather than its formal recognition and implementation" (T. Meron, *Human Rights in Internal Strife — Their International Protection* (Cambridge, 1987) 43).

הנסיבות המיוחדות (ראה פרק ד להלן) – בעיה השונה מן השאלה, האם האמנה נקלטה על-ידי המשפט הישראלי.

הנשיא מ' לנדוי נקט את העמדה הבאה: "החלטתה של ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית... היא החלטה מדינית שאינה נוגעת למישור המשפטי שבו על בית משפט זה לעסוק"⁷⁵. נראה לנו, שאם אמנם ההודעה ממלאה אחרי התנאים שבהתמלאם הצהרה חד-צדדית היא בעלת תוקף מחייב, אין לראות בה מעשה מדיני גרידא. עמדה שונה מדעתו של הנשיא לנדוי נקט השופט ג' כך (בדעת מיעוט). לאחר שציטט את דברי הנשיא לנדוי, הוא הוסיף:

אך סבורני, עם כל הכבוד, כי קביעה זו הינה גורפת מדי. זוהי הצהרת מדיניות המחייבת ככלל את הממשלה, וייתכנו מקרים שבהם, במסגרת של כללי המשפט המינהלי, נורה לממשלה לכבד את ההחייבותה זו. אולם כל מקרה ייבחן כאן על פי נסיבותיו... מסור בידי בית המשפט שיקול-דעת גמיש ורחב, כאשר בא הוא לבחון הצהרה בדבר מדיניות הממשלה על-פי תוכנה ורוחה⁷⁶.

בהתייחסו לדברים אלה בפסק-דין מאוחר יותר – בג"צ 253/88 סג"דיה ואח' נ' שר הבטחון, השופט כך אומר: "הבעתי שם את דעתי, והנני מחזיק בה גם היום, כי יש לייחס משמעות להצהרה זו מטעם המדינה, ואם אכן זוהי מדיניותה המוצהרת, הרי נוכל גם, במקרים מתאימים, לאלצה לכבד מדיניות זו"⁷⁷.

באותה פרשה אף ביקש כב' השופט כך להטיל על הממשלה הלכה למעשה את ביצועה של המדיניות הנ"ל. המדובר היה בעצירים מנהליים תושבי יו"ש ועזה שעתרו לבית-המשפט הגבוה לצדק וקבלו על החזקתם במחנה-מעצר בשטח ישראל עצמה וכן על תנאי המעצר. באשר למקום המעצר בשטח ישראל, לא ראה השופט כך מקום להתערב בפעולת הממשלה משום שלא ראה בזה עניין הומניטרי: "לא ראיתי את הגורם ההומניטארי כהיבט הדומיננטי בהוראה המונעת גירושם של אנשים אשר באופן שיטתי מסיתים למעשי אלימות... הוא הדין באשר להחזקת עצירים מינהליים בתוך שטח ישראל..."

לעומת זאת, לעניין תנאי המעצר, במיוחד הצפיפות הרבה ששררה במחנה קציעות, היה השופט כך סבור, שיש בה בין היתר משום הפרה של סעיף 85 לאמנת-ג'נבה הרביעית, ו"זוהי ללא ספק הוראה בעלת אופי הומניטארי מובהק, ולגביה יש לדעתי לחייב את הממשלה לבצע את מדיניותה המוצהרת שבדעתה לכבד את ההוראות ההומניטאריות של האמנות הבינלאומיות".

גישתו זו מתיישבת, כאמור, עם המשפט הבינלאומי המכיר בתנאים מסוימים בתוקפה המחייב של הצהרה חד-צדדית. מתעוררת השאלה, האם לא ניתן ללמוד מכאן גזירה שווה ולהטיל על הממשלה במקרים נאופים גם קיום אמנה בינלאומית שאליה הצטרפה כדת וכדין אפילו אם לא זכתה לקליטה?

75 בג"צ 698/80 קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לה (1) 617, 628-627.

76 בג"צ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב (2) 4, 77-78.

77 בג"צ 253/88 סג"דיה ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב (3) 801, 830.

ד. דיני המלחמה והכיבוש

לסיום הדיון בסוגיא, מה מקומו של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי, מן הראוי לייחד את הדיבור על מקומם של הדינים הבינלאומיים במערכת המשפט שחלה ביהודה ובשומרון, או, במלים אחרות: כיצד בית המשפט הגבוה לצדק מעביר תחת שבט ביקורתו את פעולותיו של הממשל הצבאי?⁷⁸

מיד מתעוררת שאלה טרומית, דהיינו: האם לפי המשפט הבינלאומי אלה שטחים כבושים שחלים עליהם דיני הכיבוש? סוגיא זו נדונה בהרחבה בהערותיו המאלפות של פרופ' נ' בר-יעקב, להלן. במתן תשובה לשאלה זו יש להפריד בין עמדתה של ממשלת ישראל בפורומים בינלאומיים, מחד גיסא, לבין עמדת בית המשפט העליון, מאידך גיסא. לפי הטיעון של הממשלה בזירה הבינלאומית, כנוצר לעיל, הרי אין דיני הכיבוש חלים ביו"ש ובחבל-עזה, שכן ישראל נטלה אותם מידי מחזיק שלא היו לו זכויות ריבוניות משום שכבש אותם בשעתו (1948) במעשה תוקפנות⁷⁹. עם זאת — כפי שכבר צוין — הודיעה ממשלת ישראל על נכונותה להחיל בשטחים את ההוראות ההומניטריות (להבדיל מן ההוראות הפוליטיות) של דיני הכיבוש. יתירה מזאת, לפי פקודות-מטכ"ל, חיילי צה"ל חייבים לכבד את אמנות האג וג'נבה⁸⁰.

בית המשפט העליון לא ראה את עצמו נאלץ להחליט, האם פורמלית חלים דיני הכיבוש, שכן נציגי המדינה הסכימו, שפעולות הממשל הצבאי ייבדקו על-ידי בית המשפט לפי דיני המשפט הבינלאומי בדבר כיבוש. ומהם הדינים שלאורם יבדוק בית המשפט הגבוה לצדק את מעשי הממשל? מדובר באותם כללים של המשפט הבינלאומי הפומבי המהווים חלק מן המשפט הישראלי הפנימי, דהיינו, המנהג הבינלאומי, אמנות דקלרטיביות ואותן אמנות קונסטיטוטיות שעברו תהליך של קליטה (למעשה — כפי שראינו לעיל — מסתמך בית המשפט מדי פעם גם על הוראות קונסטיטוטיות שלא זכו לטרנספורמציה, לפנים משורת הדין ובכפיפות להסכמת נציגי המדינה).

הדינים העיקריים שבית המשפט מחיל, הם אלה הכלולים באמנת-האג הרביעית משנת 1907 בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה, וזאת משום שהיא אמנה דקלרטיבית. כאשר לאמנת-ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנה על אזרחים בזמן מלחמה, הרי אף על פי שישאל צד לה ולכן חייבת לכצעה מבחינה בינלאומית, אין בית המשפט רואה עצמו רשאי להסתמך עליה משום שהוא רואה בה בעיקרו של דבר אמנה קונסטיטוטית שלא זכתה לטרנספורמציה. ראינו לעיל את עמדת בית המשפט לגבי ההצהרה של הממשלה בדבר נכונותה לקיים את ההוראות ההומניטריות של האמנה. אין בית המשפט נוהג להסתמך על הפרוטוקולים הנוספים משנת 1977 שבאו להשלים את אמנות ג'נבה משנת 1949, שישאל איננה צד להם.

נראה, אם כן, שלעניין בדיקת פעולותיו של הממשל בשטחים לאור דיני המלחמה והכיבוש, נוהג בית המשפט העליון כמו בכל סוגיה אחרת של המשפט הבינלאומי. אך

78 E. Nathan, "The Power of Supervision of the High Court of Justice over Military Government", in: Shamgar (ed.), *supra* note 73, pp. 109–170.

79 השקפה זו מבוססת על פירוש מסוים שהממשלה העניקה לסעיף 2 לאמנת-ג'נבה בדבר הגנת אזרחים כימי מלחמה — ראה לעיל, הערה 74. על עמדת בית המשפט העליון בדבר מעמדה של ירדן ביו"ש, ראה אמרת-אגב בבג"צ 61/80 העצמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595, 597.

80 ראה לעיל, הערה 59.

ייתכן שיש מקום לסברה, שהובעה על-ידי מר בנימין רובין, שבתחום זה מן הראוי שבית המשפט יחיל אמנות שישראל צד להן, גם אם לא נקלטו במשפט הפנימי הישראלי, וזאת מן הטעם הבא: סמכויותיו של הממשל נובעות ישירות מן המשפט הבינלאומי, וכאשר בית-המשפט בוחן את פעולותיו, אין צורך שהדינים שלאורם הוא בודק את הפעולות יהיו חלק מן המשפט הישראלי.⁸¹

ה. סיכום ומסקנות

המנהג הבינלאומי הוא אוטומטית חלק אינטגרלי משיטת המשפט הישראלי, אלא-אם כן קיימת סתירה בינו לבין חוק חרות של הכנסת – סתירה שלא ניתן להתגבר עליה בעזרת כלל הפרשנות הדורש לפרש את המשפט הישראלי במידת האפשר כתואם את חובותיה הבינלאומיות של המדינה. הוא-הדין לגבי אמנות דקלרטיביות שהן חלק מן המשפט הישראלי מכוח המנהג המונח ביסודן.

לעומת זאת, אמנות קונסטיטוטיות, אפילו אם הן מחייבות את המדינה בזירה הבינלאומית, עקרונית אינן מוכרות כחלק מן המשפט הישראלי, אלא-אם-כן זכו לקליטה מפורשת. אך ראינו, שלמעשה, במקרים רבים בית-המשפט העליון בכל-זאת התייחס גם להוראות הסכמיות שטרם נקלטו, במיוחד כשנוציג הממשלה הסכים להתייחסות זו, ולעתים – אף ללא הסכמה כזו.

מתעוררת השאלה, האם מצב זה הוא רק "מצוי" או גם "רצוי". לדעת הנשיא שמגר, "ההלכה הקיימת משקפת בצורה נאותה לא רק את המצוי אלא גם את הרצוי מבחינת כוחה של המדינה לעצב את משפטה בכלים המשפטיים העצמאיים שלה".⁸² הנשיא מביא כמה נימוקים לדעתו זו. ראשית, "אימוצה של ההשקפה... לפיה אין צורך בחקיקה של הכנסת לשם שילובו במשפטנו של כלל מן המשפט הבינלאומי הפומבי ההסכמי שמצא ביטוי באמנה בינלאומית שישראל הצטרפה אליה ואינו בגדר קודיפיקציה של כלל מינהגי קיים, היה, למעשה, מעניק בידי הממשלה סמכות של חקיקה, שהרי לפי המצב החוקתי אצלנו כורתת ומאשררת הממשלה אמנות בינלאומיות, ללא אישור כלשהו של הכנסת".⁸³

זהו טעם כבד-משקל, אך דומה שיש מקום גם להשקפה שונה. ראשית, ניתן ללמוד גזירה שווה מן המנהג הבינלאומי, שהרי הוא נקלט אוטומטית במשפט הישראלי, אף-על-פי שיש בכך משום אימוץ נורמות שלא זכו לאישור על-ידי הכנסת. לגבי אמנות, ניתן לומר שעל כריתתן בשם ישראל מופקדת בעיקרו של דבר הממשלה, ואילו המנהג נוצר על-ידי קהילת המדינות, אך מבחינת תפקידה ומעורבותה של הכנסת, אין הבדל בין שני סוגים אלה של נורמות. כאמור, מקובל שהמנהג הבינלאומי הוא חלק מן

81 ראה ב' רובין (לעיל, הערה 1), 230, 237, 240–241: "דיני המלחמה מחייבים את מפקד האיוור גם מאחר שדיני המלחמה הם שהקימו את התפקיד הזה ותחמו את כוחותיו ואת חובותיו... מאפיין זה של מפקד האיוור מחייב כי מעשיו ייבחנו על פי כל דיני המלחמה המחייבים אותנו, ומבחינה זו אין כל הבדל בין משפט מנהגי למשפט הסכמי" (בעמ' 237).

82 בג"צ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות אה"ל בגדה המערבית ואח' פ"ד מב(2) 4, 39.

83 הנשיא שמגר מצטט גם מדבריהם של פרופ' נ' פיינברג ו"ל (לעיל, הערה 17), פרופ' י' דינשטיין (לעיל, הערה 1) ושל סר הרש לאוטרפכט ו"ל. דעה שונה הובעה על ידי ב' רובין (לעיל, הערה 1), 221–220.

המשפט הישראלי, והדבר לא פגע בעקרון הבלעדיות של סמכות החקיקה של הכנסת. יתירה מזאת, אנו עדים לכך, שדינים רבים מאוד נקבעים לא על-ידי הכנסת עצמה אלא על-ידי הממשלה או שריה, מכוח אצילה או הרשאה מטעם הכנסת. והא ראייה, שנפחו של קובץ-התקנות עולה בהרבה על היקפו של ספר-החוקים. ייתכן שיש אף מקום לטענה, שהכנסת, בהתירה למעשה לממשלה לכרות אמנות בשם המדינה⁸⁴, אף הסמיכה אותה מכללא להתאים את המשפט הישראלי לכללי המשפט הבינלאומי. אך דומה, שהשיקול העיקרי כנגד הסתמכות על עקרון הפרדת-הרשויות כמחייב קליטה ספציפית על-ידי הכנסת של כל אמנה בינלאומית, הוא העובדה שתפקידה של הכנסת בתחום כריתת האמנות הלך וגדל. לאור הפרקטיקה שננקטה בסוגיא זו מאז קום המדינה, הגיע הפרופ' שמעון שטרית למסקנה, כי "התגבש מנהג חוקתי מחייב, הדורש הבאת אמנות בעלות חשיבות מדינית או צבאית לאישור הכנסת"⁸⁵. יתירה מזאת, מאז שנת 1984 גברה מעורבותה של הכנסת בכריתת אמנות. לאור התיקון לתקנון הממשלה, תיכלל אמנה בינלאומית בסדר-היום של הממשלה לצורכי אשור רק לאחר שהיתה מונחת שבועיים ימים על שולחן הכנסת, אלא-אם-כן הדבר לא ניתן מסיבות של דחיפות או סודיות. השחרור מן החובה להביא את האמנה לידיעת חברי-הכנסת במקרים דחופים או מסיבות סודיות טעון אישורם של שלושה שרים — השר הנוגע בנושא האמנה, שר-החוץ ושר-המשפטים. כל פעולה שתינקט על-ידי הכנסת בגין האמנה תובא לידיעת הממשלה על-ידי השר הנוגע בדבר בעת הדיון באשרור בישיבת הממשלה⁸⁶. נראה, אם כן, שלפחות לגבי אמנות הטעונות אשרור, לא ייפגע עקרון הפרדת-הרשויות אם ינתן להן תוקף של דין פנימי ללא קליטה מפורשת. למעשה, מרבית "אמנות-החוק", דהיינו, האמנות הקובעות כללי-התנהגות כלליים (בהבדל מאמנות-חוזה המסדירות עסקאות ספציפיות) אכן טעונות אשרור, ולכן בפועל התחייבה הממשלה להניח על שולחן הכנסת את כל האמנות מסוג זה. אמת נכון הדבר, שלפי הפרקטיקה החדשה האמנה רק מובאת לידיעת הכנסת ואין חובה להעמידה להצבעה. אך דומה שדי בפיקוחה של הכנסת על הממשלה — פיקוח הנובע מן המשטר הפרלמנטארי הנהוג בישראל — כדי להבטיח מידה מסוימת של מעורבות הכנסת בתהליך כריתתה של האמנה. יורשה נא לי להוסיף, שנדמה כי רצוי להרחיב את הכלל שנקבע בשנת 1984, כך שהממשלה תניח על שולחן הכנסת כל אמנה בינלאומית שהיא כורתת בשם ישראל, בין שהיא טעונה אשרור ובין שתהליך הכריתה מסתיים עם החתימה. הנשיא שמגר ציין טעמים נוספים נגד קליטה אוטומטית של המשפט הבינלאומי ההסכמי, ואלה דבריו: "טעם התנגדות אחר לאימוץ אוטומאטי של אמנה, שאינה משקפת משפט בינלאומי מינהגי, טמון בשוני המהותי והבסיסי בין משפט בינלאומי לבין משפט מוניציפאלי..."⁸⁷.

84 ראה הביבליוגרפיה לעיל, בהערה 2.

85 ש' שטרית (לעיל, הערה 2), 376.

86 ראה תקנון לעבודת הממשלה, אושר בהחלטה מס' 534 של הממשלה מיום כ"א באדר ב' התשמ"ד-25.3.84; הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 64.000, א, מיום ג' באב התשמ"ד-1.8.84. השינויים האלה נעשו בעקבות הצעת חוק של חברי-הכנסת פרופ' א' רובינשטיין — ראה ח' גולן (לעיל, הערה 2), 91.

87 בג"ץ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' פ"ד (מב) (2) 4, 41.

אין ספק שאכן קיים שוני מהותי, מבחינת מקורות המשפט, נושאי, מקור חיובו ומסודותיו. ובכל זאת, ספק רב אם שוני זה מצדיק את הצורך בקליטה ספציפית של אמנות. ושוב, ההשוואה עם המשפט הבינלאומי המנהגי מאלפת – הרי גם המנהג הבינלאומי שונה מאוד מן המשפט המוניציפלי ואף על-פי-כן הוא נקלט אוטומטית. מאחר שאין הבדל מהותי בין המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי מבחינת תוכנם, ההיגיון מחייב שאם ניתן לקלוט אוטומטית את המנהג, אין מניעה לקלוט גם את הכללים ההסכמיים. יתירה מזאת, במדינות רבות האמנה היא אוטומטית חלק ממשפט המדינה⁸⁸, על-אף השוני מהותי בין משפט בינלאומי לבין משפט מוניציפלי שכבוד הנשיא הצביע עליו, ומכאן ניתן ללמוד, שכל אותן מדינות סבורות שהבדל זה במהות אינו מחייב את הצורך בקליטה ספציפית. כאשר לטענה אפשרית שאין מקום להשוואה עם מדינות אחרות, משום שברובן הפרלמנט משתתף בצורה זו או אחרת בכריתת אמנות חשובות – הרי זוהי הבעיה של הפרדת-הרשויות, שבה דנתי לעיל.

פגם נוסף שהנשיא שמגר מצא בגישה המבקשת להעניק אוטומטית לאמנה תוקף במשפט הפנימי הוא, כי "הישענות על תחולה אוטומטית של אמנות תוק הייתה מכפיפה את המשפט הישראלי להוראות, שלא עברו את המסננת של ההתאמה לתנאי הארץ ולא ינטרסים שלה ושל תושביה"⁸⁹. אף שיקול זה אינו משכנע. ראשית, ניתן לציין, שגם מבחינה זו אין הבדל מהותי בין המנהג הבינלאומי לבין האמנות. שנית, יש להניח שכאשר ממשלת ישראל כורחת אמנה, היא דואגת לכך שתוכנה יהיה תואם את תנאי הארץ. מאחר שמאז 1984 כל האמנות הטעונות אשרור מובאות לידיעת חברי-הכנסת, הרי שגם הם יכולים לעמוד על המשמר ולמנוע כריתת אמנה שאינה תואמת את התנאים ואת האינטרסים של המדינה.

בהקשר זה הנשיא שמגר מוסיף ומציין, שרוב אמנות החוק הרלבנטיות נתקבלו על-ידי האו"ם ועל-ידי ארגון-העבודה הבינלאומי, "ועם כל הרצון להימנע מהכללות, הרעיון, שהרוב בגופים בינלאומיים הללו יוכל לכפות עלינו, באופן אוטומאטי, הוראות של דין מחייב, שיהיו בתוקף כל עוד לא בוטלו מפורשות על ידי הכנסת, אינו יכול לעורר אהדה"⁹⁰. אך יש לזכור, שההמלצה לקליטה אוטומטית מתייחסת אך ורק לאמנות שנכרתו כדין על-ידי המדינה, ואין כל כוונה לתת בארץ תוקף להחלטות של איזשהו מוסד בינלאומי בתור שכאלו. ייתכן שאמנה מסוימת, שישראל היא צד לה, אמנם נדונה ואומצה בארגון בינלאומי, אך השלב הקובע הוא הצטרפותה מרצון של מדינת ישראל לאותו הסכם.

ולבסוף כבוד הנשיא מציין, ש"אף המגמה להשגת בהירות בקביעת מהותו ותחומי של הדין תלקה, בהכרח, אם נאמץ את הגישה המוצעת הנ"ל. הרי דרושה, אליבא דכולי עלמא, היזקקות לסיווג א-פריורי של האמנות כדי לאבחן בין אלו שתחולתן על אתר לבין אלו הטעונות חקיקה מאמצת. כללי ההפרדה וההבחנה אינם מוגדרים בבהירות

88 למשל, בארצות-הברית, בצרפת, בהולנד, בנלגיה, בדרום-קוריאה, בארגנטינה, בשווייץ ובמדינות אפריקה שחוקותיהן מושפעות מהחוקה הצרפתית.

89 בג"צ 785/87 (לעיל, הערה 87), 41.

90 שם, שם.

ובפשטות⁹¹. בנושא זה הרחיב הנשיא שמגר את הדיבור בבג"צ 253/88 סג'דיה ואח' נ' שר הבטחון⁹² וציין שאף לפי הפסיקה האמריקנית, "אמנת ג'נבה הרביעית – הכוללת הוראה לפיה על הצדדים לאמנה ליזום חקיקה פנימית לביצועו של האמור בה (implementing legislation) – לא הפכה עקב עצם הצטרפותה של ארצות הברית לאמנה ואשרורה על ידה, לחלק מן המשפט הפנימי בארצות הברית...". אין ספק שאותם סעיפים של אמנה בינלאומית, שלא ניתן לבצעם כמו שהם, אין בית-המשפט יכול לדרוש את יישומם בהעדר חקיקה מתאימה. אך גם בהקשר זה עולה השאלה, במה שונה האמנה מן המנהג לעניין זה? ועוד: גם במשפט הפנימי יש כללים משפטיים רבים, בעיקר בתחום המשפט הציבורי, שספק אם ניתנים הם ישירות להחלה או שיש צורך בחקיקה נוספת שתאפשר את היישום. חזקה על בתי-המשפט שלנו שידעו להבחין בין הוראות שניתן להחילן כמות שהן בין אדם לחברו או בין אדם למדינה, לבין אלו שהן רק בבחינת הצבת מטרה או קביעת מסגרת כללית.

כללו של דבר, על-אף החששות הכבדים שהובעו על-ידי הנשיא שמגר, נראה לי שיש להעדיף את השיקול, כי רצוי למנוע ככל האפשר סתירות בין חובותיה הבינלאומיות של המדינה, מחד גיסא, לבין הדין שעל בתי-המשפט להחיל, מאידך גיסא. לפיכך מן הראוי לנסות ולשכנע את בתי-המשפט העליון, בעזרת מחקרים בתחום המשפט ההשוואתי, שיראה את עצמו מוסמך להחיל וליישם גם את המשפט הבינלאומי ההסכמי אף בהעדר מעשה קליטה של המחוקק הישראלי⁹³.

91 שם, 41–42. על הבחנה זו ראה גם *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987) II, 42–43, 46–48, 53–57.

92 פ"ד מב(3) 801, 813.

93 מר ב' רובין (לעיל, הערה 1), 223–227, מציע שהקליטה האוטומטית תחול רק על אמנות-חוק ולא על אמנות-חוזה. העותרים בבג"צ 285/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל כגדה המערבית ואח', פ"ד מב(2), 34, ביקשו להסתמך על הבחנה זו, אך דומה שבית-המשפט לא אימץ אותה.

