קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי — הדין המצוי, רצוי*

מאת

יפה זילברשץ**

התחייבויות רבות וחשובות שקיבלה על עצמה מדינת ישראל באמנות בינלאומיות לא נאכפו על־ידי בתי־המשפט הפנימיים בישראל. בתי־המשפט נצמדו לכללים שהם עצמם פיתחו בהעדר חוק בסוגית קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הפנימי. על פי כללים אלו אמנות בינלאומיות אינן חלק ממשפט הארץ בלא חקיקתן על־ידי הכנסת בחוק רגיל, ורק נורמות בינלאומיות מנהגיות נקלטות ישירות למשפט הארץ אם קיימת לקונה בסוגיה המשפטית שהמנהג דן בה. מצב משפטי זה הוליד בקורות והצעות של מלומדים לשנות את כללי קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הפנימי כך שגם אמנות תקלטנה ישירות למשפט הארץ. הצעות אלו נדחו על־ידי בית־המשפט וכן אין הן מקובלות עליו.

המשפט הבינלאומי פיתח בשנים האחרונות כללים בדבר היווצרות נורמות מנהגיות מתוך אמנות בכלל, ובנושא זכויות האדם ומשפט הומניטרי בפרט. יישום התפתחויות אלה על־ידי בית־המשפט בישראל יוביל לאכיפת נורמות בינלאומיות חשובות במשפט הישראלי. על בתי־המשפט לבחון אם על פי כללי המשפט הבינלאומי הנורמה ההסכמית היא גם מנהגית, ואם מסקנתו תהיה חיובית הרי שהנורמה תקלט במשפט הארץ.

הכלל כדבר קליטה אוטומטית של מנהגים בינלאומיים למשפט הישראלי תקף לאור דיני הלקתה הקבועים בחוק יסודות המשפט.

* מאמר זה הנו תרגום של מאמר באנגלית שיפורסם בכרך 25 של ה"שנתון הישראלי לזכויות האדם".

תודה לשופט משה לנדוי ולחברי מערכת משפטים על הערותיהם המועילות.

** הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר־אילן.

nevo.co.il

פתח דבר

מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי איננו מוסדר בחוק. החוק הישראלי אינו קובע מי מרשויות השלטון, הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת, מוסמכת לחייב את מדינת ישראל באמנות בינלאומיות. החוק גם אינו קובע אם וכיצד אמנות ומנהגים בינלאומיים המחייבים את ישראל הופכים להיות חלק ממשפטה הפנימי. בהיעדר הוראות בחוק, השלימה הפסיקה את החסר בסוגיה זו ופיתחה כללים משפטיים לגבי שאלת מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי.

הכללים שפיתחה הפסיקה לא תמיד הובילו לתוצאות משביעות רצון מבחינת יישומם של כללי המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי. השאלה שנבחן במאמר זה תהיה: האם לשם יישום מלא יותר של התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל במשפטה הפנימי, יש צורך לשנות את ההלכות הקיימות? או בלשון אחרת, האם הדין המצוי, רצוי?

א. התפתחות הכללים בפסיקה

השאלה מי מוסמך לחייב את מדינת ישראל באמנה, מוסדרת לכאורה בסעיף 11(א)(5) לחוק יסוד: נשיא המדינה. סעיף זה קובע ש"הנשיא יחתום על אמנות עם מדינות חוץ שאושרו על ידי הכנסת."[1]. הפסיקה בפסק־הדין קמיאר נתנה לסעיף זה פירוש מצמצם ביותר, שעל פיו רק בנסיבות מיוחדות, כשהממשלה תבקש את אישור הכנסת לאמנות, יחתום עליהן נשיא המדינה[2]. בפסק־דין קמיאר נקבע שהממשלה היא המוסמכת לחייב את מדינת ישראל באמנות[3], והלכתו בעינה עומדת[4].

1 ס"ח תשכ"ד 118. הסעיף החליף את סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט-1949 מבלי לשנותו.

2 ע"פ 131/67 הישמט קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כ"ב (2) 88 (להלן: פסק־דין קמיאר). בפועל אין תקדים למקרה שבו הממשלה העבירה אמנה לאשרור הכנסת והנשיא חתם, למעט בעניין האמנה למניעת רצח עם (1949), שבו קבעה הכנסת שייתן אישור לאמנה זו אשר עליה חתם נציג מדינת ישראל. גם במקרה מיוחד זה לא חתם על האמנה נשיא המדינה. ראה: א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, 1991, כרך ב) 602-603; ר' לפידות "על תוקפה של אמנת הסגרה בין ישראל לשווייץ", הפרקליט כב (תשכ"ו) 328.

3 פסק־דין קמיאר, לעיל הערה 2, בעמ' 97, 105, 113, 130. בית־המשפט אימץ לצורך העניין את עמדת הממשלה כפי שהובעה בתזכיר שהגישה לארגון האומות המאוחדות.

4 ניסיונות להציע חוקים שעל פיהם אשרור אמנות ייעשה על ידי הכנסת לא הצליחו. תקנון הממשלה מ־1988 קובע בסעיף 5(ה), ששבועיים לפני שהממשלה דנה באשרור אמנה יש להגיש עשרה עותקים ממנה למזכירות הכנסת, לעיון חברי הכנסת לשם שמיעת הערותיהם. עד היום לא ביקשו חברי כנסת להעיר הערות על אמנות שהתחו על שולחן הכנסת. ראה: רובינשטיין, לעיל הערה 2, בעמ' 604-605 ובהערה 86 שם.
Y. Blum "The Ratification of Treaties in Israel" 2 *Isr L. Rev.* (1967) 120, 125.

nevo.co.il

הנימוקים שניתנו בפסק־הדין קמיאר לקביעת הלכה זו התבססו על הנוהג שהשתרש מאז קום המדינה, נוהג שלפיו חתמה ישראל ואשררה מאות אמנות באמצעות הממשלה[5], על מצג רשמי לאו״ם שבו הצהירה ממשלת ישראל שהיא מוסמכת לנהל מו״מ לשם כריתת אמנות, וכן לחתום עליהן ולאשררן[6], ועל המבנה הקונסטיטוציוני של המשפט הישראלי, שלפיו סמכות שלא ניתנה במפורש לרשות אחרת, שמורה לממשלה[7].

לדעתנו, גם אם הפרשנות לסעיף 11(א)(5) לחוק יסוד: נשיא המדינה היא מאולצת, קביעת פסק־הדין שהממשלה מוסמכת לחייב את ישראל באמנות, רצויה. חתימת אמנות בינלאומיות ואשרורן היא פעולה במסגרת ניהול יחסי החוץ של המדינה. עירוב הרשות המחוקקת בתהליך כריתת האמנה מעבר להצגת האמנה לעיון חברי הכנסת[8], היה מסרבל את התהליך ומטרפד אותו.

קליטת מנהגים בינלאומיים למשפט הישראלי נידונה בשורה של פסקי־דין שניתנו החל מקום המדינה ב־1948. בית־המשפט גיבש, עם השנים, את הכלל שלפיו המנהג הבינלאומי נקלט למשפט הישראלי באופן אוטומטי, היינו ללא צורך באקט תקיקתי של הכנסת[9]. על פי הפסיקה, המנהג נקלט כל עוד אין חוק העומד בסתירה לו[10]. כמו כן, אם קיים חוק בנושא שהמנהג עוסק בו, ישתדל בית־

5 פסק־דין קמיאר, לעיל הערה 2, בעמ׳ 103.

6 שם, בעמ׳ 103-105. בית־המשפט המחוזי בקמיאר ביסס את ההלכה על סמכות הכתר הבריטי לכרות אמנות בשטחי המנדט על ארץ ישראל, סמכות שהועברה בין יתר סמכויות הכתר באזור לממשלת ישראל מכוח סעיף 14(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט. בית־המשפט העליון סירב לבסס את הסמכות על ״ירושה״ של שליטים מנדטוריים מהתקופה הטרום־מדינתית. ראה פסק־דין קמיאר, לעיל הערה 2, בעמ׳ 97.

7 פסק־דין קמיאר, לעיל הערה 2, בעמ׳ 96-97, 113. סעיף 24 לחוק יסוד: הממשלה (ס״ח תשי״ח 226), קובע: ״הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין. כל פעולה שעשיתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.״

8 לעיל הערה 4.

9 המ׳ 41/49 שמשון נ׳ היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ״ד ד 143, 146; ע״פ 174/54 שטמפפר נ׳ היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ״ד י 5, 17 (להלן: פסק־דין שטמפפר); בג״צ 610/78, 606 אריב נ׳ שר הבטחון, פ״ד לג (2) 113, 120, 129 (להלן: פסק־דין אריב); בג״צ 698/80 קוואסמה נ׳ שר הבטחון, פ״ד לה (1) 617, 627 (להלן: פסק־דין קוואסמה); בג״צ 393/82 אסכאן נ׳ מפקד כוחות צה״ל באזור יו״ש, פ״ד לז (4) 785, 793 (להלן: פסק־דין אסכאן); בג״צ 785/87, 845, 27/88 עפו נ׳ מפקד כוחות צה״ל בגדה המערבית, פ״ד מב (2) 4, 35, 76 (להלן: פסק־דין עפו).

10 ע״פ 5/51 שטיינברג נ׳ היועץ המשפטי, פ״ד ה 1061, 1066.

nevo.co.il

המשפט לפרש את החוק כך שלא יעמוד בסתירה להלכות המשפט הבינלאומי[11]. הלכה זו סוכמה בצורה מקיפה בפסק־הדין בענין איכמן[12].

ניתן למצוא בפסיקה שלושה נימוקים שבעטיים הגיע בית־המשפט למסקנה, שעליו לקלוט למשפט הישראלי מנהגים בינלאומים גם אם הכנסת לא אימצה אותם בחקיקה. הנימוק הראשון הוא שהמנהג הבינלאומי נקלט למשפט הישראלי רק כאשר אין הסדר בחוק, כלומר במקרה של חסר — לקונה. שאלת הלקונה הוסדרה בחוק הישראלי בחקיקה מנדטורית מ־1922 בסעיף 46 לדבר־המלך. על פי סעיף זה, בהיעדר הסדר בחוק, היה צורך לפנות לפיתרונות של המשפט המקובל ושל דיני היושר באנגליה[13]. על פי המשפט המקובל, מנהגים נקלטים למשפט האנגלי ללא צורך באקט חקיקה של הפרלמנט[14]. וכך ההלכה של המשפט המקובל בדבר קליטת מנהגים אומצה בישראל מכוח סימן 46 לדבר המלך[15].

ב־1980 שינה המחוקק הישראלי את ההסדרים בשאלת החסר. סעיף 2(א) לחוק יסודות המשפט[16] ביטל את סימן 46 לדבר המלך, ומכאן שקליטת מנהגים אינה יכולה עוד להתבסס על כללי המשפט המקובל האנגלי. סעיף 1 לחוק יסודות המשפט קבע שאם "ראה בימ"ש שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל."[17] אם במקרה של חסר מחייב היום המחוקק הישראלי לפנות לעקרונות האמורים של מורשת ישראל, כיצד ניתן יהיה להמשיך ולהחיל במקרה של לקונה את המנהגים הבינלאומיים?

11 שם, בעמ' 1065. בג"צ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז (2) 169, 177 (להלן: פסק־דין חילו).

12 ע"פ 336/61 איכמן נ' היועץ המשפטי פ"ד טז 2033, 2040. וכן ראה בספרו של י' דינשטיין המשפט הבינלאומי והמדינה (1971) 143-146.

13 סימן 46 לדבר המלך 1922, שהחוק על ידי הנציב העליון הבריטי בעת שבריטניה שלטה בשטחי ארץ ישראל שלטון מנדטורי, נקלט למשפט הישראלי מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, שעל פיו המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום 14 במאי 1948, שהוא יום הקמת מדינת ישראל, יעמוד בתוקפו, בשינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה. ע"ר מס' 2 (תש"ח-1948) תוס' א, 1.

14 M.N. Shaw *International Law* (Cambridge, 3rd ed., 1991) 108-113
L. Oppenheim *International Law* (London, 9th ed. by R. Jennings & A. Watts, 1992) 56-57.

15 המ' 41/49 שמשון נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 143, 145. על נימוק זה נמתחה ביקורת על ידי פרופ' רות לפידות במאמרה: "מקומו של המשפט הבינלאומי פומבי במשפט הישראלי", משפטים יט (תש"ן) 807, 809. לדבריה, אם המנהג נקלט מכוח סימן 46 לדבר המלך 1922, הרי מחויבים לקבל גם את ההגדרות והפירושים שנתן לו המשפט האנגלי, וכן המשפט הישראלי מנוע מלקלוט מנהגים שנדחו על ידי הפסיקה באנגליה עקב סתירה בין אותם מנהגים לבין חקיקה בריטית.

16 חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ס"ח עמ' 163.

17 שם, שם

nevo.co.il

שאלה קשה וחשובה זו טרם הועלתה וטרם נדונה בפסיקה או בספרות. אנו ניתן עליה את הדעת בהמשך הדברים[18].

ריבונות המדינה החוכרה אף היא כנמוק לקליטתו של המנהג למשפט הארץ בלא צורך בחקיקה[19]. לא ברור מדוע הריבונות מחייבת קליטת מנהגים. מדינה ריבונית חייבת לקיים התחייבויות בינלאומיות, אך המשפט הבינלאומי אינו קובע עבור מדינה כיצד תקלוט משפט בינלאומי למערכת משפטה הפנימית[20].

נימוק נוסף שהועלה כהצדקה לכלל בדבר קליטת מנהגים הוא שקליטה אוטומטית של המנהג מהווה עיקרון אוניברסלי[21]. קביעה זו של בית־המשפט בישראל אכן נכונה: ברוב מדינות העולם נקלטים מנהגים בינלאומיים ללא צורך באקט חקיקה[22], אבל תשובה זו עדיין אינה מסבירה מדוע בחרו רוב המדינות בדרך זו של קליטה אוטומטית. כמו כן לא נידונה בפסיקה השאלה, האם הנורמות המנהגיות הן חלק ממשפט הארץ (כל עוד אין חוק הסותר אותן) תמיד, בלא צורך בקביעת הפסיקה, או שרק משהפסיקה מאמצת אותן הן הופכות להיות חלק ממשפט הארץ[23].

להבדיל ממנהגים, אמנות בינלאומיות נקלטות למשפט הישראלי רק אם הכנסת חוקקה אותן כחוק המדינה[24]. הפסיקה קבעה שישנן אמנות שמגבשות מנהגים בינלאומיים ועל כן הן דקלרטיביות. ההסדרים של האמנות הללו הם חלק ממשפט

18 להלן פרק ז׳.

19 פסק־דין שטמפפר, לעיל הערה 9, בעמ׳ 15.

20 לפידות, לעיל הערה 15, בעמ׳ 809.

21 ע״א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ׳ סמרה, פ״ד י 1825, 1831 (להלן: פסק־דין סמרה).

22 Shaw, לעיל הערה 14, בעמ׳ 123-128, ובעיקר בעמ׳ 126.

23 דילמה דומה הייתה קיימת לגבי עקרונות המשפט המקובל ודיני היושר בעת שסימן 46 לדבר־המלך 1922 היה תקף. האם היו עקרונות המשפט המקובל ודיני היושר חלק ממשפט הארץ גם בלא קביעת הפסיקה, או שהפכו לחלק ממשפט הארץ רק משאומצו על ידי הפסיקה? ראה בעניין זה: ג׳ טרסקי ״ביטול סימן 46 לדבה״מ וכוח פעולתו״ משפטים ח (תשל״ח) 180; מ׳ אדרעי ״חוק יסודות המשפט כמקור סטטוטורי לאקטיביזם שיפוטי ולרפורמה מס שיפוטית״, עיוני משפט יז (1992) 597, 602.

24 הלכה זו נקבעה לראשונה בפסק דין סמרה, לעיל הערה 21, בעמ׳ 1829, וחזרה ואומצה בשורה ארוכה של פסקי־דין, לדוגמה: ע״א 439/76 קופת חולים מכבי נ׳ מדינת ישראל, פ״ד לא(1) 770, 777; פסק־דין קוואסמה, לעיל הערה 9, בעמ׳ 627, 636. פסק־דין אסכאן, שם, בעמ׳ 793; פסק־דין עפו, שם, בעמ׳ 37. לעניין הדרכים השתות לקליטה על פי חוק, ראה במאמרה של ר׳ לפידות, לעיל הערה 15, בעמ׳ 814-816.

nevo.co.il

המדינה בגין אופיים המנהגי, גם בלא שהכנסת תחוקק אותם כחוק[25]. לעומתם, אמנות שלא גיבשו מנהגים הן קונסטיטוטיביות, ורק חוק הכנסת יכול להחילן על המשפט הפנימי.

ראוי להדגיש שבדרך כלל בית־המשפט התייחס לאמנה כולה כאמנה דקלרטיבית או קונסטיטוטיבית[26], למרות שאמנות יכולות לכלול נורמות דקלרטיביות לצד נורמות קונסטיטוטיביות, ויש לבדוק כל הסדר באמנה על מנת להחליט אם הוא גם מנהגי[27]. כמו כן, בית־המשפט לא עמד על כך שעקרונות מנהגיים עשויים לעתים, להיווצר לאחר שהאמנה נולדה[28], לחיות לצדה גם אם לא היו קיימים לפני גיבושה, ועל כן להיקלט למשפט הפנימי של ישראל בלא אקט חקיקה של הכנסת.

הנימוק המרכזי שהעלה בית־המשפט לצורך לחוקק אמנות לשם תחולתן במשפט הישראלי היה הפרדת הרשויות. היות שבישראל הממשלה מוסמכת לחייב את המדינה באמנות ללא צורך באישורה של הכנסת, אם תיקלטנה האמנות ישירות למשפט הארץ נמצא שלממשלה מוקנות סמכויות חקיקה[29]. כמו כן ציין בית־המשפט שאין מקום לקלוט אמנות בלא חקיקה, בשל השוני המהותי בין המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי. המשפט הבינלאומי נקבע על ידי גופים בינלאומיים, וקליטתו הישירה למשפט הארץ תכפה עלינו הוראות של דין מחייב מבלי שהללו עברו מסננת של התאמה לתנאי הארץ ולאינטרסים שלה[30].

בעוד שלדעתנו הנימוק הראשון הוא בבד משקל, וכל עוד הממשלה מוסמכת לחייב את המדינה באמנות בינלאומיות — קליטתן הישירה משמעותה חקיקה באמצעות הרשות המבצעת, הרי הנמוק השני פחות משכנע. ראשית, גם מנהגים נקלטים ישירות למשפט הישראלי על אף שהם משפט בינלאומי ומבלי שעברו את המסננת של התאמה לתנאי הארץ, ושנית, ארגונים בינלאומיים אינם "כופים"

25 פסיקה ענפה בהקשר זה פותחה בעיקר לגבי אמנת האג ה־IV מ־1907 בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה והתקנות הנלוות לה. ראה לדוגמה: פסק־דין אויב, לעיל הערה 9, בעמ' 113, 120, 129; פסק־דין אסכאן, שם, בעמ' 785, 793-794; פסק־דין עפו, שם בעמ' 4, 37-38; י' דינשטיין "פסק הדין בעניין פתחת רפיח" עיוני משפט ג (1974) 934.

26 ראה לדוגמה: פסק־דין אויב, לעיל הערה 9, בעמ' 120, 128-129; פסק־דין אסכאן, שם, בעמ' 793.

27 גישה זו ביטא השופט חיים כהן בפסק־דין קוואסמה (לעיל הערה 9, בעמ' 638), בהסתמך על מאמרו של T. Meron "West Bank and Gaza: Human Rights and Humanitarian Law in Period of Transition" 9 *Israel Yearbook on Human Rights* (1979) 106, 112 וכן ראה ג' כר־יעקב "תחולתם של דיני המלחמה על השטחים המוחזקים" משפטים יט (תש"ן) 831, 839.

28 North Sea Continental Shef Cases, *ICJ* (1969) 4, 61,70.

29 פסק־דין עפו, לעיל הערה 9, בעמ' 39.

30 שם, בעמ' 49.

nevo.co.il

עלינו בעל כורחנו דין מחייב, שכן מדובר באמנות שישראל הביעה נכונות להצטרף אליהן[31].

ב. יישום ההלכות בפסיקה — מגמות והשגות

ניתן לחלק את מידת השימוש שעשה בית־המשפט בהלכות שקבע בסוגיות הקשורות למשפט הבינלאומי לשתי תקופות. התקופה הראשונה היא מאז קום המדינה ב־1948 ועד למלחמת ששת הימים ב־1967. שאלות הנוגעות למשפט הבינלאומי התעוררו לעתים נדירות יחסית, והשימוש שעשה בית־המשפט בכללים שקבע לא היה רב.

התקופה השנייה היא מאז מלחמת ששת הימים ואילך. בתקופה זו התעוררו שאלות רבות הנוגעות למשפט הבינלאומי, והפסיקה שדנה בנושא היא רבה[32]. הסיבה לשינוי נעוצה בעובדה שבעקבות מלחמת ששת הימים נותרו בידי ישראל יהודה ושומרון, שהיו קודם בשליטת ירדן, ורצועת עזה, שהייתה קודם בשליטת מצרים. על פי קביעות המשפט הבינלאומי הקימה ישראל בשטחים אלו ממשל צבאי, והשטחים נחשבים, מבחינה משפטית, לשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית. המשפט הבינלאומי מסדיר את נושא התפיסה הלוחמתית בתקנות הנספחות לאמנת האג מ־1907, בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה[33], ובאמנת ז׳נבה ה־IV מ־1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה[34].

אמנות בינלאומיות אלו, ספק אם היו מגיעות לכלל דיון בבתי המשפט בישראל אלמלא איפשרו השלטונות לתושבי השטחים, במחווה שהיא מעבר לדרישות המשפט הבינלאומי, לפנות לבית־המשפט העליון במדינת ישראל בעתירות כנגד פעולות המושל הצבאי בשטחים המוחזקים[35]. המושל הצבאי בשטחים משמש רשות מחוקקת ורשות מבצעת, ובית־המשפט העליון פסק,

31 ראה הרחבה בנושא במאמרה של פרופ׳ לפידות, לעיל הערה 15, בעמ׳ 828-829.

32 ל׳ שלף ״גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ושבילי הפסיקה של בג״צ בשטחים״ עיוני משפט יז (1993) 757, 757-758.

33 Documents on the Laws of War (Oxford, 2nd ed. by A. Roberts & R. Guelft, 1989) 43

ראה בעיקר תקנות 42-46.

34 שם, עמ׳ 271.

35 בשנים הראשונות לאחר כניסת צה״ל לאזורים אלו הועלה ספק לגבי עצם סמכותו של בג״צ לדון בעתירות הנוגעות לשטחים המוחזקים. סמכותו של בית־המשפט נשענה תחילה על הסכמת המדינה לא לחלוק על סמכותו. לדוגמה: פסק־דין חילו, לעיל הערה 11, בעמ׳ 169. מאוחר יותר ביסס בג״צ את סמכותו על סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, שהוא הסעיף הקובע גם לגבי תושבי מדינת ישראל את סמכות הפנייה לבג״צ, לדוגמה: פסק־דין אסכאן, לעיל הערה 9, בעמ׳ 809. ראה בעניין זה גם ד׳ קרצ׳מר ״בקרת בג״צ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים״ ספר קלינגהופר על המשפט הצבורי (י׳ זמיר עורך, תשנ״ג).

nevo.co.il

שלבקשת תושבי השטחים הוא יבחן את חוקיות הצווים שמוציא המושל, בין אם הם חקיקתיים ובין אם הם מנהליים[36]. בית־המשפט קבע כי הקריטריונים שלאורם יבחן את חוקיות צווי המושל הם אלו המנויים במשפט הבינלאומי הדן בשטחים מוחזקים (קרי: תקנות האג ואמנת ז'נבה IV) והמשפט המנהלי הישראלי[37].

גישה זו, לכאורה, הייתה אמורה ליישם את המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי, אך הכללים שפיתחה הפסיקה בנושא קליטת אמנות ומנהגים במשפט הישראלי עצרו התפתחות זו. בעוד שתקנות האג הוכרו כמנהגיות באופיין וע"כ קלט אותן בית־המשפט למשפט הישראלי ופסל צווי מושל שניתנו בניגוד להן, קבע בית־המשפט שאמנת ז'נבה ה־IV כולה היא הסכמית, וע"כ איננה נקלטת למשפט הארץ ואין אפשרות לבטל צווי מושל גם אם הם נוגדים עקרונות הקבועים בה[38]. כך, לדוגמה, סירב בית־המשפט העליון בעקביות לבחון את חוקיותם של צווי הגירוש ביחס לסעיף 49 לאמנת ז'נבה ה־IV, סעיף הדן בגירושים משטחים מוחזקים[39].

הסיטואציה המשפטית שבה בית־המשפט שומע עתירות של תושבי השטחים מחד, אך אינו מיישם ביחס אליהם את הנורמות של אמנת ז'נבה מאידך, יצרה ביקורת נגד בית־המשפט העליון. נטען נגדו שכאשר הוא נדרש לתת סעד בנושא שיש לו נגיעה למדיניות החוץ או הביטחון של המדינה, הוא נמנע מלעשות כן עד כמה שהדבר ניתן. הכלל של אי־החלת אמנת ז'נבה במשפט הפנימי בגין היותה הסכמית מאפשר לבית־המשפט להקנות לממשלה חסינות מביקורת שפוטית על הפרת התחייבויות בינלאומיות, כשבית־המשפט סבור שהביקורת איננה עולה בקנה אחד עם אינטרסים ביטחוניים או מדיניים של הממשלה[40]. כמו כן נטען כנגד בית־המשפט, שבשעת משבר או מתח ביטחוני נוטה בית־המשפט לכבד את

36 פסק־דין חילו, לעיל הערה 11, בעמ' 176, 184; פסק־דין קוואסמה, לעיל הערה 9.

37 סיכום הלכה זו שנתגבשה בשורה של פסקי דין, מובא בפסק־דין אסכאן, לעיל הערה 9, בעמ' 810.

38 בשנים הראשונות לתפיסה הלוחמתית נהגו רשויות המדינה להסכים לכך שבג"צ יבחן את חוקיות פעולתם גם על פי הנורמות הקבועות באמנת ז'נבה לדוגמה: בג"צ 337/71 האגודה הנוצרית למקומות קדושים נ' שר הבטחון, פ"ד כו (1) 574; פסק־דין חילו, לעיל הערה 11, בעמ' 169. ראה דברי ביקורת על נוהג זה בדבריו של השופט ויתקון שם, בעמ' 181. נוהג זה הופסק. בפסיקה עקבית, שבאה בעקבות הבחנתו הברורה של פרופ' י' דינשטיין, (לעיל הערה 25) בין אמנת האג, המגבשת נורמות מנהגיות, לבין אמנת ז'נבה שקביעותיה הסכמיות, העביר בג"צ תחת שבט ביקורתו צווים הנוגדים את תקנות האג וסירב להעביר תחת שבט ביקורתו צווים שנטען שהם נוגדים את אמנת ז'נבה, לדוגמה: פסק־דין אויב, לעיל הערה 9, בעמ' 113, 120-123, 125-129; פסק־דין קוואסמה, לעיל הערה 9, בעמ' 627, 636; פסק־דין אסכאן, לעיל הערה 9, בעמ' 793.

39 פסק־דין קוואסמה, פסק־דין עמו, לעיל הערה 9.

40 א' בנבנישתי "השלכות שיקולי ביטחון וקשרי חוץ על תחולת אמנות במשפט הארץ" משפטים כא (תשנ"ב) 221, בעיקר בעמ' 226-228, 243-244.

nevo.co.il

הכרעת הרשות המבצעת ונרתע מלהתערב בהחלטותיה בענייני ביטחון על מנת שלא ניתן יהיה להאשימו באחריות לפגיעה בביטחון המדינה או בביטחון הציבור[41]. אי־החלת אמנת ז׳נבה ה־IV על המשפט הפנימי מאפשר לבית־המשפט להימנע מהתערבות בהחלטות רבות של המפקד הצבאי בשטחים, שכן לפי פסיקתו הנורמות הקבועות בה אינן חלק ממשפטה הפנימי של המדינה.

גם אם לא נייחס לבית־המשפט כוונה להתחמק מביקורת על צורי המושל בשטחים, נראה לנו שהתוצאה אליה הגיעה הפסיקה, היינו: ההכרעה שתקנות האג הן חלק ממשפט הארץ, אך אמנת ז׳נבה הרנה באותם נושאים אין לה חלק ונחלה בשיטתנו המשפטית, היא תוצאה מלאכותית, בלתי רצויה ואינה עולה בקנה אחד עם מגמות עכשוויות בפסיקתו של בית־המשפט העליון בנושאים ציבוריים אחרים.

רבות נכתב על כך שהחל משנות השמונים ואילך קיימת בבית־המשפט, בפרט בנושאי המשפט הציבורי, מגמה ברורה של אקטיביזם שיפוטי[42]. אקטיביזם זה בא לידי ביטוי בכך שזכות העמידה לפני בג״צ הורחבה, ועותרים רבים יותר זוכים שפנייתם לבג״צ תיענה[43]. כמו כן, נושאים שבעבר לא נידונו בגין הטענה שאינם שפיטים זוכים היום להתייחסות הפסיקה ונחשבים שפיטים[44]. בית־המשפט בוחן כל החלטה מנהלית במבחן ההגינות והסבירות[45]. ניתן גם להוסיף ולומר, שהפסיקה בעשור האחרון מתמקדת יותר בערכים והיא פחות פורמלית וטכנית משהייתה בעבר[46].

הדרך שבה מיושם הכלל, שמנהג בינלאומי הוא חלק ממשפט הארץ גם בלא חקיקה, אך אמנה שאין בה נורמות מנהגיות איננה נקלטת אוטומטית, מובילה

41 קרצ׳מר, לעיל הערה 35, בעמ׳ 310־311.

42 ד׳ קרצ׳מר, "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט (תש״ן) 551; י׳ זמיר "המשפט הציבורי — מהפכה או התפתחות?" משפטים יט (תש״ן) 563; מ׳ לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד (1989) 5, 6; מ׳ מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (1993) 503, 506-507.

43 א׳ ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (1993) 475, 487; ז׳ סגל, זכות העמידה בבית־המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שנייה מעודכנת, 1993) 156, 227-236.

44 ברק, לעיל הערה 43, בעמ׳ 485-487; י׳ זמיר "אקטיביזם שיפוטי: ההחלטה להחליט" עיוני משפט יז (1993) 647, 650; בג״צ 652/81 שריד נ׳ יו״ר הכנסת, פ״ד לו (2) 197; בג״צ 85/245 אנגלמן נ׳ קליין, פ״ד מג (1) 772; בג״צ 620/85 מיעארי נ׳ יו״ר הכנסת, פ״ד מא (4) 169; בג״צ 910/86 רסלר נ׳ שר הבטחון, פ״ד מב (2) 441; בג״צ 1635/90 ז׳רז׳בסקי נ׳ ראש הממשלה, פ״ד מה (1) 749 (להלן: פסק־דין ז׳רז׳בסקי).

45 בג״צ 135/75 סאייטקס נ׳ שר המסחר והתעשיה, פ״ד ל (1) 673, 676; בג״צ 840/79 מרכז הקבלנים נ׳ ממשלת ישראל, פ״ד לד (3) 729, 745-746; פסק־דין ז׳רז׳בסקי, לעיל הערה 44, בעמ׳ 840-843; בג״צ 4566/90 דקל נ׳ שר האוצר, פ״ד מה (1) 28, 33; בג״צ 6163/92 איזנברג נ׳ שר הכיני והשכון, פ״ד מז (2) 229.

46 מאוטנר, לעיל הערה 42.

nevo.co.il

לתוצאה שאיננה תואמת את רוח הפסיקה בתחום המשפט הציבורי. קליטת אמנת האג ואי קבלת אמנת ז'נבה גורמת לכך שפעולות המושל הצבאי שראוי לבג"צ לבחון את חוקיותן, "נמלטות" מביקורת שיפוטית בשל העובדה שהנורמה שלאורה יש לבדוק את חוקיותן היא הסכמית[47]. זוהי תוצאה הנוגדת את המגמות הערכיות הנושבות היום בבית־המשפט, ועולה ממנה ריח טכני ופורמלי. על פי תוצאה זו, גם נורמה חשובה ביותר, המנויה באמנת ז'נבה ולא בתקנות האג, איננה נקלטת לשיטתנו המשפטית, וצווי המושל לא יוכלו להבחן לאורה.

לדעתנו, בית־המשפט עצמו חש אי נוחות מסוימת מהפעלת כלל פורמלי כזה המוביל לתוצאה מלאכותית. לבית־המשפט קשה להתעלם לחלוטין מהוראות אמנת ז'נבה, ובשורה של פסקי־דין הוא מפרש סעיפים שונים של האמנה פרשנות מפורטת, ומביע דעתו אם סעיפים אלו נוגדים את צווי המושל או תואמים להם. פסיקה ענפה זו היא, למעשה, אוביטר גמור, שכן ההלכה שבית־המשפט חוזר עליה לאחר שפירש את סעיפי אמנת ז'נבה היא שאמנת ז'נבה הסכמית, ואין לאכוף זכויות על פיה בבית־משפט ישראלי[48]. אי הנוחות שחש בית־המשפט בשל המנעותו המכוונת או הבלתי מכוונת מיישומה של אמנת ז'נבה משתקף גם בפסק־הדין שניתן לאחרונה בשאלת מגורשי החמאס[49]. בפרשה זו נתבקש בית־המשפט לבחון את חוקיות גירושם של 415 מתושבי יהודה, שומרון ועזה. העותרים טענו, בין היתר, שפעולת הגירוש נוגדת הן את המשפט הבינלאומי הפומבי, באשר סעיף 49 לאמנת ז'נבה ה־IV אוסר גירוש בכלל וגירוש המוני בפרט, והן את המשפט המנהלי הישראלי, המעניק זכות טיעון ושימוע לפני הגירוש, זכות שלא ניתנה למגורשים אלה[50].

עובדתית קבע בג"צ שהגירוש היה גירוש של יחידים ולא גירוש המוני, ובאמצו את הלכת קוואסמה[51] פסק שאם לא היה שימוע מוקדם יש לקיים שימוע

47 ראה בעניין זה במאמרו של ליאון שלף, לעיל הערה 32.

48 בג"צ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש, פ"ד לג (3) 309, 316; פסק־דין קוואסמה, לעיל הערה 9, בעמ' 626-629; פסק־דין עפו, שם הערה 9, בעמ' 21-34, 68-76; בג"צ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, פ"ד מב (1) 353, 365-370 (להלן: פסק־דין ארג'וב).

49 בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד מז (1) 267.
התייחסותנו לבג"צ זה אינה מתיימרת להיות התייחסות מלאה ורחבה לפסק־הדין, אלא רק הדגשת הנקודה הרלבנטית לענייננו. נציין שהועלו בפסק־הדין טענות נוספות לגבי תוקפה של תחיקת ביטחון כללית של המושל, הקובעת שניתן לגרש לזמן מוגבל ללא שמוע מוקדם. בג"צ פסל חקיקה זו בהיותה נוגדת נורמות של משפט מנהלי, וגם בנושא זה לא נבחנו שקולים של התאמה או חוסר התאמה לנורמות בינלאומיות. לביקורת רחבה על הבג"צ ראה מאמרו של איל בנבנישתי "נגרש ונשמע" משפט ומנהל א (תשנ"ג) 441.

50 הטיעונים ביחס למשפט הבינלאומי וביחס למשפט המנהלי תואמים את ההלכה שנקבעה בפסיקה, שחוקיות צווי המושל חיבחן הן על פי עקרונות המשפט הבינלאומי הפומבי והן על פי עקרונות המשפט המנהלי. ראה לדוגמה פסק־דין אסכאן, לעיל הערה 9, בעמ' 810.

51 פסק־דין קוואסמה, לעיל הערה 9, בעמ' 121.

nevo.co.il

מאוחר, והעדר שימוע מוקדם אין בו כדי לפסול את צווי הגירוש האינדיבידואליים. בית־המשפט לא השיב לטיעון בדבר אי חוקיותו של הגירוש על פי המשפט הבינלאומי, והסוגיה לא זכתה לכל התייחסות, אף לא במילה אחת, בפסק־הדין שניתן פה אחד. לו סבר בית־המשפט שיש לאמץ את הפסיקה הקודמת בסוגיה זו היה עליו לציין זאת. ההימנעות מאימוץ הפסיקה שעל פיה לא ניתן לבחון את חוקיות הגירוש באשר סעיף 49 הוא הסכמי ואיננו חלק ממשפט הארץ, מעידה על חוסר נוחות שחש בית־המשפט ביחס להלכה ועל חוסר רצון לחזור עליה. יחד עם זאת, לא נכנס בית־המשפט לבחינה מחודשת של הלכה זו ולא קבע לגביה כללים חדשים.

אי־יישומה של אמנת ז׳נבה בפסיקת בג״צ עורר תגובות בקרב המלומדים, ועלו הצעות לשנות תוצאה זו. הצעות אלו, בחלקן, מתייחסות לאמנת ז׳נבה בלבד, ובחלקן המנסות להציע פיתרון כולל לשאלת קליטת אמנות למשפט הארץ.

ג. הצעות לקליטת אמנת ז׳נבה למשפט הישראלי

הובעה דעה שיש לקלוט את אמנת ז׳נבה למשפט הארץ דרך פקודת המטכ״ל, המחייבת את חיילי צה״ל לנהוג בהתאם לאמנות ז׳נבה[52].

קליטה כזו היא בעייתית, שכן פקודת מטכ״ל, שהיא הוראה של הרמטכ״ל, ניתנת לשינוי בקלות גם בלי שינוי ברשומות[53]. כמו כן, לצורך השיפוט הצבאי מהוות פקודות אלו מקור משפטי כר אכיפה בבתי־הדין הצבאיים[54], אך בדין האזרחי של מדינת ישראל פקודות הצבא, המוצאות מכוח סעיף 5 לחוק יסוד: הצבא[55] וסעיף 2 לחוק השירות הצבאי[56], הן ברמה נורמטיבית של חקיקת משנה, ועל כן אינן נורמות שלאורן יכול בג״צ לבקר את חוקיות פעולות המושל הצבאי שאף הן ברמה נורמטיבית של חקיקת משנה[57].

פיתרון נוסף שהוצע הצביע על כך שאמנת ז׳נבה אינה אמנה בת־תחולה בדין הפנימי הישראלי. זוהי אמנה הדנה בשטחים המוחזקים על ידי צה״ל, שאינם בתחומי ישראל, ועל כן חקיקת הכנסת לא חלה עליהם. היות שכך הדבר, אין

52 פקודת מטכ״ל 33.0133 מיום 20.7.1982.
הצעה זו היא הצעתו של הלל סומר במאמרו ״ואף על פי כן חול תחול: לתחולה של אמנת ז׳נבה הרביעית בדין הישראלי״ עיוני משפט יא (1986) 263.

53 סעיף 2ב לחוק השיפוט הצבאי, תשט״ו-1955, הוא תיקון מס׳ 2 לחוק זה. ראה בס״ח תשל״ט 108. על כך עומד גם סומר עצמו, לעיל הערה 52, בעמ׳ 279-280.

54 ס׳ 3(א) לחוק השפוט הצבאי, ס״ח 189 (תשט״ו־1955) עמ׳ 171.

55 ס״ח תשל״ו 154.

56 לעיל הערה 54.

57 לעיל הערה 36. ל׳ שלף סבור שיש אבסורד בכך שבג״צ לא יוכל להפעיל את אמנות ז׳נבה מכוח פקודת מטכ״ל בעתירה רגילה כנגד המושל וחיילי צה״ל בשטחים, אך בשבתו כבימ״ש לערעורים על החלטות בית־הדין הצבאי יוכל לאכוף את הנורמה על חיילי צה״ל והמושל בכלל זה (לעיל הערה 32, בעמ׳ 770).

nevo.co.il

אפשרות לקלוט אמנה זו על ידי חוק, והיא חלה על השטחים המוחזקים כתוצאה מאשרורה[58].

גם הצעה זו איננה נקייה מבעיות. ראשית יש לציין, שישנם חלקים רבים באמנת ז'נבה שאינם מיוחדים דווקא לשטחים המוחזקים. סעיפים 47-78 אמנם דנים רק בשטחים מוחזקים, אבל סעיפים אחרים באמנה מתייחסים להגנה כללית על אוכלוסיה מפני תוצאות המלחמה, לאו דווקא בשטחים מוחזקים[59]. כן יש באמנה סעיפים, הקובעים הוראות משותפות לשטחים של בעלי הסכסוך ולשטחים מוחזקים[60]. בנוסף לכך, מעת שתושבי השטחים פונים לבג"צ, על מנת שיבקר את חוקיות פעולות המושל בשטחים המוחזקים, הם כופפים עצמם לשיפוט המדינה. בג"צ בוחן את חוקיות פעולות המושל לא רק על פי המשפט הבינלאומי אלא גם על פי המשפט המנהלי הישראלי[61]. לצורך כך הרחיב בג"צ את תחולת המשפט המנהלי החל בישראל גם על השטחים המוחזקים. אם דין תושבי השטחים לענין המשפט המנהלי הוא כדין תושבי ישראל, אין סיבה להחיל עליהם מערכת נורמטיבית שונה מזו החלה בישראל לגבי המשפט הבינלאומי, ועל כן גם אמנות תחייבנה רק אם הכנסת חוקקה אותן כחוק.

על פי גישה אחרת, הממשל הצבאי בשטחים המוחזקים הוקם מכוח דיני המלחמה, קרי: תקנות האג מ־1907 ואמנת ז'נבה ה־IV מ־1949. המפקד שסמכותו נקבעה בדינים אלה חייב לנהוג על פיהם שכן הם קבעו את התפקיד ותחמו את כוחותיו וגבולותיו. מאפיין זה של מפקד האזור מחייב שמעשיו ייבחנו על פי כל דיני המלחמה המחייבים אותו, והבחנה בין מנהג לאמנה בהקשר זה היא מלאכותית ומעושה[62].

אין להתכחש לכך שהמפקד הצבאי יונק את מקור סמכותו מהמשפט הבינלאומי, אך השאלה היא אם עובדה זו היא מיוחדת עד כדי כך שהיא מצדיקה סטייה מהכלל הבסיסי. ניתן למצוא נושאי תפקידים נוספים השואבים את סמכותם מעקרונות שקבע המשפט הבינלאומי, כגון שגרירים, קונסולים ונציגי ארגונים בינלאומיים. האם בגין כך נאמר שכל מסמך בינלאומי הקובע את סמכותם על כל ההסדרים הקבועים בו, הוא חלק ממשפטה הפנימי של ישראל, רק בגלל העובדה שהוא זה שיצר את הסמכות?

58 א' רובינשטיין "מעמדם המשתנה של השטחים: מפיקדון מחוק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא (1986) 439. ל' שלף מתייחס להצעה זו, ומהצגת דבריו עולה שניתן לאמץ אותה, או לפחות רצוי היה שבית־המשפט יבחן אותה לעומק. בית־המשפט לא התייחס עדיין להצעה זו (לעיל הערה 32, בעמ' 768-769).

59 סעיפים 13-26 לאמנת ז'נבה, לעיל הערה 33, בעמ' 271.

60 סעיפים 27-46 לאמנת ז'נבה, שם, שם. בנוסף לכך יש פרק שלם הדן בזכויות עצירים (סעיפים 79-141), שאינו נוגע דווקא לשטחים המוחזקים.

61 פסק־דין אסכאן, לעיל הערה 9, בעמ' 809.

62 ב' רובין "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בימ"ש" משפטים יג (1984) 210, 237, 241.

nevo.co.il

ניסיון נוסף לשכנע שיש לקלוט את אמנת ז׳נבה ישירות למשפט הארץ התבסס על השוואה לדין האנגלי, שעל פיו אמנות דיני המלחמה נקלטות למשפט האנגלי בלי צורך באקט חקיקה של הפרלמנט[63].

טענה זו נבחנה על ידי הנשיא שמגר בבג״צ עפו. הנשיא שמגר מראה בפסק־דינו שגם באנגליה הדין בנושא זה שנוי במחלוקת, וכן שהמצדדים בו מסכימים שהדין התפתח כתוצאה מהמצב הקונסטיטוציוני המיוחד לבריטניה, שעל פיו סמכות הכתר לנהל מלחמה, ובכלל זה לכרות הסכמים הקשורים למלחמה, היא חלק מהמשפט המקובל. הנשיא שמגר מסכם סוגיה זו נכון באמרו: ״אינני סבור, שהשערות בדבר המצב החוקתי האנגלי הספציפי ראויות לשמש בסיס להמרת המצב המשפטי הברור והמותחם היטב החל אצלנו״[64].

הפיתרונות הספציפיים לגבי קליטת אמנת ז׳נבה למשפט הישראלי, גם אם נבחנו על ידי הפסיקה, לא התקבלו על ידה ולא הובילו לשינוי ההלכה. כפי שהראינו לעיל, גם לדעתנו אין בפיתרונות הללו כדי לשכנע שיש חובה לראות באמנת ז׳נבה חלק ממשפטה הפנימי של ישראל בלא אקט חקיקה של הכנסת.

תחולת אמנת ז׳נבה על השטחים המוחזקים בעיתית לא רק בגין דין הקליטה, המתע תחולת אמנות שלא הוחקו למשפט הארץ, אלא גם בגלל עמדתה הרשמית של ממשלת ישראל, שאמנה זו איננה חלה על השטחים המוחזקים על ידי צה״ל ביהודה, שומרון ובעזה באשר שטחים אלו לא היו מעולם תחת ריבונותן הלגיטימית של ירדן ומצרים[65]. יחד עם זאת, ישראל קיבלה על עצמה לקיים את ההוראות ההומניטריות של אמנת ז׳נבה ביחס לתושבי השטחים הללו[66].

בג״צ העלה בפסיקתו את הבעיה של תחולת אמנת ז׳נבה על השטחים המוחזקים בגין עמדתה של ממשלת ישראל שהאמנה איננה חלה על שטחים אלו,

63 רובין, לעיל הערה 62, בעמ׳ 214, 238, 240.

64 פסק־דין עפו, לעיל הערה 9, עמ׳ 40-44. הציטוט מעמ׳ 44.

65 סעיף 2 לאמנת ז׳נבה ה־IV מחיל את האמנה "to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party..."
לטענת ישראל יהודה, שומרון ועזה לא היו מעולם שטחים של ירדן או של מצרים.
לעניין גישה זו ראה M. Shamgar "Observance of International Law in the Administered Territories" 1 *Israel Yearbook on Human Rights* (1971) 262.
ישנה גישה מנוגדת, שעל פיה אמנת ז׳נבה היא אמנה הבאה להגן על מוגנים ולא לקבוע הוראות וקביעות בנושאי טריטוריה ועל כן תחולת האמנה נקבעת על פי סעיף 4 שבו נאמר: "Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the Conflict or Occupying Power of which they are not nationals."
ביהודה, בשומרון ובעזה חיים אנשים שבעקבות כיבוש נמצאים בידי מדינה מחזיקה שהם אינם אזרחיה, ועל כן לאמנה יש תחולה לגביהם. אם סעיף 2 בעייתי, מציעים המצדדים בגישה זו לקבוע הסתייגות ממנו לצורך העניין. ראה:
T. Meron "West Bank and Gaza Human Rights and Humanitarin Law in Period of Transition" 9 *Israel Yearbook on Human Rights* (1979) 106.

66 שמגר, לעיל הערה 64; פסק־דין קוואסמה, לעיל הערה 9, בעמ׳ 627-628.

nevo.co.il

אך השאירה פתוחה וטרם הכריע בה[67]. בית־המשפט יכול היה להימנע במשך השנים מהכרעה בשאלה זו, שכן אם אמנת ז'נבה לא נקלטה לארץ בשל היותה הסכמית, לא ראה עצמו בית־המשפט חייב להתמודד עם השאלה האם, עניינית, האמנה חלה על השטחים המוחזקים על ידי צה"ל, שכן גם אם היה פוסק שהיא חלה, לא ניתן היה ליישמה בגין הקביעה שהיא יוצרת נורמות הסכמיות. יחד עם זאת, בבג"צ אסכאן אומר השופט ברק: "נוכל להשאיר בצריך עיון את השאלה היפה, אם חלקיה ההומניטריים של אמנת ז'נבה הרביעית, שלגביהם החליטה ממשלת ישראל כי תנהג על פיהם, אין בהם כדי להוות נורמות מחייבות — ולו באופן חלקי — מכוח היותם חלק מהנחיות פנימיות מטעם ממשלת ישראל כלפי המפקד הצבאי ומכוח היותם הנחיות עצמיות של המפקד הצבאי עצמו"[68]. השופט בך היה החלטי יותר וקבע באופן פוזיטיבי ש"יש לייחס משמעות להצהרה זו מטעם המדינה, ואם אכן זוהי מדיניותה המוצהרת הרי נוכל גם, במקרים מתאימים, לאלצה לכבד מדיניות זו"[69].

גישה זו מן הראוי שתמשיך להתפתח בפסיקה שכן היא תוביל לישום הוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה[70]. הגישה, המבוססת על עקרונות המשפט המנהלי הישראלי בדבר מחוייבות השלטון בשמירת הנחיות שקבע לעצמו[71], מתאימה לדואליות שפיתח בית־המשפט, דואליות שלפיה יש לבחון את חוקיותם של מעשי הממשל הצבאי לאור המשפט הבינלאומי ולאור המשפט המנהלי הישראלי[72]. יחד עם זאת יש לזכור שהנחיות הממשל מחייבות אותו עד גבול מסוים, ובנסיבות רבות, גמישות למדי, יתיר בית־המשפט לממשל לסטות מהנחיותיו, אם הנימוקים לכך סבירים[73].

ד. הצעות לשינוי ההלכה המשפטית בדבר קליטת אמנות

אי־יישומה של אמנת ז'נבה על ידי בית־המשפט עורר מלומדים לבחון מחדש את הכלל שנקבע בפסיקה, שעל פיו אמנות נקלטות למשפט הארץ רק אם הכנסת

67 פסק־דין אויב, לעיל הערה 9, בעמ' 127. השופט לנדוי סבר שזו שאלה מדינית שאינה עניין להכרעה בבית־המשפט לעומת זאת בבג"צ 61/80 העצני נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 595, 597, ובפסק־דין אסכאן, לעיל הערה 9, בעמ' 793, הושארה השאלה בצריך עיון.

68 פסק־דין אסכאן, לעיל הערה 9, בעמ' 793-794.

69 בג"צ 253/88 סג'דיה נ' שר הבטחון, פ"ד מב (3) 801, 830. וכן ראה דעתו של השופט בך בפסק־דין עפו, לעיל הערה 9, בעמ' 77-78.

70 ואכן, בפסק־דין סג'דיה, לעיל הערה 69, שם, פסק השופט בך שיש בתנאי המעצר של תושבי השטחים, במיוחד בצפיפות הרבה ששררה במחנה קציעות, הפרה של סעיף 85 לאמנת ז'נבה ה־IV. הוא פסק שהוראה זו היא הוראה בעלת אופי הומניטרי מובהק, ועל הממשלה לקיימה בגין ההצהרה המפורשת שהצהירה.

71 י' זמיר "הנחיות מנהליות" הפרקליט לח (1988-1989) 18-48.

72 פסק־דין אסכאן, לעיל הערה 9, בעמ' 793.

73 זמיר, לעיל הערה 71, בעמ' 37-41, 47.

nevo.co.il

חוקקה אותן כחוק.

הצעה אחת הייתה ליצור אבחנה בין אמנות חוק לאמנות חוזה: ״אמנת החוזה נועדה להסדיר עניין מסוים שעל סדר היום בין הצדדים ואילו אמנת החקיקה קובעת הוראות משפטיות כלליות העשויות על פי טיבן להיות הוראות כלליות של המשפט הבינלאומי, והמסדירות את יחסי הצדדים בתחום מסוים״[74]. על פי הצעה זו, אמנות חוזה אין לקלוט למשפט הארץ ללא אקט של חקיקה, אולם אמנות חוק יש לקלוט ישירות למשפט הארץ, גם ללא אקט של חקיקה[75].

הרעיון נבחן על ידי נשיא בית־המשפט העליון שמגר בבג״צ עפו, ונדחה על ידו מהשיקול שכללי ההפרדה וההבחנה בין אמנות חוק לאמנות חוזה אינם מוגדרים בבהירות ובפשטות ו״הכנסתו של יסוד בלתי ברור ובלתי מותחם בבהירות לחוק משפטנו איננה נראית רצויה״[76].

ברצוננו לציין כי פיתוח הרעיון שאמנות חוק הן בסיס ליצירת מנהגים בינלאומיים היה, אולי, מוביל את בית־המשפט למסקנה שאמנות חוק הן חלק ממשפט הארץ, אם גיבשו או יצרו מנהגים בינלאומיים. ראויים לציון כאן הדברים המובאים בספרו של אופנהיים על המשפט הבינלאומי:

> A further distinction which, although controversial and theoretically faulty, is nevertheless of some practical importance is that between treaties concluded for the purpose of laying down general rules of conduct among a considerable number of states (which may be termed 'law making' treaties) and treaties concluded for any other purpose... However, relatively extensive participation in a treaty, coupled with a subject matter of general significance and stipulations which accord with the general sense of the international community, do establish for some treaties an influence far beyond the limits of formal participation in them.
>
> These factors give such a treaty something of the complexion of a legislative instrument, and assist the acceptance of the treaty's provisions as customary international law in addition to their contractual value for the parties.[77]

הצעה נוספת הייתה לקלוט אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בלא צורך באקט חקיקה על ידי הכנסת כפי שהדבר נעשה לגבי מנהגים[78]. על פי גישה זו, שאלת הפרדת הרשויות איננה בעייתית כל כך, שכן גם מנהגים הופכים לחלק ממשפט

74 ב׳ רובין ״אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי המשפט״ משפטים יג (תשמ״ד) 210, 225.

75 שם, בעמ׳ 223-227.

76 פסק־דין עפו, לעיל הערה 9, בעמ׳ 42.

77 Oppenheim, לעיל הערה 14, בעמ׳ 1204-1205.

78 לפידות, לעיל הערה 15, 826—829.

nevo.co.il

הארץ בלי התערבות הכנסת[79]. בנוסף לכך קיים פיקוח פרלמנטרי על אשרור אמנות, שכן יש להניחן על שולחן הכנסת לעיון חברי הכנסת שבועיים לפני האשרור[80]. ובכלל, הרעיון של יצירת נורמות משפטיות על ידי הממשלה איננו זר למשפט הישראלי באשר הממשלה יוצרת נורמות משפטיות בחקיקת משנה[81].

לדעתנו, קליטה אוטומטית של אמנות למשפט הישראלי יש בה פגיעה רבה בעקרון הפרדת הרשויות בישראל, שכן היא נותנת בידי הממשלה סמכויות חקיקה. דעה זו, שיש לקלוט אמנות למשפט הארץ כמו מנהגים, מבוססת על אנלוגיה בין המנהג הבינלאומי לאמנה. לדעתנו, גם היום קיים הבדל משמעותי ביותר בין נורמות הסכמיות לנורמות מנהגיות במשפט הבינלאומי, הבדל שיש בו כדי להשפיע על דרך קליטתן לשיטתנו המשפטית[82].

הצעה שלישית הצביעה על כך ששאלת קליטת אמנות למשפט הישראלי התעוררה בעיקר בפסקי־דין שדנו בנושאי חוץ וביטחון ובית־המשפט בישראל, כמו במדינות דמוקרטיות רבות אחרות, בחר להימנע מהתערבות בחוקיותם של מעשי המנהל בתחומים אלו. בעלי ההצעה טענו כי הכלל שאמנות אינן חלק מהמשפט הישראלי אפשר, אמנם, לבית־המשפט להימנע מביקורת על פעולות השלטון בתחומי החוץ והביטחון, אבל גרר עמו גם אי קליטת אמנות בתחומים שאינם קשורים למדיניות חוץ ולביטחון, וזו תוצאה בלתי רצויה. לכן הציעו לשנות את הכלל ולקבוע שאמנות נקלטות אוטומטית למשפט הארץ, ויחד עם זאת לאפשר לבית־המשפט להימנע מהתערבות בנושאי חוץ וביטחון באמצעות דוקטרינות הימנעות שונות, כגון: מעשה מדינה, חסינות המדינה, שפיטות, מעמד, פרשנות מצמצמת ובכלל זה השאלה, האם האמנה מתבצעת מעצמה[83]. עוד נאמר בהצעה זו, שיש לקלוט אמנות ישירות למשפט הישראלי כפי שהדבר נעשה לגבי מנהגים, שכן במשפט הבינלאומי המודרני, שבו רוב רובם של ההסדרים נקבע באמנות, אין עוד טעם להבחנה בין אמנה לבין מנהג[84].

בהמשך הדברים נבסס היטב את ההנחה שגם במשפט הבינלאומי המודרני, שבו רוב ההלכות הבינלאומיות אכן נקבעות באמנות יש עדיין מקום לקיומן העצמאי של נורמות מנהגיות[85]. לדעתנו, ההצעה לקלוט את כל האמנות למשפט הארץ ובמקביל לפתח דוקטרינות הימנעות איננה רצויה, שכן דוקטרינות כאלו של מעשה מדינה, חסינות המדינה, שאלות פוליטיות וכד׳ הן דוקטרינות בעייתיות

79 לפידות, שם הערה 15 בעמ׳ 826.
80 ראה לעיל הערה 4, וכן במאמרה של לפידות, לעיל הערה 15, בעמ׳ 827.
81 לפידות, שם, בעמ׳ 827.
82 ראה על כך בהרחבה להלן בפרק ו׳.
83 בנבגישתי, לעיל הערה 40, 221.
84 שם, בעמ׳ 224-226.
85 להלן בפרק ו׳.

nevo.co.il

בכל שיטות המשפט שבהן הן קיימות, היקפן אינו ברור ויישומן קשה[86]. בנוסף לכך לא נראה לנו סביר, שבית־המשפט הישראלי הנוטה היום לצמצם דוקטרינות מניעות שונות במשפט הציבורי[87], יפתח דוקטרינות כאלו דווקא כשהוא בא לדון בשאלות של יישום אמנות.

למעשה, ההצעה האחרונה נועדה לוודא שאמנות שונות, בעיקר בתחום ההסדרים הכלכליים והסדרי הסחר ייקלטו למשפט הארץ, שכן בנושאים פוליטיים ובטחוניים מסכים המציע שבית־המשפט יימנע מליישם אמנות מכוח דוקטרינות מניעות[88]. לדעתנו, קליטת אמנות למשפט הישראלי איננה בעייתית בתחומים הכלכליים. בתחומים אלו מועברת, ברוב המקרים, חקיקה המישמת את האמנה למשפט הארץ[89]. הבעייה היא ברוב המקרים באמנות מולטיליטרליות בנושאים הומניטריים או בנושאי זכויות האדם. אמנות אלו, שאושררו על ידי ישראל, לא הוחקו כחוק פנימי על ידי הכנסת, ואנשים במדינה או בשטחים המוחזקים אינם יכולים לתבוע את זכויותיהם מכוח אמנות אלו, באשר הן אינן מוכרות כחלק ממשפטה הפנימי של המדינה. לאור העובדה שישראל שרויה במצב חירום מתמשך, ובשטחים המוחזקים קיים מרי של התושבים, ספק אם קליטת האמנות כמוצע, בצמוד להחלת דוקטרינות מניעות, תוליד יישום כלשהו של הנורמות הקבועות בהן במשפט הישראלי.

ברור שההצעה לקלוט את כל האמנות למשפט הישראלי יוצרת בעיה בעניין עקרון הפרדת הרשויות, שכן בעקיפין מוענקת לממשלה, לכאורה, סמכות חקיקה. הפיתרון המוצע לבעיה זו בהצעה הוא לראות באמנות נורמות של חקיקת משנה, שאותן הממשלה מוסמכת לקבוע[90]. גם אם נסכים לכך שסמכות הממשלה לכרות אמנות חופפת מבחינת המשפט הפנימי לסמכותה לתקן תקנות, ושאמנות שנכרתו על ידי הממשלה נקלטות למשפט הפנימי כחקיקת משנה[91], ייתכן שנפתור את

86 ראה הסתיגות של בנבנישתי עצמו מיישום הדוקטרינות הללו במשפט הישראלי. למרות הסתייגויותיו מגיע בנבנישתי למסקנה סופית, שעדיף לקלוט אמנות וליישם דוקטרינות בעייתיות אלו מאשר להשאיר את ההלכה הקיימת בדבר אי קליטת אמנות על כנה. (לעיל הערה 40, בעמ׳ 247-248, 250).
הבעייתיות שבדוקטרינות אלו מודגשת במקרה של קליטת אמנת ז׳נבה VI למשפט האמריקאי ויישומה כמשפט פנימי בארה״ב. אמנת ז׳נבה אושרה על ידי הסנט בארה״ב ואושררה על ידי הנשיא, אך בית־המשפט סירב ליישם אותה במשפט האמריקאי בטענה שאיננה self executing. ראה: *U.S.* v. *Postal* 589 F. 2d 862, 876-877 (1979)
Tel Oren v. *Libyan Arab Republic* 726 F. 2d 774, 809 (1984).

87 ראה לעיל, ליד הערות 42-46.

88 בנבנישתי, לעיל הערה 40, בעמ׳ 246-247.

89 ראה לדוגמא סעיף 196 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), 1961, שעל פיו אמנות למניעת כפל מס שעליהן חתמה ישראל הן חלק ממשפטה הפנימי של המדינה. וכן ראה סעיף 6 לחוק רשות הדואר, שעל פיו: ״חובות המוטלות על מדינת ישראל מכוח אמנות בינלאומיות בעניין שירותי דואר יקוימו בידי הרשות או בידי מי שהשר יקבע בתקנות״ (ס״ח התשמ״ו 79).

90 בנבנישתי, לעיל הערה 40, עמ׳ 245.

91 ראה גם דעתה של פרופ׳ ר׳ לפידות בנושא, לעיל הערה 15, בעמ׳ 827-829, ודעתו של ב׳ רובין, לעיל הערה 62, בעמ׳ 226-227.

nevo.co.il

הבעיה לגבי אכיפת הסדרים שונים שנקבעו באמנה (הסדרי סחר, הסדרים כלכליים) עד שיבוא המחוקק ויאמר דברו, אך לא נשיג את המטרה שהיא האפשרות לבחון את חוקיות מעשיו של הממשל לאור הנורמות שנקלטו. לדוגמא: גניח שאמנת ז'נבה ה־IV תיקלט למשפט הארץ ברמה נורמטיבית של חקיקת משנה. אם המושל הצבאי יוציא צורים הנוגדים את הקבוע באמנה לא יוכל בית־המשפט לבטל אותם, שכן גם הם חקיקת משנה[92], ועל מנת לבטל אותה יש צורך בנורמה של חקיקה ראשית[93].

לפי הצעה נוספת, אשרור אמנות על ידי הממשלה ייחשב להנחיה עצמית או לקביעת מדיניות המחייבת, בנסיבות מסוימות, את הממשלה, ולא יהיה צורך בהצהרה מפורשת (כעין שהצהירה הממשלה לגבי ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה) על מנת שהאמנה תיחשב לפחות להנחיות פנימיות שהממשלה קיבלה על עצמה לנהוג על פיהן[94]. ברוח אותה הצעה נאמר גם שניתן לראות באמנות חוזים שלטוניים המחייבים את הממשלה[95].

כפי שהסכמנו לקבל את ההצעה המחילה את אמנת ז'נבה כהנחיות שהמינהל קיבל על עצמו[96], כך נוטים אנו לקבל גם הצעה זו. עם זאת, מהנחיות יכול הממשל לסטות, בנסיבות מסוימות[97], ועל כן סבורים אנו שפיתרון זה אין בו די כדי לעגן עקרונות מסוימים של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי. מן הצורך לצרף אליו את הכלל שמנהגים בינלאומיים הם חלק ממשפטנו הפנימי, כלומר מעמדם הוא מעמד של חוק במדינה[98].

ה. קליטת משפט בינלאומי למשפט הפנימי — ריבונות המדינה וזכויות האדם

המשפט הבינלאומי מכיר בריבונות המדינה. כשמדינה היא ריבונית יש לה סמכות לחוקק, לשפוט ולנהל את ענייניה מבלי שגורם זר יתערב בסמכויות אלו[99]. מנגד ניצב המשפט הבינלאומי, והוא מפתח כללים משפטיים משלו שיישומם במשפט הפנימי עלול לפגוע בסמכותה הבלעדית של המדינה לקבוע את חוקיה. המדינות עצמן הן המחוקק של המשפט הבינלאומי, הן קובעות את הלכותיו באמצעות התנהגותן (מנהגים) ועל ידי אמנות שהן חותמות מאליהן[100]. בשיטות משפטיות

92 לעיל הערה 36.
93 רובינשטיין, לעיל הערה 2, בעמ' 612-616.
94 בובנישתי, לעיל הערה 40, בעמ' 248-249.
95 שם, עמ' 249.
96 לעיל, ליד הערות 70-73.
97 זמיר, לעיל הערה 71.
98 להלן בפרק ו'.
99 Shaw, לעיל הערה 14, בעמ' 393, 397-399; Oppenheim, שם, בעמ' 122, 456. Restatement of the Law, Third, Foreign Relations of the U.S. (1987) Vol. I p. 232 pr. 401 (להלן: Restatement)
100 Shaw, לעיל הערה 14, בעמ' 58; Oppenheim, שם, בעמ' 24-25.

nevo.co.il

שבהן הרשות המחוקקת היא המוסמכת לחייב את המדינה באמנות בינלאומיות, קביעת הדין הבינלאומי מבחינת המדינה היא גם אקט של חקיקה, ואז הבעיה כמעט איננה קיימת. מעניין שאף אחת מההצעות הרבות שהועלו במסגרת הניסיונות לשנות את הדין המצוי בישראל לא סברה שיש להעביר את הסמכות לכריתת אמנות לידי הכנסת. גם לדעתנו אין לתת בידי הכנסת את הסמכות לחייב את המדינה באמנות, שכן ניהול יחסי החוץ וההתקשרויות הבינלאומיות רצוי לו שייעשה על ידי הרשות המבצעת. במקום שגם הרשות המחוקקת לוקחת חלק בתהליך כריתת אמנה, הופך התהליך למסורבל ולבלתי יעיל[101].

בעבר סיווגו את ההתייחסות לקליטת המשפט הבינלאומי למשפט הפנימי לשתי דוקטרינות מנוגדות: הדוקטרינה המוניסטית גרסה שהמשפט הבינלאומי והמשפט הפנימי יונקים ממקור אחד, ועל כן למשפט הבינלאומי תחולה אוטומטית במשפט הפנימי. ברוב המקרים יוחסה לו אף עליונות על הנורמות של המשפט הפנימי. לעומתה — גרסה הדוקטרינה הדואליסטית שאלו שתי שיטות משפט המתפקדות ברמות מקבילות ועל מנת שהבינלאומית תיקלט בפנימית יש צורך בחקיקת חוק[102].

בחינת הפיתרונות השונים שנתנו מדינות העולם הדמוקרטי לסוגיה מעידה שהמדינות לא נצמדו לאף אחת מהדוקטרינות בצורה אבסולוטית, וכל אחת קבעה לעצמה כיצד ועד כמה יהווה המשפט הבינלאומי חלק ממשפטה הפנימי[103].

במסגרת ליבון הבעיה מן הראוי לציין שבעבר נחשבה ריבונות המדינה במשפט הבינלאומי לערך אבסולוטי[104]. היום, לעומת זאת, המשפט הבינלאומי, שהתפתח בעקבות מלחמת העולם השנייה ומוראותיה, עדיין רואה בריבונות המדינה עיקרון יסוד בסיסי וחשוב במשפט הבינלאומי, אך בכל זאת הוא מגביל את הריבונות[105]. המשפט הבינלאומי אינו מאפשר למדינה להשתמש בכוח על מנת להשיג אינטרס כלשהו[106]. גם ההגנה על זכויות האדם על היבטיה השונים,

101 ראה לדוגמה, בארה"ב, שבה דרוש רוב של שני שלישים מן הסנטורים על מנת שהנשיא יוכל לחייב את ארה"ב באמנה, יש אמנות רבות שאשרורן מטורפד על ידי הסנט. לכן בנושאי ביטחון ובנושאי חוץ מוסמך הנשיא, מכוח הסמכויות שהחוקה מקנה לו, להתחייב בשם ארה"ב בהסכמים בינלאומיים ב־executive agreements, הנחשבים מבחינה בינלאומית לאמנות לכל דבר. מספרם של ה־executive agreements שבתהליך קבלתם אין לבית המחוקקים כל חלק הוא רב. ראה: Restatement, לעיל הערה 97, pr. 303 בעמ' 159-168, וכן L. Henkin *Foreign Affairs and the Constitution* (Mineola, New York, The Foundation Press, 1972) 173-187.

102 Shaw, לעיל הערה 14, בעמ' 102-104; Oppenheim, שם, בעמ' 53-54. J.G. Starke *Introduction to International Law* (London, 10th ed., 1989) 71-72.

103 Shaw, לעיל הערה 14, בעמ' 107-126; Oppenheim, שם, בעמ' 54-81.

104 R. Lapidot "Sovereignty in Transition" 45 *Journal of International Affairs* (1992) 325-327; H. Steinberger "Sovereignty" *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, Vol. X ,1987) 397-418.

105 Lapidot, לעיל הערה 104, בעמ' 334-336.

106 סעיף 2(4) למגילת האו"ם. שמרש בכוח מותר רק לצורך הגנה עצמית אינדיבידואלית או קולקטיבית מכוח סעיף 51 למגילת האו"ם והמשפט הבינלאומי המנהגי המשלים אותו.

nevo.co.il

בימי שלום ובימי מלחמה, הפכה לאינטרס בינלאומי חשוב שאין להרשות למדינה להפר אותו בשם הריבונות. המשפט הבינלאומי המודרני אינו מותיר למדינה עצמאות בנושא זכויות האדם, והוא רואה אותה כחייבת ליישם ולקיים נורמות בינלאומיות שנקבעו בנושא[107]. נושאים כמו זכויות האדם והמשפט ההומניטרי, וקליטתם במשפט הפנימי איננה עומדת לבחירה. המשפט הבינלאומי מייחס חובה לכל מדינה ריבונית ליישם נורמות בינלאומיות של זכויות האדם במשפטה הפנימי. היטיב לתאר זאת פרופ' הנקין:

> International human rights law and institutions are designed to induce states to remedy the inadequacies of their national laws and institutions so that human rights will be respected and vindicated... International human rights and obligations are met when, and only when, national laws and institutions meet the minimum international standards and give effect to the minimum of human rights.[108]

האם הכלל בדבר קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי מסייע להגשמת המטרה של יישום זכויות האדם הבינלאומיות במשפט הישראלי? זכויות האדם הבינלאומיות והעקרונות ההומניטריים קבועים ברובם באמנות, ואמנות, כפי שאמרנו, אינן נקלטות אוטומטית למשפט הישראלי. ישראל אשררה אמנות בינלאומיות עיקריות הדנות בהגנה על זכויות האדם[109], וכן אשררה את אמנות ז'נבה[110], אך לא חוקקה אותן כחוק במשפטה הפנימי. על פי כלל הקליטה של המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי, האמנות הללו אינן חלק ממשפט הארץ, שכן הנורמות הקבועות בהן אינן מאומצות על ידי הפסיקה הישראלית[111], בעוד

107 Lapidot, לעיל הערה 104, בעמ' 335.
T. Fleiner-Gerster and M. A. Meyer "New Developments in Humanitarian Law: A Challenge to the Concept of Sovereignty" 34 *Int. and Comp. L. Q.* (1985) 267, 277.

108 *The International Bill of Rights* (New-York, by L. Henkin, 1981) 14

109 האמנה מ־1966 בדבר מניעת אפליה גזעית נחתמה על ידי ישראל ב־7.3.1966, האשרור היה ב־ 3.1.1979 והיא נכנסה לתוקף מבחינת ישראל ב־2.2.1979.
על האמנות מ־1966 בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובדבר זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות התמה ישראל ב־19.12.1966, אשרורן היה ב־18.8.1991 וכניסתן לתוקף ב־ 3.1.1992.

110 ישראל אשררה את אמנות ז'נבה ב־6.7.1951 והאמנה נכנסה לתוקף ב־6.1.1952. כתבי אמנה 30.

111 בעניין אי־יישומן של נורמות הקבועות באמנת ז'נבה בפסיקה הישראלית ראה לעיל בהערות 36, 37. בעניין האמנות הכלליות הדנות בזכויות האדם לאו דווקא במצב מלחמה, בית־המשפט התייחס פעמים ספורות לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות עוד לפני שישראל הצטרפה לאמנה זו. לדוגמה: בג"צ 103/67 "דה אמריקן אירופין בית אל מישן" נ' שר הסעד, פ"ד כ"א (2) 325; פסק־דין ארג'וב, לעיל הערה 48, בעמ' 353. אין ספק ששאלות הנוגעות לזכויות האדם עולות בפני בית־המשפט דבר יום ביומו, ובית־המשפט אינו עושה שימוש בנורמות הקבועות באמנות ואינו מיישם אותן כנורמות המחייבות במשפטה הפנימי של ישראל.

nevo.co.il

שייעודן העיקרי על פי המשפט הבינלאומי היה להיות מיושמות במשפטה הפנימי של כל מדינה ומדינה.

השאלה העולה ממצב בלתי רצוי זה היא: האם יש לשנות את הכללים המשפטיים בדבר קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי כדי ליישם התחייבויות בינלאומיות אלו במשפטה של ישראל?

ו. התפתחות הנורמות המנהגיות במשפט הבינלאומי והשפעתה על קליטתן למשפט הישראלי

מבחינה כרונולוגית קדם המנהג לאמנה כנורמה משפטית מחייבת במשפט הבינלאומי[112]. סעיף 38(1) לחוקת בית־הדין הבינלאומי, הנספחת למגילת האו״ם, מונה את מקורות המשפט הבינלאומי ומגדיר את המנהג כפרקטיקה כללית המקובלת בתורת דין[113]. משמעותה של הגדרה זו היא, שעל מנת שנורמה תיחשב מנהג, צריכות מדינות רבות מרחבי הקשת הפוליטית לנהוג על פיה במשך פרק זמן ארוך, מתוך אמונה שהן נוהגות על פי הנורמה באשר היא דין מחייב (opinio juris sive necessitatis). כשנורמה נחשבת למנהגית היא מחייבת כל מדינה בעולם, למעט מדינות שהתנגדו לה משחר היווצרותה[114].

במשפט הבינלאומי המודרני נוצרה מגמה של חיקוק הנורמות המנהגיות, ובמקרים רבים אמנות חוזרות ומאמצות נורמות כאלו. אמנות כאלו הן דקלרטיביות באופיין, שכן הן מצהירות על דין קיים[115].

המשפט הבינלאומי המודרני, בעיקר זה שהתפתח לאחר מלחמת העולם השניה, מבוסס בעיקר על אמנות. היום, ללא ספק, מבחינה כמותית, האמנות הן המקור המרכזי ליצירת הדין הבינלאומי[116]. לאור עובדה זו נשאלת השאלה אם המנהג הבינלאומי הולך ונעלם. שאלה זו נענתה בהרחבה בפסק־דינו של בית־הדין הבינלאומי בהאג בעניין המדף היבשתי בים הצפוני. בית־הדין פסק שאמנות יכולות לא רק לאמץ מנהגים אלא גם ליצור מנהגים חדשים בשני אופנים: האחד, נורמה חדשה נידונה בוועדות שונות ובוועידה בינלאומית, ובעת כריתת האמנה היא מתקבלת בקונצנזוס על ידי מספר רב של מדינות מרחבי הקשת הפוליטית. בנסיבות אלו הנורמה מתגבשת עם יצירת האמנה, והופכת במקביל לנורמה מנהגית. דרך נוספת להתגבשות נורמה מנהגית מתוך אמנה חדשה היא שבעקבות חתימה על האמנה ואשרורה על ידי מדינות רבות הן מתחילות לנהוג על פי

112 Oppenheim, לעיל הערה 14, בעמ׳ 25.

113 U.S.T.S. 993 (1945).

114 Oppenheim, לעיל הערה 14, בעמ׳ 25-31. Shaw, שם, בעמ׳ 60-79.

115 סעיף 13(1) למגילת האו״ם קבע, שהעצרת תיזום מחקרים ותמליץ המלצות לשם עידוד פיתוחו של המשפט הבינלאומי והקודיפיקציה שלו. תהליך הקודיפיקציה של נורמות מנהגיות שכיח מאד במשפט הבינלאומי ואמנות המגבשות מנהגים בינלאומים קיימים נקראות אמנות דקלרטיביות.

116 Oppenheim, לעיל הערה 14, בעמ׳ 31.

nevo.co.il

הנורמה. התנהגות זו ודאי מקובלת על המדינות בתורת דין, שכן הן חתמו על אמנה ובכך גילו דעתן שהנורמה היא דין המחייב אותן[117].

בפסק־דין נוסף של בית־הדין הבינלאומי בהאג בעניין תביעת ניקרגואה נגד ארה"ב חזר בית־הדין והדגיש, שעל אף שנורמות מנהגיות מגובשות באמנה או נוצרות ממנה, עדיין הן שומרות על חיות עצמאית, והנורמה מחייבת הן כנורמה הסכמית והן כנורמה מנהגית:

> The fact that the above mentioned principles, recognized as such, have been codified or embodied in multilateral conventions does not mean that they cease to exist and to apply as principles of customary law, even as regards countries that are parties to such conventions.[118]

העובדה שנורמות נוצרות מתוך אמנות מקלה לאתר את המנהגים, שכן אם מדינות רבות הצטרפו לאמנה והן מיישמות את הנורמות הקבועות בה, יש גם opinio juris וגם פרקטיקה, והנורמה הופכת למנהגית. כמו כן קל להוכיח במקרים כאלו "התנגדות משחר היווצרות", שכן היווצרות הנורמה המנהגית היא בעת כריתת האמנה, ועל פי הדיונים קל לראות לאיזו נורמה התנגדה מדינה מסוימת, על מנת שנורמה זו לא תחייב אותה כמנהג בינלאומי.

בנוסף לכך שפסק־הדין בעניין ניקרגואה הדגיש את חיותן העצמאית של נורמות מנהגיות בתוך אמנות, הוא חידש הלכות בנושא יצירת נורמות מנהגיות במשפט הבינלאומי.

בפסק־הדין נבחנה השאלה, מה קורה אם הפרקטיקה איננה אבסולוטית, ויש סטיות ממנה. בית־הדין השיב שחשוב לראות כיצד מדינה מגיבה לסטייה. אם היא מתנצלת על הסטייה מקיום הנורמה, יש להניח שמבחינה סובייקטיבית היא מאמינה שנורמה זו ממשיכה לחייב, ועל כן הסטייה איננה יוצרת התנהגות חדשה,

117 North Sea Continental Shelf Cases, (1969), ICJ Rep. 4, 61, 70, 73, 74. וכן ראה Shaw, לעיל הערה 14, בעמ' 82 וגם Restatement (לעיל, הערה 99) comment i: ל־pr. 102 בעמ' 27 וכן reporter's note מס' 5 ל־pr. 102 בעמ' 33-34, וכן comment ל־pr. 324 בעמ' 195 וכן introductory note to Chapter V vol. II p.4.

118 ICJ Reports (1984) p. 424 pr. 73. ב־1984 דן בית־הדין הבינלאומי בשאלת הסמכות. משקבע שיש לו סמכות, הכריע לגופו של עניין בפסק־הדין מ־1986 שאימץ בסוגיה זו את האמור לעיל, ראה ICJ Reports (1986) pr. 174. לאור הקביעות הספורשות בפסק־דין ניקרגואה, שהמנהג ממשיך לחול במקביל לאמנה, ולאור הנימוקים שמביא פסק־הדין לצורך לשמור, במקביל לאמנות, על נורמות מנהגיות (ראה בסעיפים 175-181 לפסק־הדין). לא ברור לי כיצד הגיע בנבנישתי למסקנה גורפת שההבחנה בין אמנה למנהג היא שדופה, אנכרוניסטית, מזיקה לאינטרסים של המדינה וראויה לביטול (ראה לעיל הערה 40, בעמ' 223-226, 250). כמו כן, בעניין זה אומרת פרופ' ר' גביזון כי "רק במשפט הבינלאומי, שכו אין מחוקק ממש, יש עדיין מקום חשוב למנהגים ביצירתו של המשפט ובפיקוחו". ראה ר' גביזון "בטול המגלה: המנהג ועקרונות הפיקה" משפטים יד (תשמ"ה) 325, 336.

היכולה אולי לשמש בסיס ליצירת מנהגים סותרים[119]. בית־הדין הביא דברים אלה בקשר לנורמות של איסור שימוש בכוח ושל אי התערבות בענייניה הפנימיים של מדינה, אך הם חשובים בהחלט גם בנושא זכויות האדם. אם מדינות נוהגות בניגוד לנורמות שקבע המשפט הבינלאומי בנושא זכויות האדם והן מסתירות סטייה זו או מתנצלות עליה, ואינן טוענות שהתנהגותן היא הנורמה הנכונה, אין התנהגותן פוגעת בפרקטיקה לצורך יצירת המנהג.

נושא נוסף שבית־הדין הדגיש הוא שאת העובדה שנורמה מקובלת בתורת דין ועל כן היא מנהגית ניתן ללמוד ממספר האינסטרומנטים המשפטיים הבינלאומיים המאזכרים אותה. לדוגמה: הנורמה של איסור על שימוש בכוח מוזכרת באמנות ובהצהרות שנוסחו לפני מגילת האו"ם, כגון אמנת מונטבידאו. היא מוזכרת במפורש בסעיף 2(4) למגילת האו"ם, בשורה של החלטות באו"ם ובהסכמי הלסינקי. כמו כן הוועדה למשפט בינלאומי, בדיוניה על נורמות שהן קוגנטיות, הכלילה את האיסור על שימוש בכוח ברשימת הנורמות שהן יוס קוגנס. עובדות אלו מוכיחות שלגבי הנורמה מתקיים opinio juris, כלומר היא מקובלת בתורת דין ועל כן היא מנהגית[120].

פרופ' תיאודור מרון מציע ללמוד מן האמור לעיל גזירה שווה לנושא זכויות האדם. בנושא זה אנו עדים לתופעה של מדינות רבות החותמות על שורה של מסמכים בינלאומיים שבהם הן מתחייבות לקיים את זכויות האדם, אך בפועל מפירות אותן. על פי ההגדרה הקלאסית של המנהג קשה יהיה ליצור מנהגים בתחום חשוב זה של זכויות האדם, אם הקריטריון ליצירת המנהג יתבסס בעיקר על הפרקטיקה. לפיכך מציע פרופ' מרון, לאור פסק־דין ניקרגואה, שבנושא זכויות האדם ייקבע אם נורמה מנהגית או לא על פי אלמנט ה־opinio juris יותר מאשר על הפרקטיקה. אם מדובר בנורמה שמדינות רבות קיבלו על עצמן בשורה של אמנות, הצהרות והכרזות בינלאומיות, היא תיחשב למנהגית גם אם המדינות שחתמו והצטרפו לאינסטרומנטים בינלאומיים אלו מפירות אותה, במיוחד לאור העובדה שמחד, המדינות המפירות מצטדקות על ההפרות או מסתירות את עובדת ההפרה, ומאידך, מדינות העולם מגנות את הפרת הנורמה. לפי גישה זו ניתן לומר שהפרקטיקה נלמדת מגילוי של opinio juris מסיבי על ידי המדינות[121].

ואכן, ה־Restatement האמריקאי אומר במפורש ברוח אותם דברים:

> International human rights law governs relations between a state and its own inhabitants... Therefore, the practice of states that is

119 ICJ Reports (1986) pr. 186, pr. 207-208

120 ICJ Reports (1986), pr. 188, pr. 190

121 T. Meron *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* Oxford, (1989) במיוחד בעמ' 79-106.

לעניין ההתפתחות במשפט הבינלאומי והפיכת נורמות הסכמיות של זכויות אדם לנורמות מנהגיות ראה בספרם של L. B. Sohn & T. Buergenthatl *The Movement of Persons*

nevo.co.il

accepted as building customary international law of human rights includes some forms of conduct different from those that build customary international law generally... Practice accepted as building customary human rights law includes: virtually universal adherence to the U.N. Charter and its human rights provisions, and virtually universal and frequently reinterated acceptance of the Universal Declaration of Human Rights even if only in principle, virtually universal participation of states in the preparation and adoption of international agreements recognizing human rights principles generally, or particular rights; the adoption of human rights principles by states in regional organisations in Europe, Latin America and Africa, general support by states to U.N. resolutions declaring, recognizing, invoking and applying international human rights principles as international law... etc.[122]

חידוש נוסף של פסק־הדין ניקרגואה מתייחס ישירות לאמנת ז'נבה ה־IV. בית־הדין בחן את השאלה האם סעיפים 1 ו־3 לאמנה זו הם מנהגים. בית־הדין פסק שהם מנהגים על סמך הגימוק שהם הומניטריים[123]. נשאלת השאלה האם מכך נובע שכל סעיף באמנה היוצר נורמה הומניטרית ייחשב תמיד לסעיף מנהגי. ספק אם בשלב ההתפתחות הנוכחי של המשפט הבינלאומי ניתן לקבוע מסקנה כה גורפת[124]. ימים יגידו אם יעשה בקביעת בית־הדין בהקשר זה שימוש ואיזה היקף ותוכן ינתן לו.

על פי כל האמור לעיל בנושא ההצדקה לקיומם של מנהגים בינלאומיים במקביל לנורמות הסכמיות ובנוגע לדרך היווצרותן של נורמות אלו במשפט הבינלאומי המודרני, נראה לנו שהכלל הקיים בדבר קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי מותיר מרווח רחב ליישום כללי המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי. לשם כך, על בית־המשפט להתייחס להתפתחויות בתחום המשפט הבינלאומי בנושא היווצרות מנהגים מתוך אמנות בכלל, ובנושא זכויות האדם בפרט[125]. כתוצאה מכך יהיה על בית־המשפט לקלוט לשיטתנו המשפטית מנהגים רבים יותר, ובכלל זה נורמות שונות הקבועות באמנת ז'נבה IV, שללא ספק נחשבות היום נורמות מנהגיות.

בית־המשפט איננו צריך לחשוש מאיתור הנורמה המנהגית על אף שהיא קבועה באמנה. אם מדובר בנורמה שאופיה המנהגי היה קיים גם לפני האמנה והאמנה רק חזרה עליה על מנת להעלותה על הכתב, הרי קיימים מחקרים המתעדים את עבודות ההכנה שנעשו לקראת ניסוח האמנה, והם מפרטים אלו הן

122 Restatement, לעיל הערה 99, Reporter's note 2 to pr. 701 vol. II p. 154.

123 ICJ Reports (1986) pr. 218 pr. 220.

124 ראה בענין זה Meron, לעיל הערה 121, בעמ' 25-41; Shaw, לעיל הערה 99, בעמ' 82.

125 פסק־הדין האחרון שבו הגדיר בית־המשפט בישראל לעצמו מהו מנהג בינלאומי היה בפסק־דין ארג'וב, לעיל הערה 48, בעמ' 370. בפסק־דין זה טרם באו לידי בטוי ההתפתחויות בנושא המנהגים שגובשו במשפט הבינלאומי מאז פסק־הדין בעניין המדף היבשתי.

nevo.co.il

הנורמות שהיו קיימות בעבר ועברו קודיפיקציה אל תוך האמנה[126]. גם קביעת אופיה המנהגי של נורמה שנולדה באמנה ולא היתה קיימת בעבר איננו משימה בלתי אפשרית. מאחר שבנושא זכויות האדם, כמות המסמכים הבינלאומיים המגבשים את הנורמה היא פונקציה חשובה ביותר בהחלטה אם הנורמה היא מנהגית, קל ללמוד מתוך המסמכים מהי נורמה מנהגית[127].

גם מנהגים בינלאומיים שאינם בתחום זכויות האדם ניתן לאתר בקלות יחסית, לאור העובדה שרובם מתחילים את תהליך התגבשותם בכריתת האמנה. בית־המשפט יבדוק אם המבחנים ליצירת מנהג מתוך אמנה שנקבעו בפסק־הדין בעניין המדף היבשתי בים הצפוני מתקיימים, וכך יאתר את הנורמות המנהגיות. כלומר, אם מדובר בנורמה שהתקבלה בהסכמה מלאה בדיונים על האמנה ומדינות רבות חתמו עליה, היא תיחשב למנהגית. גם אם לא הייתה הסכמה מלאה בתהליך קבלת האמנה לגבי מעמדה של הנורמה, ובכל זאת מדינות רבות יישמו אותה ונהגו לאורה לאחר שנכרתה, יש לראות בה נורמה מנהגית.

על פי המשפט הקונסטיטוציוני הישראלי יש מקום להבחין בין קליטה ישירה של אמנות למשפט הארץ על ידי הפסיקה ובין קליטה ישירה של מנהגים. קליטת נורמות הסכמיות שלא הפכו מנהגיות למשפט הארץ דרך הפסיקה, קליטה המעמידה אותן ברמה של חקיקה ראשית, נותנת בידי הממשלה, למעשה, סמכויות חקיקה. מציאות שבה הממשלה יכולה להתחייב בהסכם בינלאומי בכל היקף ובכל נושא, מתוך ידיעה שהסכם זה הופך להיות חוק המדינה, עומדת בניגוד גמור לעקרונות הקונסטיטוציוניים של מדינת ישראל. המנהג, לעומת זאת, איננו נחשב לפועל יוצא של מעשי הממשלה. אמנם במקרים רבים הוא נולד מאמנות ועל אמנות מתחייבת הממשלה, אבל יש לו חיות עצמאית. על אף דמיונו או זהותו לנורמה ההסכמית, הוא מתקיים בגין היותו נורמה כללית המקובלת על מספר רב של מדינות ועל כן ברוב המקרים מחייבת כמעט את כל מדינות העולם. גם אם היום, ברוב המקרים, המנהג נולד מאמנה, הוא שונה ממנה באופיו. ניתן לומר

126 לדוגמה ראה בספרו של Meron (לעיל הערה 121, בעמ׳ 46-50). פרופ׳ Meron עורך מחקר מקיף לגבי נורמות מנהגיות שהיו קיימות בעבר וגובשו באמנת ז׳נבה ה־IV מ־1949. בג״צ בישראל אימץ את הגישה שכל אמנת ז׳נבה ה־IV הסכמית, אבל מרון מציין במפורש שסעיפים רבים באמנה זו גיבשו מנהגים קיימים, ובכלל זה סעיף 49 לאמנת ז׳נבה האוסר גירושים (לעיל הערה 121, בעמ׳ 48-49, ובהערה 131 שם).

127 לעיל, ליד הערות 119-124. גם בעניין מנהגים הנוצרים מתוך אמנות קיימים מחקרים לגבי דיהרים על פי המבחנים שציינו. ראה לדוגמה בספרם של Sohn & Buergenthal, לעיל הערה 121, בעמ׳ ix, 7, 65-70, 75-84.

בספרו של H. Hannum *The Right to Leave and to Return in Internationa Law and Practice* (Dordrecht, 1987), קיים מחקר לגבי אימוץ זכות היציאה באינסטרומנטים בינלאומיים רבים ובחוקות של מדינות שונות, ועל פיו ניתן להסיק בקלות שזכות זו היא זכות מנהגית. פרופ׳ Meron מציין שמחקר מסוג זה הוא חשוב ביותר, ודרכו ניתן ללמוד אם הזכות מנהגית (לעיל הערה 121, בעמ׳ 94, הערה 35 שם).

nevo.co.il

שכמעט כל מנהג שנוצר היום מקורו באמנה אבל בהחלט לא כל אמנה הופכת להיות מנהג. משהפכה נורמה למנהגית מעיד הדבר על כלליותה, על חשיבותה ועל העובדה שכמעט כל מדינות העולם אמורות לקיים אותה. היא מתנתקת מהאמנה ועל כן אין להמשיך ולראות בה יציר הממשלה. בשלב זה היא בשלה להיקלט אוטומטית למשפט הארץ, מבלי שתהא בכך פגיעה ישירה ובוטה במבנה הקונסטיטוציוני שלנו. היא נקלטת על ידי הפסיקה והופכת לנורמה מחייבת בישראל כמו כל נורמה משפטית שקובעת הפסיקה, וחוקיות מעשי הממשל נבחנת לאורה[128].

קיים לכאורה חשש אחד עיקרי בעניין זה, והוא שישראל עלולה למצוא עצמה מחוייבת להוראות שנקבעו על ידי מדינות העולם, למרות שהיא אינה מסכימה להן ולמרות שהן אינן תואמות את ייחודה הקונסטיטוציוני. על חשש זה ניתן להתגבר באמצעות כללי המנהג הבינלאומי עצמם. המנהג הבינלאומי מחייב כל מדינה, אלא אם כן התנגדה לו משחר היווצרותו[129]. היות שהולדת המנהג היום היא באמנות, הרי שבתהליך קבלת האמנה ישראל יכולה להביע דעתה במפורש ולומר שאין היא מסכימה לנורמה מסוימת. ההתנגדות בשלב זה של יצירת האמנה מהווה התנגדות לנורמה משחר היווצרותה, ומנהג כזה לא יוכל לחייב את ישראל ברובד הבינלאומי וכן לא להיקלט למשפטה הפנימי של המדינה. בנוסף לכך, למדינה שמורה תמיד היכולת לחוקק חוק הסותר את המנהג, ובכך למנוע את קליטתו או לבטל את תחולתו אם כבר נקלט.

נחזור ונדגיש שכל האמור לעיל אינו שולל את הסכמתנו לרעיון שאמנות שאושררו על ידי ישראל, ובפרט אמנת ז'נבה שלגביה הצהירה ישראל מפורשות שהיא מתחייבת לקיים את הוראותיה ההומניטריות, מחייבות מכוח היותן הנחיות שהממשל קיבל על עצמו. כאמור, להנחיות כאלו יש תוקף פחות מחייב מאשר לנורמה מנהגית, שכן כשנורמה מנהגית נקלטת על ידי הפסיקה היא נחשבת להלכה ברמה הנורמטיבית של חוק[130].

ז. קליטת מנהגים בינלאומים למשפט הישראלי ודיני הלקונה

הנושא של קליטת מנהגים בינלאומים למשפט הישראלי נוגע בסוגיית הלקונה בשני הקשרים.

128 זוהי גם גישתו של ליאון שלף, לעיל הערה 32, 770-781. הוא ממקד את דיונו באמנת ז'נבה וטוען שהיא, או לפחות חלקים נכבדים ממנה, הפכו מנהגים. מכאן משתמע שלדעתו מנהגים ממשיכים להיקלט למשפט הארץ על ידי הפסיקה.

129 Anglo Norwegian Fisheries Case, ICJ Reports (1951) 116,131. Oppenheim, לעיל הערה 14, בעמ' 29. Shaw, שם, בעמ' 77-78.
G. Fitzmaurice "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: General Principles and Sources of Law", 30 BYIL (1953) 1, 24-26.
Restatement, לעיל הערה 99, comments b, d ל־pr. 102 בעמ' 25, 26.

130 לעיל, ליד הערות 68-73 וליד הערות 96-98.

nevo.co.il

ההקשר הראשון הוא כללי. המחוקק הישראלי לא קבע בחוק הסדר רחב לגבי אופן קליטת מנהגים למשפט הישראלי. הוא לא קבע את טיבו ואופיו של הצינור שדרכו יעברו המנהגים ויחדרו למשפט הישראלי. בסוגיה כללית זו נוצרה לקונה.

ההקשר השני ספציפי יותר. בעת שהמחוקק מסדיר סוגיה משפטית כלשהי, לא מתעוררת השאלה של מקומו של המנהג הבינלאומי כהסדר נורמטיבי לפתרון בעיה משפטית. רק כאשר המחוקק שותק ואינו מסדיר סוגיה כלשהי, יש מקום לשאול אם המנהג הבינלאומי אינו מהווה הסדר נורמטיבי מחייב, החל על הבעיה המשפטית שלגביה שותק המחוקק. כלומר, ההסדר הספציפי הקיים במשפט הבינלאומי המנהגי אמור למלא חסר הקיים בחוק הישראלי.

הפסיקה התייחסה לבעיית הלקונה והמנהג הבינלאומי בהקשר הראשון, הכללי. בפסיקה שניתנה בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה פסק בית־המשפט שהיות שהמחוקק לא הסדיר את שאלת קליטת המנהגים הבינלאומיים, נוצרה כאן לקונה. את דין הלקונה הסדיר סימן 46 לדבר־המלך מ־1922, סימן שנקלט במשפט הארץ דרך סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט[131]. על פי סעיף זה, במקרה של לקונה היה צורך לפנות להלכות המשפט המקובל ולדיני היושר באנגליה. דיני המשפט המקובל קבעו שמנהגים נקלטים למשפט האנגלי ללא אקט חקיקתי של הפרלמנט. על סמך זאת קבע בית־המשפט בארץ שמנהגים ייקלטו למשפט הישראלי ללא צורך באקט חקיקתי של הכנסת[132].

משנקבע כלל זה, לא בדק בית־המשפט לגבי כל מנהג ומנהג שנקלט למשפט הישראלי אם הוא עומד בקרייטריונים של סימן 46 ושל סעיף 11. משנוצרה לקונה בנושא ספציפי הייתה בארץ הלכה פסוקה שאם קיים מנהג בינלאומי המסדיר את הנושא, הוא יהפוך לנורמה פוזיטיבית במשפט הישראלי. בית־המשפט לא בירר עד תום מה טיב החסר בסוגיה הספציפית, חסר שהצדיק את החלתו של המנהג הבינלאומי כדין מחייב. האם רק חסר בחקיקה? מה היה מעמדו של המנהג אילו הייתה בסוגיה הלכה פסוקה? כיצד בכלל יכול היה להיווצר מצב, שבו ההלכה הפסוקה נוגדת את המנהג? הרי בעת שהמחוקק שותק, מצווה בית־המשפט לנהוג על פי עקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי!

ב־1980 שינה המחוקק הישראלי את ההסדרים בשאלת החסר. סעיף 2(א) לחוק יסודות המשפט ביטל את סימן 46 לדבר־המלך וסעיף 1 קבע דין פוזיטיבי חדש לגבי לקונות[133].

כיצד משפיע ההסדר שבחוק יסודות המשפט על שאלת קליטת המנהגים הבינלאומיים למשפט הישראלי? סעיף 2(א) לחוק בטל את סימן 46 לדבר־המלך. יחד עם זאת קבע סעיף 2(ב) ש״אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט

131 בישראל, להבדיל ממדינות כמו ארה״ב ואנגליה, ובדומה למרבית מדינות אירופה, יש חוק המסדיר את נושא הלקונה. א׳ ברק, פרשנות במשפט — תורת הפרשנות הכללית (1992, כרך I) 447-449.

132 לעיל, ליד הערות 13-17, ובהערות 13-15.

133 לעיל הערה 16.

nevo.co.il

שנקלט בארץ לפני תחולת חוק זה". לא ברור אם סעיף 2(ב) הותיר על כנו רק את המנהגים הספציפיים שנקלטו למשפט הישראלי עד לחקיקת חוק יסודות המשפט או גם את ההסדר שקבע את הצינור הכללי לקליטת מנהגים.

הפסיקה בישראל לא התייחסה לסוגיה זו, וגם לאחר חקיקתו של חוק יסודות המשפט המשיכה לצטט, מכוח ההרגל, את הכלל שכאשר יש לקונה מנהגים נקלטים אוטומטית למשפט הישראלי, ללא צורך בחקיקת הכנסת, מבלי להתייחס לעובדה שחל שינוי בדין הלקונה.

למרות שהפסיקה, כדבר שבשגרה, המשיכה לצטט את הכלל שנוצר על בסיס סימן 46 גם לאחר ביטולו בחוק יסודות המשפט, ולכאורה נובע מכך שסעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט הותיר גם את ההסדר הכללי בדבר קליטת מנהגים על כנו, אנו לא נתייחס לסוגיה כברודה מאליה וננסה לבחון את השאלות האם, מתי וכיצד יש מקום לקלוט מנהגים בינלאומיים למשפט הארץ לאור הסדרי חוק יסודות המשפט.

אם נקודת המוצא היא שסעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט הותיר על כנו גם את ההסדר הכללי בדבר קליטת מנהגים, אזי על פי האמור בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, כאשר אין תשובה לסוגיה משפטית כלשהי בדבר חקיקה, ישנה הלכה פסוקה במשפט הישראלי, ועל פיה מנהג בינלאומי הוא חלק ממשפטנו הפנימי ללא צורך בחקיקת הכנסת, ומכוח זה המנהג הופך להיות הדין הפוזיטיבי החל על הבעייה המשפטית שלא נמצא לה פיתרון בדבר חקיקה.

אולם, אם סעיף 2(ב) הותיר על כנם רק את ההסדרים המנהגיים הספציפיים שנקלטו למשפט הארץ, והעיקרון הכללי בוטל יחד עם סימן 46 מכוח סעיף 2(א) לחוק יסודות המשפט, נוצרת כאן בעיה: כיצד נוכל, לאור סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, להמשיך ולקלוט מנהגים בינלאומיים לשיטת המשפט הישראלית?

חוק יסודות המשפט קובע בסעיף 1:

"ראה בית־המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"[134].

לסעיף זה לחוק יסודות המשפט ניתנו פירושים שונים, והמחלוקת על היקפו ועל מהותו הובעה בשורה של פסקי־דין ובכתבי המלומדים[135].

134 שם.

135 ד"ג 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה (2) 785; פסק־דין ד"ר ד'בסקי, לעיל הערה 44; א' ברק פרשנות במשפט (1992, כרך I) 427-536; מ' אלון המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, תשמ"ת, כרך ג') 1537-1593; ח' כהן המשפט (מ' ברש עורך, 1991) 224-232; אדרעי, לעיל הערה 23, בעיקר בעמ' 597-633; ח' גנז "שיקול דעת שיפוטי לאהרן ברק" משפטים יח 509; מ' אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ו) 227; א' ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ו) 265; ח' כהן "דין השיור" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ו) 285.

nevo.co.il

בשלב הראשון סלע המחלוקת הוא שאלת מטרתו של החוק והתכלית שלשמה נחקק. יש הרואים בחוק יסודות משפט, חוק חשוב ועקרוני שבא לקבוע מהם מקורות המשפט הישראלי, מהן דרכי פרשנותו וכיצד יתמלא בו חסר בחקיקה או בפסיקה. לעומת זאת קיימת הגישה שהחוק נועד למטרה מצומצמת יותר, והיא החלפת סימן 46 לדבר־המלך שבוטל בסעיף 2(א) לחוק. על פי גישה זו, החוק בא לא לקבוע את מקורות המשפט הישראלי ואת כללי פרשנותו. כל שהחוק קובע הוא שאם בעבר על פי סימן 46 לדבר־המלך הושלם חסר בחקיקה על ידי פנייה לעקרונות המשפט המקובל ולדיני היושר האנגליים, כעת יושלם החסר בדרך אחרת.

בשלב השני קיימת מחלוקת חריפה ביחס לפרשנות שיש לתת למונח "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

לאור הבעייתיות שהוצגה ניתן לסווג את הפרשנות לסעיף 1 לחוק יסודות המשפט לשלושה פירושים עיקרים:

א. גישתו של השופט ברק, שעל פיה החוק נועד רק להשלים חסר בחקיקה, ואין בו כדי למנות את מקורות המשפט, לקבוע כללי פרשנות או לתת הנחיות לבית־המשפט כיצד עליו לפתח את המשפט[136]. לשיטתו, אם בית־המשפט נתקל בבעיה משפטית שהחוק לגביה איננו שלם, ואין לבעיה פיתרון בהלכה פסוקה, צריך השופט להקיש מחוק ישראלי אחר ולנסות לפתור את הבעיה באמצעות ההיקש[137]. רק אם לא הצליח למצוא היקש מתאים יפנה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל[138]. השופט אינו יכול לפנות לכל העקרונות של מורשת ישראל, אלא רק לאלו המפורטים בחוק. לדעת ברק אין זהות בין עקרונות אלו של מורשת ישראל לבין המשפט העברי, שכן החוק מדבר על מורשת ישראל ולא על המשפט העברי, ובכללה של מורשת זו קיימות גם הפילוסופיה והספרות שפותחו על ידי עם ישראל בכל הדורות[139].

מדבריו של השופט ברק יוצא, שרשימת מקורות המשפט הישראלי איננה סגורה, וכן שפעולות שפיטה שאינן השלמת חסר בחקיקה, כגון פרשנות או פיתוח המשפט על ידי בית־המשפט, יעשו לאו דווקא בדרך הקבועה בחוק יסודות המשפט. לפי השקפתו, הפרשנות ופיתוח המשפט על ידי בית־המשפט יקבעו על פי עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית[140].

136 ברק, לעיל הערה 131, בעמ' 491-492, 513-514.
137 שם, בעמ' 514-524.
138 שם, בעמ' 524-528.
139 שם, בעמ' 528-531.
140 שם, בעמ' 300-301, 491-492, 513-514.

nevo.co.il

השופט ברק מסכים לכך שקשה להבחין בין חסר בחוק לבין פיתוח המשפט, אך למרות זאת יש להבחין ביניהם[141]. לדעתו, חסר קיים רק אם ניתן לזהות נורמה משפטית חקוקה או מערכת של נורמות משפטיות חקוקות, אשר במסגרת תכליתן נופל המקרה החסר. מעבר לתכלית של הנורמות החקוקות הקיימות, הפעילות השיפוטית איננה במילוי חסר אלא בפיתוח המשפט[142].

ב. לפי דעתו של השופט אלון, חוק יסודות המשפט קבע שבית־המשפט חייב לפנות לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל, קרי: עקרונות המשפט העברי, בכל מקרה שהחוק או הפסיקה אינם נותנים תשובה הולמת לשאלה משפטית. בכלל זה אין השופט אלון מונה את הפרשנות. לשיטתו, החובה לפנות למשפט העברי היא רק במקרה של חסר. לצורך פרשנות אין חובה לפנות למשפט העברי. יחד עם זאת, ממליץ השופט אלון להעדיף, אם הדבר אפשרי, פתרון העולה בקנה אחד עם המשפט העברי על מנת ליצור אחידות ולפתח שיטת משפט המבוססת על מקורות שאינם זרים[143].

ג. גישה נוספת ביטא פרופ׳ אדרעי. נקודת המוצא שלו לפרשנות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט היא שזהו חוק יסודי וחשוב, שבא לתת רשימה סגורה של מקורות המשפט בישראל[144]. במקורות אלה חובה על בית־המשפט להשתמש, הן כשהוא בא לפרש חוקים והן בבואו להשלים חסר[145] על פי ההסדר הקבוע בחוק: תחילה עליו לפנות לפסיקה, ואם אין בה תשובה עליו לעבור להיקש. אם גם בדרך ההיקש אין פיתרון לשאלה המשפטית, יש לפנות לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל[146].

לדעתו של פרופ׳ אדרעי, עקרונות הצדק, היושר, והשלום של מורשת ישראל הם עקרונות חובקי עולם הכוללים את כל ערכי היסוד של חברה נאורה, ואין לזהותם דווקא עם עקרונות המשפט העברי. כמו כן הוא סבור, שחוק יסודות

141 קושי זה קיים שכן שיטת המשפט הקונטיננטלית מכירה רק בחסר בחוק, באשר הפסיקה בקונטיננט מחייבת רק את הצדדים לסכסוך, ואיננה מקור משפטי. לעומת זאת, שיטת המשפט המקובל איננה מכירה בחסר בחוק, אלא רק בחסר בפסיקה ובפיתוח המשפט. מכאן שלא שיטת המשפט הקונטיננטלי וגם לא שיטת המשפט המקובל הודקקו ליצור אבחנות בין חסר בחקיקה ובין חסר בפסיקה ובפיתוח המשפט.

142 ברק, לעיל הערה 131, בעמ׳ 534-535. פרופ׳ רות גביזון סבורה שעל פי פרשנות סבירה, סעיף 1 לחוק יסודות המשפט אינו מונה רשימה סגורה של מקורות המשפט, ועל כן גם מנהגים מקומיים משמשים עדיין מקור משפטי בשיטת המשפט הישראלי. ראה גביזון, לעיל הערה 118, בעמ׳ 325, 358-360.

143 אלון, לעיל הערה 135, בעמ׳ 1537-1593.

144 אדרעי, לעיל הערה 23, בעמ׳ 607-609.

145 למסקנה זו מגיע פרופ׳ אדרעי בהתבסס על דעתו של פרופ׳ גנז ש״שאלה משפטית הטעונה הכרעה״ שעליה מדבר סעיף 1 לחוק יסודות המשפט יכולה להיות הן שאלת פרשנות והן שאלת השלמת חסר (לעיל הערה 135, בעמ׳ 624).

146 שם, בעמ׳ 615-617.

nevo.co.il

המשפט לא רק קבע רשימה סגורה של מקורות המשפט, אלא גם קבע בחוק מהן הפעולות שבית־המשפט יכול לעשות: פרשנות והשלמת החסר. מאז חקיקת החוק אין עוד לבית־המשפט סמכות טבעית לפתח את המשפט[147].

את פרשנותו של השופט אלון לחוק יסודות המשפט לא נוכל לקבל, אם אנו סבורים שהכלל בדבר קליטת מנהגים בינלאומיים למשפט הישראלי בהעדר הסדר בחוק ממשיך לחול. השופט אלון מחייב לפנות למשפט העברי במקרה של חסר, ומכאן שאין כל אפשרות לאמץ עקרונות מנהגיים של המשפט הבינלאומי.

גם גישתו של פרופ׳ אדרעי אינה מאפשרת קליטה של המנהג הבינלאומי למשפט הארץ, שכן לשיטתו חוק יסודות המשפט קבע רשימה סגורה של מקורות המשפט הישראלי, והמנהג הבינלאומי איננו בכללם.

הגישה היחידה המאפשרת לכלל בדבר קליטת המנהג הבינלאומי להמשיך לחול יחד עם חוק יסודות המשפט היא גישתו של השופט ברק. לשיטתו, החסר עליו מדבר חוק יסודות המשפט קיים רק במקרים מיוחדים מאוד, שבהם החל המחוקק לטפל בנושא מסויים ולא השלים את התכלית החקיקתית. במקרים אלו חל חוק יסודות המשפט, ואז השופט צריך לנסות להקיש מחוק אחר, ואם לא יצליח יפנה לעקרונות מורשת ישראל. אבל אם המחוקק כלל לא טיפל בנושא מסוים, שמורה לבית־המשפט סמכות טבעית לפתח את המשפט על פי עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. השאלה שנצטרך להשיב עליה היא, האם קליטת מנהגים בינלאומים למשפט הישראלי עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית.

השאלה הנזכרת יכולה להתפרש בשני אופנים: האחד — האם כל מנהג שבית־המשפט הישראלי קולט צריך להיות עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, ועל כן אם הנורמה הקבועה במנהג איננה עקרון יסוד, לא ניתן יהיה לקלוט אותה? והשנייה — האם עצם הכלל בדבר קליטה אוטומטית של מנהגים הוא עקרון יסוד, ועל כן כל המנהגים הבינלאומיים יכולים להיקלט לשיטתנו המשפטית?

לפני שנענה על שאלות אלו נבחן בקצרה את משמעותו של המונח ״עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית״. בהתבססו על החלטות שנתנו במשך השנים בבית־המשפט העליון, מונה השופט ברק שלושה קריטריונים מהם ניתן ללמוד אלו עקרונות ייחשבו לעקרונות יסוד בשיטת המשפט הישראלי: מגילת העצמאות, היותה של ישראל מדינה דמוקרטית ועקרונות יסוד במדינות מתוקנות ונאורות[148].

אם התאמת קליטת המשפט הבינלאומי לעקרונות היסוד משמעותה שיש לבחון אם כל מנהג שבית־המשפט קולט אוטומטית קובע נורמה שהיא עקרון

147 שם, בעמ׳ 609-614, 629-633. לענין פרשנות המונח ״עקרונות הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל״ במשמעות שאיננה כובלת אותם למשפט העברי, ראה ח׳ כהן, לעיל הערה 135, בעמ׳ 224-232.

148 בג״צ 953/87, 1/88 פורז נ׳ ראש עירית ת״א יפו ואח׳, פ״ד מב (2) 329-331; בג״צ 680/88 שניצר נ׳ הצנזור הצבאי הראשי, פ״ד מב (4) 617, 627; א׳ ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) מעמ׳ 95 ואילך.

nevo.co.il

יסוד בשיטתנו המשפטית, הרי מנהגים רבים בנושא זכויות האדם ומשפט הומניטרי תואמים את הקריטריונים הקובעים מהם עקרונות היסוד של שיטת המשפט בישראל. ראשית, במגילת העצמאות קיבלה מדינת ישראל על עצמה לשמור על זכויות האדם הבסיסיות של כל תושביה, בלי הבדלי גזע, דת או מין. כמו כן מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית, וכידוע מהות הדמוקרטיה איננה רק שלטון הרוב, אלא שלטון הרוב הכפוף לשמירה בסיסית על זכויות האדם. בנוסף לכך, לעקרון יסוד נחשב גם עקרון המאומץ על ידי רוב המדינות המתוקנות והנאורות. מדינות העולם הנאור הביעו את הסכמתן לקיים וליישם את הנורמות הבינלאומיות בנושא זה בעצם הצטרפותן לאמנות השונות בעניין זכויות האדם[149]. לגבי נורמות מנהגיות שאינן בנושאים הומניטריים או בנושאים של זכויות האדם, יצטרך בית־המשפט לבחון אם הן עקרון יסוד ועל כן יש לקלטן לשיטת המשפט, או שהן אינן קובעות עקרון יסוד ועל כן רק חקיקת הכנסת יכולה להפוך אותן לחלק ממשפטה הפנימי של מדינת ישראל.

אם שאלת התאמת המנהגים הבינלאומיים לעקרונות יסוד במשפט הישראלי משמעותה הכרעה שעצם הכלל בדבר קליטה אוטומטית של מנהגים הוא עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, התוצאה תהיה פשוטה יותר ותאפשר את קליטת כל המנהגים הבינלאומיים למשפט הארץ. לדעתנו, הכלל בדבר קליטה ישירה של מנהגים למשפט הפנימי הוא עקרון יסוד של שיטתנו המשפטית, שכן הוא נחלתן של רוב המדינות המתוקנות בעולם[150]. אין בו כדי לפגוע בדמוקרטיה הישראלית שכן הוא אינו מעניק לממשלה סמכויות חקיקה[151], וקליטתו למשפט הישראלי ממלאת אחר ההתחייבות שקיבלה על עצמה ישראל במגילת העצמאות, להיות נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות. לאור זאת נראה שהכלל הקובע כי מנהג נקלט אוטומטית למשפט הארץ הוא עקרון יסוד, ועל כן בית־המשפט במסגרת סמכותו לפיתוח המשפט, יכול לקלוט כל מנהג בינלאומי, וזה יהפוך לנורמה משפטית מחייבת במשפט הישראלי.

סיכום ומסקנות

המציאות שבה בית־המשפט בישראל נדרש לעתים תכופות ליישם נורמות של המשפט הבינלאומי, והוא נמנע מלעשות כן תוך הפעלת הכלל שאמנות אינן

149 באמנות ז'נבה מ־1949 מחריבות כמעט כל מדינות העולם, וגם את האמנות מ־1966, בזכויות האדם מ־1966 אשררו מעל למאה מדינות. הנתונים לקוחים מרישומים הנמצאים במשרד החוץ הישראלי.

150 לעיל, ליד הערה 22 ובהערה עצמה.

151 לעיל, ליד הערות 129-130. אין לטעון שקליטה אוטומטית של אמנות אף היא עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית. טענה כזו לא תעמוד בקריטוריונים של עקרון היסוד: היא פוגעת בדמוקרטיה שכן היא מעניקה לממשלה סמכויות חקיקה. היא אינה נחלתן של המדינות המתוקנות והנאורות, שכן לכל מדינה כללים שונים בשאלה מי מוסמך לחייב את המדינה באמנה.

nevo.co.il

נקלטות למשפט הישראלי בלא אקט של חקיקת הכנסת, הולידה ביקורת על בית־המשפט, ועמה שורה של הצעות לשינוי כלל זה. לדעתנו, על מנת ליישם את המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי, אין מקום לשנות את ההלכות שקבע בית־המשפט העליון בישראל בשאלת קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי, אלא רק לצקת בהן תוכן חדש ברוח ההתפתחויות הקיימות במשפט הבינלאומי.

אמנות אינן נקלטות למשפט הארץ, אלא אם כן חוקקה אותן הכנסת כחוק. כל עוד אנו סבורים שאין להעביר לידי הרשות המחוקקת סמכויות לחייב את המדינה באמנות, אין אפשרות קונסטיטוציונית לקלוט את האמנות ישירות למשפט הארץ. יחד עם זאת יש, לדעתנו, לפתח את המגמה שניצניה מתבטאים בפסיקה, ועל פיה התחייבות הממשלה באמנות כמוה ככל התחייבות אחרת שקיבלה על עצמה, ואין היא יכולה לסטות ממנה אלא אם תראה לבית־המשפט שהיו נימוקים סבירים לסטייה.

שונה המצב לגבי מנהגים. אין מניעה קונסטיטוציונית לקלוט מנהג, באשר הוא מחייב את המדינה לא בגין פעולה ישירה של התחייבות הממשלה אלא בגין הפיכתו לנורמה רחבה המחייבת את כל מדינות העולם. אין גם מניעה שבית־המשפט יקלוט אותו לאור חוק יסודות המשפט הקובע את דין החסר.

רוב רובם של ההסדרים הבינלאומיים נקבעים היום באמנות, אבל המשפט הבינלאומי ממשיך לראות במנהג מקור משפטי עצמאי וקובע כללים מתי נורמה הקבועה באמנה היא גם נורמה מנהגית. לעתים קדם המנהג לאמנה, ואז האמנה, למעשה, גיבשה אותו. נורמות מנהגיות כאלו קלט בית־המשפט הישראלי למשפט המדינה. במקרים רבים נולדת הנורמה המנהגית בעת קבלת האמנה או לאחר קבלתה על פי כללים שקובע המשפט הבינלאומי. נורמות מנהגיות כאלו לא קלט בית־המשפט בישראל, ובכך מנע יישומן של נורמות בינלאומיות רבות וחשובות במשפט הישראלי.

רבה ההתפתחות במשפט הבינלאומי בתחום הפיכת נורמות הסכמיות למנהגים בינלאומים בכלל, ובנושאים של זכויות האדם והמשפט ההומניטרי במיוחד. על בית־המשפט בישראל לתת דעתו להתפתחויות אלו, שכן נורמות רבות וחשובות תיקלטנה למשפט הישראלי בגין העובדה שהן הפכו למנהגיות.

איתור מנהגים רבים יותר באמנות יטשטש את התוצאה הבלתי רצויה, שעל פיה נורמות חשובות ביותר אינן נקלטות למשפט הישראלי משום שמקורן באמנה. יש להניח שאם נורמה היא ערכית וחשובה, היא התפתחה במשפט הבינלאומי לכלל מנהג, ועל כן תיקלט במשפט הארץ.

לא הכלל בדבר קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי פגום — אלא יישומו. הדין המצוי רצוי כל עוד יישום בצורה נאותה.

nevo.co.il

nevo.co.il