

אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ

בידי בתי המשפט *

מאת

בנימין רובין **

א. מבוא. ב. המשפט האנגלי. ג. משפט בינלאומי מנהגי המשפט הישראלי.
1. כלל הפרשנות. 2. פסק דין שמשון — אימוץ המשפט הבינלאומי באמצעות
סימן 46. 3. פסק דין שטמפר — המעבר לדוקטרינה ישראלית עצמאית. 4. פסק
דין אייכמן — סיכום. ד. אמנות בינלאומיות. 1. מבוא. 2. הטעם שניתן
להבחנה באנגליה ויישומה בארץ. 3. אמנות דקלטיביות ואמנות קונסטיטטיביות.
4. אמנות חקיקה ואמנות חוזה. 5. "אמנת המתבצעת מכוחה" ו"אמנת שאינה
מתבצעת מכוחה". 6. אמנות בינלאומיות — סיכום. ה. השטחים המוחזקים
דיני המלחמה. 1. יישום דיני המלחמה עליידי בג"צ. 2. שתי בעיות נפרדות
ביישום דיני המלחמה עליידי בג"צ. 3. תקנות האג ואמנת ז'נבה בפני בית
המשפט העליון. 4. היש הצדקה להבחנה בין אמנת ז'נבה למשפט המנהגי?
5. דרך אחרת להחלת אמנת ז'נבה. ז. סיכום.

א. מבוא

מאז ימיה הראשונים של פסיקת בית המשפט העליון של ישראל מלווה אותה העיקרון
לפיו הוראות המשפט הבינלאומי הן חלק ממשפט הארץ, בין מבוח הזיקה למשפט
האנגלי ובין כביטוי להיות ישראל חברה במשפחת העמים. דא עקא, שלא כל הוראות
המשפט הבינלאומי אומצו אל תוך המשפט הישראלי. ככל שהתבהרה הפסיקה בנושא
זה כן הוברר שבית המשפט מאמץ רק את הוראות המשפט הבינלאומי שמקורן במנהג.
אותן הוראות שמקורן באמנה בינלאומית (להלן נשתמש לשם הנוחות במונחים המ-

* תודתי נתונה לידידי ד"ר יעקב צמה, שעצתו הטובה ליוותה אותי במשך כל התקופה של
כתיבת המאמר הזה, והוא אף קרא את כתב-היד והעיר את הערותיו המועילות.
** LL.B. (Jerusalem), LL.M. (London). המחבר הוא עובד משרד המשפטים. עם זאת
אין הדעות המבוטאות כאן משקפות את דעת משרד המשפטים אלא את דעתו הפרטית של
המחבר בלבד.

קובלים יותר — "משפט מנהגי" ו"משפט הסכמי") לא זכו להיות חלק ממשפט הארץ אלא במידה שהמחוקק אימץ אותן בדבר חקיקה כלשהו.¹

אף-על-פי שכיום אימוץ המשפט הבינלאומי הוא דוקטרינה ישראלית שאינה קשורה למשפט האנגלי דווקא, הרי ההבחנה בין משפט הסכמי למשפט מנהגי לצורך זה היא תוצאה של הבחנה כזו במשפט האנגלי. הטענה שננסה לבסס במאמר זה היא, שלהבחנה זו אין הצדקה, ומעולם לא ניתן לה בישראל נימוק סביר. הנימוקים שניתנו להבחנה כוחם יפה לכל היותר להוציא מגדר האימוץ למשפט הישראלי את אותן אמנות בינלאומיות שאופיין אופי של חוזה, אבל לא את כל אותן אמנות שבאופיין הן חקיקה בינלאומית ואשר כוללות כיום חלק חשוב של המשפט הבינלאומי.

עד שבאו בפני בית המשפט הגבוה לצדק העתירות שעניינן מעשי הממשל בשטחים המוחזקים היה נושא זה צנוע בחשיבותו ומספר הפעמים שבית המשפט גזק לו היה מועט. לעומת זאת, בנושאי השטחים המוחזקים נודעת חשיבות רבה ליישום דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי בידי בית המשפט. ואולם, נוצר מצב שבו אמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בשעת מלחמה משנת 1949² (להלן — "אמנת ז'נבה"), שמרבית הוראותיה נחשבות למשפט הסכמי, נשארה מחוץ לתחום אותם דיני המלחמה שלאורם נבחנים מעשי הממשל הצבאי, ובית המשפט מפעיל רק את העקרונות הכלליים המנויים בתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר החוקים והמנהגים של המלחמה ביבשה משנת 1907³ (להלן — "תקנות האג"), שאת הוראותיה מקובל לראות כמשפט מנהגי שהתגבש במרוצת המאה הנוכחית.

יש מדה רבה של אירוניה בעובדה, שנושא זה התמקד בישראל בדיני המלחמה דווקא. שהרי באנגליה עצמה, שממנה באה כביכול ההבחנה בין משפט מנהגי למשפט הסכמי, דיני המלחמה הם חריג לאותה הבחנה. כפי שנראה להלן, דיני המלחמה באנגליה הם חלק ממשפט הארץ בין שמדובר במשפט המנהגי ובין שמדובר במשפט הסכמי. זוהי רק אחת הסיבות (אלה יפורטו להלן) שבגללן ראויה אמנת ז'נבה אף יותר מאמנות החקיקה האחרות להיות חלק ממשפט הארץ.

יצוין, שככלל אין המשפט הבינלאומי מטיל על המדינות חובה ללכת בדרך שהלכה בה אנגליה ולאמץ את מכלול הוראות המשפט הבינלאומי א תוך משפטן. ובודאי שאין המשפט הבינלאומי רואה עצמו כחל מכוונו הוא כחלק ממשפטן הפנימי של המדינות השונות.⁴ ואולם, כאשר בתי המשפט של המדינה מפעילים כללי משפט העומדים בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי, תהיה בכך הפרה של כללי המשפט הבינלאומי מצד אותה מדינה, ובתי המשפט נמצאים נותנים ידם לאותה הפרה.

נעיין תחילה בקצרה בגישת המשפט האנגלי לנושא זה במידה שיש לגישה זו השלכה על ההתפתחות הקיימת או הרצויה של המשפט הישראלי באותה שאלה. בהמשך נראה

1 תהליך האימוץ הזה מכונה בלועזית בכינויים שונים, ואולם אין הסכמה לגבי התאמת הכינויים הללו לצורות השונות של אימוץ (ראה: "דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (שוקן, תשל"א), 130). לפיכך נשתמש להלן בביטוי העברי "אימוץ" בלבד.

2 כ"א מס' 30, עמ' 559.

3 *Manual of Military Law, Vol. 3, The Law of War on Land* (London, 1958).

App. v.

4 "דינשטיין (לעיל, הערה 1) 133—135.

כיצד היה העיקרון של אימוץ המשפט הבינלאומי לעיקרון עצמאי של המשפט הישראלי, ונשאל את עצמנו אם יש מקום בהקשר זה להבחנה בין משפט מנהגי למשפט הסכמי. לאור זאת נתייחס ליישומם של דיני המלחמה בעתירות שעניינן השטחים המוחזקים.

ב. המשפט האנגלי

כפי שנראה להלן, המשפט האנגלי אינו משמש כיום אלא מקור להשוואה עם העקרונות הישראליים העצמאיים בנושא זה, ואולם התפתחות העקרונות הישראליים הללו קשורה קשר הדוק עם המצב המשפטי באנגליה בנושא זה ובמיוחד במה שנוגע להבחנה בין משפט מנהגי למשפט הסכמי.

הדוקטרינה לפיה המשפט הבינלאומי הפך להיות חלק מן המשפט האנגלי המקובל קשורה בעיקר בשמם של שני משפטי מידגולים – לורד מנספילד ובלקסטון. ב-Commentaries שלו על המשפט האנגלי אומר בלקסטון:

“The law of nations” is here adopted in its full extent by the common law, and is held to be part of the law of the land. And those acts of parliament, which have from time to time been made to enforce this universal law, or to facilitate the execution of its decisions, are not to be considered as introductive of any new rule, but merely declaratory of the old fundamental constitutions of the kingdom, without which it must cease to be part of the civilised world”.⁵

אף-על-פי שיתכן שדבריהם של לורד מנספילד ושל בלקסטון לא שיקפו את המשפט המקובל כפי שהיה קיים אז,⁶ אין ספק שמאז נתקדשה קביעה זו והייתה לדוקטרינה מבוססת ומקובלת במשפט האנגלי.

הדברים שלהלן מתוך פסק הדין בעניין *West Rand Central Gold Mining Co. v. R.* מבטאים את הנוסח המודרני של העיקרון:

“It is quite true that whatever has received the common consent of civilised nations must have received the assent of our country, and that to which we have assented along with other nations in general may properly be called international law, and as such will be acknowledged and applied by our municipal tribunals when legitimate occasion arises for those

5 Blackstone, *Commentaries*, Book 4, §. 67. לנגר עיניו של בלקסטון עמד באותה עת פסק דינו של הלורד מנספילד בעניין *Triquet v. Bath* (1764) 37 E.R. 936 שבו הופיע בלקסטון כפרקליט. בפסק דין זה מסתמך הלורד מנספילד על רשימותיו ממשפט הקרוי *The Barbuit's Case* (1735) 25 E.R. 777 שבו הופיע עצמו הוא כפרקליט 29 שנים קודם לכן.

6 Holdsworth, *A History of English Law* (London, 1938), vol. X, 369

7 [1905] 2 K. B., 391 407

tribunals to decide questions to which doctrines of international law may be relevant...

דוקטרינה זו לא התקבלה כמות שהיא על דעתם של בעלי השקפות פוזיטיביסטיות ודואליסטיות.⁸ במהדורה השלישית (1920) של ספרו של אופנהיים חולק המחבר על הקביעה כי המשפט הבינלאומי מהווה בתור ש כזה חלק ממשפט הארץ, והוא מסביר שהלכות המשפט הבינלאומי אומצו אל תוך המשפט המקובל.⁹ החל במהדורה החמישית של ספרו של אופנהיים, היא המהדורה הראשונה בעריכת לאוטרפכט, מציג העורך את דעתו הוא, לפיה המשפט הבינלאומי בתור ש כזה הוא חלק מן המשפט האנגלי, ואולם בהוצאתו בפני "אגודת גרוטיוס" הצביע לאוטרפכט על כך, שפולמוס זה הוא במידה רבה מחלוקת שבמינוח, וניתן להבין מדבריו כי אופנהיים לא התכוון אלא להדגיש שכללי המשפט הבינלאומי אינם מיושמים על ידי בתי המשפט מכוח משפט בינלאומי עליון, אלא מכוח רצונה וקביעתה של המדינה.¹⁰ מכל מקום, אף-על-פי שמדי פעם הקפידו השופטים לציין שאין המדובר בכללים משפטיים הנכפים מבתוך, אלא בכללים שאימצו בתי המשפט האנגליים עצמם,¹¹ הרי הקביעה שעל בתי המשפט לתת תוקף להלכות המשפט הבינלאומי לא הוטלה בספק של ממש מימי בלקסטון ועד ימינו.

לא כל כללי המשפט הבינלאומי הפכו להיות בדרך זו חלק מן המשפט האנגלי. ההלכה בדבר אימוץ כללי המשפט הבינלאומי התמקדה במשפט המנהגי בלבד. כאשר באו בפני בתי המשפט כללים של המשפט ההסכמי גקבע שהם אינם חלק ממשפט הארץ עד אשר יבוא הפרלמנט ויהפוך אותם לכאלה בדרך של חקיקה.¹² מקור ההגבלה הזו הוא בכך שכרייתת אמנות ואשרורן באנגליה הם חלק מן הפרדוגטיבה של הכתר. הטענה היא, שלו הפכו האמנות להיות עם כרייתתן חלק מן המשפט האנגלי כשאר הזרות המשפט הבינלאומי, פירוש הדבר היה שבידי הכתר גיחנה סמכות חקיקה. כפי שיתברר בהמשך, נימוק זה אין בו כדי לשמש נימוק מכריע. ואמנם, מעניינים דבריו של אוקונל¹³ שהסביר שלא שיקולים "אידיאולוגיים" הביאו לקביעת כלל מיוחד לגבי כללי משפט שמקורם באמנה, אלא זוהי תוצאה של מאבק סביב נושא הפרדוגטיבה בין הכתר לפרלמנט.

8 למהות הבדלי הגישות בין השקפות דואליסטיות ומוניסטיות בעניין זה ראה: "דינשטיין (לעיל הערה 1) 128-130.

9 Oppenheim, *International Law*, vol. I (London, 3rd. ed., 1920) 25-26 גראה. שכן מופיעים הדברים גם במהדורה הרביעית של הספר (משנת 1928) ואולם אין בידי מהדורה זו.

10 Lauterpacht, "Is International Law Part of The Law of England?" *Transactions of the Grotius Society* (1940) 51, 83

11 *Chung Chi Cheung v. R.* [1939] A.C., 167-168; *Commercial & Estates Co. of Egypt v. Board of Trade* [1925] 1 K. B.271, 295.

12 התבטאויות ידועות בעניין זה יש בפסקי הדין האלה: *The Parlement Belge* (1879) 4 P.D. 129; *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario* [1937] A.C. 326.

13 J.P. O'Connell, *International Law*, vol. I (London, 2nd ed., 1970) 58-59 13

כך גם נקבע תחומו של העיקרון בדבר הצורך בחקיקה במה שנוגע לכללי המשפט ההסכמי, ואין הוא חל על כל כלל הסכמי באשר הוא כזה. כאשר פועלת הממשלה במסגרת הפררוגטיבה המלכותית היא יכולה גם להכניס כללי משפט חדשים למשפט האנגלי באמצעות כריתת אמנות גם בלא חקיקה מיוחדת. מן הקביעה שניהול מלחמה הוא חלק מן הפררוגטיבה המלכותית הסיקו באנגליה את המסקנה, שהכתר רשאי לכבול את ידיו בניהול מלחמה, ואמנות שהוא חותם עליהן לצורך זה הופכות להיות חלק מן המשפט הפנימי בלי צורך בחקיקה.¹⁴

דוגמה לכך היא פסק הדין בעניין *Porter v. Freudenberg*.¹⁵ נושא פסק הדין הזה היה זכותם של תושבי ארץ אויב לתבוע בבתי המשפט של אנגליה. בין השאר דן בית המשפט גם בתקנה 23(ח) לתקנות האג משנת 1907.¹⁶ שם נקבע, שאין לפגוע בזכויותיהם של נתיני אויב לפתוח בהליכים משפטיים. בית המשפט התייחס לטענה זו, אולם קבע כי תקנה 23(ח) חלה רק בשטח כיבוש. מכל מקום, ההנחה היתה שבמקרה המתאים ניתן להפעיל את תקנה 23(ח) לתקנות האג כחלק מן המשפט האנגלי.

בשנת 1957 נתקבל באנגליה ה-*Geneva Convention Act 1957*.¹⁷ כוונת החוק היתה כמובן לתת תוקף לאמנות אלה במסגרת המשפט האנגלי, והנה למרות זאת אין החוק הזה דן אלא בקביעת פשעי מלחמה והענשתם. אף-על-פי כן קבעו מחברים שגם הסעיפים האחרים של האמנות הם חלק ממשפט הארץ.¹⁸

ג. משפט בינלאומי מנהגי והמשפט הישראלי

1. כלל הפרשנות

גם במשפט הישראלי התפתח כלל פרשנות לפיו יפורשו חוקי הכנסת באופן שיתיישבו עם המשפט הבינלאומי. דבר זה נעשה בפסק הדין בעניין *שמיניברג נ' היועץ המשפטי לממשלה*.¹⁹ העותר ביקש לקרוא תגר על האמור במפורש בסעיף 1 לחוק שירות הבטחון, תש"ט—1948. השאלה לא היתה רק החלת הוראה של המשפט הבינלאומי כחלק מן המשפט הישראלי, אלא ידו של מי תגבר במקרה של התנגשות מוחלטת בין חוק חרות ובין הוראה של המשפט הבינלאומי. במענה לשאלה זו קבע

14 *Mc'nair, The Law of Treaties* (Oxford, 1961)89-91; F.A. Mann, "The Enforcement of Treaties by English Courts" 44 *Transactions of the Grotius Society* (1958-1959) 29, 37-39.

15 [1915] 1 K.B. 859.

16 מאחר שכיום רבים הם הרואים בכל תקנות האג משפט מנהגי. מן הראוי להזכיר שפסק דין זה ניתן אך שמונה שנים לאחר שאותו כלל התקבל לראשונה בתקנות האג ואין ספק שלפחות אז היה בגדר משפט הסכמי.

17 *Statutes* (1957) 5&6 ELIZ. II CH. 52 p. 543.

18 *Mc'nair & Watts, The Legal Effects of War* (London, 4th ed., 1966) 371;

מאן (לעיל, הערה 14) 39.

19 ע"פ 5/51, פ"ד ה' 1061.

בית המשפט, מפי השופט זוסמן, את העקרונות החלים כאשר קיים במשפט הישראלי חוק חרות המסדיר את השאלה שבפני בית המשפט. במקום שחוק זה ניתן לפירושים שונים יעדיף בית המשפט את הפירוש המתיישב עם הוראות המשפט הבינלאומי המחייבות את המדינה, ואולם כאשר מדובר בחוק חרות שלשונו אינה מותירה מקום לספקות, ייתן בית המשפט תוקף לחוק בלי להתחשב בסתירה הקיימת בינו ובין המשפט הבינלאומי.

ברור, שכלל פרשנות זה הוא חלק מן המחשבה שהביאה גם לאימוץ כללי המשפט הבינלאומי, ואולם אין הוא תוצאה של האימוץ הזה. אפשר לתאר את קיומו של כלל פרשנות כזה גם בלי שהמשפט הבינלאומי יהפוך להיות חלק ממשפט הארץ. די לו בהנחה לפיה המחוקק משתדל לבל יעמדו חוקיו בסתירה להתחייבויות המדינה במישור הבינלאומי. בראש ובראשונה פירוש הדבר הוא שחרור מסייגים המוטלים על יישום כללי המשפט הבינלאומי. כך, למשל, אין מקום לעניין זה להתבנה בין משפט מנהגי למשפט הסכמי, שהרי אין לומר שהמחוקק משתדל שלא לפגוע בהתחייבויות המדינה לפי המשפט המנהגי בעודו אדיש לפגיעה בהתחייבויות שקיבלה על עצמה המדינה באמנה. למרות שהמדובר בכלל פרשנות נפרד, בידי בית המשפט הרוצה בכך יכול כלל פרשנות זה להביא לכך שבחלק גדול מן המקרים שבהם הדבר רלוונטי יהיה להלכת המשפט הבינלאומי תוקף כאילו היתה חלק ממשפט הארץ. וכבר הצביע אוטרפכט על כך שההנחה לפיה אין הפרלמנט מתכוון להפך את המשפט הבינלאומי היתה בידי בתי המשפט לגשק רב עוצמה שלעתים קרובות אותם להתכחשות לעליונותם של חוקי הפרלמנט.²⁰

2. פסק דין שמשון — אימוץ המשפט הבינלאומי באמצעות סימן 46

לראשונה עלתה שאלת תחולת המשפט הבינלאומי במשפט שמשון נ' הועץ המשפטי לממשלה.²¹ בתביעה זו נפרשה בפני בית המשפט שאלת הירישה (Succession of States) שבין ממשלת המנדט לממשלת ישראל, כאשר אחת מטענות המבקשת היתה שעל-פי המשפט הבינלאומי עברו חובות הממשלה הקודמת לממשלת ישראל. וכך הציג בית המשפט את השאלה שבפניו: "האם בהעדר הכרה מצד השלטונות המוסמכים של המדינה בכללים מסוימים של החוק הבינלאומי, מוסמכים בתי המשפט של אותה מדינה לשפוט לפי כללים אלה". ברור שניסוח זה של השאלה לקוי, מאחר שאין הכוונה כאן לעיקרון בינלאומי כלשהו הקובע את מעמדו של המשפט הבינלאומי בכל מדינה ומדינה, אלא בעיקרון של המשפט הישראלי הקובע את מעמד המשפט הבינלאומי במדינת ישראל. גם הביטוי "השלטונות המוסמכים של המדינה" אינו מצלח שכן הגורם המתאים כאן הוא המחוקק הישראלי. לפיכך, השאלה שצריכה להישאל היא: האם רשאי בית המשפט לראות בכללי המשפט הבינלאומי כללים של המשפט הישראלי, להיזקק להם ולפסוק על פיהם גם אם לא אימצם המחוקק הישראלי.

20 לאטרפכט (לעיל, הערה 10) 59.

21 המ' 41/49 (בע"א 24/48), פ"ד ד 143.

את התשובה לשאלה זו מצא בית המשפט במשפט המקובל האנגלי באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו. מפסק הדין בעניין *West Rand Central Gold Mining Co. v. R.*²² מסיק בית המשפט את המסקנה הזאת:

"יש אפוא להוכיח הלכה של החוק הבינלאומי בעזרת הוכחות מספיקות שמתן אפשר להסיק שאותה המדינה הכירה בה ופעלה על פיה או שאופייה של הלכה זו או העובדה, שהיא מוכרת בעיני מדינות רבות ונפוצה ברבים, מחייבים את ההנחה, ששום מדינה תרבותית לא תתעלם ממנה"²³.

משקוּכח כי בכלל מסוים של המשפט הבינלאומי התקיימה אחת מאלה יחיל אותו בית המשפט על העניין שבפניו. לאמיתו של דבר מבחנים אלה אינם אלא ראיות למצב שבו הכלל הנדון הוא חלק מן המשפט הבינלאומי ובתור שכזה הוא מחייב גם את ישראל. לכן ניתן לומר, שכדי שכלל כלשהו של המשפט הבינלאומי יהיה חלק ממשפט הארץ יש להראות שזהו כלל של המשפט הבינלאומי ובתור שכזה הוא מחייב גם את ישראל. לגופו של דבר לא נמצא במשפט הבינלאומי כלל לפיו חייבת ישראל לסלק את החוב לחברת שמשון.

3. פסק דין שטמפפר — המעבר לדוקטרינה ישראלית עצמאית

פסק הדין במשפט שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה²⁴ הוא ציון דרך בסוגיה שלפנינו, וזאת בשל ניסיונם של שופטי הרוב להכניס את הלכות המשפט הבינלאומי למשפט הארץ שלא דרך המשפט המקובל ובלו להיזקק לסימן 46. כזכור, הואשם אנוש שטמפפר בגרימת מוות. המעשה אירע באיניה שטבעה בלב ים. לגופו של דבר זוכה המערער בבדיקת עובדות המקרה. אולם התעוררה שאלה של סמכות בית המשפט לגבי מעשים שהתרחשו על סיפון אנייה בלב ים. הנתונים המשפטיים שהיו בפני בית המשפט היו אלה:

- (1) בסעיף 6 לפקודת החוק הפלילי הוגבלה סמכות בתי המשפט של ישראל לתחומי המדינה ולתחומי המים הטריטוריאליים, ואולם סעיף זה היה כפוף לסעיף 3(ב) שהשאיר פתוחה את האפשרות לשפוט אדם לפי קביעותיו של "חוק כל שהוא" אחר לעניין תחום השיפוט.
- (2) "כלל גדול הוא במשפט הבינלאומי הפומבי, כי אוניות סוחר המפליגות בלב ים נתונות לסמכותה של המדינה אשר את דגלה הן מגיפות כחוק, וכי המשפט של מדינת הדגל קובע את זכויותיהם ואת חובותיהם של כל היורדים בהן" (עמ' 9).
- (3) המשפט המקובל האנגלי אימץ את כללי המשפט הבינלאומי לחלק ממנו.
- (4) המשפט המקובל האנגלי אימץ באופן ספציפי את הכלל הנ"ל של המשפט

22 ראה לעיל, הערה 7.

23 לעיל, הערה 21, בעמ' 146.

24 ע"פ 174/54, פ"ד 5.

הבינלאומי וקבע שהמשפט האנגלי יחול על אניות אנגליות בלב ים (בהמשך יובהר שהאמור בפסקה זו אינו בהכרח תוצאה של האמור בפסקה הקודמת).

(5) סימן 38 לדבר המלך מחיל בארץ בין היתר חוק בריטי (Admiralty 1849 Offences Colonial Act), אשר אימץ את אותו עיקרון.

למעשה די היה בחוק הבריטי הנ"ל שאומץ בארץ כדי לפתור את הבעיה לזכות סמכות שיפוט של בית המשפט הישראלי (גם השופט גויטיין שהיה במיעוט קיבל זאת), ואולם השופט חשין, בפסק דין הרוב, ניסה לשאוב את העיקרון בדבר סמכויות מדינת הדגל מן המשפט הבינלאומי.

פרט לדרך של סימן 38 מצביע השופט חשין על שתי דרכים נוספות שיביאו לאותה תוצאה – האחת, מציאת הכלל הזה במשפט המקובל מכוח סימן 46 והאחרת, קביעתו ככלל עצמאי של המשפט הישראלי. לצורך הדרך הראשונה יכול היה בית המשפט ללכת כמובן בדרך שהותוותה בפסק הדין שמשון ולהצביע על כך שהלכות המשפט הבינלאומי הפכו להיות חלק ממשפט הארץ דרך סימן 46 והמשפט המקובל. ואולם לא כך נהג בית המשפט. פסק הדין שמשון כלל לא נזכר בפסק-דין זה. בית המשפט מצא במשפט המקובל רק את העיקרון לפיו כפופה אנייה בלב ים לסמכותה של מדינה שאת דגלה היא מניפה, ואת העיקרון הזה בלבד נטל משם וראה בו "חוק כלשהו" כמובן סעיף 3(ב) לפקודת החוק הפלילי. ואולם נראה, שמשמעות הבחירה בטכניקה הזו אינה מרחיקה לכת, שהרי המעשה של שאיבת המשפט הבינלאומי כולו כבר נעשה בפסק הדין שמשון.

על-ידי השימוש המוגבל שעושה השופט חשין בסימן 46 הוא מעניק חשיבות יתר לחדושו הגדול של פסק הדין, והוא ההיזקקות הישראליות של המשפט הישראלי אל המשפט הבינלאומי. וכך מציג השופט את הגישה לפיה יכולים בתי המשפט של ישראל להיזקק במישרין להלכות המשפט הבינלאומי:

"אך נוסף לכל האמור נראה לי, כי גם אם אין בידינו להסתייע בסימן 46 לדבר-המלך-במועצה, ובסימן 1 לאקט האנגלי משנת 1849 הנ"ל, שומה עלינו לפסוק, כי העקרון האמור נעשה חלק מדיני הארץ מכוח היות ישראל מדינה ריבונית ועומדת ברשות עצמה. הכרות העצמאות קרעה לפני המדינה החדשה אשנב אל החוקים ואל המנהגים הבין-לאומיים, אשר המדינות כולן נהנות מהם בזכות ריבונותן, והעשירה את מערכת דיניה בעקרונות המקובלים במשפט העמים. עקרונות אלה אין אנו חייבים עוד לשאוב מכלי שגן דרך צינורות-משנה שהותקנו במיוחד לכך, לפי שכיום יש בידינו, בזכות היות מדינת ישראל חברה במשפחת העמים, לשתות מן המקורות במישרין מכוח הסיפא לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הקובע את המשפט שיעמוד בתקפו בישראל לאחר הכרות העצמאות) בשינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה", ואף אלמלא סעיף זה, ובלא כל קשר אליו, מדינת ישראל שולחת את צי-אוניותיה למרחבי-הימים תחת דגלה שלה. האנשים היורדים באוניות אלה חוסים בצל דגלה ונהנים מחוקיה וממשפטיה. מטעמים אלה אין אני רואה כל מניעה לכך, שבתי משפטה יפרשו את סמכותם על

פני כל אלה המצויים באותן אוניות וישפטום לפי חוקיה שלה, כאשר תעשה כל מדינה נאורה אחרת לגבי אוניות המניפות את דגלה ולגבי האנשים הזרדים בהן"²⁵.

אימוץ כזה של כל הלכות המשפט הבינלאומי לתוך המשפט הישראלי אינו עניין של מה בכך. מדינות אחרות (עם החריג החשוב של אנגליה ואולי של ארצות הברית) עשו את הדבר בדרך של חקיקה²⁶. אין מנוס, לכן, מן השאלה על סמך מה קבע השופט חשין קביעה נועזת זו. גראה שהשופט מייחס חשיבות רבה לריבונות של המדינה בהקשר זה. כל עוד לא היה המשפט השורר כאן משפט של מדינה ריבונית ועצמאית לא יכלו בתי המשפט להיזקק למשפט הבינלאומי אלא דרך הישות הריבונית ששלטה כאן. עכשיו שאנחנו ריבוניים ועצמאיים היינו לישות נפרדת של החיים הבינלאומיים, המשפט הבינלאומי הוא חלק ממשפט המדינה. כך נקבע הדבר עתה בישראל. דא עקא שבאנגליה נעשה הדבר בדרך המיוחדת למדינה ההיא דווקא. ניתן אולי להבין את הלך המחשבה הזה שהביא לתוצאה שלפנינו, אבל אין בפסק הדין הסבר כלשהו המציע בסיס משפטי לקביעה החשובה שבו. כל מה שניתן לומר הוא, שזהו מקרה שבו התפתח המשפט הישראלי בדרך המיוחדת בדרך כלל למשפט האנגלי, ומה שעשו מגספילד ובלקסטון לפני למעלה ממאתיים שנה עשה השופט חשין בישראל בשנת 1956.

זאת באשר לדרך שבה נעשה הדבר. אשר למחשבה המשפטית שמאחורי קבלת הלכות המשפט הבינלאומי כחלק ממשפט הארץ, יש בכך הכרה במקומו של המשפט הבינלאומי ביחס למדינה כמערכת מדינית ומשפטית. המשפט הבינלאומי הוא ההופך את מדינת ישראל ליחידה משפטית, הוא המסגרת האוניברסלית שבה פועלים המדינה ומשפטה והוא הקובע את מרחב סמכויות המדינה ואת הגבולות המשפטיים שהיא רשאית לפעול בהם. כאשר כללים מסוימים מחייבים את ישראל (ומבחינתנו רק אז אלה הם כללים של המשפט הבינלאומי) וכאשר אותם עקרונות חלים מבחינתם על עניין כלשהו (דהיינו – הם רלוונטיים לאותו עניין), הרי מן הדין הוא שאותם עקרונות שהם המסגרת למשפט הישראלי יישמו באותו עניין. יש בכך למעשה רק מתן תוקף פנימי לעקרונות המחייבים גם בלאו הכי, ומתן תוקף זה דרוש רק מן הטעם שלמרות שעקרונות אלה מחייבים גם בלאו הכי אין הם רואים את עצמם כחלים מכוחם בלא אימוץ המשפט הפנימי.

פסקי הדין שבאו לאחר מכן ביססו את העיקרון הזה ועתה הוא חלק בלתי נפרד מן המשפט הישראלי בלא תלות במשפט המקובל. יתרונו של מצב זה הוא בכך שבתי המשפט שלנו יכולים לעצב את העיקרון הזה לפי הבנתם את צורכי העניין, שהרי

25 שט, בעמ' 15. למרות שזהו פסק הדין שהפך את המשפט הבינלאומי לחלק ממשפט הארץ, נראה שיישום העיקרון הזה במשפט שטמפפר מקורו בטעות. שהרי המשפט הבינלאומי אינו מעניק למדינה סמכות שיפוט על עבירות הנעשות על אוניות המניפות את דגלה, אלא רק מתיר למדינה להחיל את סמכות השיפוט על אוניות אלה (הדבר בולט בין השאר בדבריו של קלון המצוטטים בפסק דינו של השופט חשין). מכאן, שעד שלא תימצא במשפט הישראלי הוראה המעניקה לבית המשפט סמכות על אוניות המניפות את דגל ישראל לא יועיל כל אימוץ כללי של הלכות המשפט הבינלאומי.

26 דוגמאות רבות לעניין זה יש בספרו של דינשטיין (לעיל, הערה 1) בעמ' 141–143.

בהפעילם אותו אין הם ממלאים אחר חובה המוטלת במשפט הבינלאומי ולא אחר קביעות משפט זה, יהא "מקובל" ככל שיהיה. מבחנם של בתי המשפט בעניין זה הוא לא רק בקביעות נכונות בתחום המשפט הבינלאומי, שהוא משפט שאין בתי המשפט שלנו רגילים בו כל כך, אלא גם בגבולות שייקבעו לעיקרון של האימוץ ובמיוחד במה שנוגע לכללי משפט שמקורם באמנות בינלאומיות.

4. פסק דין אייכמן — סיכום

בפסק הדין אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה²⁷ סיכם בית המשפט את ההלכות הללו כך:

(1) הלכת המשפט הבינלאומי מאומצת אל תוך המשפט המקומי לאחר שזכתה להסכמה בינלאומית כללית. כדי להגדיר מתי ניתן לומר שהלכה זו או אחרת זכתה להסכמה כזו מצטט בית המשפט את פסק הדין בעניין שמשון, ואולם ההלכה שהוא מחיל כאן היא לא השימוש בסימן 46 שנעשה באותו פסק דין, אלא האימוץ הישיר שנעשה בפסק הדין שמשפ. כפי שנראה בהמשך, צומצמה קביעה זו למשפט בינלאומי מנהגי בלבד.

(2) דברים אלה אמורים כאשר אין סתירה בין הוראות המשפט הבינלאומי להוראות המשפט המקומי. ואולם, כאשר יש חוק הסותר את הוראות המשפט הבינלאומי וזכות החוק הזה ברורה, יתן בית המשפט תוקף לאותו חוק ולא למשפט הבינלאומי.

(3) כאשר אותו חוק פתוח ליותר מאשר פירוש אחד, יתן לו בית המשפט את אותו פירוש המתיישב עם הוראות המשפט הבינלאומי, שכן ההנחה היא שהמחוקק שואף להתאים את חוקיו לעקרונות המשפט הבינלאומי.

הנרש היחיד אשר לגביו התגבשה פסיקה ישראלית בהקשר של תחולת כללי המשפט הבינלאומי הוא זה של תחולת כללי המשפט ההסכמי. יש לזכור, שבית המשפט אינו קשור עוד בהלכות המשפט המקובל באשר לתחולת כללי המשפט הבינלאומי, ולכן השאלה היא שאלה של עיצוב הלכה ישראלית לעניין תחולת אמנות בינלאומיות ולא דוקא יישום המשפט המקובל לעניין זה. נושא זה הוא עיקר עניינינו ובו נדון בהמשך. נושאים אחרים, כגון מקומם של כללי המשפט הבינלאומי במערכת הנורמות של המשפט הישראלי, ישארו כאן בהכרח בלא התייחסות.

ד. אמנות בינלאומיות

1. מבוא

השאלה אם המשפט המגולם באמנות בינלאומיות היה גם הוא לחלק ממשפט הארץ התעוררה פעמים רבות בפני בית המשפט העליון. להלן ננסה לברר אם יש הצדקה להבחנה בין משפט מנהגי שהוא חלק ממשפט הארץ ובין משפט הסכמי שאינו חלק ממשפט הארץ.

27 ע"פ 336/61, פ"ד טז (3), 2033, 2040.

כנקודת מוצא יש לומר, שמנקודת השקפתו של המשפט הבינלאומי ההבחנה בין משפט מנהגי למשפט שמקורו באמנה לעניין תחולה כחלק מן המשפט הפנימי היא הבחנה מלאכותית. מבחינת התוקף המחייב של הכללים בוודאי שהמשפט הבינלאומי אינו מבחין בין אלה לאלה. ואולם הבחנה זו לא רק שאינה קיימת, היא במידה רבה גם בלתי אפשרית. די לזכור לשם כך את הכלל של המשפט המנהגי הקובע שיש לקיים אמנות (Pacta sunt servanda). משמעות הכלל הזה היא, שכוח המחייב של אמנות נובע מן המשפט המנהגי ולכן כל הפרה של אמנה בינלאומית היא למעשה הפרה של הכלל המנהגי הזה.

מכאן, שכל הבחנה בין כללים מנהגיים לכללים שמקורם באמנה היא הבחנה המיוחדת לנקודת ההשקפה של בית המשפט המקומי, במקרה זה לבית המשפט הישראלי, וזאת לצורך מימוש אותם כללים בפני אותו בית משפט.

2. הטעם שניתן להבחנה באנגליה ויישומו בארץ

כבר ראינו שהמשפט המקובל מייחס חשיבות רבה לעובדה שאשרור אמנות באנגליה הוא עניין לכתר ולא לפרלמנט. מאחר שגם בישראל מאשררת הממשלה אמנות, מתעוררת השאלה מה משקלו של גורם זה בהקשר של מעמד אמנות בינלאומיות בפני בתי המשפט של ישראל.

נראה, שאין מקום לתת לשיקול זה משקל מכריע כנגד תחולת כללי משפט שמקורם באמנה. כפי שראינו, על-מנת שיראו בכלל של המשפט הבינלאומי כלל שאומץ למשפט הארץ חייב זה להיות כלל המחייב את ישראל במישור הבינלאומי. ואולם, מכוח מה מחייבים כללים אלה את ישראל? אין המדובר כאן במסירת סמכויות החקיקה בישראל לידי גורם זר או באכיפת כללים זרים כנגד ריבונות המדינה והמחוקק הישראליים. אין המדובר כאן בכללי משפט שנכפו על אומה כלשהי בעל כורחה. בוודאי שאין מדובר במערכת כללי משפט שחלקם מקורו בהסכם (אמנה) ואותם קיבלה עליה המדינה מרצונה ומכוח הסכמתה (באנגליה ובישראל — באמצעות אשרור הממשלה), וחלקם האחר הם כללים שמקורם במנהג ואשר למדינה לא היתה יד בחקיקתם, שנתקבלו בלא הסכמתה ובלי שהיה לה כוח להתנגד לכך. בידוע הוא, שאף-על-פי שאין המדינה מעורבת בהכרח בהיווצרות של כלל מנהגי המחייב אותה, כוחו המחייב של כלל כזה נובע מהסכמתה של המדינה²⁸. הסכמה זו יש שהיא תיאורטית מאוד. כך, למשל, משקמה מדינה חדשה, בהצטרפה למשפחת האומות רואים אותה כמסכימה וכמקבלת עליה את כל הכללים המנהגיים התקפים באותה עת, וכל מחאה או טענה סותרת לא תישמע מפיה. ואולם, יצירת כללים חדשים על-ידי המנהג הבינלאומי הוא תהליך בלתי פוסק. ביצירת כל אותם כללים הנוצרים לאחר קום המדינה היא אינה כה סבילה. התנהגותה של המדינה היא למעשה חלק מן התהליך שבו נוצר המנהג. זאת ועוד, בעת יצירת המנהג יש בידי המדינה הזדמנות להכריז שהיא אינה מסכימה לו ואינה מקבלת

L. Oppenheim, *International Law* (London, 8th ed. by H. Lauterpacht vol. I, 28 1955) 17-18.

אותו. משעשתה כן לא יחייב אותה הכלל החדש²⁹, שכן המנהג עצמו ייווצר בלא שתהיה אותה מדינה חלק ממנו. מכאן שלא רק כללים שמקורם באמנה מבוססים על הסכמת המדינה, הוא הדין גם בכללים שמקורם במנהג. הסכמה זו, מפורשת או משתמעת, לא תבוא בדרך של החלטת הכנסת, לא בדרך של חקיקה ולא בדרך אחרת כלשהי. במהלך הדברים הרגיל יהיה מדובר במעשה או במחדל של הרשות המבצעת תוך כדי ניהול ענייני המדינה, ממש כשם שבמקרה של אמנה בינלאומית מתקבלת הסכמה מפורשת של הרשות המבצעת במסגרת ניהול יחסי החוץ של המדינה.

המסקנה מכאן היא כדלקמן: אם המדובר בפגיעה כלשהי בסמכויות החקיקה של הכנסת (וכבר הבעתי את דעתי שאין פגיעה כזו), הפגיעה נובעת מעצם החלת כללי המשפט הבינלאומי כחלק מן המשפט הישראלי. בוודאי שאין מקום לומר שהחלת כללים שמקורם באמנה יש בה פגיעה גדולה יותר. בשני המקרים מדובר בכללים המחייבים את ישראל; בשני המקרים מקור החיוב הוא בהסכמת המדינה ובשני המקרים הסכמה זו מקורה ברשות המבצעת.

נוסיף ונאמר: אם קיימת סיבה להבחנה לעניין זה, הרי היא דווקא לטובת החלת כללים שמקורם באמנה, שהרי כללים אלה זכו לפחות להסכמה בכתב ובמפורש מאת הרשות המבצעת המייצגת את ישראל במישור הבינלאומי, בעוד שכאשר מדובר בכללים שמקורם במנהג הסכמה זו היא על-פי רוב רק בגדר קונסטרוקציה משפטית. בפסק דינו של השופט חיים כהן בעניין קמאר³⁰ יש יותר מרמז לכך שהוא רואה בשיקולים האנגליים בסיס גם למצב בארץ לעניין כללים שמקורם באמנה. אבל, כפי שנראה, השיקולים המובאים בפסקי הדין שעיצבו כלל זה מתעלמים מן הטעמים האנגלים ומביאים שיקולים אחרים.

3. אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטטיטוטיביות

ההבחנה בין משפט מנהגי למשפט הסכמי מעוררת בהכרח את השאלה מה דינו של אמנות שכללי המשפט המגולמים בהן אינם אלא קודיפיקציה של עקרונות של המשפט הבינלאומי המנהגי. הדעת נותנת כמובן, שגורלן של אמנות אלה יהיה כגורל העקרונות המנהגיים. עקרונות אלה יאומצו אל תוך המשפט הישראלי לא מפני שהם מופיעים באמנות, אלא מכיוון שעוד לפני היות האמנה הם כבר היו חלק מן המשפט הבינלאומי כמשפט מנהגי וכאלה הם נשארו גם לאחר שנתגבשו באמנה.

אמנם כך פסק בית המשפט בעניין קורץ ולמושינסקי³¹ קירשן³². פרשה זו נסבה על צוואה שנעשתה בגרמניה בידי יהודי תושב המקום וחסר נתינות. הצוואה התייחסה גם לרכוש בישראל. התעוררה השאלה על-פי איזה דין ייחתך גורל הצוואה מבחינת הצורה. המוצא נמצא באמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של מחוסרי נתינות משנת 1954. בסעיף 112(1) לאמנה נקבע כי "מעמדו האישי של מחוסר אזרחות

²⁹ *Anglo-Norwegian Fisheries Case*, ICJ, REP., 1951, p. 116.

³⁰ ע"פ 131/67 הישמט קמאר ג' מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 85, 97.

³¹ ע"א 65/67, פ"ד כא (2) 20.

ייקבע על-פי דין ארץ מושבו, או, אם אין לו מקום מושב, על-פי דין ארץ מגוריו". השופט היים כהן לא התעלם מן העובדה שהמדובר באמנה בינלאומית, ואולם הוא קבע כי אמנה זו מהווה קודיפיקציה של המשפט הבינלאומי המנהגי בנושא זה. פירוש הדבר, שבית המשפט יישם למעשה לא את האמנה הבינלאומית, אלא את המשפט המנהגי שמאחוריה כפי שבא לידי ביטוי באמנה זו. קביעה זו היא למעשה יישום של העיקרון שבא לידי ביטוי גם בסעיף 38 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות משנת 1969 ("אמנת האמנות")³², לפיו עשוי כלל המגולם באמנה לחייב באופן עצמאי אם הוא משקף כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי.

על פסק דין זה מתח הפרופ' פיינברג ביקורת והראה כי הוראות האמנה בדבר מעמדם של מחוסרי נתינות אינן משקפות משפט מנהגי³³. וכך ירדו השניים לעולם כרוכים יחדיו — ההבחנה בין אמנה "דקלרטיבית" לאמנה "קונסטיטוטיובית", והקושי הגדול להבחין ולומר במידה רבה של ביטחון לאיזה משני הסוגים יש לסווג אמנה פלונית. ד"ר שבתאי רוזן מתייחס בפירוט לקושי זה³⁴, והוא גם הצביע על כך שהוועדה למשפט בינלאומי הכירה בכך שאין היא כולה להבחין בין תפקידה בתחום הקודיפיקציה ובתחום הפיתוח המתקדם של המשפט הבינלאומי, ובטיטוט היוצאות מלפניה היא מקפידה לציין כי המדובר הן בקודיפיקציה והן בפיתוח מתקדם וכי אין זה מעשי להכריע לאיזו קטיגוריה נופל כל אחד מן הסעיפים שבטיטטה. מה שנדרש לדברי ד"ר רוזן הוא בדיקה קפדנית של כל התקדימים ויישום טכניקות בינלאומיות מקובלות ובתוכן אלה של המשפט הבינזומני. מכל מקום לא יהיה די בכך שמלומד כלשהו הביע דעתו באופן סתמי כי אמנה פלונית משקפת או אינה משקפת את המשפט המנהגי.

זמן קצר לאחר מכן שבה הבעיה ועלתה בפני בית המשפט וגם הפעם לא עמד בית המשפט בנטל שנטל על עצמו בהבחנה בין אמנה קונסטיטוטיובית לאמנה דקלרטיבית. הדבר היה לאחר ששר הסעד קבע ברישיון לנהל מעון לילדים, שנתן למיסיון בית-אל בחיפה, כי לא יתקבלו למעון ילדים שאינם בני הדת הנוצרית-אוראנגלית. זאת על יסוד תקנה 6(ה) לתקנות הפיקוח על מעונות (אחזקת ילדים במעון רגיל), תשכ"ו—1965. בתקנה זו נקבע: "לא יתקבל ילד למעון שבו ניתן חינוך דתי אלא אם הוא בן אותה דת". אחת מטענות העותרים היתה כי תקנה 6(ה) עומדת בסתירה למושגי יסוד של חופש הדת. למעשה, כדי לבחון את סבירותה של חקיקת משנה, או את מעשי השלטון לאור עקרונות של זכויות האדם, אין צורך להיזקק למושגי המשפט הבינלאומי, וכבר היו דברים מעולם³⁵, אבל משום מה בחר השופט כהן להציג את השאלה אם תקנה זו מתיישבת עם ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם משנת 1948 והאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966. בשני אלה ראה השופט כהן מסמכים המבטאים משפט מנתני ולכן כמובן לא היה פגם בעובדה שההכרזה האוניברסלית אינה אמנה כלל

32 875 (1969) *American Journal of International Law* 63

33 ג' פיינברג, "אמנות קונסטיטוטיוביות ואמנות דקלרטיביות במשפט הבינלאומי" הפרקליס כד (תשכ"ח) 433.

34 S. Rosenne, "A Communication to the Editor", 15 *Isr. L. Rev.* (1980) 463
35 A. Shapira, "The Status of Fundamental Individual Rights in the Absence of a Written Constitution" 9 *Isr. L. Rev.* (1974) 497.

ושישראל טרם הצטרפה לאמנה בדבר זכויות מדיניות ואזרחיות. ומדוע ראה השופט במסמכים אלה ביטוי למשפט מנהגי? "שהרי נוסחו בידי מומחי המשפט מכל קצוות תבל, ונקבעו בידי עצרת האומות המאוחדות אשר רוב מניינן ובניינן של אומות העולם משתתפים בה". זהו מעין הנימוק שבשלו ראה השופט כהן שלושה חודשים קודם לכן באמנה בדבר מעמדתם של מחוסרי נתינות משפט מנהגי. גם על קביעה זו מתח פרופ' פיינברג ביקורת והראה כי שני המסמכים הללו אינם מבטאים משפט מנהגי.³⁶

הקושי שבהבחנה זו קיבל כיסוי נוסף גם במקרה הבא שבו נדרש בית המשפט העליון להבחנה זו. הדבר היה לאחר שעותרים מן השטחים המוחזקים החלו להסתמך בפני בית המשפט הגבוה לצדק על אמנת האג משנת 1907 ועל אמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949. בפסק הדין בעניין פתחת רפיח³⁷ קבע השופט ויתקון כי אמנת האג כמוה כאמנת ז'נבה הן בחוקת משפט בינלאומי הסכמי אשר בהתאם לפסיקה שנתגבשה במשך הזמן מקומו לא יכירנו בבית משפט ישראלי. חשוב לשים לב לכך שהשופט קבע קביעה זו בלא בדיקה כלשהי של אף אחת משתי האמנות הללו לפי המבחנים שמזכיר הד"ר רוזן או לפי מבחנים אחרים. רק בפסק הדין בעניין בית-אל³⁸ חזר בו השופט ויתקון מקביעה זו בעקבות מאמר מאת פרופ' דינשטיין³⁹, והכיר באמנת האג כבאמנה המשקפת משפט מנהגי.

בפסק דין המיעוט בעניין קופסמה ומלהם⁴⁰ עושה השופט חיים כהן ניסיון נוסף להפריד בין הוראות אמנת ז'נבה שהן הוראות קונסטיטוטיוביות ובין הוראות אמנה זו שהן דקלרטיביות. פרופ' דינשטיין הראה שגם ניסיון זה לא עלה יפה.⁴¹

מכל מקום, בדיקה כגון זו שאלה מתייחס ד"ר רוזן אין למצוא באף אחד מפסקי הדין או בכל פסק דין אחר של בית המשפט העליון. גיתן לומר, שהפעלת הבחנה כזו אינה מעשית בבית משפט ישראלי יותר משהיא מעשית בוועדה למשפט בינלאומי. דומה כי בכך בלבד יש כדי להטיל ספק עד כמה מעשי הסייג לפיו מוצא המשפט הבינלאומי ההסכמי מגדר ההלכה בדבר תחולת המשפט הבינלאומי בבית המשפט הישראלי.

4. אמנות חקיקה ואמנות חוזה

השאלה הקשורה באמנות בינלאומיות התעוררה לראשונה בפסק הדין האוטוטרופוס לנכפי נפקדים ב' סמרה⁴². ההסכם הבינלאומי שהיה מדובר בו היה הסכם רודוס, הלא הוא הסכם שביתת הנשק בין ישראל לירדן משנת 1949.⁴³ לפני החתימה

36 לעיל, הערה 33.

37 בג"צ 306/72, 302 אבו חילו ב' מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 169.

38 בג"צ 610/78, 606 איוב ואחי ב' שהב"ט ואח', פ"ד לג (2) 113, 120.

39 י' דינשטיין "פסק הדין בעניין פתחת רפיח" עיוני משפט ג (תשל"ד) 934.

40 בג"צ 698/80, קוואטמה ואח' ב' שר הבטחון ואח', פ"ד לה (1) 617, 638-639.

41 י' דינשטיין, "גירוש ראשי הערים מיהודה" עיוני משפט ח (תשמ"א) 158, 168.

42 בג"צ 25/55, פ"ד י (3) 1825.

43 כ"א (מס' 3) עמ' 37.

על הסכם שביתת הנשק היו הכפרים שגרו בהם המשיבים בצד הירדני של הגבול ואילו אדמותיהם היו בצד הישראלי. כך היו המשיבים לנפקדים ואדמותיהם לנכסי נפקדים. בהסכם רודוס צורפו חלקים שונים במשולש, ובהם גם כפרי המגורים של המשיבים, לשטח ישראל. כיוון שכך תבעו המשיבים את שחרור אדמותיהם מידי האפוטרופסים לנכסי נפקדים. טענת המשיבים היתה שגם אם הם נכללים בהגדרת נפקדים שבחוק, הרי הסכם רודוס מסיר הגדרה זו מהם, משום שבסעיף 6(6) להסכם נקבע:

"בכל מקום, בו עשויים כפרים להיפגע על-ידי קביעת קו שביתת הנשק [החדש]... יהיו רשאים תושביהם של כפרים אלה לקיים בידיהם את זכויותיהם המלאות — וזכויות אלה יהיו מוגנות — לגבי מקום מושבם, קניינם וחירותם".

השופט ברנזון דחה טענה זו באומרו:

"הסכם רודוס הוא חוזה-ברית (Treaty) בין מדינת ישראל לבין מדינה אחרת. הוא כחוז 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 ומימושו 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 שכוה כי אם לחוק שהטביע עליו את חותמו ונפתח בו רוח-חיים משפטית מבחינת החוק המוניציפלי שלנו. מזה נובע גם כי במקרה שלא יתאימו החוק וההסכם זה לזה, אף כי ברור שהחוק בא להפעיל את ההסכם ולהגשימו, יעדיפו בתי-המשפט את החוק, שהוא והוא בלבד מחייב אותם ורק על-פיו יחתמו את הדין".⁴⁴

בדרך דומה נימק בית המשפט את החלטתו במשפט ק. ל. מ. נ' שר התחבורה ואח"כ.⁴⁵ החברה התובעת הסתמכה על שורה של הסכמי תעופה בין ישראל להולנד ובין ק.ל.מ. לאל-על. הגשיא לנדוי דחה את העתירה ובתוך כך אמר, בדומה לדברי השופט ברנזון במשפט סמרה, כי את המחלוקת בדבר הזכויות והחובות על-פי אותם הסכמים יש ליישב בדרכים המקובלות ליישוב סכסוכים בין מדינות.

דברים אלה מעוררים שאלה. הרי גם בכללי המשפט הבינלאומי המנהגי ניתן לראות "התחייבות בינלאומית של המדינה ותו לא". האם במקרה שברבות הימים הופכים כללים הקבועים באמנה להיות משפט מנהגי פג תוקפו של נימוק זה? והרי אין הדבר כך. בשנת 1907 נתקבלו תקנות האג והן נחשבו אז למשפט הסכמי שלא חל אלא על

44 לעיל, הערה 42, בעמ' 1829.

45 בג"צ 380/81 (טרם פורסם).

המדינות המתקשרות. כיום רואה בית המשפט העליון בישראל תקנות אלה כמשקפות את המשפט הבינלאומי המנהגי. האם ניתן לומר שבשנת 1907 היו אלה "התחייבויות בינלאומיות של המדינה ותו לא", ואילו כיום ה"תו לא" אינו חל עוד? לכאורה היה אותו קו מחשבה שהגחה את בית המשפט בשני פסקי הדין הנ"ל צריך לדחות את יישומם של כל כללי המשפט הבינלאומי.

ואולם ניתן למצוא בסיס לגישתו זו של בית המשפט. זאת לאור ההבחנה הידועה בין אמנה שאופייה אופי של חוזה ובין אמנה שאופייה אופי של חקיקה (Law making treaty). הבחנה זו אינה מעוגנת בדיני האמנות ובאמנת האמנות, אלא היא מצויה בתחום התיאוריה ובכתבי המלומדים. ואולם כבר נשמעו דעות לפיהן ייתכן שמן הראוי שעל אמנת חקיקה יחולו דיני אמנות בדרך שונה.⁴⁶

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. ניתן לומר שמבחינת תפקיד האמנה ההבדל בין אמנת חוזה לאמנת חקיקה הוא כהבדל שבין חוזה לדבר חקיקה של המשפט הפנימי. דוגמאות מובהקות לאמנת חקיקה ניתן לראות באמנת האמנות,⁴⁷ באמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים משנת 1961,⁴⁸ ובאמנות הצלב האדום.⁴⁹

היה מי שהטיל ספק אם ניתן בכלל לראות בהוראותיה של אמנת חוזה הוראות של המשפט הבינלאומי.⁵⁰ נאמר, שאם מושג ה"משפט" מניח את קיומה של קהילה כללית או מושג של משפט בינלאומי החל בין שתי מדינות יש בו משום סתירה מניה ובינה. עוד נאמר, שכאשר מדינה א' מתחייבת באמנה לשלם סכום כלשהו למדינה ב', אין כלל של המשפט הבינלאומי הקובע שעל מדינה א' לשלם למדינה ב'. הכלל המשפטי הוא, שאם מדינה א' מתחייבת באמנה כלפי מדינה ב', עליה לעמוד בתנאי האמנה.

פרופ' דינשטיין מתח ביקורת על גישה זו וטען שאף אמנת חוזה מגלמת משפט בינלאומי, הלא הוא "משפט בינלאומי מיוחד" (Particular International Law).⁵¹ הן הסכם רדוס והן הסכמי התעופה עם הולנד הרי הם בחוקת אמנות חוזה. יש להניח שלעניין תחולה כחלק ממשפט הארץ גורס בית המשפט העליון שאמנת חוזה אינה בגדר משפט בינלאומי.⁵² אין צריך לומר שבעמדה כזו של בית המשפט העליון אין משום שלילה כלשהי של התוקף המחייב של אמנות החוזה. בית המשפט מדגיש במפורש את אופיין המחייב של אמנות אלה במישור הבינלאומי, אבל הוא מסרב לתת להן תוקף במשפט הפנימי. בית המשפט רואה באמנות אלה גורמה אינדוידואלית.

46 מקנייר (לעיל, הערה 14) 749.

47 לעיל, הערה 32.

48 כ"א (מס' 749), עמ' 13.

49 כ"א (מס' 30), עמ' 373.

P.E.Corbett, "The Consent of States and the Sources of the Law of Nations", 50

British Yearbook of Intentional Law (1925) 27-28

51 דינשטיין (לעיל, הערה 1) 48.

52 אופנהיים (לעיל, הערה 28) 5.

בלבד, חוזה בין שתי מדינות ולא משפט כללי, לא משפט בינלאומי אלא, בלשונו של ד"ר רוזן: "פעולה משפטית הנעשית על הרקע של המשפט הבינלאומי"⁵³.

פרשנות זו של דברי בית המשפט היא הכרחית, שכן כאמור הטעם שנותן בית המשפט יכול לחול במידה שווה הן על משפט מנהגי והן על משפט הסכמי. לפי הפירוש המוצע כאן לא התכוון הטעם הזה אלא לומר שרק משפט הראוי להיות משפט בינלאומי כללי הוא חלק ממשפט הארץ. בהקשר שדן בשאלה בית המשפט העליון יש בעמדתו היגיון מיוחד. יש הבדל בין אימוץ כללי המשפט הבינלאומי ובין הפיכת בית המשפט לפורום לאכיפת חושים בינלאומיים. את נקודת ההשקפה הזו ניתן להבין טוב יותר לאור הכלל הידוע של המשפט הבינלאומי לפיו אין ערכאה בינלאומית כלשהי יכולה לדון בסכסוך בין מדינות או לאטוף התחייבות של מדינה, אם לא באה על כך הסכמת המדינה וקבלת סמכותו של בית הדין. בדומה לכך גם בית המשפט הישראלי רואה עצמו מנוע מלכפות את סמכותו על מדינה כתחליף לתביעה במישור הבינלאומי ומכאן הדגש על דרכי יישוב סכסוכים במשפט הבינלאומי המופיע בפסקי הדין בעניין סמרה ובעניין ק. ל. מ. כשמפרשים את פסקי הדין הללו ברוח זו מתברר שלא האופי ההסכמי של כללי המשפט הבינלאומי הנדונים מנע את אימוצם בחלק ממשפט הארץ, אלא היות האמנות הללו אמנות חוזה — להבדיל מאמנות חקיקה שהן משפט בינלאומי כללי. כאשר מדובר באמנות חקיקה אין טעם כלשהו להבחין בינה ובין משפט מנהגי ולאחר שנקבע שכללים של המשפט הבינלאומי המנהגי המחייבים את ישראל הם חלק ממשפט הארץ, נראה שיש להחיל קביעה זו גם על הכללים שבאמנות חקיקה שמדינת ישראל צד להן.

במאה הנוכחית עלתה מאוד חשיבותן של אמנות החקיקה והן הפכו להיות המכשיר החשוב ביותר שבידי הקהילה הבינלאומית לפיתוחו של המשפט הבינלאומי, עד שכיום הן מכסות חלק ניכר מהמשפט הבינלאומי בכללו. בדבר זה אין כדי להפתיע כלל שכן ההתפתחויות בחיים הבינלאומיים בתקופה זו הן מהירות ואינן מאפשרות להמתין להתגבשות כללים מנהגיים. המתנה כזו היתה מונעת מן המשפט הבינלאומי לתרום תרומה כלשהי בתחומים שבהם הוא אמור להטביע את חותמו. מבחינה זו אמנות החקיקה הן מכשיר יעיל ביותר. אין אפוא כל היגיון להפריד בין העקרונות המחייבים של המשפט הבינלאומי ולומר שרק אותם עקרונות שהתגבשו כמשפט מנהגי הם חלק ממשפט הארץ. חוסר היגיון זה בולט במיוחד כשמדובר באמנות חקיקה שמספר המדינות שאינן קשורות בהן הוא כה קטן עד שניתן לומר שלמעשה לאותן אמנות יש תחולה אוניברסלית לכל דבר. זאת למרות שאוניברסליות זו אינה יסוד חיוני באימוץ המשפט הבינלאומי. הסוד הקובע, כך נאמר בפסק הדין שמשון, הוא היות הכלל הבינלאומי מחייב את ישראל.

מבחינת המשפט הפנימי, יש לשימוש באמנות חקיקה יתרון בולט, שהרי להבדיל מהוראות המשפט המנהגי יש בתחלת התוראות שבאמנות חקיקה מידה רבה של ביטחון משפטי, והן ברורות וסדורות לפחות במידה שדברי חקיקה יכולים להיות כאלה. בנוסף לכך, יש להזכיר שמבחינת חיובה של ישראל בכללים אלה או מכל היבט אחר שמקורו במשפט הבינלאומי והשייך לענייננו, אין כל הבדל בין התוראות המנהגיות

53 ש' רוזן, "המשפט הבינלאומי והמשפט הפנימי של מדינת ישראל", הפרקליט ז' (תשי"ז) 258, 263.

להוראות שבאמנות חקיקה. אותם הטעמים שהביאונו לראות במשפט המנהגי חלק ממשפט הארץ מן הדין שיביאונו לראות גם באמנות החקיקה חלק ממשפט הארץ.

5. "אמנה המתבצעת מכוחה" ו"אמנה שאינה מתבצעת מכוחה"

בצד כל האמור לעיל יש לדעת שלא כל אמנת חקיקה יכולה להיות חלק ממשפט הארץ. זוהי ההבחנה בין אמנה שהיא self-executing Treaty (להלן – "אמנה המתבצעת מכוחה") ובין אמנה שהיא Non-self-executing Treaty (להלן – "אמנה שאינה מתבצעת מכוחה").

אמנה המתבצעת מכוחה היא אמנה אשר מסעיפיה עולה שכוונת מנסחיה היתה שניתן יהיה להפעיל את תוראות האמנה כפי שהן בבתי המשפט של הצדדים. אמנה שאינה מתבצעת מכוחה היא אמנה שאת תוראותיה לא ניתן להפעיל כלשונן על-ידי בתי המשפט בלא חקיקה נוספת של המדינה.

הדוגמה המובהקת לאמנה שאינה מתבצעת מכוחה היא אמנה שהתחייבויות שהמדינות נוטלות בהן על עצמן הן התחייבויות לאמץ חקיקה כלשהי שתתאים את המצב המשפטי באותן מדינות אל המצב שהאמנה מכוונת להשיג. האמנה לביעור כל צורה של הפליה גזעית משנת 1966⁵⁴ היא אמנה כזאת. כך מתחייבות המדינות החותמות בסעיף 2 לבטל או לתקן את כל החוקים והתקנות שיש בהם משום הפליה גזעית, לאסור הפליה גזעית בכל האמצעים לרבות חקיקה, ולנקוט את האמצעים הדרושים כדי להבטיח הגנה נאותה לקבוצות גזעיות אחדות. בסעיף 4 וכן בסעיפים האחרים מתחייבות המדינות להכריזו שכל הפצה של רעיונות גזעניים היא עבירה. לשון אחרת, אמנה זו אינה קובעת תוראות שניתן ליישמן כמות שהן בבתי המשפט של המדינות השונות. אלא היא מחייבת את המדינות ליצור בשיטת המשפט של כל אחת מהן מצב שבו לא תהיה קיימת הפליה גזעית. ואולם לא תמיד הצורך בחקיקה נוספת הוא הגורם לאמנה שתהיה אמנה שאינה מתבצעת מכוחה. אוקונל⁵⁵ מביא דוגמה: אמנה כזאת היא אמנה הקובעת פיצויים לאנשים אחדים, אולם אינה קובעת את דרכי ביצוע ההערכה והתשלום. ההבחנה בין אמנות המתבצעות מכוחן לאמנות שאינן מתבצעות מכוחן אינה תמיד קלה. רבות נכתב בנושא זה⁵⁶ במיוחד בארצות הברית, שם יש חשיבות רבה יותר להבחנה זו, שכן בניגוד למשפט האנגלי אין המשפט האמריקני מבחין בין משפט מנהגי למשפט הסכמי לעניין התחולה כחלק ממשפט הארץ. ניתן לומר, שאמנה אינה מתבצעת מכוחה כאשר תוראותיה קובעות נקיטת צעדים כלשהם (בדרך כלל חקיקה) בידי המדינות לפני שניתן יהיה לבצע את האמנה, אבל בעיקרו של דבר זהו עניין של אומד דעתם של הצדדים, אם התכוונו להוציא מתחת ידיהם אמנה המתבצעת מכוחה אם לאו. פעמים רבות יש הבחנה בסעיפים של אותה אמנה עצמה בין סעיפים המתבצעים מכוחם לסעיפים שאינם מתבצעים מכוחם. דוגמה לכך היא אמנת ז'נבה. רבים מסעיפיה

54 כ"א (מס' 861), עמ' 547.

55 לעיל, הערה 13, עמ' 54–55.

56 לסיכום החומר ראה: M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 14 (Washington, 1970) 302.

הם סעיפים המתבצעים מכוחם. כך, למשל, כל אותם סעיפים הקובעים סטנדרטים הומניטריים שיש ליישם כלפי האוכלוסייה המקומית. מאידך גיסא, סעיפים 146–148 הם סעיפים שבהם מתחייבות המדינות לאמץ חקיקה פלילית שתקבע הפרות של האמנה כעבירות פליליות. מאפיין זה של אמנת ז'נבה הוא שעיצב את ה־Geneva Convention Act 1957 האנגלי. חוק זה אינו עוסק אלא בקביעת פשעי מלחמה וענישתם. כפי שכבר נאמר, אמנת ז'נבה היתה לחלק מן המשפט האנגלי יחד עם המשפט הבינלאומי המנהגי. לפיכך לא היה צורך לאמץ את ההוראות המתבצעות מכוחן שבאמנה ולהופכן לחלק מן החוק של שנת 1957. מה שאין כן לגבי ההוראות שאינן מתבצעות מכוחן. הללו אין להן תקומה אלא באימוצן בדרך של חקיקה.

יש להבחין, אם כן, בין אימוץ האמנה בידי המשפט הפנימי ובין קביעה של המשפט הבינלאומי שאמנה כלשהי או סעיף בה נבנים לאימוץ כמות שהם בלא חקיקה במשפט הפנימי. כדי שאמנה תיהפך לחלק מן המשפט הפנימי יש צורך בזה וגם בזה.

6. אמנות בינלאומיות — סיכום

(1) מנקודת ההשקפה של המשפט הבינלאומי, ההבחנה בין משפט מנהגי למשפט הסכמי לעניין תחולה כחלק ממשפט הארץ היא חסרת משמעות ובמידה רבה בלתי אפשרית.

(2) הנימוק שניתן באנגליה להבחנה זו, אשר נועד למנוע מן הכתר סמכויות חקיקה, אינו נימוק המחייב מסקנה דומה גם בארץ. טעם הדבר הוא שכמו כוחן המחייב של אמנות גם כוחן המחייב של המשפט המנהגי בא לו מהסכמת המדינות (אם כי לרוב הסכמה זו היא בחזקת קונסטרוקציה משפטית בלבד) וגם ההסכמה באשר למנהג מקורה ברשות המבצעת.

(3) מאחר שהוראות המופיעות באמנה שאינן אלא גיבוש של הוראות המשפט המנהגי ימשיכו להיות חלק ממשפט הארץ, יש צורך לסווג את הוראות האמנות השונות במידה סבירה של ביטחון להוראות שהיו קיימות קודם לכן כמנהג (הלא הן ההוראות הדקלרטיביות) והממשיכות להיות חלק ממשפט הארץ, והוראות שנתחדשו באמנה (ההוראות הקונסטיטוטיוביות) ואשר רק חקיקה תהפוך אותן לחלק ממשפט הארץ.

זוהי משימה שגם הוועדה למשפט בינלאומי לא חשבה אותה למשימה מעשית. הניסיון לערוך סיווג זה לא עלה יפה בידי בית המשפט העליון ובשום מקרה לא הפעיל בית המשפט את הטכניקות המתחייבות מן המשפט הבינלאומי לצורך זה.

(4) את הנימוקים שנתן בית המשפט העליון לאי ההכרה בכללים ההסכמיים כחלק ממשפט הארץ ניתן להצדיק רק כאשר מדובר באמנות שאופיין אופי של חוזה. אין הצדקה להחיל כלל זה גם על אמנות שאופיין אופי של חקיקה (Law-making Treaty). אין הבדל מהותי בין אמנות אלה ובין המשפט המנהגי לצורך יישומן כחלק ממשפט הארץ, ובהתעלמות מהן מתעלמים מחלק חשוב של המשפט הבינלאומי.

(5) כדי שאמנה תיחשב לחלק ממשפט הארץ אין די בכך שאופייה יהיה אופי של חקיקה. היא צריכה גם להיות "אמנה המתבצעת מכוחה" (self-executing Treaty).

דהיינו, שניתן ליישם את הוראותיה כמות שהן בלי לנקוט צעדים בוספים המתחייבים מן האמנה.

ה. השטחים המוחזקים ודיני המלחמה

האמנות שבית המשפט העליון סירב לראות בהן חלק ממשפט הארץ בשל התבחנה בין משפט מנהגי למשפט הסכמי היו במשך תקופה ארוכה בעיקרן אמנות שאופיין אופי של תונה⁵⁷. ולכן שאלת אמנות החקיקה היתה במידה רבה שאלה תיאודרית. מצב זה השתנה כשהחלה עולה בבית המשפט הגבוה לצדק שאלת אמנת ז'נבה⁵⁸.

1. יישום דיני המלחמה על-ידי בג"צ

לכאורה ניתן לטעון כי המשפט המהותי לפיו יבחן בג"צ את מעשי מפקד האיזור יהיה המשפט החל ביהודה ובשומרון, הלא הוא המשפט הירדני שנוספה עליו תחיקת ביטחון (זאת בנוסף לעקרונות כלליים העומדים ביסוד שיפוט בג"צ והמופעלים בכל מקרה). את העובדה שעל אלה נוספו גם הלכות המשפט הבינלאומי ניתן להסביר בשתי דרכים הקשורות בשתי פניו של תפקיד מפקד האיזור. מפקד האיזור הוא רשות של מדינת ישראל ובתור שכזה הוא כפוף לחוקי ישראל. כל דבר חקיקה שהיתה מתוקקת הכנסת ושהיה מורה לו כיצד ימלא את תפקידו היה מחייב את מפקד האיזור, בין שהיה חוק זה מתיישב עם המשפט הבינלאומי ובין שהיה סותר אותו. דבר חקיקה מסוג זה

57 ראה, למשל: ע"א 140/58 ריז'ק נ' מדינת ישראל, פ"ד יג (2) 959 (הסכם בין ישראל לבריטניה להסדר עניינים כספיים התלויים ועומדים כתוצאה מסיום המנדט על ארץ-ישראל. כ"א (מס' 15), עמ' 163; ע"א 439/67 מכבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (1) 770 (הסכם השילומים בין ישראל למערב גרמניה. כ"א (מס' 69), עמ' 75).

58 רוחת הדעה כי "סמכות" של בג"צ לדון בעתירות שעניינן מעשי המפקד הצבאי בשטחים המוחזקים מוטלת בספק, וכי שאלות אלה נדונות בפני בית המשפט רק מכיוון שנציגי המדינה לא העלו טענה זו ולא התנגדו לסמכות בית המשפט. בספר *Political Questions in the Courts* (Detroit, 1976). מטכ"ר ד"ר צמח (שם, עמ' 28-29): "The range of the high court's judicial power is couched in discretionary rather than jurisdictional terms... The vehicle through which the court exercises control over its own jurisdiction is the concept of justiciability". וראה גם האסמכתאות הנוכרות שם. לכן ניתן לומר, שהשאלה אינה שאלה עקרונית המחייבת לכלל מעשי המפקד הצבאי בשטח מוחזק, אלא שאלה של שפיטות שתיבחן בנפרד בכל מקרה ומקרה. ואכן, נציגי המדינה עוררו לא פעם שאלות של שפיטות ואלה נדונו בפסקי הדין. מכאן, שספק אם ניתן לדבר על הסכמה שבשלה הפעיל בית המשפט את שיפוטו. זאת ועוד, בפסק הדין בעניין פתחת רפיח (ראה הערה 37 לעיל) הסביר השופט ויתקון כי שאלת השפיטות אינה נושא להסכמת הצדדים וי"דבר שאינו שפיט גם הסכמת הצדדים אין בכוחה לעשותו שפיט". ראה גם: "צמח, כיצד נוצרת סמכות שיפוט קונסטитуציונית", הפרקליט כס (התש"ד) 515, 519-521. לאור דברים אלה ניתן לראות בהפעלת שיפוטו של בג"צ במקרים אלה הפעלת סמכות שבאה לאחר הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט לגופה של שאלת הסמכות. ולא מעשה שבא רק בשל העדר התנגדות.

אינו קיים, אבל יש החלטות של בית המשפט העליון לפיהן המשפט הבינלאומי הוא חלק ממשפט הארץ. החלטות אלה מחייבות כל רשות ישראלית בבואה בפני בג"צ, בין רשות הפועלת בארץ ובין רשות הפועלת בחוץ לארץ. כמו שהמשפט הבינלאומי מחייב קונסול של ישראל הפועל בחוץ לארץ, כך הוא מחייב את מפקד האיזור.

אבל לתפקיד מפקד האיזור יש גם היבט נוסף וממנו נובע טעם נוסף, המיוחד לדיני המלחמה, לתחולת המשפט הבינלאומי. תפקיד מפקד האיזור הוא יציר המשפט הבינלאומי. המסגרת המשפטית לפעולתו הוא מושג "הכיבוש הצבאי" (Belligerent Occupation) של דיני המלחמה. על מושג זה בנוי מעמד מפקד האיזור וממנו הוא שואב את סמכויותיו, וממילא הוא כפוף גם להגבלות שהמשפט הבינלאומי מטיל על פעולותיו. ברור אפוא, שאותו בית משפט שמצא שהלכות המשפט הבינלאומי הן חלק ממשפט הארץ מצא גם שמפקד האיזור כפוף לדיני המלחמה, שהרי זה מעין הטעם שבשלו חל המשפט הבינלאומי במדינת ישראל. פירוש הדבר, שגם אילמלא היה המשפט הבינלאומי לחלק ממשפט הארץ היה על בית המשפט לבחון את פעולות מפקד האיזור במבחן דיני המלחמה.

על המשפט המקומי, תחיקת הביטחון והמשפט הבינלאומי נוספים בענייננו גם עקרונות אחרים שביסוד שיפוט הבג"צ, כגון עקרונות הסבירות, או תהפליה, עקרונות הצדק הטבעי וכו' כפי שביטא זאת השופט שמגר בפסק דינו בעניין השבועון "אל-פליעה":

"כפי שעולה מן הנתונים והטענות שלפנינו, לא הפעיל הממשל הצבאי הישראלי את הסמכויות הנ"ל המוקנות לו על-פי המשפט הבינלאומי בכל היקפן וחומרן, אלא ביקש להצטמצם, ככל האפשר, לאותם אמצעים החיוניים באופן מוחלט לשמירת הבטחון ושלומו הציבורי, תוך מתן ביטוי להלכה ולמעשה, למגמה שלא להסתפק בשלטון החוק במשמעותו הפורמלית של ביטוי זה, אלא גם לאמץ תפיסתנו בדבר שלטון החוק במובנו המהותי... הפעלת סמכויותיהם של המשיבים תיבחן על-פי אמות המידה אותן מיישם בית משפט זה בבואו להעביר תחת שבט הביקורת פעולתה או מחדלה של זרוע אחרת כלשהי של הרשות המבצעת, אך זאת כמובן תוך התחשבות בחובותיהם של המשיבים כפי שהן עולות ממהות תפקידם, כמתואר לעיל 59".

דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי מבוססים בעיקרם על מנהג בינלאומי ואף גובשו באמנות הבינלאומיות. אמנות אלה בחלקן מבטאות את אותם דיני המלחמה המבוססים על מנהג ובחלקן קובעות כללים חדשים. לענייננו חשובות במיוחד תקנות האג ואמנת ז'נבה המשקפות את עיקר דיני המלחמה.

2 שתי בעיות נפרדות ביישום דיני המלחמה על-ידי בג"צ

כפי שנראה, לעת הזאת השתרש מאוד בפסיקת בית המשפט העיקרון לפיו רק משפט בינלאומי מנהגי הפך להיות חלק ממשפט הארץ, ואילו כל הלכה של המשפט הבינלאומי שהורתה בוועידה והולדתה באמנה וטרם זכתה ונעשתה משפט "מנהגי" המחייב גם את אותן מדינות שאינן צד לאמנה, אינו בבחינת דין מחייב כלל ומקומו לא יכירנו בבית המשפט של ישראל.

59 בג"צ 619/78 "אלטליעה" שבועון ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לג (3) 505, 511-512.

להלן נמצא כי לעניין זה הבחין בית המשפט בין תקנות האג שבית המשפט ראה אותן כמשקפות משפט מנהגי ובין אמנת ז'נבה שבהוראותיה ראה בית המשפט הוראות שאינן מעוגנות במנהג אלא באמנה.

ואולם אין לערב בין הבחנה זו ובין הבחנה אחרת שהבחין בית המשפט בין תקנות האג לאמנת ז'נבה. ההבחנה השנייה קשורה במעמדם המיוחד של יהודה והשומרון. במאמר ידוע שפרסם פרופ' בלום זמן קצר לאחר מלחמת ששת הימים הוא טוען, שבשום שלב של שלטונה ביהודה והשומרון לא רכשה ירדן ריבונות בשטחים אלה ומעמדה שם לא היה אלא מעמד של "כובש צבאי"⁶⁰. רבות נכתב בשאלה זו לכאן ולכאן⁶¹, ואולם עמדת פרופ' בלום היתה לעמדתה הרשמית של מדינת ישראל⁶², ובאימרת אגב אחת אף תמך בה בית המשפט העליון במפורש⁶³.

תוצאותיו של העדר ריבונות ירדנית ביהודה והשומרון, אם אכן אין בידי ירדן ריבונות בשטחים אלה, הוא נושא למאמר נפרד. ואולם מן הראוי להזכיר בקצרה מספר מסקנות שכבר הוסקו בהקשר זה. בראש ובראשונה חשוב לדעת שמעולם לא נשמעה ברצינות הטענה שבשל הפגם שבזכויות ירדן לא חלים דיני המלחמה כלל ביהודה והשומרון. פרופ' בלום מחלק את דיני הכיבוש, לעניין תחולתם ביהודה והשומרון, לשני סוגים — אלה שמטרתם להגן על האינטרסים של הריבון הלגיטימי, ואלה שנועדו להגן על האינטרסים של האוכלוסייה המקומית (הוראות המכונות "ההוראות ההומניטריות"). לפי חלוקה זו מאחר שלא קיים "ריבון לגיטימי" ביהודה והשומרון, אין הראשונות מחייבות את ישראל⁶⁴.

התוצאה היתה צריכה להיות חלוקה של כל דיני המלחמה, הן אלה שבאמנת ז'נבה והן אלה שבתקנות האג, לשני הסוגים האמורים והחלת ההוראות ההומניטריות בלבד.

Y. Z. Blum, "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea & 60 Samaria", 3 *Isr. L. Rev.* (1968) 279

61 ראה: י' דינשטיין, "ציון במשפט בינלאומי תיפדה", הפרקליט כו (תשל"א) 5; י"צ בלום, "ציון במשפט הבינלאומי נפדתה", הפרקליט כו (תשל"א) 315; י' דינשטיין, "ההפדה לא נפדתה או לא הפגות אלא מעשים", הפרקליט כו (תשל"א) 519; י"צ בלום, "מורח ירושלים אינה שטח כבוש", הפרקליט כה (תשל"ב) 182; E. Lauterpacht, *Jerusalem and the Holy Places* (London, 1968) 46-47; J. Stone, *The Middle-East under Cease-Fire* (Sydney, 1967) 12; idem., *No Peace — No War in the Middle-East* (Sydney, 1969) 17; S. Schwebel, "What Weight to Conquest?" 64 *American Journal of International Law* (1970) 344; S. Boyd, "The Applicability of International Law to Occupied Territories" 1 *Israel Yearbook on Human Rights* (1971) 258; A. Gerson, "Trustee-Occupant: The Legal Status of Israel's Presence in The West Bank" 14 *Harvard International Law Journal*, 1; idem., *Israel, West Bank & International Law* (London, 1978) 78

62 גאום השגריר הרצוג בעצרת הכללית בתוך: Official Record of the General Assembly, 47th, Mtg. October 26, 1977 p. 864; נאומי השגריר בלום במועצת הביטחון בתוך: Provisional Record of the Security Council, 2125 Mtg., March 13, 1979, p. 17; 33 *ibid.*, 2131 Mtg., March 19, 1979, p. 33.

63 בג"צ 61/80 העצמי ג' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 595, 597. אבל ראה דברי השופט ויתקון בפסק הדין בעניין אילון מורה, בג"צ 390/79 דוויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 19, 64 בלום (לעיל, הערה 60) 294.

ואולם לא כך אירע. בפסקה השנייה לסעיף 2 של אמנת ז'נבה, הוא סעיף התחולה של האמנה נאמר:

"The convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a high contracting party, even if the said occupation meets with no armed resistance."

על סעיף זה ביססה ממשלת ישראל את עמדתה לפיה אין אמנת ז'נבה חלה ביהודה והשומרון. התעורר חשש שהכרה בתחולת האמנה תיראה כהכרה בכך שיהודה והשומרון הן חלק משטחה של ירדן כאמור בסעיף 2⁶⁶. מכאן ואילך כאשר הציגו דוברי ישראל את הטענה בדבר העדר ריבונות ירדנית באזורי יהודה ושומרון הסיקו מכך בראש ובראשונה שאין אמנת ז'נבה חלה ביהודה והשומרון⁶⁷. עם זאת מקפידים נציגי ישראל לומר שלמעשה מחילה ישראל את התוראות ההומניטריות של האמנה. התוצאה היא אפוא כפולה. סימן השאלה הוטל על תחולתה של אמנת ז'נבה כולה ושל אותם חלקים בתקנות האג שמטרתם להבטיח את האינטרסים של הריבון הלגיטימי. הבחנות אלה לא נעשו אמנם במפורש בידי בית המשפט ואולם קיומם של הספקות הללו ניכר היטב בפסקי הדין. יש להבחין אפוא היטב בין השאלה אם מבחינת דיני המלחמה חלה אמנת ז'נבה ביהודה והשומרון ובין השאלה אם יוקם בית המשפט לאמנה ויראה בה חלק ממשפט הארץ, בהנחה שאכן רואים דיני המלחמה את אמנת ז'נבה כחלה ביהודה והשומרון. עיקר ענייננו בשאלה השנייה (שאינה קשורה במעמד איזור יהודה ושומרון). בשאלה הראשונה נעסוק רק כשניזקק לכך להבהרת העניין.

כפי שנראה, נמנע בית המשפט מלעסוק לא רק בשאלה הקשורה במעמד יהודה והשומרון. בית המשפט היסס גם לגבי האפשרות ליישם את דיני המלחמה. כאן שימשה הסכמת נציגי המדינה מכשיר חשוב בידי בית המשפט, אלא שהתוצאה היתה מידה רבה של אי בהירות.

3. תקנות האג ואמנת ז'נבה בפני בית המשפט העליון

במשפט האגודה למקומות הקדושים נ' שר הכסחון⁶⁸ ביקשו העותרים שבית המשפט יפסול דבר חקיקה שיצא מלפני מפקד האיזור. בקשתם זו התבססה הן על תקנות האג (תקנה 43) והן על אמנת ז'נבה (סעיף 65). ההסתמכות על אמנות בינלאומיות עוררה ספקות מסוגים שונים בלבם של השופטים זוסמן וחיים כהן. השופט

M. Shangar (ed.), "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government — The Initial Stage", in: *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967—1980, The Legal Aspects* (Jerusalem, 1982); T. Meron, "West Bank and Gaza: Human Rights and Humanitarian Law in the Period of Transition", 9 *Israel Yearbook of Human Rights* (1979) 106, 109.

66 הערה 62 לעיל.

67 בג"צ 337/71 אלי'נימעה אל מסיחית ללאררי אל מקרפה (האגודה הנוצרית למקומות קדושים) נ' שר הכסחון ואח', פ"ד כו (1) 574.

חיים כהן אמר, שאין צורך להתייחס לשאלת תחולת תקנה 43 וזאת "בשל החסד שעשה עמנו סגן פרקליט המדינה בהסכימו שלענין ההכרעה בעתירה זו נוכל להניח שסעיף 43 לאמנת האג חל על השטחים המוחזקים עתה בידי ישראל...". כלומר, השאלה שהטרידה אותו היתה לאו דווקא השימוש בתקנות האג כחלק מן הדין המהותי שעל-פיו תיבחן העתירה, אלא השאלה הקשורה במעמד השטח. לא כן השופט זוסמן. הוא אמר, כי "שתי האמנות האמורות אינן אלא בבחינת התחייבות שבין האומות החתומות עליהן, והן נמנות על המשפט הבינלאומי, המחייב את המדינות בינן לבין עצמן".

בדברי השופט זוסמן יש כעין התיאור שתיארו השופטים את אופיין של אמנות בינלאומיות בטרם קבעו כי אין הן חלק ממשפט הארץ, ואולם הוא לא נחפו להסיק מסקנה זו. השופט זוסמן רק עורר את השאלה "האם הלכת האמנות גם בחוקת דין אשר לפיו בית משפט זה פוסק במחלוקת 'פנימית' שבין האזרח לבין המדינה?" בשאלה זו נמנע השופט מלהכריע, ולאור הסכמת נציג המדינה הוא נאות להניח כי אכן כן הדבר. אלא שמעניי השופט נעלם פרט אחד והוא שמדינת ישראל אינה צד לאמנת האג (וממילא גם לא לתקנות הנספחות לה). תקנות האג אינן יכולות לחייב את ישראל אלא אם הן משקפות את המשפט הבינלאומי המנהגי. אם התקנות אינן משקפות משפט מנהגי, אין הן בבחינת משפט מחייב במה שנוגע לישראל וכלל לא מתעוררת השאלה של תחולתה כחלק מן המשפט המהותי בפני בג"צ. מאידך גיסא, אם התקנות משקפות משפט מנהגי שוב לא מתעוררת השאלה הזו, שכן אין מדובר באמנות כלל, והמשפט המנהגי הרי הוא מקדמת דנא חלק ממשפט הארץ.

מכאן שהשאלה הנכונה לגבי תקנות האג אינה אם כאמנה הן מהוות חלק ממשפט הארץ, אלא אם תקנות אלה משקפות משפט מנהגי. אבל מאחר שהשופט הניח שתקנות האג הן בחוקת משפט הסכמי, אין לשאלה שהציג שום משמעות בבית משפט ישראלי. את השאלה הזו ניתן לשאול רק לגבי אמנת ז'נבה שישראל אשררה אותה כבר בשנת 1951.

גם בפסק הדין הבא, חברת ההשמל למחוז ירושלים נ' שר הפטחון⁶⁸, פתח השופט לנדוי את בדיקת השאלה שבפניו לאור תקנות האג בהודעה שהוא עושה כן מאחר שנציג המדינה חזר והצהיר בפניו "שבפעולותיו מדריך המפקד הצבאי את עצמו על-פי הלכות המשפט הבינלאומי, ובמיוחד על-פי כללי האג הכלולים באמנה הרביעית בדבר הדין והנוהג של מלחמה ביבשה משנת 1907". מאחר שהמדובר היה בתקנה 46 לתקנות האג, האוסרת פגיעה ברכוש פרטי, וזוהי "הוראה הומניטרית" למהדרין, ניתן להניח שסיבת ההתלבטות אינה נעוצה בשאלת תחולת האמנה ביהודה והשומרון, אלא בעצם השאלה של משפט בינלאומי כחלק ממשפט הארץ. ומאחר שכפי שכבר ראינו השאלה המשמעותית היחידה לגבי תקנות האג היא, האם הן משקפות משפט מנהגי אם לאן, ואם השופט לנדוי אמנם הביא בחשבון את העובדה שאין ישראל צד לתקנות האג ואת המסקנות הנובעות מכך, יש להניח שלשאלה זו התכוון. שאלת אופיין הדקלרטיבי או הקונסטיטוטיובי של תקנות האג לא נבחנה בפסק דין זה בשל הסכמת נציג המדינה.

68 בג"צ 256/72, פ"ד כז (1) 124.

במשפט ארנון נ' היועץ המשפטי לממשלה⁶⁹ לא שפר חלקו של העותר, ונציג המדינה לא גילה כלפיו את אותה מידה של רוחב לב שגילה כלפי שני העותרים הקודמים. ארנון ביקש להסתמך על סעיף 64 לאמנת ז'נבה כדי להראות שהעברתו למשפט ביהודה והשומרון אינה חוקית. השופט זוסמן דחה טענה זו לגופה ובסיום ההתייחסות לאמנת ז'נבה אמר:

"מאחר שהעותרים אינם נמנים עם אוכלוסיית השטח המוחזק, ממילא אין בידיהם להסתייע בהוראת האמנה, אפילו היתה הוראת האמנה בחוקת דין שבין האזרח למדינה אשר בית משפט בארץ מוסמך לאכוף אותו"⁷⁰.

לא נאמר כאן מדוע אין האמנה בחוקת דין כזה, אבל ניתן להניח שהסיבה היא שהמדובר באמנה בינלאומית. להבדיל ממשפט מנהגי.

גם העותרת במשפט אבו אל-טין נ' שר הבטחון⁷¹ לא נהנתה מנדיבות לבם של נציגי המדינה. העותרת ביקשה להסתמך על סעיף 49 לאמנת ז'נבה כנגד גירוש מאיזור יהודה ושומרון, ואולם בניגוד למה שנעשה בפסק הדין ארנון, סירבו שופטי הרוב להיכנס לשאלה לגופת וקבעו כי מכל מקום אין אמנת ז'נבה בגדר "דין" פנימי. יצוין, שלמרות זאת לא הסירוב לעיין באמנת ז'נבה חרף את דינה של העותרת לגירוש, שכן, כפי שהראה השופט עציוני בפסק דינו הנפרד, לא היה בסעיף 49 כדי למנוע את גירוש העותרת שהיתה באיזור רק במעמד של "מבקר קיץ".

במשפט אבו חילו נ' ממשלת ישראל⁷², הוא משפט "פתחת רפיה", נחלקו דעות השופטים באשר להסכמת נציג המדינה. במשפט זה באה הסכמת נציג המדינה הן באשר לסמכות בית המשפט והן באשר ליישום אמנת ז'נבה, זאת למרות שבתצהיר האלוף טל נאמר שאמנת ז'נבה "היא אמנה המחייבת את המדינות החתומות עליה, בינן לבין עצמן, אך אין היא בבחינת חוק שבית משפט נכבד זה יזקק לו". לאור זאת נאות השופט לנדוי לבחון את השאלה שבפניו על-פי אמנת ז'נבה, ואולם הוא אומר ששאלת יישום אמנת ז'נבה היא אחת השאלות שאין לגביהן הכרעה וזאת בדומה לשאלת סמכות הבג"צ בנושאים אלה.

בקביעה זו ובקביעות הדומות שקדמו לה יש כדי לעורר אי הבנה, שהרי אין זו שאלה שטרם הוכרעה. שאלת יישום משפט הסכמי להבדיל ממשפט מנהגי היא שאלה שהוכרעה זה מכבר ולמעשה הסכים נציג המדינה ליישום כללים מהותיים שבלא הסכמה זו לא היו חלים כלל. וכך אמנם התגבש הדבר בפסקי הדין הבאים. השופט

69 בג"צ 507/72, פ"ד כו (1) 233.

70 שם, בעמ' 238. הטענה שהתבססה על סעיף 64 היתה צריכה אמנם להידחות, אולם לא מן הנימוק שהביא בית המשפט. בסעיף זה נאמר כי "המעצמה הכובשת רשאית לטיל על אוכלוסייתו של השטח הנכבש הוראות שיש בהן הכרח". השופט קבע, שמאחר שהעותרים אינם שייכים ל"אוכלוסיית השטח הנכבש" אין הסעיף חל עליהם. ולא היא. סעיף 64 חל על כל מי שהם "מוגנים" על-פי האמנה, ו"מוגנים" יכולים להיות גם תיירים (הכל כאמור בסעיף 4 לאמנת ז'נבה). סעיף 64 אינו חל על העותרים מאחר שסעיף 4 לאמנה מוציא מהגדרת "מוגנים" את אזרחי המעצמה הכובשת.

71 בג"צ 500/72, פ"ד כו (1) 481.

72 הערת 37, לעיל.

ויתקון לא היה נכון להיזקק להסכמתו של נציג המדינה, והוא סירב להיזקק הן לאמנת ז'נבה והן לתקנות האג. זאת לאור ההלכה לפיה מהווה המשפט הבינלאומי המנהגי חלק ממשפט הארץ, מה שאין כן המשפט ההסכמי. ברור שהנחת השופט ויתקון היתה שאף אחת משתי האמנות אינה משקפת משפט מנהגי. אשר לשאלת ההסכמה של נציגי המדינה, אמר השופט:

"זוכה הלכה ברורה זו, אין אני יכול אלא להתייחס בספקנות לנוהג הצבאי אף מבחינת המשפט הבינלאומי ההסכמי. אף הסכמה זו הניתנת שהשתרש, כנראה, אצל נציגי המדינה להסכים לבידור מעשי השלטון מדי פעם בפעם לגבי נושאים מוגדרים וכלי התחייבות שתינתן בכל העתירות, הופכת את דיוננו למעין בוררות תלויה בהסכמת הנתבע. לעניות דעתי, לא לשם כך נוצר בית המשפט הזה"⁷³.

מידת זו של היסוס במה שנוגע ליישום תקנות האג ואמנת ז'נבה (להבדיל משאלת התחולה באזור יהודה ושומרון) אינה מופיעה עוד בפסקי הדין הבאים. זוהי מן הסתם תוצאת השקפתו של השופט ויתקון בנושא זה. בפסק הדין בפרשת בית-אל⁷⁴ מציג השופט ויתקון את השאלה בדבר היות דיני המלחמה חלק ממשפט הארץ, והוא עונה:

"כידוע, התשובה לשאלה זו תלויה בתשובה לשאלה אחרת והיא, אם אותה הוראה שבאמנה הבינלאומית, שמבקשים לאכפת, הפכה לחלק מהמשפט המוניציפלי (הפנימי) של המדינה, שבית המשפט שלה מתבקש לדון בסוגיה, או שמא נשארה ההוראה בגדר הסכם בין מדינות גרידא ולא נקלטה בתוך המשפט המוניציפלי הפנימי. במקרה הראשון מדברים על משפט בינלאומי 'מנהגי', המוכר בבית המשפט המוניציפלי, כל עוד אין הוראה נוגדת במשפט המוניציפלי גופו, ואילו במקרה השני מדברים על משפט בינלאומי 'הסכמי' המחייב כאמור, רק את המדינות בינן לבין עצמן"⁷⁵.

מנוסח הדברים ניתן להתרשם שהבחנה זו לעניין התחולה הפנימית של הלכות המשפט הבינלאומי מקורה במשפט הבינלאומי עצמו. או לפחות שהבחנה זו היא נחלתן של כל שיטות המשפט המוניציפלי של האומות בנות התרבות, וברור שאין הדבר כך⁷⁶. הבחנה זו אינה אלא פרי הגותם של בתי המשפט באנגליה ובישראל. וכפי שנראה, במה שנוגע לדיני המלחמה הרחיקו בתי המשפט הישראליים לכת בדחיית המשפט ההסכמי אף מבתי המשפט באנגליה.

73 שט, בעמ' 181.

74 הערה 38, לעיל.

75 שט, בעמ' 119-120.

76 אותה טעות עצמה הביאה מאוחר יותר באותו פסק דין לציטוט שלא במקומו ממאמר מאת פיקטה (Pictet). ברצותו להוכיח, שאמנת ז'נבה אינה אלא משפט הסכמי מצטט השופט ויתקון (בעמ' 121-122) ממאמרו של פיקטה, שבו הוא מציג את השאלה האם אמנת ז'נבה מעניקה זכויות לבחודים או רק לממשלות שאנשים אלה אורחיה. פסקה זו צוטטה כמובן מתוך ההנחה שאם האמנה מעניקה זכויות במישרין לבחודים הרי היא בחוקת משפט הסכמי.

בפסק דין זה חזר בו השופט ויתקון מקביעתו שתקנות האג אינן אלא משפט הסכמי, ומכאן ואילך החזיק בית המשפט העליון בעמדה שתקנות האג משקפות משפט מנהגי ולכן ניתן להסתמך עליהן בפניו, ואילו אמנת ז'נבה בעיקרה אינה אלא משפט הסכמי שאינה בבחינת "דין" המחייב בפני בית המשפט הישראלי. כך, למשל, היה הדבר גם בפרשת אלון מורה, בפסקי הדין בעניין גירושם של אבו-עוואד⁷⁷ ושל קוואסמה ומילחם⁷⁸, ובפסק הדין בעניין חברת החשמל למחוז ירושלים נ' שר האנרגיה⁷⁹. פסק הדין בעניינם של קוואסמה ומילחם הוא מקרה מיוחד מבחינה זו, שכן שם נחתך הדין כפי שנחתך בשל סירובו של בית המשפט להיזקק לאמנת ז'נבה.

פאהד קוואסמה ומוחמד מילחם עתרו לבית המשפט הגבוה לצדק כי יאסור על גירושם מיהודה והשומרון. עמדת המדינה בשאלה זו, בקיצור נמרץ, היא שגירוש זה מבוסס על תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, שהן חלק מדיני העונשין הירדניים הממשיכים לחול באיזור. כמו-כן אין הגירוש עומד בסתירה לסעיף 49 לאמנת ז'נבה, ומכל מקום אמנה זו אינה חלק ממשפט הארץ. טענת העותרים היתה כי תקנה 112 בוטלה על-פי החוקה הירדנית משנת 1952 והיא אף עומדת בסתירה לסעיף 49 הנ"ל. טענות אלה נדחו כבר במשפט אבו עוואד, אולם הנשיא לנדוי שב ודן בהן כאן. אשר לטענה כי תקנה 112 בוטלה, קבע הנשיא שספק אם תקנה זו עמדה בתוקפה ביוני 1967, אולם מכל מקום היא שבה והחוקה בצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 5) (צו מס' 224), תשכ"ח—1968⁸⁰.

מכאן שקשה לראות במעשה הגירוש אמצעי המבוסס על דיני העונשין הירדניים, ויש לבחון את חוקיותו כמעשה של השלטון הצבאי הישראלי. אשר לחוקיות המעשה לאור סעיף 49, מביא הנשיא את הנימוקים לכאן ולכאן, אבל נמנע מלהכריע בשאלה, שכן ממילא אמנת ז'נבה "אינה מהווה חלק של המשפט הבינלאומי המנהגי ועל כן אינם מפירים צווי הגירוש שניתנו את המשפט הפנימי של מדינת ישראל או של אזור יהודה והשומרון שעל-פיו פוסק בית משפט ישראלי".

בפסק דין זה הגיע בית המשפט קרוב מאוד לקביעה כי אף-על-פי שבמעשה המפקד הצבאי יש משום הפרה של דיני המלחמה, אין בידי בית המשפט להושיע.

ברור, שאין כל קשר בין הדברים, ופיקטה לא התכוון אלא להענקת זכויות במישורין לבודדים במישור הבינלאומי. לענין הענקת זכויות לבודדים בהקשר שלנו יש משמעות שונה. אם אמנה אינה משקפת משפט מנהגי, הרי, על-פי מה שנפסק עד כה בבית המשפט העליון, בין שהיא אמנת חקיקה ובין שהיא אמנת חוזה, אין היא יכולה להקנות זכויות לבודדים בפני בית משפט ישראלי. ולפי המוצע במאמר זה אמנת חקיקה תקנה זכויות לבודדים בפני בית משפט ישראלי במידה שהיא אמנת הניתנת לביצוע מכוחה. העולה הן מן המצב הקיים עתה, והן מן המצב המוצע, הוא, שגם כשהמדובר בהוראות מנהגיות אין מקום להתנות את יישום הוראות המשפט הבינלאומי בכך שהוראות אלה מעניקות לבודדים זכויות במישורין במישור הבינלאומי. אבל זהו נושא הראוי למאמר בפני עצמו ולא כאן המקום לדון בו.

77 בג"צ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד איו"ש, פ"ד לג (3) 309.

78 הערה 40 לעיל.

79 בג"צ 351/80, פ"ד לה (2) 673.

80 מנשרים, צוהים ומינויים של מפקדת איזור יהודה והשומרון מס' 12, צמ' 466.

4. היש הצדקה להבחנה בין אמנת ז'נבה למשפט המנהגי ?

בעמודים הקודמים הובעה הדעה כי יש אולי הצדקה להבחנה בין משפט בינלאומי מנהגי למשפט בינלאומי הסכמי כאשר מתייחסים לאמנות שאופיין אופי של חוזה. לגבי אמנות מסוג זה מן הראוי שבית המשפט יימנע מלפעול כערכאה ליישוב סכסוכים בינלאומיים. ואולם, אם מדובר באמנה שאופייה אופי של דבר חקיקה, אין הצדקה להבחנה בינה ובין משפט מנהגי. אמנת ז'נבה הרביעית היא דוגמה מובהקת לאמנת חקיקה. בנוסף לכך, כאשר מדובר באמנת ז'נבה בולט העדר ההצדקה להבחנה כזו עוד יותר. להלן נציג את הטיעון הזה במה שנוגע לאמנת ז'נבה:

(1) כפי שראינו, תחולת דיני המלחמה על פעולות המפקד הצבאי הם תוצאה של שני גורמים מקבילים הנובעים משני ההיבטים הנפרדים של תפקיד מפקד האיזור, כרשות ישראלית וכיציר המשפט הבינלאומי. כרשות ישראלית כפוף מפקד האיזור לדיני המלחמה על-פי ההלכה שנתגבשה במשפט הישראלי החל ממשפט שטמפפר. מכוח הלכה זו, כפי שעוצבה בידי בית המשפט העליון, כפוף מפקד האיזור רק לחלק המנהגי של דיני המלחמה. זהו הדין המצוי למרות שכפי שנטען כאן, אין זה הדין הרצוי. אבל להבחנה בין משפט מנהגי למשפט הסכמי אין ולא כלום עם הטעם השני. דיני המלחמה מחייבים את מפקד האיזור גם מאחר שדיני המלחמה הם שהקימו את התפקיד הזה ותתמו את כחותיו ואת תובותיו. ולכן מן הראוי היה שבג"צ יבחן את פעולות מפקד האיזור לאור דיני המלחמה גם אילמלא היתה קיימת הלכת שטמפפר. אפילו אם מכוח מה שבא בעקבות הלכת שטמפפר חלים על מפקד האיזור רק דיני המלחמה המנהגיים, אין מקום להטלת מגבלה כזו על תחולת דיני המלחמה מכוח היות מפקד האיזור תפקיד המוגדר במשפט הבינלאומי. מאפיין זה של מפקד האיזור מחייב כי מעשיו ייבחנו על-פי כל דיני המלחמה המחייבים אותו, ומבחינה זו אין כל הבדל בין משפט מנהגי למשפט הסכמי⁸¹. בג"צ ישיל את סמכותו על מפקד האיזור בשל ההיבט הראשון של תפקיד המפקד, דהיינו, היותו זרוע של ממשלת ישראל, ואולם את המשפט הבינלאומי במלואו יחיל עליו בג"צ בשל ההיבט השני של תפקיד מפקד האיזור המייחד אותו משאר זרועות הממשל.

(2) אין צורך לחזור כאן על הדברים שנאמרו כבר במאמר זה באשר לאמנות חקיקה, חשיבותן כחלק מן המשפט הבינלאומי המחייב וחוסר ההיגיון שבהפרדה בינו ובין החלקים האחרים של המשפט הבינלאומי במה שנוגע לתחולה כחלק ממשפט הארץ. ואולם אמנת ז'נבה היא הדוגמה הטובה ביותר לעניין זה. מסיכום הוועד הבינלאומי של הצלב האדום מיום 3 בינואר 1983 עולה, שלא פחות מ-152 מדינות היו באותו יום צד לאמנות ז'נבה. 16 מדינות בלבד לא היו אז צד לאמנות ז'נבה, רובן מדינות שזה מקרוב זכו לעצמאות ויש להניח שלא יחלוף זמן רב ואף הן יהיו צד לאמנת ז'נבה (באחדות מהן נמצאים הליכי ההצטרפות בשלב מתקדם). הנה כי כן, אפילו מבחינת האוניברסליות של האמנה קשה לומר שאמנת ז'נבה נופלת מן המשפט המנהגי.

81 לצורך זה אנו מניחים שאמנת ז'נבה חלה ביהודה והשומרון, שאלה שהיא כאמור שנויה במחלוקת. מכל מקום, הטענה היא שאם אין הצדקה ליישם את אמנת ז'נבה על מעשי מפקד האיזור, הרי הדבר נובע ממעמד השטח. כלומר, מאי תחולה של האמנה על השטח מבחינת דיני המלחמה, ולא מהבחנה ישראלית בין משפט מנהגי למשפט הסכמי.

הוא הדין גם מן הצד המהותי. לא מקרה הוא שהממשל הצבאי נוהג למעשה על-פי האמור באמנת ז'נבה, למרות העמדה לפיה אין האמנה חלה על יהודה והשומרון. בלי הכללים הקבועים באמנת ז'נבה לא היתה משמעות רבה לקביעה לפיה מנוהלים השטחים המוחזקים על-פי דיני המלחמה, שהרי אמנת ז'נבה הרביעית על 159 סעיפיה היא עיקרם של דיני המלחמה החלים בשטחים כבושים, מבחינת ההיקף ומבחינת המהות. בלעדי האמור באמנה היו לרשות המושל הצבאי עקרונות כלליים בלבד ולא כללים שעל פיהם מתנהלים שטחים מוחזקים הלכה למעשה. במקרה הזה לא היתה משמעות אמיתית לתחולת דיני המלחמה. רוב הנושאים שבהם עסקו העתירות שהוגשו עד כה לבג"צ היו במקרה נושאים המוסדרים בתקנות האג, אבל דבר זה אינו מחייב המציאות. המצב שבו מכיר בית המשפט העליון בדיני המלחמה רק במידה שאלה התגבשו עד שנת 1907 הוא מצב מוזר.

(3) לבסוף, זוהי אולי העיקר, מעולם לא ניתן נימוק של ממש להבחנה בין אמנת ז'נבה ובין מה שנחשב למשפט מנהגי. ההיזקקות למשפט הבינלאומי בכלל, הן בהקשר של השטחים המוחזקים והן בהקשרים אחרים, הוא נושא שמבחינה עיונית אינו נקי מבעיות. במקומות שונים במאמר זה נעשה ניסיון לתת לכך הסבר, אם כי אין כאן התיימרות למצות נושא זה, שכן לא הוא עיקר ענייננו. ואולם, שעה שאנו עוסקים בסייג לפיו המשפט ההסכמי ואמנת ז'נבה במיוחד אינם נכללים בעיקרון של אימוץ כללי המשפט הבינלאומי, אין למצוא כלל נימוק כלשהו מדוע יש לראות באמנת ז'נבה התחייבות התופסת רק במישור היחסי שבין המדינות, להבדיל מן המשפט המנהגי שבו רואים חלק ממשפט הארץ. במה שונה אמנת ז'נבה מן המשפט המנהגי? הרי אין זו אמנה שהיא "חווה" ומבחינת אופי הוראותיה כמשפט כללי אין הבדל בינה ובין המשפט המנהגי. מספר המדינות שהן צד לה אינו נופל ממספר המדינות המחויבות בכלל מנהגי כלשהו, ואף מבחינת חיובה של ישראל על-פי האמנה אין הבדל בינה ובין דיני המלחמה המנהגיים (כאמור אין אנו עוסקים בשאלה המקבילה של תחולת האמנה על יהודה והשומרון).

כזכור, נשמעה סברה לפיה העובדה שמשפט הסכמי מחייב את המדינה מכוח חתימה ואשרור של הממשלה היא העומדת בעוכרי האמנות בדרך להפיכתן לחלק ממשפט הארץ, שכן בכך רואים חקיקה על-ידי הרשות המבצעת.

בעמודים הקודמים כבר הוסברה הטענה הנגדית, לפיה אין במצב זה כדי להצדיק אי היזקקות לאמנות. ואולם אף באנגליה, מולדת המחשבה הזו, לא גרמה הצטרפות לאמנה מכוח מעשי הממשלה להוצאת אמנת ז'נבה (להבדיל מאמנות אחרות) מכלל המשפט הבינלאומי שאומץ לחלק ממשפט הארץ. כפי שכבר ראינו, דיני המלחמה הם שם חריג לסייג זה והממשלה רשאית לכבול את ידיה בניהול מלחמה גם מבחינת המשפט הפנימי על-ידי הצטרפות לאמנות בינלאומיות בנושא זה. מכאן שגם הצדקה זו אינה קיימת כאן, והדברים שנאמרו בפסקי הדין בעניין בית-אל⁸² ובעניין אלון מורה⁸³, לפיהם גם באנגליה רואים באמנת ז'נבה אמנה שאינה חלק ממשפט הארץ, אינם מדויקים.

82 הערה 38 לעיל, בעמ' 128.

83 הערה 63 לעיל, בעמ' 29.

5. דרך אחרת להחלת אמנת ז'נבה

לסיום עניין זה מן הראוי להזכיר דרך אחת ליישום אמנת ז'נבה שנרמז עליה בפסק הדין בעניין אבו חילו נ' ממשלת ישראל (משפט "פיתחת רפיח")⁸⁴.

בית המשפט השתמש בכלל הפרשנות לא על מנת להתאים דבר חקיקה כלשהו להוראות המשפט הבינלאומי, אלא כתחליף לעיקרון לפיו המשפט הבינלאומי הוא חלק ממשפט הארץ. באותו מקרה התעוררה השאלה האם אמנת ז'נבה היא חלק מן הדין המהותי שבג"צ רשאי להפעיל בבקרו את פעולות המפקד הצבאי בשטחים המוחזקים (לאו דווקא שאלת תחולת אמנת ז'נבה בשטחים המוחזקים). השופט לנדוי הצביע על כך שניציג המדינה נתן את הסכמתו שכך ייעשה ולפיכך ראה השופט את עצמו פטור מלהיכנס לשאלה זו. אחר-כך רמז השופט על הדרך שניתן היה ללכת בה, אילמלא ניחנה הסכמת נציג המדינה, באמרו:

"הלכה רווחת היא אצלנו, בעקבות ההלכה האנגלית, שבית משפט בישראל יפרש חוק חרות מקומי, אם תכנו איגו מחייב פירוש אחר, בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי... ניתן אולי לומר שמקל וחומר יבחון בית משפט זה כשרותה של פעולה מינהלית בשטחי הממשל הצבאי עליפי המשפט הבינלאומי המנהגי, כאשר אין חוק חרות ישראלי חל על העניין וממילא אינה אפשרית התנגשות בין משפט העמים לבין המשפט הלאומי הישראלי"⁸⁵.

ברור, שהשופט היה יכול שלא ללכת בדרך עקיפין זו ולהצביע על הכלל בדבר אימוץ המשפט הבינלאומי. ואולם, אילו היה עושה זאת היתה מתעוררת שאלת היותה של אמנת ז'נבה משפט הסכמי. למעשה הצביע השופט על דרך שניתן לתת בה תוקף לאמנת ז'נבה בלי לפגוע לכאורה בסייג בדבר משפט הסכמי. בכך היה כמובן כדי לבטל למעשה כליל את הסייג הזה.

למותר לציין, שאין בציטוט הדברים האלה משום המלצה ללכת בדרך זו, שכן יש בכך פגיעה בעיקרון של היות המשפט הבינלאומי חלק ממשפט הארץ ונסיגה מן המחשבה הנאורה שביסוד העיקרון הזה.

1. סיכום

1. בעמודים אלה ניסינו לטעון, שהעיקרון לפיו המשפט הבינלאומי הוא חלק ממשפט הארץ מן הדין שיחול הן על כללי המשפט הבינלאומי המנהגי, והן על הכללים שמקורם באמנות בינלאומיות אשר אופיים אופי של חקיקה. בין האמנות הללו יש להזכיר במיוחד את אמנת ז'נבה, שאותה מן הראוי להחיל בעתירות לבג"צ המתייחסות לפעולות המפקד הצבאי בשטחים המוחזקים (זאת אם תתקבל העמדה לפיה מבת ינת דיני המלחמה אמנת ז'נבה חלה בשטחים אלה).

84 הערה 37 לעיל.

85 שם, בעמ' 177.

2. העיקרון לפיו המשפט הבינלאומי הוא חלק ממשפט הארץ מקובל כיום במשפט הישראלי לא כעיקרון שנשאב מן המשפט האנגלי ולא כעיקרון שנכפה על-ידי המשפט הבינלאומי, אלא כעיקרון עצמאי שנקבע על-ידי בית המשפט בישראל. לפיכך נמצא בית המשפט במצב שהוא יכול לעצב את העיקרון הזה כראות עיניו.
3. בית המשפט הוציא מכלל העיקרון בדבר אימוץ כללי המשפט הבינלאומי את כל אותם כללים של המשפט הבינלאומי שמקורם אינו במנהג, אלא באמנה. אמנות שאינן אלא קודיפיקציה של משפט מנהגי אינן נופלות כמובן בגדר הסייג הזה, ובמשפט המנהגי שהן מגלמות רואים חלק ממשפט הארץ.
4. סייג זה קיים גם באנגליה. טעם הסייג באנגליה הוא שאמנות מתאשררות שם על-ידי הרשות המבצעת. במתן תוקף של משפט פנימי לאמנות ראו שם מעין חקיקה שלא על-ידי הפרלמנט. עם זאת אין הסייג הזה תופס באנגליה במה שנוגע לדיני המלחמה. הללו, בין שהם חלק מן המשפט המנהגי ובין שהם חלק מן המשפט ההסכמי, הם חלק של המשפט האנגלי.
5. אין מקום להחיל את התבונה האנגלית גם בארצנו, שכן התחייבותנו בהלכות המשפט המנהגי אף הם תוצאה של הסכמה, במפורש או במשתמע, והסכמה זו ניתנת על-פי רוב על-ידי התנהגות הממשלה.
6. יש טעם להחיל את הכלל בדבר אי-השימוש במשפט הסכמי בארצנו לכל היותר על אמנות שאופיין אופי של חוזה. באכיפתן של אלה על-ידי בית משפט ישראלי יש משום מעשה שאי אפשר לעשותו על-ידי פורום בינלאומי בלא הסכמת הצדדים.
7. אין מקום להטיל את הסייג הזה על אמנות שאופיין אופי של חקיקה בינלאומית. ההבדלים בינן ובין המשפט המנהגי אינם מצדיקים הבחנה כזו ומן הראוי לראות גם בהן חלק ממשפט הארץ. גם ההבחנה בין אמנות המשקפות משפט מנהגי לאמנות שאינן אלא משפט הסכמי אינה הבחנה מעשית, ולעתים קרובות קשה להבחין בין שני סוגים אלה.
8. כדי שניתן יהיה לראות באמנת חקיקה חלק ממשפט הארץ מן הראוי שתהיה זו "אמנה המתבצעת מכוחה" כלומר, אמנה שכוונתה מנסחיה היתה שניתן יהיה ליישם אותה כחלק ממשפט הארץ כמות שהיא בלא צעדים נוספים שיעשו הצדדים, כגון חקיקה.
9. מאחר שאמנת זינבה היא אמנת חקיקה, הרי חלים עליה הדברים הנ"ל ומן הראוי לבחון לאורה את מעשי הממשל הצבאי. ואולם במה שנוגע לאמנת זינבה דבר זה בולט במיוחד, וזאת מן הטעמים האלה:
- (א) אמנת זינבה היא אמנה שכמעט כל אומות העולם הצטרפו אליה ומתויבות באמור בה, ולכן גם מבחינת התחולה האוניברסלית אין הבדל ממשי בינה ובין משפט מנהגי.
- (ב) מבחינת תוכנה אמנת זינבה כוללת את עיקר דיני המלחמה החלים בשטחים כבושים. בלי הפעלת אמנה זו אין משמעות לקביעה שדיני המלחמה מופעלים בשטח מסוים.
- (ג) אפילו באנגליה, משם באה ההבחנה לעניין תחולת המשפט הבינלאומי, לא החלה ההבחנה הזו על דיני המלחמה.
- (ד) מעשי המפקד הצבאי נבחנים לאור דיני המלחמה, לא רק מכיוון שהמשפט

משפטים יג, תשמ"ד

אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי המשפט

הבינלאומי הפך להיות חלק ממשפט הארץ. גם אילמלא כן מן הראוי היה ליישם את דיני המלחמה על מעשי המפקד הצבאי, שכן תפקיד זה הוא יציר המשפט הבינלאומי. מהיבט זה במיוחד אין כל מקום להבחנה בין משפט מנהגי למשפט הסכמי. מה שקובע הוא אילו כללי משפט מחייבים את המפקד הצבאי.