

**גבולות הדין:
המשפט
הבינלאומי
בשירות
האקטיביזם
השיפוטי**

אברהם (ראסל) של"ו



**שבט תשפ"ה - פברואר 2025
נייר מדיניות מס' 95**

עו"ד אברהם (ראסל) של"ז חוקר בפורום קהלת

בעל תואר ראשון במדעי המדינה ולימודי מזרח התיכון מאוניברסיטת מקגיל בקנדה, בעל תואר ראשון במשפטים ותואר שני בלימודי מזרח תיכון מאוניברסיטת בר-אילן. חוקר במחלקה המשפטית ובמחלקת המשפט הבינלאומי בפורום קהלת ומתמחה במשפט ציבורי.



**גבולות הדין:
המשפט
הבינלאומי בשירות
האקטיביזם
השיפוטי**

אברהם (ראסל) של"ו



**שבט תשפ"ה - פברואר 2025
נייר מדיניות מס' 95**

גבולות הדין: המשפט הבינלאומי בשירות האקטיביזם השיפוטי
אברהם (ראסל) של"ו

נדפס בישראל, שבט תשפ"ה – פברואר 2025

מסח"ב 978-965-7796-15-3 ISBN



תוכן עניינים

iii	תקציר מנהלים
1	א. מבוא – מי שולט במשפט הבינלאומי?
5	ב. הגירעון הדמוקרטי במשפט הבינלאומי
5	1. עמימות הדין הבינלאומי
8	2. מקומו העקרוני של הדין הבינלאומי במשפט הישראלי ושחיקתו
11	ג. הדין הבינלאומי בבתי משפט בישראל: מגמות ודיון
11	1. אמנות בישראל – העמדה הפורמלית
12	2. מעמד המנהג הבינלאומי בדין הישראלי
13	3. התאמה פרשנית של חקיקה
17	4. המשפט הבינלאומי במשפט המנהלי
22	5. המשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון והמלחמה בטרור
28	6. התאמה פרשנית של חוקי יסוד
31	7. המשפט הבינלאומי כמניעה משפטית לקידום חקיקה
33	ד. סקירה משווה
33	1. ארצות הברית
44	2. קנדה
52	3. בריטניה
60	4. אוסטרליה
67	5. גרמניה
72	6. צרפת

81..... ה. ניתוח וסיכום

89..... הערות



תקציר מנהלים

- א. המשפט הבינלאומי סובל מגירעון דמוקרטי חמור: הוא לא נוצר על ידי העם ונציגיו, אך הוא מחייב מדינות. למשפטנים תפקיד מכריע ב"זיהוי", כלומר יצירה, של הנורמות הבינלאומיות, ובעקבות כך הם אוחזים בכוח מופרז ליצור נורמות מחייבות שלא בהכרח היו עוברות את מבחן הקלפי.
- ב. יש עמימות גדולה בשאלת קיומם של מנהגים בינלאומיים, אחד ממקורות המשפט הבינלאומי. משפטנים "מזהים" מנהגים מחייבים, שלעיתים קרובות משקפים דין רצוי בעיניהם ולא את ההתנהגות של מדינות בפועל.
- ג. מעבר לאמנות ומנהגים, יש התרחבות של תופעת "המשפט הרך" – הצהרות והחלטות של האו"ם, ומסמכי מדיניות והנחיות של ארגונים בינלאומיים. אף שאין למשפט הרך תוקף מחייב, ואף שגופים אלו אינם אחראיים כלפי אזרחי שום מדינה, מדינות נוהגות לצייט לו ובתי משפט מאמצים את תוכנו.
- ד. בישראל, כמו ברוב המדינות, נהוגה השיטה הדואליסטית, לפיה הדין הפנימי והמשפט הבינלאומי הן מערכות נפרדות. וכמו בשאר מדינות המשפט המקובל, מנהגים נקלטים אוטומטית בדין הישראלי. לעומת זה, לאמנות בינלאומיות אין תוקף תחיקתי בישראל כל עוד לא ניתן להן תוקף על ידי הכנסת. בשנים האחרונות בית המשפט מפרש חקיקה לפי "חזקה פרשנית" לפיה החוק תואם את המשפט הבינלאומי, דבר המביא לכרסום בשיטה הדואליסטית. כמו כן, במקרים רבים השופטים מפנים למקורות עמומים שאינם מחייבים כמקור משפטי תקף, כדי ליצור דין חדש בכסות של קליטת המשפט הבינלאומי.

ה. כלל ההתאמה הפרשנית קיים ברוב שיטות המשפט, אבל בישראל השימוש בו מופרז, ובתי המשפט משתמשים בהפניות למשפט בינלאומי ככלי לשינוי הדין הקיים. חמור מכך, בית המשפט התערב בשיקולים תקציביים ובסוגיות של ביטחון ושל הגירה, בהסתמכו על ההתאמה הפרשנית.

ו. לפי העמדה המסורתית, חקיקה מפורשת של הכנסת תגבר על הדין הבינלאומי, אך עמדה זו מותקפת בפועל. לפי דעת מיעוט של שופטי בית המשפט העליון, חקיקה בניגוד למשפט הבינלאומי אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל. כמו כן, המשפט הבינלאומי כבר שימש כ"מניעה משפטית" לקידום חקיקה על ידי הייעוץ המשפטי.

ז. ההישענות הנרחבת על המשפט הבינלאומי, יחד עם שאר מגמות האקטיביזם השיפוטי, מעצימה את המעבר בין משטר דמוקרטי למשטר יוריסטוקרטי בישראל. לכן, ההסתמכות ההולכת וגוברת של בתי משפט ישראליים על המשפט הבינלאומי צריכה להדאיג את כל מי שחרד לדמוקרטיה ייצוגית.



א. מבוא – מי שולט במשפט הבינלאומי?

בעבר עסק המשפט הבינלאומי המנהגי בכמה סוגיות מצומצמות, בעיקר בתחום הבין-מדינתי, אולם מאז מלחמת עולם השנייה נרשם גידול ניכר במספר שיתופי הפעולה הבינלאומיים, בעיקר דרך ארגונים, ערכאות ואמנות בינלאומיים. כחלק מהתהליך הזה התפתחו מאוד המשפט ההומניטרי בפרט והמשפט הבינלאומי בכלל. לשינוי זה נודעת חשיבות רבה, שכן המשפט הבינלאומי מסדיר ומכווין את יחסי המדינות בזירה הבינלאומית ומשפיע על אזרחי המדינות: המשפט הבינלאומי המנהגי והמשפט הבינלאומי ההסכמי מנתבים ומכתיבים תחומים רבים בדין הפנימי של כל מדינה, כגון מדיניות הגירה, שיקולי ביטחון וצבא ומערכת המשפט הפלילי והאזרחי, ואפילו משפיעים על פרשנות חוקתית.

להתרחבות השפעתו של המשפט הבינלאומי יש גם צדדים שליליים. רבים התריעו, למשל, מפני "הגירעון הדמוקרטי" שבקביעת נורמות משפטיות המחייבות את המדינה אך לא נוצרו על ידי הריבון ונציגיו אלא על ידי מוסדות בינלאומיים והמשפט הבינלאומי. כאשר מדינה מצטרפת לאמנה רב-צדדית היא מוכרחה, ברוב המקרים, לקבל את האמנה ככתבה וכלשוונה, בלי יכולת ממשית להשפיע על תוכנה ועם מרחב תמרון מועט מאוד, למשל היכולת המוגבלת להצהיר על הסתייגות.

המשפט הבינלאומי הפומבי מורכב, מסורתית, מאמנות (דין הסכמי) וממנהגים מחייבים. בשנים האחרונות אנו עדים להתפשטות תופעת "המשפט הרך", כלומר הצהרות והחלטות של האו"ם, מסמכי מדיניות והנחיות של ארגונים בינלאומיים שאומנם אין להם תוקף מחייב, אך מדינות נוהגות לציית להם ובתי משפט מאמצים את תוכנם. זאת אף על פי שגופים בינלאומיים אלו אינם אחראיים כלפי אזרחי שום

”בשל העמימות של המשפט הבינלאומי והדרישות האוניברסליות שלו, הוא מספק כר פורה לבתי משפט מדינתיים לעקוף את הדין המקומי ולפרש חקיקה מדינתית בהתאם לפרשנות אישית של סטנדרטים בינלאומיים ובניגוד לכוונת המחוקק.”

מדינה. כמו כן, מכיוון שאין ספר חוקים של המשפט הבינלאומי, המלומדים צריכים לאתר איך מדינות מתנהגות בפועל ולהוכיח שהתנהגותן נובעת מסברתן שכך הדין מחייב. אולם הקו המפריד בין איתור המשפט לבין יצירתו אינו ברור תמיד: ערכאות מפרשות אמנות על פי מקורות חסרי מעמד נורמטיבי, כמו הצהרות של העצרת הכללית של האו”ם, הנעדרות תוכן משפטי מחייב. אם כן, השימוש במשפט רך בעייתי ביותר גם משום שאין למנהגים כל זיהוי ברור.

בשל העמימות של המשפט הבינלאומי והדרישות האוניברסליות שלו, הוא מספק כר פורה לבתי משפט מדינתיים לעקוף את הדין המקומי ולפרש חקיקה מדינתית בהתאם לפרשנות אישית של סטנדרטים בינלאומיים ובניגוד לכוונת המחוקק. בתי המשפט בישראל אף מייחסים לשלל מקורות מעמד נורמטיבי ומזהים אותם כחלק מהמשפט הבינלאומי, בלי לערוך דיון מספק בשני התנאים המצטברים לזיהוי המנהג כנורמה משפטית תקפה: פרקטיקה של מדינות הנוהגות כך בפועל, ודעה משפטית מחייבת.

בנייר עמדה זה אטען כי השימוש ההולך ומתרבה בפרשנות מרחיבה של המשפט הבינלאומי על ידי מערכת המשפט הישראלית במספר הולך ועולה של נושאים שעל ראש סדר היום הציבורי עולה לכדי גירעון דמוקרטי חריף ופגיעה בריבונות הכנסת ואזרחי ישראל. על סמך אמנות ומנהגים בינלאומיים, בית המשפט העליון כופה על אזרחי ישראל מדיניות המנוגדת לרצונם הדמוקרטי בתחומים הרי גורל כגון ביטחון, הגירה והעדפות תקציביות. שימוש פנים-ישראלי במשפט הבינלאומי מאפשר לשופטים לפעול בניגוד לדין הישראלי, בהישענות על משפט בינלאומי כמקור משפטי תקף המעניק לגיטימציה לפסיקה שיפוטית יוצרת – זהו אקטיביזם שיפוטי. אם כך, הפגיעה בדמוקרטיה הייצוגית כפולה: המשפט הבינלאומי סובל מגירעון דמוקרטי, כאמור, וכן משמש כהצדקה לשופטים להתעלם מהדין המדינתי ולקדם את הדין הראוי בעיניהם, גם כאשר המשפט הבינלאומי עצמו לא מחייב את התוצאה שהם מגיעים אליה. במקרה כזה, הריבונות העצמית של אזרחי ישראל מאתגרת הן מהמשפט הבינלאומי עצמו, שאזרחי המדינה לא הסכימו לקבלו, הן משילובו בדין הישראלי על ידי בית המשפט האקטיביסט בהמציאו חובות בינלאומיות חדשות המתאימות לתפיסת עולמו.

במדינת ישראל, כמו במדינות אחרות השייכות למשפחת המשפט המקובל, נהוגה השיטה הדואליסטית. לפי השיטה הזאת, האחריות הבלעדית לכריתת הסכמים בינלאומיים נתונה בידי הממשלה. אמנות מחייבות את המדינה כלפי חוץ, אבל בהיעדר חקיקה קולטת הן אינן מחייבות בדין הפנימי. לפי כלל שפותח בפסיקה, בית משפט יפרש חקיקה ישראלית בהתאם לאמנה שאושררה, גם בלי חקיקה ישראלית

**”בית המשפט
בישראל מיישם
את הכלל
הפרשני הדומה
במדינות המשפט
המקובל באופן
חריג ובהרחבה,
בהשוואה לאותן
מדינות. בכך,
בית המשפט פוגע
בהפרדת הרשויות,
מייתר אקטיבית
את הצורך
בחקיקה הקולטת
את האמנות,
ומייצר מסלול
עוקף לקביעת
נורמות בעלות
מעמד משפטי.”**

הקולטת את תוכן האמנה. כפי שאראה, בית המשפט בישראל מיישם את הכלל הפרשני הדומה במדינות המשפט המקובל באופן חריג ובהרחבה, בהשוואה לאותן מדינות. בכך, בית המשפט פוגע בהפרדת הרשויות, מייתר אקטיבית את הצורך בחקיקה הקולטת את האמנות, ומייצר מסלול עוקף לקביעת נורמות בעלות מעמד משפטי. בנייר זה אתאר את השחיקה המתמשכת בשיטה הדואליסטית בארץ, ואתמקד באופן שבו בית המשפט משתמש במשפט הבינלאומי כמקור לקידום ”המשפט הראוי” בעיניו. לשם כך, הנייר יספק השוואה לדרך שבה מדינות אחרות, בעלות שיטת המשפט המקובל והמשפט הקונטיננטלי, קולטות את המשפט הבינלאומי בדין הפנימי.





ב. הגירעון הדמוקרטי במשפט הבינלאומי

המלומדים ג'ון מקגיניס ואיליה סומין במאמרם החשוב "Should International Law Be Part of Our Law? The Democretic Challenge of the 'Tehor'."¹ המשפט הבינלאומי הטהור שונה ממשפט בינלאומי שנקלט דרך חקיקה מדינתית, בהיותו מתייחס לאכיפת הדין הבינלאומי ככתבו וכלשונו על ידי בתי משפט, או על ידי פרשנות של חקיקה בהתאם לסטנדרטים בינלאומיים.

במדינת ישראל, כמו בכל מדינה דמוקרטית, חוק תקף הוא חוק שנקבע על ידי המחוקק והתקבל בכנסת על פי הפרוצדורה המחייבת. בניגוד למשפט המדינתי, יש אי-בהירות מובנית בזיהוי הנורמות של המשפט הבינלאומי משום שהוא נעדר מחוקק. המשפט הבינלאומי מורכב משני חלקים: החלק הראשון הוא אמנות שמדינות מחליטות להצטרף אליהן, ועקב כך הן כפופות לתוכנן. החלק השני של המשפט הבינלאומי הוא המשפט המנהגי. מנהג בינלאומי נוצר מפרקטיקה כללית ויציבה בקרב המדינות (state practice) שמבוצעת מתוך תחושה של חובה משפטית (*opinio juris*). כדי לקבוע אם יש מנהג מחייב, בתי משפט זקוקים למומחים, "מזהים מקצועיים", שיציביעו על פרקטיקה רווחת המלווה בתחושה של חובה משפטית.² בגישה המודרנית למשפט הבינלאומי, משפטנים לא שואלים רק איך מדינות מתנהגות בפועל, אלא אם התנהגות זו ראויה מבחינה נורמטיבית. למשל, משפטנים רבים מגנים את ההתנהגות של מדינות הנלחמות כאילו הן אינן נלחמות לפי הדין הבינלאומי, כמו ארצות הברית, בריטניה וישראל, ומזהים חובות תאורטיות כמחייבות אף על פי שהן בלתי ישימות ואינן משקפות פרקטיקה בפועל.³ כלומר, משפטנים מתמקדים לעיתים בשאלה של הדין הראוי ולא בדין המצוי בפועל.

**”אם כן,
למשפטנים תפקיד
מכריע בזיהוי,
כלומר יצירה,
של הנורמות
הבינלאומיות.
נורמות אלו
נעדרות אחריות
ואחריותיות
דמוקרטית משום
שהן אינן נוצרות
על ידי נבחר
הציבור. האקדמיה
המשפטית,
שחבריה הם
מי שבדרך כלל
מזהים את המשפט
הבינלאומי התקף,
לרוב אינם מייצגים
את העמדות
הפוליטיות של
כל האזרחים.”**

אם כן, למשפטנים תפקיד מכריע בזיהוי, כלומר יצירה, של הנורמות הבינלאומיות. נורמות אלו נעדרות אחריות ואחריותיות דמוקרטית משום שהן אינן נוצרות על ידי נבחר הציבור. האקדמיה המשפטית, שחבריה הם מי שבדרך כלל מזהים את המשפט הבינלאומי התקף, לרוב אינם מייצגים את העמדות הפוליטיות של כל האזרחים.⁴ עקב כך, משפטנים אוחזים בכוח מופרז ליצור נורמות מחייבות שלא היו בהכרח עוברות את מבחן הקלפי. כפי שמקגיניס וסומין כותבים:

[N]ation-states do not make customary international law. Instead, it is made by "the people that care; the professors, the writers of textbooks and casebooks, and the authors of articles in leading international law journals"[...] the problem with lodging discretion in publicists is that it has high agency costs. The "people who care" are self appointed and cannot be considered the faithful agents of anyone but themselves. They certainly are not likely to be agents of their fellow citizens, because they are not accountable to them and do not represent popular views about what counts as "reasonable".⁵

לכן, ההסתמכות ההולכת וגוברת של בתי משפט ישראליים על המשפט הבינלאומי צריכה להדאיג את כל מי שחרד לדמוקרטיה הייצוגית. בחסות המשפט הבינלאומי, בתי משפט יכולים לפעול בניגוד לדין הישראלי בהעניקם תוקף משפטי לנורמות שמעולם לא היו מתקבלות בכנסת. יתרה מכך, במקרים רבים השופטים מפנים למקורות עמומים שאינם מחייבים כמקור משפטי תקף, כדי ליצור דין חדש בכסות של קליטת המשפט הבינלאומי.

1. עמימות הדין הבינלאומי

מנהג בינלאומי נוצר מפרקטיקה כללית ויציבה בקרב המדינות (state practice) המבוצעת מתחושה של חובה משפטית (*opinio juris*). עם זאת, על פי רוב, מדינות אינן מצהירות על המניעים לפעולותיהן, ולכן אי אפשר לקבוע בנקל שהמעשה מלווה בתחושה של חובה משפטית. כמו כן אין כלל ברור להגדרת פרקטיקה כללית ויציבה – כמה מדינות יפעלו לאור המנהג ולכמה זמן? אם כן, וכפי שידוע למומחים העוסקים בתחום, המנהג הבינלאומי חמקמק מאוד ואין סטנדרט אובייקטיבי חד-משמעי לזהותו.⁶ גם הגדרת מרכיבי המנהג אינה תורמת בהכרח לבהירות זיהויו. משכך, כאשר בית משפט מסתמך על מנהג בינלאומי ולא על דין שנקבע באמנה, אובדן הריבונות של המדינה מתעצם עוד יותר.

”היעדר כלל זיהוי
ברור להיות המנהג
מאפשר לבית
המשפט ליצור
חובות משפטיות
רבות משמעות
כמעט יש מאין.
אפשר לראות
דוגמה לכך בפסק
דין אלבסיוני.”

המלומדים קדנס ויונג מתארים את בעיות היסוד של המשפט הבינלאומי כך:

[C]ustomary law theory is indeterminate, not just because its application requires discretion, but because there is no common understanding of how to determine customary norms. Sometimes opinio juris is inferred from regular practice, which follows the medieval jurists' focus on acts but effectively does away with the subjective element altogether. More often nowadays, opinio juris is found in normative statements—U.N. General Assembly Resolutions, aspirational treaty language, and the like. Such statements, which are generally divorced from actual state practice, are more like statements about the moral obligation or reasonableness of a principle than they are an account of why states do what they do. Moreover, phenomena like jus cogens norms, which are supposedly not subject to consent or derogation, look a lot like natural law to laypeople not steeped in international law theory. Yet acts now prohibited by the jus cogens norms, such as slavery, may, a few centuries ago, have been fully acceptable elements of international law.⁷

בעיסוק של הפסיקה הישראלית הפנימית במשפט הבינלאומי, על פי רוב לא נערך דיון מעמיק בזיהוי המנהג כמחייב, ובית המשפט מניח את היותו. היעדר כלל זיהוי ברור להיות המנהג מאפשר לבית המשפט ליצור חובות משפטיות רבות משמעות כמעט יש מאין. אפשר לראות דוגמה לכך בפסק דין אלבסיוני: הנשיאה דאז בייניש קבעה, כמעט באגביות, שגם לאחר ההתנתקות מעזה מדינת ישראל נושאת בחובות מצומצמות כלפי תושבי הרצועה, בין היתר בגלל השליטה הישראלית במעברי הגבול לעזה ובשל מערכת היחסים ההיסטורית בין מדינת ישראל לבין רצועת עזה, במיוחד בשנות השלטון הצבאי בה. משכך, נקבע שמדינת ישראל אינה רשאית לנתק לחלוטין את אספקת החשמל לרצועה.⁸ עקב כך הטיל בית המשפט על המדינה חובה משפטית בזירה הבינלאומית, וזאת מכוח עקרונות כלליים מאוד ובלי להראות שיש מנהג המחייב מדינות אחרות במקרים דומים.⁹

”ההצדקה העיקרית
בפסיקה להיעדר
תוקף לאמנה
בלי חקיקה
נלווית נעוצה
בעקרון הפרדת
הרשויות: הממשלה
אחראית על יחסי
חוץ וניהולם,
והכנסת אחראית
לקביעת הדין
באמצעות חקיקה.”

2. מקומו העקרוני של הדין הבינלאומי במשפט
הישראלי ושחיקתו

היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הפנים-מדינתי מתבטא בשתי גישות קלאסיות. בפועל, מדינות נמצאות על רצף בין השתיים, וכמעט אין מקרים שבהם גישה אחת פועלת בבלעדיות. הגישה הראשונה היא **גישת הדואליזם**, ולפיה שתי השיטות הן מערכות נפרדות. כדי שהמשפט הבינלאומי יהיה תקף בדין הלאומי, עליו להיקלט במפורש. במקרה של סתירה בין המערכות, יד הדין הפנימי תהיה על העליונה.¹ בגישה השנייה, **הגישה המוניסטית**, הדין הפנימי קולט אוטומטית את הדין הבינלאומי ואף כפוף לו. לפי גישה זו, המשפט הלאומי שואב את כוחו מהמשפט הבינלאומי והשניים מרכיבים מבנה משפטי אחיד, הרמוני וקוהרנטי.¹¹

כאמור, המשפט הבינלאומי מורכב משני חלקים: הדין ההסכמי והדין המנהגי. הדין ההסכמי מורכב מאמנות שמדינות בוחרות להצטרף אליהן מרצונן, והן אינן מחייבות בהיעדר הצטרפות, ואילו מנהגים מחייבים את כל המדינות בלי צורך בהסכמה מפורשת. את המנהג מזהים על סמך נורמת התנהגות של מדינות רבות לאורך זמן, מתוך דעה משפטית שהנורמה הזאת אכן מחייבת.

בישראל, כמו במרבית המדינות, נהוגה השיטה הדואליסטית.¹² וכמו בשאר מדינות המשפט המקובל, מנהגים נקלטים אוטומטית בדין הישראלי. לעומת זאת, לאמנות בינלאומיות אין תוקף תחיקתי בישראל כל עוד לא ניתן להן תוקף על ידי הכנסת. את השיטה הזאת ירשה מדינת ישראל כחלק מהמשפט המקובל.

ההצדקה העיקרית בפסיקה להיעדר תוקף לאמנה בלי חקיקה נלווית נעוצה בעקרון הפרדת הרשויות: הממשלה אחראית על יחסי חוץ וניהולם, והכנסת אחראית לקביעת הדין באמצעות חקיקה. כפי שהסביר השופט אגרנט בפסק דין **קמיאר**:

יוצא כי ”חלוקת הסמכויות” מובטחת היא כדבעי: במידה ובמקרה שאמנה בינלאומית מצריכה חקיקה, בין שיש בהוראותיה כדי להשפיע על החוק הקיים, ובין שיש בהן חיובי עשיה והתנהגות שאין לכפיתם ולבצעם בלעדי חקיקה – תידרש הכנסת לחוקק חוק (או להסמיך רשות אחרת לחוקק חקיקת-משנה), ולא – לא תהא האמנה ברת-ביצוע; ואולם אמנה שניתן לבצעה על-ידי הממשלה תוך כדי ניהול עניניה של המדינה, או אמנה המשקפת את חוקי המדינה

**”עם זאת,
בפועל הוכרה
חזקה פרשנית
שלפיה החקיקה
הישראלית עולה
בקנה אחד עם
המשפט הבינלאומי
– מנהגים ואמנות
– אלא אם נקבע
במפורש אחרת.
מחמת כך, בית
המשפט יכול
להצביע על הדין
הבינלאומי כמקור
מחייב מבלי
שהכנסת אשררה
אמנות או כללים.
לכן למשפט
הבינלאומי נתונה
בפועל השפעה רבה
על הדין הישראלי,
גם מבלי שנדרשת
פעולה אקטיבית
מצד הכנסת
הקולטת אותו אל
הדין הפנימי.”**

כמות שהם, או אמנות – כמו אמנות ההסגרה – הנעשות בתוך מסגרת של חוק שהכנסת חוקקתו לשם כך – אין הם ענין לכנסת לענות בו, אלא לממשלה בלבד.¹³

סיבה אחרת שניתנה בפסיקה לאי-אימוץ אוטומטי של אמנות היא הצורך להתאים את ההוראות לנסיבות ולתנאים החברתיים והפוליטיים בארץ. כדברי השופט שמגר:

טעם התנגדות אחר לאימוץ אוטומטי של אמנה, שאינה משקפת משפט בינלאומי מינהגי, טמון בשוני המהותי והבסיסי בין משפט בינלאומי לבין משפט מוניציפאלי, עניין אשר נשמט, לא אחת, מעיניהם של משפטנים, הנדרשים לפרשנות כללים של המשפט הבינלאומי. יתרה מזאת, הישענות על תחולה אוטומטית של אמנות חוק הייתה מכפיפה את המשפט הישראלי להוראות, שלא עברו את המסננת של ההתאמה לתנאי הארץ ולאינטרסים שלה ושל תושביה. בהקשר זה צריך לתת את הדעת לכך, שבין האמנות, המוצגות בספרות המקצועית על ידי אותם משפטנים הדוגלים בתיזה זאת, מובאות, כדוגמאות בולטות של אמנות-חוק בנות תחולה על אתר, אמנות שנתקבלו על ידי האו"ם ועל ידי ארגון העבודה הבינלאומי, ועם כל הרצון להימנע מהכללות, הרעיון, שהרוב בגופים בינלאומיים הללו יוכל לכפות עלינו, באופן אוטומטי, הוראות של דין מחייב, שיהיו בתוקף כל עוד לא בוטלו מפורשות על ידי הכנסת, אינו יכול לעורר אהדה.¹⁴

עם זאת, בפועל הוכרה חזקה פרשנית שלפיה החקיקה הישראלית עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי – מנהגים ואמנות – אלא אם נקבע במפורש אחרת. מחמת כך, בית המשפט יכול להצביע על הדין הבינלאומי כמקור מחייב מבלי שהכנסת אשררה אמנות או כללים. לכן למשפט הבינלאומי נתונה בפועל השפעה רבה על הדין הישראלי, גם מבלי שנדרשת פעולה אקטיבית מצד הכנסת הקולטת אותו אל הדין הפנימי.¹⁵

על כן, במבחן המציאות, ההבחנה העיונית הברורה בין דין מנהגי שנקלט אוטומטית לבין הסכם המצריך קליטה מפורשת – מיטשטשת. בהחלטות שיתוארו בהרחבה בהמשך הנייר – במיוחד בפרשות **קלפי מיקוח**,¹⁶ **חוק ההסדרה**¹⁷ ו**שלילת אזרחות**¹⁸ – אפשר לראות שבית המשפט בנימוקים לפסיקתו מסתמך על אמנות שלא נקלטו ועל הסכמים מדיניים ולא משפטיים. הבעיה מחריפה עוד יותר באשר בית המשפט מסתייע במסמכי פרשנות או הדרכה

של מוסדות בינלאומיים או מסתמך עליהם כפרשנות מחייבת לאמנות. למסמכי משפט רך אין מעמד נורמטיבי מחייב, ועל פי רוב הם בגדר שאיפות. הקושי בשימוש כזה הוא שהמדינה יכולה לחתום על אמנה בכוונה לאמץ עקרונות מסוימים או פרקטיקות מסוימות, ובהמשך משמעות האמנה תשתנה בעקבות מסמכי פרשנות. אפשר לראות דוגמאות לכך בפרשות **מילת נשים**¹⁹ ו**פליטי אוקראינה**.²⁰

כאמור, הטעמים האלה עמדו ביסוד השיטה הדואליסטית, אך בפועל, תפקיד הכנסת בקליטת דין בינלאומי נשחק בשל היכולת של בתי המשפט לזהות דין מנהגי בינלאומי ולפרש את החוק על פי חזקת ההתאמה.



ג. הדין הבינלאומי בבתי משפט בישראל: מגמות ודיון

1. אמנות בישראל – העמדה הפורמלית

לפי הדוקטרינה הפורמלית, אמנות שלא נקלטו על ידי חקיקה ישראלית אינן יכולות להקנות סעד בבית המשפט.

פסק הדין משנת 1956 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה** דן בשאלת התוקף של אמנות בדין הישראלי הפנימי.²¹ המשיבים היו בעלי נכסים במדינת ישראל שהוכרזו כנכסים נפקדים משום שבעליהם התגוררו בעבר הירדן. לאחר הסכם שביתת הנשק בין ישראל לירדן סופחו הכפרים של המשיבים לישראל, וכיוון שכך ביקשו המשיבים להסתמך על ההסכם כדי לבטל את ההכרזה על נכסיהם כנכסי נפקדים. בית המשפט קבע כי אי אפשר להסתמך על אמנה כעילה ולדרוש סעד בבית המשפט:

הסכם רודוס הוא חוזה-ברית (treaty) בין מדינת ישראל לבין מדינה אחרת. יאה כוחו ותקפו של חוזה כזה מבחינת המשפט הבינלאומי אשר יהיה, אין הוא בבחינת חוק שבתי-המשפט שלנו יזדקקו לו ויתנו לו תוקף כל שהוא. הזכויות שהוא מעניק והחובות שהוא מטיל הן זכויות וחובות של המדינות אשר כרתו את ההסכם ומימושן הוא אך ורק בידיהם בדרכים המיוחדות להשגת ביצועם של חוזים בינלאומיים. חוזה כזה אינו ניתן בכלל לשיפוטם של בית-המשפט במדינה, אלא אם ובמידה שהוא, או הזכויות והחובות הנובעות ממנו, צורפו בכור החקיקה של המדינה וקיבלו צורה של חוק מחייב.²²

בית המשפט מרחיב על חלוקת הסמכויות בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת בנושא כריתת אמנות בפסק דין **קמיאר** מ-1968. לאחר אשרור אמנה על ידי הממשלה האמנה מחייבת את מדינת ישראל כלפי חוץ, אך הוראות האמנה לא יהיו תקפות כלפי פנים בלי חקיקה של הכנסת.

בראשית ימי המדינה אפשר להבחין אפוא בעמידה על עקרונות השיטה הדואליסטית: אמנות מחייבות כלפי חוץ אבל לא כלפי פנים בלי חקיקה מתאימה. בית המשפט מאמץ ומפרש את הכלל שמקורו בשיטה הבריטית, שלפיה יחסי חוץ הם בסמכות הרשות המבצעת ואילו האחריות לחוקק מוטלת על הכנסת. בית המשפט גם מבחין בין אמנות הדורשות חקיקה לבין אמנות מנהליות או אמנות הנכללות בחקיקה קיימת (כגון אמנות הסגרה הפועלת מכוח חוק ההסגרה).

2. מעמד המנהג הבינלאומי בדין הישראלי

פסק הדין **שמטון בתי חרשת ארץ-ישראליים למלט-פורטלנד בע"מ נ' היועץ המשפטי** עסק בשאלת תוקף הדין המנהגי בדין הישראלי הפנימי.²³ המבקשת, חברה הרשומה בארץ, הגישה תביעה נגד השלטון הבריטי המנדטורי. לאחר קום המדינה, משנכנסה מדינת ישראל בנעלי השלטון המנדטורי, טענה החברה שהמדינה צריכה גם לרשת את חובותיו. השאלה הראשונה שבית המשפט נדרש אליה הייתה: האם בית המשפט מוסמך לפסוק על פי כללי המשפט הבינלאומי, גם בהיעדר חוק מפורש?

בית המשפט הסתמך על כמה פסקי דין שניתנו בבתי המשפט הגבוהים באנגליה, שלפיהם בתי משפט מדינתיים יכירו בהלכות החוק הבינלאומי אם הסכימו להן "יתר העמים התרבותיים (כלומר, לפרקטיקה יש תוקף של מנהג, א"ש) באופן שצריך להניח שהלכות אלו נתקבלו על ידי אותה מדינה". בפסק הדין **שמטון** ניתק בית המשפט את ההסתמכות על חקיקה בריטית, ואימץ את המעמד המחייב של מנהגים בינלאומיים כנובע מעצם ריבונותה של מדינת ישראל והיותה מדינה השותפה בקהילה הבינלאומית.

בעיקרו של דבר, תחום הדין המנהגי לוקה בעמימות. בקרב מומחים לדין הבינלאומי מקובל להגדיר מנהג כפרקטיקה כללית ויציבה בקרב המדינות המבוצעת מתוך תחושה של חובה משפטית, אולם מפני שאין שום הסכמה איך לזהות מנהגים בפועל, הדין המנהגי נותר עמום. על פי רוב, מדינות לא מפרסמות או מצהירות שהן פועלות בצורה מסוימת בגלל חובה משפטית. אומנם לעיתים

"בראשית ימי המדינה אפשר להבחין אפוא בעמידה על עקרונות השיטה הדואליסטית: אמנות מחייבות כלפי חוץ אבל לא כלפי פנים בלי חקיקה מתאימה. בית המשפט מאמץ ומפרש את הכלל שמקורו בשיטה הבריטית, שלפיה יחסי חוץ הם בסמכות הרשות המבצעת ואילו האחריות לחוקק מוטלת על הכנסת. בית המשפט גם מבחין בין אמנות הדורשות חקיקה לבין אמנות מנהליות או אמנות הנכללות בחקיקה קיימת."

”לפי הדוקטרינה
המקובלת בישראל,
ששורשה במשפט
המקובל, יש חזקת
התאמה פרשנית
שלפיה החוק
הישראלי מתואם
עם עקרונות הדין
הבינלאומי.”

משפטנים מצביעים על הצהרות כגון החלטות של העצרת הכללית של האו”ם או הקדמות לאמנות כדי לזהות חוות דעת משפטית, אך הצהרות אלו הן בדרך כלל בגדר שאיפות ואינן משקפות התנהגות של מדינות בפועל.

3. התאמה פרשנית של חקיקה

לפי הדוקטרינה המקובלת בישראל, ששורשה במשפט המקובל, יש חזקת התאמה פרשנית שלפיה החוק הישראלי מתואם עם עקרונות הדין הבינלאומי. לכן, אלא אם נקבע במפורש בחוק, יש לפרש את החוק כך שיעלה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי. ההצהרה הפרשנית הזאת היא הדרך העיקרית שבה המשפט הבינלאומי משפיע על הדין הישראלי הפנימי.

חזקה זו קיימת במדינות אחרות של המשפט המקובל. בתי משפט בארצות הברית (שם היא ידועה בשם דוקטרינת Charming Betsy) ובבריטניה קבעו שחזקה זו תחול רק במקרים של חוק עמום מול משפט בינלאומי ודאי. ואולם, השימוש הפנים-ישראלי בה חריג בשכיחותו. בתאוריה, חזקת ההתאמה תקפה רק לגבי דין מנהגי והסכמים שישראל חתומה עליהם. כפי שנראה בהמשך, בבתי המשפט בישראל היו מקרים שבהם פירשו השופטים חוקים לפי אמנות שישראל מעולם לא חתמה עליהן, בלי להניח שיש מנהג בינלאומי (למשל פרשת **קלפי מיקוח**). במקרה אחר ייתר בית המשפט חוק באופן פרשני, בהסתמך על סתירה עם הדין הבינלאומי, למרות הכלל שהחוק המקומי גובר (פרשת **שלילת אזרחות**). בית המשפט אף פירש את החוק הישראלי על סמך אמנות שלא נקלטו, ובכך נשמטה הקרקע מתחת לגישה הדואליסטית ובית המשפט קלט בפועל דין זר לתוך הדין הישראלי בלי פעולתה של הכנסת מחוקקת (פרשת **קלפי מיקוח**). בית המשפט גם הסתייע במסמכי מדיניות של גופים בינלאומיים כדי לפרש אמנות ולקבוע כי מנהג ישנו, אף על פי שמסמכים אלו נעדרים משמעות נורמטיבית (פרשת **מילת נשים**).

פסק דין **אלקוטוב** עסק בסתירה לכאורה בין חוק ישראלי לבין המשפט הבינלאומי. בית המשפט המחוזי בירושלים החליט לאכוף פסק דין של בית המשפט לערעורים הירדני בירושלים. לפי המשפט הירדני, עומדת זכות ערעור על פסק דין תוך 30 יום, אך הערעור לא הוגש עקב פרוץ מלחמת ששת הימים. המערערים טענו שאי-הקניית אפשרות ערעור נוסף מנוגדת למשפט הבינלאומי, ולכן אין לאכוף את פסק הדין. לפי בית המשפט,

**”פסק הדין יתד
מדגים שימוש חריג
בחזקת ההתאמה.
בית המשפט
התערב בשיקולים
תקציביים חרף
חוק ברור ומפורש
ובהיעדר דין
בינלאומי בנושא.”**

הלכה פסוקה היא אצלנו שכאשר קיימת סתירה בין דין ישראלי ובין המשפט הבינלאומי, שומה על בתי-המשפט הישראליים לתת תוקף לדין הישראלי. עם זאת חזקה על המחוקק הישראלי שהוא שואף להתאמת חקיקתו אל עקרונות המשפט הבינלאומי. על-כן יפורש הדין הישראלי ככל האפשר במגמה שלא ליצור סתירה בינו ובין הכללים המוכרים של משפט העמים.²⁴

במקרה הספציפי, המערערים לא הראו שיש פרקטיקה מחייבת במשפט הבינלאומי שלפיה מדינה ”ורשת” חייבת לשמור על הזכות הערעור שעמדה מקודם לתושבי השטח הנתפס. יחד עם זאת, גם אילו היה עיקרון כזה במשפט הבינלאומי, השיטה המשפטית בישראל מכירה רק בערעור אחד בזכות. אם כן, העיקרון הבינלאומי – אילו היה כזה – היה נדחה מפני החוק הישראלי.

פסק הדין **יתד** מדגים שימוש חריג בחזקת ההתאמה. בית המשפט התערב בשיקולים תקציביים חרף חוק ברור ומפורש ובהיעדר דין בינלאומי בנושא. פסק הדין עסק בשאלת הפרשנות של חוק חינוך מיוחד, וספציפית ביישום שוויוני בקרב ילדים עם צרכים מיוחדים, בין הלומדים במוסדות מיוחדים לבין הלומדים במוסדות רגילים.²⁵ המדינה מימנה לימוד של ילדים עם צרכים מיוחדים בבתי ספר מיוחדים, אך לא הייתה מוכנה לממן את עלות השתלבות הילדים בבתי ספר רגילים. ההורים טענו לאפליה במימוש הזכות לחינוך, המעוגנת בחוק חינוך מיוחד. בית המשפט בחן את עקרונות השוויון במשפט החוקתי ובמשפט הבינלאומי, וקבע כי המדינה חייבת לממש את החובות התקציביות הקבועות בחוק בשוויוניות. סעיף 23 לאמנה בדבר זכויות הילד מצהיר על זכותם של ילדים שכושרם הנפשי או השכלי לקוי ליהנות מחיים מלאים והוגנים בתנאים המבטיחים כבוד, מקדמים עצמאות ומקלים את השתתפותם הפעילה בחיי הקהילה. אומנם ישראל חתמה על האמנה הזאת ואשררה אותה, אך לא נחקק חוק פנימי הקולט את תוכן האמנה. כלומר, לפי השיטה הדואליסטית, האמנה מחייבת את מדינת ישראל בזירה הבינלאומית אבל לא בדין הפנימי.²⁶

לפי בית המשפט, ”כלל פרשנות נוסף מבטאת החזקה כי קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן. לפי חזקה זאת, יתפרשו דינים, ככל שהדבר ניתן, כעולים בקנה אחד עם נורמות אלה.”²⁷ חזקה פרשנית זו מתקיימת כל עוד אין חוק מפורש הסותר אותה.

**”פסק הדין יתד
מדגים שימוש לקוי
במשפט הבינלאומי
ובהתאמה
הפרשנית. השופטת
דורנר כתבה שיש
כלל פרשני שלפיו
”קיימת התאמה
בין חוקי המדינה
לבין נורמות
המשפט הבינלאומי
שמדינת ישראל
מחויבת להן”, אך
מלבד האמירה
הזאת לא הוכיחה
השופטת שיש
נורמה כללית
בשאר המדינות,
או לפחות ברובן,
לממן חינוך של
ילדים עם צרכים
מיוחדים בחינוך
הרגיל. אם כך,
מימון מלא לא
יכול להיחשב מנהג
בינלאומי תקף.”**

העתירה לא הוכרעה על בסיס העקרונות הבינלאומיים בלבד. השופטים הניחו גם שיש חזקה פרשנית אחרת, שלפיה פירושם של דינים תואם את ערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית – במקרה הזה ערך השוויון. לדברי השופטת דורנר, ”אמנם, סעיף 7 לחוק, הדן בחינוך מיוחד במסגרת מוסד חינוכי רגיל, אינו קובע במפורש כי חינוך זה ימומן על-ידי המדינה, כפי שנקבע בסעיף 3 באשר לחינוך מיוחד במוסדות ובכיתות נפרדים, עם זאת לנוכח הזכויות לחינוך ולשוויון, המשפט הבינלאומי והתכלית הפרטיקולרית של החוק, כפי שפורטו לעיל, המסקנה המתבקשת היא כי חובת המימון על-ידי המדינה חלה גם על הסיוע הדרוש לילד בעל צרכים מיוחדים ששולב במוסד חינוכי רגיל.”²⁸ לכן נפסק כי המדינה מחויבת לממן את החינוך המיוחד בשוויוניות, כולל לתלמידים הלומדים בבתי ספר רגילים.

פסק הדין יתד מדגים שימוש לקוי במשפט הבינלאומי ובהתאמה הפרשנית. השופטת דורנר כתבה שיש כלל פרשני שלפיו ”קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן”, אך מלבד האמירה הזאת לא הוכיחה השופטת שיש נורמה כללית בשאר המדינות, או לפחות ברובן, לממן חינוך של ילדים עם צרכים מיוחדים בחינוך הרגיל. אם כך, מימון מלא לא יכול להיחשב מנהג בינלאומי תקף, ולכן נותר רק האפיק ההסכמי.

בחינה של לשון האמנות מראה שהן לא נוסחו כהוראות יישום ספציפיות, אלא כהצהרות כלליות בדבר חשיבות זכויות הילד. סעיף 23 לאמנת זכויות הילד נוקט בטיויים כגון ”המדינה מכירה” ו”מעודדת” את זכות הילד לחינוך מיוחד. אין כאן תוכנית פעולה, לא התחייבות קונקרטית ובטח לא חובה למימון מלא של ילדים עם צרכים מיוחדים בחינוך הרגיל. הסעיף גם מורה שמדינות ירחיבו את הזכאות לחינוך מיוחד ”בהתאם למשאבים הקיימים”. לכן, אין שום סתירה מפורשת בין לשון האמנה לבין החוק הישראלי, וגם אילו הייתה סתירה, אין זה בהכרח אומר שהאמנה היא בת-ביצוע.

פרשת מילת נשים מדגימה את הבעייתיות הנגרמת מאינפלציה במנהגים בינלאומיים, וכן מראה כיצד מקורות משפט רך יכולים להפוך למקור סמכות נורמטיבית לשופטים אקטיביסטים. מילת נשים הוכרה לראשונה כעילת פליטות לפני 30 שנה בקנדה. פסק הדין הישראלי עוסק בשאלה אם החשש בשלעצמו מפני השחתת איבר מין של ילדה או אישה (להלן: FGM) מקנה לה מעמד של פליטה.²⁹ מבחינה עובדתית, פסק הדין עוסק בערעור מנהלי של בני זוג מבקשי מקלט מחוץ השנהב שטענו כי בנותיהם צפויות לעבור

”החלטה זו היא דוגמה לאקטיביזם שיפוטי, שבו בית המשפט ממציא עילת פליטות חדשה בדין הישראלי על בסיס מקורות בינלאומיים שאינם מחייבים.”

שם השחתת איבר מין בידי בני משפחותיהם. בית המשפט בחן אם FGM עומדת בתנאים הקבועים באמנת הפליטים. ישראל חתמה על האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, אשררה אותה ואף הצטרפה לפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967 הנלווה לאמנה, אך הוראותיה של אמנת הפליטים לא אומצו בחקיקה פנימית. נוהל של רשות האוכלוסין וההגירה קובע: ”הטיפול בבקשות למקלט מדיני ייעשה בהתאם לדין בישראל ובשים לב למחויבויות שנטלה על עצמה מדינת ישראל לפי אמנת ז'נבה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 ולפי הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967. הגורמים המוסמכים יוכלו להסתייע גם בספר העזר של נציבות האו”ם לפליטים.”³⁰

אמנת הפליטים מגינה על אנשים הנרדפים, בין היתר, על סמך ”השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים”. בית המשפט הודה כי אומנם אמנת הפליטים אומצה על רקע מלחמת העולם השנייה ורדיפות אתניות, לאומיות או פוליטיות שהתרחשו אז, אך לאחר שסקר הצהרות ופעילות של גופים של האו”ם הקוראים לעצור את מנהג ה-FGM, קבע שהמצב המשפטי ברחבי העולם התפתח עד כדי הכרה ב-FGM כסוג של רדיפה על בסיס מגדרי ואפילו דתי. החלטה זו היא דוגמה לאקטיביזם שיפוטי, שבו בית המשפט ממציא עילת פליטות חדשה בדין הישראלי על בסיס מקורות בינלאומיים שאינם מחייבים.

תחום ההגירה הוא אחת מאבני היסוד של מדינה ריבונית, בהיות האזרחים מחליטים, באמצעות החלטות של הממשלה, מי רשאי להצטרף לקהילה הפוליטית. ואכן, מדינת ישראל השתתפה בניסוח אמנת הפליטים, חתמה עליה ואשררה אותה ואת הפרוטוקול הנוסף לה. בחתימתה על האמנה היה ברור לה כמו לשאר החותמים שהאמנה מעניקה הגנה לאנשים הנרדפים על רקע דומה לרדיפות במלחמת העולם השנייה. אומנם בשבעים השנים שעברו מאז פירשו מדינות רבות את האמנה – באופן שלא עולה עם עמדת מנסחיה – כך שיהיה בה כדי להגן על נשים מפני FGM, אך ההחלטות הריבוניות של מדינות זרות אינן מחייבות את מדינת ישראל ואינן אמורות להכתיב את מדיניות הפליטות וההגירה שלה.

זאת ועוד, נציבות האו”ם לפליטים הוציאה כמה מסמכי הנחיות בעניין בקשות מקלט הנוגעות לפרקטיקה של השחתת איברי מין נשיים. חשוב להבחין כי בניגוד לאמנות, מדינות אינן מחליטות לחתום על מסמכי הנחיות או להצטרף אליהם, ומנסחי ההנחיות אינם נבחרו ציבור ואינם אחראים כלפי אף אחד. כך, בפנות בית המשפט למסמכים לא מחייבים במקום החלטות הריבון, הוא מאפשר

**”בהתבסס על
פרשנות של
הדין הבינלאומי,
הכריח בית
המשפט את
מדינת ישראל
לשחרר מחבלים
למרות הפגיעה
ביכולת המדינה
להשיב חטופים
ישראלים, מנע
מהמדינה לסגור
את שעריה
בפני הצפה
של מבקשי מקלט
אוקראינים שהגיעו
באצטלת תיירים,
וחרת קשות תחת
הסמכות לשלול
אזרחות ממחבלים.”**

לפקידים של האו”ם לשנות את משמעות האמנה ובכך להכתיב את מדיניות ההגירה של מדינת ישראל. שופט המבקר את החלטת רשות האוכלוסין על בסיס אמנות הפליטים לא היה נאלץ להסתייע במקורות משפט רך. המשפט הרך מספק לשופטים אקטיביסטים אפשרות משפטית-לכאורה לפסול את החלטת הרשויות המוסמכות.

יתרה מזו, ב-2022, כאשר המדינה שקלה להצטרף לאמנת איסטנבול, נרשמה התנגדות רחבה בציבור ובכנסת, ובעקבות כך המדינה לא חתמה עליה.³¹ אף על פי כן הפנה בית המשפט לאמנה הזאת, בציניו כי ”אין לדברים השלכה ישירה על המשפט הישראלי”. למרות הסתייגות זו, ברור שהפניה לאמנה מטרתה לחזק את ההכרה ב-FCM כעילת פליטות. המקרה הזה מדגיש את חוסר הלגיטימיות הדמוקרטית בהפניה לאמנה שהמדינה לא הצטרפה אליה. כשאמנת איסטנבול וכל ההוראות הנובעות ממנה עמדו בפני הציבור הוא דחה אותן, אך כאשר הצטרפות לאמנה אינה עומדת על הפרק אין לציבור שום אפשרות להגיד את דברו.

4. המשפט הבינלאומי במשפט המנהלי

החוק מעניק לשרי הממשלה סמכויות חשובות והפעלה נרחבת של שיקול דעת להכריע בענייני מדיניות. הסוגיות המרכזיות במדיניות ציבוריות הן סוגיות של ביטחון, הגירה והתאזרחות. אולם אפילו בעניינים הרי גורל אלו, בהתבסס על פרשנות של הדין הבינלאומי, הכריח בית המשפט את מדינת ישראל לשחרר מחבלים למרות הפגיעה ביכולת המדינה להשיב חטופים ישראלים, מנע מהמדינה לסגור את שעריה בפני הצפה של מבקשי מקלט אוקראינים שהגיעו באצטלת תיירים, וחרת קשות תחת הסמכות לשלול אזרחות ממחבלים.

בדיון בעניין **”קלפי מיקוח”**³² החיל בית המשפט את ההתאמה הפרשנית לא רק על הדין המנהגי שישראל כפופה לו, אלא גם על הדין ההסכמי, למרות היעדר חוק מפורש הקולט את תוכנו. בכך יש סטייה מכללי הפרשנות ופגיעה בעקרון שלטון החוק. הדיון נסוב על השאלה אם חוק המעצרים המאפשר מעצר משיקולי ביטחון המדינה יכול להצדיק החזקת עצורים כקלפי מיקוח. עיקר הדיון התמקד בשאלה החוקתית: האם החזקת אדם במעצר כקלף מיקוח עולה בקנה אחד עם כבוד האדם? הנשיא ברק פסק שהחזקת קלפי מיקוח מנוגדת למשפט הבינלאומי. הוא הניח לשם הדיון שאין איסור כזה בדין המנהגי ושישראל לא אימצה בדין הפנימי את ההסכמים הבינלאומיים הרלוונטיים, ואף על פי כן קבע כי יש חזקה שלפיה

תכלית החוק להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ושהחוק המקומי שואף לעמוד בקנה אחד עם הדין הבינלאומי. לכן, הסביר, החזקת קלפי מיקוח אינה מתיישבת עם התכלית "האובייקטיבית" של החוק. לפי הנשיא ברק,

החזקתם של בני-אדם כ"בני ערובה" – ומושג זה כולל בחובו גם החזקתם של בני-אדם כ"קלפי מיקוח" – אסורה היא על-פי המשפט הבין-לאומי (ראו: סעיף 1 לאמנה הבין-לאומית נגד לקיחת בני ערובה (1979); סעיף 34 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (אמנת ג'נבה הרביעית). אכן, מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי אין איסור כזה בדין הבין-לאומי המנהגי. **כן מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי האיסור ההסכמי על לקיחת בני ערובה איננו כובל את מדינת ישראל במשפט הפנימי של המדינה בהיעדר החלה שלו בחוק של המדינה** [ההדגשה שלי, א"ש]. כך או כך, חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבין-לאומי ולא לעמוד בסתירה להן. ישנה "חזקת התאמה" בין המשפט הבין-לאומי הפומבי ובין החוק המקומי. החלטה של חזקה זו בנסיבות המקרה מחזקת את המגמה העולה מן הפנייה לתכלית האובייקטיבית של החוק.³³

מבין שתי האמנות שברק מפנה אליהן חתמה ישראל על אמנת ז'נבה הרביעית ואשררה אותה, אך מעולם לא אשררה את האמנה נגד לקיחת בני ערובה. הנשיא ברק מניח כמובן מאליו שהחזקת קלפי מיקוח נכללת בהגדרת לקיחת בני ערובה, אך לא מביא שום אסמכתה או ראיה לקביעה זו. זהו מצב אבסורדי. הנשיא ברק אומר שחובה על חוקי מדינת ישראל לעלות בקנה אחד עם הדין הבינלאומי, בלי להראות כלל מהו הדין הבינלאומי ובעודו מניח שאין שום מנהג האוסר על החזקת קלפי מיקוח. אם כן, מניין לו שהדין הבינלאומי אוסר על החזקת קלפי מיקוח?

הנשיא ברק חתר בכך תחת השיטה הדואליסטית הנהוגה בישראל. כלל בסיסי בשיטה הישראלית הוא שמנהגים מחייבים כלפי חוץ ופנים גם בלי הסכמה מפורשת, אך אמנות אינן חלות כלפי פנים בהיעדר חקיקה. הנשיא ברק הרחיב את חזקת ההתאמה באופן מוגזם וקבע שתכלית החקיקה הישראלית היא להגשים את כללי הדין הבינלאומי. ואולם, לפי השיטה הדואליסטית, המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי הם שתי מערכות נפרדות בעלות מטרות שונות בתכלית. המשפט הבינלאומי מכוון כלפי מדינות ונועד להסדיר

**”למקורות שאליהם
השופט פוגלמן
מפנה אין שום
מעמד נורמטיבי
והם אינם בני תוקף
משפטי. אבסורד
להכפיף את החוק
המדיני להצהרות
באו”ם שישראל
הצטרפה אליהן.”**

את היחסים ביניהן, והוא שונה מהותית מהמשפט המדיני משום שחסרים לו מחוקק, שופט וריבון. לעומתו, המשפט הישראלי נועד להסדיר את היחסים בין הפרטים החיים בישראל, והריבון במדינת ישראל הוא אזרחי ישראל, אשר יכולים לחוקק, לבטל או לשנות חוקים. לעיתים, לאזרחי ישראל ולמדינה יש אינטרסים או צרכים שונים מהאינטרסים המכוונים את הדין הבינלאומי. אם כן, אמירה שתכלית הדין הישראלי היא להגשים את מטרות הדין הבינלאומי היא בעייתית ואינה עולה בקנה אחד עם עקרונות השיטה הדואליסטית.

בפסק הדין **משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים** פסל בית המשפט את המתווה של שרת הפנים לכניסת פליטים אוקראינים לארץ.³⁴ ההחלטה התבססה על הפרשנות לצו הכניסה לישראל הקובע פטור מאשרה לאזרחי מדינות המנויות בתוספת לצו, בהן אוקראינה. ישראל ואוקראינה חתמו על הסכם בילטרלי לפטור מאשרת תייר לאזרחיהן. נקבע גם חריג בצו המאפשר לשר הפנים לסרב כניסה של אדם בהתאם לנסיבות המצדיקות זאת. לפי בית המשפט, התכליות האובייקטיביות והסובייקטיביות של החוק הן קידום תיירות ויחסי החוץ של המדינה.

העותר טען שתכלית אובייקטיבית אחרת נעוצה בחזקת ההתאמה הפרשנית. לטענת העותר, יש לפרש את הצו בהתאם לשלושה דברים: החלטת העצרת הכללית של האו”ם מיום 1.3.2022, שישראל תמכה בה, ולפיה יש לאפשר מעבר בטוח ובלתי מוגבל של אזרחים אוקראינים ליעדים מחוץ לאוקראינה (United Nations General Assembly, Aggression Against Ukraine, 1 March 2022 [UN Doc.A/ES-11/L.1]; נייר עמדה של נציבות האו”ם לפליטים שבו קראה הנציבות למדינות לאפשר כניסה של אזרחי אוקראינה לשטחן בלי הגבלה (UN high commissioner for refugees [UNHCR], UNHCR position on returns to Ukraine, march 22); וכן ההסכם הביילטרלי בין שתי המדינות. אף שהשופט פוגלמן לא הסתמך על המשפט הבינלאומי, הוא מעיר ש”טענת העותר שלפיה ישום חזקת ההתאמה הפרשנית לא עולה בקנה אחד עם עמדתה הפרשנית המצמצמת של המשיבים אינה נטולת אחיזה.”³⁵

ההחלטות של העצרת הכללית נחשבות הצהרות מדיניות ופוליטיות, וכל מדינה נוקטת עמדה בהתאם לרצון הריבוני שלה. כך, ההצבעה של ישראל בעד ההחלטה מאותתת על עמדתה בזירה הדיפלומטית, ואינה אמורה לכבול משפטית את ידי הרשויות הנבחרות. אם כן, למקורות שאליהם השופט פוגלמן מפנה אין שום מעמד נורמטיבי והם אינם בני תוקף משפטי. אבסורד להכפיף את החוק המדיני להצהרות באו”ם שישראל הצטרפה אליהן. המקור השני, נייר

העמדה של נציבות האו"ם לפליטים, הוא בעייתי אף יותר. מדינת ישראל לא מילאה שום תפקיד בעיצוב הנייר, היא לא הצביעה עליו ולא אימצה אותו בשום צורה. נראה כי השופט פוגלמן בעצם מציע שמדיניות ההגירה של ישראל תינתן בידי העצרת הכללית ונציבות האו"ם.

בית המשפט אף גולש לתחום של יחסי חוץ, אף שאין לו הכלים להבין את האינטרסים הישראליים בזירה הבינלאומית. יחסי החוץ נתונים לאחריות הרשות המבצעת, משום שרק לממשלה יש יכולות לבחון את השלכות הרוחב של החלטותיה מול מדינות ומעצמות אחרות. מדיניות הפליטות והכניסה לארץ היא שאלה פוליטית מובהקת, ולפי הדין היא נתונה לשיקול דעתו של שר הפנים. השופט פוגלמן השתמש במשפט הבינלאומי ככלי נוסף כדי להטות את הכף לטובת מדיניות פתוחה לכניסת פליטים אוקראינים, על אף החלטתה של שרת הפנים וערכי הציבור שהיא מייצגת. שוב המשפט הרך מספק הצדקה לשופטים לקדם את המדיניות הראויה בעיניהם ובניגוד לעמדת הדרג הנבחר.

בפרשת **שלילת האזרחות**³⁶ דן בית המשפט בערעור של שני מחבלים שאזרחותם נשללה עקב פעילות חבלנית. אגב הערעור דן בית המשפט בשאלת חוקיות שלילת אזרחות שתותר את האדם חסר אזרחות. הנשיאה חיות בחנה את ההסדרים הרלוונטיים במשפט הבינלאומי ובמשפט המשווה. האמנות העוסקות במחוסרי אזרחות הן האמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות, שנחתמה ואושררה על ידי מדינת ישראל, והאמנה בדבר צמצום חוסר אזרחות, שנחתמה על ידי המדינה אך לא אושררה. האחרונה קובעת כי אין לשלול אזרחות מאדם אם הדבר יוביל לכך שייוותר מחוסר אזרחות. כלל זה כפוף לכמה חריגים, בהם החריג שהמדינה רשאית לשלול אזרחות אם האזרח פגע קשות באינטרסים החיוניים של אותה מדינה, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם חובת האמונים אליה. החריג מותנה בכך שבעת החתימה על האמנה, האפשרות לשלול אזרחות מטעם זה הייתה מעוגנת במשפט המדינתי והמדינה הצהירה שהיא שומרת על זכות להשתמש בה.³⁷ האמנה האירופית בדבר אזרחות, שישראל אינה צד לה, אינה מאפשרת שלילת אזרחות מלבד במקרים של מרמה או הצגת מצג שווא. ישנן גם הגבלות הליכיות לאופן שלילת האזרחות. ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם קובעת כי אין לשלול את אזרחותו של אדם באופן שרירותי. האמנה בדבר צמצום חוסר האזרחות מתנה את השלילה בזכות לשימוע בפני בית משפט. הנשיאה חיות ציינה שייכתן שההסדר הישראלי אינו עולה בקנה

**”שלוש הפרשות
שתוארו מדגימות
את הגירעון
הדמוקרטי החריף
בשימוש הבלתי
מבוקר במשפט
בינלאומי וכיצד
המשפט הבינלאומי
יכול לספק
מגוון אפשרויות
לאקטיביזם
שיפוטי. ענייני
ביטחון והגירה
עומדים בלב הדיון
הפוליטי, ולשרים
סמכות להפעיל
את שיקול דעתם
כדי לקדם את
המדיניות שלשמה
הם נבחרו.”**

אחד עם המשפט הבינלאומי, אך בכל מקום יש להעדיף את ההכרעה המפורשת של המחוקק הישראלי. למרות הרטוריקה הדואליסטית אימצה הנשיאה פרשנות שדווקא חתרה תחת כוונת המחוקק לשלול את הזיקה בין המדינה לבין מי שהורשע בעבירות טרור. הנשיאה פסקה שיש להעניק למשולל אזרחות רישיון קבע, כדי לעמוד בהתאמה הפרשנית. ”הענקת תושבות קבע לאדם שבוטלה אזרחותו מבטיחה את קיומה של זיקה קבועה בינו ובין המדינה, ובכך מצמצמת את ההשלכות הנובעות מהיותו מחוסר אזרחות, באופן שעולה בקנה אחד עם תכליתה של האמנה בדבר צמצום חוסר האזרחות.”³⁸

בהחלטה זו הוכיח בית המשפט שיש פרקטיקה רחבה של אי-שלילת אזרחות אם האדם ייוותר בלי אזרחות אחרת. זאת לעומת המצב בבריטניה, שכן מאפשרת שלילת אזרחות גם אם האדם ייוותר מחוסר אזרחות (אלא אם הוא בריטי מלידה). גם האמנות שישראל חתמה עליהן ואשררה מאפשרות שלילת אזרחות לצורכי ביטחון. לכן בית המשפט לא היה צריך להניח לכתחילה שהדין הבינלאומי אוסר על הותרת אדם המורשע בעבירות טרור חסר אזרחות, ואחר כך לקבוע שהדין הישראלי גובר. אומנם פרשנות זו הובילה את בית המשפט לאשר את החוק הפורמלי, אך גם לרוקן אותו מתוכנו הקובע שיש להעניק רישיון קבע לאדם המשולל אזרחות. ההבדל בין אזרח לבין תושב קבע הוא בעיקר בזכות לבחור ולהיבחר – תושב קבע זכאי לרוב המוחלט של הזכויות שאזרח זכאי להן, כולל זכויות סוציאליות וביטוח לאומי. אותו עיקרון שהוביל את המחוקק לשלול אזרחות ממחבלים אמור גם להוביל את בית המשפט לא להעניק להם רישיון קבע. הכנסת רצתה לבטא את יחסי הגומלין בין נאמנות למדינה לבין אזרחות, ולשלול את הזכויות וההטבות של האזרחות ממי שנלחם נגד המדינה. בית המשפט לא היה מחויב להניח שהמשפט הבינלאומי אוסר על שלילת אזרחות ולא היה מחויב להעניק תושבות קבע.

שלוש הפרשות שתוארו מדגימות את הגירעון הדמוקרטי החריף בשימוש הבלתי מבוקר במשפט בינלאומי וכיצד המשפט הבינלאומי יכול לספק מגוון אפשרויות לאקטיביזם שיפוטי. ענייני ביטחון והגירה עומדים בלב הדיון הפוליטי, ולשרים סמכות להפעיל את שיקול דעתם כדי לקדם את המדיניות שלשמה הם נבחרו. אזרחי המדינה שבחרו בהם מצפים מהם ללחוץ על ארגוני טרור כדי להשיב חטופים ונעדרים, לשלול הטבות ממי שמבצע פיגועי טרור ולמנוע איבוד שליטה על שערי הכניסה לארץ. לא רק שבית המשפט מתערב בשאלות שבמרכז המדיניות הציבורית, אלא שהוא פועל פעמים רבות על סמך מקורות לא מחייבים ומציג אותם כמחייבים. מכך יוצא

שמדיניות החזקת קלפי מיקוח פסולה בגלל מנהג שלא קיים ואמנה שלא נקלטה, המדינה מחויבת לאפשר כניסה המונית של פליטים אוקראינים, בין היתר בגלל החלטת העצרת הכללית של האו"ם, ושליטת אזרחות ממחבלים תלויה בחקיקה של מדינות אחרות. בכל הסוגיות האלה קיימות מגוון עמדות לגיטימיות. הממשלה נקטה עמדה מסוימת המבכרת את הביטחון הלאומי וצמצום אפשרות הכניסה לארץ על פני שיקולים אחרים. בית המשפט הסתייע באמנות, הצהרות ומנהגים כדי לקדם מדיניות אחרת, שהייתה יכולה להיות לגיטימית אילו הייתה מקודמת על ידי נבחרי הציבור. בפועל, בית המשפט נקט עמדה בוויכוח פוליטי פנימי באצטלה של יישום המשפט הבינלאומי, גם במצבים שבהם המשפט הבינלאומי עצמו לא חייב את העמדה הזאת.

5. המשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון והמלחמה

בטרור

עמדתה המסורתית של מדינת ישראל היא שהמצב המשפטי ביהודה ושומרון יחיד במינו ואינו נופל בגדר דיני הכיבוש. כבר בשנת 1971 פרסם היועץ המשפטי לממשלה דאז ולימים נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר, את דעתו במאמר פומבי באנגלית, ולפיו דיני הכיבוש אינם חלים על יהודה ושומרון אך המדינה מחליטה מרצונה להתנהל לפי דיני הכיבוש, כלומר לפי תקנות האג ו"ההוראות ההומניטריות" באמנת ז'נבה הרביעית.³⁹

בפסיקה המוקדמת של בג"ץ נשמרה אבחנה זו בין אמנות האג, שהן מצומצמות יותר, לבין אמנות ז'נבה. בפסק הדין **איוב**, שעסק בתפיסת שטח פלסטיני פרטי לשם הקמת יישוב מטעמים ביטחוניים-לכאורה, נמנע בית המשפט מבחינת הפעילות לאור אמנות ז'נבה.⁴⁰ בית המשפט אישר את התפיסה בטענה שהקמת יישובים יכולה להיחשב צורך ביטחוני אם היא מסייעת לשליטה יעילה בשטח.

מאז תחילת שנות ה-90 התחילו עימותים לא-סימטריים, בין צבאות סדירים לארגוני טרור, להחליף מלחמות קלאסיות. התפתחות זו גרמה לתפנית בדיני המלחמה. אי-ודאות בנוגע לכללים שנוסחו למציאות של מלחמות קלאסיות העלתה את חשיבותם של יועצים משפטיים ושופטים שיפרשו את הדין. ישראל נאלצה להתמודד עם דילמת הלחימה בשטח מאוכלס ונגד ארגוני טרור לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה בספטמבר 2000. המדיניות הביטחונית של ישראל עברה משפטיזציה, לצד הסתמכות גדלה על המשפט הבינלאומי.⁴¹ בתקופה הזאת, בכהונתו של הנשיא ברק, התחיל בית

**”על סבירות
ומידתיות זו ניתן
ללמוד מהסטנדרט
המינימלי לטיפול
באסירים
(Standard
Minimum Rules
for Treatment of
Prisoners), אשר
אומץ ב-1955
על-ידי האומות
המאוחדות. אמות
מידה אלה חלות
על כל סוגי המאסר,
לרבות מעצרים.
הקביעה הזאת
מחילה את המשפט
הבינלאומי הטהור
ישירות באמצעות
המשפט המנהלי
הישראלי.”**

המשפט לבחון חוקתיות של פעילות לאור אמנות ז'נבה וגם להכפיף את סמכות המדינה לפי הדין הבינלאומי למבחנים של המשפט המנהלי, כגון מידתיות וסבירות.⁴²

פסק הדין **עג'ורי** עסק בעתירה נגד "צו תיחום מקום מגורים" שהוציא מפקד צבאי נגד קרובי משפחה של פעילי טרור. על פי הוראות הצו, העותרים, ערבים תושבי יו"ש, יידרשו להתגורר בעזה במשך שנתיים.⁴³ בית המשפט הסביר שמבחינה משפטית, המקור לסמכותו של המפקד הצבאי הוא דיני התפיסה הלוחמתית, שהם חלק מדיני הלחימה. הדינים החלים באזור יש"ע הם הדינים המנהגיים, כגון התוספת לאמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הידועה כאמנת האג הרביעית. ישראל התנגדה מסורתית להחלת כל הוראות אמנת ז'נבה הרביעית, ומאז כיבוש השטח החליטה לנהוג על פי חלקיה ההומניטריים של אמנת ז'נבה הרביעית. ברק פתח את הדלת להחלת אמנת ז'נבה על פעילות ישראל ביש"ע ולביקורת על הצבא לפיה, וצמצם את השימוש בתיחום מגורים למעורבים ישירים בטרור. בכך הוא הצליח להקשות את הנוהל עד שנעשה בלתי אפשרי. מאז עג'ורי, לא נעשה שימוש בתיחום מגורים.⁴⁴

בפסק הדין **יאסין** התלוננו עצורים ממצע חומת מגן על תנאי כליאה קשים, בהם בעיות של צפיפות, היגיינה, כמות האוכל ואיכותו. בפסק הדין הוחלט שהתנאים אינם עולים לסטנדרטים של המשפט הבינלאומי והמשפט החוקתי, ולכן הוטלה חובה על שירות בתי הסוהר לתקן את המצב.⁴⁵ בית המשפט הסתמך על אמנות בעלות אופי מנהגי, כגון האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ואמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (אמנת ז'נבה הרביעית). לפי הנשיא ברק, "המשפט המינהלי הישראלי חל על פעולותיו של כל איש רשות ישראלי. עקרונות אלה חלים גם על פעולותיהם של המשיבים בקביעת תנאי המעצר ובביצועם. על כן צריכים תנאי המעצר להיות סבירים ומידתיים. על סבירות ומידתיות זו ניתן ללמוד מהסטנדרט המינימלי לטיפול באסירים (Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners), אשר אומץ ב-1955 על-ידי האומות המאוחדות. אמות מידה אלה חלות על כל סוגי המאסר, לרבות מעצרים."⁴⁶ הקביעה הזאת מחילה את המשפט הבינלאומי הטהור ישירות באמצעות המשפט המנהלי הישראלי.

בפסק הדין **עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל** דן בית המשפט בחוקיות של "נוהל האזהרה המוקדמת" ("נוהל שבן") לפי הדין בינלאומי.⁴⁷ על פי ניהול זה, שאושר על ידי כל הדרגים הצבאיים

והמשפטיים, חיילי צה"ל המבקשים לעצור פלסטיני החשוד בפעילות חבלנית עוינת רשאים להסתייע בתושב פלסטיני מקומי כדי להזהיר באמצעותו אזהרה מוקדמת למבוקש מפני פגיעה אפשרית בו ובמי שמצוי עימו בעת ביצוע המעצר. ההסתייעות תהיה רק בהסכמת התושב הפלסטיני ואם הדבר אינו מעמיד אותו בסכנה. לטענת העותרים, אסור לצבא הכובש להשתמש באוכלוסייה המוגנת לשם פעילות צבאית, משום שהנוהל מעמיד את התושבים בסכנה והם משמשים כ"מגינים אנושיים", בשעה שהם אמורים להיות מוגנים.

החלטה זו היא התערבות קיצונית וחריגה בקנה מידה עולמי במדיניות מבצעית. "למעשה, לא ידוע על שום מקרה אחר של בית משפט במדינה דמוקרטית הפוסל שיטת פעולה צבאית ספציפית... בג"ץ נוהל שכן הוא ככל הנראה הדוגמה הקיצונית ביותר של מעורבות בית המשפט במערך הביטחון הלאומי של ישראל, שכן בפסיקה זו ביטל בית המשפט דרך פעולה צבאית בעת לחימה."⁴⁸

בפסק הדין **בית סוריק** בחן הנשיא ברק את תוואי גדר הביטחון, ואפיין את גישתו שלפיה על בית המשפט לאזן בין שיקולים מבצעיים לבין שיקולי זכויות אדם. לפי בית המשפט, שיקול הדעת הבלעדי לתוואי הגדר אינו נתון למפקד הצבאי. בית המשפט הכניס מבחני מידתיות בין צורכי הביטחון לבין הפגיעה בזכויות התושבים הפלסטינים, ובכך הפך לשותף פעיל בהתוויית גדר הביטחון. כפי שאמר הנשיא ברק,

השאלה אינה אם להעדיף את גישתו הצבאית של המפקד הצבאי או של מומחי המועצה לשלום ולביטחון. השאלה הינה אם מיתווה גדר ההפרדה על פי גישתו של המפקד הצבאי הוא מידתי. המבחן לעניין זה אינו מבחן הסובייקטיבי של המפקד הצבאי. השאלה אינה אם המפקד הצבאי סבר בתום לב שהפגיעה היא מידתית. המבחן הוא אובייקטיבי. השאלה הינה, אם על פי אמות המידה המשפטיות מתקיימים במיתווה של גדר ההפרדה מבחני המידתיות. זוהי שאלה משפטית, בה המומחיות הינה של בית המשפט.⁴⁹

בית המשפט גם קבע אילו שיקולים יכולים לעמוד בבסיס הוראות המפקד הצבאי. "המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים. גדר ההפרדה אינה יכולה לבוא מטעמים של 'סיפוח' שטחים מהאזור למדינת ישראל. מטרתה של גדר ההפרדה אינה יכולה להיות התוויית גבול מדיני."⁵⁰ גדר הביטחון מהווה דוגמה בולטת למצב שבו בית המשפט הגביל את אפשרות התמרון והפעולה הדיפלומטית-מדינית של מדינת

ישראל. מאז פסק הדין, כמעט כל קילומטר של הגדר היה נתון לביקורת שיפוטית.

גישת "האיזון" אינה מוגבלת לתקופת ברק. ב-2002 נחקק **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים**, התשס"ב-2002, בעקבות בג"ץ שבו נקבע כי שר הביטחון אינו מוסמך להחזיק באזרחים זרים בתור "קלפי מיקוח" וכי השר מוסמך להחזיק אנשים במעצר מנהלי רק אם הם מהווים סכנה לביטחון המדינה.⁵¹ סעיף 1 לחוק, שהוא סעיף המטרה, קובע שהחוק נועד להגשים את תכליתו "בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי". החוק קובע חזקה פרשנית שלפיה אדם המשתייך לארגון טרור מסכן את ביטחון המדינה, ולכן אפשר להחזיק בו במעצר עד תום הלחימה:⁵²

לענין חוק זה, יראו אדם שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת.

פסק הדין העיקרי שבחן את חוקתיות החוק הוא **פלוני נ' מדינת ישראל**.⁵³ בפסק הדין קבעה נשיאת בית המשפט דאז דורית ביניש שהחוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה, אך לא בחנה את החוקתיות של חזקת המסוכנות משום שהמדינה הוכיחה את המסוכנות האינדיבידואלית של המערערים. לפי בית המשפט, לוחמים בלתי חוקיים הם תת-סוג של אזרחים, ולפי המשפט הבינלאומי אפשר להחזיק באזרחים אך ורק לצורכי ביטחון לאומי. ואלו הם דבריה:

כדי לבסס עילת מעצר ביחס למי שנמנה עם ארגון טרור פעיל השם לו למטרה להילחם באופן בלתי מתפשר במדינת ישראל, אין הכרח כי אותו אדם ייטול חלק ישיר או עקיף בפעולות הלחימה עצמן, ואפשר שזיקתו ותרומתו לארגון יתבטאו בדרכים אחרות שיהיה בהן כדי להכלילו במעגל הלחימה במובנו הרחב, באופן שיצדיק את מעצרו לפי החוק [...].

מכל מקום, מאחר והמדינה נמנעה עד כה מעשיית שימוש בחזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק, לא מתעוררת בפנינו השאלה עד כמה יש בחזקה הנ"ל כדי להחליש את דרישת ההוכחה של המסוכנות האינדיבידואלית לשם מעצר מכוח החוק, והאם יש בכך כדי לפגוע יתר על המידה בזכות החוקתית לחירות ובעקרונות הדין הבינלאומי ההומניטארי. לפיכך, נותר

שאלות אלה ללא הכרעה; שהרי כל עוד המדינה מוכיחה מלכתחילה את המסוכנות האישית של העצור ואינה נשענת על החזקה הנדונה, נותרת שאלת השפעתה של החזקה על הוכחת המסוכנות האינדיבידואלית, שאלה תיאורטית. יוער כי אם תבחר המדינה לעשות בעתיד שימוש בחזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק ולא תוכיח מסוכנות ברמה הנדרשת, תהא פתוחה הדרך להבאת השאלות האמורות בפני בית־המשפט, בהינתן הצורך להכריע בהן באופן קונקרטי ולא בעלמא.⁵⁴

עד היום לא השתמשה המדינה בחזקת המסוכנות, והתמקדה בבחינה פרטנית של מסוכנות העצור. פרשנותו של בג"ץ למשפט הבינלאומי לא הייתה מחויבת המציאות ואף עמדה בניגוד גמור לפסיקה של בית המשפט העליון האמריקני באותה סוגיה. לפי בית המשפט העליון האמריקני, במקום לבחון את המסוכנות האינדיבידואלית של מי שמוחזק במעצר מנהלי, המבחן העיקרי הוא השתייכות ארגונית או נטילת חלק בלחימה. ההגדרה המרחיבה של סמכות הכליאה לפי הממשל האמריקני נשענה על ההנחה כי ארצות הברית נמצאת במצב של מלחמה נגד אל־קאעידה וגרורותיה. כפי שמדינה במצב לחימה קונבנציונלי רשאית לעצור ולכלוא לוחמים של מדינת אויב, כך ארצות הברית רשאית לעצור פעילי אל־קאעידה אף שאינם זוכים למעמד של שבויי מלחמה. את העמדה הזאת הדגיש היועץ המשפטי למחלקת המדינה תחת ממשל בוש:

Because the United States [is] in an armed conflict with al Qaida and the Taliban, it [is] proper for the United States and its allies to detain individuals who [are] fighting in that conflict. One of the most basic precepts in the law of armed conflict is that states may detain enemy combatants until the cessation of hostilities.⁵⁵

ישראל חוקקה את חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ככלי נוסף בארסנל המלחמה נגד ארגוני הטרור המאיימים על קיומה. כל "חייל" של חמאס, חיזבאללה או ארגון אחר שישראל מחזיקה בו מפחית את יכולת הארגון לפעול ופוגע במורל של הארגון וביוקרתו. המדינה מתייחסת אל ארגוני טרור כאל אויבים מדיניים ופועלת נגדם בכלים צבאיים, לא משטרתיים. אם כן, דרישת מסוכנות אישית, כפי שעולה מפסיקתו של בית המשפט העליון, נובעת מפרדיגמה של שיטור ואכיפת החוק. כך, על ידי דרישת קביעה של מסוכנות אישית בהתבסס על פרשנות מחמירה של הדין הבינלאומי, הצליח בית המשפט להפוך את החוק לאות מתה.

בדיון בעניין **החזקת גופות מחבלים** דן בית המשפט בשאלה אם תקנות שעת חירום מסמיכות את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם ניהול משא ומתן עתידי.⁵⁶ בית המשפט הפך את החלטתו הקודמת שלפיה אין התקנות מסמיכות את המפקד הצבאי, וקבע כי אם המדינה רוצה להחזיק בגופות אזי עליה להסדיר את הנושא במפורש בחקיקה ראשית. בהזדמנות אחרת דן בית המשפט בפרשנות של לשון התקנה. לדעת הרוב, לשון התקנה סובלת הן את הפרשנות האוסרת הן את הפרשנות המתירה. כיוון שכך וכדי להגיע להכרעה, עבר בית המשפט לתכליות הסובייקטיביות והאובייקטיביות של החוק, שהן שמירה על ביטחון המדינה ומאבק בטרוור. שמירה על ביטחון המדינה כוללת חתירה להשבת חללים ושבוים אזרחיים ושל צה"ל. אם כך, פרשנות זו מתיישבת עם הסמכות להחזיק בגופות, בכפוף למגבלות ולתנאים הקבועים בחוות דעתו של היועמ"ש משנת 2004. כלומר, החזקת גופות מסוימות מותרת כדי לסייע להשגת חילופי שבוים קונקרטיים ולא כקלף כללי.

אחר כך עבר בית המשפט לשאלת עמדתו של הדין הבינלאומי, באומרו שגם שם אין תשובה חד-משמעית. אמנות ז'נבה עוסקות בחובות הקשורים לפינוי, תיעוד, זיהוי, רישום וטיפול בגופות בשעת לחימה. הסעיף הרלוונטי העיקרי הורה לכל צד בעימות מזוין להבטיח שהמתים נקברים בצורה מכובדת, ולפי הפרשנות של הצלב האדום, האפשרות המועדפת היא החזרת גופה למשפחה. בית המשפט גם מתייחס לפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם, שעסקה בהחלטת הרשויות ברוסיה שלא להשיב גופות מחבלים למשפחותיהם. שם פסק בית הדין שהחוק נועד לתכלית ראויה, אך ביקר את חוסר האיזון והמידתיות בהוראות. בסוף שב והזכיר בית המשפט דברים שנאמרו בפסק דין אחר בעניין החובה להתאים את דיני הלחימה במשפט הבינלאומי למציאות החדשה:

הדינים המוכרים שעל-פיהם נוהגות אומות העולם מותאמים במידה רבה למודל הישן והמוכר של מלחמה בין צבאות ואילו המציאות החדשה והאיומה שיצרו בארץ ובעולם ארגוני הטרור השונים וגם יחידים המבצעים פעולות טרוור, אינה מתחשבת בגבולות טריטוריאליים, אינה מבחינה בין זמן מלחמה לזמן שלום וכל שעה היא שעת כושר לזריעת הרס, אלימות ופחד, ברוב המקרים ללא הבחנה בין אזרחים לחיילים. הטרור אינו מכבד למעשה שום כלל מכללי המשחק שקבע העולם הישן בדיני המלחמה, ומציאות זו מחייבת גם את המשפטנים ולא רק את כוחות הביטחון לחשיבה

מחדש על-מנת לעצב באופן מעודכן דינים אלה ולהתאימם
למציאות החדשה.⁵⁷

**”מאז תקופת ברק
זנח בית המשפט
העליון את גישתו
המסורתית של
אי-שפיטות
בענייני צבא
וביטחון, הפך את
המשפט הבינלאומי
לבסיס המשפטי
להתערבות
בשיקולי ביטחון,
ומבקר פרקטיקות
צבאיות על בסיס
הדין הבינלאומי
ההומניטרי.”**

מהסקירה לעיל עולות כמה מסקנות. מאז תקופת ברק זנח בית המשפט העליון את גישתו המסורתית של אי-שפיטות בענייני צבא וביטחון, הפך את המשפט הבינלאומי לבסיס המשפטי להתערבות בשיקולי ביטחון, ומבקר פרקטיקות צבאיות על בסיס הדין הבינלאומי ההומניטרי.⁵⁸ בדרך כלל, בית המשפט אינו פוסל לחלוטין פרקטיקות מלחמתיות – ”נוהל שכן” הוא אכן דוגמה חריגה לפסילה – אך הוא מצמצם את מרחב הגמישות דרך גישה ”איזונית”. כלומר, בית המשפט ”מאזן” שיקולים צבאיים-מקצועיים עם שיקולים משפטיים הנוגעים לזכויות אדם שמקורם לכאורה בדין הבינלאומי, בלי להראות שאכן יש חובה משפטית כזאת. הגישה האיזונית מאפשרת לבית המשפט לנטרל פרקטיקות בלי צורך לפסול אותן ישירות. על ידי ערבוב שיקולי מין בשאינו מינו חדלה המדינה להשתמש בתיחום מגורים, וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נעשה לאות מתה.

6. התאמה פרשנית של חוקי יסוד

סוגיית ההתאמה הפרשנית של חוקי יסוד טרם הוכרעה בפסיקה, אך בית המשפט הסתייע במשפט הבינלאומי כדי להרחיב את התוכן של זכויות המוכרות בחוקי היסוד. דוגמה להגנה על הזכות לחירות ולכבוד דרך המשפט הבינלאומי אפשר לראות בפסק הדין **קו לעובד**.⁵⁹

פרשת **קו לעובד** עסקה בחוקיות של הסדר הכבילה לעובדים זרים. לפי חוק הכניסה לישראל, שר הפנים מוסמך להתנות את רישיון העובדים הזרים בהעסקת העובד בידי המעסיק שהזמין אותו. הסדר זה יוצר בעיות קשות משום שהעובד, שהוא ממילא במעמד נמוך מבחינת יחסי כוחות, בעצם כבול למעסיק שלו. בית המשפט בחן אם ההסדר פוגע באופן לא מידתי בזכות העובד לכבוד ולחירות וכן את המציאות של העובדים הזרים, וקבע שההסדר אכן מאיין את החירות והאוטונומיה של העובד. השופט לוי פונה למשפט הבינלאומי: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, והאמנה בדבר עובדים-מהגרים, אשר שתיהן נחתמו ואושררו על ידי המדינה אך לא נקלטו במשפט הפנימי ולכן אינן מייצרות חובה חוקית. השופט לוי הניח כי ייתכן שהאמנות האלה הפכו לדין מנהגי.⁶⁰ בכל מקרה, הוא לא הכריע במעמד הנורמטיבי משום שהעותרים לא התמקדו בדין הבינלאומי.

השופט לוי מחיל את חזקת ההתאמה, וקובע שהסדר הכבילה פוגע בזכות לאי-הפליה בין אזרחים לעובדים זרים ובזכות לחירות, המעוגנות באמנות. אומנם להלכה החיל בית המשפט את ההתאמה הפרשנית בהקשר של חוק הכניסה לישראל על סמכותו של שר הפנים, אך למעשה הוחלה ההתאמה הפרשנית על הזכויות לחירות ולכבוד המעוגנות בחוק יסוד. כך, דרך הפניה לאמנות שישראל חתמה עליהן ואשררה אותן, יצק השופט לוי תוכן מהמשפט הבינלאומי לזכויות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שאלת פרשנות חוקי יסוד על בסיס המשפט הבינלאומי נידונה במסודר בפרשת **חוק ההסתננות הראשון**.⁶¹ פסק הדין עסק בשאלה אם חוק הקובע אפשרות להחזיק מסתנן שהוצא נגדו צו גירוש במשמורת עד ל-3 שנים עומד בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כחלק מטענות העותרים, נטען כי יש לפרש את חוקי היסוד לאור המשפט הבינלאומי. הכנסת, אחת המשיבות, דחתה את הטענה הזאת משום שמשמעותה הייתה הכפפת כל הדינים של מדינת ישראל למשפט הבינלאומי.

הכנסת טוענת כי קבלת עמדת העותרים לפיה יש להחיל את חזקת ההתאמה על פרשנותם של חוקי היסוד, תוביל למעשה להפיכת נורמות המשפט הבינלאומי למשפט המחייב במדינת ישראל, ולכך שחיקת הכנסת תהיה חייבת אף היא לעמוד בנורמות אלו שיוזרמו דרך חוקי היסוד באמצעות חזקת ההתאמה. לטענת הכנסת מדובר בגישה בעייתית ביותר, החותרת תחת ריבונותה של הכנסת כרשות המחוקקת, ואף אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית המשפט העליון. הכנסת טוענת כי אין מחלוקת לגבי חשיבותו של המשפט הבינלאומי בפרשנות של חקיקה רגילה מכוח חזקת ההתאמה, ואף אין מחלוקת כי במקרים המתאימים המשפט הבינלאומי יכול לשמש כמקור השראה בפרשנות חוקתית. אולם, לטעמה, יש לדחות את גישת העותרים כאילו יש להחיל את חזקת ההתאמה, על היסוד המחייב הטמון בה, ביחס לחוקי היסוד, ובכך להעניק למשפט הבינלאומי מעמד על-חוקי במשפט הישראלי.⁶²

בית המשפט לא הכריע בשאלת ההתאמה של חוקי יסוד, אולם הוא כן הסתייע במשפט הבינלאומי כמקור השראה בשאלה אם חוק המסתננים נועד לתכלית ראויה. השאלה הזאת התעוררה שוב בפרשת **איתן** (חוק ההסתננות השני), גם כן בלי הכרעה.

בחוות דעתו של השופט מלצר בעניין **חוק ההסדרה** דן מלצר במשפט הבינלאומי בתוך מבחני פסקת ההגבלה. חוק ההסדרה נועד להסדיר את ההתיישבות היהודית ביו"ש שנבנתה על קרקע

**”משתמע כי
לשיטת השופט
מלצר, אם תצא
ממשלת ישראל
למלחמה נגד
מדינה שיש לה
איתה הסכם שלום,
בית המשפט יכול
לבטל החלטה זו.
לכאורה, יציאה
למלחמה בניגוד
להסכם שלום
דינה להתבטל
משום שהמדינה
”משתייכת
למשפחת
העמים ואמורה
לכבד הסכמים
בינלאומיים שהיא
קשורה בהם”. בכך
כבש בית המשפט
עוד פסגה של
אימפריאליזם
משפטי ומינה
את עצמו לשחקן
בזירה הבינלאומית
שלא בסמכות.”**

פלסטינית פרטית בתום לב או בהסתמכות על המדינה. לפי השופט מלצר, חוק ההסדרה מפקיע זכויות של “תושבים מוגנים” – הפלסטינים – ומתעלם מכללים הסכמיים ומנהגיים של המשפט הבינלאומי האוסרים על נקיטת פעולות כאלה עד להכרעה מדינית בדבר מעמד האזור. כמו כן טען השופט כי חוק ההסדרה מנוגד להסכמים שישראל חתומה עליהם עם הפלסטינים. כיוון שכך, החוק אינו תואם את הערכים של מדינת ישראל, “המשתייכת למשפחת העמים ואמורה לכבד הסכמים בינלאומיים שהיא קשורה בהם, והתחייבויות שקיבלה על עצמה במסגרתם.”⁶³ השופט מצביע על שורה של חוקים שישראל חוקקה בבקשה לתת תוקף להתחייבות להסכמים שהיא חתמה עם הפלסטינים.⁶⁴

בעמדה זו של השופט מלצר הוא פולש פלישה בוטה וקיצונית לתחומי האחריות של הממשלה בנושאי יחסי חוץ. לפי השופט מלצר, בית המשפט יכול לאכוף על המדינה לכבד הסכמים בינלאומיים שהיא חתומה עליהם. בכך האבסורד מגיע לשיאו, שהרי תפקידו של בית המשפט הוא להכריע בסכסוכים בין התושבים הכפופים לדין הישראלי, והוא אינו ניצב בזירה הבינלאומית ולא אמור להכתיב מדיניות חוץ. משתמע כי לשיטת השופט מלצר, אם תצא ממשלת ישראל למלחמה נגד מדינה שיש לה איתה הסכם שלום, בית המשפט יכול לבטל החלטה זו. לכאורה, יציאה למלחמה בניגוד להסכם שלום דינה להתבטל משום שהמדינה “משתייכת למשפחת העמים ואמורה לכבד הסכמים בינלאומיים שהיא קשורה בהם”. בכך כבש בית המשפט עוד פסגה של אימפריאליזם משפטי ומינה את עצמו לשחקן בזירה הבינלאומית שלא בסמכות.

העמדה של השופט מלצר בעייתית במיוחד משום שהיא מהווה משפטיזציה של הסוגיה הנפיצה ביותר בפוליטיקה הישראלית: מעמד יהודה ושומרון והסכסוך עם הפלסטינים. עד היום לא פסק בית המשפט בעיקרון בשאלת חוקיות ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון,⁶⁵ אך השופט מלצר הכריח את הממשלה ואת הכנסת להתייחס לסכסוך רק דרך הסכמי אוסלו.

כל אמנה בינלאומית מחייבת הדדיות בין הצדדים החתומים, ומדינות יכולות לגבות מהצד השני מחיר על אי-ציות דרך מנגנונים מדיניים ודיפלומטיים. בית המשפט הישראלי מבקש לאכוף הסכם על ישראל, אך אין לו יכולת לאכוף גם על הצד השני. במקרה דנן, שבו בית המשפט מבטל חוק ישראלי שלדעתו סותר את הסכמי אוסלו, אין לו יכולת לבטל החלטות או חוקים פלסטיניים המפרים את ההסכמים, כגון קצבאות למחבלים או הסתה במערכת החינוך.

**”על תוכן החוקה
העתידיה בישראל
ניטשת מחלוקת
עזה בדבר מידת
האיזון הראוי
בין הערכים
הבסיסיים של
החברה הישראלית,
ומחלוקת זו מונעת
כינון של חוקה
שלמה או מגילת
זכויות שלמה.
דווקא היעדר חוקה
שלמה מעצים את
הגירעון הדמוקרטי
בפרשנות חוקי
היסוד לפי המשפט
הבינלאומי, באשר
החלת המשפט
הבינלאומי על חוקי
היסוד מטה את
הכף לטובת איזונים
מסוימים וחותרת
תחת ריבונות אזרחי
המדינה לעצב את
האופי הבסיסי
ביותר של המדינה.”**

את החוקים שהשופט מלצר מפנה אליהם מסדירים עניינים הנובעים מהעברת שטח לרשות הפלסטינית, כגון ייבוא ומיסוי. אין בהם שום הוראות האוסרות על הסדרת התיישבות יהודית בשטחי C.

כפי שנראה בהמשך, מדינות שונות מחזיקות בגישות שונות כלפי סוגיית המשפט הבינלאומי בפרשנות החוקה. במדינות בעלות מסורת חוקתית ותיקה, כגון ארצות הברית ואוסטרליה, יש התנגדות חזקה לשימוש במשפט הבינלאומי ככלי פרשני, והשימוש בו נתפס כהכפפת החוקה לנורמות זרות. לעומת זאת, במדינות כמו קנדה וגרמניה, לדיני זכויות האדם ניתן מעמד חשוב בפרשנות הזכויות המעוגנות בחוקה.

על תוכן החוקה העתידיה בישראל ניטשת מחלוקת עזה בדבר מידת האיזון הראוי בין הערכים הבסיסיים של החברה הישראלית, ומחלוקת זו מונעת כינון של חוקה שלמה או מגילת זכויות שלמה. דווקא היעדר חוקה שלמה מעצים את הגירעון הדמוקרטי בפרשנות חוקי היסוד לפי המשפט הבינלאומי, באשר החלת המשפט הבינלאומי על חוקי היסוד מטה את הכף לטובת איזונים מסוימים וחותרת תחת ריבונות אזרחי המדינה לעצב את האופי הבסיסי ביותר של המדינה. כך לדוגמה פסל בית המשפט חוקים שנועדו לטפל בסוגיית ההגירה בהעדיפו את שיקולי זכויות הפרט של המסתננים על פני שיקולים לאומיים. בחוות הדעת בעניין חוק ההסדרה השופט מלצר הרחיק לכת עוד יותר ושלל את האפשרות לחוקק חוק שיתגבר על ההתאמה הפרשנית. אם גישה כזאת תקבל בעתיד, לאזרחי ישראל לא תהיה אפשרות לעצב נורמות משפטיות בניגוד לפרשנות בית המשפט “לערכי משפחת העמים”, והמשפט הבינלאומי הסלקטיבי ששופטים יבחרו לאמץ ייהנה מעליונות נורמטיבית.

7. המשפט הבינלאומי כמניעה משפטית לקידום חקיקה

חוקים מגיעים לפתחו של בית המשפט בסוף תהליך החקיקה, וכפי שראינו, המשפט הבינלאומי יכול לשמש כבסיס לפסילת החלטות מנהליות או לפרשנות יוצרת של חקיקה. אך יש גם אפשרות שבכך בתחילת תהליך החקיקה ישמש המשפט הבינלאומי כחסם או כ”מניעה משפטית” לקידום חקיקה.

ב-19 במרס 2022 פרסם אגף הייעוץ והחקיקה של משרד המשפטים חוות דעת המתייחסת להצעת חוק העונשין (תיקון) – חוק עונש מוות למחבלים) התשפ”ב-2021, המטיל עונש מוות על מי שגורם

**”בכך הקביעה
שלפיה המשפט
הבינלאומי או
הצהרה בפורום
בינלאומי יכולים
להוות מניעה
משפטית לקידום
חקיקה חותרת
קשות תחת השיטה
הדואליסטית ונגד
ריבונות הכנסת
ואזרחי ישראל...
אם המדינה
ריבונית להצהיר
על עמדה השוללת
עונש מוות, למה
שהיא לא תהיה
ריבונית להצהיר
על עמדה הפוכה?”**

בכוונה או באדישות למותו של אזרח ישראל ממניע של גזענות או עוינות כלפי הציבור.⁶⁶ חוות הדעת קבעה כי יש מניעה משפטית לקדם את החוק, בין היתר בגלל המשפט הבינלאומי והמגמות בזירה הבינלאומית. היא ציינה כי מדינות העולם צועדות בכיוון של ביטול עונש המוות: שני שלישים ממדינות העולם כבר ביטלו אותו, דה יורה או דה פקטו.

חוות הדעת קובעת גם כי עונש מוות סותר מחויבות בינלאומית של מדינת ישראל. בדוח שהגישה ישראל למועצת זכויות האדם בשנת 2008 צוין כי ישראל השעתה דה פקטו הוצאות להורג. ישראל חזרה על עמדה זו במענה שניתן לשאלון מדינתי פרטי שהוגש למועצת זכויות האדם של האו”ם לעניין עונש מוות בשנת 2014.

לפי העמדה המסורתית של הפסיקה, חקיקה תפורש בהתאם למשפט הבינלאומי, אך באין אפשרות של הרמוניזציה, החוק הישראלי תמיד יגבר על המשפט הבינלאומי. בניגוד לעמדה זו, חוות הדעת מכפיפה את החקיקה למשפט הבינלאומי ומונעת כל אפשרות לחוקק בניגוד לו. בכך הקביעה שלפיה המשפט הבינלאומי או הצהרה בפורום בינלאומי יכולים להוות מניעה משפטית לקידום חקיקה חותרת קשות תחת השיטה הדואליסטית ונגד ריבונות הכנסת ואזרחי ישראל. הבעיה מוסיפה ומתעצמת בהסתמכות חוות הדעת על תשובה לשאלון של מועצת הביטחון, שהיא בגדר משפט רך, אם בכלל. אם המדינה ריבונית להצהיר על עמדה השוללת עונש מוות, למה שהיא לא תהיה ריבונית להצהיר על עמדה הפוכה? ”הפה שאסר הוא הפה שהתיר.” מדוע תשובה לשאלון תגביל את סמכות הכנסת לחוקק חוקים?



ד. סקירה משווה

1. ארצות הברית

א. הדין המנהגי במשפט האמריקני

פסק הדין **Charming Betsey** קבע כלל פרשני שלפיו בהיעדר אמירה מפורשת של הקונגרס, חוק אמריקני לא יסתור את המשפט הבינלאומי.⁶⁷ בעשורים שלאחר מלחמת העצמאות האמריקנית אסר החוק האמריקני על יחסים מסחריים וכלכליים עם צרפת. ספינה מסחרית בשם **Charming Betsey**, שהייתה רשומה תחת דגל דנמרק, נמכרה לאזרח אמריקני אשר כילד עבר לדנמרק והתאזרח בה, והיא שימשה להעברת סחורה לאיים הצרפתיים בקריביים. בהתאם לאיסור על יחסים כלכליים עם צרפת, הספינה נתפסה על ידי חיל הים האמריקני ונמכרה. השאלה שעמדה במרכז הפרשה הייתה אם התפיסה הפרה את הכלל של הדין המנהגי שאין לפגוע בזכויות של מדינות ניטרליות. בית המשפט קבע:

An act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains, and consequently can never be construed to violate neutral rights or to affect neutral commerce further than is warranted by the law of nations as understood in this country.

לכן, התאזרחות של אזרח אמריקני במדינה ניטרלית מקנה לו את הזכויות וההגנות של מדינה זו לפי הדין הבינלאומי.

בית המשפט הגביל את השימוש בדוקטרינה למקרים שבהם יש פרשנות חד-משמעית של הדין הבינלאומי, לעומת חקיקה אמריקנית עמומה, נעדרת כוונת מחוקק, תקדימים או פסיקה:

”בית המשפט הגביל את השימוש בדוקטרינה למקרים שבהם יש פרשנות חד-משמעית של הדין הבינלאומי, לעומת חקיקה אמריקנית עמומה, נעדרת כוונת מחוקק, תקדימים או פסיקה.”

The *Charming Betsy* doctrine is a helpful tool for statutory construction, but it is not a substantive law. It is always the case that "clear congressional action trumps customary international law and previously enacted treaties." *Guaylupo-Moya*, 423 F.3d at 136 (holding that it is improper to apply the Charming Betsy canon when "the relevant provisions [of domestic law] are unambiguous"). Here, concern for U.S. compliance with the WIPO treaties and the FTAs cannot override the clear congressional intent in § 106(3).⁶⁸

ככלל, בתי משפט אמריקניים החילו כללים ספציפיים של הדין הבינלאומי המנהגי רק לאחר שבחנו אם הרשויות הפוליטיות הסכימו, במפורש או במשתמע, להחלת הכללים במישור המשפטי. פסק הדין **Schooner Exchange v. McFaddon** מאפיין את הגישה המוקדמת של בתי המשפט למשפט הבינלאומי.⁶⁹ הספינה *Schooner*, בבעלות אמריקנית פרטית, נתפסה בדרכה לספרד בצו של הקיסר נפוליאון. הספינה נאלצה לעגון בנמל של פילדלפיה בגלל סופה, וזאת תבעו הבעלים האמריקנים את הבעלים הצרפתים החדשים של הספינה. אחת השאלות הבסיסיות שעמדו על הפרק הייתה זכותה של ארצות הברית לתפוס ספינה השייכת לריבון זר המקיים איתה יחסי שלום בעת שהספינה עגנה בחופי ארצות הברית. לפי הנשיא מרשל, סמכות השיפוט והריבונות של מדינה בתוך השטח שלה הן בלעדיות ומוחלטות. הסמכות הזאת כוללת את כל רשויות המדינה, בהן בית המשפט. מדינות יכולות להסכים – במפורש או במשתמע – למגבלות על סמכותן, ולפי כללי משפט העמים הסכימו לא לאכוף את סמכותן על ספינות חמושות של ריבון הנכנס בשלום לנמל (דוקטרינת חסינות הריבון). רק הריבון הראשון יכול לשלול את חסינות הריבון השני, ואין בית המשפט יכול לפעול נגד החסינות בהיעדר הסמכה מפורשת:

[The] sovereign of the place is capable of destroying this implication [of consent], but that until such power be exerted in a manner not to be misunderstood, **the sovereign cannot be considered as having imparted to the ordinary tribunals a jurisdiction** [*emphasis added* – AS], which it would be a breach of faith to exercise.

לפי בית המשפט, המשפט הבינלאומי מאפשר למדינות לשלול חסינות של ריבון זר, אך זו שאלה של מדיניות ולא של משפט.

בית המשפט נקט גישה דומה ב-**Paquete Habana**. פסק הדין עסק בחוקיות של פעילות חיל הים האמריקני לפי המשפט המנהגי, בהיעדר אמנה, חוק או צו אמריקני.⁷⁰ במהלך מלחמת ארה"ב-ספרד תפס חיל

הים האמריקני שתי ספינות דייגים פרטיות שהפליגו תחת דגל ספרד. הדייגים טענו שלפי המשפט הבינלאומי המנהגי, ספינות דייגים אינן מטרה לתפיסה צבאית.

בית המשפט ציין שלפי צו נשיאותי, ארצות הברית הצהירה על כוונתה לנהל את המלחמה לפי עקרונות הדין הבינלאומי. בית המשפט מצא שאין הגדרה ספציפית לשלל מלחמה (prize of war) בדין האמריקני, ולכן יש לפנות למשפט המנהגי, והוא קובע כי ספינות דייגים אינן מטרה לתפיסה. לפי בית המשפט, יש כמה משתנים לקביעה מהו דין בינלאומי מנהגי. בהחלטה הספציפית מצא בית המשפט פרקטיקה רווחת בין מדינות שלפיה ספינות דייגים פטורות. הפרקטיקה נשתנה במשך תקופה, והמדינות פעלו מתוך דעה משפטית שאכן ספינות דייגים פטורות. על סמך קביעה זו פסק בית המשפט שתפיסת הספינות הייתה מנוגדת לדין. לפי בית המשפט,

International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination. For this purpose, **where there is no treaty and no controlling executive or legislative act or judicial decision** [emphasis added – AS], resort must be had to the customs and usages of civilized nations, and, as evidence of these, to the works of jurists and commentators who by years of labor, research, and experience have made themselves peculiarly well acquainted with the subjects of which they treat. Such works are resorted to by judicial tribunals, not for the speculations of their authors concerning what the law ought to be, but for trustworthy evidence of what the law really is.

פסק הדין **Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino** עסק בשאלת סתירה בין דוקטרינת המשפט המקובל לבין המשפט הבינלאומי המנהגי.⁷¹ ביוני 1960 תפסה ממשלת קובה נכסים של אזרחים אמריקנים בפעולת תגמול נגד צמצום אפשרות ייצוא קובני לארצות הברית. בין היתר היא תפסה סוכר של חברה קובנית, CAV, שהייתה בבעלות אמריקנית. המתווך האמריקני, שהתקשר עם CAV, נאלץ להתקשר בחוזה זה עם הממשלה הקובנית, אך לאחר שקיבל את הסוכר הוא שילם לנציג של ה-CAV ולא לממשלה הקובנית.

הבנק הלאומי של קובה, שפעל בשם הממשלה הקובנית, תבע את סבטינו (Sabbatino), נציג ה-CAV, בבית המשפט המחוזי בניו יורק. בית המשפט דחה את התביעה, ופסק שתפיסת הסוכר הייתה מנוגדת לדין הבינלאומי ולכן הממשלה הקובנית לא הייתה הבעלים החוקיים של הנכס. הבנק הלאומי של קובה ערער לבית המשפט העליון.

השאלה המרכזית שעמדה על הפרק הייתה אם דוקטרינת "מעשה מדינה" (act of state doctrine) חלה על תפיסת הסוכר, גם אם זה נעשה בניגוד לדין הבינלאומי. דוקטרינת מעשה מדינה היא דוקטרינה של המשפט המקובל הפדרלי הקובעת שבנסיבות מתאימות, בתי משפט אמריקניים לא יפסקו בנוגע לחוקיות פעולות של מדינה זרה בשטח ארצות הברית. אף על פי שהדין הבינלאומי הוא חלק משיטת המשפט האמריקנית בנסיבות מסוימות, בית המשפט נמנע מהחלת כלל "מעשה מדינה" מכמה סיבות, בהן חוסר ההסכמה בין מלומדים וחוסר הכוונה או הסמכה מצד הממשל:

[T]he greater the degree of codification or consensus concerning a particular area of international law, the more appropriate it is for the judiciary to render decisions regarding it, since the courts can then focus on the application of an agreed principle to circumstances of fact, rather than on the sensitive task of establishing a principle not inconsistent with the national interest or with international justice. It is also evident that some aspects of international law touch much more sharply on national nerves than do others; the less important the implications of an issue are for our foreign relations, the weaker the justification for exclusivity in the political branches [emphasis added – AS].

בית המשפט פסק שבכלל, המשפט האמריקני יכיר במעשה של ריבון שני, גם אם המעשה נעשה בניגוד לדין הבינלאומי. ההצדקה להחלת הדוקטרינה תיחלש במקרים שבהם כללי המשפט הבינלאומי מסדירים את הנושא ביתר בהירות, כלומר באמנות ולא בדין מנהגי. כלשון בית המשפט:

Therefore, rather than laying down or reaffirming an inflexible and all-encompassing rule in this case, we decide only that the Judicial Branch will not examine the validity of a taking of property within its own territory by a foreign sovereign government, extant and recognized by this country at the time of suit, in the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles, even if the complaint alleges that the taking violates customary international law.⁷²

”[T]he greater the degree of codification or consensus concerning a particular area of international law, the more appropriate it is for the judiciary to render decisions regarding it... the less important the implications of an issue are for our foreign relations, the weaker the justification for exclusivity in the political branches.”

עמדה מסויגת זו לגבי החלת הדין הבינלאומי מוצגת גם בפסיקה חדשה יותר, כגון בפסק הדין *Sosa v. Alvarez-Machain*.⁷³ עובדות המקרה הן כלהלן: סוכן אמריקני ברשות האכיפה נגד סמים נרצח במקסיקו על ידי ארגון פשע מקסיקני. אלברז (Alvarez), אזרח מקסיקני, הואשם בהשתתפות ברצח. לאחר שבקשת ארצות הברית להסגירו לא נענתה, התקשרה רשות האכיפה נגד סמים עם גורמים לא-ממשלתיים במקסיקו במטרה לחטוף אותו ולהביאו לדין בארצות הברית. בבית המשפט המחוזי זוכה אלברז מחוסר ראיות, ולאחר מכן תבע את ארצות הברית תחת ה-Tort Claims Act ואת הגורמים המקסיקניים תחת ה-ATS (Alien Tort Statute). הדיון בנוגע ל-ATS הוא הרלוונטי לענייננו.

ה-ATS, שחוקק בשנים שלאחר מלחמת העצמאות האמריקנית, מקנה סמכות שיפוט לבתי משפט פדרליים על תביעות נזיקין המוגשות על ידי אזרח זר בגין נזק שנגרם על ידי הפרה של "משפט העמים". אלברז טען שחטיפתו וכליאתו הפרו את האיסור על כליאת שווא ומעצר שרירותי. לאחר בחינה של ההיסטוריה החקיקתית של ה-ATS סבר בית המשפט שהקונגרס התכוון להעניק לבתי המשפט סמכות בנוגע למספר מצומצם של הפרות, כגון פגיעה בשגרירים, הפרת מעבר בטוח ושווד ימי. יחד עם זאת, אין מניעה עקרונית לבית המשפט להרחיב את רשימת הפרות "משפט העמים". ובכל זאת, על בית המשפט לפעול בריסון ולהרחיב את העילות אך ורק לעילות הנהנות מאותן ייחודיות והסכמה כמו העילות המקוריות מהמאה ה-18.

לפי בית המשפט, ההחלטה להרחיב עילת תביעה מתאימה יותר לרשות המחוקקת ולא לבית המשפט. בהתחשב בהשלכות האפשריות על יחסים בינלאומיים ועל הזירה הבינלאומית, על בית המשפט להתנהג בריסון עצמי.

The potential implications for the foreign relations of the United States of recognizing such causes should make courts particularly wary of impinging on the discretion of the Legislative and Executive Branches in managing foreign affairs.

לבסוף, אין לבית המשפט שום מנדט מהקונגרס להרחיב את רשימת העילות. בעבר, הסנאט אפילו דחה במפורש הצעות לתת לבתי משפט פדרליים סמכות לפרש ולהחיל את המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

We have no congressional mandate to seek out and define new and debatable violations of the law of nations, and modern indications of congressional understanding of the judicial role in the field have not affirmatively encouraged greater judicial creativity.

אלברז לא הצליח להוכיח שה-ATS חל על עילות חדשות, ולא הצליח להראות שחטיפתו אכן עלתה לכדי הפרה של המשפט הבינלאומי. בית המשפט העליון דחה את עתירתו.

אם כן, המשפט הבינלאומי המנהגי ממלא תפקיד אינטגרלי במשפט האמריקני, אך בתי משפט אמריקניים יחפשו הכוונה מפורשת מהרשויות הפוליטיות לפני יישום שיפוטי של כלל מנהגי. בית המשפט יבחן את ודאות הכלל המנהגי ואת תוכנו, הצהרות ואמירות של הדרגים הפוליטיים, ואת ההשלכות האפשריות של יישום הכלל על סוגיות יחסי חוץ של המדינה.⁷⁴ כאמור, יש חזקה שלפיה חקיקה פנימית לא תסתור התחייבות בינלאומית (דוקטרינת "Charming Betsey"), אך בית המשפט מחיל את החזקה רק במקרה של חוק פנימי עמום מול כלל בינלאומי ודאי.

ב. אמנות במשפט האמריקני

סעיף 6(2) לחוקה האמריקנית קובע את עליונות האמנות, לצד החוקה והחוק הפדרלי, במשפט האמריקני:

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

פסק הדין **Fosterv. Neilson** יצר הבחנה בין אמנות הנקלטות אוטומטית (self-executing treaties) לבין אמנות הזקוקות לחקיקה כדי להיקלט (non-self-executing treaties),⁷⁵ שהן בעצם חוזה בין מדינות המופנה לרשויות הפוליטיות. בפועל, בית המשפט אף פעם לא הגדיר מפורשות מתי אמנה היא self-executing ומתי לא, אך אפשר לדלות מהפסיקה כמה פרמטרים. למשל, אמנה שאינה נקלטת אוטומטית היא אמנה המטילה על המדינה לבצע מעשה מסוים, ואז היא מופנית לרשות הפוליטית לצורך קבלתה בחקיקה.

”אם כן, המשפט הבינלאומי המנהגי ממלא תפקיד אינטגרלי במשפט האמריקני, אך בתי משפט אמריקניים יחפשו הכוונה מפורשת מהרשויות הפוליטיות לפני יישום שיפוטי של כלל מנהגי. בית המשפט יבחן את ודאות הכלל המנהגי ואת תוכנו, הצהרות ואמירות של הדרגים הפוליטיים, ואת ההשלכות האפשריות של יישום הכלל על סוגיות יחסי חוץ של המדינה.”

פסק הדין **Cameron Septic Tank** נסוב על השאלה אם פטנט פג בתאריך שנקבע בחוק האמריקני, או לפי אמנה בינלאומית שארצות הברית חתמה עליה לאחר חקיקת החוק. כדי לדעת אם הוראות האמנה נקלטו אוטומטית, בית המשפט בחן את ההיסטוריה הדיפלומטית והחקיקתית של האמנה. בעת המשא ומתן הצהירה המשלחת האמריקנית על הסתייגות מהסעיף המאריך את תוקף הפטנט.⁷⁶ הקונגרס אף חוקק חוק הקולט הוראות שונות מהאמנה, בלי הסעיף המאריך את תוקף הפטנטים. לפי בית המשפט, עצם החקיקה מעיד שהקונגרס לא סבר שהאמנה נקלטה אוטומטית. לכן, בלי חוק הקולט את הארכת תוקף הפטנט, לאמנה אין תחולה בדין האמריקני.

ב-1922 חוקקה ארצות הברית את חוק המכס, המסמך את המשטרה הימית לבדוק ולתפוס ספינות המברחות שתייה חריפה הנמצאות 4 מייל ימי מהחוף. בעבור שנתיים, ב-1924, חתמה ארצות הברית על אמנה עם בריטניה הקובעת כי בריטניה לא תתנגד לתפיסה של ספינות בריטיות במרחק של 3 מייל או שעה הפלגה מהחוף. ב-1930 שבה ארצות הברית וחוקקה חוק הזהה לחוק המכס מ-1922. פסק הדין **Cook v. United States** דן בספינה בריטית שנתפסה 4 מייל מהחוף ובשאלה מי קובע את סמכותה של המשטרה הימית – האמנה או חוק המכס. לפי בית המשפט, חוק מאוחר לא ישנה הוראות של אמנה מוקדמת אם לא הייתה כוונה ברורה של הקונגרס. הדוחות של הקונגרס והדיונים לקראת חקיקת חוק המכס ב-1930 לא התייחסו כלל לאמנה של 1924, דבר המעיד על חוסר כוונה לשנות את הוראותיה. האמנה נקלטה אוטומטית משום שהיא לא הצריכה חקיקה מפורשת כדי להסמך פעולה מנהלית.

מלבד הכוונות של הרשויות הפוליטיות, בית המשפט בוחן את ספציפיות לשון האמנה ואת ההשפעות על יחסי החוץ של המדינה. שני השיקולים האלה מתבטאים ב-**Asakura v. City of Seattle**.⁷⁸ ב-1911 חתמו ארצות הברית ויפן על הסכם הקובע את הזכות של אזרחי שתי המדינות להיכנס אלה לשטח המדינה של אלה, לנהל חנויות ולעשות כל פעילות מסחרית המותרת לאזרחי המדינה. מנגד, מדינת סיאטל העבירה חוק עירוני האוסר על הפעלת חנויות יד שנייה על ידי מי שאינו אזרח אמריקני. אסקורה (Asakura), אזרח יפני שניהל חנות יד שנייה, תבע את העיר בגין הפרה של האמנה עם יפן. לפי בית המשפט, החוקה קובעת כי אמנה נהנית מעליונות חוקתית, כמו הוראות החוקה והחוק הפדרלי, ולכן חוק עירוני ומדינתי לא יכול לבטל הוראות אמנה. אף שהעירייה טענה שהחוק נועד רק להסדיר את התחום של חנויות יד שנייה ולא לאסור עליו, בפועל הוא סותר את לשון האמנה המתירה מסחר. יש לפרש אמנות בצורה רחבה, ואם יש אפשרות לפרשנות

המגבילה זכויות לעומת פרשנות מרחיבה, יש להעדיף את הפרשנות המרחיבה. כמו כן, האמנה נועדה לקדם יחסים טובים בין המדינות, והגבלת זכויות של אזרחי יפן, בניגוד לאמנה, תפגע ביחסים אלו.

פסק הדין **Medellin v. Texas** משקף את הגישה הנוכחית של ארצות הברית כלפי אמנות.⁷⁹ לפי אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים, לאדם הנעצר במדינה זרה זכות להודיע לקונסוליה של מדינתו על מעצרו ולבקש סיוע. ב-1969 אשררה ארצות הברית את האמנה הזאת ואת הפרוטוקול הנוסף לה, הקובע שבמקרה של מחלוקת בין המדינות, יש להביא את המקרה בפני בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ). ה-ICJ הוקם כמנגנון של האו"ם, ואמנת האו"ם קובעת שכל מדינה מתחייבת לציית להחלטות ה-ICJ.

מדיין (Medellin), אזרח מקסיקו שהתגורר בארצות הברית, הואשם באונס ורצח ברוטליים של שתי בנות, הורשע ונידון למוות. כשנעצר, לא הודיעו לו השוטרים על זכויותיו תחת אמנת וינה. בית המשפט האמריקני קבע שחוסר היידוע לא השפיע על הרשעתו. מקסיקו הגישה עתירה ל-ICJ בנוגע אליו ול-50 אזרחים מקסיקנים אחרים שלטענת מקסיקו, ארצות הברית לא כיבדה את זכויותיהם תחת אמנת וינה. ה-ICJ פסק, בהחלטת Avena, שארצות הברית הפרה את אמנת וינה ועליה לבחון מחדש את הרשעתם של האזרחים המקסיקנים ואת גזרי הדין שלהם.⁸⁰ השאלה המרכזית הייתה אם החלטת ה-ICJ מחייבת בדין הפנימי.

בית המשפט התחיל בהבחנה, שמקורה בפסק הדין Foster, בין אמנות השוות לדבר חקיקה לבין אמנות הדורשות חקיקה. לפי בית המשפט, אמנת וינה, אמנת האו"ם ואמנת ה-ICJ אינן חוק פדרלי. אז ניתח בית המשפט את לשון האמנות. הפרוטוקול הנוסף לאמנת וינה אומר שכל מדינה תקבל את סמכות השפיטה של בית הדין. לפי דעת הרוב, סמכות שיפוט אין משמעה קבלה אוטומטית של החלטות בית הדין. החובה לציית קבועה באמנת האו"ם, אך להבנת הממשל, כוונת סעיף זה אינה לציית אוטומטי באמצעות הדין הפנימי, אלא להתחייבות מדינית לנקוט פעולות עתידיות באמצעות הרשויות הפוליטיות כדי לציית להחלטה. כלומר, אמנת האו"ם היא מעין חוזה בין המדינות ולא חוק מחייב. אמנת האו"ם קובעת שבמקרה של אי-ציית יש להפנות את המדינה המפרה למועצת הביטחון, והסעד הדיפלומטי הזה מוכיח שמנסחי האמנה לא שיערו שהחלטות יהיו מחייבות בדין הפנימי של כל מדינה. מעבר לכך, לארצות הברית זכות וטו בכל הנוגע להחלטות מועצת הביטחון.

”It is, moreover, well settled that the United States’ interpretation of a treaty ”is entitled to great weight”. The Executive Branch has unfailingly adhered to its view that the relevant treaties do not create domestically enforceable federal law.”

בית המשפט נתן משקל מכריע לעמדת הממשל, שסבר שהאמנות אינן אכיפות במישור הפנימי:

It is, moreover, well settled that the United States’ interpretation of a treaty “is entitled to great weight”. The Executive Branch has unfailingly adhered to its view that the relevant treaties do not create domestically enforceable federal law.

לפי השופט ברייר בדעת המיעוט, אין ביכולתו של ניתוח טקסטואלי של אמנות להעיד על היות self-executing או לא. לכל מדינה יש שיטה שונה לקלוט הוראות אמנות לתוך מערכת החוקים שלה. אמנות הן אדישות למנגנונים הפנימיים של כל מדינה, מנסחי האמנות מעדיפים שפה אחידה המתעלמת מהמאפיינים הייחודיים של כל מדינה, וכן נדיר מאוד למצוא בלשון אמנה הוראות ברורות שעל האמנה להיקלט אוטומטית. לאור כל זאת, על בית המשפט לבחון כל מקרה לגופו.

תוכן האמנה יכול ללמד על הנמען. אמנה המצהירה על שלום או הפסקת עימות מיועדת לדרג הפוליטי, ואילו אמנה המסדירה זכויות פרטיות כגון ירושה, קניין או נזיקין לרוב מיועדת לרשות השופטת. כך, אם אמנה מפרטת זכויות משפטיות ספציפיות, היא מיועדת לבית המשפט. אם כן, לשון אמנת ה-ICJ, המדברת על התחייבות לקבל את סמכות השיפוט של בית הדין ולציית להחלטותיו, מעידה שהיא בת-אכיפה משפטית. האמנות, בהיותן רב-לאומיות, אינן יכולות לציין בפירוש שהן נקלטות אוטומטית, ולכן אינן יכולות להתייחס למנגנון של כל מדינה בנפרד, אך מהות האמנה מעידה כי הן בנות-אכיפה. עם זאת, אמנת ה-ICJ משאירה את אופן האכיפה להחלטת כל מדינה בנפרד.

אמנת וינה והפרוטוקול הנוסף לה מתייחסים לזכויות ספציפיות של הפרט, בהן הזכות להודיע למדינתו על מעצרו, ולכן היא נקלטת מיד ובת-אכיפה. אם הזכויות שבאמנת וינה הן בנות-אכיפה ואמנת ה-ICJ מחייבת, מה ההיגיון להתעקש שהחלטות ה-ICJ בנוגע לאמנת וינה אינן בנות-אכיפה? החלטת ה-ICJ מתייחסת לזכויות ספציפיות של נאשמים, ולכן ברור שהיא מיועדת לבית המשפט ולא למחוקק. משכך, הקונגרס לא יכול לחוקק חוק במקרה הספציפי הזה, ולכן אי אפשר לדרוש חקיקה לפני שמיישמים את ההחלטה.

ארצות הברית חתמה על כ-70 אמנות הפונות גם ל-ICJ במקרה של מחלוקת. אם החלטות ה-ICJ במקרים האלה לא יהיו אכיפות, התוצאה תחתור תחת שיתוף הפעולה הבינלאומי. מנגד, אי אפשר לצפות שהקונגרס יאשר את האכיפה של כל החלטות ה-ICJ, מפאת רגישות

”יוצא מכך שבית המשפט יכבד את הפרשנות של הרשויות הפוליטיות את לשון האמנות. בית המשפט צמצם את תופעת האמנות הנקלטות אוטומטית, וברירת המחדל היא שבהיעדר חקיקה מפורשת אמנות אינן מעניקות זכויות משפטיות. בית המשפט יבחן כל אמנה על בסיס ניתוח לשוני, ההיסטוריה של הניסוח, אשרור ותכלית. כאשר אמנה אינה נקלטת אוטומטית, היא כפופה לחקיקה ולחוקה האמריקנית.

ג. המשפט הבינלאומי בפרשנות החוקה

בפסיקה האמריקנית, השימוש במשפט הבינלאומי ככלי לפרשנות החוקה מוגבל, ועומד במחלוקת קשה בין שופטים שמרנים לליברלים. המשפט הבינלאומי שימש בעיקר ככלי פרשני לקבוע סטנדרט של זכויות חוקתיות, בעיקר את האיסור על ”עונש אכזר ומשונה” שבתיקון השמיני ומשמעות ההליך ההוגן שבתיקון ה-14.⁸¹

פסק דין Roper v. Simmons עסק בשאלה אם עונש מוות לקטינים מפר את האיסור החוקתי על ”עונש אכזר ומשונה” שבתיקון השמיני לחוקה האמריקנית.⁸² לפי דעת הרוב, כדי לקבוע מהו עונש אכזר ומשונה, יש לבחון את ”סטנדרט ההוגנות המתפתח ומאפיין חברה מתבגרת.”⁸³ לשם כך הצביע השופט קנדי על קונצנזוס לאומי מתגבש נגד הוצאה להורג של קטינים, שהתבטא בחוקים נגד הפרקטיקה שעברו ברוב המדינות באותן שנים. מלבד החוקים האמריקניים ציין השופט קנדי שארצות הברית היא המדינה היחידה בעולם שרשמית מוציאה קטינים להורג. אף על פי שעובדה זו אינה מחייבת, בית המשפט הצביע על חתימה אוניברסלית על אמנות האוסרות על הוצאות להורג של קטינים.

השופט סקליה, המייצג את דעת המיעוט, ביקר החריפות את ההזדקקות למשפט הבינלאומי:

Though the views of our own citizens are essentially irrelevant to the Court's decision today, the views of other countries and the so-called international community take center stage.

לדעתו, העובדה שארצות הברית וסומליה הן המדינות היחידות שחתמו על אמנה בדבר זכויות הילד בכפוף לסייג לעונש מוות לקטינים, מחזקת את הטענה שאין קונצנזוס אמריקני נגד העונש. דעת המיעוט מחשיבה את העמדה של מדינות זרות, לעומת הנשיא והסנאט שבחרו דווקא להסתייג מהאמנה. סקליה דוחה את ההנחה שעל המשפט

”What these foreign sources ‘affirm’, rather than repudiate, is the Justices’ own notion of how the world ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America. The Court’s parting attempt to downplay the significance of its extensive discussion of foreign law is unconvincing.”

האמריקני להידמות שאר העולם, ומצביע על שלל סוגיות שבהן ארצות הברית שונה מהותית – כגון דוקטרינת פרי העץ המורעל בדיני ראיות, ההפרדה המוחלטת בין דת למדינה, והגישה הרחבה והפלות. סקליה מבקר את השימוש הסלקטיבי במשפט הבינלאומי, ומציין שהשופטים הליברלים לא היו רוצים לקרב את ארצות הברית לפרקטיקות שמרניות יותר הנהוגות במדינות אחרות. לבסוף הוא דוחה את הניסיון של דעת הרוב להמעיט במשמעות ההפניה לדין הבינלאומי ולהתייחס אליו כתימוכין אך לא כמכריע:

What these foreign sources “affirm”, rather than repudiate, is the Justices’ own notion of how the world ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America. The Court’s parting attempt to downplay the significance of its extensive discussion of foreign law is unconvincing. “Acknowledgment” of foreign approval has no place in the legal opinion of this Court *unless it is part of the basis for the Court’s judgment* – which is surely what it parades as today.

לסיכום, למשפט האמריקני עמדה מסויגת כלפי המשפט הבינלאומי. אומנם אין הפרדה מוחלטת בין הדין הפנימי לדין הבינלאומי, אך בכל הקשור להחלה של מנהגים, בית המשפט נוטה לחפש כוונה מצד הרשויות הפוליטיות בדמות חקיקה, צווים ומדיניות. לבית המשפט יש תרבות של כיבוד (deference) כלפי הפרשנות למנהג ולאמנה שבה דוגל הממשל. החוקה מעמידה אמנות במעמד נורמטיבי עליון, אבל הפסיקה הגבילה את העליונות לאמנות הנקלטות אוטומטית בלבד. בית המשפט בוחן את לשון האמנה, את הרקע ואת ההיסטוריה שלה, יחד עם העמדה של הממשל שלפיה הוא מחיל את הוראות האמנה על הדין האמריקני. בכל הנוגע לפרשנות החוקה, ההזדקקות למשפט הבינלאומי שנויה במחלוקת חריפה בין שופטים שמרנים לליברלים. לפי המחנה השמרני, המשפט הבינלאומי מחדיר ערכים זרים לחוקה, המשקפת את הערכים של החברה האמריקנית. לעומת זאת, השופטים הליברלים סבורים שההבנה החברתית את תוכנן של זכויות נמצאת בהתפתחות מתמדת, והמשפט הבינלאומי וההשוואתי יכול להעיד על תפיסות חברתיות חדשות.

2. קנדה

בשיטה האנגלו-קנדית, יחסי חוץ, הכוללים את הסמכות לכרות אמנות, נתונים בלעדית לסמכותה של הרשות המבצעת. בהליך כריתת אמנות אין שום חובה חוקתית להתייעץ עם הרשות המחוקקת ולערב אותה. בד בבד, הסמכות לחוקק נתונה בלעדית לפרלמנט. לכן, בקנדה נוהגת השיטה הדואליסטית: אמנה אינה חלק מהדין הפנימי ומצריכה חוק מפורש כדי להיקלט במשפט הקנדי.

בניגוד לארצות הברית, בתי משפט קנדיים אינם נוהגים בכיבוד (deference) כלפי הפרשות של הרשות המבצעת לאמנות:

If the Court is to decide judicially in accordance with that it conceives to be the law of nations, it cannot, even in doubtful cases, take its direction from the Crown, which is a party to the proceedings. It must itself determine what the law is to the best of its ability, and its view, whatever hesitation it be arrived at, must prevail over any executive order.⁸⁴

גישה זו מתחילה להישחק, לפחות בדין המנהלי, ובתי משפט נוטים לכבד החלטות של רשויות מנהליות גם כאשר הן התבססו על פרשנות "שגויה" של המשפט הבינלאומי.⁸⁵

השיטה הדואליסטית מסויגת במשפט הקנדי. זאת משום שהדין המנהגי נחשב חלק מהמשפט המקובל, ובהיעדר הוראה מפורשת הפוכה של הפרלמנט הוא חל ישירות בדין הקנדי. כמו כן, יש חזקת התאמה בין הדין הפנימי לבין אמנות בינלאומיות.

א. הדין המנהגי במשפט הקנדי

בניגוד לארצות הברית, המשפט הקנדי מתאפיין בפתיחות גדולה למשפט הבינלאומי. המשפט המנהגי נקלט ישירות במשפט המקובל, בלי צורך בחקיקה מפורשת. לכן, כאשר בעל דין מוכיח בפני בית המשפט שעמדתו היא כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי, ושהחוק המקומי אינו סותר אותו, אזי אפשר להסתמך עליו ככלל של המשפט המקובל. דוגמה לכך נמצא בפסק דין **Municipality of Saint John v. Fraser-Bruce Overseas Corp.**⁸⁶ ארצות הברית וקנדה סיכמו להקים מערכת הגנה אווירית משותפת. בכפוף להסכם, חברות בנייה הקימו כמה בניינים בשטח העיר סנט ג'ון, והעירייה הטילה מיסים על השטח. כל חומרי הבנייה היו בבעלות ממשל ארצות הברית או הוזמנו בעבורו. השאלה העיקרית הייתה אם הכלל המנהגי של חסינות ריבון זר ממיסים תקף במקרה הזה.

”It is obvious that the life of every state is, under the swift transformations of these days, becoming deeply implicated with that of the others in a *de facto* society of nations.”

בית המשפט הדגיש את חשיבות המשפט המנהגי והטמעתו במשפט הקנדי:

It is obvious that the life of every state is, under the swift transformations of these days, becoming deeply implicated with that of the others in a *de facto* society of nations. If in 1767 Lord Mansfield, as in *Heathfield v. Chilton*, could say, "The law of nations will be carried as far in England, as any where", in this country, in the 20th century, in the presence of the United Nations and the multiplicity of impacts with which technical developments have entwined the entire globe, we cannot say any thing less.⁸⁷

בית המשפט הראה כי חסינות הריבון ופטור שגרירות ממס הם כלל מוכח וקדום במשפט המקובל, וסבר שאין היגיון בהבחנה בין שגרירות הפטורה ממס לבין נכסים המיועדים להגנה לאומית.

פסק הדין **R. v. Hape** מספק סקירה טובה בנוגע למעמד המשפט הבינלאומי במשפט הקנדי, ובמיוחד במארג החוקתי.⁸⁸ המשטרה הפדרלית חקרה איש עסקים קנדי בנוגע להלבנת הון, וביקשה מרשויות איי טורקס וקייקוס היתר לערוך חלק מהחקירה על אדמתם. החוקר האחראי על חקירות פליליות באיים הסכים לפעילות המשטרה הקנדית באיים, אך הבהיר כי הם יפעלו תחת סמכותו. המשטרה הקנדית סברה שהם פעלו תחת הוראות צו בית המשפט של האיים, אך בפועל בית המשפט לא הוציא צו חקירה נגד איש העסקים הקנדי. השאלה המרכזית בפסק הדין הייתה אם גם מחוץ לשטח קנדה חלות הוראות הצ'רטר בדבר זכויות וחירויות – מגילת הזכויות שבחוקה הקנדית – בנוגע למעצר וחיפושים.

לשון הצ'רטר אינה מתייחסת לשאלות התחולה האקס-טריטוריאלית, לכן יש לפנות לכללי המשפט הבינלאומי המנהגי המסדירים את הפעולות הלגיטימיות של מדינה מחוץ לטריטוריה שלה. בית המשפט מסביר שלפי שיטת המשפט המקובל הבריטי, כללי האיסור של המשפט הבינלאומי נקלטים אוטומטית במשפט המקובל, בלי צורך בחקיקה. בית המשפט ביאר את ההיגיון בקליטה האוטומטית:

The automatic incorporation of such rules is justified on the basis that international custom, as the law of nations, is also the law of Canada unless, in a valid exercise of its sovereignty, Canada declares that its law is to the contrary. Parliamentary sovereignty dictates that a legislature may violate international law, but that it must do so expressly. Absent an express derogation, the courts may look to prohibitive rules of customary international law to aid in the

interpretation of Canadian law and the development of the common law.⁸⁹

בית המשפט גם הסביר את ההתאמה הפרשנית כדרך למנוע מצב שבו המדינה, בדין הפנימי שלה, תפר את חובותיה בזירה הבינלאומית:

One final general principle bears on the resolution of the legal issues in this appeal. It is a well-established principle of statutory interpretation that legislation will be presumed to conform to international law. The presumption of conformity is based on the rule of judicial policy that, as a matter of law, courts will strive to avoid constructions of domestic law pursuant to which the state would be in violation of its international obligations, unless the wording of the statute clearly compels that result. R. Sullivan explains that the presumption has two aspects. First, the legislature is presumed to act in compliance with Canada's obligations as a signatory of international treaties and as a member of the international community. In deciding between possible interpretations, courts will avoid a construction that would place Canada in breach of those obligations. The second aspect is that the legislature is presumed to comply with the values and principles of customary and conventional international law. Those values and principles form part of the context in which statutes are enacted, and courts will therefore prefer a construction that reflects them. The presumption is rebuttable, however. Parliamentary sovereignty requires courts to give effect to a statute that demonstrates an unequivocal legislative intent to default on an international obligation.⁹⁰

הכללים הרלוונטיים במקרה דנן הם ריבונות המדינה ושוויון בין מדינות. ריבונות המדינה מתבטאת, בין היתר, בסמכות של המדינה בשטח שלה. לפי כלל השוויון, כל המדינות הן חברות שוות בקהילה הבינלאומית וכולן זכאיות לריבונות שלהן. מהכללים האלה נובע כלל שלילי, הלא הוא האי-התערבות, שלפיו מדינה חופשית להתנהל בשטח הריבוני שלה בלי התערבות של מדינה זרה, ולכל מדינה אסור להתערב בשטח הריבוני של מדינה אחרת. בהיעדר הוראות סותרות, יש לפרש את הוראות הצ'רטר לפי כללי האי-התערבות והריבונות הטריטוריאלית. בית המשפט מבאר את דוקטרינת ההתאמה הפרשנית בדין הקנדי, ואומר כי המשפט הבינלאומי הוא מקור פרשני לא רק לחוק הרגיל אלא לחוקה הקנדית, בעיקר בנוגע לזכויות אדם שעוגנו בצ'רטר.

יש עוד כלל שלפיו מדינות מכבדות את הפעילות של מדינות אחרות בשטח שלהן ("comity"). כלל הכיבוד אינו מצדיק הפרות של המשפט הבינלאומי, אך בעידן של פשע בינלאומי והצורך בשיתוף פעולה בין מדינות, כלל הנימוס מעודד מדינות לשתף פעולה גם בהיעדר אמנה או הסכם מפורש. בית המשפט הקנדי יפרש את החוק הקנדי ואת גישתו למשפט הזר לפי רוח הכלל הנימוסי, אם לא מדובר בהפרה של המשפט הבינלאומי וזכויות האדם. לכן, רשויות קנדיות הפועלות במדינות זרות חייבות לפעול לפי הדין המקומי, בהסכמת המדינה הזרה. כלל הכיבוד אינו מאפשר למשטרת קנדה לדרוש שהחקירה תתנהל במדינה זרה לפי הדין הקנדי, והוראות הצ'רטר אינן חלות מחוץ לקנדה משום שהחלה אקס-טריטוריאלי הייתה מפרה את כלל הכיבוד. המערער לא הצליח להראות שהשגת הראיות בלי צו בית משפט פגעה בזכותו להליך הוגן. לכן, אין מדובר בסטייה מכללי הנימוס והאי-התערבות.

לפרלמנט תפקיד בזיקוק ובבירור של הדין המנהגי דרך חקיקה. בפסק הדין *Kuwait Airways Corp. v. Iraq* ביקשה חברת התעופה של כווית מבית המשפט הקנדי להוציא לפועל פסק דין בריטי נגד מדינת עיראק.⁹¹ בזמן הפלישה העיראקית לכווית ב-1990 הורתה עיראק לחברת התעופה שלה לתפוס את המטוסים של החברה הכוויתית, והאחרונה תבעה את החברה העיראקית בבריטניה. בתי משפט הורו לחברה העיראקית לשלם מיליארד דולר קנדיים לחברה הכוויתית, וכן הורו לממשלת עיראק לשלם פיצויים עונשיים על עדות שקר ושיבוש ראיות. בית המשפט העליון של קוויבק דחה את הבקשה לביצוע פסק הדין, בנימוק שהחוק הקנדי מעניק חסינות למעשי מדינה. ואולם, בית המשפט העליון של קנדה הורה לבית המשפט לערעורים של קוויבק לדון בערעור.

בית המשפט העליון הקנדי דן בהחלטתו בחוק חסינות הריבון וביחסים בינו לבין המשפט הבינלאומי. חוק חסינות הריבון, שנחקק ב-1985, נועד להגדיר ולבהיר את הדוקטרינה של "חסינות הריבון" – עיקרון עתיק של המשפט הבינלאומי. בהתחלה הוא היה כמעט מוחלט, אבל ככל שהמשפט הבינלאומי התפתח, כך הצטמצמה התחולה של הדוקטרינה. דוקטרינת הריבון היא חלק מהמשפט המקובל והמשפט הציבורי של קנדה (וגם של אנגליה), והפרלמנט הקנדי הפך את העיקרון לחוק פדרלי:

In enacting the SIA, the Parliament of Canada intended to establish a statutory framework that would better define the purpose and means of claiming the customary immunity sovereign states are entitled to in their dealings

with other members of the international community in contemporary public international law. This is an ancient principle. In the context of relations between sovereign states, it was established as a fundamental principle of public international law in recognition of the autonomy and the equality of states. At the very beginning, the effect of this privilege was to completely shield a foreign state from the jurisdiction of the courts of a host state. As international law evolved, the privilege was gradually transformed into a more restrictive immunity that forms part of the common law and of public law in England and in Canada, and that the Parliament of Canada incorporated into federal legislation by enacting the SIA. The evolution of public international law toward this more restrictive theory of state immunity reflects the recognition of the growing diversity of state functions and the ever greater difficulties that have arisen in each state's relations with foreign states, international organizations and various private interests. It is this more restrictive theory of state immunity that is expressed in the SIA.⁹²

יוצא מכך שהפרלמנט הקנדי יכול לאמץ מרכיבים של המשפט המנהגי בחקיקה ולשנות מרכיבים אחרים. החקיקה הקנדית אימצה את הכלל המנהגי של חסינות דיפלומטית, אך הסירה את החסינות מפעילות מסחרית.

בנקודת סיום, למרות מקומו של המשפט הבינלאומי במשפט המקובל, לא התקבלה בקנדה שום תביעה אזרחית על סמך עילה של הפרת הדין הבינלאומי,⁹³ ופסקי דין מועטים מאוד הוכרעו על סמך הדין הבינלאומי. זאת כנראה משום שהמשפט הבינלאומי מתמקד, על פי רוב, בזכויות של מדינות מול מדינות אחרות, ולא בסכסוכים משפטיים פנימיים.⁹⁴

ב. אמנות במשפט הקנדי

פסק הדין **Baker v. Minister of Citizenship and Immigration** הוא פסק דין חשוב במשפט המנהלי המראה איך המשפט הבינלאומי יכול להשפיע על החלטות של רשויות מנהליות. המערערת, גברת בייקה, הייתה אזרחית ג'מייקה שהגיעה לקנדה באשרת תייר, ושהתה במדינה בניגוד לחוק במשך 11 שנים. ארבעת הילדים שנולדו לה קיבלו אזרחות קנדית. רשויות ההגירה הורו לגרש אותה, והיא ביקשה, מטעמים הומניטריים, פטור מהוראות חוק ההגירה הקובעות שבקשות לאשרת מגורים קבועה תוגשנה מחוץ למדינה. פקיד בכיר של רשות ההגירה דחה את בקשתה, זלזל בהיסטוריה שלה של מחלות נפש, ולא לקח בחשבון את טובת ילדיה.

”International treaty norms are not, strictly speaking, binding in Canada unless they have been incorporated into Canadian law by enactment. However, in seeking the meaning of the Canadian Constitution, the courts may be informed by international law.”

בין השאלות המרכזיות בפסק הדין היה בית המשפט צריך להכריע בשאלה אם רשויות ההגירה חייבות לשקול את טובת הילדים גם בהיעדר קביעה מפורשת בחוק ההגירה. בית המשפט הגיע למסקנה ששיקולי טובת הילד חייבים להישקל, ויש לבחון אותם בראי מטרות החוק, הוראות מנהליות והמשפט הבינלאומי. קנדה חתמה על אמנת זכויות הילד ואשררה אותה, ואומנם האמנה לא נקלטה על ידי חקיקה אך הערכים המשתקפים בדיני זכויות האדם הבינלאומיים יכולים להוות כלי פרשני לחקיקה. כך, האמנה לבדה אינה מכריעה בהכרח בשאלת שיקולי רשויות מנהליות, אך היא מוסיפה משקל לטענת חשיבות שיקולי טובת הילד.

פסק הדין **Suresh** הוא עוד דוגמה לשימוש באמנות שלא נקלטו ככלי פרשני,⁹⁵ אף שהדין הבינלאומי היה רק נדבך אחד בניתוח של בית המשפט, ולא הכריע את ההחלטה. ב-1995 נודע לממשלה שסורש (Suresh), פליט מסרי לנקה שהגיש בקשה לאזרחות, היה חלק מארגון הטרור נמרי טמיל, והיא ביקשה לגרשו מהמדינה. בית המשפט הפדרלי ובית המשפט לערעורים אישרו את צו הגירוש, וסורש ערער לבית המשפט העליון בטענה שהוא חשוף לעינויים בסרי לנקה וכי הגירוש שלו מפר את הזכויות שהוא זכאי להן לפי כתב הזכויות והחירויות הקנדי (“הצ’רטר הקנדי”).

לפי סעיף 7 לצ’רטר הקנדי, אין לפגוע בזכויות לחיים, לחירות ולביטחון אלא לפי עקרונות הצדק הבסיסי (fundamental justice). בית המשפט הראה שהחוק הקנדי אוסר על עינויים ועונשים אכזריים, וציין כי מול איסור זה יש לאזן את האינטרס הקנדי להילחם בטרור ולא לשמש מקלט בטוח למחבלים. אף על פי שהאיזון אינו מושלם, בדרך כלל האיסור על גירוש אדם החשוף לעינויים יגבר.

לאחר שבית המשפט קבע את עמדת החוק הקנדי ביחס לעינויים, הוא פנה לדין הבינלאומי. לדעתו, אמנות בינלאומיות, גם אם אינן מחייבות בלי מעשה חקיקה, יכולות לשמש עדות לעקרון הצדק היסודי:

International treaty norms are not, strictly speaking, binding in Canada unless they have been incorporated into Canadian law by enactment. However, in seeking the meaning of the Canadian Constitution, the courts may be informed by international law. Our concern is not with Canada’s international obligations qua obligations; rather, our concern is with the principles of fundamental justice. We look to international law as evidence of these principles and not as controlling in itself.⁹⁶

בית המשפט ניסה להראות שהאיסור על עינויים הוא מוחלט או קרוב לכך. כמה אמנות אוסרות על עינויים, בהן אמנת ז'נבה הנוגעת לשבויי מלחמה, ההצהרה העולמית בדבר זכויות האדם, והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, וכמעט כל המדינות אוסרות על עינויים בחוק הפנימי. אין מדינה המודה בשימוש בעינויים, ומדינות המענות מכחישות את העינויים. בכל זה יש כדי להעיד על תמימות דעים חוצת גבולות בעניין האיסור. קנדה חתמה על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ועל האמנה נגד עינויים ואשררה אותן. אמנת הפליטים לא מאפשרת לפליט המהווה סכנה ביטחונית לטעון שהוא יהיה חשוף לסכנה אם יגורש חזרה למדינתו. לעומת זאת, האמנות האחרות אינן מחריגות אנשים המהווים סכנה ביטחונית. בית המשפט השתכנע שאפשר לפרש את ההוראות במקביל, באשר עינויים מצד המדינה הם איסור מוחלט, לעומת רדיפה מחמת השתייכות קבוצתית שאינה מספקת הגנה למי שמהווה סכנה ביטחונית. בית המשפט קבע שהדין הבינלאומי אינו מאפשר הסגרה לעינויים במקרה של סכנה ביטחונית, והאיסור הזה מלמד על תוכן עקרונות הצדק היסודי הנמצא בצ'רט.

בית המשפט העליון הסתייע בדין הבינלאומי כדי לבאר את הוראות הצ'רט. בפסק הדין **Hape** לעיל פנה בית המשפט לעקרונות המשפט המנהגי כדי לקבוע את גבולות התחולה הטריטוריאלית של זכויות חוקתיות. בית המשפט גם פנה למשפט הבינלאומי כדי לפרש את תוכן הזכויות, ובעיקר להבהיר את הרף המינימלי שלהן. לפי הפסיקה, תובע יכול להצביע על המשפט הבינלאומי כקובע את הרף המינימלי לתוכן של זכות המוגנת לפי הצ'רט, אך הממשלה אינה יכולה להסתמך על הדין הבינלאומי לצמצם את ההגנה על זכות זו. בפסק דין **R. v. Oakes** – פסק דין תקדימי שחידש את מבחני המידתיות בקנדה – דן בית המשפט העליון בהתאמה בין חוק ההופך את חזקת החפות לבין חזקת החפות המופיעה בצ'רט.⁹⁷ בית המשפט פנה לאמנות בינלאומיות, כגון ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, וכן לדין האמריקני והאירופי. הפנייה לאמנות בינלאומיות לא הייתה כמקור מחייב, אלא כמקור השוואתי כדי לבאר את משמעות חזקת החפות בדין הקנדי. המקורות ההשוואתיים תאמו את הפסיקה הקנדית הקיימת.

בית המשפט הבהיר את גבולות הפרשנות החוקתית בפסק דין **Kazemi**. השאלה הייתה אם החסינות הניתנת למדינות זרות מפני תביעות, גם אם הן מבצעות עינויים, מפרה את ההגנה על צדק בסיסי (fundamental justice) בצ'רט הקנדי.

”Were we to equate all the protections or commitments in international human rights documents with principles of fundamental justice, we might in effect be destroying Canada’s dualist system of reception of international law and casting aside the principles of parliamentary sovereignty and democracy.”

It is true that the Charter will often be understood to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents to which Canada is a party. In my view, however, this presumption operates principally as an interpretive tool in assisting the courts in delineating the breadth and scope of Charter rights. International Conventions may also assist in establishing the elements of the Malmo-Levine test for recognition of new principles of fundamental justice. But not all commitments in international agreements amount to principles of fundamental justice. Their nature is very diverse. International law is ever changing. The interaction between domestic and international law must be managed carefully in light of the principles governing what remains a dualist system of application of international law and a constitutional and parliamentary democracy. The mere existence of an international obligation is not sufficient to establish a principle of fundamental justice. Were we to equate all the protections or commitments in international human rights documents with principles of fundamental justice, we might in effect be destroying Canada’s dualist system of reception of international law and casting aside the principles of parliamentary sovereignty and democracy.⁹⁸

לסיכום, בניגוד לארצות הברית, המשפט הקנדי מתאפיין בפתיחות יחסית למשפט הבינלאומי, לפחות ברמה הרטורית. בתי משפט קנדיים מרבים לציין מקורות של משפט בינלאומי ולהתייחס אליהם, אך בפועל, נמנעים מהכרעה על בסיס המשפט הבינלאומי. האחרון משמש בעיקר לסיוע או ככלי פרשני, גם בשאלות חוקתיות. בתחום המנהלי, אמנות ומנהגים משקפים שיקולים שעל הרשויות לשקול, אך אינם מכתיבים החלטות בפועל. שלא כמו בארצות הברית, בית המשפט הקנדי אינו מכבד אוטומטית את עמדת הממשלה בפרשנות אמנה או מנהג, ומנתח את המקורות בעצמו כדי להגיע לפרשנות הנכונה לדעתו.

3. בריטניה

א. אמנות בדין הבריטי

בריטניה היא בין המדינות הבודדות שאין להן חוקה כתובה. העקרונות הבסיסיים של החוקה הלא-כתובה שלה כוללים את עליונות הפרלמנט לחוקק ואת ה"פררוגטיבה של הכתר", כלומר הסמכויות השיוריות של הרשות המבצעת, בהן הסמכות לנהל יחסי חוץ ולהצטרף לאמנות. פסק הדין Miller השני מבאר את היחס בין שני עקרונות אלו.⁹⁹

ב-2015 ערכה הממשלה משאל עם על עזיבת האיחוד האירופי. בריטניה הצטרפה לאיחוד ב-1973 וחוקקה את חוק הקהילה האירופית (European Communities Act), הקולט את הוראות הדין האירופי הרלוונטי. פסק הדין נסוב על השאלה אם די בהודעה של הממשלה על עזיבת האיחוד, או שיש צורך בחקיקה פרלמנטרית.

לפי דעת הרוב, החלטה ממשלתית אינה יכולה להתגבר על הוראות חוק הקהילה האירופית ולשנות את המצב המשפטי באופן יסודי כל כך. אומנם יש בכוחן של החלטות ממשלתיות להשפיע על זכויות משפטיות כמו במקרה של יציאה למלחמה, אך חוק הקהילה האירופית הביא לשינוי יסודי במשטר החוקי הבריטי. יציאה מהאיחוד האירופי תשפיע על זכויות חשובות כל כך של אזרחי בריטניה, שהדבר מצריך חקיקה פרלמנטרית ולא החלטה ממשלתית. מכאן שהצטרפות לאמנות ויציאה מהן אינן יכולות להעניק או לשלול זכויות משפטיות בהיעדר חקיקה מפורשת, באשר אמנה אינה יכולה לגבור על חקיקה ראשית.

בפסק הדין **R (Yam) v. Central Criminal Court** ביאר בית המשפט העליון הבריטי את המעמד של אמנות שלא נקלטו בשיטה הדואליסטית.¹⁰⁰ ים נאשם והורשע ברצח, והמדינה ביקשה שמשפטו יתנהל בדלתיים סגורות. כיוון שכך הגיש ים תביעה בפני בית הדין האירופי לזכויות אדם, בטענה שבריטניה הפרה את זכותו להליך פומבי והוגן הקבוע באמנה האירופית לזכויות אדם. ים טען שזכותו להגיש מסמכים חסויים לבית הדין האירופי, אך לאחר בחינה של המסמכים דחה היועץ המשפטי את בקשתו. השאלה העיקרית הייתה אם לבית המשפט הבריטי סמכות לסרב לחשיפה של מסמכים חסויים בפני בית הדין האירופי.

ים הסתמך על סעיף 34 לאמנת זכויות האדם האירופית, הקובע כי למדינות החותמות אסור למנוע עתירה לבית הדין או להקשות עליה. קודם הראה בית המשפט הבריטי שלפי הפסיקה של בית הדין האירופי, הסירוב של בריטניה לאפשר חשיפת מסמכים סודיים אינו מפר את

”The United Kingdom takes a dualist approach to international law. The case does not concern the construction of a statutory right, duty or power which would otherwise be of uncertain scope in a context where it can be seen or presumed that Parliament intended the statute to comply with the United Kingdom’s international obligations.”

האמנה. על פי רוב, בית הדין האירופי יכבד את שיקולי הביטחון של מדינה ואת האינטרס הלאומי. מעבר לכך, גם אם ההחלטה הייתה מפרה את המשפט הבינלאומי, לא היה בכך כדי להגביל בשום אופן את שיקול דעתו של בית המשפט הבריטי. האמנה האירופית קובעת התחייבויות של בריטניה ברמה הבינלאומית, ואינה משפיעה על זכויות בדין הפנימי.

The United Kingdom takes a dualist approach to international law. The case does not concern the construction of a statutory right, duty or power which would otherwise be of uncertain scope in a context where it can be seen or presumed that Parliament intended the statute to comply with the United Kingdom's international obligations. It concerns a general discretionary common law power, to be exercised in the light of all circumstances which the common law identifies as relevant. The starting point in this connection is that domestic and international law considerations are separate.¹⁰¹

חתימה על אמנה ואשרור שלה אינם כפופים לביקורת שיפוטית. יחד עם זאת, אמנה אינה יכולה להעניק סעד או ליצור זכויות בדין הפנימי. בית המשפט עמד על עיקרון זה בעניין **International Tin Council**.¹⁰² ה-ITC (International Tin Council) היה ארגון בינלאומי שמטרתו להסדיר את סחר הבדיל העולמי. ה-ITC הוקם על ידי אמנת הבדיל הבינלאומית, שכמה מדינות חתמו עליה, והוכר כחברה בע”מ בדין האנגלי דרך חוק שהעניק לארגון כמה זכויות. ב-1985 נכנס ה-ITC לחוב עצום, והפסיק לשלם לבעלי חוב. התובעים, בעלי החוב, תבעו את בריטניה, בטענה שכל המדינות החברות ב-ITC נושאות בחוב של החברה ביחד ולחוד.

בית המשפט דחה את התביעה, בטענה שבית משפט מדינתי אינו מוסמך לדון בזכויות העולות מהסכמים בין-מדינתיים ואף לא לאכזף אותן; בית המשפט מוסמך לדון רק לפי החוק הבריטי שהקים את ה-ITC כחברה בריטית ושהעניק לה חסינות מפני תביעות.

It is axiomatic that municipal courts have not and cannot have the competence to adjudicate upon or to enforce the rights arising out of transactions entered into by independent sovereign states between themselves on the plane of international law[...]. On the domestic plane, the power of the Crown to conclude treaties with other sovereign states is an exercise of the Royal Prerogative, the validity of which cannot be challenged in municipal law[...]. That is the first of the underlying principles. The second is that, as a

matter of the constitutional law of the United Kingdom, the Royal Prerogative, whilst it embraces the making of treaties, does not extend to altering the law or conferring rights upon individuals or depriving individuals of rights which they enjoy in domestic law without the intervention of Parliament.¹⁰³

יש מקרים שבהם בית המשפט יפרש אמנה כדי לחדד זכויות וחובות בדין הפנימי, אך הוא מסתייג מהחלפת פרשנות המדינה בפרשנות שלו. בפסק הדין **R (Corner House Research) v. Director of Serious Fraud Office** סגרה הרשות לחקירת שחיתות את חקירתה בדבר חשדות לשוחד בעסקת נשק בין חברה בריטית לבין סעודיה.¹⁰⁴ שירותי הביטחון והמודיעין הבריטיים הזהירו את מנהל הרשות שהחקירה עלולה לפגוע באופן מוחשי וממשי בביטחון הלאומי של בריטניה, אך עותר ציבורי עתר נגד סגירת החקירה.

בריטניה חתומה על אמנת ה-OECD בדבר המאבק בשחיתות של בכירים זרים משנת 1997, ותיקנה את חוק העונשין ב-2001 כדי לאסור על מתן שוחד של חברה בריטית לבכירים בחו"ל. התיקון נועד לקיים את חובותיה הבינלאומיות של בריטניה תחת אמנת ה-OECD. האמנה דורשת לחקור מעשי שחיתות בחו"ל, מבלי להתייחס לשיקולי כלכלה לאומיים או ליחסים עם מדינות אחרות. מנהל הרשות לחקירת שוחד טען שהוא פעל בכפוף לאמנת ה-OECD בסגור את החקירה.

מנגד, העותרים טענו שעל בית המשפט לפרש את אמנת ה-OECD ולפסול את החלטת הרשות המבוססת על פרשנות אחרת. הם הסתמכו על החלטה שבה רשויות המדינה טענו שפעלו לפני אמנה בינלאומית אף שהאמנה לא נקלטה. במקרה הזה לא נרשמו חילוקי דעות בין הצדדים על פרשנות החוק, ובית המשפט היה יכול להיוועץ בכמה החלטות בנושא. בית הלורדים נמנע מלפרש את האמנה משום שאין פסיקה שבה הוא יכול להיאחד ומשום שאין לבית המשפט שום יתרון על קובעי המדיניות. בית המשפט לא רצה לקבוע פרשנות שתסתור את ההבנה של קובעי המדיניות לגבי חובות המדינה בדירה הבינלאומית.

Whether, in the event that there had been a live dispute on the meaning of an unincorporated provision on which there was no judicial authority, the courts would or should have undertaken the task of interpretation from scratch must be at least questionable. It would moreover be unfortunate if decision-makers were to be deterred from seeking to give effect to what they understand to be the international obligations of the UK by fear that their decisions might be held to be vitiated by an incorrect understanding.¹⁰⁵

”It would moreover be unfortunate if decision-makers were to be deterred from seeking to give effect to what they understand to be the international obligations of the UK by fear that their decisions might be held to be vitiated by an incorrect understanding.”

כמו שאר מדינות המשפט המקובל, בתי משפט בריטיים מפרשים חקיקה בריטית לפי חזקת התאמה לאמנות שלא נקלטו. את החזקה מחיל בית המשפט רק במקרים של אי-בהירות בחקיקה ראשית או משנית.¹⁰⁶

אפשר לראות דוגמה לשימוש בחזקת ההתאמה בפסק הדין **Assange v. the Swedish Prosecution Authority**,¹⁰⁷ מר אסנג' (Assange), שהתגורר בבריטניה, היה מבוקש על ידי שוודיה בגין עבירות אונס והטרדה מינית. התובע השוודי הוציא נגדו צו מעצר אירופי (European Arrest Warrant, EAW), על פי החלטות של האיחוד האירופי בדבר EAW והסגרה. בריטניה חוקקה את חוק ההסגרה ב-2003 כדי לתת תוקף להחלטה של האו"ם.

מר אסנג' שלל את תוקף ה-EAW בטענה שהתובע אינו "סמכות שיפוטית" (judicial authority), כפי שהחלטה וחוק ההסגרה מחייבים: בשוודיה רק התובע מוסמך להוציא EAW. אסנג' טען שסמכות שיפוטית חייבת להיות בלתי תלויה ועצמאית מהרשות המבצעת והצדדים בהליך, וכיוון שתובעים הם חלק מההליך הפלילי הם אינם חסים תחת סמכות שיפוטית. לטענתו, סמכות שיפוטית במשפט הבריטי היא שופט או בית משפט.

בית המשפט היה חייב לפתור שתי סוגיות: משמעות הביטוי סמכות שיפוטית בהחלטה האירופית, ומשמעות הביטוי בחוק הבריטי. לפי דעת הרוב, מטרת ההחלטות האירופיות הייתה ליצור שיטה אחידה שתקל הסגרה בין מדינות. כמו כן, על בית המשפט לפרש את המונח "סמכות שיפוטית" כך שלא ייפגעו ההתחייבויות הבינלאומיות של בריטניה. בנוסח קודם של ההחלטה האירופית היה כתוב במפורש שסמכות שיפוטית כוללת תובעים, ולפי דעת הרוב, מחיקת ההגדרה הזאת לא נועדה לצמצם את הפירוש אלא להרחיב אותו. הם הסתמכו על הפרקטיקה של מדינות אחרות להסמיק תובעים להוציא צווי מעצר אירופיים. אחד השופטים התפלא לשמע התזה שהפרלמנט התכוון להגביל את משמעות "הסמכות השיפוטית" באמצעות שימוש באותו ביטוי בדיוק המופיע בהחלטה האירופית.

לפי לורד מאנס, בדעת המיעוט, חזקת ההתאמה תמיד כפופה לרצון הפרלמנט, רצון המתבטא בלשון החוק, ברקע, בכונת המחוקק ובמקורות פרשניים אחרים. לדעתו, המונח סמכות שיפוטית אינו בהיר אף בדין האירופי עצמו. לכן, אם הפרלמנט התכוון להגביל את משמעות המונח, דבר זה לא היה מחייב ציון מפורש בחוק. בבריטניה, כאשר מונח אינו ברור יש לפנות להצהרות שרים, והצהרות אלה הראו שוב ושוב שכונת המונח סמכות שיפוטית היא בית משפט ושופט.

לפי לידי הייל, אין בית המשפט רשאי לפרש חוק בריטי בניגוד למשמעותו הטבעית ואף לא בניגוד לכוונת הפרלמנט. כמו כן אמרה כי למונח שמכות שיפוטית יש משמעות ברורה בדין הבריטי, לעומת משמעותו העמומה בדין של הקהילה האירופית.

לפי הפסיקה, רשויות מנהליות מקומיות פטורות מהתחשבות בחובות בינלאומיות. בפסק הדין **R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Brind** ביקשו העותרים ביקורת שיפוטית על הוראות מנהליות שהוציא מזכיר הפנים.¹⁰⁸ ההוראות היו רחבות מאוד ואסרו שידור "כל דבר" הכולל אמירות והופעות של אנשים הקשורים לארגוני טרור בצפון אירלנד. החוק הבריטי הסמיך את מזכיר המדינה לאסור שידורים מסוימים, אך העותרים טענו כי ההוראות המנהליות סותרות אמנות של האיחוד האירופי המגינות על חופש הדיבור האמנות האלה לא נקלטו על ידי חקיקה, משום שהפרלמנט סבר שהחקיקה הקיימת ועקרונות המשפט המקובל כבר הגנו על זכויות אלו.

בית המשפט דחה את העתירה, וקבע שמזכיר הפנים אינו כפוף לאמנת האיחוד האירופי ואינו חייב לשקול את הוראותיה בהחלטות מנהליות:

Whatever the width of the authority conferred by section 29(3) of the Act and by clause 13(4) of the agreement and license, matters to which I must return, there is in my judgment no ambiguity in either. It follows that, whilst the Secretary of State, in deciding whether or not to issue a directive and the terms of that directive, is free to take account of the terms of the Convention, as at some stage he undoubtedly did, he was under no obligation to do so. It also follows that the terms of the Convention are quite irrelevant to our decision and that the Divisional Court erred in considering them, even though, in the end, it concluded that it derived no assistance from this consideration.¹⁰⁹

מהסקירה יוצא שלאמנות תפקיד מוגבל בדין הפנימי: אמנה אינה יכולה לגבור על חקיקה ראשית, לא להוסיף זכויות משפטיות ולא לשלול אותן; בית המשפט אינו רשאי לאכוף זכויות וחובות הקבועות באמנות בלי חקיקה ראשית; על אף חזקת ההתאמה, על בית המשפט להימנע מהחלטה בהיעדר עמימות בלשון החוק; בית המשפט נוטה לכבד את הפרשנות של רשויות מנהליות לאמנה, מחשש שהתערבות שיפוטית תרתיע את רשויות השלטון מפעולה; ובית המשפט נמנע מהתערבות בשיקולי מדיניות, ולא בנקל פוסל החלטה מנהלית גם אם החלטה לא שקללה את חובותיה הבינלאומיות של המדינה.

"It follows that, whilst the Secretary of State, in deciding whether or not to issue a directive and the terms of that directive, is free to take account of the terms of the Convention, as at some stage he undoubtedly did, he was under no obligation to do so."

ב. דין מנהגי במשפט הבריטי

לפי עיקרון קדום בשיטה הבריטית, "משפט העמים" הוא חלק מחוקי אנגליה.¹¹⁰ למרות הקביעה הזאת, בפועל המציאות מסויגת. פסק הדין **R v. Jones** עסק בשאלת הקליטה של נורמות ושל פשעים המוכרים במשפט המנהגי בתוך הדין הפלילי.¹¹¹

מדובר בערעור של כ-20 בני אדם שהורשעו בהפרת סדר ובהשחתת נכסים השייכים לצבא הבריטי. הם טענו שפעלו כדי למנוע "פשע של תוקפנות" – פלישה עתידית של בריטניה לעיראק. השאלה המרכזית הייתה אם פשע התוקפנות מוכר בדין המנהגי, ואם הוא חלק מהמשפט הפלילי האנגלי.

בית המשפט התחיל בסקירה של פשע התוקפנות, והגיע למסקנה שפשע זה אכן קיים בדין המנהגי. הוא סקר אמנות כגון אמנת חבר הלאומים, הסכם קלוג-בריאנד וחוקת האו"ם. העצרת הכללית של האו"ם גינתה תוקפנות פעמים רבות, דבר שיש בו כדי להעיד על קיומו של דין מנהגי. חוקת רומא, המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי, קובעת שיש לבית הדין סמכות לדון בפשע התוקפנות, אך גם מסייגת וקובעת שבית הדין לא יידון עד שתוסכם הגדרה של הפשע. הפשע גם מופיע בהחלטות של בית הדין הבינלאומי לצדק.

בית המשפט קבע שאין לו סמכות ליצור עבירה חדשה המבוססת על הדין המנהגי, ומצטט בהסכמה פסיקה מהמאה ה-19:

Nor, in my opinion, would the clearest proof of unanimous assent on the part of other nations be sufficient to authorize the tribunals of this country to apply, without an Act of Parliament, what would practically amount to a new law. In so doing we should be unjustifiably usurping the province of the legislature. The assent of nations is doubtless sufficient to give the power of parliamentary legislation in a matter otherwise within the sphere of international law; but it would be powerless to confer without such legislation a jurisdiction beyond and unknown to the law, such as that now insisted on, a jurisdiction over foreigners in foreign ships on a portion of the high seas.¹¹²

בית המשפט קבע שכדי ליצור עבירה חדשה שאובה מהדין המנהגי, על המחוקק לחוקק חוק, ואילו חקיקה שיפוטית בנושא תהיה נטילה של סמכות הפרלמנט:

These reasons, taken together, are very strong grounds for rejecting the appellants' contention, since they reflect what has become an important democratic principle in this country: that it is for those representing the people of the country in Parliament, not the executive and not the judges, to decide what conduct should be treated as lying so far outside the bounds of what is acceptable in our society as to attract criminal penalties. One would need very compelling reasons for departing from that principle[...]

In considering whether the customary international law crime of aggression has been, or should be, tacitly assimilated into our domestic law, it is nonetheless very relevant not only that Parliament has, so far, refrained from taking this step but also that it would draw the courts into an area which, in the past, they have entered, if at all, with reluctance and the utmost circumspection.¹¹³

פסק הדין **Keyu** גם הוא דן במגבלות של הטמעת הדין המנהגי במשפט המקובל.¹¹⁴ פסק הדין עסק בהחלטה של מזכירי המדינה לענייני חוץ וביטחון לא לפתוח ועדת חקירה בעניין מעשים שאירעו בעת השלטון הקולוניאליסטי במלדיה. ב-1948 טבח הצבא בריטי בתושבי כפר קטן במלדיה, והמשטרה חקרה את הנושא ב-1969. בשנות ה-90 התגלה מידע חדש על הטבח, וב-2008 חתמה קבוצת אזרחים על עצומה לפתוח את הנושא בוועדת חקירה. העותרים טענו בין היתר כי עקרונות המשפט המנהגי אשר נטמעו במשפט המקובל מחייבים חקירה.

העותרים הצביעו על כמה מקורות משפטיים והצהרתיים ב-25 השנים הקודמות, בהם הצהרה של העצרת הכללית ופסיקה של בית הדין האירופי הקובעות כי יש חובה לחקור מקרי הרג לא-חוקיים. בית המשפט לא השתכנע שאכן יש חובה מנהגית, ואף לא שהחובה תהיה תקפה לאירועים שקרו לפני 70 שנה. בית המשפט הוסיף שגם אם התפתחה חובה מנהגית לחקור מקרי הרג לא-חוקיים, לא יהיה נכון לקלוט את החובה הזאת במשפט המקובל. הפרלמנט קבע במפורש הסדרים לחקירות נסיבות מוות: חוק החקירות משנת 2005, וחוק חוקרי מקרי המוות משנת 2009. בית המשפט לא יכול ליצור חובות חדשות במסווה של פיתוח המשפט המקובל.

פסק הדין **Benkharbouche** מתייחס לשאלת הזיהוי של מנהג.¹¹⁵ העותרת הראשונה הייתה אזרחית מרוקו שעבדה עבור הממשלה הלובית בשגרירות בלונדון, והעותרת השנייה הייתה אזרחית מרוקו שעבדה עבור ממשלת סודן בשגרירות בלונדון. שתיהן פוטרו, ותבעו את לוב וסודן בבית הדין לעבודה בגין הפרת חוזה.

בית הדין דחה את העתירה על בסיס החסינות שלוב וסודן נהנות ממנה לפי חוק חסינות המדינה 1978. החוק אינו מאפשר תביעה על ידי מי שאינו אזרח. בית המשפט לערעורים פסק שהוראות חוק החסינות מפרשות את צ'רטר האו"ם המבטיח זכות לסעד בערכאה. מזכיר המדינה ערער על החלטת בית המשפט, וטען שהכרה של בית המשפט בחסינות של מדינה זרה לא יכולה להיחשב הפרה של מגילת האו"ם, משום שהיא חובה במשפט הבינלאומי. אומנם הצ'רטר הוא אמנה, אך יש לפרש אותו לפי הדין המנהגי. לכן, השאלה המרכזית הייתה מה היקף החסינות שמדינה זרה נהנית ממנה בדין המנהגי.

כדי לזהות כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי יש להוכיח פרקטיקה נרחבת, עקבית וייצוגית של מדינות, פרקטיקה שלפיה פועלים מתוך הבנה שמדובר בחובה משפטית. בעניין רמת הקונצנזוס הנדרשת אין כלל ברור. האם חסינות הריבון חלה על כל פעילות שלו, או רק על מעשים שנעשו במסגרת תפקידו כריבון? דיני חסינות הריבון התפתחו במשך מאות שנים. ב-1872 פסק בית משפט אנגלי שיש להבחין בין מעשה ריבוני הנהנה מחסינות לבין מעשה מסחרי שאינו נהנה מחסינות. כמה שנים לאחר מכן פסק בית המשפט שיש להכיר בחסינות מוחלטת של ריבון. לבסוף אימצו בתי משפט אנגליים את גישת החסינות המוחלטת, ואילו בתי משפט במדינות אחרות, בהן ארצות הברית, אימצו גישה מגבילה. גם במדינות הקונטיננטליות היו מגוון גישות בשאלת היקף החסינות. כיום, כמעט כל המדינות חוקקות חוקים המשקפים את העמדה המצומצמת.

כיוון שכך, אי אפשר להצביע על קונצנזוס בעד הגישה המוחלטת, ואף אי אפשר להראות שהמדינות שאימצו את הגישה המוחלטת פעלו מתוך תפיסת מחויבות משפטית. אדרבה, בשנים האחרונות ההסכמה על הגישה המצומצמת הולכת וגוברת. יתרה מכך, הגישה המצומצמת צוברת תמיכה בקרב מדינות ומלומדים, כי הם חקרו מחדש את יסודות הדוקטרינה וסיבות התפתחותה, והגיעו למסקנה שהגישה המצומצמת משקפת נכון יותר את מהות דוקטרינת חסינות הריבון.

לאחר שבית המשפט השתכנע שהגישה המצומצמת משקפת את הדין המנהגי, הוא פסק כי לבית המשפט הבריטי נתונה סמכות שיפוט על לוב וסודן, וכי העמדה של הממשלה שלפיה אין לאפשר את התביעה היא הפרה של הזכות לסעד משפטי הקבועה בצ'רטר האיחוד האירופי.

לסיכום, למשפט הבינלאומי מקום מוגבל בשיטה הבריטית, המעלה על נס את ריבונותו של הפרלמנט ואת עליונותו. בית המשפט הבריטי לא אוכף על המדינה חובות הנובעות מאמנות חוזיות מול מדינות אחרות. לרשויות המנהליות מרחב רחב של שיקול דעת והן אינן מחויבות

”לסיכום, למשפט הבינלאומי מקום מוגבל בשיטה הבריטית, המעלה על נס את ריבונותו של הפרלמנט ואת עליונותו. בית המשפט הבריטי לא אוכף על המדינה חובות הנובעות מאמנות חוזיות מול מדינות אחרות. לרשויות המנהליות מרחב רחב של שיקול דעת והן אינן מחויבות לשיקול את חובות הדין הבינלאומי, בגלל הפרדה בין הדין הפנימי לדין החיצוני.”

לשקול את חובות הדין הבינלאומי, בגלל ההפרדה בין הדין הפנימי לדין החיצוני. בית המשפט הבריטי מחיל את ההתאמה הפרשנית, כל עוד לשון החוק סובלת את הפרשנות ואין הוכחות לכוונה אחרת מצד המחוקק. כשיש מחלוקת בין הממשלה לבין עותרים או מדינות אחרות, בית המשפט אינו מכריע בניגוד לפרשנות של הממשלה, זאת כדי לא להרתיע את הממשלה מפעולות בזירה הבינלאומית.

למרות הדוקטרינה שלפיה הדין המנהגי הוא חלק מהמשפט המקובל, רק במקרים מועטים מיישמים את כללי המשפט המנהגי. זה נובע, בין היתר, מהקושי להוכיח את הקיום של כלל מנהגי מחייב. בית המשפט בוחן אם כלל אכן נחשב מנהג מחייב, אם יש מניעה חוקתית להחלת המנהג, ואם המנהג עצמו מתאים ליישום בזירה הפנימית. רוב כללי המשפט המנהגי מתייחסים ליחסים בין מדינות, ובהגדרה בית המשפט המקומי אינו יכול לקבוע את היקף החובות והזכויות של מדינה שלישית ואף לא לאכוף אותן. בית המשפט גם בוחן את כללי המשפט המקובל או שיקולי מדיניות לפני החלטת דין מנהגי.¹¹⁶

4. אוסטרליה

א. הדין מנהגי במשפט האוסטרלי

בתי המשפט האוסטרליים מחזיקים בעמדה מסויגת כלפי המשפט הבינלאומי המנהגי. פסק הדין **Chow Hung Ching v. the King** דן ברמת הוודאות הנצרכת כדי לקלוט דין מנהגי.¹¹⁷ לאחר מלחמת עולם השנייה חתמה ארצות הברית על הסכם מכירת נשק לסין. סין שלחה פועלים תחת משמעת צבאית לאסוף את הנשק משטח פפואה גינאה החדשה, שהייתה בשליטה אוסטרלית, ובזמן שהפועלים היו על אדמת פפואה גינאה החדשה הם תקפו אזרחים אוסטרלים. התוקפים הסינים טענו לחסינות מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי, ולטענתם, לפי כללי המנהג, כוח צבאי הנמצא במדינה זרה בהסכמה או בהזמנה של המדינה הזרה פטור מסמכות השפיטה של המדינה.

לפי בית המשפט העליון, המשפט הבינלאומי לא הופך אוטומטית לחלק מהמשפט האוסטרלי, אך כלל מוסכם אוניברסלי ייושם על ידי בית המשפט. לגבי כלל סמכות הדין המקומי על כוח צבאי זר, יש מחלוקת בין המלומדים לבין פרקטיקה של מדינות. בית המשפט בחן ספרות ופסיקה אמריקאיות, והצביע על חקיקה ואמנות אוסטרליות, בריטיות וקנאדיות הפוטרות חיילים של צבא יידידותי מסוגים שונים של סמכות שפיטה. משתמע מכך שלולא ההסמכה המפורשת, כוח צבאי לא היה פטור מסמכות שפיטה. אם כך, הנאשמים לא הצליחו להראות כלל רוחבי הפוטר כוח צבאי זר מסמכות שפיטה.

פסק הדין **Mabo** מראה כיצד התפתחויות בדין המנהגי יכולות להשפיע על הפסיקה.¹¹⁸ בית המשפט התבקש לבחון מחדש את זכויות הבעלות לשטח של קבוצות ילידיות. לפי הדוקטרינה המסורתית, אוסטרליה הייתה terra nullius – שטח הפקר – בעת הגילוי האירופי, והכתר האוסטרלי זכה בשטח ההפקר. דוקטרינה זו התעלמה מהשבטים הילידיים משום שהם היו, בעיני הבריטים, פרימיטיביים. בית המשפט בחן בין היתר את ההחלטה המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין סהרה המערבית, והגיע למסקנה שהמשפט הבינלאומי דוחה את הרעיון לפיו שטח מיושב יכול להיחשב הפקר. לדברי השופט ברנו,

Whatever the justification advanced in earlier days for refusing to recognise the rights and interests in land of the indigenous inhabitants of settled colonies, an unjust and discriminatory doctrine of that kind can no longer be accepted. The expectations of the international community accord in this respect with the contemporary values of the Australian people. The opening up of international remedies to individuals pursuant to Australia's accession to the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights brings to bear on the common law the powerful influence of the Covenant and the international standards it imports[...]. A common law doctrine founded on unjust discrimination in the enjoyment of civil and political rights demands reconsideration. It is contrary both to international standards and to the fundamental values of our common law to entrench [such] a discriminatory rule.

בית המשפט ביטל את הדוקטרינה של terra nullius כבסיס לריבונות המדינה, והכיר בזכויות של הילידים על שטח שהם לא ויתרו עליו לכתר. החלטה **Mabo** מראה כיצד, בנסיבות המתאימות, לנוכח עיקרון מנהגי מוסכם ומוכח ובהיעדר פסיקה נוגדת, בית המשפט יכול לתת תוקף לדין המנהגי. אומנם דוקטרינת ה-terra nullius חריגה, משום שהיא מבוססת על הנחות גזעניות המתנגשות חזיתית בתפיסות עכשוויות.

פסק דין בעניין **Industrial Relations** דן בשאלת הגורם הקובע אם המדינה מילאה את חובותיה הבינלאומיות: בית המשפט או גופים בינלאומיים.¹¹⁹ ב-1993 העבירה הממשלה הפדרלית חוק המסדיר זכויות עובדים, בהן הזכות לשבות, ובהיות החוק פדרלי הוא חייב את המחוזות. הפרלמנט הפדרלי העביר את החוק כדי לתת תוקף לשתי אמנות שאוסטרליה חתמה עליהן: ה-Freedom of Association Convention ו-Right to Organise Convention. לפי ועדה מקצועית של ה-International Labor Organisation, החוק האוסטרלי לא

עמד בסטנדרטים של האמנות. הפרלמנט העביר את החוק בהתאם לסמכותו החוקתית לחוקק חוקים "בנושא יחסי חוץ", אך המחוזות עתרו נגד החוק בטענה שהוא נחקק בחוסר סמכות. הם הצביעו על העובדה שהזכות לשביתה אינה מופיעה באמנות הרלוונטיות, ולכן הממשלה הפדרלית אינה יכולה לשאוב סמכות מסעיף "יחסי החוץ" של החוקה. מנגד, הממשלה הפדרלית טענה שהוועדה המקצועית הבינלאומית פירשה את האמנות כך שיכללו את זכות השביתה. לפי הממשלה הפדרלית, זכות השביתה היא חלק מהמשפט המנהגי, ולכן היא מוסמכת לפי החוקה לתת תוקף חוקי למנהג.

לפי בית המשפט, המדינה לא הצליחה להראות הסכמה אוניברסלית או פרקטיקה מתמשכת בין המדינות המכירה בזכות השביתה, למרות הממצאים של הוועדה המייעצת:

The final source of support for the Division is said to be customary international law. It is difficult to see how this could be so. Customary international law requires both uniformity or consistency of state practice as well as acceptance by those states that they are bound to so act. It is not enough that states act in a uniform manner if in so doing they see themselves as not acting out of a sense of legal obligation but from motives of fairness, courtesy and morality (150). There is no evidence before this Court that this is the case. It is only if one accepts a different process for the formation of customary international law that it would be possible to come to the conclusion that there is a rule of customary international law that requires states to afford a right to strike. There is no basis, on the material before this Court, which would allow us to uphold the provisions on the basis that they implement a rule of customary international law.¹²⁰

בפסק הדין **Nulyarimma** טענו תובעים מהקהילה הילידית שהממשלה האוסטרלית ביצעה בילידי היבשת רצח עם, ועתירתם הגיעה עד לבית המשפט הפדרלי הגבוה.¹²¹ הם טענו שגם בהיעדר חוק הקובע איסור על רצח עם מדובר בעבירה מנהגית, ולכן בית המשפט יכול לדון ולהרשיע פושעי רצח עם. בית המשפט דחה את הטענות שלפיהן הדין המנהגי הופך אוטומטית לדין פנימי. אילו אכן היה זה המצב, היינו מגיעים למצב אבסורדי שבו חובה הנובעת מאמנה, שהמדינה לוקחת על עצמה מרצונה החופשי, תזכה למעמד נורמטיבי מחייב נמוך ממנהג שלא נוצר דרך המחוקק. כלשונו:

”[R]eading the Constitution up or down to conform to the rules of international law is to make those rules part of the Constitution, contrary to the direction in [section] 128 that the Constitution is to be amended only in accordance with the referendum process.”

However, it is one thing to say Australia has an international legal obligation to prosecute or extradite a genocide suspect found within its territory, and that the Commonwealth Parliament may legislate to ensure that obligation is fulfilled; it is another thing to say that, without legislation to that effect, such a person may be put on trial for genocide before an Australian court. If this were the position, it would lead to the curious result that an international obligation incurred pursuant to customary law has greater domestic consequences than an obligation incurred, expressly and voluntarily, by Australia signing and ratifying an international convention. Ratification of a convention does not directly affect Australian domestic law unless and until implementing legislation is enacted. This seems to be the position even where the ratification has received Parliamentary approval[...]¹²²

פסק הדין **Al-Kateb v. Godwin** עסק בשאלת פרשנות החוקה לפי המשפט הבינלאומי.¹²³ רשויות ההגירה ביקשו לגרש מהמדינה את אל-כאתב, פלסטיני שנולד בכווית, אך כווית וישראל – שהייתה צריכה לאשר את כניסתו לעזה – סירבו לקבל אותו. הוא הוכרז כחסר מדינה ונעצר במתקן שהייה. שתי השאלות העיקריות היו אם החוק האוסטרלי מאפשר מעצר בלתי קצוב, ואם זה חוק חוקי. בין היתר, אל-כאתב טען שמעצר בלתי קצוב מפר את אמנות הפליטים של האו"ם.

לפי דעת הרוב, למשפט הבינלאומי אין מקום בפרשנות חוקתית משום שזה היה בעצם מתקן את החוקה בלי לקבל את אישור הפרלמנט. לדעת השופט מקיו (McHugh),

The claim that the Constitution should be read consistently with the rules of international law has been decisively rejected by members of this court on several occasions[...]. [R]eading the Constitution up or down to conform to the rules of international law is to make those rules part of the Constitution, contrary to the direction in [section] 128 that the Constitution is to be amended only in accordance with the referendum process.

השופט קירבי, בדעת המיעוט, קבע כי המשפט החוקתי מתפתח בהתאם למשפט הבינלאומי וכי אי אפשר להשאיר את הפרשנות החוקתית קפואה:

[T]he complete isolation of constitutional law from the dynamic impact of international law is neither possible nor desirable today. That is why national courts and especially national constitutional courts such as this, have a duty, so far as possible, to interpret their constitutional texts in a way that is generally harmonious with the basic principles of international law, including as that law states human rights and fundamental freedoms] ...[The Constitution provides both for formal amendment and judicial reinterpretation. From the earliest days of federation both means of adjustment and change have been followed, to the advantage of the Commonwealth and its people. It is idle to suggest otherwise. This court has played its role in adapting the Constitution to changing times where that was proper and compatible with the constitution text and legal principle. The developments of international law since 1945 represent no more than another change requiring adaptation.

אם כן, למשפט הבינלאומי המנהגי מקום דל בפני בתי משפט אוסטרליים. פסק הדין **Mabo** התמודד עם תפיסות קולוניאליסטיות המתנגשות חזיתית בערכים משפטיים וחברתיים עדכניים, ובכך הוא חריג המלמד על הכלל. בתי המשפט מכבדים את הפרשנות של הדרג המדיני למשפט הבינלאומי ודורשים רמת ודאות גבוהה כדי לקבוע שכלל הוא אכן נורמה מנהגית מחייבת. לבסוף, הגישה הרווחת מתנגדת לפרשנות החוקה על סמך המשפט הבינלאומי המנהגי, משום שפרשנות זו שקולה לתיקון החוקה עוקף פרלמנט.

ב. אמנות במשפט האוסטרלי

פסק הדין **Dietrich v. The Queen** דן בשאלה אם המשפט המקובל מבטיח זכות למשפט צדק על סמך המשפט הבינלאומי.¹²⁴ המערער, שהורשע בעבירות סמים חמורות, טען שעל בית המשפט העליון לקבל את הערעור שלו משום שהוא היה משולל ייצוג משפטי בהליכים הקודמים ולכן היה מדובר בעיוות דין. המערער טען שהמדינה מחויבת חוקתית לספק לו ייצוג משפטי במימון ציבורי, ושהזכות למשפט הוגן מעוגנת באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, שאוסטרליה חתומה עליה. כמו כן טען שאף על פי שהאמנה אינה חלק מהדין המקומי, המשפט המקובל אמור להתפתח כך שייתן תוקף להסכמים ולהתחייבויות הבינלאומיים של המדינה.

”[While] the provisions of an international treaty to which Australia is a party do not form part of Australian law unless those provisions have been validly incorporated into our municipal law by statute [...] ratification of an international convention is not to be dismissed as a merely platitudinous or ineffectual act[...].”

בית המשפט דחה את הטענה שיש בכוחו של הדין הבינלאומי ליצור חובה משפטית או חוקתית חדשה דרך המשפט המקובל. כיוון שכך, כדי לקבוע שיש חובה לממן סנגוריה ציבורית, על המחוקק להעביר חוק. אך דעת הרוב קבעה כי אין להמשיך בהליך כל עוד הנאשם נותר בלי ייצוג, כתוצאה מחוסר יכולת ולא באשמתו.

כמה החלטות של בית המשפט העליון קובעות כי על הרשות המבצעת מוטלת חובה מוגבלת לתת תוקף פנימי לאמנות. בפסק הדין **Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh** קבע בית המשפט כי אמנות מקימות ”ציפייה לגיטימית” שרשויות מנהליות יפעלו לפיהן.¹²⁵ רשויות ההגירה הוציאו צו גירוש לאזרח מלזיה בעקבות עבירות סמים, אך בית המשפט פסק שהן לא שקלו את טובת ילדיו בהתאם לאמנת זכויות הילד, והשהה את מימוש הצו עד שהרשויות יתחשבו בטובת הילדים. כפי שכתב בית המשפט:

[While] the provisions of an international treaty to which Australia is a party do not form part of Australian law unless those provisions have been validly incorporated into our municipal law by statute [...] ratification of an international convention is not to be dismissed as a merely platitudinous or ineffectual act[...]. Rather, ratification of a convention is a positive statement by the executive government of this country to the world and to the Australian people that the executive government and its agencies will act in accordance with the Convention. That positive statement is an adequate foundation for a legitimate expectation, absent statutory or executive indications to the contrary, that administrative decision-makers will act in conformity with the Convention.¹²⁶

בעקבות פסק הדין הוציאו משרד החוץ והיועץ המשפטי הצהרה משותפת, ולפיה אשרור של אמנה אינו מקים ציפייה לגיטימית. ב-1997, לאחר חילופי ממשלה, הוציאו משרד החוץ והיועץ המשפטי החדש הצהרה דומה. היו כמה ניסיונות מאז 1997 לחוקק חוק שיהפוך את תוצאות פסק הדין **Teoh**, אך הם לא צלחו. בית המשפט פסק לאחר מכן שהצהרות אלו אינן בעלות תוקף משפטי.¹²⁷

גם לאחר שהפרלמנט מעביר חקיקה בהתאם לחובות הבינלאומיות של המדינה, היא יכולה לתקן את החקיקה ואף לבטלה בכל עת. כלומר, לחקיקה הנובעת ממנהג או מאמנה בינלאומית אין שום מעמד גבוה מחקיקה אחרת. לכן, בעקבות מצב חירום העבירה ממשלת האוורד חוק ב-2007 שביטל זמנית חוק נגד אפליה גזענית. החוק הועבר כדי למלא את החובות שנבעו מאמנות נגד אפליה שאוסטרליה חתומה עליהן.¹²⁸

בית המשפט הבחין בין אמנות מחייבות לבין אמנות הצהרתיות, שאינן מאפשרות לפרלמנט הפדרלי לחוקק. לפי המבנה הפדרלי האוסטרלי, חקיקה בהתאם לחובות בינלאומיות נתונה בסמכות הממשלה הפדרלית. בפסק הדין **Thomas v. Mowbray** דן בית המשפט בשאלה אם החלטת מועצת הביטחון מקימה סמכות חוקתית לחוקק עבירות פליליות פדרליות חדשות.¹²⁹ השופט קירבי כתב:

Accepting[...] that the agreement by nations to take common action in pursuit of a common objective amounts to a matter of external affairs, the objective must, nonetheless, be one in relation to which common action can be taken. Admittedly, this raises questions of degree; but a broad objective with little precise content and permitting widely divergent policies by parties does not meet the description.

לדעתו, החלטת מועצת הביטחון נעדרת ספציפיות, הגדרות ברורות וחובות מפורשות לפעול. ההחלטה קראה לממשלות "לבצע את כל הפעולות המתחייבות כדי למנוע פיגועי טרור", בלי לפרט, ולכן ההחלטה לא יכולה להיחשב חובה בינלאומית המקימה סמכות חוקתית לחוקק.

לסיכום, כמדינת אי, לתרבות האוסטרלית נטיות חזקות לבדלנות. נטייה זו משתקפת במשפט האוסטרלי, שבו התנגדות רבה לשימוש במשפט הבינלאומי. סוגיית המשפט הבינלאומי נדרשת בעיקר כדי להקים סמכות חקיקה לממשלה הפדרלית, שבידיה סמכות לחוקק בנושאי יחסי חוץ. בתי דין אוסטרליים דורשים רמת ודאות גבוהה מאוד כדי להכיר בכלל במנהג כמחייב. לפי בית המשפט, הפרשנות "הנכונה" של אמנה או מנהג היא של המדינה, ולא של גופים בינלאומיים. השימוש במשפט הבינלאומי בפרשנות חוקתית הוא סוגיה שנויה במחלוקת, ודעת הרוב רואה בזה תיקון חוקתי חד-צדדי. בית המשפט פסק שאמנה שלא נקלטה יכולה להוליד ציפיות לגיטימיות בקרב צדדים רלוונטיים, ודבר זה גרר התנגדות רבה בצמרת הפוליטית.

”The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory.”

החוקה הגרמנית המודרנית עוצבה על רקע הזוועות של מלחמת עולם השנייה והשלטון הנאצי, ולכן היא מתאפיינת בחשיבות השמירה על זכויות אדם ובפתיחות גדולה למשפט הבינלאומי הפומבי. כך, סעיף 1 לחוקה קובע שזכויות אדם אינן בנות הפרה. סעיף 25 מכיר בעליונות של הדין הבינלאומי:

The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory.

סעיף 24 לחוקה מסמיך את המדינה להעביר סמכויות בחוק לארגונים בינלאומיים, להצטרף לבריתות של הגנה הדדית ולקבל את סמכות השיפוט של ערכאות בינלאומיות. סעיף 26 קובע כי מעשים שמטרתם להפר את השלום בין העמים, במיוחד הכנה למלחמת תוקפנות, הם לא-חוקתיים ואסורים בדין הפלילי.

החוקה תוקנה כמה פעמים עקב התפתחות האיחוד האירופי. למשל, החלטה מוקדמת של בית המשפט לחוקה קבעה שהעקרונות הדמוקרטיים של החוקה אינם מאפשרים לזרים להצביע בבחירות המוניציפליות, אך עקב התפתחויות של הדין האירופי בנושא תוקן סעיף 28 לחוקה כך שיתאפשר לזרים להצביע. ב-2000 תוקנה החוקה כך שיתאפשר לגרמניה להצטרף לבית הדין הפלילי בהאג וכן להסגיר אזרחים גרמנים לבתי משפט זרים. כמו כן, החוקה תוקנה כדי לאפשר לגרמניה להצטרף לאמנה נגד אפליית נשים; ההוראות הקודמות של החוקה אסרו על שירות צבאי קרבי של נשים, איסור שהפר את האמנה.¹³⁰

א. הדין המנהגי במשפט הגרמני

בית המשפט החוקתי הפדרלי (FCC) הסיק ש”ידידותיות כלפי המשפט הבינלאומי” (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) הוא עיקרון של החוקה הגרמנית. לפי בית המשפט, מטרת העיקרון היא לשלב “את המדינה כשותפה שוחרת שלום ושווה בתוך מערכת המשפט הבינלאומי שנוצרה על ידי הקהילה הבינלאומית”.¹³¹

כפי שראינו, סעיף 25 לחוקה קובע כי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי נחשבים חוק גרמני פדרלי. כללים אלו גוברים על חקיקה, ולכן בית המשפט יכול להעביר ביקורת שיפוטית על סמך הפרת הדין הבינלאומי. כשמתעוררת שאלה של מימוש דין מנהגי, כל בית משפט גרמני רשאי להפנות אותה להכרעת בית המשפט החוקתי.¹³²

כמה כללי פרשנות מסדירים את מעמדם של כללי המשפט הבינלאומי בדין המקומי, ומגבילים אילו כללים נשאבים לדין הפנימי. בית המשפט החוקתי הגדיר את כללי המשפט הבינלאומי ככללים הזוכים להסכמה כללית של המדינות, ולא דווקא להסכמה מפורשת של גרמניה. בהחלטת **שגרירות איראן** אפשר לראות יישום של סעיף 133.25¹³³ חברת בנייה גרמנית התקינה מערכת חימום בשגרירות האיראנית, ומשהשגרירות לא שילמה, החברה תבעה אותה. בית המשפט ביקש מבית המשפט החוקתי לקבוע אם יש כלל בדין הבינלאומי המונע מבית המשפט את הסמכות לדון בתיק.

משרד החוץ הגרמני הגיש חוות דעת ולפיה עבודת ההתקנה הייתה במסגרת פעילות ריבונית, בניגוד לפעילות מסחרית, ולכן היא חסינה בפני תביעה. כדי ללמוד על היקף החסינות של ריבון זר סקר בית המשפט החוקתי פסיקה גרמנית, פסיקה זרה, אמנות וספרות מקצועית. בית המשפט החוקתי הראה שאין הסכמה או פרקטיקה כללית של חסינות מוחלטת או כמעט מוחלטת לריבון, ושהפרקטיקה בין המדינות מלמדת שיש התפתחות בכיוון של חסינות יחסית. בית המשפט פסק שהעבודה הייתה פעילות מסחרית ולא פעילות ריבונית, בניגוד לעמדת משרד החוץ.

בהחלטה אפשר לראות שבית המשפט מתייחס לשאלת זיהוי ופרשנות של הדין הבינלאומי כשאלה משפטית גרידא, ולכן דוחה את עמדת המדינה. במשפט החוקתי הגרמני אין מסורת של *deference* – כיבוד – כלפי הרשות המבצעת בענייני יחסי חוץ, ואין דוקטרינה של שאלה פוליטית. יתרה מכך, התערבות של הרשות המבצעת בעד פרשנות מסוימת של אמנה עלולה להיתפס כהפרה של הפרדת הרשויות. ככלל, הרשות המבצעת תתקשה להשמיע את עמדתה בסוגיית פרשנות של אמנה אם היא אינה משיבה לעתירה, משום שבשיטה הגרמנית אין מעמד פורמלי של ידידי בית המשפט.¹³⁴

הכללים שנקבעו בסעיף 25 לחוקה הם רחבים ועקרוניים ואינם מתייחסים להסדרים מפורטים וספציפיים, ולכן הפרלמנט יכול לקבוע בחוק איך ליישם אותם וסעיף 25 בדרך כלל לא יהווה עילה לפסילת חוקים. כפי שבית המשפט הסביר בהחלטת **שגרירות איראן**, כללי המשפט הבינלאומי מסדירים את ההבחנה הכללית בין פעילות ריבונית לבין פעילות מסחרית, אך קטלוג של מעשה ספציפי כריבוני או מסחרי הוא שאלה של הדין הפנימי.

עוד תנאי לקליטה של הדין המנהגי הוא הצורך ב"יישום ישיר". לפי מושג זה, כלל לא יוצר זכויות או חובות לפרט, אלא אם כן הוא מתייחס אליהן באופן ישיר. כלל מנהגי הוא ישים אם הוא שפיט, כלומר מפורט

דיו לאפשר לשופט להחליט, והוא שפיט אם אינו מצריך עיבוד או פירוט כדי שצדדים יסתמכו עליו או שבית משפט יפסוק על פיו. כפי שבית המשפט החוקתי הסביר:

When Art. 25 para.2, [and Art] 100 para.2 GG [Basic Law] speak of the general rules of public international law directly creating rights and duties for individuals, it is meant in those cases, in which a general rule of public international law itself directly sets out, according to its content and addressees, i.e. without a further normative act (for example, a domestic statute or regulation), subjective rights or duties of private individuals on the level of general public international law.¹³⁵

שאלת היישום הישיר קשורה גם לשאלת הצדדים לחובה. כללים מסוימים של המשפט הבינלאומי פונים למדינות ואחרים פונים לפרט, ופסק הדין נזקי מלחמה מדגים את ההבחנה הזאת.¹³⁶ בית המשפט החוקתי דן בטענה שכללי המשפט הבינלאומי מזכים בפיצויים מי שניזוק עקב כיבוש לאחר מלחמה. כוחות בריטיים תפסו בתים השייכים לתובעים, ושילמו פיצויים נמוכים. בית המשפט קבע שכללי הפיצויים מטילים חובות על המעצמה הכובשת, ולכן אינם יכולים לחייב את הממשלה הגרמנית להטיל חובה על מדינה אחרת.

אם כן, המשפט הגרמני נוטה לשיטת המוניזם, כך שהחוקה הגרמנית קובעת כי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי נקלטים אוטומטית בדין הפנימי, גוברים על חקיקה ראשית, ויכולים ליצור זכויות וחובות משפטיות לאזרחי גרמניה. בית המשפט החוקתי הגרמני פיתח כללי סינון לקליטת המשפט הבינלאומי, והעיקריים שבהם הם דרישת ודאות גבוהה לקיום הכלל ודרישת היישום הישיר.¹³⁷

ב. אמנות במשפט הגרמני

לפי סעיף 59 לחוקה הגרמנית, אמנות המטילות חובות משפטיות מצריכות אישור של הפרלמנט. בניגוד למשפט המנהגי, מעמדה של אמנה זהה למעמד החקיקה הפדרלית, ואינו גבוה יותר. כלומר, הפרלמנט רשאי לחוקק חוקים המנוגדים להוראות האמנה, ואם יש סתירה, חוק מאוחר יגבר על חוק מוקדם. כפי שבית המשפט החוקתי הסביר:

[T]he [Basic Law] does not go so far in its support for international law as to secure compliance with existing international treaties, by binding the legislator to law corresponding with them [...]. Particular treaty agreements, even where they lay down objective law, do not enjoy this

constitutional position. The legislator accordingly has power of disposition over the stock of laws even where a treaty commitment exists, insofar as it does not have as its general object general rules of public international law.¹³⁸

יש אמנות המשנות כללים מנהגיים ומחדדות אותם. להלכה, היה אפשר לפסול אמנה המשנה מנהג, משום שהדין המנהגי גובר על חקיקה רגילה ואמנות זוכות למעמד של חקיקה רגילה. אך למעשה, בית המשפט החוקתי קבע כי המשפט המנהגי מתייחס לרמה כללית ועקרונית, לעומת אמנה הקובעת יישום מפורט וספציפי יותר של כללי המנהג:

Under Art.25 of the [Basic Law], general rules of international law only become an integral part of Federal law as to their specific content and their particular reach. Art.25 of the [Basic Law] affords them access to the German legal system only to the extent of their validity under international law, a status that may also be determined by reference to the degree to which they have been superseded by the treaty rules of individual states. Art.25 of the [Basic Law] does not prevent treaty arrangements, permissible under international law but not in full harmony with general rules of international law, from acquiring the force of national German law through legislation.

Customary international law is in all respects *jus dispositivum*, i.e., its rules apply in the absence of an agreement to the contrary. There is no known doctrine of general international law that would assign general customary rules of international law absolute priority over treaty arrangements. To the extent that it affects the parties to a treaty, international treaty law as a rule takes precedence over customary international law as *lex posterior* and *lex specialis*.¹³⁹

פסק הדין **Görgülü** מראה את האופי המסויג של עקרון הידידותיות כלפי המשפט הבינלאומי.¹⁴⁰ בפסק הדין מדובר על אישה גרמנייה שהרתה לגבר שהיא לא הייתה נשואה לו, בלי ידיעתו. האם העבירה את הילד לאימוץ במשפחת אומנה, וכשהאב גילה את קיומו של הילד הוא עתר לאמץ אותו, אך בית המשפט הגרמני דחה את הבקשה בטענה שההפרדה מהמשפחה המאמצת תפגע בילד. או אז עתר האב לבית הדין האירופי לזכויות אדם, בטענה שהחלטת בית המשפט הגרמני הפרה את זכותו לחיי משפחה המוגנת באמנה. בית הדין פסק לטובתו, אך כשהאב ערער לבית המשפט הגרמני בעקבות ההחלטה האירופית, בית המשפט דחה את הערעור בטענה שההחלטה האירופית מחייבת את הרפובליקה הגרמנית אך לא את בית המשפט.

האב ערער לבית המשפט החוקתי. בית המשפט בחן את מעמדה של האמנה האירופית לזכויות אדם במבנה הפדרלי והחוקתי הגרמני, וקבע כי החוקה הגרמנית לא אימצה את המשפט הבינלאומי בלי תנאים. לאמנה, ככל האמנות, יש מעמד של חוק פדרלי רגיל ולא מעמד חוקתי, ולכן ייתכן מצב תאורטי שבו הוראות האמנה מתנגשות בחוק הפדרלי. זה בולט במצבים שבהם קריאה מרחיבה של הזכויות של צד אחד מניבה צמצום של הזכויות של הצד האחר, למשל הרחבת הזכויות של האב הביולוגי יכולה לפגוע בזכויות של המשפחה המאמצת.

למרות האמור לעיל, קבע בית המשפט החוקתי, על בתי המשפט הגרמניים לפרש את החוק ואף את החוקה לאור האמנה. אם בית משפט גרמני אינו לוקח את האמנה בחשבון, הדבר מקים עילת ערעור לבית המשפט החוקתי. אמנת זכויות האדם אינה קובעת את המנגנון שלפיו מדינה צריכה לציית להוראות האמנה ולהחלטות בית הדין לזכויות האדם, ומדינה יכולה לפרש את החוק לאור האמנה או לשנות את החוק הסותר. החוקה הגרמנית מנחה את כל הרשויות לפעול לאור המשפט הבינלאומי, וקובעת מטרת-על של שיתוף פעולה בינלאומי. עם זאת, החוקה לא ויתרה על ריבונות גרמניה, והמחוקק רשאי לחוקק בניגוד לדין הבינלאומי.

החלטות בית הדין האירופי הצהרתיות הן ואינן אכיפות ישירות. בית הדין קובע את הפרשנות הנכונה להוראות האמנה ויכול לקבוע שמדינה הפרה את האמנה. ברמה הבינלאומית, על המדינה לתקן את המצב שנוצר עקב ההפרה, אך ההחלטה אינה מחייבת כלפי פנים. החוק הגרמני שקלט את אמנת זכויות האדם מחייב את הערכאות המקומיות להתחשב ברצינות בהחלטות בית הדין האירופי ולשקול אותן בבואן לפסוק. בית המשפט שדחה את עתירת האב לא הראה התייחסות להחלטה של בית הדין, וטען כי לא הוכחה סיבה שלא לקבל את הפסיקה. כיוון שכך, על בית המשפט לשקול שוב את החלטתו.

בפסק הדין **הסכם מס עם טורקיה** חזר בית המשפט על הקביעה שלפיה אמנות לא יכולות להגביל את סמכות המדינה לחוקק חוקים.¹⁴¹ דוג טורקי-גרמני עתר נגד חוק מיסוי גרמני שסתר אמנת מס בין טורקיה לגרמניה. עקרון הדמוקרטיה מונע מהמחוקק להגביל את המחוקק העתידי, ולכן מחוקק רשאי לחוקק חוקים הסותרים אמנות. אף על פי שהכלל שיש לקיים התחייבויות הוא כלל תקף של המשפט הבינלאומי, הוא מתייחס לחובה של המדינה ברמה הבינלאומית. כלל זה אינו יכול להגביל את המחוקק כלפי פנים. בית המשפט סבר שפסק דין **Görgülü** לא קבע שהמחוקק רשאי לסטות מאמנות בינלאומיות רק כדי להגן על עקרונות חוקתיים בסיסיים. כמו כן, **Görgülü**

**”החוקה הגרמנית
מעגנת את עקרון
הידידותיות
כלפי המשפט
הבינלאומי,
ומעניקה לו מעמד
נורמטיבי עליון.
גרמניה מגינה
בחוקה ברמה
הגבוהה ביותר על
הציות למשפט
הבינלאומי המנהגי
ועל זכויות האדם.
למרות זאת,
הידידותיות
אינה מוחלטת.”**

עסק באמנת זכויות אדם, אמנה הזוכה להגנה מיוחדת ולעיגון מיוחד בחוקה.

ב-2004 קבע בית המשפט החוקתי הפדרלי כי יש לפרש את כל הוראות הדין הגרמני בהתאם לאמנה האירופית לזכויות האדם ולפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג. זה כולל את הזכויות המנויות במגילת הזכויות בחוקה הגרמנית. בית המשפט החוקתי הבהיר שבמקרה ובו החוקה הגרמנית מנוגדת בבירור ובמפורש לאמנה, הוראות החוקה גוברות.¹⁴²

לסיכום, החוקה הגרמנית מעגנת את עקרון הידידותיות כלפי המשפט הבינלאומי, ומעניקה לו מעמד נורמטיבי עליון. גרמניה מגינה בחוקה ברמה הגבוהה ביותר על הציות למשפט הבינלאומי המנהגי ועל זכויות האדם. למרות זאת, הידידותיות אינה מוחלטת: לאמנות בעלות חשיבות מיוחדת יש צורך באישור הפרלמנט, ובתי המשפט מחילים ישירות רק כללים מפורטים, ודאיים ובני-יישום. כמו כן, אמנות זכות למעמד דומה לחוק, ובכך גרמניה שומרת על ריבונותה לחוקק חוקים המשנים את הוראות האמנה או מבטלים אותן.

6. צרפת

א. הדין המנהגי במשפט הצרפתי

צרפת נחשבת מדינה שנהוגה בה השיטה המוניסטית.¹⁴³ במבוא לחוקה הצרפתית של 1946 מופיע:

The French Republic, faithful to its traditions, shall respect the rules of public international law.

המבוא לחוקה של 1958, שהיא החוקה העדכנית של צרפת, קובע שהחוקה החדשה משלימה את החוקה הקודמת, ולכן עקרון הכבוד לדין הבינלאומי שריר וקיים בחוקה הנוכחית. סעיף 55 לחוקה הצרפתית מ-1958 קובע את מקומם של אמנות והסכמים:

Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, prevail over Acts of Parliament, subject, with respect to each agreement or treaty, to its application by the other party.

בית המשפט המנהלי – מועצת המדינה – קבע כי סעיף זה מתייחס לאמנות ולהסכמים, ולא למשפט המנהגי.¹⁴⁴ המנהג הבינלאומי ממלא תפקיד שולי בדין הצרפתי, אולם אפשר לראות התייחסות בכמה החלטות, בעיקר בהחלטות מנהליות.

”Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, prevail over Acts of Parliament, subject, with respect to each agreement or treaty, to its application by the other party.”

בחלטה בעניין **Aquarone** נקבע כי המנהג אינו מסמיך שופטים מנהליים לפסול החלטות.¹⁴⁵ מר אקוורון (Aquarone) פרש לגמלאות לאחר עבודתו כרשם בבית הדין הבינלאומי לצדק. הוא התגורר במדינה אחרת, וטען שאין להטיל מס על הפנסיה שלו. בית המשפט לא השתכנע שנוהג זה אכן הפר את המנהג הבינלאומי, אבל במקרה של הפרה, אין הוא מוסמך לפסול חקיקה על סמך המנהג. בפסק הדין נקבע שסעיף 55 לחוקה אינו מתייחס למשפט המנהגי.

מועצת המדינה נקטה גישה הפוכה לחלוטין בהחלטת **Saleh**, שבה בית המשפט חייב את המדינה בפיצוי נזיקין על סמך כלל מנהגי.¹⁴⁶ המקרה עסק באזרחית מרוקו אשר עבדה עבור שגרירות כווית בפריז. היא תבעה את השגרירות בגין הלנת שבר, וזכתה במשפט. משרד החוץ הצרפתי מנע ממנה לממש את פסק הדין בפועל, בטענה שהכספים נהנים מחסינות ריבון. משכך היא פנתה למשרד הכלכלה, בדרישה שהמדינה תפצה אותה. היא הסתמכה על דוקטרינה צרפתית שלפיה המדינה חייבת לפצות אזרחים אם היא מפרה את עקרון השוויון בנשיאת הנטל הציבורי, אולם העתירה נגד משרד הכלכלה נדחתה, ובית הדין קבע כי הנזק של העותרת אינו חמור דיו להפעיל את הדוקטרינה.

בערעור פסקה מועצת המדינה כי לפי כללי המשפט הבינלאומי מדינות נהנות מחסינות, וכי אין חוק צרפתי הקובע הסדר אחר, אך כלל החסינות יכול להפעיל את דוקטרינת אחריות המדינה ובכך לזכות את האדם בפיצויים. בית הדין המנהלי טעה בפסקו שהנזקים אינם חשובים דיים להפעיל את הדוקטרינה.

אם כן, המשפט המנהגי לא ממלא תפקיד מרכזי במשפט הצרפתי. ייתכן שפסק הדין **Saleh** מבשר שינוי גישה, ולו רק בתחום המנהלי.

ב. אמנות במשפט הצרפתי

בתי משפט צרפתיים הכירו במעמד של אמנות כגוברות על החלטות ועל חקיקה.

פסק דין **Chevron** מדגים את המעמד הנורמטיבי של אמנות. העותרת, רופאה שהוכשרה באלג'יריה, ביקשה ממועצת המדינה להורות על ביטול החלטות איגוד הרופאים לא להכיר בהסמכתה.¹⁴⁷ היא נשענה על אמנת שיתוף פעולה תרבותי בין המדינות, שבה נכתב כי המדינות יכירו בהדדית בתארים ובהסמכות. כדי שאמנה תקנה סעד בבית משפט, היא צריכה להניב "השפעות ישירות" (direct effects), בדומה לדוקטרינת ה-self-execution בארצות הברית. אמנה לא תהיה

בת-אכיפה אם היא הצהרתית בלבד, אם היא פונה רק למדינות וברמה הבינלאומית, ואם היא אינה מפרטת הסדרים מפורשות. בית המשפט הכיר באמנת שיתוף הפעולה כאמנה בינלאומית במסגרת סעיף 55 לחוקה. כדי לקבוע אם אמנה מניבה השפעות ישירות, בית המשפט הסתמך על הפרשנות של משרד החוץ שלפיה היא אכן עושה זאת. האמנה כוללת נוסחה מדויקת של כלל פשוט – הכרה בתארים – ואינה מצריכה עוד החלטה או חקיקה כדי ליישם אותה. לפי סעיף 55 לחוקה, יש גם צורך בהדדיות בין המדינות כתנאי לתוקף האמנה. משרד החוץ חיווה את דעתו, ולפיה אלג'יריה לא פעלה בהדדיות ולא הכירה בתארים צרפתיים. לכן, מועצת המדינה דחתה את העתירה.

לאחר הדחייה עתרה גברת שברול (Chevrol) לבית הדין האירופי לזכויות אדם, והוא פסק שצרפת הפרה את זכויותיה להישמע בפני "ערכאה". בית הדין האירופי לזכויות אדם פסק שכפיפות מועצת המדינה לעמדת משרד החוץ מנוגדת להוראות אמנת האיחוד האירופי, משום שלפי האמנה, "ערכאה" צריכה להיות עצמאית מהרשות המבצעת ובלתי תלויה בה.¹⁴⁸ לאחר פסיקת בית הדין האירופי עתרה שברול למועצת המדינה בבקשה לפתוח מחדש את החלטותיה, אך המועצה דחתה את הבקשה בקביעה כי אין שום מנגנון באמנת אירופה או בדין הצרפתי לאפשר ערעור על ההחלטה.

לפי הגישה המסורתית לפרשנות אמנה, בתי משפט מפנים שאלות למשרד החוץ ופועלים לפי פרשנותו. בית המשפט העליון לערעורים אזרחיים ופיליליים (Court de Cassation) קבע שהוא בעל מומחיות לקבוע פרשנות אמנה כשמדובר בשאלה של אינטרסים פרטיים ולא של יחסי חוץ, ואילו שאלות פרשנות של אמנת האיחוד האירופי הן בסמכות בית הדין האירופי לצדק. חריג בולט הוא במצב שבית המשפט קובע כי הוראת האמנה ברורה דיה ואינה מצריכה שאלה של פרשנות. מאז החלטה חשובה ב-1990 קבעה מועצת המדינה שהיא מוסמכת לפרש אמנה לא ברורה.¹⁴⁹ היא תשקול את עמדת משרד החוץ, אבל עמדת הממשלה לא תכריע.¹⁵⁰

הסמכות של בתי המשפט המנהליים והאזרחיים לפרש אמנות מעניקה להם כוח רב לעצב את החובות הבינלאומיות של המדינה ואף לקבוע את עליונות הדין הצרפתי על פני חובה בינלאומית. אפשר לראות דוגמה לכך בהחלטה של מועצת המדינה ב-1996 בעניין *Koné*.¹⁵¹ מדינת מאלי ביקשה מצרפת להסגיר את מר קונה (Koné) בהתאם לאמנת הסגרה הדדית בין המדינות. מועצת המדינה קבעה כי הוראות חוק צרפתי משנת 1927, שלפיהן אין להסגיר אדם אם המדינה המבקשת מבקשת זאת מטעמים פוליטיים, הן בעצם עיקרון חוקתי יסודי. מעמד

”לסיכום, לבתי
משפט צרפתיים
סמכות ביקורת
מוגבלת מאוד
בדרך כלל.
לפי הפסיקה
המסורתית,
למשפט המנהגי
אין שום מעמד
בדין הצרפתי.
עמדה זו
השתנתה בשנים
האחרונות, אך
הדין המנהגי נשאר
זניח בפסיקה.”

חוקתי זה משליך על הוראות אמנת ההסגרה. לבסוף השתכנע בית המשפט כי מאלי לא פעלה מסיבות פוליטיות, ואישר את ההסגרה.

ככלל, שופטים בכל הערכאות מנסים לפרש חוקים ואמנות בהרמוניה ולמנוע סתירות.¹⁵² הערכאה המנהלית העליונה היא מועצת המדינה, ויש בה התייחסות גדולה לאמנות. אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שלה הוא החלטת **Nicolo**, שבה נקבע כי חוקים צרפתיים מאוחרים כפופים להוראות אמנות מוקדמות.¹⁵³ העותר טען נגד חוק צרפתי שאפשר לאזרחים צרפתיים המתגוררים מחוץ למדינה לבחור נציגים לפרלמנט האירופי. הוא טען שהסדר זה מנוגד להוראות האמנה המקימה את הקהילה האירופית הכלכלית. לפני פסק הדין, עמדת מועצת המדינה הייתה שהיא אינה מוסמכת לבדוק התאמה של חוק לאמנה. במקרה הזה, המועצה לא פסלה את החוק משום שהיא סברה שהוא אינו סותר את הוראות האמנה.

ה-Cour de Cassation היא הערכאה העליונה לעניינים אזרחיים ופליליים. ב-1975 קבע בית המשפט כי הוא מוסמך לתת עדיפות לאמנה על פני חוק מאוחר. בהחלטת **Société Cafés Jacques Vabre** טען המערער שה-Cour de Cassation כפוף להוראות אמנות מכס אירופי ולא לחוק המכס הצרפתי, ובית המשפט קיבל את עמדתו.¹⁵⁴

לסיכום, לבתי משפט צרפתיים סמכות ביקורת מוגבלת מאוד בדרך כלל. לפי הפסיקה המסורתית, למשפט המנהגי אין שום מעמד בדין הצרפתי. עמדה זו השתנתה בשנים האחרונות, אך הדין המנהגי נשאר זניח בפסיקה. אמנות בעלות חשיבות מיוחדת דורשות את אישור הפרלמנט, וכל אמנה גוברת על חוק צרפתי. בעבר לא בחנו בתי המשפט הצרפתיים את הפרשנות של המדינה לאמנה, אך כיום בתי המשפט נוקטים גישה עצמאית יותר, דבר שנותן להם כוח רב יותר בעיצוב החובות בינלאומיות של המדינה.

מעמד המשפט הבינלאומי בדין הפנימי – מבט השוואתי

צרפת	גרמניה	אוסטרליה	בריטניה	קנדה	ארה"ב	ישראל	
מוניסטי	מוניסטי – "ידידות כלפי המשפט הבינלאומי" כעיקרון חוקתי.	דואליסטי	דואליסטי	דואליסטי	דואליסטי	דואליסטי	דואליסטי/ מוניסטי
לפי החוקה, אמנות על חקיקה.	לאמנות לחקיקה, ולא עליון עליה.	אין תוקף לאמנה שלא נקלטה. אמנה יכולה להקים ציפייה לגיטימית שרשויות מנהליות יפעלו לפיה (Teoh).	אין תוקף לאמנה שלא נקלטה.	אין תוקף לאמנה שלא נקלטה, אך היא יכולה לשמש ככלי פרשני. רשות מנהלית חייבת לשקול חובות הסכמיות.	החוקה קובעת שאמנות הן "עליונות" הפסיקה הבחינה בין אמנות המצריכות קליטה לאמנות שאינן מצריכות. בפועל, כמעט כל האמנות נעדרות תוקף בלי חקיקה קולטת (Medellin).	רשמית, לאמנות שלא נקלטו אין תוקף בדין הפנימי, אך בית המשפט יפרש חקיקה לאור האמנות. בכמה החלטות ציין בית המשפט אמנות שלא אושרו (קלפי מיקוח, מילת נשים, שלילת אזרחות).	מעמד אמנות
המנהג ממלא תפקיד שולי, בעיקר בהחלטות מנהליות.	כללים מנהגיים בעלי ודאות גבוהה ואופן "ישום" נקלטים אוטומטית. דין מנהגי זה גובר על חקיקה, ואפשר לערוך ביקורת שיפוטית לפיה.	רשמית, הדין המנהגי הוא חלק אוטומטי, אך בפועל השימוש בו מוגבל.	רשמית, הדין המנהגי הוא חלק אוטומטי, אך בפועל השימוש בו מוגבל.	נקלט אוטומטית.	רק מנהג בעל רמת ודאות גבוהה מאוד נקלט. בית המשפט יחפש הנחיה של הרשויות הפוליטיות.	מחייב גם בלי חקיקה. מאז תקופת אהרן ברק, בג"ץ בוחן כל פעילות ביו"ש לפי הדין המנהגי (וההסכמי).	מעמד הדין המנהגי

צרפת	גרמניה	אוסטרליה	בריטניה	קנדה	ארה"ב	ישראל	
כן	כן, בהיעדר חוק סותר מפורשות.	קיימת רשמית, אך השימוש בה מוגבל מאוד.	רק במקרים של אי-בהירות או עמימות בחוק (Assange).	בית המשפט מפרש חקיקה בהתאם לדין הבינלאומי.	בית המשפט מחיל את חזקת ההתאמה (Charming Betsy Doctrine) רק מקרים של חקיקה עמומה.	שימוש נרחב מאוד. פס"ד יתד – התערבת בתקציב, בלי עמימות בחקיקה הישראלית ובלי להראות שכך הדין הבינלאומי מחייב. שלילת אזרחות – על אף חוק ישראלי ברור, בית המשפט פירש את החוק כדי לחייב מתן רישיון ישיבה קבועה.	חזקת ההתאמה
לפי הגישה המסורתית, דין מנהגי לא יכול לפסול החלטות (Aqurone) אך יש פסיקות הפוכות (Saleh). אמנות על גוברות על החלטות.	לדין הבינלאומי מעמד עליון על החלטות מנהליות.	אמנה יכולה להקים ציפייה לגיטימית מנהליות יפעלו לפי האמנה (Teoh). משרד החוץ והיועמ"ש לא הצליחו להפוך קביעה זו.	רשות מנהלית לא חייבת לשקול הוראות של הדין הבינלאומי (Brind).	רשויות מנהליות חייבות לשקול את הבינלאומיות של המדינה, גם בהיעדר חקיקה קולטת (Baker).	מוגבל	דין בינלאומי נבחן לפעמים כחלק ממבחני סבירות ומידתיות.	הדין הבינלאומי במשפט המנהלי

צרפת	גרמניה	אוסטרליה	בריטניה	קנדה	ארה"ב	ישראל	
אין	<p>"ידידות כלפי המשפט הבינלאומי" בעיקרון חוקתי. יש לפרש את החוקה ככל האפשר לפי האמנה האירופית לזכויות אדם.</p>	<p>נדחה בפס"ד Al-Kateb .v. Godwin. פרשנות חוקתית לפי הדין הבינלאומי מהווה תיקון חוקה בלי אישור הפרלמנט.</p>	<p>לבריטניה אין חוקה כתובה. פס"ד Miller הראשון מפרש את היחס בין עליונות הפרלמנט לבין סמכויות הרשות הממשלה. אחראית על הצטרפות לאמנות, אבל שינוי מהותי בזכויות מצריך חקיקה.</p>	<p>הדין הבינלאומי מגדיר את ההגנה המינימלית של הוראות הצ'רטר (Suresh, Oakes, Hape). אין תחולה אקס-טריטוריאלית להוראות הצ'רטה.</p>	<p>שימוש מוגבל, עומד במחלוקת קשה בין שופטים שמרנים לשופטים ליברלים. בשימוש בעיקר לצורכי פרשנות האיסור על "עונשים אכזריים ומשונים" והזכות ל"הליך הוגן".</p>	אין הכרעה	<p>דין בינלאומי בפרשנות חוקה</p>

צרפת	גרמניה	אוסטרליה	בריטניה	קנדה	ארה"ב	ישראל	
<p>לפי הגישה המסורתית לפרשנות אמנה, בתי משפט מפנים את השאלה למשרד החוץ ופועלים לפי פרשנותו.</p> <p>בתי המשפט האזרחיים (Cour de Cassation) קבעו שהם בעלי מומחיות לקבוע פרשנות לאמנה כשמדובר בשאלה של אינטרסים פרטיים ולא של יחסי חוץ.</p> <p>מאז החלטה ב-1990, מועצת המדינה קבעה שהיא מוסמכת לפרש אמנה לא ברורה. היא תשקול את עמדת משרד החוץ, אבל עמדת המשרד לא תכריע.</p>	<p>אין. המדינה תקשה אפילו להשמיע את עמדתה במגוון סוגיות, משום שאין מעמד של יד ידי בית המשפט.</p>	יש	<p>יש. בית המשפט נמנע מפרשנות אם האמנה עומדת במחלוקת ציבורית. בית המשפט חשש שמקבלי ההחלטות יימנעו מפעולה אם השופטים יכריעו בניגוד לעמדתם (R [Corner House Research]).</p>	<p>אין. פרשנות אמנה היא משפטית (The Zamora).</p>	<p>יש. פס"ד Alvarez "The potential implications for the foreign relations of the United States of recognizing such causes should make courts particularly wary of impinging on the discretion of the Legislative and Executive Branches in managing foreign affairs."</p>	אין	<p>כיבוד לעמדת המדינה (deference)</p>





ה. ניתוח וסיכום

עקרון יסוד בדמוקרטיה ייצוגית הוא שהריבון, כלומר העם, בוחר באמצעות נציגיו את החוקים שהוא כפוף אליהם, והמשפט הבינלאומי מצוי במתח מובנה מול עיקרון זה. הגידול האדיר במספר התחומים שהמשפט הבינלאומי מתיימר להסדיר מאיים להחליש את מרכזיות בית המחוקקים כמקור החוק המחייב.

לפי הגישה המסורתית, ישראל היא מדינה דואליסטית, שבה הדין הבינלאומי מחייב את המדינה כלפי חוץ אך לא משנה את הדין הפנימי בהיעדר חוק מפורש. הדרישה להעניק להוראות אמנה תוקף מחייב בדין הפנימי רק דרך קליטה אקטיבית נעוצה בעקרון הפרדת הרשויות וריבונות העם. אין להכפיף את הרשות המחוקקת ואת אזרחי המדינה למסגרת משפטית שהם לא אימצו. אולם בפועל, באמצעות פרשנות של חקיקה על סמך המשפט הבינלאומי בית המשפט מטשטש את עקרונות הפרדת הרשויות וריבונות העם ופוגע בהם.

כלל ההתאמה הפרשנית נמצא ברוב שיטות המשפט. בתי משפט אמריקניים ובריטיים כבר הבהירו שלכוונת המחוקק וההיסטוריה החקיקתית מעמד בכורה פרשני, ורק אם החוק עמום לחלוטין, לעומת כלל בינלאומי מוחלט, יש להחיל את ההתאמה הפרשנית. בישראל המצב שונה: השימוש בכלל ההתאמה הפרשנית מופרז, ובתי המשפט משתמשים בהפניות למשפט הבינלאומי ככלי לשינוי הדין הקיים. דוגמה לשימוש לרעה בהתאמה הפרשנית נמצאת בפסק דין יתד. שם התעלם בית המשפט מהכוונה הברורה של המחוקק, היינו לתקצב ילדים עם צרכים מיוחדים בחינוך המיוחד. הוא הסתמך על אמנות בינלאומיות שהוראותיהן לא נקלטו, ואף לא הראה שיש כלל מנהגי המחייב תקצוב מלא של ילדים בבתי ספר רגילים.

**”יש מלומדים
הדוחים את הטענה
שלפיה ההתאמה
הפרשנית חותרת
תחת ריבונות
האזרחים, באומרם
שהכנסת תמיד
יכולה לחוקק
חוק המתגבר
במפורש על הדין
הבינלאומי. אך גם
האפשרות הזאת
מאותגרת. כך
לדוגמה, ב-2022
חיווה אגף הייעוץ
וחקיקה את
דעתו ואמר כי יש
מניעה משפטית
לקידום חוק עונש
מוות למחבלים.
הוא התבסס, בין
היתר, על טענות
בדבר הלימת
החוק לחובות
הבינלאומיות
של המדינה.”**

יש מלומדים הדוחים את הטענה שלפיה ההתאמה הפרשנית חותרת תחת ריבונות האזרחים, באומרם שהכנסת תמיד יכולה לחוקק חוק המתגבר במפורש על הדין הבינלאומי.¹⁵⁵ אך גם האפשרות הזאת מאותגרת. כך לדוגמה, ב-2022 חיווה אגף הייעוץ וחקיקה את דעתו ואמר כי יש מניעה משפטית לקידום חוק עונש מוות למחבלים. הוא התבסס, בין היתר, על טענות בדבר הלימת החוק לחובות הבינלאומיות של המדינה. משרד המשפטים נימק זאת בציינו שהמגמה העולמית נוטה לכיוון ביטול עונש המוות, ושהמדינה הצהירה בשני דוחות (מ-2008 ו-2014) למועצת זכויות האדם באו”ם כי יש השעיה דה-פקטו של הוצאות להורג בישראל.¹⁵⁶ כלומר, אין אפשרות חוקתית לשנות את החוק, בגלל תשובה של המדינה בפורום בינלאומי לפני עשור.

המצב הגיע עד כדי אבסורד כאשר השופט מלצר אמר בהערת אגב בעניין **חוק ההסדרה** שחקיקה המנוגדת להסכמים דיפלומטיים אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ואינה לתכלית ראויה. אומנם הוא לא נתן סעד לעותרים על סמך ההסכמים בין מדינת ישראל לאש”ף, אך הוא הסתייע בהסכמים אלו כדי לפסול חוק של הכנסת.

עמדה זו משקפת ערבוב תחומים מוחלט. בית המשפט אינו המקום המתאים לאכוף הסכמים דיפלומטיים בין מדינות (או ישויות מדיניות). תחום יחסי החוץ נמצא בסמכותה הבלעדית של הרשות המבצעת, ואל לבית המשפט להתערב בו. השופט חשין הסביר בפרשת **סמרה** את ”הכלל שהסכם בינלאומי של המדינה בתור שכזה אינו ניתן לשיפוטם של בתי המשפט”, ואמר כי את המחלוקת הבינלאומית יש לפתור בערוצים דיפלומטיים.¹⁵⁷ אולם בית המשפט מפר את הכלל שלפיו חוק מפורש של הכנסת גובר על דין בינלאומי. המחוקק הוא הגורם המוסמך להסדיר יחסים בין אזרחים ובין תושבים וכן לקבוע הסדרי זכויות קניין ותכנון. בית משפט האוכף הסכם דיפלומטי על המדינה, ועל ידי כך פוסל חוק, מסיג גבול וחודר לתחומים שבאחריות המחוקק והממשלה.

הבעיה מחריפה בכל הקשור לדין מנהלי ולפעולות הצבא ביהודה ושומרון. הנשיא ברק כבר פסק שהדין החל ביהודה ושומרון ישירות הוא הדין הבינלאומי. לדעת בית המשפט, כל פעולה מנהלית המנוגדת לדין הבינלאומי אינה סבירה. עמדה זו מאפשרת לבית המשפט להתערב בסוגיות ביטחוניות ומדינתיות רבות, כגון החזקת קלפי מיקוח, סגירת כבישים משיקולי ביטחון, וקביעת תוואי גדר הביטחון. בשורת פסיקות, על ידי יצירת כלאיים של איזון שיקולים

ביטחוניים-מקצועיים ושיקולי זכויות אדם, צמצם בית המשפט את אפשרות הפעולה של הצבא ומערכת הביטחון. כמו כן בית המשפט לא הראה שדרישות המידתיות והסבירות שלו אכן נדרשות לפי המשפט הבינלאומי. בעקבות כך, בית המשפט ביטל הלכה למעשה אפשרות תיחום מגורים או החזקה קבוצתית של לוחמים בלתי חוקיים, תוך היתלות במשפט הבינלאומי שמעולם לא הוכח. כיום נשמעים קולות הקוראים לשופטים למנוע גם הריסת בתים למטרות הרתעתיות.¹⁵⁸

פסק הדין בעניין **מילת נשים** מלמד על הבעייתיות שבהסתמכות על הוראות אמנות בינלאומיות, במצב שבו פרשנות של אמנה מתפתחת ומתרחקת מההבנה המקורית שלה ואף מעניקה למסמכי פרשנות מעמד נורמטיבי. ישראל הייתה בין המדינות שניסחו את אמנת הפליטים, והיא אשררה את האמנה ב-1953. המודל של פליט שעמד לנגד עיניהן של המדינות המנסחות התבסס על רקע מלחמת עולם השנייה והשוואה, קרי רדיפה מדינתית של קבוצות אתניות ולאומיות ושל מתנגדי משטר. בכלל לא עלה על דעת המנסחים והמדינות המצטרפות שהאמנה תכלול אנשים הנמצאים בסכנה עקב מנהגים תרבותיים או דתיים פרימיטיביים הרווחים בחלקים גדולים של העולם. בפסק הדין הסתמך בית המשפט על הצהרות והוראות של גופים שונים של האו"ם, אף על פי שלהחלטות האלה אין מעמד נורמטיבי שיוצר חובה בדין הבינלאומי. יתרה מזאת, הגופים האלה לוקים בחוסר אחריותיות מובהק. לכן ידי מדינת ישראל כבולות, על ידי אמנה שהיא כלל לא קלטה בדין הפנימי ובשונה ממה שהמדינה התכוונה כשאימצה את האמנה. בית המשפט גם הביא פסיקה מרחבי העולם המכירה במילת נשים כרדיפה, אבל כמו תמיד, יש חשש למגמתיות במשפט המשווה. בית המשפט סקר החלטות בולטות, אבל לא הציג עד כמה משקפות החלטות האלה את המצב המשפטי בדינות ההן. כדי לקבל תמונה מלאה יש להבין כמה בקשות כאלה אושרו וכמה נדחו, אם יש פסיקה הפוכה במדינות אחרות, ומה היקף ההגנה שהוכרה בפסיקה.

ההערה של השופט פוגלמן בעניין **מתווה הפליטים**¹⁵⁹, שלפיה יש לפרש את צו הכניסה לישראל לפי החלטת המועצה הכללית של האו"ם ונייר עמדה של נציבות האו"ם לפליטים, מראה חוסר הבנה בדבר מקורות המשפט הבינלאומי. ההחלטות היחידות של האו"ם המחייבות את כל המדינות הן ההחלטות של מועצת הביטחון לפי סעיף 7 לאמנת האו"ם, ואילו הצהרות של העצרת הכללית הן בסך הכול אמירות פוליטיות או מדינתיות, שיכולות להיות בעלות משמעות בזירה הדיפלומטית אבל בשום פנים ואופן אין להן תוקף

**”בגלל העמימות
במשפט
הבינלאומי,
מדינת ישראל
מאבדת שליטה על
הנורמות הבסיסיות
שלה, וההתאמה
הפרשנית נותנת
תחמושת לבית
המשפט להפוך
את חוקי היסוד
לפלטלינה
בידיהם, ומאפשרת
לשופטים ליצור
דין במעמד
נורמטיבי עליון
בהיתלותם במשפט
בינלאומי המקבל
מעמד חוקתי.”**

משפטי. משכך, החוקים של מדינת ישראל אינם צריכים להתאים להצהרות של העצרת הכללית (שהן עוינות את ישראל לא פעם). ההפניה של השופט פוגלמן למקורות אלו מלמדת עד כמה השימוש בהפניות למשפט בינלאומי אינו מקצועי, ועד כמה הוא משמש כמקור המאפשר לשופט לחדש דין שנחזה כמבוסס על מקור משפטי.

פרשנות חוקי יסוד לפי הדין הבינלאומי מעצימה את בעיית הגירעון הדמוקרטי, ומגבילה את יכולת המחוקק לדחות במפורש הסדר שהוכר בשדה המשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי במהותו הוא אמורפי ונדיל, ואין לו ”כתובת”, כלומר אי אפשר להצביע על מחוקק אחד או על סמכות אחת. אמנות בדרך כלל מנוסחות בלשון כללית והצהרתית, אין שום כלל ודאי לזיהוי מנהג, ולשם כך שופטים מסתמכים על גורמים עצמאיים ועל שיקול דעתם. אם כך, בגלל העמימות במשפט הבינלאומי, מדינת ישראל מאבדת שליטה על הנורמות הבסיסיות שלה, וההתאמה הפרשנית נותנת תחמושת לבית המשפט להפוך את חוקי היסוד לפלטלינה בידיהם, ומאפשרת לשופטים ליצור דין במעמד נורמטיבי עליון בהיתלותם במשפט בינלאומי המקבל מעמד חוקתי.

כפי שעולה מהסקירה המשווה, אפשר להשתמש במשפט הבינלאומי במתינות רבה יותר. ניתוק הרמטי בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הישראלי אינו רצוי, אך בית המשפט אמור לפנות למשפט הבינלאומי רק כמוצא אחרון. כלומר, אם לשון חוק ברורה, בית המשפט לא יחיל את ההתאמה הפרשנית. בארצות הברית למשל, בהיעדר חוק, בית המשפט מחפש הצהרה או פעולה המעידות על רצון הממשלה או המחוקק לאמץ מנהג. במדינות אחרות, כגון בריטניה ואוסטרליה, בית המשפט נותן לפרשנות של המדינה שיקול דומיננטי אם לא מכריע. בתי משפט מחפשים רמת ודאות גבוהה כדי לזהות מנהג, ואינם מוכנים לאמץ פרקטיקות של זכויות אדם שהתפתחו רק לפני שנים ספורות, בלי שום ראיה שהמדינה רואה את עצמה כפופה אליהן.

ההישענות הנרחבת על המשפט הבינלאומי, יחד עם שאר המגמות של האקטיביזם השיפוטי,¹⁶⁰ כגון ביטול דרישות זכות העמידה ודוקטרינת אי-שפיטות, מעצימות את המעבר ממשטר דמוקרטי למשטר יוריסטוקרטי בישראל. בהסתמך על שלל מקורות המשפט הבינלאומי, להכרעת בית המשפט עוברות שאלות עקרוניות הנוגעות ללב-ליבה של המחלוקת הפוליטית, במיוחד בסוגיות של ביטחון והגירה. למשל, בקבלת בית המשפט את העמדה המקצועית שלפיה חובה על מדינת ישראל להעניק מקלט לנשים הניצבות מול סכנת

**”הדיון הציבורי
המושכל
והשתתפות
האזרחים
נמצאים בלב
ליבו של השלטון
הדמוקרטי. אלא
שהפיכת נושאים
פוליטיים שנויים
במחלוקת לשאלות
משפטיות מונעת
מרובו המוחלט
של הציבור
(שאינם שופטים
או עורכי דין) את
ההזדמנות להשפיע
באופן ניכר על
התוויית המדיניות
הציבורית, והם
נאלצים לוותר
על אחריותם
למצוא את הדרך
להגיע לפתרונות
מוסכמים
על נושאים
שבמחלוקת.”**

מילת נשים, הדיון הציבורי נגמר. ריבונות המדינה לקבוע מי נכנס בשעריה עומדת חסרת אונים מול חובה אוניברסלית לכאורית החזקה ממנה. שופטים יכולים להכשיר את העדפותיהם בהציגם אותן כמוכרחות או מחויבות המציאות לפי הדין הבינלאומי. כפי שכתב רן הירשל בספרו החשוב Towards Juristocracy:

הדיון הציבורי המושכל והשתתפות האזרחים נמצאים בלב ליבו של השלטון הדמוקרטי. אלא שהפיכת נושאים פוליטיים שנויים במחלוקת לשאלות משפטיות מונעת מרובו המוחלט של הציבור (שאינם שופטים או עורכי דין) את ההזדמנות להשפיע באופן ניכר על התוויית המדיניות הציבורית, והם נאלצים לוותר על אחריותם למצוא את הדרך להגיע לפתרונות מוסכמים על נושאים שבמחלוקת. גבולות הדיון הפוליטי נקבעים אפוא על ידי קבוצה מצומצמת של בעלי מקצוע – בעיקר עורכי דין, אקדמאים ושופטים העושים שימוש בז'רגון טכני ובהנמקה משפטית – במקום שיהיו פתוחים לדיון ציבורי דרך נציגי הציבור הנבחרים. במילים אחרות, העברת שאלות יסוד של זהות קולקטיבית מהזירה הפוליטית אל בתי המשפט נותנת עדיפות למי שיש להם ידע מקצועי, גישה טובה יותר למערכת המשפט ואת היכולת להשפיע עליה. בקביעת המדיניות בפועל, ”הם המשפטנים” זוכים למעמד עליון על חשבון ”אנו העם” הפשוטים, המהווים את הרוב המכריע של האוכלוסייה.¹⁶¹

F. Traditionally, explicit legislation by the Knesset supersedes international law; however, this supremacy is contested in practice. According to the dissenting opinion of Supreme Court Justices, legislation that contravenes international law does not align with the State of Israel's principles. International law has similarly been invoked by the legal counsel apparatus as a form of "legal impediment" to promoting legislation.

G. The expanded reliance on international law, taken together with other judicial activism trends, escalates Israel's transformation from a democratic regime into a juristocracy. Therefore, the increasing reliance of Israeli courts on international law should concern anyone who cares about representative democracy.

Law's Borders? International Law in the Service of Judicial Activism

Adv. Avraham Russell Shalev

Executive summary:

A. International law suffers from an acute democratic deficit: despite not being created by the people and their representatives, states are still obligated to comply. Jurists play a pivotal role in "recognizing", i.e., creating, international norms, thereby granting them the outsized power to create binding norms that would not necessarily stand the test of the ballot box.

B. The very existence of international custom, one of international law's primary sources, is extremely vague. Jurists "recognize" binding customs that often reflect a law they view favorably rather than the actual state practice.

C. Beyond treaties and customs, "soft law" has expanded- UN declarations, resolutions, and other international organizations' guidelines and policy papers. Although soft law has no binding authority, and despite the fact that these organizations are not accountable to the citizens of any state, states tend to fall in line and courts adopt its content.

D. Israel has, as do most other states, a dualistic system that separates domestic and international law. Similar to other common-law states, customs are automatically absorbed into Israeli law. In contrast, international treaties have no legal force in Israel until the Knesset adopts them. In recent years the Supreme Court has interpreted laws according to a "presumption of conformity", in other words, in a way that is consistent with international law, thus eroding the dualistic system. Furthermore, justices often invoke vague sources that are not legally binding to create new laws disguised as an incorporation of international law.

E. The rule of interpretive alignment exists in most judicial systems, but it is utilized excessively in Israel, where courts reference international law to change existing legislation. Worse, the Court relies on interpretive alignment to intervene in budgetary considerations and security and immigration issues.



- 1 ,McCinnis, John O., and Ilya Somin. "Should International Law Be Part of Our Law." *Stanford Law Review* vol. 59, 2006, p. 1,175.
- 2 Statute of the International Court of Justice, article 38(1)(d), 26 June 1945.
- 3 See Corn, Geoffrey S. "Humanitarian Regulation of Hostilities: The Decisive Element of Context." *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 51, 2018, p. 763.
- 4 Bonica, Adam, et al. "The Legal Academy's Ideological Uniformity." *The Journal of Legal Studies*, vol. 47, no. 1, 2018, pp. 1-43.
- 5 McCinnis and Somin, p. 1,202.
- 6 ראו למשל: Kadens, Emily, and Ernest A. Young. "How Customary Is Customary International Law." *William & Mary Law Review*, vol. 54, 2012, p. 885
- 7 Kammerhofer, Jörg. "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems." *European Journal of International Law*, vol. 15.3, 2004, pp. 523-553.
- 8 Kadens and Young, p. 908.
- 9 9132/07 אלכסיוני נ' ראש הממשלה (2008), פס' 12.
- 10 יש מלומדים הטוענים כי בית המשפט הטיל חובות על המדינה כלפי עזה מתוך המשפט המנהלי הישראלי ולא הבינלאומי, אך הדין האמור להסדיר את היחסים בין ישראל לבין ישות מדינית עוינת הוא הדין הבינלאומי. ראו: רועי שיינדורף וערן שמיר-בורר, "היעדר התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית כאשר לרצועת עזה." עיוני משפט, כרך (מג)2, 2020, עמ' 403-433.
- 11 Shany, Yuval. "The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: a Comment on Bassiouni v. The Prime Minister of Israel." *Israel Law Review*, vol. 42, no. 1, 2009, pp. 101-116.
- 12 על פי 131/67 קמ"א נ' מדינת ישראל (1968). ראו למשל: *Medellín v. Texas*, 554 U.S. 759 (2008), שבו בית המשפט העליון האמריקני קבע כי אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים אינה נקלטת אוטומטית בדין הפנימי בלי מעשה של הקונגרס.
- 13 *Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, C-402/05 P and C-415/05 P, ראו גם, 316 European Union: Court of Justice of the European Union, 3 Sep. 2008, par. 316, שבו בית הדין האירופי לצדק מאשר את סמכותו לבקר צווים של האיחוד האירופי המיישמים את החלטות מועצת הביטחון. כלומר, מערכת המשפט האירופי שומרת על עצמאות ונפרדות המשפט הבינלאומי.
- 14 ראו סעיפים 1512 ו-1612 לחוקה של קניה: (5) Any (6) The general rules of international law shall form part of the law of Kenya. treaty or convention ratified by Kenya shall form part of the law of Kenya under this Constitution".
- 15 "קליטת אמנות במשפט המדינתי - סקירה משווה." הלשכה המשפטית של הכנסת, 21 בדצמבר 2021.
- 16 קמ"א, עמ' 97.
- 17 בני"ץ 785/87, עפ"ו ואח"י נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (מב)2, 4 (1988), עמ' 40.
- 18 ראו למשל: דני"פ 7048/97, פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד (דו)1 721 (2000) ו"פרשת קלפי מיקוח"1.
- 19 שם.
- 20 בני"ץ 1308/17, עיריית סולוד נ' הכנסת (2020), פס' 6 לדעתו של השופט מלצר.

- 18 ע"מ 8277/17, עלאא זיוד נ' שר הפנים (2022).
- 19 בר"מ 5040/18, פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה - משרד הפנים (2020).
- 20 בג"ץ 3736/16, משרד תומר ורשה - עורכי דין נ' שר הפנים (2017).
- 21 ע"א 25/55, האפוסטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה ואח', פ"ד י 1825 (1956).
- 22 שם, עמ' 1,829.
- 23 ה"מ 41/49, "שמשון" בתי חרשת ארץ-ישראלים למלט-פורטלנד בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 143 (1950), עמ' 146.
- 24 ע"א 522/70, אלקוטוב נ' שאהין, פ"ד (הו) 2 (1971), עמ' 80.
- 25 בג"ץ 2599/00, יחד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 845, 834 (2000).
- 26 כדי להבטיח שזכויות אלה יתקיימו קובעת האמנה בסעיף 23(2): "המדינות החברות מכירות בזכותו של ילד הלוקה בכושרו לטיפול מיוחד וידאגו, במסגרת המשאבים הזמינים, להעניק לילד ולאחראים לטיפול בו, את הסיוע המבוקש המתאים למצב הילד ולתנאי קיומם של ההורים או של אנשים אחרים המטפלים בילד".
- 27 בג"ץ 2599/00, יחד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 845, 834 (2000), פס' 8.
- 28 שם, פס' 9.
- 29 בר"מ 5040/18, פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה - משרד הפנים (2020).
- 30 נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל, מספר נוהל 5.2.0012, "כללי".
- 31 אמנת איסטנבול היא אמנה למאבק ב אלימות כלפי נשים ואלימות במשפחה. קבלתה הייתה מחייבת את מדינת ישראל לתת מעמד פליטות לכל אישה הסובלת מאלימות במשפחה. כמו כן האמנה הייתה מזמינה את מועצת אירופה לנהל פיקוח הדוק ופולשני על הנעשה במדינת ישראל בתחומים רבים, לרבות בתחום ההגירה.
- 32 ראו הערה 15.
- 33 שם, פס' 20.
- 34 בג"ץ 1765/22, משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים (2022).
- 35 פס' 39 לחוות דעתו של הש' פוגלמן.
- 36 ראו הערה 18.
- 37 ס' 8 באמנה בדבר צמצום חוסר האזרחות משנת 1961.
- 38 ס' 83 לחוות דעתה של הנשיאה חיות
- 39 Shamgar, Meir. "The Observance of International Law in the Administered Territories." Israel Yearbook on Human Rights, Brill Nijhoff, vol. 1, 1971, pp. 262-277.
- 40 בג"ץ 606/78, סולימאן תופיק אויב, ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד (ג) 113 (1979).
- 41 כהן, עמחי, וסטיארט כהן. יורים ושופטים: ביטחון ומשפט בישראל. משכל (ידיעות ספרים), 2014, עמוד 176.
- 42 בג"ץ 7015/02, כיפאח מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) (2002); בג"ץ 1661/05, המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נו(2) 481 (2005).
- 43 בג"ץ 7015/02, כיפאח מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) (2002).
- 44 כהן וכהן, עמ' 203.
- 45 בג"ץ 5591/02, הלאל יאסין ואח' נ' יוני בן דוד, מפקד מחנה צבאי קציעות, מתקן כליאה קציעות, פ"ד נו(1) 403 (2002).
- 46 שם, פס' 13.
- 47 בג"ץ 3799/02, עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005).
- 48 כהן וכהן, עמ' 178-179.
- 49 בג"ץ 2056/04, מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(5) 807 (2004), פס' 48 לחוות דעתו של השופט ברק.
- 50 שם, עמ' 828.

51	ראו הערה 15.
52	סעיף 7 לחוק.
53	ע"פ 6659/06, כלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008).
54	שם, עמ' 23-20.
55	John B. Bellinger, Legal Adviser, U.S. Department of State, Address at the London School of Economics: Legal Issues in the War on Terrorism, 31 Oct. 2006. https://2009-2017.state.gov/s/l/2006/98861.html
56	דנ"ץ 10190/17, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' מוחמד עליאן (2019).
57	בג"ץ 8091/14, המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (2014), פס' 2 לחוות דעתה של השופטת חיות.
58	ראו: נרבה, אהרן, ושירה סולו. "שפטת מרובה, לא שפטת: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל." פורום קהלת, ספטמבר 2022.
59	בג"ץ 4542/02, עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(ו) 346 (2006).
60	אמנות יכולות להפוך לדין מנהגי כאשר מדינות רבות, כולל אלו שלא הצטרפו לאמנה, פועלות לפיהן באופן עקבי מתוך תחושה של חובה משפטית.
	See, e.g., <i>North Sea Continental Shelf cases</i> (1969): "Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; - and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved" (ICJ, 1969, p. 43).
61	בג"ץ 7146/12, נגיס סרג' אדם נ' הננסת, פ"ד סוו(1) 717 (2013).
62	שם, פס' 57.
63	בג"ץ 1308/17, עיריית סלואד נ' הננסת (2020), פס' 6 לדעתו של השופט מלצר.
64	חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה), תשנ"ה-1994; חוק יישום ההסכם בדבר העברה מנינה של סמכויות לרשות הפלסטינית (תיקוני חקיקה והוראות שונות), תשנ"ה-1995; חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), תשנ"ו-1996; חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הנבלת פעילות), תשנ"ה-1994.
65	בג"ץ 390/79, דוויקאח נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (1) 1 (1979).
66	חוות דעת לוועדת שרים לחקיקה בעניין הצעת חוק העונשין (תיקון) - חוק עונש מוות למחבלים, התשפ"ב-2021, מספר פ/2649/24, של חברי הננסת בן נביר וגולן.
67	<i>Murray v. The Charming Betsey</i> , 6 U.S. 64 (1804).
68	<i>Capitol Records Inc. v. Thomas</i> , 579 F. Supp. 2d 1210 (D. Minn. 2008), par. 126.
69	11 U.S. 116 (1812).
70	175 U.S. 677 (1900).
71	376 U.S. 398 (1964).
72	Page 376 U.S. 428.
73	542 U.S. 692 (2004).
74	Born, Gary. "Customary International Law in United States Courts." <i>Washington Law Review</i> , vol. 92, 2017, p. 1,641.
75	27 U.S. 253 (1829).
76	<i>Cameron Septic Tank Co. v. Knoxville</i> , 227 U.S. 39.
77	288 U.S. 102 (1933).
78	265 U.S. 332 (1924).
79	552 U.S. 491 (2008).

<u>Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)</u> (Judgement) [2004].	80
Buy, Cindy G. "Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in US Constitutional Interpretation." <i>Brigham Young University Journal of Public Law</i> , vol. 21, 2007, pp. 10-15.	81
<i>Roper v. Simmons</i> , 543 U.S. 551 (2005).	82
"The Evolving Standards of Decency that Mark the Progress of a Maturing Society." <i>Trop v. Dulles</i> , 356 U. S. 86 (1958), pp. 100-101.	83
<i>The Zamora</i> [1916] 2 AC 77,97.	84
See van Ert, Gib. "The Reception of International Law in Canada: Three Ways We Might Go Wrong." <i>Centre for International Governance Innovation (CIGI)</i> , 2018.	85
[1958] S.C.R. 263.	86
[1958] S.C.R. 263, 268-69.	87
[2007] 2 S.C.R. 292, 2007 SCC 26.	88
[2007] 2 S.C.R. 292, 39.	89
[2007] 2 S.C.R. 29, 53.	90
[2010] S.C.R. 571.	91
[2010] 2 S.C.R. 571, 13.	92
<i>Araya v. Nevsun Resources Ltd.</i> , 2016 BCSC1856, paras. 442, 445.	93
Van Ert, Gib. "Dubious dualism: The Reception of International Law in Canada." <i>Valparaiso University Law Review</i> , vol. 44, 2009, p. 927.	94
[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1.	95
[2002] 1 S.C.R., 60.	96
[1986] 1 S.C.R. 103.	97
[2014] 3 S.C.R. 176, p. 150.	98
<i>R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union</i> [2017], UKSC 5.	99
[2015] UKSC 76.	100
[2015] UKSC 76, par. 35.	101
<i>JH Rayner (Mincing Lane) v. Department of Trade and Industry</i> [1990], 2 AC 418 (Tin Council).	102
[1990] 2 AC 418 at 499F-500C (Lord Oliver).	103
[2008] UKHL 60.	104
[2008] UKHL 60, 44.	105
See Fatima, Shaheed. "Using International Law in Domestic Courts – Part I: Domesticated Treaties." <i>Judicial Review</i> , vol. 8(2), 2003, p. 81.	106
[2012] UKSC 22.	107
[1991] 1 AC 696.	108
[1991] 1 AC 718.	109
<i>Triquet v. Bath</i> (1764) 3 Burr 1478, 1481; <i>Blackstone's Commentaries</i> , Bk IV, Chap 5, p 67; <i>Duke of Brunswick v. King of Hanover</i> (1844) 6 Beav 1, 51-52; <i>Emperor of Austria v. Day</i> (1861) 2 Giff 628, 678; <i>Chung Chi Cheung v. The King</i> 1939 (AC 160, 167-168; <i>Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria</i> [1977] QB 529, 554; <i>J H Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry</i> (1989) Ch 72, 207.	110
[2006] UKHL 16.	111

	R v. Keyn (1876) 2 Ex D 63, 203.	112
	[2006] UKHL 16, 29-30.	113
	[2015] UKSC 69.	114
	[2017] UKSC 62.	115
Shaw, Malcolm N.	International law. Cambridge university press, 2021, p. 128.	116
	(1948) 77 CLR 449.	117
	[1992] HCA 23, (1992) 175 CLR 1.	118
	(1996) 187C.L.R 416.	119
	(1996) 187.C.L.R 416, 216.	120
	[1999] FCA 1192.	121
	[1999] FCA 1192, Par. 20.	122
	[2004] HCA 37.	123
	(1992) 177 CLR 292.	124
	(1995) HCA 20.	125
	(1995) HCA 20; 128 ALR 358 at para 34.	126
Jonge, Alice de. "Australia." International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion, edited by Dinah Shelton, Oxford, 2011, pp. 23-54		127
	Jonge, p. 28.	128
	(2007) HCA 33.	129
Lovric, Daniel. "A Constitution Friendly to International Law: Germany and Its Völkerrechtsfreundlichkeit." <i>Australian Year Book of international law</i> , vol. 25, 2006, p. 4.		130
BVerfGE 63, 343 (370) (Legal Assistance Agreement); "Das Grundgesetz geht von der Eingliederung des von ihm verfassten "Staates in die Völkerrechtsordnung der Staatengesellschaft aus.		131
	Article 100, par. 2, German Basic Law.	132
	BVerfGE 16, 27 (Iranian Embassy).	133
Folz, Hans-Peter. "Germany." International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion, edited by Dinah Shelton, Oxford, 2011, pp. 240-248		134
	BVerfGE 46, 342 (362) (Philippine Embassy).	135
	BVerfGE 27, 253. Found in Lovric, p. 13.	136
Lovric, Daniel. "A Constitution Friendly to International Law: Germany and Its Völkerrechtsfreundlichkeit." <i>Australian Year Book of International Law</i> , vol. 25.1, 2006, pp. 75-104.		137
	BVerfGE 6, 309 (Concordat) (above n 21, 133-4). Found in Lovric, p. 7.	138
	BVerfGE 18, 441 (448) (AG in Zürich) (above n 21, 177-8). Found in Lovric, pp. 7-8.	139
	iz BvR 1481/04 of 14 Oct. 2004.	140
	BVerfGE 141, 1.	141
Federal German Constitutional Court. "On the Consideration of the Decisions of the European Court of Human Rights by Domestic Institutions, in Particular German Courts." Press Office, Press Release No. 92/2004 of 19 Oct. 2004.		142

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Comments on the Implementation of International Human Rights Treaties in Domestic Law and the Role of Courts, Mr. Pieter van Dijk	143
Sep. 2014.30	
Aquarone, Re, Aquarone v. France, Supreme Court of Appeal decision, No. 148683, ILDC1809 (FR 1997), (1997) 101 RGDIP 883, 6 June 1997, France, Council of State.	144
ש.מ.	145
Om Hashem D (Saleh) and others v. France, Appeal judgment, Case No. 329788, ILDC 2074 (FR 2011), 14 Oct. 2011, France, Council of State.	146
Chevol v. France, 2003-11 Eur. Ct. H.R. 159.	147
Rogoff, Martin A. "Application of Treaties and the Decisions of International Tribunals in the United States and France: Reflections on Recent Practice." <i>Maine Law Review</i> , vol. 58, 2006, p. 454.	148
בפסק דין קיבל בית המשפט את העתירה נגד פרשנות המדינה להסכם בין צרפת לאלג'יריה. בית המשפט פירש בעצמו את ההסכם, במקום לפנות למשרד החוץ כדי לקבל את עמדתו. (G.I.S.T.I.)	149
Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (C.I.S.T.I.) (1990), CE Ass., 29 June 1990, Rec. Lebon 17.	
Rogoff.	150
Koné, CE Ass., 3 July 1996, Rec. Lebon 255.	151
Rogoff, p. 465.	152
CE, Ass., 20 Oct. 1989, Case <i>Nicolo</i> .	153
Cass. ch. mixte, 24 May 1975, D. 1975, 497.	154
ראו למשל: תמר הוסטובסקי-ברנדס. "משפט זכויות האדם הבין-לאומי והמשפט החוקתי בישראל." מחקרי משפט לא, 2018; וזו בורר. "תחולת חוקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי: האם יש לפרש את חוקי היסוד לאור המשפט הבינלאומי?" עיוני משפט מו, 2022.	155
חוות דעת לוועדת שרים לחקיקה בעניין הצעת חוק העונשין (ותיקון) חוק עונש מוות למחבלים, התשפ"ב-2021, מס' פ-24-2649, של חברי הכנסת בן גביר וגולן.	156
סמרה, עמ' 1,835.	157
בנדל, נסעל . "הריסת בתי מחבלים מפלגת את בני"ץ, וזהות השופטים הפכה לגורם המכריע בסוגיה." הארץ, 11 באוגוסט 2020.	158
הרפן, ניא, ועמיתיו כהן . "על קיבעון ודינמיות: עיון מחודש בהריסות בתים בפסיקות בית המשפט העליון." מחקרי משפט לא, 3, עמ' 881-924.	
בני"ץ 1765/22, משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים (2022), פס"י 39 לחוות דעתו של השופט פוגלמן.	159
ראו: נרבה, אהרן, ושירה סולן . "שפט מרובה, לא שפט: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל." פורום קהלת, ספטמבר 2022; גרבר, אהרן. "זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל." פורום קהלת, ספטמבר 2019.	160
Hirschl, Ran. <i>Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism</i> . Harvard University Press, 2009, p. 187.	161

פורום קהלת

פורום קהלת הוא מכון מחקר השוכן בירושלים ופועל לעיגון מעמד הקבע של ישראל כמדינת הלאום של עם היהודי, לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, קידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל. הפורום איננו מפלגתי ונשען על מקורות עצמאיים פרטיים ללא מימון ישיר או עקיף ממדינת ישראל או מכל ישות מדינית אחרת. כל תוצרי הפורום מוגשים למקבלי ההחלטות ולציבור ללא תמורה.



ISBN 978-965-7796-15-3



9 789657 796153

פורום קהלת (ע"ר)

רח' עם ועולמו 8

ירושלים, 9546306

טל' 02-6312720

office@kohelet.org.il

www.kohelet.org.il