כבדהו או חשדהו?

על אף הקשיים, נראה כי יש מקום לשאוב עידוד מן המגמה הכללית של הפסיקה לשלב באופן גדל והולך את הדין הבינלאומי במשפט הישראלי. ניתן לקוות כי כתוצאה מהמשך מגמה זו יוכלו גם תושבי ישראל ליהנות בעתיד מקשת ההגנות והזכויות העומדות לרשות תושבי המתוקנות שבמדינות

יובל שני

המשפט הבינלאומי המודרני הנו שיטת משפט דינאמית הכוללת נורמות מתקדמות בתחומים רבים, כגון זכויות אדם, השקעות זרות, קניין רוחני, משפט הומניטארי, משפט פלילי ודיני איכות הסביבה. במקרים רבים, נורמות מסוג זה אינן מצויות כלל בדין הישראלי או מוגנות על ידו באופן חלקי בלבד. האינטראקציה בין המשפט המקומי לדין הבינלאומי הנה, אפוא, בעלת פוטנציאל רב וניתן באמצעות "ייבוא" אל הדין הישראלי של כללים השאובים מתחום משפט בינלאומי לקדם נושאים חשובים, כגון זכויות חברתיות, עליהם מתקשה כיום מערכת המשפט הישראלית להגן.

בכל שיטת משפט לאומית נקבע מעמד המשפט הבינלאומי בדין הפנימי באמצעות "כללי קליטה". אלו הם כללים משפטיים, המעוגנים לרוב בחקיקה הראשית (או אף בחוקה) ומסדירים את מעמדם של כללי המשפט הבינלאומי ההסכמי (אמנות) והמנהגי (פרקטיקה ממושכת, עקבית וכללית, המלווה בתחושת מחויבות לפעול בהתאם) בשיטת המשפט הפנים-מדינתית הרלוונטית.

בישראל, כללים אלו התפתחו בעיקר על דרך פסיקתו של בית המשפט העליון בשני העשורים הראשונים לאחר קום המדינה. כמו באנגליה, מבדילים כללי הקליטה הישראלים בין דין בינלאומי הסכמי לדין מנהגי. בעוד דין הסכמי אינו חלק מהדין הנוהג בארץ (בהעדר חקיקה קולטת), הרי שדין מנהגי נקלט לשיטת המשפט הישראלית באופן אוטומטי (הגם שהוא נסוג מפני חקיקה ראשית הסותרת אותו). בכל מקרה יש לנסות ולפרש, במידת האפשר, את החוק הישראלי כעולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי ("חזקת ההתאמה הפרשנית").

חשדנות מוגזמת

בפועל, עד לאחרונה, היתה ההסתמכות על כללי משפט בינלאומי בפני בתי משפט הישראליים מועטה למדי ופוטנציאל השימוש בכללי הקליטה הקיימים לא מוצה. לכך כמה הסברים. ראשית, הקהילייה המשפטית בישראל אימצה גישה חשדנית כלפי המשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי נתפס לעתים קרובות לא רק כמשפט זר, אלא גם כמשפט המנוגד לאינטרסים של מדינת ישראל ולערכיה. מכאן שהנכונות להתחשב בעמדתו, במיוחד בסוגיות רגישות כגון ביטחון וזכויות אדם, היתה על פי רוב מוגבלת. שנית, התמשכות הכיבוש בשטחים יצרה זיקה בין השאלה הפוליטית הרגישה של תחולת אמנת ג'נבה הרביעית בשטחים (על ההשלכות שיש לכך לגבי חוקיות פעולות כגון התנחלויות, גירושים והריסות בתים) לבין אפשרות הגמשתם של כללי קליטת המשפט הבינלאומי הקיימים. שלישית, רמת ההיכרות של משפטנים בישראל עם המשפט הבינלאומי היתה במשך שנים ארוכות מוגבלת למדי, ומספר המומחים העוסקים בתחום נמוך. בין היתר הדבר נבע מדמיונו של המשפט הבינלאומי כתחום אזוטרי, בעל רלוונטיות מוגבלת לנעשה בישראל.

גורמים אלו הובילו, עד לאחרונה, גם לפירוש מצמצם מצד בית המשפט העליון של כללי קליטת המשפט הבינלאומי הנוהגים בישראל. כך למשל, נדחתה בדיון הראשון בבית המשפט העליון בפרשת פלונים (1997) הטענה כי החזקת עצורים לבנונים המוחזקים בישראל כ"קלפי מיקוח" לצורך חילופי שבויים בעתיד מנוגדת לדין הבינלאומי בנימוק כי המעצר מעוגן בחוק חרות - חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט 1979. למעשה, המתודולוגיה שאומצה שם מרוקנת מתוכן את כללי הקליטה: בית המשפט הכריע ראשית בשאלה האם ניתן להצדיק את המעצר על בסיס החוק הישראלי (מבלי לנסות ולפרשו על-פי כללי המשפט הבינלאומי), ומשהגיע לתוצאה אליה הגיע, קבע כי המשפט הבינלאומי אינו רלוונטי. ממה נפשך? או שהוא עולה בקנה אחד עם החקיקה הקיימת ואזי אין בו כדי לשנותה, או שהוא מנוגד לה ואז שומה עליו לסגת מפניה.

דוגמה בולטת נוספת של גישה חשדנית כלפי יישום המשפט הבינלאומי ניתן למצוא בפסק הדין בפרשת עפו (1988) אשר עסק בגירוש תושבי שטחים החשודים בפעילות עוינת נגד ישראל. בג"צ קבע שם, בדעת רוב, כי יש לפרש את סעיף 49 של אמנת ג'נבה הרביעית האוסר על גרוש יחידים או המונים משטחים כבושים "יוהי המניע מה שיהיה", באופן תכליתי, לאור הרקע ההיסטורי לעריכתו. מעבר לכך, קבע בית המשפט כי אמנת ג'נבה הרביעית מייצגת דין הסכמי ולא מנהגי, ומכאן אינה חלק מהדין הנוהג בארץ. על שתי קביעות אלו נמתחה בעבר ביקורת נוקבת.

לעניינו, יש חשיבות מיוחדת לעובדה כי גם שופט המיעוט, השופט בך, אשר סבר כי האמנה אוסרת על כל סוג של גירוש, לא סבר כי יש להגביל את סמכויות הגירוש של המפקד הצבאי בשטחים (זאת למרות שהוא הכיר בתוקפה של ההתחייבות הממשלה ליישם את "ההוראות ההומניטאריות" של האמנה בשטחים).

שינוי מרענן

נראה כי בפסיקתו לאורך השנים הציב בית המשפט שורה של מהמורות הפוגעות באפשרותם של צדדים להעלות בפניו טענות מתחום המשפט הבינלאומי. בית המשפט קבע כי לאמנות אין מעמד משפטי בדין הישראלי; הוא אימץ עמדה שמרנית לגבי סיווג אמנות בינלאומיות, ובכך הקשה על היכולת לקלוט את הוראותיהן כדין מנהגי; והוא נמנע במקרים רבים מלפרש את הדין הקיים בישראל לאור התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל. כל אלו הובילו, בתחומים מסוימים, להווצרות פער רחב למדי בין הדין הנוהג בישראל למשפט הבינלאומי. במילים אחרות, בית המשפט נתן ידו, במודע או שלא במודע, להפרות משפט בינלאומי מצד מדינת ישראל.

בשנים האחרונות החל להסתמן שינוי חשוב במצב הדברים האמור ונראה כי הדבר מצביע על נכונות גדולה יותר מצדו של בית המשפט העליון לכבד את כללי המשפט הבינלאומי ולשלבם בדין הישראלי. את ראשית המגמה העכשווית ניתן לאתר בעמדת המיעוט של הנשיא ברק בפרשת שינבריין (1999). הנשיא ברק סבר שם כי יש לעשות מאמץ פרשני לפרש את חוק ההסגרה המונע הסגרת אזרחים ישראלים למדינות זרות (החוק תוקן לאחר מכן), כעולה בקנה אחד עם אמנת ההסגרה בין ישראל לארה"ב המחייבת הסגרת חשודים בלא התחשב באזרחותם. אמנם, עמדתו של ברק לא נתקבלה, אך היה בכך משום "איתות" באשר לנכונות הנשיא לאמץ עמדה אוהדת יותר מבעבר בנוגע ליישום "חזקת ההתאמה הפרשנית" בדין הישראלי.

את המשכה של המגמה ניתן לראות בשתי דעות רוב חשובות שכתב הנשיא ברק במסגרת פרשות העינויים (1999) וקלפי המיקוח (2000). בפרשה הראשונה סבר הנשיא כי המשפט הבינלאומי ההסכמי אינו מתיר שימוש אמצעים אלימים בחקירות, והדבר שימש בידו נימוק נוסף לשם ביסוס המסקנה כי אין לשב"כ סמכות על פי דין להפעיל כוח פיסי בחקירות. בפרשה השנייה, הנשיא ברק הפך את פסק דינו שלו עצמו בדיון הקודם בתיק וקבע כי מעצרם של העותרים אינו חוקי. מעניין במיוחד, בהקשר זה, השוני בהנמקתו של הנשיא ברק. הפעם קבע הנשיא ברק כי יש לפרש את החוק המסמיך את שר הביטחון לעצור בני-אדם במעצר מנהלי לאור כללי המשפט הבינלאומי ההסכמי האוסרים על לקיחת בני ערובה. משמע, שילובו של המשפט הבינלאומי צריך להתבצע בראשית התהליך הפרשני ולא בסופו.

ביטוי מובהק לחשיבותה הגוברת של חזקת ההתאמה הפרשנית ניתן למצוא בפסק דינה של השופטת דורנר בפרשת ית"ד (2002). בפסק דין זה נקבע כי יש לפרש את חוק חינוך מיוחד, תשנ"ח 1988 באופן המטיל על המדינה את חובת מימון עלויות שילוב תלמידים בעלי צרכים מיוחדים במערכת החינוך הרגילה, וזאת, בין היתר, בשל העובדה כי ישראל הנה צד לאמנות בינלאומיות המטילות עליה חובה להעניק חינוך יסודי חינם לכל. נדמה שיש בפסיקה זו להמחיש את הפוטנציאל הרב שיש במשפט הבינלאומי להביא לשינוי הדין החל בישראל, ולהרחבת ההגנות המוענקות לתושביה.

קביעות מתגמשות

במקביל, אנו עדים לאחרונה לנכונות רבה יותר של בית המשפט העליון להגמיש חלק מהקביעות שהקשו בעבר על שימוש בכללי המשפט הבינלאומי ולהסתמך באופן נרחב יותר על כללים. בפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת עג'ורי (2002), קבע הנשיא כי לאור התחייבותה של מדינת ישראל ליישם את הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית בשטחים הרי שאין חשיבות לסיווגה של האמנה כמנהגית או הסכמית, וכי הוראותיה חלות בנסיבות העניין (העברת בני משפחות של מחבלים מיהודה ושומרון לעזה). כמו כן, בפסק הדין בפרשת מרע"ב (2003) הכיר הנשיא ברק במעמדה המנהגי של הוראה המצויה במספר אמנות בינלאומיות המחייבת מדינות להביא עצורים בפני שופט בתוך זמן קצר מרגע המעצר, וקבע כי תחיקת ביטחון המאפשרת מעצר פלשתינים במשך 18-12 ימים בלא כל ביקורת שיפוטית הנה בלתי חוקית. לבסוף, בשני פסקי דין משלהי שנת 2002 העוסקים בתנאי כליאה של עצורים פלשתינים במתקני מעצר צבאיים קבע הנשיא ברק כי הסטנדרטים המינימאליים לתנאי כליאתם של עצירים הקבועים במשפט הבינלאומי מייצגים דין מנהגי, וכי ישראל הפרה, בימים הראשונים לאחר מבצע "חומת מגן" סטנדרטים אלו.

יותר רלבנטי

מה ההסבר להתפתחות זו? חלק מההסבר נעוץ בהתפתחויות בתחום המשפט הבינלאומי עצמו אשר הפכו אותו לרלוונטי יותר מנקודת ראות מערכת המשפט הלאומית של המדינות השונות. התפתחותם המהירה של דיני זכויות אדם, דיני איכות הסביבה ועוגפים נוספים העוסקים במתרחש בתוך המדינה פנימה, הגבירו את נקודות החיכוך בין הדין הבינלאומי למקומי, יתר על כן, מנגנוני אכיפה בינלאומיים החלו לבחון בצורה קפדנית יותר את מידת יישום הדין הבינלאומי בשיטות משפט מדינתיות. הנשיא ברק ציין כבר כי האפשרות שישראלים יועמדו לדין בפני ערכאות זרות ובינלאומיות, מחייבת שבתי הדין הישראליים ידונו בעצמם בחוקיות פעולותיהם של חיילי צה"ל, וימחישו בכך כי ישראל עצמה אוכפת את הסטנדרטים הבינלאומיים הרלוונטיים. שנית, הגברת התלות ההדדית בין המדינות, במסגרת תהליך הגלובליזציה, הובילה להכרה רבה יותר בחשיבות שיתוף הפעולה הבינלאומי ובצורך "ליישר קו" עם סטנדרטים עולמיים מקובלים.

לבסוף, אין מנוס מן התחושה כי יש קשר בין העיתוי בו החל שינוי המגמה, 2000-1999, לבין ההתפתחויות הפוליטיות באותה העת. העובדה כי נסתמן באותה תקופה סיכוי של ממש לסיים את הסכסוך הישראלי פלשתיני, הרגיעה במצב הביטחוני וכוונתו המוצהרת של שר המשפטים דאז להביא לביטול מצב החירום בישראל, תרמו, לדעתי, להתגברות ההכרה כי הגיעה העת להגביר את שילובה של ישראל והמשפט הישראלי בקהילה הבינלאומית.

למרות האמור לעיל, יש להדגיש כי המהלך לייבוא סטנדרטים בינלאומיים אל תוך הדין הישראלי טרם הושלם. חלק מהשופטים עודם אוחזים בגישה סקפטית באשר למידת התאמתו של הדין הבינלאומי לנסיבות הקיימות בארץ; חלק מהפסיקה עודנה מבוססת על פרשנות לא מדויקת של כללי המשפט הבינלאומי; בחלק מהמקרים הנוגעים לצעדים שנוקט צה"ל בשטחים, נמנע בית המשפט מלהכריע בתיק, בין היתר על דרך הפעלתם של כללי שפיטות דוקניים; טרם הוכרע מעמדם של כללי המשפט הבינלאומי בכל נוגע לפרשנות חוקי היסוד ולקביעת תוקפם של מעשי המנהל; ובית המשפט עדיין לא קבע כי באופן ברור כי טקסטים מרכזיים בתחום זכויות האדם והמשפט ההומניטארי, כגון אמנת ג'נבה הרביעית, הנם חלק מהדין הנוהג בישראל.

ד"ר יובל שני מלמד בבית הספר למשפטים של הסמינר האקדמי, המכללה למינהל