

## על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות: כיצד הכנסת נוהגת, וכיצד תנהג?\*

תומר ברודי, \*\* גיל-עד נועם\*\*\*

הדיון בדבר מעמדה הראוי של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות בין-לאומיות על-ידי מדינת-ישראל הוא דיון ותיק, אשר ימיו כימי המדינה כמעט. מצד אחד ניצבת עמדת הסטטוס-קו, הדוגלת בשימור הדין החוקתי הנוהג, אשר מעניק, ללא סייג כמעט, את מלוא הסמכויות בתחום כריתת האמנות לממשלה כרשות המבצעת. כתוצאה מכך, הוראות אמנתיות זוכות כעיקרון במעמד מחייב בדין הפנימי רק אם הן עוברות קליטה נפרדת ומפורשת על-ידי הכנסת (השקולה בדרך-כלל להליך חקיקה). על קצה המזלג, השיקולים העיקריים הנטענים ביסוד עמדה זו הם שיקול הפרדת הרשויות ושיקולי היעילות והמומחיות בניהול יחסי חוץ.

\* מאמר זה נובע באופן ישיר מפרויקט מחקר של הפורום למשפט בין-לאומי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, שנערך בראשות פרופ' משה הירש בחסות המכון ליחסים בינלאומיים על-שם לאונרד דיוויס, בנושא "סמכות לכרות אמנות במדינת ישראל: ניתוח ביקורתי והצעה לרפורמה" (להלן: מחקר הפורום למשפט בין-לאומי). בפרויקט מחקר זה נטלו חלק פרופ' רות לפידות, פרופ' משה הירש, פרופ' ברק מדינה, פרופ' יובל שני, ד"ר גיא הרפז וכן מחברי המאמר הנוכחי. המאמר מתבסס על פרקי המחקר שנכתבו על-ידי המחברים ומרחיב עליהם. תוצאות המחקר בכללותן צפויות להתפרסם בעתיד הקרוב כחוברת בהוצאת המכון ליחסים בינלאומיים על-שם לאונרד דיוויס. אנו מודים לכל המשתתפים בפרויקט על הערותיהם המועילות ועל הזכות לעבוד איתם במשותף בפרויקט זה. כמו-כן אנו מודים לגב' איילת גורדון ולגב' תמר גרוסוולד על עזרתן המצוינת במחקר. ברם, כל האמור במאמר זה הוא על דעת המחברים בלבד, ואין לייחסו לקבוצת-המחקר האמורה או למי מחבריה. תודה גם למערכת משפט ועסקים ולשני השופטים החיצוניים האנונימיים.

\*\* ד"ר תומר ברודי, המחלקה ליחסים בין-לאומיים והפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, מרצה למשפט בין-לאומי פומבי ולמשפט כלכלי בין-לאומי.

\*\*\* עו"ד גיל-עד נועם, תלמיד התואר השלישי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

מן הצד האחר ניצבת העמדה הדוגלת בשינוי הדין הנוהג בדרך של הגברת שיתופו של המחוקק בתהליכים של כריתת אמנות. לאורך השנים מצאה עמדה זו ביטוי בהצעות רפורמה רבות. עמדה זו נובעת בעיקרה מן ההכרה בחשיבותן הגוברת של אמנות בין-לאומיות. לפי גישה זו, אמנות בין-לאומיות צריכות ליהנות מלגיטימציה מוגברת, אשר רק מעורבות של הכנסת כבית-נבחרים יכולה להעניק. נימוק נוסף לעמדה המתקנת היא שראוי למנוע סתירות בין משפט המדינה (מעשי ידי הכנסת בעיקרו) לבין התחייבויותיה המשפטיות של ישראל כלפי חוץ.

במאמר זה אנו מבקשים לתרום לדיון מזווית ייחודית הנוגעת במשתנה חשוב היכול להשליך על מכלול שיקולי המדיניות ועל הערכת האיזון ביניהם. השאלה העיקרית שתידון במאמר זה היא שאלת משקלו המעשי של שיתוף המחוקק בכריתת אמנות. נבחן כיצד נהגה עד כה הכנסת בהודמנויות שניתנו לה להשפיע על כריתת אמנות, וכיצד צפוי שתנהג אם יורחבו סמכויותיה המפורשות בהקשר זה. לשון אחר, אם אכן תיערך רפורמה, ובמישור הפורמלי יוענקו לכנסת סמכויות מורחבות בתהליכי כריתת האמנות של מדינת-ישראל, כיצד תנהג הכנסת בתפקידה זה בפועל?

עיקרו של מאמר זה יעסוק בחשיפה ובאפיון של מעורבותה המעשית של הכנסת בכריתת אמנות במסגרות הקיימות. על בסיס ידע היסטורי-אמפירי מצטבר זה נסיק שהגברת הסמכויות הפורמליות של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות אינה צפויה להביא לידי שינוי מהותי במעורבותה המעשית בעצם ההחלטה אם להתקשר באמנה אם לאו, בוודאי לא באופן שיפגע ביעילות התנהלותה של ישראל במישור של יחסי החוץ. אולם יש לצפות לכך שהכנסת תתרום תרומה משמעותית יותר לעיצוב הדין המקומי המיועד ליישם את ההתחייבות הבין-לאומית. לפיכך אנו סבורים שרפורמה אשר תגביר את מעורבותה הפורמלית של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות עשויה להשיג את יעדיה הלגיטימיים מבלי שייגרמו הנזקים שמהם חוששים אלה המחזיקים בעמדת הסטטוס-קוו.

מבוא

פרק א:

- כריתת אמנות בישראל ומעורבותה של הכנסת – הדין הפורמלי
1. כללי: הסדרת הסמכות של כריתת אמנות במשפט הבין-לאומי ובדין הישראלי
  2. הממשלה: האורגן המוסמך לכרות אמנות בשמה של מדינת-ישראל
  3. תפקידו של נשיא המדינה בכריתת אמנות
  4. תפקיד הכנסת בכריתת אמנות
  5. הסכמים בין-לאומיים בעלי חשיבות מיוחדת
  6. השפעת הדין המצוי על סוגיית מעמדן של אמנות בדין הפנימי של ישראל

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

- פרק ב: מעורבותה של הכנסת בכריתת אמנות בישראל – הלכה למעשה
1. כללי
  2. אמנות רב-צדדיות שישראל צד להן
    - (א) אמנות ג'נבה I-IV, 1949
    - (ב) האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם ("אמנת הגינוסייד")
    - (ג) האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) והאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (ICESCR), 1966
    - (ד) הסכמי "סבב אורוגוואי" להקמת ארגון הסחר העולמי (World Trade Organization – WTO), 1994
  3. אמנות רב-צדדיות שישראל אינה צד להן
    - (א) אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים (Vienna Convention on Consular Relations), 1963
    - (ב) חוקת רומא של בית-הדין הפלילי הבין-לאומי (International Criminal Court), 1998
    - (ג) אמנת אונסק"ו בדבר ההגנה על מגוון ביטויי התרבות וקידומו (UNESCO – Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions), 2005
  4. אמנות דו-צדדיות
    - (א) הסכמי שביתת-הנשק משנת 1949
    - (ב) הסכם ההסגרה עם ארצות-הברית, 1963
    - (ג) הסכם ההתאגדות האירופי-ים-תיכוני בין ישראל לבין הקהילה האירופית והמדינות החברות בה, 2000/1995
    - (ד) הסכמי QIZ (Protocol between the Government of the State of Israel and the Government of the Arab Republic of Egypt on Qualifying Industrial Zones), 2005
  5. הסכמים מדיניים חשובים (החל בשנות השבעים)
- פרק ג: דיון – שיקולי המדיניות בשאלת הסמכות לכרות אמנות ומעורבותו המעשית של המחוקק בכך
1. מתחם שיקולי המדיניות הנוגעים בשאלת הסמכות לכרות אמנות
  2. מעורבותה המעשית של הכנסת כמשתנה במערך שיקולי המדיניות
- פרק ד: סיכום – לקראת מעורבות מיטבית של המחוקק בהליכים של כריתת אמנות

## מבוא

הדיון בדבר מעמדה הראוי של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות בין-לאומיות על-ידי מדינת-ישראל הוא דיון ותיק, אשר ימיו כימי המדינה כמעט<sup>1</sup>. מצד אחד ניצבת עמדת הסטטוס-קוו, הדוגלת בשימור הדין החוקתי הנוהג, אשר מעניק, ללא סייג כמעט, את מלוא הסמכויות בתחום כריתת האמנות לממשלה כרשות המבצעת. כתוצאה מכך, הוראות אמנתיות זוכות כעיקרון במעמד מחייב בדין הפנימי רק אם הן עוברות קליטה נפרדת ומפורשת על-ידי הכנסת (השקולה בדרך-כלל להליך חקיקה). זאת, במובחן מהדין המנהגי הבין-לאומי (International Customary Law), אשר מקבל בדרך-כלל מעמד במשפט הפנימי אף ללא קליטה תחיקתית מפורשת. עמדה זו מבטאת את מסורת המשפט המקובל ואת הפרקטיקה למן קום המדינה, ונסמכת על הלכת קמיאר של בית-המשפט העליון<sup>2</sup> – הלכה שהתקבלה לפני כארבעה עשורים. על קצה המזלג, השיקולים העיקריים הנטענים ביסוד עמדה זו הם שיקול הפרדת הרשויות ושיקולי היעילות והמומחיות בניהול יחסי חוץ.

מן הצד האחר ניצבת העמדה הדוגלת בשינוי הדין הנוהג בדרך של הגברת שיתופו של המחוקק בתהליכים של כריתת אמנות. לאורך השנים מצאה עמדה זו ביטוי בהצעות רפורמה רבות<sup>3</sup>, והיא גם מסקנתו של מחקר אקדמי מקיף שנערך לאחרונה בנושא (וייאמר מראש כי זו מסקנה שגם מחברי המאמר הנוכחי שותפים לה)<sup>4</sup>. עמדה זו נובעת בעיקרה מן ההכרה בחשיבותן הגוברת של אמנות בין-לאומיות לא רק במישור של יחסי החוץ, אלא אף במישור המשפט והמדיניות בתוך המדינה. לפי גישה זו, אמנות בין-לאומיות

1 ראו, למשל, את הדיון בכנסת בהצעת חוק מגן דוד אדום, התש"י-1950, ד"כ 4, 699 (התש"י) – אשר יתואר בפירוט בס' ב2א) לרשימה זו; רות לפידות (אשלכר) "הסמכות לכרות אמנות בינלאומיות בשם מדינת ישראל" קובץ מחקרים במשפט הבינלאומי הפומבי לזכר סר הרש לאוטרפאכט 210 (נתן פיינברג עורך, התשכ"ב); שמעון שטרית "תפקיד הכנסת בכריתת אמנות" הפרקליט לו 349 (1985).

2 ע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85 (1968).

3 ראו, למשל, הצעת חוק התקשרות המדינה בהסכמים בינלאומיים, התשס"ו-2006; הצעת חוק אשרור אמנות בין-לאומיות, התשס"ג-2003; הצעת חוק הכנסת (תיקון – אשרור אמנות), התשס"ד-2003; ס' 135-141 להצעת הרפורמה של "חוקה בהסכמה" [www.e-q-m.com/clients/Huka/huka\\_01.html](http://www.e-q-m.com/clients/Huka/huka_01.html). לפירוט מקיף של הצעות הרפורמה הקיימות ראו גיא הרפז "הצעות רפורמה שהוגשו בעבר" מחקר הפורום למשפט בין-לאומי פרק המישי.

4 ראו "מסקנות והצעת רפורמה בעניין חלוקת הסמכויות בתחום כריתת אמנות בישראל" מחקר הפורום למשפט בין-לאומי פרק שישי. בפרק זה נידונו שלוש חלופות לרפורמה: (1) כריתת אמנות על-ידי הממשלה בשילוב חובת היועצות נרחבת עם הכנסת; (2) כריתת אמנות על-ידי הממשלה אך הכפפת סוגי אמנות מסוימים לאישור הכנסת; (3) אישור אמנות על-ידי הכנסת אך הכפפת סוגי אמנות מסוימים לאישור הממשלה. המלצת המחקר הייתה להעדיף את החלופות השנייה והשלישית (ללא העדפה ביניהן) על החלופה הראשונה.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

צריכות ליהנות מלגיטימציה מוגברת, אשר רק מעורבות של הכנסת כבית-נבחרים יכולה להעניק. נימוק נוסף לעמדה המתקנת הוא שראוי למנוע סתירות בין משפט המדינה (מעשי ידי הכנסת בעיקרו) לבין התחייבויותיה המשפטיות של ישראל כלפי חוץ. סתירות כאלה נובעות – או עלולות לנבוע – מן הפיצול שבין תהליך הכריתה לבין תהליך הקליטה. על מערך השיקולים העקרוניים והתיאורטיים בדיון זה נרחיב בהמשך המאמר.<sup>5</sup> ברם, במאמר זה אנו מבקשים לתרום לדיון באופן צנוע מזווית ייחודית – אשר טרם לובנה דייה, לדעתנו – הנוגעת במשתנה חשוב היכול להשליך על מכלול שיקולי המדיניות ועל הערכת האיזון ביניהם. השאלה העיקרית שתידון במאמר זה היא שאלת משקלו המעשי של שיתוף המחוקק בכריתת אמנות. נבחן כיצד נהגה עד כה הכנסת בהודמנויות שניתנו לה להשפיע על כריתת אמנות, וכיצד צפוי שתנהג אם יורחבו סמכויותיה המפורשות בהקשר זה. לשון אחר, אם אכן תיערך רפורמה, ובמישור הפורמלי יוענקו לכנסת סמכויות מורחבות בתהליכי כריתת האמנות של מדינת-ישראל (בהתאם לשיטתם של אלה המבקשים לתקן את השיטה הנוהגת בדרך זו או אחרת), כיצד תנהג הכנסת בתפקידה זה בפועל? האם ינקוט המחוקק מידת מעורבות מוגברת, כמי שהשתחררו לפתע חרצובות לשונו בתחום כריתת האמנות? האם בעקבות כך צפוי שינוי דרמטי בניהול יחסי החוץ המשפטיים של המדינה? גרעין של תשובות לשאלות אלה ימצא, לדעתנו, בבחינת האופן שבו נהגה הכנסת בסמכויותיה הכלליות עד כה, ובפרט באותן הודמנויות מועטות שבהן ניתן לה (לעיתים בעקבות בקשה חריגה שלה) להשתתף בתהליך כריתתה של אמנה, בדרך ישירה או עקיפה. מכאן, עיקרו של מאמר זה יעסוק בחשיפה ובאפיון של מעורבותה המעשית של הכנסת בכריתת אמנות במסגרות הקיימות.

על בסיס ידע היסטורי-אמפירי מצטבר זה נטען שהגברת הסמכויות הפורמליות של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות אינה צפויה להביא לידי שינוי מהותי במעורבותה המעשית בעצם ההחלטה אם להתקשר באמנה אם לאו, בוודאי לא באופן שיפגע ביעילות התנהלותה של ישראל במישור של יחסי החוץ. אולם יש לצפות לכך שהכנסת תתרום תרומה משמעותית יותר לעיצוב הדין המקומי המיועד ליישם את ההתחייבות הבין-לאומית. לפיכך אנו סבורים שרפורמה אשר תגביר את מעורבותה הפורמלית של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות עשויה להשיג את יעדיה הלגיטימיים מבלי שייגרמו הנזקים שמהם חוששים אלה המחזיקים בעמדת הסטטוס-קוו.

בפרק א' להלן נסקור את הדין הפורמלי המצוי בשאלת תפקידה של הכנסת בכריתת אמנות, כשתית לבחינת מעורבותו המעשית של המחוקק. בפרק ב' נציג בפרוטרוט את הניסיון המצטבר של מעורבות הכנסת בכריתת אמנות הלכה למעשה, במגוון רחב של מקרים, על-מנת לאפיין את תבניות ההשתתפות של הכנסת בעניינים אלה. בפרק ג' נדון בשיקולים בעד ונגד רפורמה, בהתחשב בממצאינו בדבר מעורבותה המעשית של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות. בפרק ד' נסכם את ממצאינו.

5 ראו פרק ג' לרשימה זו, אם כי ממילא קיבלו הדברים ביטוי ממצה בכתבים אחרים – ראו, למשל, ברק מדינה ויובל שני "חלוקת סמכויות בהליך התקשרות המדינה באמנות בינלאומיות: עקרונות יסוד" מחקר הפורום למשפט בין-לאומי פרק ראשון.

## פרק א: כריתת אמנות בישראל ומעורבותה של הכנסת – הדין הפורמלי

### 1. כללי: הסדרת הסמכות של כריתת אמנות במשפט הבין-לאומי ובדין הישראלי

זהות האורגן המוסמך לכרות אמנות בשם מדינה משתנה ממדינה למדינה על-פי ההסדרים החוקתיים הנוהגים במשפט הפנים-מדינתי. ככלל, המשפט הבין-לאומי אינו מגביל את המדינות בהסדרים אלה.<sup>6</sup> פרק זה יבחן את ההסדרים הנוהגים במשפט הפנימי של ישראל, כרקע לבחינת מעורבותה המעשית של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות. על-אף חשיבותו של נושא ההתקשרות באמנות בין-לאומיות, הנושא אינו מוסדר בחקיקה. ההסדרים בדבר כריתת אמנות בישראל מבוססים על פסיקותיו של בית-המשפט העליון החל בראשית ימי המדינה, ומעוגנים במידה מוגבלת בלבד בהנחיות פנימיות ובכללים פרוצדורליים המסדירים את אופן פעולתה של הממשלה.<sup>7</sup> כאמור, הסמכות לכרות אמנות והסכמים בין-לאומיים אחרים מסורה לממשלה.<sup>8</sup> עם זאת, יש חשיבות לשאלת

6 המשפט הבין-לאומי מסתפק בכמה הוראות כלליות בנוגע לזהותם של הנציגים המוסמכים לייצג את מדינתם לצורך כריתת אמנות, לרבות אורגנים מסוימים (ראשי מדינות, ראשי ממשלות ושרי חוץ) המוחזקים כמוסמכים לכרות אמנות בשם מדינתם. הכללים נקבעו ב"Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331, entered into force Jan. 27, 1980 (להלן: אמנת האמנות), שנוסח עברי שלה ניתן למצוא באמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות (מנחם זהרי ושבטאי רוזן מתרגמים, התשל"ח). ישראל אינה צד לאמנת האמנות, אולם הוראותיה משקפות משפט בין-לאומי מנהגי. ההוראות הרלוונטיות לעניין זהותם של הגורמים היכולים לחייב את המדינה לצורך התקשרות באמנות הן ס' 7 ו-8 לאמנת האמנות. על-פי ס' 46 לאמנת האמנות, מדינה אינה יכולה לטעון שהתחייבות שלה אינה תקפה עקב הפרה של דיניה הפנימיים בנושא הסמכות לכרות אמנות, אלא אם כן ההפרה גלויה וברורה מבחינה אובייקטיבית לכל מדינה הפועלת על-פי נוהג ובתום-לב, ונוגעת בכלל פנים-מדינתי בעל חשיבות יסודית.

לסקירת עמדותיהם של מלומדים לפני אימוצה של אמנת האמנות בסוגיית הרשות המוסמכת לכרות אמנות לפי המשפט הבין-לאומי, ראו לפידות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 214-219; פרשת קמיאר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 118-123.

7 Ruth Lapidot, *National Treaty Law and Practice: Israel, in NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICE* 385 (Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee & L. Benjamin Ederington eds., 2005)

8 סקירה זו מתייחסת לאופן כריתתן של אמנות בישראל, להבדיל מהסכמים בין-לאומיים לצורכי פרוצדורות הדין הפנימי, אשר הגדרתם עשויה להיות רחבה יותר. הגדרת "אמנה" על-פי המשפט הבין-לאומי קבועה בס' 2 לאמנת האמנות, לעיל ה"ש 6, ובס' 2 ל-Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

תפקידה (הקיים והראוי) של הכנסת בכריתת אמנות, בעיקר בשל ההשלכה שיש לכך על מעמדן של האמנות בדין הפנימי, כפי שיוסבר להלן.<sup>9</sup> כהערה מקדימה לדיון בדבר תפקידן של רשויות השלטון בישראל בכריתת אמנות, ראוי לציין כי קיימות דרכים שונות שבהן מדינה יכולה להתחייב באמנה בין-לאומית, כגון אשרור (אשר בא לאחר חתימה של נציג מוסמך על האמנה, בכפוף לאשרורה), חתימה בלבד, הצטרפות והחלפת מסמכים.<sup>10</sup> אף שייתכנו הבדלים בתהליך של כריתת האמנה בכל אחת מהדרכים, הממשלה בישראל היא שמוסמכת להתחייב בשם המדינה באמנות בין-לאומיות, יהא אופן כריתתן אשר יהא.<sup>11</sup>

## 2. הממשלה: האורגן המוסמך לכרות אמנות בשמה של מדינת ישראל

בהעדר חקיקה המסדירה את הנושא של כריתת אמנות בישראל, סמכותה של הממשלה להתחייב בשם המדינה באמנות בין-לאומיות נובעת מסמכותה השיורית, הקבועה כיום בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה.<sup>12</sup> על-פי סעיף זה, "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". עוד בראשית ימי המדינה החליטה הממשלה להעניק לשר החוץ את הסמכות "לחתום על אמנות

---

or Between International Organizations 1986, available at [untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_2\\_1986.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf) (להלן: אמנת וינה 1986). הגדרה זו כוללת הסכמים בין-לאומיים (יהא כינוים אשר יהא) שנערכים בכתב בין מדינות או בין מדינות לבין ארגונים בין-לאומיים בין-ממשלתיים או בין ארגונים כאלה לבין עצמם, ואשר כפופים למשפט הבין-לאומי. ראו ס' 2 לאמנת האמנות, לעיל ה"ש 6, וס' 2 לאמנת וינה 1986. ההגדרה של "הסכמים בין-לאומיים" לצורכי פרוצדורות הדין הפנימי עשויה להיות רחבה יותר מהגדרת "אמנה" על-פי המשפט הבין-לאומי. כך, למשל, פרופ' רות לפידות מציינת כי על-פי הנחיות שניתנו בעבר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בקשר לתהליך כריתתם של הסכמים בין-לאומיים, נקבעה הגדרה רחבה שכללה גם הסכמים בין מדינת ישראל לבין ארגונים בין-לאומיים לא-ממשלתיים (NGOs), הסכמים בין-לאומיים מסחריים שהצדדים לא התכוונו להכפיפם למשפט הבין-לאומי או הסכמים "מעורבים" שחלים עליהם דינים לאומיים לצד המשפט הבין-לאומי, וייתכן שגם הסכמים בעל-פה. ראו Lapidoth, לעיל ה"ש 7, בעמ' 390-391.

9 ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 916 (2005), וכן מחקר הפורום למשפט בין-לאומי פרק ראשון.

10 ראו ס' 11 לאמנת האמנות, לעיל ה"ש 6.

11 הדבר מצא ביטוי בתזכיר שהגישה ממשלת ישראל לאו"ם בשנת 1951, שבו הצהירה על אופן התקשרותה של מדינת ישראל באמנות. ראו: *Memorandum of 11 March 1951 from the Government of Israel, in LAWS AND PRACTICES THE CONCLUSION OF TREATIES WITH A SELECT BIBLIOGRAPHY ON THE LAW OF TREATIES 67, 70 (United Nations Legislative Series, 1953)* (להלן: תזכיר ההתקשרות באמנות).

12 חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.

והסכמים בינלאומיים, בין בעצמו ובין על-ידי מי שיתמנה לכך על-ידיו.<sup>13</sup> בשנת 1951 הגישה ישראל תזכיר לאו"ם שבו הצהירה על תהליך כריתת האמנות בישראל, ובו נאמר, בין היתר, כדלקמן:

"The legal power to negotiate, sign and ratify international treaties on behalf of Israel is vested exclusively in the Government of Israel and is in the charge of the Minister of Foreign Affairs."<sup>14</sup>

בעבר ביקשה הממשלה לבסס את סמכותה לכרות אמנות על סעיף 14(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, שהקנה לה את הסמכויות שהיו בתקופת המנדט הבריטי בידי הכתר הבריטי ובידי הנציב העליון.<sup>15</sup> מקור זה לסמכות הממשלה עורר שאלות משפטיות, אך הללו חורגות מגדר מאמר זה.<sup>16</sup> בית-המשפט העליון, בפרשת קמיאר, אישר כי הממשלה היא הגורם המוסמך לכרות אמנות בשם מדינת-ישראל, אולם השופטים נמנעו מלבסס את קביעתם בדבר סמכותה זו של הממשלה על המצב המשפטי ששרר בתחום זה בתקופת המנדט הבריטי.<sup>17</sup>

בפרשת קמיאר טען המערער כי אמנת ההסגרה בין ישראל לשווייץ, שמכוחה התבקשה הסגרתו לשווייץ, אינה תקפה. פסק-הדין בערעור ניתן בהרכב של חמישה שופטים, ונדרש לשתי טענות של המערער בקשר לסמכות לכרות אמנות בשמה של מדינת-ישראל. הטענה הראשונה הייתה ששגריר ישראל בשווייץ, אשר חתם על האמנה, לא היה מוסמך לחתום עליה בשם מדינת-ישראל. הטענה השנייה הייתה שהאמנה אושררה על-ידי הממשלה אף שלכאורה אין היא מוסמכת לאשרר אמנות בין-לאומיות. בית-המשפט העליון דחה את שתי הטענות. ארבעה מבין חמשת השופטים דחו את הערעור בנימוק העיקרי כי "יצירתם וקיומם של יחסים בינלאומיים בכלל, וכריתת הסכמים בינלאומיים בפרט, עניין מובהק הם לרשות המבצעת"<sup>18</sup>, וכי "פעולת האישור - קרי: ההצהרה הרשמית מטעם המדינה המתקשרת בפני המדינה האחרת בדבר הסכמתה הסופית להיות קשורה לאמנה שנחתמה ביניהן בשלב הראשון - הינה פעולה אקזקוטיבית, הנעשית במישור הבינלאומי ואשר מטבע הדברים הוא

13 בפרשת קמיאר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 91-92, דן בית-המשפט בחוקיותה של האצלת סמכות זו ואישר אותה. ראו החלטה של הממשלה ה-2 "הודעה בדבר הענקת סמכויות לשר החוץ" (14.5.1951). ראו גם Lapidoth, לעיל ה"ש 7, בעמ' 387.

14 תזכיר ההתקשרות באמנות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 71.

15 שם, בעמ' 68-70.

16 לסקירה של העמדות השונות והבעיות המתעוררות בקשר לביסוס הסמכות לכרות אמנות בישראל על הדין המנדטורי, ראו לפידות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 229-232.

17 ראו דברי השופט כהן בפרשת קמיאר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 97, בהתייחסו לסמכות הממשלה לכרות אמנות; דברי השופט הלוי, שם, בעמ' 104, בהתייחסו לעמדת הממשלה שלפיה סמכותה לכרות אמנות נובעת מהדין המנדטורי; ודברי השופט לנדוי, שם, בעמ' 112.

18 דברי השופט כהן, שם, בעמ' 97; דברי השופט לנדוי, שם, בעמ' 112-113.



משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

שתבוצע על-ידי הרשות המבצעת.<sup>19</sup> הנשיא אגרנט הבהיר כי אין בקביעה זו כדי לשלול תפקיד מהרשות המחוקקת במסגרת הליך האשרור:

"חשוב להבחין הבחן היטב בין ההליך ה'בינלאומי' הנעוץ בפעולת האשרור, המבטאת כלפי חוץ את רצון המדינה להיות קשורה לאמנה שנחתמה, לבין ההליך ה'פנימי' הקונסטיטוציוני, הנעוץ ביצירת רצונה לכך. בעוד שפעולת האשרור הרשמי נעשית בהכרח על-ידי הרשות המבצעת, אין זה מחוץ לגדר האפשרות החוקתית כי, בתהליך של קבלת ההחלטה לאשרר את האמנה, ישותף גורם שלטוני אחר, כגון, למשל, הרשות המחוקקת... ברור, שקיים קשר הדוק בין שני ההליכים במובן זה, שאם לא הביעה הרשות המחוקקת, מקום שקיימת הוראה חוקתית כנ"ל, את הסכמתה כאמור, לא תהיה הרשות המבצעת, מבחינה קונסטיטוציונית, במצב שבו תוכל לאשרר את האמנה."<sup>20</sup> [ההדגשות במקור]

השופט הלוי הגיע לתוצאה זוהי לזו שהגיעו אליה ארבעת השופטים האחרים, אך נמנע מלבסס את פסק-דינו על הדין החוקתי הקיים בישראל, אלא סבר שלנוכח המצג שיצרה ישראל לפני ארגון האו"ם ולפני מדינות העולם, שלפיו הממשלה היא האורגן המוסמך לאשרר אמנות בין-לאומיות, אין ישראל רשאית להתכחש לכך כעת.<sup>21</sup> חמשת השופטים בפרשת קמיאר לא מצאו פגם כלשהו בכך שהממשלה הסמיכה את שר החוץ לחתום בשמה על אמנות, ובכך ששר החוץ הסמיך שגריר לחתום בשמו על אמנה.<sup>22</sup> הלכת קמיאר שרירה וקיימת עד עצם היום הזה, ומשמעות הדבר היא שהממשלה, ולא הכנסת, היא המוסמכת, על-פי הדין המצוי, לכרות אמנות בשם מדינת-ישראל. שר החוץ הוא המוסמך לחתום על אמנות בשמה של מדינת-ישראל (וכן להאציל סמכות זו), בכפוף לאישור או אשרור של הממשלה.

### 3. תפקידו של נשיא המדינה בכריתת אמנות

טענתו של המערער (קמיאר) כי לממשלה אין סמכות לכרות אמנות בין-לאומיות בשמה של מדינת-ישראל התבססה בעיקרה על הוראת סעיף 11(א)(5) לחוק-יסוד: נשיא המדינה,

19 דברי הנשיא אגרנט, שם, בעמ' 119-120.

20 שם, בעמ' 120.

21 שם, בעמ' 104-105. השופט הלוי הסתמך בפסק-דינו על תזכיר ההתקשרות באמנות, לעיל ה"ש 11.

22 השופט לנדוי והנשיא אגרנט היו בדעה כי אין מקום לבחון את שאלת סמכותו של הנציג לחתום על האמנה, מכיוון שמרגע שהאמנה אושררה על-ידי הממשלה, נרפא כל פגם קודם גם אם היה כזה.

שלפיה נשיא המדינה "יחתום על אמנות עם מדינות-חוץ שאושרו על-ידי הכנסת".<sup>23</sup> בית- המשפט נדרש לפרשנות של סעיף זה, ואישר את עמדת המדינה שלפיה אין בו כדי להעניק לכנסת סמכות בלעדית לאישור אמנות בין-לאומיות, אלא שהמשלה מוסמכת להעביר לכנסת אמנות מסוימות לאישור, ורק אם אכן נהגה כך, יהיו אמנות אלה טעונות חתימה של נשיא המדינה.<sup>24</sup> מדינת-ישראל הודיעה לאו"ם כי גם במקרים שבהם נדרשת חתימה של נשיא המדינה על אמנות בין-לאומיות, חתימה זו טעונה חתימת קיום (attesting signature) של שר החוץ.<sup>25</sup>

#### 4. תפקיד הכנסת בכריתת אמנות

כאמור, הפרשנות שניתנה לסעיף 11(א)5 לחוק-יסוד: נשיא המדינה בפרשת קמיאר היא שהמשלה רשאית (אך אינה חייבת) להביא אמנות לאישורה של הכנסת. שינוי מסוים בבלעדיותה של המשלה בתהליך כריתת האמנות אירע בשנת 1984, שאז נקבע בתקנון המשלה (בסעיף 6) כדלקמן:

"(א) שר המבקש להגיש הצעה להחלטה בדבר אישור אמנה בינלאומית יעביר למוכיר הכנסת שבועיים קודם, לפחות עשרה עותקים מנוסח האמנה ומעיקריה המתורגמים לעברית, על-מנת שזה יביאם לידיעת חברי-הכנסת, זולת אם לדעת השר המגיש, בהסכמת שר החוץ ושר המשפטים, נמנעת המצאת עותקי האמנה לכנסת מטעמי דחיפות או סודיות.

...

(ד) המשלה רשאית לקבוע, כי, בשל חשיבותה, תוגש אמנה פלונית גם לאישור הכנסת או לאשרורה.<sup>26</sup>

23 חוק-יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118. לפני חקיקתו של חוק-יסוד: נשיא המדינה נכללה הוראה זו בס' 6 לחוק המעבר, התש"ט-1949, ס"ח 1.

24 דברי השופט לנדוי בפרשת קמיאר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 112-113; דברי הנשיא אגרנט, שם, בעמ' 130. מדינת-ישראל הבהירה עמדה זו בתזכיר ההתקשרות באמנות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 70-71.

25 תזכיר ההתקשרות באמנות, לעיל ה"ש 11. ראו גם Lapidoth, לעיל ה"ש 7, בעמ' 386.

26 הדבר דומה במידה רבה לנוהג החוקתי הבריטי המקובל למן שנת 1924, המכונה Ponsonby Rule, על-שם תת-שר החוץ הבריטי Arthur Ponsonby, אשר הכריז לפני הפרלמנט: "It is the intention of His Majesty's Government to lay on the table of both Houses of Parliament every treaty, when signed, for a period of 21 days, after which the treaty will be ratified and published and circulated in the Treaty Series. In the case of important treaties, the Government will, of course, take an opportunity of submitting them to the House for discussion within this period. But, as the Government cannot take upon itself to decide what may be considered important or unimportant, if there is a formal demand for discussion forwarded through the usual channels from the

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

יידוע הכנסת בדבר כוונת הממשלה לאשרר אמנות מקנה לכנסת יכולת פיקוח מסוימת על תהליך זה (כחלק מסמכות הפיקוח הכללית של הכנסת על הממשלה והאפשרות להביע אי-אמון בממשלה), אך אין בכך כדי להקנות לכנסת יכולת להשפיע בדרך-כלל על האמנות שהממשלה מתקשרת בהן בשם המדינה.<sup>27</sup> ייתכן שניתן לראות את החובה ליידע את הכנסת כחובה השקולה להיוועצות של הממשלה עם המחוקק במסגרת תהליך אשרורה של אמנה.<sup>28</sup> על כל פנים, ההליך המעוגן בסעיף 6(א) לתקנון הממשלה משקף חובת היוועצות מצומצמת ביותר, שכן אפשרותה של הכנסת להביע עמדה בקשר לאמנה מוגבלת בזמן (שבועיים עד לאשרור), ואין חובה לקבל את עמדת הכנסת לפני אשרורה של האמנה. מובן שבמישור הפורמלי הכנסת יכולה להשתמש בסמכות הפיקוח הכללית שלה על הממשלה גם בתהליך כריתת האמנות, ובמקרים שהיא רואה זאת לנכון אף להביע אי-אמון בממשלה בשל כוונתה לאשרר אמנה פלונית.<sup>29</sup> אולם, כפי שנראה בפרק ב, בפועל לא נעשה שימוש באפשרויות אלה. ככל שעירבה הממשלה את הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות על-פי המצב החוקתי הקיים כיום, מאפייניה של מעורבות הכנסת היו מורכבים יותר מכך. רובם המכריע של ההסכמים הבין-לאומיים אינם מובאים כלל על-ידי הממשלה לאישור אקטיבי של הכנסת (להבדיל מיידוע הכנסת, כמוסבר לעיל). חריג מיוחד לכך הן אמנות בתחום יחסי העבודה. אמנות אלה מובאות בדרך-כלל לאישור הכנסת מאחר שהן מצריכות דרך שגרה חקיקה מיישמת, והחוקה של ארגון העבודה הבין-לאומי (International Labour Organization – ILO) דורשת מהמדינות החברות בו להביא את האמנות לפני הגופים המוסמכים ליישם את האמנות הללו במישור הלאומי. במקרה של ישראל המשמעות היא הבאת האמנות לפני המחוקק.<sup>30</sup> חריג נוסף הוא הסכמים בין-לאומיים בעלי חשיבות מיוחדת, כפי שנסביר מייד.

Opposition or any other party, time will be found for the discussion of the Treaty in question." H.C. Deb. (1924) 171, c. 1999–2005

לפירוט נוסף, לרבות היישום המודרני של Ponsonby Rule, ראו את תקציר של ה־Foreign and Commonwealth Office and מינואר 2001, נגיש ב־[www.fco.gov.uk/Files/kfile/~ponsonbyrule,0.pdf](http://www.fco.gov.uk/Files/kfile/~ponsonbyrule,0.pdf)

שנים קודם לשינוי בתקנון הממשלה כבר הצהירו נציגי הממשלה בעל־פה לפני הכנסת כי הממשלה רואה את עצמה מחויבת ליידע את הכנסת לפני אשרור אמנות בין-לאומיות, אך בפועל לא נהגה הממשלה לפי הצהרותיה. לפירוט הצהרות אלה ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 917; תזכיר ההתקשרות באמנות, לעיל ה"ש 11.

27 הכנסת יכולה להביע אי-אמון בממשלה בגין התקשרות באמנה, אולם אם הממשלה תאשרר אמנה בין-לאומית, אזי במישור הבין-לאומי תהיה המדינה מחויבת באמנה אף אם חדלה הממשלה מליהנות מאמון הכנסת בעקבות האשרור. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, וכן את דברי השופטים בפרשת קמיאר, כמפורט לעיל בה"ש 17.

28 Lapidoth, לעיל ה"ש 7, בעמ' 393–394.

29 שם, בעמ' 386.

30 Constitution of the International Labour Organization, chapter II, art. 19(5), [www.ilo.org/ilolex/english/constilist.htm](http://www.ilo.org/ilolex/english/constilist.htm), ראו גם Lapidoth, לעיל ה"ש 7, בעמ' 388.

## 5. הסכמים בין-לאומיים בעלי חשיבות מיוחדת

כאמור, סעיף 6(ד) לתקנון הממשלה מאפשר לממשלה להביא אמנה לאישור הכנסת או לאשרורה "בשל חשיבותה". סעיף זה משקף פרקטיקה שהתפתחה במשך השנים שלפיה הסכמים בין-לאומיים בעלי חשיבות מיוחדת, ובעיקר הסכמי שלום והסכמים מדיניים חשובים במסגרת הסכסוך הישראלי-ערבי, מובאים על-ידי הממשלה לדיון בכנסת ולאישורה. כך, הצטרפותה של ישראל למגילת האו"ם, בראשית ימי המדינה, נעשתה לאחר אישורה של מועצת המדינה הזמנית,<sup>31</sup> והאמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם אושרה במפורש על-ידי הכנסת.<sup>32</sup> הסכמי שביתת-הנשק משנת 1949 לא הובאו לאישור פורמלי של הכנסת, אולם בעקבות הודעות הממשלה לכנסת על המשא-ומתן לקראת ההסכמים ועל ההסכמים עצמם התקיימו דיונים והצבעות בכנסת, כך שניתן לומר שמידת מעורבותה של הכנסת בתהליך כריתתם של הסכמים אלה הייתה משמעותית.<sup>33</sup> החל בשנות השבעים הובאו שורה של הסכמים מדיניים חשובים לאישור הכנסת, ביניהם הסכמי הפרדת הכוחות עם מצרים ועם סוריה משנת 1974, הסכמי קמפ-דייוויד, הסכם השלום בין ישראל למצרים, הסכם הצהרת העקרונות בין ישראל לאש"פ (הסכם אוסלו), הסכמים נוספים בין ישראל לפלסטינים והסכם השלום בין ישראל לירדן.<sup>34</sup>

על בסיס הפרקטיקה הנרחבת של הבאת הסכמים בין-לאומיים חשובים לאישור הכנסת, מלומדים טוענים כי התגבש "מנהג חוקתי מחייב" של הבאת הסכמים בין-לאומיים בעלי חשיבות מיוחדת – ובכלל זה אמנות הכרוכות בהעברת שטחים מהחזקתה או מריבונותה של ישראל לריבונות זרה<sup>35</sup> – לאישור הכנסת.<sup>36</sup> על-אף עמדה זו, נמנע בית-המשפט העליון מלהכריע בשאלת קיומו של נוהג חוקתי המחייב להביא אמנות בין-לאומיות לאישור

31 ראו שטרית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 362.

32 ראו ד"כ 3, 345 (התש"י). כעבור שנים אחדות, בדהותו דרישה להבאת אמנה אחרת לאישור הכנסת, הסביר שר המשפטים את ההיגיון שעמד בבסיס הבאתה של האמנה הנ"ל לאישור הכנסת: "...זו היתה אמנה שהיתה לה משמעות מדינית רצינית ומיוחדת, והעם היהודי רצה לשמוע מה אומר עליה בית המחוקקים שלנו. לכן מצאה הממשלה לנכון דווקא במקרה זה לבוא לכנסת ולהציע לה חגיגית לאשר את האמנה..." ד"כ 10, 368 (התשי"ב). לפירוט נוסף ראו ס' 22(ב) לרשימה זו.

33 שטרית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 362. לפירוט נוסף ראו ס' 4(א) לרשימה זו.

34 לפירוט ההסכמים הבין-לאומיים שהובאו לאישור הכנסת ראו "הסדר פריסת כוחות מצריים באזור ציר פילדלפי – האם טעון אישור הכנסת?" (חוות-דעת של היועץ המשפטי לממשלה, 6.7.2005), פס' 13 (להלן: חוות-הדעת של היועץ מוזו). היועץ המשפטי לממשלה מונה חמישה-עשר הסכמים מדיניים בין השנים 1978 ו-2000 – כולם בהקשר של הסכסוך הערבי-ישראלי – אשר אחד-עשר מביניהם הובאו לאישור הכנסת. לפירוט נוסף ראו תת-פרק 5 לרשימה זו.

35 לגבי הסכמים כאלה נקבע בסוף שנות התשעים הסדר מיוחד בחוק, שלפיו יש להביאם לאישור הכנסת. ראו להלן ה"ש 47-51 והמלל הסמוך להן.

36 שטרית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 376; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 918.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

הכנסת. בבג"ץ שילנסקי נ' ראש הממשלה דחה בית המשפט את העתירה שביקשה לאסור על הממשלה לחתום על הסכם עם הרשות הפלסטינית אלא אם כן הוא יאושר מראש על-ידי הכנסת. בית המשפט קבע כי -

"פרקליט העותר לא הצליח להראות לנו קיומה של נורמה משפטית מחייבת המתנה תקפם של הסכמים בעלי אופי מדיני שנערכו בין מדינת ישראל וגופים אחרים במישור המשפט הבינלאומי באישורה המוקדם של הכנסת... עוד טען העותר לפנינו שכבר נתגבשה נורמה מנהגית המחייבת קבלת אישורה של הכנסת מראש להסכמים מסוג ההסכם נשוא העתירה. גם טענה זו לא הוכחה. נתברר שבעבר הובאו הסכמים אחרים (אם בכלל) לאישור הכנסת בדיעבד..."<sup>37</sup>

שנים מעטות לאחר-מכן, בבג"ץ וייס נ' ראש הממשלה, דחה בית המשפט העליון עתירה שביקשה לאסור על ממשלת-מעבר לנהל משא-ומתן מדיני. בפסק-הדין קבע הנשיא ברק כי -

"...נטען, כי קיים מנהג חוקתי שלפיו אמנות בין-לאומיות בעלות חשיבות מיוחדת שישראל צד להן חייבות באשרורה של הכנסת. מנהג חוקתי זה, כך נטען בפנינו, אינו מוגבל אך לאשרור בדיעבד על-ידי הכנסת אלא מחייב קבלת הסכמה מראש של הכנסת לפני חתימת הממשלה עליהן. טענות אלה לא נוכח לקבלן. שאלת תוקפו של המנהג החוקתי בישראל טרם נבחנה על-ידי בית-משפט זה. כשלעצמי, מוכן אני להניח, בלא לפסוק בדבר, כי המנהג החוקתי הוא מקור משפטי ליצירת דין חוקתי מחייב בישראל... די אם אומר, לצורכי העניין שלפנינו, שלא הוכח בפנינו, בדרכים המקובלות להוכחתם של מנהגים (חוקתיים), קיומו של מנהג חוקתי שלפיו ממשלה יוצאת היא בעלת סמכויות שוטפות (או סמכויות 'תחזוקה') בלבד. אשר לאשרורן של אמנות בין-לאומיות בעלות חשיבות מיוחדת, מקובל על הממשלה (מפי היועץ המשפטי לממשלה בפנינו) כי כל הסכם שיערך בעניין זה יובא לאשרור הכנסת... לא הוכח בפנינו קיומו של מנהג חוקתי שלפיו הסכמת הכנסת צריכה להינתן מראש..."<sup>38</sup>

נדגיש כי בשתי העתירות הנ"ל דחה בית המשפט את טענת העותרים כי קיים מנהג חוקתי המחייב קבלת אישור מוקדם מן הכנסת לפני אשרורם של הסכמים מדיניים חשובים על-ידי הממשלה.<sup>39</sup> בית המשפט נמנע מלקבוע קביעה גורפת וחד-משמעית בדבר העדרו של מנהג חוקתי להבאת הסכמים כאלה לאישור הכנסת מראש או בדיעבד. מאחר שהעותרים

37 בג"ץ 5934/95 שילנסקי נ' ראש הממשלה, פס' 2-3 (לא פורסם, 27.9.1995).

38 בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455, 468 (2001).

39 פרופ' שמעון שטרית אכן סבר כי המנהג החוקתי שהתגבש מחייב הבאה של האמנה לאישור הכנסת לפני כניסתה לתוקף. ראו שטרית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 377.

ביקשו שבית-המשפט יכיר בקיומה של חובה להבאת הסכמים כאלה לאישורה של הכנסת לפני אשרורם בממשלה, צמצם בית-המשפט את קביעתו להעדר מנהג חוקתי להבאת הסכמים בין-לאומיים חשובים לאישור הכנסת מראש. ככלל, אשרורה של הממשלה הוא שמחייב את ישראל במישור הבין-לאומי, ועל-כן הבאת הסכמים בין-לאומיים לאישור הכנסת לאחר שאושרו בממשלה עשויה לא להשפיע על התחייבותה של המדינה במישור הבין-לאומי. ניתן להניח שחשש זה הוא שהגיע את העותרים לבקש כי יוצהר על קיומו של מנהג חוקתי לקבלת אישור הכנסת מראש. אכן, תיאורטית ייתכן מצב שבו הכנסת מסרבת לאשר הסכם שאושרר בממשלה, אך ההסכם יחשב כתקף במישור הבין-לאומי. באופן זה, ממשלה שאינה נהנית מרוב בכנסת (דוגמת ממשלת-המעבר שנידונה בפרשת וייס הנ"ל) יכולה להתחייב בשמה של מדינת-ישראל בהסכם בין-לאומי, כך שממשלות עתידיות יהיו ככולות בהתחייבויות אלה במישור הבין-לאומי חרף העדר תמיכה של הרוב בכנסת בהסכם בעת כריתתו. על-מנת שלאישור הכנסת תהיה משמעות לא רק מבחינה חוקתית פנימית, אלא גם מבחינת תוקפו של ההסכם במישור הבין-לאומי, עליו להיות חלק בלתי-נפרד מתהליך האשרור. אכן, בפרשת וייס הודיעה הממשלה לבית-המשפט כי "אם המשא ומתן יוביל להסכם, ייאמר בהסכם במפורש שלא יהיה לו תוקף אלא אם יאושר על-ידי הממשלה, ולאחר מכן יאושר על-ידי הכנסת, ואף יקיים את כל התנאים שנקבעו להסכם כזה בחוקי ישראל".<sup>40</sup>

היועץ המשפטי לממשלה מיכאל בן-יאיר חיווה את דעתו באוקטובר 1994 (בהתייחס להסכם הצהרת העקרונות עם ירדן מיולי 1994) כי אף שהנהוג להביא הסכמים מדיניים חשובים לאישור הכנסת אינו מבסס חובה משפטית לנהוג כך, מן הראוי שהסכמים כאלה יובאו לאישור הכנסת. בחוות-דעת זו נאמר, בין היתר, כי -

"...אין המדובר בהכרח, בחובה שסנקציה או בטלות בצידה. המדובר במוסכמה או בנהוג הנגזרים מעצם המבנה החוקתי של מדינת ישראל ומן הפרקטיקה שנהגה באשר להסכמים מעין אלה."<sup>41</sup>

גם בשנת 2005 חיווה היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, את דעתו כי מן הראוי שהממשלה תביא לאישור הכנסת "אמנות בין-לאומיות בעלות חשיבות מיוחדת". מושא חוות-דעתו של מזוז היה ההסדר בדבר פריסת כוחות מצריים באזור ציר פילדלפי, שהיווה שינוי מהסדרי הביטחון שנקבעו בהסכם השלום בין ישראל למצרים. מאחר שמזוז סבר כי אין לראות הסדר זה כ"הסכם מדיני בעל חשיבות מיוחדת", הוא נמנע מלהכריע בסוגיה העקרונית אם קיים נוהג חוקתי מחייב מבחינה משפטית להבאת הסכמים חשובים לאישור

40 פרשת וייס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 480.

41 חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מיכאל בן-יאיר מיום 23.10.1994 לעניין הבאת הסכם העקרונות עם ירדן מיולי 1994 לאישור הכנסת, כפי שמצוטטת בחוות-הדעת של היועץ מזוז, לעיל ה"ש 34, פס' 11.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

הכנסת.<sup>42</sup> עם זאת, חוות-דעתו של היועץ המשפטי מרמזת על אפשרות ממשית שאכן התפתח מנהג חוקתי כזה.<sup>43</sup>

בסופו של דבר החליט ראש הממשלה דאז, אריאל שרון, להביא את ההסכם הנ"ל לאישור הכנסת. ההסכם אושר בממשלה ב-28.8.2005, ושלושה ימים לאחר-מכן אושר על-ידי הכנסת. לאחר שהממשלה והכנסת אישרו את ההסכם, הוא נחתם על-ידי נציגי ישראל ומצרים.<sup>44</sup>

לסיכום, שאלת קיומו של מנהג חוקתי המחייב הבאת אמנות בעלות חשיבות מיוחדת לאישור הכנסת נותרה בלתי-מוכרעת, אולם יש יסוד להניח כי הפרקטיקה שהתגבשה בעניין זה תוביל בעתיד למסקנה כי חובה כזו אכן קיימת. גם בהינתן חובה כזו, נראה כי אי-אפשר להסיק מהפרקטיקה הנדונה את קיומה של חובה להבאת הסכמים כאלה לאישורה של הכנסת לפני אשרורם בממשלה, באופן שימנע אשרורם בממשלה בהעדר אישור הכנסת. לפיכך עשוי להתעורר ספק אם אישור הכנסת הוא חלק מתהליך האשרור במישור הבין-לאומי. כלומר, אף בהנחה שקיים מנהג חוקתי המחייב הבאת הסכמים מסוימים לאישור הכנסת, אי-אישורו בכנסת של הסכם שאושר בממשלה אינו מחייב את שלילת תוקפו של ההסכם ביחס לישראל במישור הבין-לאומי.<sup>45</sup> תוצאה זו אינה רצויה, מכיוון שהיא עלולה ליצור פער בין המצב החוקתי הפנימי בנושא כריתת אמנות לבין חובות המדינה במישור הבין-לאומי, ולהקטין את המידה שבה שיטת כריתת האמנות של ישראל גלויה וברורה למדינות אחרות ולנציגיהן. נראה כי אם אכן קיים מנהג חוקתי להביא הסכמים חשובים לאישור הכנסת (ומסקנה זו מתחזקת לנוכח העמדות העקביות שהביעו יועצים משפטיים לממשלה בשנים האחרונות), מן הראוי שיהיו לכך תוצאות גם בכל הנוגע לתוקפה של האמנה במישור הבין-לאומי. על-מנת להסיר ספקות בעניין זה, על מדינת-ישראל להבהיר למדינות שעומן היא מתכוונת להתקשר בהסכמים כאלה כי אשרורם טעון אישור גם בפרלמנט.<sup>46</sup>

42 שם, פס' 15. על חוות-הדעת ומשמעויותיה ראו: Moshe Hirsch, *Treaty-Making Power: Approval of the Israel-Egypt "Philadelphi Accord" by the Knesset*, 39(3) *Isr. L. Rev.* (2006) 229. יש לציין כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה עמדה בניגוד לחוות-דעתה של היועצת המשפטית של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, שסברה כי ההסדר בדבר פריסת כוחות מצריים בציר פילדלפי מהווה שינוי מהותי מהסכם השלום בין ישראל למצרים, ועל-כן המנהג החוקתי מחייב את הממשלה להביא את ההסכם לאישור הכנסת. ראו שם, בעמ' 232.

43 חוות-הדעת של היועץ מוזו, לעיל ה"ש 34, פס' 24-26.

44 Hirsch, לעיל ה"ש 42, בעמ' 234.

45 ראו דברי הנשיא אגרנט בפרשת קמיאר, לעיל ה"ש 20 והמלל הסמוך לה. אגרנט מבחין בין ההליך הקונסטיטוציוני לבין היכולת להתחייב במישור הבין-לאומי.

46 אם תינתן הודעה כזו, אזי לנוכח הוראת ס' 46 לאמנת האמנות, לעיל ה"ש 6, לא יהיה ספק כי ללא אישור של הכנסת לא תהא מדינת-ישראל מחויבת באמנה. גם ללא הודעה כזו תוכל ישראל לטעון כי העדר אישור של הכנסת מהווה הפרה גלויה וברורה הנוגעת בכלל בעל חשיבות יסודית בדין הפנימי, כדרישת הסעיף, אולם יקל להוכיח זאת (ובעיקר את התנאי שהפרה היא "גלויה") אם תמסור ישראל הודעה מסודרת בדבר תפקידה של הכנסת בהליך אשרורה של האמנה.

בחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל)<sup>47</sup> נקבע הסדר מיוחד ביחס להסכמים בין-לאומיים הכרוכים בויתור על שטחים אשר המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל חלים עליהם. שטחים אלה כוללים את שטחי מדינת-ישראל שבתחומי הקו הירוק, את מזרח ירושלים ואת רמת-הגולן. בחוק הנ"ל נקבע כי "החלטת ממשלה"<sup>48</sup> לפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח, טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה.<sup>49</sup> חוק זה אף מוסיף על הדרישה לאישור הכנסת גם אישור במשאל-עם,<sup>50</sup> אולם זאת רק בכפוף לחקיקת חוק-יסוד שיסדיר עריכת משאל-עם, וחוק כזה טרם נחקק.<sup>51</sup> ניתן להניח שכאשר תבקש מדינת-ישראל להתקשר בהסכמים מדיניים הכרוכים במסירת שטחים כאמור, היא תבהיר לצד שעיומו היא מתקשרת כי אשרור ההסכם טעון הליך כמתואר לעיל. זאת, על-מנת להסיר ספק בדבר הליך הכריתה ולמנוע טענות אפשריות לקיומה של התחייבות בין-לאומית חרף הפרתו של כלל במשפט הפנימי.<sup>52</sup>

כמתואר לעיל, הפרקטיקה החוקתית שהתגבשה בקשר להבאת הסכמים בין-לאומיים לאישור הכנסת נוגעת בהסכמים "חשובים". בפועל רוב ההסכמים שהובאו לאישור הכנסת הם הסכמים מדיניים הנוגעים בסכסוך הישראלי-ערבי.<sup>53</sup> אף בהינתן "מנהג חוקתי" להביא הסכמים בין-לאומיים בעלי חשיבות מיוחדת לאישור הכנסת, לא ברור מה היקף החובה

47 חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999, ס"ח 86 (להלן: חוק סדרי השלטון והמשפט).

48 "החלטת ממשלה" מוגדרת בס' 1 לחוק סדרי השלטון והמשפט כ"החלטה של הממשלה, בדרך של אישור אמנה או הסכם או בדרך אחרת, לרבות התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים".

49 שם, ס' 2.

50 שם, ס' 3.

51 שם, ס' 4.

52 כאמור, ס' 46 לאמנת האמנות, לעיל ה"ש 6, קובע כי מדינה תוכל לבטל את הסכמתה להתקשר באמנה בשל הפרת הדין הפנימי רק אם הפרה זו הייתה גלויה ונוגעת בכלל בעל חשיבות יסודית בדין הפנימי.

53 שטרית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 378, מציע "למיין אמנות בעלות חשיבות מיוחדת, שהמנהג מחייב להביאן לאישור הכנסת...: אמנות הקובעות הסדרים צבאיים ומדיניים בעקבות מלחמה, אמנות הכוללות הסדר טריטוריאלי או ויתור טריטוריאלי, אמנות הקובעות שינוי רדיקלי ביחסים עם מדינה אחרת, אמנות בעלות חשיבות מדינית-מוסרית". כדוגמות ל"אמנות הקובעות שינוי רדיקלי ביחסים עם מדינה אחרת" הוא מביא (פרט להסכמי קמפ-דייוויד והסכם השלום עם מצרים, הקשורים לסכסוך הישראלי-ערבי) את הסכם השילומים עם גרמניה. במקרה זה מסר ראש הממשלה דוד בן-גוריון הודעה לכנסת על כוונתו לנהל משא-ומתן עם גרמניה בנושא זה, וקיבל את אישור הכנסת לנהל משא-ומתן ולחתום על הסכם (אשר לא היה טעון אישור של הכנסת בתום המשא-ומתן). ראו שם, בעמ' 365-366. כדוגמה לאמנות "בעלות חשיבות מדינית-מוסרית" מביא שטרית את האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם ואת הצטרפותה של מדינת-ישראל למגילת האו"ם. שם, בעמ' 362-363.



משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

הנובעת ממנהג זה, במיוחד ביחס לאמנות שאינן קשורות לסכסוך הישראלי-ערבי.<sup>54</sup> מקרה חריג ויחיד כמעט שבו התבקשה הכנסת לאשר הסכם "חשוב" שאינו הסכם מדיני בהקשר האמור הוא המקרה של הבאת האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם לאישור הכנסת.<sup>55</sup> במקרה זה, פרט לחשיבותה העקרונית הרבה של האמנה (אך הדומה, לדעתנו, לחשיבותן של אמנות אחרות, ובפרט של אמנות זכויות האדם שאליהן הצטרפה ישראל, ואשר לא הובאו לאישור הכנסת, כפי שיפורט בפרק ב להלן), אימצה הכנסת חוק המעגן את הפשע של השמדת עם כחלק מהדין בישראל בהתאם לאמנה הנ"ל.<sup>56</sup> עקרונית, קיימת הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה שלפיה על הממשלה לדחות אשרור או קבלה אחרת של אמנה המחייבת חקיקה לשם יישומה בדין הפנימי עד לאימוץ החקיקה הנדרשת על-ידי הכנסת.<sup>57</sup> אולם בפועל נראה כי אין נוהגים כך. על כל פנים, הרשות המבצעת (משרד המשפטים) היא שמוסמכת לבחון אם נדרשת חקיקה מיישמת המצריכה את הבאת האמנה לפני הכנסת.<sup>58</sup> מן הראוי לחזור ולהדגיש כי הכללים והנהגים הנוגעים באמנות בעלות חשיבות מיוחדת הן בבחינת חריג המעיד על הכלל, שכן בדרך-כלל הסמכות לכרות אמנות מסורה בידי הממשלה באופן בלעדי, בהתאם להלכה שנקבעה בפרשת קמיאר, והכנסת רק מיוודעת.

## 6. השפעת הדין המצוי על סוגיית מעמדן של אמנות בדין הפנימי של ישראל

אמנות בין-לאומיות המשקפות משפט בין-לאומי הסכמי (אמנות קונסטיטויטיביות) אינן נקלטות אוטומטית לתוך המשפט הישראלי.<sup>59</sup> על-מנת שאמנה קונסטיטויטיבית תהווה חלק מהדין הישראלי, יש לאמצה בחקיקה ראשית של הכנסת (או בחקיקת-משנה, אם מחוקק המשנה הוסמך לכך בחקיקה ראשית). עמדה זו נקבעה על-ידי בית-המשפט העליון בעניין האפורטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה,<sup>60</sup> ואושרה בפסיקות מאוחרות של בית-המשפט העליון.<sup>61</sup>

54 מובן שגם במסגרת הסכסוך הישראלי-ערבי לא כל הסכם בין-לאומי ראוי שיובא לאישור הכנסת. כך, למשל, כפי שעולה מחוות-הדעת של היועץ מזו, לעיל ה"ש 34, וכפי שמקובל גם במדינות אחרות (שבהן יש חובה להביא הסכמים לאישור הפרלמנט), הסכמים ליישום הסכמים קודמים אינם מחייבים אישור של הפרלמנט. ראו Hirsch, לעיל ה"ש 42, בעמ' 236.

55 שטרית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 363. ראו גם פרק ב לרשימה זו, לתיאור מעורבותה של הכנסת בפועל בהקשר זה.

56 חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"י-1950, ס"ח 137.

57 Lapidoth, לעיל ה"ש 7, בעמ' 393.

58 שם.

59 זאת, להבדיל ממשפט בין-לאומי מנהגי ומאמנות המעגנות או משקפות משפט בין-לאומי מנהגי (אמנות דקלרטיביות), אשר מהווים באופן אוטומטי חלק מהמשפט הישראלי, אלא אם כן קיים דין מפורש הסותר אותם. ראו פרשת עפו, להלן ה"ש 63, בעמ' 37-38.

60 ע"א 25/55 האפורטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1825, 1829 (1956).

61 ראו, למשל, בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד (ז) 197 (1983);

מצב משפטי זה מעורר לעיתים בעיות ביישומן הלכה למעשה של אמנות רבות שיישומן מצריך קליטה לדין הפנימי. בהעדר קליטה אוטומטית לדין הפנימי של אמנות ישראל התחייבה להן במישור הבין-לאומי, עלולה להיווצר אי-הלימה בין התחייבויותיה של ישראל במישור הבין-לאומי לבין אפשרות יישומן הלכה למעשה.<sup>62</sup> זאת, הן בשל סתירות אפשריות בין התחייבויות אלה לבין הדין הפנימי, והן בשל כך שבמקרים מסוימים קשה או בלתי-אפשרי ליישם אמנות באופן אפקטיבי ללא קיומן של נורמות מתאימות בדין הפנימי. העותרים בבג"ץ עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית<sup>63</sup> ביקשו מבית-המשפט לשנות מההלכה שנקבעה בפרשת סמרה, ולקבוע כי לפחות ביחס לאמנות הנוגעות בשטחים שנכבשו בשנת 1967, כגון אמנת ג'נבה הרביעית, אין לדרוש חקיקה כתנאי לקליטתן. בית-המשפט העליון, מפי הנשיא שמגר, קבע כי יש לדבוק בדין המצוי, וכך אמר:

"...לא שוכנעתי כי יש לסטות מן ההלכה הקיימת והמקובלת... בעניין דרכי קליטתם של כללי המשפט הבינלאומי הפומבי לסוגיהם במשפט ארצנו. מה גם שההלכה הקיימת משקפת בצורה נאותה לא רק את המצוי אלא גם את הרצוי מבחינת כוחה של המדינה לעצב את משפטה בכלים המשפטיים העצמאיים שלה. אימוצה של ההשקפה המוצעת בטענות העותרים... היה, למעשה, מעניק בידי הממשלה סמכות של חקיקה, שהרי לפי המצב החוקתי אצלנו כורתת ומאשררת הממשלה אמנות בינלאומיות, ללא אישור כלשהו של הכנסת. לאור התוצאה המתוארת של התיזה המוצעת לנו, עולה כפל ספק, אם החידוש המתואר בפרשנות המשפטית הוא אכן בגדר הרצוי מבחינת תקינות סדרי הממשל ושלטון החוק."<sup>64</sup> [ההדגשות במקור]

מן האמור לעיל עולה כי אם ישונה אופן כריתתן של אמנות במדינת-ישראל, ויינתן

פרשת עפו, להלן ה"ש 63; בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801 (1988); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פס' 36 (לא פורסם, 30.3.2006).  
 62 לניתוח שיקולי המדיניות ולביקורת על הדין המצוי ראו בנימין רובין "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי המשפט" משפטים יג 210 (1983); איל בנבנשתי "השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ" משפטים כא 221 (1991); שטרית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 353; לפידות, לעיל ה"ש 1; רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט 807 (1990); יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי - הדין המצוי, רצוי" משפטים כד 317 (1994).  
 63 בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988).  
 64 שם, בעמ' 39. הגימוק בדבר החשש ממתן סמכויות חקיקה בידי הרשות המבצעת מתעלם מכך שטענת העותרים פוונה להחלת אמנת ג'נבה הרביעית בשטחים שנכבשו בשנת 1967. שטחים אלה (למעט מזרח ירושלים ורמת-הגולן) ממילא אינם כפופים למחוקק הישראלי, אלא מנוהלים על-ידי הצבא, שהוא זרוע של הרשות המבצעת, ואשר סמכויותיו נובעות ישירות מן המשפט הבין-לאומי. ראו דוד קרצמר "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV - דרכו של בית-המשפט העליון" משפטים כו 49 (1995).

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

לכנסת תפקיד מהותי יותר בתהליך זה, אוי יתחזק הטיעון שלאמנות יש – או לכל הפחות ראוי שיהיה – תוקף משפטי בדין הפנימי. יתר על כן, גם נימוקים נוספים שהביא הנשיא שמגר להצדקת המצב הקיים יאבדו מעוצמתם ככל שהכנסת תהיה מעורבת יותר בתהליך כריתתן של אמנות בין-לאומיות. הנשיא שמגר הסביר כדלקמן:

“טעם התנגדות אחר לאימוץ אוטומאטי 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 אוטומאטית של אמנות חוק היתה מכפיפה את המשפט הישראלי להוראות, שלא עברו את המסגרת של ההתאמה לתנאי הארץ ולאינטרסים שלה ושל תושביה... הרעיון, שהרוב בגופים בינלאומיים... יוכל לכפות עלינו, באופן אוטומאטי הוראות של דין מחייב, שיהיו בתוקף כל עוד לא בוטלו מפורשות על-ידי הכנסת, אינו יכול לעורר אהדה.”<sup>65</sup> [ההדגשות במקור]

אם כן, קיימת זיקה ברורה בין תהליך כריתתן של אמנות במדינת ישראל למן היווסדה, שבו לממשלה יש תפקיד מרכזי, לבין סוגיית המעמד של אמנות בדין הפנימי. ניתן אומנם לחלוק על מידת צדקתן של הנמקות בית-המשפט בפרשת עפו לפחות ביחס לאמנות שניתן לטעון לגביהן כי מתקיים “מנהג חוקתי” להביאן לפני הכנסת.<sup>66</sup> גם ההסדר שלפיו הכנסת מיודעת בהליך כריתתן של אמנות ארבעה-עשר ימים לפני אשרורן מפחית מעוצמת ההנמקות שהביא הנשיא שמגר.<sup>67</sup> אולם ההלכה נכון ליום כתיבתן של שורות אלה היא שאמנות אינן מהוות אוטומטית חלק ממשפטה הפנימי של מדינת-ישראל, וההצדקה שניתנה לכך על-ידי הגוף שקבע הלכה זו (בית-המשפט העליון) היא כדברי הנשיא שמגר. מכאן הקשר הברור בין אופן כריתתן של אמנות בישראל לבין מעמדן במשפטה הפנימי. לבסוף, חשוב לציין כי אף שהמשפט הבין-לאומי ההסכמי אינו מהווה כשלעצמו דין המחייב את בתי-המשפט בישראל, לאמנות שבהן התקשרה מדינת-ישראל יש חשיבות בפרשנות החקיקה על-ידי בתי-המשפט, מתוקף החלתה של “חוקת ההתאמה הפרשנית”. על-פי חוקה זו, בתי-המשפט יפרשו כל דבר חקיקה, במידת האפשר, באופן שלא יסתור התחייבויות בין-לאומיות של המדינה.<sup>68</sup> בתי-המשפט גם בוחרים את פעולותיהן של רשויות

65 פרשת עפו, לעיל ה"ש 63, בעמ' 41.

66 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 918-920.

67 שם, בעמ' 917.

68 עמדה זו נקבעה כבר לפני שנים רבות בבג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945 (1952); ובפרשת קמיאר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 112. לפסיקה נוספת העושה שימוש בחוקת ההתאמה הפרשנית ראו, למשל, בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 846 (2002); דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 742-743 (2000); ע"פ 3112/94 אבוחסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, 430 (1999); פרשת עמותת “קן לעובד”, לעיל ה"ש 61, פס' 35-37.

ציבוריות לאור התחייבויות בין-לאומיות, כך שפעולה שמנוגדת להתחייבויות בין-לאומיות עשויה להיחשב בלתי-סבירה, ואילו פעולה שמוצדקת ביישום של התחייבויות בין-לאומיות תיחשב בדרך-כלל פעולה סבירה, ובתי-המשפט יימנעו מלהתערב בה.<sup>69</sup> כך, למשל, בפסק-דין שניתן לאחרונה, שבו דן בג"ץ בחוקיותם של הסדרי הכבילה למעסיק של עובדים זרים בישראל, נקבע (מפי השופט לוי) כי ההסדרים אינם חוקיים, בין היתר בשל אי-עמידתם בהוראותיהן של אמנות בין-לאומיות שונות, ובעיקר של אמנת ארגון העבודה הבין-לאומי בדבר עובדים מהגרים. בהתייחסו לאמנות אלה, אמר השופט לוי את הדברים הבאים:

"אמנות אלה לא נקלטו במשפטנו הפנימי באמצעות חקיקה. לכאורה, אפוא, הן אינן יוצרות חיוב במישור זה... בין כך ובין כך, מקובל על הכל כי מכווחה של 'חוקת ההתאמה' שבין הדין הפנימי להוראות המשפט הבינלאומי, מצווים אנו לפרש דבר-חקיקה - כמוהו כסמכות שקנתה רשות שלטונית - באופן העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי... מכאן, כי סמכות שקנה שר הפנים 'לקבוע תנאים למתן אשרה או רשיון ישיבה' תחומה ומסויגת - כך בין היתר - בזכות הנתונה לכל אדם 'להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי'; בזכות שקנה כל יחיד להנאה מ'תנאי עבודה צודקים ונאותים', וכן בעיקרון אי-ההפליה שבין עובדים-אזרחים לעובדים ממדינות זרות, המעוגן באמנה בדבר עובדים-מהגרים..."<sup>70</sup>

אכן, במקרים מסוימים שימוש ב"חוקת ההתאמה הפרשנית" עשוי להוביל לתוצאה דומה לזו שהייתה מתקבלת אילו נקלטה האמנה בדין הישראלי.<sup>71</sup> אולם מגבלתה של חוקת ההתאמה הפרשנית היא שהיא תלויה בנוסחו וברוחו של דבר החקיקה הישראלי העומד לפרשנות.<sup>72</sup>

69 ראו, למשל, בג"ץ 6317/95 פדסקו (מוצרי נפט) בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד (נב) 40 (1998). כמו-כן, בתי-המשפט עצמם יפעילו את שיקול-דעתם (למשל, במקרים שבהם מתבקש סעד-ביניים בהליכים אזרחיים או פליליים) באופן המקנה משקל משמעותי ואף מכריע לצורך לא לסכל התחייבויות בין-לאומיות של מדינת-ישראל. ראו רע"א 8934/03 דרזנר נ' גיל, פ"ד נח(3) 913 (2004). ככל שמדובר בשטחים שנכבשו בשנת 1967 ואשר כפופים למשטר צבאי, הכיר בג"ץ בשנים האחרונות בכך שאמנת ג'נבה הרביעית, אף אם היא אינה מהווה חלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי (סוגיה שבית-המשפט העליון נמנע מלהכריע בה במפורש), מהווה מקור נורמטיבי מחייב בבחינת עצם קיומן של סמכויות בידי המפקד הצבאי, כמו-גם בבחינת האופן שבו הוא מפעיל את שיקול-דעתו ביישום סמכויותיו. זאת, בהתבסס על הצהרת ישראל על הסכמתה לתחולת הוראותיה ההומניטריות של האמנה בשטחים. ראו, למשל, בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002).

70 פרשת עמותת "קו לעובד", לעיל ה"ש 61, פס' 36-37.

71 ראו, לדוגמה, פרשת דרזנר, לעיל ה"ש 69.

72 פרשה אשר מדגימה באופן מובהק את הפוטנציאל הגלום ב"חוקת ההתאמה הפרשנית" ככלי לגישור על פערים וסתירות בין המשפט הבין-לאומי לבין המשפט הישראלי, מחד גיסא, ואת

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

אכן, בתי-המשפט יתקשו ליישם את חוקת ההתאמה הפרשנית באופן שיביא לידי קיום ההתחייבות הבין-לאומית במקרים שבהם לשונו הברורה או תכליתו הפרטיקולרית של דבר החקיקה הישראלי סותרת באופן מפורש את המשפט הבין-לאומי.<sup>73</sup> מקרים של סתירה חזיתית בין הדין הישראלי לדין הבין-לאומי עשויים להתעורר כתוצאה מהשיטה הקיימת שפירטנו לעיל, שבה הממשלה מוסמכת לכרות אמנות בשם מדינת-ישראל, ולכנסת אין תפקיד מעשי משמעותי בהקשר זה. הגברת מעורבותה של הכנסת בתהליך כריתתן של אמנות בין-לאומיות עשויה לצמצם את היווצרותן של סתירות כאלה. לאחר שסקרנו את הדין המצוי, תוך עמידה על הבעייתיות הגלומה בו, נפנה עתה להצגת מעורבותה המעשית של הכנסת בהליכים של כריתת אמנות.

מגבלותיו של כלי פרשני זה, מאידך גיסא, היא פרשת שינבין. היועץ המשפטי לממשלה ביקש להכריז על שינבין כבר-הסגרה לארצות-הברית בגין עברות של רצח וקשירת קשר לרצח. מבחינה פורמלית החזיק שינבין באזרחות ישראלית, אך זיקתו לישראל הייתה רופפת (אזרחותו התקיימה רק בשל היות אביו אזרח ישראלי, וביקוריו בישראל היו ספורים בלבד). בעוד שאמנת ההסגרה בין ישראל לארצות-הברית לא קבעה כל סייג ביחס להסגרת אזרחים, תיקון שהוכנס לחוק ההסגרה הישראלי שנים לאחר כריתתה של אמנת ההסגרה קבע כי אין להסגיר אזרח ישראלי על עברות שעבר בעת היותו אזרח ישראלי. השופט רביד ב"ש (מחוזי י"ם) 1545/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"מ התשנ"ח(2) 145 (1998), פירש את המונח "אזרח" בחוק ההסגרה כך שיכלול רק את מי שמקיים מינימום של זיקות לישראל. זאת, על-מנת להגשים את תכליתה של אמנת ההסגרה במסגרת המאבק הבין-לאומי בפשיעה. בית-המשפט המחוזי קבע אפוא כי שינבין הינו "בר-הסגרה". שינבין ערער לבית-המשפט העליון. ערעורו נידון בהרכב מורחב של חמישה שופטים, והתוצאה נהפכה על חודו של קול. ראו ע"פ 6182/98 שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 625 (1999). דעת הרוב של שלושה שופטים (אור, מצא ואילן) סירבה לאמץ את פרשנותו של בית-המשפט המחוזי מן הטעם שהיא אינה עולה בקנה אחד עם לשונו של חוק ההסגרה, עם ההיסטוריה החקיקתית שלו ועם הוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, האוסרת את הגבלת חירותו של אדם בהסגרה. לעומתם, שני שופטי המיעוט (הנשיא ברק והשופט קדמי) הקנו משקל מכריע לתכליות שאמנות הסגרה מבקשות להשיג במאבק בפשיעה הבין-לאומית. בהתאם לכך הם סברו כי אין לפרש את המונח "אזרח" בחוק ההסגרה במשמעותו הפורמלית, אלא לקרוא לתוך מונח זה דרישה לזיקות מינימליות למדינת-ישראל.

פרשת שינבין, שם, פסק-דינו של השופט אור. 73

## פרק ב: מעורבותה של הכנסת בכריתת אמנות בישראל – הלכה למעשה

### 1. כללי

סקירת הדין הפורמלי שבפרק א לעיל מגלה כי הממשלה היא האורגן המוסמך לכרות אמנות בשם מדינת ישראל. בדרך-כלל הכנסת רק מיודעת באופן כללי לגבי אמנות המועמדות לאשרור, ארבעה-עשר יום לפני אשרורן על-ידי הממשלה, ורק כעניין חריג היא מתבקשת לאשר אמנות חשובות, שעיקרן הסכמים מדיניים חשובים שישראל כורתת עם שכנותיה במסגרת המאמצים ליישוב הסכסוך הישראלי-ערבי (וגם אז לא תמיד ניתן האישור מראש, לפני אשרור האמנה בממשלה). כללים אלה אינם מעוגנים במסגרת חוקתית או חוקית מפורשת, אלא נסמכים על תקנון הממשלה ועל "נוהג חוקתי" שניתכן שהתגבש במהלך השנים (אף שבית-המשפט העליון נמנע מלהכריע מפורשות בעניין זה).

עד כאן הדין הפורמלי. נשאלת עתה השאלה באיזו מידה ובאילו אופנים ניצלה הכנסת במשך השנים את ההודמנויות שניקרו בדרכה למעורבות בתהליכים של כריתת אמנות על-ידי המדינה. כדי להשיב על שאלה זו, נציג להלן כמה מחקרי-מקרה קצרים המדגימים את הפרקטיקה של כריתת האמנות במדינת ישראל הלכה למעשה. כוונת הפרק – והיא עיקר החידוש שבמאמר זה – היא להציג את התהליך של קבלת ההחלטה להתקשר באמנה (או לחלופין לא להתקשר בה) כפי שהתרחש בפועל, וזאת ביחס לכמה אמנות בעלות חשיבות מבחינת יחסי החוץ המשפטיים של מדינת ישראל, שלחלקן יש השלכות משמעותיות גם בדין הפנימי, בכוח או בפועל. הסקירה אינה מתיימרת להיות ממצה או בעלת תוקף כמחקר כמותי. עם זאת, אנו מעריכים שהדוגמות שבסקירה זו מהוות חתך מייצג של מצבים שונים המתעוררים במסגרת כריתת אמנות בישראל.

המקרים שיידונו לא נבחרו באופן אקראי. הסקירה כוללת אמנות רב-צדדיות (מולטילטרליות) ודו-צדדיות (בילטרליות); אמנות שמדינת ישראל החליטה להתחייב בהן ואמנות שנדחו על-ידיה, לפחות לעת הזו; אמנות ותיקות ואמנות מן התקופה האחרונה; אמנות שנכרתו בחתימה ואמנות שכריתתן הייתה כפופה לאשרור על-פי תנאי האמנה;<sup>74</sup> ואמנות ממגוון תחומים, כגון כלכלה וסחר, זכויות האדם והמשפט ההומניטרי, יחסים קונסולריים ודיני הסגרה, ועוד. הסקירה כוללת גם מקרים אחדים של "אמנות בין-לאומיות בעלות חשיבות מיוחדת" שהובאו על-ידי הממשלה לאישור הכנסת, על-פי הנוהג שהוסבר

74 מדובר בעיקר באמנות מן הסוג המתואר באמנת האמנות, לעיל ה"ש 6, ס' 41(1)(a), שבהן הבעת ההסכמה להתחייב בתנאי האמנה כפופה לאשרור (ratification) על-פי תנאי האמנה עצמה. ברם, אמנת האמנות אינה קובעת מי הגורם המוסמך בכל מדינה לביצוע פעולת האשרור. בישראל בדרך-כלל הממשלה היא שמחליטה הן על החתימה על האמנה והן על אשרורה לצורך ההצטרפות אליה, אך כפי שנראה, מדובר בשתי החלטות נפרדות העשויות להתקבל בהפרש זמנים משמעותי.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

בתת-פרק 5 לעיל. כל זאת על-מנת להקיף מגוון רחב ביותר של מצבים, כדי לנסות לגזור מהם מסקנות כלליות לגבי מסוגלותה של הכנסת להשתתף באופן ממשי בתהליכים של כריתת אמנות.

מובן שבמצב המשפטי הנוכחי כל מעורבות של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות תלויה בכך שהממשלה תביא לפנייה את האמנה הרלוונטית (ו/או חקיקה המכוונת ליישום האמנה). כמו-כן, רוב התהליכים הקשורים לכריתת אמנות (כגון המשא-ומתן לקראת גיבוש האמנה והדיון באינטרסים הישראליים ובשיקולים השונים אם להצטרף לאמנה כלשהי) נעשים בדרג הממשלתי. ברם, במהלך הכנת סקירה זו התחוויר לנו כי הרכבת תמונה מלאה ואמיתית של תהליך כריתתה של אמנה זו או אחרת אינה משימה פשוטה כלל ועיקר. ההיסטוריוגרפיה המשפטית של תהליכי כריתת אמנות, כפי שנערכו בפועל, מפוררת בין גורמים רשמיים רבים ומגוונים (ביניהם מזכירות הכנסת, ועדות הכנסת השונות, מזכירות הממשלה, אגפים שונים במשרד החוץ וכן משרדי ממשלה שונים בהתאם לנושא האמנה – משרד המשפטים, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, משרד החינוך ועוד), ושלמות התמונה תלויה לעיתים במידת שיתוף-הפעולה של אותם גורמים ובאיכות הידע שבידיהם. למשל, במקרים רבים חילופי גברי במשרדי הממשלה (לרבות פרישה לגמלאות) מקשים את איתורו של האדם המסוים שהיה האחראי הישיר לנושא בעת קבלת ההחלטה. גישה שיטתית לפרוטוקולים של ועדות הכנסת הסתמנה כבעייתית במיוחד.

זאת ועוד, מרבית החומר הרלוונטי לבדיקה מסוג זה מהווה למעשה חלק מ"הזיכרון הארגוני" של מוסדות השלטון, אשר אינו גלוי לציבור בדרך-כלל. כך, למשל, החלטות ממשלה המאשרות כריתת אמנה אינן מפרטות בדרך-כלל את נימוקי ההחלטה, ואילו הפרוטוקול של הדיון בממשלה אינו חשוף. כתוצאה מכך איננו יכולים להעריך באיזו מידה נערך דיון מהותי בשיבת ממשלה בקבלתה של אמנה זו או אחרת, ואיננו יכולים להתחקות על-נקלה אחר הסיבות שהובילו את הממשלה להחליט כך או אחרת. מסמכים המעידים על תהליכים ודיונים במשרדי הממשלה ברמת הפקידות אף הם אינם נחלת הכלל, בין שאלה דיונים פנימיים, חוות-דעת משפטיות או דיונים בין-משרדיים בשאלות מהותיות.<sup>75</sup> יצוין, אגב, כי אין זו בעיית שקיפות חיצונית גרידא, אלא בעיית אחזור ושיתוף של מידע הקיימת גם בתוך המערכת הממשלתית עצמה. משמע, בחלק מן המקרים המערכת עצמה מתקשה לשחזר את השיקולים שהנחו אותה בעת קבלת ההחלטה להתקשר או לא להתקשר

75 יוזכר בהקשר זה כי על-פי ס' 9(ב)3 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ס"ח 226, רשות ציבורית אינה חייבת למסור מידע על-אודות פרטי משא-ומתן עם גוף שמחוץ לרשות, ועל-פי ס' 9(ב)4 היא אינה חייבת למסור גם מידע בדבר דיונים פנימיים; תרשומות של התייעצויות פנימיות בין עובדי רשויות ציבוריות, חבריהן או יועציהן, או של דברים שנאמרו במסגרת תחקיר פנימי; וכן חוות-דעת, טיוטות, עצות או המלצות שניתנו לצורך קבלת ההחלטה, למעט התייעצויות הקבועות בדיון. אין בדברים אלה כדי לרמוז שבמחקר זה נקלענו למצב שבו בקשה למידע מסוים סורבה במפגיע; נהפוך הוא – בלשכה המשפטית של משרד החוץ, למשל, אף נעתרו לבקשתנו וחיפשו בעבורנו חוות-דעת פנימית בנוגע לאחת האמנות הנידונות, אך זו לא נמצאה. אולם בפועל, בררת-המחדל היא שאין רשויות הממשלה נוהגות לאפשר עיון במסמכים מן הסוגים המנויים לעיל.

באמנה. הדברים אינם אמורים כביקורת דווקא, אלא כהסבר לכך שהסקירה שלהלן בדבר תהליכי כריתת האמנות אינה שלמה, וייתכן אף שנפלו בה אי-דיוקים. לא ערכנו מחקר היסטורי מקיף, אלא רק בדיקה של המידע הניתן לגילוי במאמץ מחקרי סביר לגבי האמנות הנידונות, כביטוי לממדים האמיתיים של שקיפותם של תהליכי כריתת האמנות וניהול השיח הציבורי סביבם. ברם, ניתן לדעתנו להסיק מעצם קיומם של קשיים אלה גם על נקודות תורפה בתהליך כריתת האמנות לגופו.

נפתח את הפרק הזה בהצגה של תהליך כריתתן של כמה אמנות רב-צדדיות חשובות; אחר כך נציג את תהליך קבלת ההחלטה לא להתקשר באמנות רב-צדדיות חשובות אחרות; ולאחר-מכן נסקור את תהליך כריתתן של כמה אמנות דו-צדדיות חשובות. סקירת האמנות הרב-צדדיות והדו-צדדיות תכלול גם התייחסות לאמנות שסווגו כ"אמנות בעלות חשיבות מיוחדת", אשר הצדיקו את הצגתן לפני הכנסת (האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם במסגרת סקירת האמנות הרב-צדדיות, והסכמי שביתת-הנשק משנת 1949 במסגרת סקירת האמנות הדו-צדדיות). לבסוף, נעמוד בקצרה על מאפיינים כלליים של מעורבות הכנסת בהסכמים מדיניים הקשורים לסכסוך הישראלי-ערבי שהובאו לאישורה בעשורים האחרונים.

## 2. אמנות רב-צדדיות שישראל צד להן

### (א) אמנות ג'נבה I-IV, 1949

ישראל חתמה על כל ארבע אמנות ג'נבה המהוות את ליבת הדין ההומניטרי הבין-לאומי בעת סכסוך מזויין וכיבוש (האמנה הראשונה נוגעת בהקלת מצבם של פצועים וחולים בשדה-קרב; השנייה מחילה את עקרונות האמנה הראשונה גם על לוחמה ימית; השלישית עוסקת ביחס לשבויי-מלחמה; והרביעית מסדירה את היחס לאזרחים בזמן לחימה).<sup>76</sup> על-פי רישומי האו"ם והצלב האדום,<sup>77</sup> חתמה ישראל על האמנות מייד עם תום הוועידה הדיפלומטית הבין-לאומית שעסקה בעדכון של אמנות ג'נבה הראשונה, השנייה והשלישית, ובניסוחה

76 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 U.N.T.S. 31, entered into force Oct. 21, 1950; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 U.N.T.S. 85, entered into force Oct. 21, 1950; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 U.N.T.S. 135, entered into force Oct. 21, 1950; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 U.N.T.S. 287, entered into force Oct. 21, 1950. (להלן: האמנה הראשונה, האמנה השנייה, האמנה השלישית והאמנה הרביעית, בהתאמה). על הדין ההומניטרי הבין-לאומי באופן כללי, ועל משמעויות נבחרות של אמנות ג'נבה, ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 115–174 (טלי ניר ואמירה כהן עורכות, 2006).

77 לרישום הבין-לאומי ראו: [www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P](http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P).



משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

של האמנה הרביעית, ביום 12.8.1949,<sup>78</sup> תוך ציון הסתייגויות הנוגעות בשימוש בסמל מגן דוד אדום במקום בסמל הצלב האדום לציון השירותים הרפואיים של כוחות הצבא של ישראל.<sup>79</sup> בהתאם לתנאיהן,<sup>80</sup> נחתמו האמנות בכפוף לאשרור.<sup>81</sup> לפי הרישום הבין-לאומי<sup>82</sup> ועל-פי נתוני משרד החוץ, אושררו האמנות על-ידי מדינת-ישראל ביום 7.6.1951.<sup>83</sup> במישור הטכני לא עלה בידינו לאתר עותק של החלטת ממשלה בנושא החתימה על אמנות ג'נבה,<sup>84</sup> אולם ניתן ללמוד מהתפתחויות מאוחרות שעצם החתימה נעשתה מבלי שהובא הנושא לאישור מוקדם של הכנסת, וגם האשרור לא הובא לדיון מהותי בכנסת. אגב הדיון בחוק מגן דוד אדום, התש"י-1950, מיום 31.1.1950, נדרשו חברי-הכנסת גם לשאלת הליך אשרורן של אמנות באופן כללי. חברי-הכנסת זרח ורהפטיג (החזית הדתית המאוחדת) הביע דעה נחרצת כי ראוי שהממשלה תציע חוק שיסדיר אילו אמנות זקוקות לאישור הכנסת, ואמנות שידרשו חקיקה של הכנסת יהיו חייבות לקבל אישור של הכנסת לפני שישראל תצטרף אליהן, "שאם לאו – מניין הביטחון שהכנסת תסכים אחרי-כן לחוקק את החוק הדרוש?"<sup>85</sup> לגופו של עניין אמר חברי-הכנסת ורהפטיג כי היה מתנגד לאשרור של

78 אמנות ג'נבה הראשונה, השנייה והשלישית, כנוסחן כיום, הן עדכונים של אמנות ג'נבה מהשנים 1864, 1906 ו-1929, בהתאמה. לא ידוע לנו אם מדינת-ישראל הודיעה בדרך כלשהי על הצטרפותה לאמנות אלה לאחר הקמתה ולפני כניסתן לתוקף של אמנות ג'נבה המעודכנות (דבר שהיה משפיע, לכאורה, על היחסים המשפטיים בין ישראל למדינות ערב במהלך מלחמת העצמאות).

79 ניסוחי ההסתייגויות ניתנים לקריאה באתר הצלב האדום. ראו: [www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/35D52356F487FC85C1256402003F9563?OpenDocument](http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/35D52356F487FC85C1256402003F9563?OpenDocument).

80 התנאי לכניסה לתוקף של כל ארבע האמנות זהה: "האמנה תיכנס לתוקף שישה חודשים לאחר שתאושר על-ידי לפחות שתי מדינות. לאחר מכן תיכנס האמנה לתוקף לגבי כל מדינה שתאשרר את האמנה, שישה חודשים לאחר האשרור." ראו ס' 58 לאמנה הראשונה; ס' 57 לאמנה השנייה; ס' 138 לאמנה השלישית; ס' 153 לאמנה הרביעית.

81 על משמעותה הכללית של חתימה בכפוף לאשרור ראו לעיל ה"ש 11 והמלל הסמוך לה. עוד צוין כי אף שחתימה בכפוף לאשרור אינה מחייבת את המדינה באופן מלא לתנאי האמנה, היא אינה נעדרת תוצאות משפטיות, במובן זה שלאחר החתימה המדינה מחויבת לא לנקוט פעולות שיש בהן כדי לשים לאל את מטרת האמנה ואת כוונתה. ראו אמנת האמנות, לעיל ה"ש 6, ס' 18(a).

82 לרישום הבין-לאומי ראו ה"ש 77 לעיל.

83 בדברי ההסבר להצעת חוק אמנות ג'נבה, התשס"ו-2006 – הצעת חוק פרטית של חברי-הכנסת אחמד טיבי, שביקש להעניק לאמנות ג'נבה תוקף של חוק פלילי – נאמר שמדינת-ישראל הצטרפה לאמנות בתאריך מוקדם יותר, ב-21 באוקטובר 1950. ראו באתר האינטרנט של הכנסת – [www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/633.rtf](http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/633.rtf).

84 בעת הדיון בכנסת בהצעת חוק מגן דוד אדום, התש"י-1950, ציין חברי-הכנסת זרח ורהפטיג (החזית הדתית המאוחדת) כי הוא אינו יודע "אם הממשלה עשתה את הראטיפיקציה לאמנה זו." ראו ד"כ 4, 700 (התש"י).

85 ראו שם.

אמנות ג'נבה: "אילו הובאה לפנינו אמנת ג'נבה לאשרור, הייתי מתנגד לראטיפיקציה זו."<sup>86</sup> זאת, בשל הדרישה להכרה במעמדו של הסמל מגן דוד אדום כמקביל למעמד שמקבל סמל הצלב האדום.<sup>87</sup> למרות דיון זה בכנסת, אושררו כאמור האמנות על-ידי מדינת-ישראל ביום 7.6.1951, ככל הנראה על-פי החלטת ממשלה בנושא.

בהקשרו של נושא מחקרנו הנוכחי, אופן קבלתן של אמנות ג'נבה על-ידי מדינת-ישראל מעניק פרספקטיבה היסטורית מעניינת מכמה בחינות. ראשית, במבט לאחור, ולגופם של דברים, אמנות ג'נבה (ובעיקר האמנה הרביעית, המכילה כללים חשובים בנושא של שטחים כבושים, וכן האמנה השלישית, המכילה כללים המגדירים את הזכאות למעמד של שבוי-מלחמה) מילאו וממשיכות למלא תפקיד חשוב ביותר, כעניין של משפט בין-לאומי פומבי, בהסדרה המשפטית של השטחים שמדינת-ישראל מחזיקה למן מלחמת ששת-הימים, ושל מעמדם המשפטי של חברי ארגוני טרור הפועלים נגד ישראל בשטחים אלה ובמקומות אחרים.<sup>88</sup> זאת, מעל ומעבר למה שהיה אפשר להעלות על הדעת בעת חתימת האמנות בשנת 1949 ובעת אשרורן בשנת 1951. במישור העקרוני, יש בכך כדי להעיד כי חשיבותה היחסית של אמנה זו או אחרת מבחינת יחסי החוץ של המדינה – כמבחן אפשרי לקביעת האיזונים במעורבותן של הרשויות השונות בכריתתן – קשה מאוד להערכה מראש. מכל מקום, ברור שגם הכנסת לא הצליחה לצפות את פני העתיד בעניין זה.

שנית, אי-מעורבותו הפוליטיבית של המחוקק בהחלטה על ההצטרפות לאמנות ג'נבה, בין בשלב החתימה ובין בשלב האשרור, מהווה בוודאי ביטוי מוקדם לתפיסה הכללית במשפט ובממשל הישראליים – העומדת בבסיס הדין הקיים כיום – שלפיה אמנות הן עניין

86 שם. ניתן להניח שחבר-הכנסת ורהפטיג התכוון לאפשרות העתידית שהאמנות יובאו לאשרור (ולא בלשון עבר), אך מתוך הנחה שהן לא יובאו לפני הכנסת. זאת, מאחר שבמועד נאומו טרם אושררו האמנות.

87 ראו לעיל ה"ש 79 והמלל הסמוך לה. בעת החתימה על האמנות, וכן בעת ההודעה על האשרור, הודיעה ישראל שתוך כיבוד הסימולים המיוחדים המפורטים באמנות, תשתמש ישראל במגן דוד אדום כסימול המיוחד של השירות הרפואי של כוחותיה המזוינים. ברם, הסתייגות זו הותירה ספק בדבר מעמדו הבין-לאומי של הסימול מגן דוד אדום ובדבר מחויבותן של חברות האמנה האחרות להכיר במגן דוד אדום כסימול מיוחד. כמו-כן נותר ספק לגבי זכאותה של אגודת מגן דוד אדום להצטרף לאגודה הבין-לאומית של הצלב האדום והסהר האדום. במישור הכללי נותר עניין זה סלע-מחלוקת פוליטי רב-שנים, אשר הוסדר במידה מסוימת רק לאחרונה, עם אימוץ הפרוטוקול השלישי לאמנות ג'נבה בדבר אימוץ סימול מיוחד נוסף: Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III), Dec. 8, 2005, www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/615.

88 אין זה המקום להאריך בנושא זה. נציין רק את התייחסותו של בית-המשפט העליון לתוקפן הנורמטיבי של אמנות ג'נבה בסדרה ארוכה של החלטות בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, ביניהן בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לויטא זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385 (2002); פרשת עגזורי, לעיל ה"ש 69.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

מנהלי, ולא חקיקתי, המצוי בסמכותה של הרשות המבצעת (כ"פררוגטיבה").<sup>89</sup> במסגרת תפיסה כללית זו לא הובנו בזמנו אמנות ג'נבה כהסכמים בין-לאומיים אשר יישומן (רוצה לומר: העמידה בהתחייבויות הגלומות בהן) מצריך את תשומת-ליבו של המחוקק. כך התאפשרה קבלת עולן ההסכמי של אמנות ג'נבה על-ידי מדינת-ישראל מבלי שיהיה לכך ביטוי כלשהו בספר החוקים הישראלי, למעט חוק מגן דוד אדום, התש"י-1950, העוסק בזווית הצרה של הקמת אגודת מגן דוד אדום בישראל כ"אגודה ארצית" המקבילה ל-"National Red Cross Society" על-פי אמנות ג'נבה. זאת, אף שפסיקת בתי-המשפט והחלטותיהן של רשויות המנהל של מדינת-ישראל הקדישו ברבות הימים רבות לעיסוק המשפטי ביישום הכללים שבאמנות ג'נבה ובפרשנותם, ובעיצוב יחסי-הגומלין שבין כללים אלה לבין הדין הישראלי, על רקע הסכסוך הערבי-ישראלי ומצב הכיבוש המתמשך בגדה המערבית וברצועת-עזה.<sup>90</sup>

ודוק: בעוד שקודם לכן עמדנו על כך שאת חשיבותן העקרונית של אמנות ג'נבה במישור היחסים הבין-לאומיים של מדינת-ישראל בעתיד לבוא לא היה אפשר להעריך בעת חתימתן, כאן אנו עומדים על כך שמדינת-ישראל לא חזתה באיזו מידה יודקו רשויות המדינה לאמנות ג'נבה כאל מקור משפטי בטיפול בסוגיות משפטיות שיובאו לפנין במשפט הפנימי.<sup>91</sup> אומנם, אמנות ג'נבה, מעצם טיבן, מסדירות נושאים הטעונים בדרך-כלל חקיקה מיישמת, ובכמה

89 ראו פרק א לרשימה זו.

90 ש.ם.

91 יצוין כי בבריטניה – הורתה של שיטת המשפט המקובל, שממנה נובעת ההפרדה שבין כריתת אמנות לבין חקיקה מחייבת בפנים המדינה – לא נחתמו אמנות ג'נבה ולא אושרו עד לאחר שהתקבל חוק פנימי המסדיר את הממשק שבין האמנות לבין הדין הלאומי, הוא ה-Geneva Conventions Act, 1957, 5 and 6 Eliz. 2, c. 52. אך גם בבריטניה ניכר שלא צפו מראש את חשיבותן העתידית של האמנות ביחסים הבין-לאומיים ואת מלוא השלכותיהן במישור המשפט הפנימי. באשר למישור הבין-לאומי, האמנות נחתמו רק לאחר שהסתיים באופן פורמלי מצב הכיבוש הבריטי בגרמניה ובמצרים, כך שבמשך שנים הייתה אמנת ג'נבה הרביעית, למשל, בגדר התחייבות תיאורטית גרידא מצידה של בריטניה. זאת, עד לכיבוש עיראק בשנת 2003, שבעקבותיו קיבלו האמנות חשיבות מחודשת ובלתי-צפויה. באשר למישור הפנימי, החקיקה הבריטית עסקה אומנם בכמה נושאים משפטיים מעבר למעמדן של אגודות הצלב האדום הלאומיות, אך לא קלטה את כל הכללים של אמנות ג'נבה (כך נפסק בעניין *Cheney v. Conn* (Chancery Division) (U.K.) (H.C. 1967) 1 All E.R. 779 (Inspector of Taxes), [1968]). אולם בניגוד למצב בישראל, יצירת ההתחייבות הבין-לאומית של בריטניה הותנתה בפועל במעורבות המחוקק, אשר קבע את היקף הקליטה של האמנות במשפט הפנימי. יש לציין כי בכל הקשור לתחולתן של אמנות ג'נבה בשטחים שנכבשו על-ידי ישראל בשנת 1967, טענה האגודה לזכויות האזרח – בפנייתה לבג"ץ בפרשת עפו, לעיל ה"ש 63 – כי מאחר שמדובר בשטחים שממילא אינם כפופים לחקיקת הכנסת, אין צורך בקליטה של אמנת ג'נבה הרביעית (שנחשבה אז למשפט הסכמי) בחקיקה על-מנת שיהיה לה תוקף בשטחים אלה.

מקרים הן אף מחייבות את המדינות לאמץ חקיקה מתאימה.<sup>92</sup> אולם הממשלה בראשית ימי המדינה סברה, ככל הנראה, שתוכל למלא אחר האמנות מבלי להודק לתיקוני חקיקה ומבלי לבחון באופן מעמיק את מידת התאמתו של הדין הישראלי להוראותיהן של אמנות אלה. גם כאן, כעניין כללי ועקרוני, ניתן להסיק שקשה לחזות, במועד אשרורה של אמנה, באיזו מידה ובאילו נושאים תידרש חקיקה מיישמת על-מנת לעמוד בהתחייבויות הבין-לאומיות שבאמנה, ולכן קשה לאמץ עניין זה כאמת-מידה אפקטיבית לשאלת מידת מעורבותה של הכנסת בעצם ההחלטה אם להתקשר באמנה אם לאו. הדברים ברורים במיוחד במקרים כגון אמנות ג'נבה, כאשר המדינה התחייבה באמנות אך לא הביאה לפני הכנסת כל חקיקה מיישמת, בין לפני אשרור האמנה ובין לאחר האשרור.

שלישית, אין חולק כיום כי מרכיבים רבים של אמנות ג'נבה נחשבים למנהגיים, בין שהיו כאלה בעת האשרור ובין שרכשו מעמד זה ברבות השנים, ועל-כן היה באמנות כדי לחייב את מדינת-ישראל הן כלפי חוץ והן במערכת המשפטית הפנימית אף ללא חתימה עליהן. דבר זה יש בו לכאורה כדי להפחית מחשיבותה של השאלה אילו רשויות היו מעורבות בתהליך כריתת האמנה. ברם, למעורבותו של המחוקק בתהליך כריתת האמנה ייתכנו בכל-זאת השלכות משמעותיות. אילו אושרו אמנות ג'נבה על-ידי המחוקק בדרך זו או אחרת, תוך קביעת תחולתן של האמנות במשפט הישראלי (ולחלופין – אילו דחה המחוקק הישראלי את האמנות, כולן או חלקן), היו לכך השפעות משפטיות ואף פוליטיות חשובות. כך, במישור הפנימי (ולמעשה – בעיקר ביחס לפעולות צה"ל בשטחים), אשרורה של אמנת ג'נבה הרביעית על-ידי הכנסת היה מיתר מכללא את הדיון בשאלת המידה שבה האמנה משקפת דין מנהגי בריישובם בבתי-המשפט הישראליים. כמו-כן, פסיקת בג"ץ בנושאי השטחים הייתה מקבלת לגיטימציה ציבורית ברורה ומוצקה יותר, לכאן או לכאן. הדברים אמורים ללא קשר לשאלות המהותיות דנן לגופן, אלא רק למידת הוודאות המשפטית וההכשר הציבורי שמעורבותו של המחוקק הייתה יכולה להעניק לה.

רביעית, ולסיום, פרשת כריתתן של אמנות ג'נבה מגלה שכבר בתחילת דרכה של המדינה היו מי שהצביעו על הקשר ההדוק שבין התחייבויות בין-לאומיות לבין חקיקה פנימית, באופן התומך בהגברת מעורבותה של הכנסת בהליכים של כריתת אמנות. אולם ניתן לראות בהתנגדותו של חבר-הכנסת ורהפטיג דווקא דוגמה ראשונה לכך ששיקוליהם של חברי-הכנסת בדיון באמנות בין-לאומיות אינם נוגעים בהכרח בתוכנן המהותי-המשפטי המרכזי של האמנות, אלא בעניינים פוליטיים וסמליים הכרוכים בהן, ובמקרה זה – במעמדו של מגן דוד אדום ביחס לצלב האדום. יש לתת את הדעת לכך שמעורבות מסוג זה של הכנסת עלולה לפגוע בניהול יחסי החוץ של ישראל ובמקצועיות ובענייניות של כריתת האמנות על-ידיה. אך מאידך גיסא, ניתן לומר שדווקא עניינים פוליטיים-סמליים מסוג זה, שהכנסת רגישה להם כמייצגת את בחירת העם, ראויים לתשומת-לב יתרה כבר בשלב של כריתת האמנה ואשרורה, שכן נושאים אלה עלולים ללוות את האמנה במשך

92 ראו את ההוראות שעניינן אימוץ חקיקה פלילית לענישה על "הפרות חמורות" של האמנות, כגון ס' 129 לאמנה השלישית וס' 146 לאמנה הרביעית.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

כל שנות יישומה. יתר על כן, שיקולים כאלה יכולים להשפיע על החקיקה המיישמת את התחייבויות האמנה, מבלי לפגוע בעצם ההתחייבות.

(ב) האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם ("אמנת הג'נוסייד")

הדיון באמנה זו בכנסת אינו דומה לדיון באמנות אחרות שהובאו לאישור ישיר של הכנסת בשנים מאוחרות יותר, מכיוון שאין מדובר בהסכם מדיני שכרתה ישראל בהקשר של הסכסוך הישראלי-ערבי, אלא באמנה רב-צדדית בעלת חשיבות והקשר החורגים מהאינטרסים האזוריים של ישראל. ייחוד נוסף של הדיון באמנת הג'נוסייד הוא שאמנה זו הוצגה לכנסת במסגרת הליכי חקיקה של חוק ליישום הוראותיה בדיון הפנימי (החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם), ורק במהלך הדיון הוחלט שהכנסת תצביע גם על אשרורה של האמנה, כפי שנסביר בהמשך. יצוין כי ישראל לא הייתה שותפה לתהליך גיבושה של האמנה, שכן תהליך זה התקיים בטרם התקבלה ישראל כחברה באו"ם. שר המשפטים דאז, פנחס רוזן, הציג את האמנה ואת הצעת החוק לכנסת, ודבריו מעידים כי היה מודע לייחודו של ההליך המתנהל בכנסת: "החוק שאני מגיש לפניכם היום הוא החוק הראשון הבא להפעיל אמנה בינלאומית כללית... האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, אשר עליה מדובר בחוק המוצע, היא לא רק הראשונה המובאת בפני הכנסת, אלא גם האמנה הראשונה אשר הוכנה על-ידי האומות המאוחדות כהצעת חוזה כללי המוגש לכל אומות העולם לחתימה ולאישור."<sup>93</sup> השר רוזן הציג לפני הכנסת בפירוט רב את הרקע לאימוצה של האמנה, את המחלוקות בין המדינות השונות לגבי נוסחם של סעיפים אחדים באמנה, ואת הפשרות שהושגו כפתרון למחלוקות אלה, ואף סקר לפני הכנסת את סעיפי האמנה אחד לאחד ועמד על ההיגיון שבבסיסם.<sup>94</sup> כמו-כן סקר השר את סעיפי הצעת החוק שנוסחו בהתאמה לאמנה (סעיף 5 לאמנה מחייב את המדינות ליישם את הוראות האמנה כחלק מהדין הפנימי שלהן). רוזן עמד גם על הנקודות המעטות שלגביהן הצעת החוק משנה מעט מסעיפי האמנה, וטען כי שינויים אלה אינם סותרים את האמנה, אלא מגשימים אותה.<sup>95</sup> השר הדגיש כי קבלת החוק על-ידי הכנסת הינה תנאי מוקדם לאשרור האמנה על-ידי הממשלה: "מטעם ממשלת ישראל ניתנה כבר החתימה לאמנה, אבל תעודת האישור

93 ד"כ 3, 313 (התש"י).

94 שם, בעמ' 313-316.

95 שם בעמ' 315-316. הנקודה החשובה ביותר היא שהאמנה אינה כוללת התייחסות מפורשת לאפשרות ליישם סמכות שיפוט אוניוורסלית על הפשע של השמדת עם (אלא קובעת שסמכות השיפוט היא בידי מדינת הטריטוריה או בית-דין בין-לאומי, כאשר יוקם כזה), אולם החוק הישראלי מבהיר כי ישראל תוכל לשפוט על פשע זה על בסיס סמכות שיפוט אוניוורסלית. כדברי שר המשפטים רוזן, שם, בעמ' 315: "סעיף 5 של החוק המוצע נראה כאילו סוטה מהוראות סעיף 6 של האמנה, אולם אליבא דאמת אין הדבר כך. סעיף 6 של האמנה בא לקבוע רק את חובתה של המדינה לשפוט ולהעניש על המעשים שנעשו בגבולותיה, אבל אין האמנה גורעת מסמכותה של כל מדינה ומדינה לשפוט אנשים הנמצאים בה בעד מעשים שנעשו מחוצה לה."

טרם נפקדה. בדעת הממשלה לאשר את האמנה לפי סעיף 11 של האמנה, אחרי שהכנסת תחוקק חוק בקווי ההצעה שלפניכם.<sup>96</sup>

בעקבות דבריו המפורטים של שר המשפטים רוזן התפתח במליאת הכנסת דיון מעניין שחרג מגדר הצהרות כלליות בלבד. חברי-כנסת אחדים חזו את דעתם לגבי הוראות ספציפיות באמנה ובחוק שנועד ליישמה. כך, למשל, חבר-הכנסת בן-אשר (מפא"י) פתח בהצהרה (המגלה אומנם תמימות לא-מעטה לגבי יכולת ההשפעה הבין-לאומית של ישראל) שלפיה "לא השתתפנו בניסוח אמנה זו, לא היינו חברים באו"ם... ברגע שאנו חותמים עליה, אנו רשאים ומצווים להעיר את הערותינו לאמנה, ובשעת חסד – גם לשכלל אותה ולתבוע את תיקונה. בשעת אישור האמנה יש מקום לכמה הערות יסודיות",<sup>97</sup> ובהמשך דבריו אמר כי "עלינו לומר למשלחתנו באו"ם, שעליה לעשות למען תיקון האמנה הזאת."<sup>98</sup> ההשגה העיקרית של חבר-הכנסת בן-אשר ביחס לאמנה נגעה בחוסר שקיים לדעתו בהוראות האמנה בקשר להטלת אחריות קולקטיבית למאבק בהשמדת עם.<sup>99</sup> חבר-הכנסת בריהודה (מפ"ם), לאחר שהעיר על כמה סעיפים, הציע לערוך בדיקה מקיפה של סעיפי האמנה הקיימים ושל סעיפים שהושמטו במהלך המשא-ומתן על האמנה, על-מנת שמדינת-ישראל תאמץ בחוק את ההסדר שהיא רואה כנכון וכצודק ביותר מבלי שתהיה מוגבלת בנוסח האמנה בלבד.<sup>100</sup> חבר-הכנסת בדר (תנועת החרות) העיר שורה של הערות פרטניות בנושאים שונים, כגון הצורך בתחולה רטרואקטיבית של החוק, הצורך בהתאמות בין מונחים השאובים מהאמנה לבין הוראות החוק הפלילי הישראלי, והצורך לקבוע עונש מוות על הפשע של השמדת עם.<sup>101</sup> חבר-הכנסת הררי (המפלגה הפרוגרסיבית) העיר על חוסרים שקיימים לדעתו בהגדרת הפשע של השמדת עם, על הבהרות ניסוחיות שנדרשות לדעתו, ועל קביעת חובת הסגרה לבית-דין בין-לאומי, אשר נדרשת לדעתו למרות העדר הוראה כזו באמנה.<sup>102</sup> בדומה לחבר-הכנסת בן-אשר, גם חבר-הכנסת הררי סבר כי על ישראל לפעול לקבלת תיקונים לאמנה: "ממשלתנו צריכה להשתמש בסעיף 16 של האמנה, שבה נאמר שכל חבר האו"ם יכול לבוא ולהציע ולבקש שינויים בה. מדינתנו חייבת להושיב מומחים לכך... עלינו להושיב מומחים למשפט בינלאומי, שיבדקו ויציעו הצעות חדשות, כדי לעשות את האמנה הזאת יעילה וראויה לשמה."<sup>103</sup> משהתארך הדיון, אמר יושב-ראש הכנסת שפרינצק כי "חשוב מאוד שיהיו חילופי דעות. אך יש לי הרושם שלא שיערנו

96 שם, בעמ' 315.

97 שם, בעמ' 316.

98 שם, בעמ' 317.

99 שם, בעמ' 316–317. סוגיית אחריותן של המדינות לפי אמנת הג'נוסייד (להבדיל מאחריותם הפלילית של יחידים לפשע של השמדת עם) נידונה לאחרונה בפסק-דין של בית-הדין הבין-לאומי בעניין Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. &amp; Herz. v. Serb &amp; Mont.), 2007 I.C.J. 91 (Feb. 26).

100 ד"כ 3, 318 (התש"י).

101 שם, בעמ' 318–319.

102 שם, בעמ' 319–320.

103 שם, בעמ' 319.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

כי יהיה זה דיון כה מפורט. שפרינצק הציע כי כמה חברי-כנסת שנרשמו לדיון יוותרו על זכות הדיבור, וכי הצעת החוק תועבר לוועדה לדיון מפורט.<sup>104</sup> בעקבות כך סיכם שר המשפטים את הדיון. השר השיב בפרוטרוט על ההשגות וההצעות השונות שהועלו,<sup>105</sup> ואף אמר כי הוא "מסכים שמטעם מדינת-ישראל צריך להיעשות הנסיון לתקן את האמנה עצמה. זה יהיה מאבק קשה מאד, אבל כדאי לעשות את הנסיון."<sup>106</sup>

פרט לדיון המעמיק יחסית לגופם של האמנה ושל החוק, כלל הדיון באמנת הג'נוסייד גם שורה של התייחסויות לתהליך כריתת אמנות בישראל ככלל, ולתהליך החריג שהתקיים ביחס לאמנת הג'נוסייד בפרט. כאמור, בפתח הדיון הצהיר שר המשפטים כי הממשלה לא תאשרר את האמנה עד לאימוץ החוק המיישם את האמנה על-ידי הכנסת.<sup>107</sup> חבר-הכנסת ברי-יהודה (מפ"ם) העיר כי "נאמנה לשיטתה, לא הביאה הממשלה לפנינו גם הפעם את האמנה הבינלאומית לאישור. היא הביאה לפנינו רק את החוק הפנימי, והיא רוצה שהוא לבדו יועמד עכשיו לדיון ולאישור."<sup>108</sup> חבר-הכנסת בדר (תנועת החרות) העיר: "...לדעתי דרושה החלטת הכנסת לשם הראטיפיקציה של האמנה. ראטיפיקציה של אמנה, שתהיה חוק פנימי בארץ, או שתהיה לה, לכל הפחות, השפעה חוקית בתוך הארץ, מותנית בקבלת חוק על-ידי הכנסת. אני חושב שאם הממשלה לא שמרה על דין זה, צריכים אנו לדאוג לכך. בעובדה שהממשלה לא הציעה לנו לעשות זאת, אני רואה פגיעה בזכויות הכנסת, וזו הוכחה נוספת לנחיצות הדבר."<sup>109</sup> גם חבר-הכנסת קליבנוב (הציונים הכלליים) אמר דברים מפורשים בהקשר זה: "אני רוצה להצטרף לדעתם של אלה שאמרו פה, כי בדרך כלל צריכה הכנסת לנקוט עמדה, המחייבת שכל אמנה בינלאומית – לאחר שנכרתה ונחתמה על-ידי ראש המדינה או שר הממשלה – טעונה אישור של המוסד המחוקק במדינה. אם כי אין לנו עדיין חוק קבוע בנידון זה, יש להנתיח... שנוכה בקרוב לכך, שתהיה לנו חוקת יסוד, שבה יאמר במפורש כי כל אמנה בינלאומית של מדינתנו תובא לאישור המוסד המחוקק."<sup>110</sup> מעניינת במיוחד תשובתו של השר רוזן לדברי ביקורת אלה. שר המשפטים עמד בדבריו על הפער בין הדין המצוי לזה הרצוי, וכך אמר: "מי שאיננו רוצה להיות פורמאליסט יודה, שהבאנו את האמנה הזאת לאישור בפני הכנסת; על-ידי כך שאנו מציעים את החוק הזה, אנו מעמידים את האמנה כולה לאישור. אם הכנסת לא תחוקק את החוק המבוקש, הרי הממשלה מצדה לא תאשר את האמנה. התהליך מסתמן באמנה לפי הנוהג הבינלאומי. התהליך הוא כזה: לכתחילה חותמים על חוזים בינלאומיים, ואין אף אחד מאיתנו חולק על כך שזוהי פריבילגיה של הממשלה, ואחר כך מאשרים את החוזים. אילו היינו מדברים על מה שרצוי לנו ולא על מה שמצוי אצלנו, הייתי מסכים לכך שיש ללכת בדרך הקונסטיטוציונית

104 שם, בעמ' 322.

105 שם, בעמ' 322-323.

106 שם, בעמ' 323.

107 שם, בעמ' 315.

108 שם, בעמ' 317.

109 שם, בעמ' 318.

110 שם, בעמ' 322.

בה הלכו כמה מדינות, שלפי חוקותיהן חוזים כאלה מחייבים אישור על-ידי הפארלאמנט. השאלה תמצא את פתרונה בעתיד. אולם המצב המשפטי כעת איננו מאפשר לנו ללכת בדרך הרצויה לנו... במצב המשפטי השורר במדינה כיום, זכות החתימה וזכות האישור הן בידי הממשלה. אני מוכן להוכיח זאת בפני הוועדה. אולם הממשלה לא תאשר את החוזה, אם בית-המחוקקים לא יחוקק את החוק הדרוש בכדי להפעיל את האמנה.<sup>111</sup> ניכר כי היה חשוב מאוד לשר המשפטים להבהיר לכנסת כי התהליך שהתקיים לפניו אינו תהליך של אישור האמנה, וכי הסמכות לכרות אמנות בשם מדינת-ישראל נותרת בידי הממשלה. חששו של שר המשפטים שהכנסת תיטול לידיה סמכויות שאין לה לשיטתו, לפי הדיון המצוי, לא נותר חשש תיאורטי. בסיום הדיון הציע חבר-הכנסת ורהפטיג (החזית הדתית המאוחדת) לפצל בין תהליך האשרור (רטיפיקציה) של האמנה לבין תהליך אימוצה של הצעת החוק, והציע כי הכנסת תאשרר את האמנה ותעביר את הצעת החוק לדיון בוועדה מוועדותיה. כך נימק חבר-הכנסת ורהפטיג את הצעתו: "...הראטיפיקציה אינה דורשת חוק. ראטיפיקציות של אמנות בינלאומיות נעשות לעתים קרובות בארצות שונות, על-ידי החלטה של הפארלאמנט בלבד... הממשלה סבורה שעל-ידי קבלת החוק הפנימי תאשרר מעצמה גם האמנה; אולם אינני חושב שיש לדחות את אישור האמנה עד לאישור החוק, הואיל וכל חברי הכנסת היו בעד אישור האמנה בכללה, שהרי שינוי סעיפיה אינו נתון בידינו. אני מציע אפוא לקבל החלטה של אישור האמנה מצד אחד, ומצד שני להעביר לוועדה המתאימה את הצעת-החוק כפי שהוצעה על-ידי הממשלה."<sup>112</sup> שר המשפטים נזעק למשמע הצעה זו ואמר: "אינני יכול להסכים להצעתו של חבר הכנסת ורהפטיג, שבעניין זה ייווצר תקדים בלי שהממשלה תדון בכך מקודם. הממשלה תוכל לדון על זה רק מחר... אני מציע... שהכנסת תמליץ שהממשלה תאשר את האמנה. הייתי מבקש - על-ידי החלטה פשוטה לאשר - לא ליצור עכשיו תקדים אחר."<sup>113</sup> ההחלטה שהתקבלה בסופו של דבר הייתה להעביר את הצעת החוק לוועדת החוקה, חוק ומשפט "יחד עם הצעתו של חבר הכנסת ורהפטיג."<sup>114</sup> כעבור יומיים (28.12.1949) מסר יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר-הכנסת ניר-רפאלקס, כי "אשר לחוק - עדיין לא הספקנו לסיים את עיבוד החוק, והעברנו אותו לוועדת משנה, מכיוון שקבלת החוק הפנימי היא שאלה דחופה פחות", והציע לכנסת לאמץ את הצעת הממשלה לקבל החלטה בנוסח הבא: "הכנסת מחליטה כי יינתן אישור לאמנה בדבר מניעתו והענשתו של הפשע השמדת עם, אשר עליה חתם נציג מדינת ישראל... תעודת האישור תופקד בידי המזכיר הכללי של האו"ם בהתאם לאמור בגוף האמנה."<sup>115</sup> הכנסת אישרה הצעה זו פה אחד.<sup>116</sup>

טיפולן של הכנסת ושל הממשלה באמנת הג'נוסייד ייחודי. מהאופן שבו הציג שר

111 שם, בעמ' 323.

112 שם, בעמ' 324.

113 שם.

114 שם.

115 שם, בעמ' 345.

116 שם.



משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

המשפטים את האמנה ואת הצעת החוק לפני מליאת הכנסת עולה כי כוונתה המקורית של הממשלה הייתה להציג לכנסת את הצעת החוק המיישמת את האמנה, ולקיים הליך אשרור רגיל בממשלה לאחר שהצעת החוק תתקבל. הדינמיקה של הדיון במליאת הכנסת הובילה להתמקדות בהוראות האמנה עצמה ובצורך לאשררה ללא קשר לסיום הליכי החקיקה. שר המשפטים עשה מאמץ להותיר את הליך האשרור בידי הממשלה בלבד, אך מאמץ זה היה משול לסגירת דלת האורווה לאחר שהסוסים ברחו. כפי שנדגים להלן, נמנעה הממשלה מנקיטת מהלך דומה כאשר אשררה ישראל אמנות רב-צדדיות חשובות הטעונות יישום בחקיקה, כגון אמנות זכויות האדם וההסכם המייסד את ארגון הסחר העולמי.

מעורבותה של הכנסת בכריתתה של אמנת הג'נוסייד מצביעה על הפוטנציאל הגלום בדיון פרלמנטרי רציני. אכן, להערוותיהם של חברי הכנסת לא הייתה יכולה להיות השפעה על נוסח האמנה עצמה, ולא היה ספק כי לא תהיה התנגדות לעצם אשרורה של האמנה, אולם לדיון הציבורי יש חשיבות עצמאית, בהעלותו בעיות של פרשנות ויישום, ובנותנו לגיטימציה שלטונית מלאה להתקשרות באמנה. כמו-כן, לחברי הכנסת הייתה השפעה על החקיקה המיישמת את האמנה, שלגביה התקיים מרחב תמרון חקיקתי לא-מבוטל כל עוד לא דובר בסתירה של האמנה, אלא בהרחבה ובהבהרה של עניינים שהוסדרו בה. ניתן כמובן לטעון שדיון מעמיק יחסית כמו זה שנוהל ביחס לאמנת הג'נוסייד אינו יכול להתקיים כאשר מדובר בהסכמים מסובכים ומפורטים, כגון הסכמי סחר ואפילו אמנות זכויות האדם, המתפרשות על תחומים רחבים בהשוואה לאמנת הג'נוסייד. אולם טיעון זה יכול לחול באותה מידה גם לגבי חקיקה פנימית מורכבת (למשל, חקיקה א-סדרתית כמו חקיקת הבזק או משק הגז). מכל מקום, פתרון לחשש זה יכול להימצא בהעברת הדיון לוועדות הכנסת הרלוונטיות (כפי שנעשה בסופו של דבר גם ביחס לאמנת הג'נוסייד) – צעד אשר מחויב ממילא כאשר הכנסת נדרשת לאמץ חקיקה מיישמת. ראוי לציין כי האופן המפורט והבהיר שבו הציג שר המשפטים את האמנה ואת הדיון שהתנהל במישור הבין-לאומי ביחס אליה תרם מאוד לאיכות הדיון שהתנהל בכנסת. במקרים של הסכמים בין-לאומיים מסובכים המלאכה יכולה להיעשות על-ידי אנשי-המקצוע הרלוונטיים במשרדי הממשלה, אך אז מובן שהדיון המפורט לא יוכל להתנהל במליאה, אלא רק באחת מוועדות הכנסת.

(ג) האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) והאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (ICESCR), 1966<sup>117</sup>

ICCPR ו-ICESCR הן שתי אמנות זכויות אדם מרכזיות במשפט הבין-לאומי הכללי, שנוסחו אומץ על-ידי העצרת הכללית של האומות המאוחדות בהחלטה מה-16.12.1966, תוך פתיחת האמנות לחתימה, לאשרור ולהצטרפות. ישראל הייתה בין המדינות הראשונות שחתמו על שתי האמנות (בכפוף לאשרור), כבר ביום 19.12.1966. האמנה הבין-לאומית

International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 117  
International Covenant on Economic, Social and Civil Rights, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 3, entered into force  
171, entered into force Mar. 23, 1976 (להלן: ICCPR);  
ICESCR, Jan. 3, 1976 (להלן: ICESCR).

בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות נכנסה לתוקף ביום 3.1.1976, וכיום כמאה חמישים וחמש מדינות הן צד לה. הזכויות המובטחות על-ידי האמנה כוללות את זכות ההגדרה העצמית, הזכות לעבוד, הזכות לשכר הוגן ולשוויון זכויות בתעסוקה, זכות ההתאגדות וזכות השביתה, הזכות לביטוח סוציאלי, הזכות לבריאות, הזכות להשתתפות בחיי תרבות ועוד. האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות נכנסה לתוקף ביום 23.3.1976, וכיום כמאה ושישים מדינות הן צד לה. הזכויות המובטחות בה כוללות את זכות ההגדרה העצמית (המשתפת לשתי האמנות), הזכות לחיים, איסור העינויים, איסור העבדות ועבודת-הכפייה, איסור שלילת החירות ללא הליך הוגן, הזכות לעזוב את שטח המדינה, חופש המצפון, הביטוי והדת, ועוד.

למרות החתימה המוקדמת על האמנות, נמנעו ממשלות ישראל מלאשר את האמנות במשך יותר משני עשורים, בין היתר על רקע טענות בדבר הפרות זכויות אדם בשטחים הכבושים שבשליטת מדינת-ישראל למן מלחמת ששת-הימים. רק ביום 15.7.1991 נשלח מכתב לכלל חברי-הכנסת המודיע על כך ששר המשפטים (דן מרידור) העביר לידי מזכירות הכנסת עותק משתי אמנות אלה לקראת אשורן על-ידי הממשלה. כעבור שבועיים, ביום 29.7.1991, העביר מזכיר הכנסת מכתב לשר המשפטים, שבו הודיע כי לא הוגשה כל בקשה לדיון על-ידי איש מבין חברי-הכנסת. ביום 3.10.1991, בעקבות החלטת ממשלה שהתקבלה ביום 18.8.1991,<sup>118</sup> הצטרפה ישראל לשתי אמנות זכויות האדם, והוראות האמנות נכנסו לתוקף לגבי ישראל שלושה חודשים לאחר-מכן, בהתאם לסעיף 49(2) ל-ICCPR ולסעיף 27(2) ל-ICESCR, ביום 3.1.1992.<sup>119</sup>

למיטב הבנתנו, הכנסת לא הייתה מעורבת בדרך מהותית בהחלטה על ההצטרפות לאמנות זכויות האדם (ואף איננו יודעים באיזו רמה נערך הדיון בישיבות הממשלה בקשר להצטרפות זו). ניכר כי לפני ההצטרפות נערכה בדיקה כלשהי בדרג המקצועי לגבי התאמת החוק הישראלי לנורמות הקבועות באמנות, שכן ההצטרפות לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות נעשתה בכפוף להסתייגות לסעיף 23 לאמנה, שלפיה ענייני המעמד האישי נקבעים בישראל על-פי הדין הדתי החל בין הצדדים. אולם מעבר לכך לא נערכה התאמה מפורשת של הדין הישראלי לתנאי האמנות, בוודאי לא לפני ההתקשרות באמנות.

העובדה שהכנסת לא התערבה בהחלטה על ההצטרפות לאמנות זכויות האדם מעניינת במיוחד מכיוון שמדובר בתקופה סמוכה לזו שבה נידונו חוקי-יסוד חשובים (חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נחקקו שניהם בחודש מרס 1992), ובהם עקרונות מקבילים או זהים לזכויות האדם שבאמנות. בה-שעה שנערכו במליאת הכנסת ובוועדותיה דיונים מהותיים בחקיקת-היסוד,<sup>120</sup> לא נתקלה הממשלה בהתנגדות או

118 החלטה 1719 של הממשלה ה-24 "האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות" (18.8.1991).

119 ראו: [www.unhcr.ch/pdf/report.pdf](http://www.unhcr.ch/pdf/report.pdf).

120 למשל, ביום י"א באדר ב' התשנ"ב, בישיבה ה-397 של הכנסת ה-12, נערך דיון ראשוני בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ביום י"ב באדר ב' התשנ"ב, בישיבה ה-398 של

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

בהסתייגות מצד המחוקק לגבי התקשרות בין-לאומית הקובעת חיובים מהותיים דומים, ואף מרחיקי-לכת יותר, שכן האמנות כוללות שורה של זכויות אדם שאינן מעוגנות בחוקי-היסוד. יצוין, אגב, כי שתי האמנות כוללות התחייבות מפורשת לנקוט את הצעדים המחויבים לשם אימוץ חקיקה המעניקה תוקף לזכויות המוגנות באמנות.<sup>121</sup> אומנם, חלק מן הזכויות המוגנות באמנות היוו באותה עת גם חיובים מן המנהג הבין-לאומי, אולם בהצטרפות לאמנות הוקשחו חיובים אלה מבחינה מהותית ומוסדית, וניתן אף לומר שחל שינוי איכותי בסביבה הנורמטיבית הכוללת שבה נערך הדיון בדבר אימוץ חקיקת-היסוד בישראל. ובכל-זאת, כפי שדיווח מזכיר הכנסת כאמור, לא התבקש כל דיון ולא הוערה כל הערה מטעם איש מבין חברי-הכנסת לגבי ההצטרפות לאמנות. אין בזאת כדי לומר שלעיתוי של אשרור האמנות יש קשר ישיר לקבלת חוקי-היסוד; ייתכן שההחלטות הללו התקבלו באופן מבודד זו מזו. התשובה לשאלה זו אינה ניתנת להסקה מהמידע הגלוי לציבור. אולם במישור התוכני-המהותי, אין ספק שקיים קשר הדוק בין האמנות לבין חקיקת-היסוד, וכי לאמנות יש השפעה מצטברת גם לגבי חובותיה של מדינת-ישראל בשטחים שנכבשו בשנת 1967.<sup>122</sup>

ניתן אולי לייחס את שתיקת הכנסת בנוגע לאשרורן של אמנות זכויות האדם לחוסר מודעות ספציפית של חברי-הכנסת לתוכן האמנות, לחוסר מודעות כללית לתוצאות המשפטיות של התקשרות באמנות או לשילוב של שני הדברים. בנוהל הקיים,<sup>123</sup> אמנות

---

הכנסת ה-12, נערך דיון בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו במסגרת הקריאות השנייה והשלישית (ראו ד"כ 125, 3781 (התשנ"ב)); ביום כ"ג שבט התשנ"ב, בישיבה ה-377 של הכנסת ה-12, נערך דיון ראשוני בהצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (ראו ד"כ 124, 2595 (התשנ"ב)); וביום כ"ח באדר א' התשנ"ב, בישיבה ה-392 של הכנסת ה-12, נערך דיון בהצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק במסגרת הקריאות השנייה והשלישית (ראו ד"כ 125, 3390 (התשנ"ב)).

121 ראו ICCPR, לעיל ה"ש 117, ס' 2(2); ובניסוח מרוכך יותר ראו ICESCR, לעיל ה"ש 117, ס' 1(2). בהקשר זה נדגיש שגם מדינות אחרות שהתקשרו באמנות אלה לא חוקקו אותן לתוך משפטן הפנימי, ולא אפשרו לאזרחיהן להסתמך על הוראותיהן במישור הפנימי. עם זאת, החסר החקיקתי בולט במיוחד בישראל, שכן אין במשפטה עיגון חוקתי פורמלי לרוב זכויות האדם הנזכרות באמנות (למעט הזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק), להבדיל מהמצב ברוב הדמוקרטיות המערביות.

122 לפירוט נוסף בנושא הצטרפותה של ישראל לאמנות זכויות האדם (לרבות השלכותיה המשמעותיות לגבי חובותיה של מעצמה כובשת בשטחים כבושים) וכן לגבי אימוץ חקיקת-היסוד – ללא כל קשר ברור בין המהלכים, כאילו הוא אינו קיים – ראו: Eyal Benvenisti, *The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and to the Occupied Territories*, 26 *Isr. L. Rev.* 24 (1992); David Kretzmer, *The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law*, 26 *Isr. L. Rev.* 238 (1992). הקשר המהותי (אך לא ההליכי) בין חקיקת-היסוד החדשה לבין אשרור האמנות נקשר במאמרו של אייל בנבנשתי. ראו: Eyal Benvenisti, *The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future*, 28 *Isr. L. Rev.* 136 (1994).

123 ראו פרק א לרשימה זו.

שהממשלה מבקשת לחייב בהן את המדינה רק "מובאות לידיעת חברי הכנסת", כאשר נוסחי האמנות מופקדים לעיון במזכירות הכנסת. זאת, בניגוד לחקיקה ה"מונחת על שולחן הכנסת", כאשר כל חברי הכנסת מקבלים לעיון עותק מן החקיקה המוצעת. זהו הבדל טכני לכאורה, וחברי כנסת המתעניינים בפועל בהתחייבויות בין-לאומיות יכולים להתגבר עליו בנקל על-ידי פנייה למזכירות הכנסת; אולם יש בהבדל זה כדי לשרר לחברי הכנסת שאמנות בין-לאומיות אינן מעניינים, וגם במישור המעשי יש בו כדי לצמצם את הסיכוי שתוכנה של אמנה מוצעת יגיע לעיונם של חברי הכנסת. מכל מקום, הדרה פורמלית זו של הכנסת גררה גם הרדמה בפועל. נוסף על כך, ייתכן שחברי הכנסת אינם מודעים דיים לכך שאמנות בין-לאומיות מגדירות את מרחב התמרון החקיקתי של הכנסת הן כעניין חיובי (חיוב המדינה לחוקק חוקים מיישמים) והן כעניין שלילי (הגבלת המדינה מלחוקק חוקים שאינם עולים בקנה אחד עם ההתחייבויות הבין-לאומיות), ככל שהמדינה אינה רוצה להיקלע להפרת המשפט הבין-לאומי.

במקרה דנן שתיקת הכנסת בעייתית במישור נוסף, שכן מדובר בהתחייבות בין-לאומית לגבי עקרונות בעלי נגיעה ישירה במשטר החוקתי של מדינת ישראל. בהכללה ניתן לומר ששאלת היחס שבין דיני זכויות האדם הבין-לאומיים לבין חקיקת היסוד הישראלית טרם נידונה לעומקה בבתי המשפט בישראל, אך נסיונן של מערכות משפט אחרות מגלה כי מדובר בשאלה אמיתית שאינה תיאורטית גרידא. גם במדינות ליברליות שהמשפט הבין-לאומי נר להגליהן ייתכנו בהחלט מצבים שבהם עקרון מגן חוקתי-פנימי לא יספק הגנה מספקת העולה בקנה אחד עם זכויות אדם מן המשפט הבין-לאומי.<sup>124</sup> קל וחומר שעקרונות חוקתיים בעלי אופי לאומי-קהילתני עלולים להיקלע להתנגשות מעין זו.<sup>125</sup> בכיוון ההפוך, ייתכנו מצבים שבהם יישומה של התחייבות בין-לאומית לא יעמוד בדרישותיה של חקיקת-המגן החוקתית-הפנימית.<sup>126</sup> אין זה המקום לדון בשאלת ההתאמה שבין הדין החוקתי הישראלי לבין דיני זכויות האדם הבין-לאומיים, אולם לצרכינו די שנציין כי למיטב הכרתנו סוגיה

124 ויעידו על כך כל אותם מקרים המגיעים למפתנו של בית-הדין האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights) למרות ההגנה החוקתית המשמעותית של זכויות האזרח ברוב המדינות הכפופות לשיפוט.

125 למשל, פסקת ההגבלה שבס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המאפשרת הגבלת זכות-יסוד בחוק, אשר נדרש, בין היתר, שיתאם את "ערכיה של מדינת ישראל".

126 למשל, בשורה של פסקי-דין מפורסמים משנת 1974 ואילך התמודד בית-המשפט החוקתי הפדרלי של גרמניה (Bundesverfassungsgericht) עם מצבים שבהם הועלו טענות כי בית-הדין האירופי לצדק (European Court of Justice) קובע קביעות על-פי האמנות שהקימו את הקהילה האירופית תוך פגיעה בזכויות אישיות המוגנות על-פי החוקה הפדרלית הגרמנית. סוגיות אלה מעלות את שאלת היחס השיפוטי-המוסדי שבין בית-המשפט הלאומי לבין עמיתו האירופי, אך בבסיסן מצוי העדר חפיפה בין היקף הגנת הזכויות במערכת המשפט הלאומית לבין היקפה במערכת המשפט הבין-לאומית. על שורת פסיקות אלה ראו: Nikolaos Lavranos, *Towards a Solange-Method Between International Courts and Tribunals*, in *THE SHIFTING ALLOCATION OF AUTHORITY IN INTERNATIONAL LAW: CONSIDERING SOVEREIGNTY, SUPREMACY AND SUBSIDIARITY* (Tomer Broude & Yuval Shany eds., 2008).

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

עקרונית זו לא נידונה בכנסת בעת אשרורן של אמנות זכויות האדם, והושארה לפסיקת בתי-המשפט בבוא העת.

ברור, אגב, שאפילו נידון אשרורן של אמנות זכויות האדם בכנסת, לא הייתה לישראל כל אפשרות להשפיע על נוסחה של האמנה, אשר התקבל קבל עם ועדה כבר בשנת 1966, תוך הסכמתה המפורשת של ישראל. משמע, לפחות לכאורה, כל תפקידה של הכנסת באישור האמנות – אילו התבקש אישור כזה – היה לברך על המוגמר. ברם, תפקידו של אישור פרלמנטרי של אמנה אינו מסתכם בהשתתפות בתהליך ה"חקיקה" הבין-לאומי, ואינו נמדד רק במידת ההשפעה על הנורמה הבין-לאומית המתהווה. בדומה לדברים שנאמרו לעיל ביחס לאמנות ג'נבה וביחס לאמנה בדבר מניעתו וענישתו של איסור הפשע השמדת עם, באשרור פרלמנטרי של אמנות זכויות האדם היה כדי להעניק מידה של לגיטימציה ציבורית נרחבת לנורמות הכלולות באמנות, וכן למנוע את ההססנות המתמשכת בדבר היקף תחולתן של אמנות זכויות האדם במדינת-ישראל, ובעיקר של האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.<sup>127</sup> קשה אומנם להעריך באיזו מידה הייתה הכנסת בוחרת לערוך דיון מעמיק ביתרונות ובחסרונות של ההצטרפות לאמנות זכויות האדם, אילו הובאו לאישורה, ובדקויות הנוגעות ביישומן בחקיקה הפנימית. אולם במונחים של לגיטימציה היה עדיף בכל מקרה שאמנות אלה יובאו לאישור הכנסת, שכן ממה נפשך: אילו אישרה הכנסת את האמנות, הן היו זוכות במכפיל כוח משמעותי; ואילו דחתה את אשרורן, סימן שלא הייתה לממשלה הלגיטימציה להתקשר בהן.

בשולי הדברים ניתן ללמוד מפרשת אשרורן של אמנות זכויות האדם הללו גם כי החשש שמא כריתת אמנות תתמהמה עקב מעורבותה של הכנסת בתהליך אינו תמיד חשש בר-חשיבות, שכן גם כאשר הסמכות לכרות אמנות שוכנת בדין ובפועל בידי הרשות המבצעת, ייתכן עיכוב משמעותי ביותר באשרור האמנה, בוודאי כאשר מדובר באמנות רב-צדדיות חשובות מן הסוג הזה.

#### (ד) הסכמי "סבב אורוגוואי" להקמת ארגון הסחר העולמי (World Trade Organization – WTO), 1994

ב-1.1.1995 נוסד ארגון הסחר העולמי, אשר החליף את הסכם GATT הוותיק,<sup>128</sup> שישראל הייתה צד לו למן שנת 1959.<sup>129</sup> הסכמי ה-WTO המשיכו אומנם את דרך הליברליזציה הכלכלית המבוקרת וההדרדית של GATT, אך הוסיפו עליו התחייבויות רבות לפתיחות כלכלית. כך,

127 לדיונים שונים בשאלות נגזרות ראו זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

128 General Agreement on Tariffs and Trade, Oct. 30, 1947, 55 U.N.T.S. 186 (להלן: GATT).

129 ישראל הצטרפה כצד זמני להסכם GATT בשנת 1959 – ראו פרוטוקול בדבר הצטרפות ישראל להסכם כללי על תעריפי מכס ועל סחר (גאטט), כ"א 13, 693 (נחתם ב-1962) – וכצד קבוע בשנת 1962. לפירוט נוסף ראו אריה רייך "ההיסטוריה של השתתפות מדינת ישראל בגאטט ובארגון הסחר העולמי" ארגון הסחר העולמי וישראל – משפט, כלכלה ופוליטיקה 56-57 (אריה רייך עורך, 2006).

הסכמי ה-WTO כוללים הסכם מקיף בנושא הסחר בתחומי השירותים,<sup>130</sup> הסכם להסדרת שווקים חקלאיים,<sup>131</sup> התחייבויות לאכיפת זכויות קניין רוחני בין-לאומיות בדין הפנימי,<sup>132</sup> הגבלות לגבי מניעת ייבוא טובין מחשש לחייהם ולבריאותם של בני-אדם, בעלי-חיים וצמחים,<sup>133</sup> התחייבויות הנוגעות בהתניות מסחריות של השקעות בין-לאומיות<sup>134</sup> ועוד. נוסף על כך, במסגרת ה-WTO הסכימו המדינות החברות בארגון לקבל על עצמן את דינה של מערכת יישוב סכסוכים שיפוטית בעלת סמכות שיפוט חובה, המוסמכת גם לאשר הטלה של סנקציות מסחריות על מדינה שאינה מקיימת חיוב מחויב. זאת, בניגוד לרוב הפורומים השיפוטיים הבין-לאומיים האוניורסליים האחרים, אשר נעדרים מערכת אכיפה מחייבת ומאפשרים ממילא למדינות לשלוט במידת כפיפותן למערכת שיפוט אדוורסרית המולידה תוצאות מחייבות. מדובר, למעשה, לא באמנה בין-לאומית אחת, אלא במערכת מורכבת של אמנות כלכליות רבות, שנוסחו הכולל מקיף מאות עמודים של טקסט משפטי. לא בכדי נחשבים הסכמי ה-WTO לאמנות הכלכליות החשובות ביותר שנכרתו למן מלחמת-העולם השנייה. מערכת האכיפה של הארגון נתפסת על-ידי רבים כמוסד האפקטיבי ביותר בנוף המשפט הבין-לאומי כיום, ויש אף המזהים בו מרכיבים של "חוקה" כלכלית בין-לאומית.<sup>136</sup> להסכמי ה-WTO יש חשיבות מוגברת לענייננו לנוכח החובה הקבועה בהסכם שמכוחו הוקם הארגון שלפיה כל מדינה חייבת להתאים להסכמים אלה את חוקיה, תקנותיה, סדרי הדין שלה וכדומה.

עוד יצוין כי מעבר לקשיחותן של ההתחייבויות הכלליות שבהסכמי ה-WTO, להתחייבויות ספציפיות הניתנות על-ידי מדינה במגזרים כלכליים מסוימים – למשל, לשיעור מכס נמוך במוצרי תעשייה מסוימים או לדה-רגולציה במגזר שירותים מסוים (כגון שירותי טלפון סלולרי או שירותים משפטיים) – יש אופי בלתי-הפיך כמעט, במובן זה שניתן לסגת מהן רק לאחר משא-ומתן עם כל מדינה חברה המעוניינת בכך לשם איזון מחודש של תנאי התחרות הכלכלית הבין-לאומית בדרך של מתן התחייבויות חליפיות

130 General Agreement on Trade in Services, Apr. 15, 1994 1869 U.N.T.S. 183 (להלן: GATS).

131 Uruguay Round Agreement on Agriculture, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 410

132 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, 1869 U.N.T.S. 299

133 WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 493

134 Agreement on Trade Related Investment Measures, Apr. 15, 1994, 1868 U.N.T.S. 186

135 Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Apr. 15, 1994, 1896 U.N.T.S. 401

הסחר העולמי, כסמכות שבחובה בפועל, ראו: TOMER BROUDE, INTERNATIONAL GOVERNANCE: IN THE WTO: JUDICIAL BOUNDARIES AND POLITICAL CAPITULATION 257–259 (2004)

136 לדיון ולביקורת על המונח "חוקתי" בהקשר של דיני ה-WTO ראו: Jeffrey L. Dunoff, *Constitutional Concepts: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law*, 17(3) EUR. J. INT'L L. 647 (2006)

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

חדשות, שעלותן עלולה להיות גבוהה. למצב זה יש השלכות אשר חורגות מתחום הכלכלה אל כל תחומי החברה – תקנת הציבור, איכות הסביבה ועוד.<sup>137</sup> ישראל אומנם נמנעה עד כה מהשתתפות פעילה במערכת יישוב הסכסוכים השיפוטית של ה-WTO, בין כמתלוננת ובין כנילושה,<sup>138</sup> כך שאי-אפשר לומר שהמערכת כפתה עליה שינוי חקיקה כלשהו, אך לא מן הנמנע שלהסכמי ה-WTO, גם ללא אכיפה משפטית כופה מבחון, יש – ועוד תהיה – השפעה על מסגרות המדיניות הכלליות (לרבות המדיניות החברתית והסביבתית). הדברים אמורים גם מבחינת פעולתן של האמנות בדין הפנימי, שכן אף-על-פי שרוב-רובן של האמנות (שאינן מנהגיות) לא נקלטו בחוק (ועל כך ראו עוד להלן), במקרה היחיד עד כה שבו התבקש בג"ץ לפסול חקיקה ראשית בטענה שהיא אינה עולה בקנה אחד עם התחייבויותיה של ישראל ב-WTO, לא היסס בג"ץ לדון בשאלה לגופה, תוך דילוג על מכשלת העדר הקליטה.<sup>139</sup> במקרה אחר<sup>140</sup> נדרש בית-המשפט העליון לטענה בדבר אי-התאמתן של תקנות שהתירו ייבוא מקביל של תרופות להתחייבויותיה של

137 ראו, למשל, את השפעתם של הסכמי ה-WTO על ההסדרה החוקית של ההימורים בארצות-הברית. להחלטת הגוף השיפוטי (של ארגון ה-WTO) בססוך ראו: Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling Joost and Betting Services*, WT/DS285/AB/R (Apr. 7, 2005). לתיאור המקרה ראו: Pauwelyn, *WTO Softens Earlier Condemnation of U.S. Ban on Internet Gambling, but Confirms Broad Reach into Sensitive Domestic Regulation* (12.4.2005), [www.asil.org/insights/2005/04/insights050412.html](http://www.asil.org/insights/2005/04/insights050412.html).

138 אם כי היא השתתפה פעמים מספר כ"צד שלישי" בסכסוכים בין חברות אחרות: Panel Report, *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products – Complaint by the European Communities and Their Member States*, WT/DS114/R (Mar. 14, 2000); Panel Report, *United States – Sections 301–310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R (Dec. 22, 1999); The European Commission and The Dispute Settlement Body Report, *United States – Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Communities*, WT/DS212/3 (Dec. 3, 2004).

139 ראו בג"ץ 2587/04 בוכריס נ' פקיד שומה חדרה (לא פורסם, 23.6.2005). במקרה זה נדרש בג"ץ לדון בחקיקה שהטילה היטל על מעסיקים של עובדים זרים, ובשאלת עמידתה של חקיקה זו בהתחייבויותיה של ישראל במסגרת (1) אמנות למניעת כפל מס, (2) אמנות של ארגון העבודה הבין-לאומי (ILO) ו-(3) האמנות GATT, לעיל ה"ש 128, ו-GATS, לעיל ה"ש 130. אמנות המס נקלטו בחוק, אך ביחס אליהן דחה בג"ץ את הטענות לגופו של עניין. הטענות על בסיס אמנות ה-ILO נדחו מכיוון שלא נקלטו בחוק, ובג"ץ לא שוכנע בדבר היותן אמנות מנהגיות. כאשר דן בג"ץ באמנות GATT ו-GATS, לא נבדק מעמדן של האמנות בדין הישראלי, והטענות נידונו (ונדחו) לגופן.

140 בג"ץ 5379/00 Bristol-Myers Squibb Company נ' שר הבריאות, פ"ד (נה) 447 (2001). ראו גם גיל-עד נועם "הגנה על קניין רוחני במסגרת ארגון הסחר העולמי: הסכם TRIPs והשפעתו על מדינת ישראל – סוגיית הייבוא המקביל של תרופות מוגנות בפטנט" ארגון הסחר העולמי וישראל – משפט, כלכלה ופוליטיקה 271, 336–341 (אריה רייך עורך, 2006).

ישראל לפי ה-TRIPS, שהוא הסכם ארגון הסחר העולמי להגנה על קניין רוחני. בג"ץ דן באריכות בטענה והגיע למסקנה שאמנה זו לא הכריעה בעניין ולכן אין לראות את התקנות כסותרות את ההתחייבויות הבינ-לאומיות, וכי על כל פנים מדובר בזכות של העותרות במשפט הפרטי שהן יכולות להעלות במסגרת ההליכים המתאימים אך אין בטענותיהן כדי להביא לידי פסלות התקנות. לעומת זאת, בקשר לטענה אחרת (שהאפשרות לנצל את תיק הרישום של התרופות עומדת בניגוד להתחייבויות לפי ה-TRIPS) נמנע השופט אנגלרד מלדון בגוף הטענה, וציין כי "בעניין זה מקובלות עלינו טענות המשיבים. הוראת סעיף 39(3) לאמנה לא עוגנה בחקיקה הישראלית הפנימית, ולכן ברגיל אין העותרות יכולות לבסס את טענותיהן על הסכם זה."<sup>141</sup>

כיאה לתהליך היצירה של מערכת הסכמים מורכבת כל-כך, ארך המשא-ומתן לכריתת הסכמי ה-WTO במסגרת "סבב אורוגוואי" כשמונה שנים, בהשתתפות עשרות מדינות, ביניהן מדינת-ישראל. למיטב הבנתנו, המשא-ומתן מצד ישראל נוהל על-ידי מנהל סחר חוץ במשרד התעשייה והמסחר, בשיתוף משרדי ממשלה אחרים, ביניהם משרדי האוצר, החוץ, החקלאות והתקשורת, והתוויית המדיניות המפורטת נעשתה בדרג הפקידות הממשלתית (לרבות הדרג הבכיר). לא מצאנו אסמכתה למעורבות של הכנסת או של ועדה מוועדותיה בקביעת עמדותיה של המדינה במשא-ומתן (אם כי אמירה זו כפופה להערה הכללית לעיל בדבר הקושי באיתור דיונים של ועדות הכנסת בהקשר זה), דבר שאין בו כדי להפתיע לנוכח המצב הקיים, שבו הכנסת אינה מעורבת אפילו באישור אמנות לאחר חתימתן. כעניין של מדיניות כלכלית כללית, תאמה מגמת המשא-ומתן את "מדיניות החשיפה ליבוא" שנקטה ממשלת ישראל בשנות התשעים. יש לציין שבמשא-ומתן מסוג זה – שבו מתגוששים ענקים כלכליים, דוגמת ארצות-הברית, האיחוד האירופי ויפן – קשה למדינה קטנה כישראל להשפיע באופן מהותי על תוצאות התהליך. אולם ידועים מקרים רבים שבהם מדינות קטנות, דוגמת שווייץ ואורוגוואי, הצליחו לסייע בהצלחת המשא-ומתן תוך קידום האינטרסים הפרטיקולריים שלהן. גם בתחום של יישוב סכסוכים נחלו מדינות קטנות ועניות הצלחות – למשל, המדינה אנטיגואה וברבודה, שאוכלוסייתה קטנה מזו של עיר בישראל, הצליחה להביא לידי כך שארצות-הברית תשנה את חקיקתה הפנימית בנושא ההימורים (וזה דוגמה, כאמור לעיל, לעומק ההשלכות הלא-כלכליות שייתכנו להסכמי ה-WTO). יצוין, אגב, שעמדותיהן של כל המדינות במשא-ומתן, לרבות אלה של מדינת-ישראל, נהנו מחיסיון בתקופת המשא-ומתן, כך שרמת השקיפות הציבורית של תהליך המשא-ומתן הייתה נמוכה הן ברמה הלאומית והן ברמה המערכתית.

סבב אורוגוואי נעל ביום 15.4.1994, על בסיס הנוסחים הסופיים של הסכמי ה-WTO. כניסתם של הסכמי ה-WTO לתוקף נקבעה ליום 1.1.1995. ב-6.12.1994 נשלח מכתב סטנדרטי לכלל חברי-הכנסת המודיע על כך ששר התעשייה והמסחר העביר לידי מזכירות הכנסת העתקים מ"הסכמי סבב אורוגוואי בנושאי הסחר הרב-לאומי" לקראת אישור הממשלה, בצירוף דברי הסבר קצרים. כבר ב-19.12.1994 (עוד בטרם חלף פרק-הזמן המוגדר בנוהל להמתנה לתגובתם של חברי-הכנסת) העביר מזכיר הכנסת מכתב לשר

141 פרשת Bristol-Myers, שם, בעמ' 474.



משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

התעשייה והמסחר שבו הודיע כי לא הוגשה בקשה לדיון מטעם איש מבין חברי הכנסת. למיטב בדיקתנו, בזאת הסתכמה מעורבותו של המחוקק בכל תהליך המשא-והמתן ובעצם ההחלטה להתקשר בהסכמי ה-WTO. מסיבות שלא עלה בידנו לברר חל עיכוב מסוים בתהליך האשרור, ולאחר אישור האמנה בישיבת ממשלה מיום 15.1.1995<sup>142</sup> חתמה ישראל על הסכמי ה-WTO רק ביום 22.3.1995, ונהפכה לחברה מייסדת של ה-WTO ביום 24.4.1995.

בפרשת הצטרפותה של ישראל לאמנות סבב אורוגוואי ניתן לזהות כמה היבטים אשר חשובים לעניינו הכללי של מאמר זה.

ראשית, מדובר באמנות הנחזות כאמנות טכניות, העוסקות בסחר חוץ בלבד, אלא שהשלכותיהן הפוטנציאליות בתחומים פנים-מדינתיים – חברתיים ואחרים – מרחיקות לכת (ובהקשר זה מעניין שבדברי ההסבר שצורפו להצעתקי ההסכמים שהוגשו למזכירות הכנסת צוינו רק התועלות הכלכליות של ההסכמים, מבלי לציין כי ייתכנו גם השלכות הסדרתיות בתחומים אחרים). אין ספק שמדובר באמנות בעלות חשיבות מן המעלה הראשונה, אף שהן אינן עוסקות על פניהן בתחומי הפוליטיקה הבין-לאומית ה"גבוהה". רמת החודרנות של הסכמי סחר לתחומי ההסדרה הפנים-מדינתיים גבוהה מזו של הסכמי שלום, למשל. אף-על-פי-כן, בתהליך המשא-ומתן ובתהליך הכריתה לא התקיים תהליך של עירוב המחוקק הישראלי (ובאמצעותו – של הציבור) בעיצוב המדיניות ובקבלת ההחלטות הרלוונטיות. גם אם נקבל את הטענה שיחסי הכוחות במערכת הבין-לאומית מציבים את ישראל במצב של קבלת החלטות בינרית של "take it or leave it"<sup>143</sup>, אשר מותר למדינה ככלל ולמחוקק בפרט יכולת מועטה ביותר להשפיע על התוצאה – ואולי דווקא אם זה המצב – כאשר מדובר באמנות רב-צדדיות חשובות מסוג זה, השתתפות מהותית של המחוקק בקבלת ההחלטה להתקשר חשובה לצורך הענקת לגיטימציה מוגברת להתקשרות ולהגבלות המדיניות הריבונית הנובעות ממנה. נוסף על כך, באמנות אלה יש נספחים מהותיים רבים בנושאים שונים המשקפים אינטרסים מדינתיים, וגם שם יכולה להיות חשיבות למעורבותו של המחוקק בהליך האישור קודם לאשרור.

שנית, בתחומים רבים חייבו הסכמי ה-WTO תיקוני חקיקה ברמות שונות של פירוט. תיקונים אלה לא הועברו ככלל לאישור הכנסת לפני ההתקשרות באמנות. מצב זה היה ידוע לממשלה בעת אשרור האמנה, שכן בהחלטת הממשלה שאשררה את הצטרפות ל-WTO

142 החלטה 4702 של הממשלה ה-26 "אשרור הצטרפות להסכם 'סיבוב אורוגוואי' (הסכם GATT), ההסכם הכללי לסחר ותעריפים – המשך הדיון" (15.1.1995).

143 בהקשר זה יפים דבריו של אבא אבן משנת 1969, בזמן שכיהן כשר החוץ, בנאומו לפני הכנסת בקשר לאמנה אחרת: "חייב אני להבהיר – ואני בטוח שהכנסת הנכבדה תסכים אתי – כי לא נשנה מנוסחי האמנות עצמן. אמנות וינה מהוות פרי עבודה ממושכת במוסדות האו"ם... והן משקפות ניסוחים אשר הושגו בהסכמת מספר רב של מדינות, לרבות משלחת ישראל. כאשר תבוא ממשלת ישראל לאשרר את אמנות וינה, כפי שהיא מתכוונת לעשות, אחרי קבלת הצעת החוק על-ידי הכנסת, תצטרך לאשררן כפי שהן. לא נוכל אפוא להתייחס לסעיפי האמנות כלסעיפים בהצעת חוק רגילה. אין אנו בני חורין לשנות את הסעיפים כאוות נפשנו." ראו ד"ר כ 54, 2401 (התשכ"ט).

הוחלט, בין היתר, "להטיל על שר התעשייה והמסחר להציע בשיתוף עם המשרדים הרלבנטיים את החקיקה המתבקשת לביצוע ההסכם", כלומר, חקיקה זו לא הוכנה קודם לכריתת האמנה. עוד יצוין כי בדברי ההסבר הקצרים לאמנה, שצורפו על-ידי משרד התעשייה והמסחר להעתקי האמנה שהוגשו למוכרות הכנסת, לא נאמר אם ובאיזו מידה יחייבו האמנות תיקוני חקיקה (ועל כך יש להוסיף שלהעתקי ההסכמים לא הוכן תרגום עברי, ולמעשה עד עצם היום הזה לא תורגמו ההסכמים, רובם ככולם, לעברית). במבט לאחור אנו יודעים כעת כי לעיתים התעכבו תיקוני החקיקה הנדרשים באופן משמעותי. למשל, חוק היטלי סחר, התשנ"א-1991, תוקן למטרת עמידה בכללי הסכם ההיצף של ה-WTO רק בשנת התשס"ה,<sup>144</sup> ועד היום אין התאמה (בלשון המעטה) בין הוראות פרק ב לחוק היטלי סחר, הנוגעים בהיטלי בטחה, לבין ההוראות של הסכם ה-WTO בנושא זה (Safeguards).<sup>145</sup> אחת הטענות הנפוצות נגד מעורבותה של הכנסת באישור כריתת אמנות היא שאין בכך צורך מאחר שהממשלה דואגת בעוד מועד (דהיינו, לפני ההתקשרות באמנה) להביא לפני הכנסת את תיקוני החקיקה ואת החקיקה המיישמת הנדרשים כדי לעמוד בהתחייבויות. אולם כאן (וכן להלן) אנו למדים שהדבר אינו נעשה תמיד, לעיתים אף לא במקרים חשובים כגון זה הנידון כאן. יתר על כן, הניסיון הגלובלי המצטבר מוכיח שאי-אפשר למעשה להעריך מראש את מלוא המצבים שבהם ישפיעו הסכמי ה-WTO על חקיקה לאומית. בלא שהתקבל אישור פוזיטיבי של הכנסת להצטרפות ל-WTO, ייתכנו מצבים שבהם יסתבר כי הממשלה – הרשות שאשררה את האמנות – כבלה את ידי הכנסת בחקיקה עתידית (בניגוד למצב שבו הכנסת כובלת את ידי עצמה ואת ידי הממשלה כרשות המבצעת).

שלישית, במובחן ממדיניות כלכלית אוטונומית, כגון מדיניות החשיפה החד-צדדית, אופיין של ההתחייבויות הכלליות והספציפיות לליברליזציה כלכלית הניתנות על-ידי מדינה במסגרת הסכמי ה-WTO הוא בלתי-הפיך כמעט, במובן זה שניתן לסגת מהן רק לאחר משא-ומתן לפיצי בדרכן של מתן התחייבויות חדשות ונוספות.<sup>146</sup> אופיין המקובע (בפועל) של ההתחייבויות ומיעוט דרכי הנסיגה מהן מחמירים את הבעייתיות של העדר מעורבות המחוקק במשא-ומתן ובכריתה, לפחות מבחינת שמירת הלגיטימציה של ההחלטה. יודגש כי בכל הנוגע להסכמי ה-WTO, חסך הלגיטימציה שנוצר עקב אי-מעורבותו של המחוקק בתהליכי הכריתה אינו ייחודי למדינת-ישראל. "הגירעון הדמוקרטי" מזוהה כבעיית-יסוד של מערכת הסחר העולמית בכללותה.<sup>147</sup> זו אכן שאלה כבדת-משקל, אולם ענייננו כאן אינו הלגיטימציה המקיפה של ה-WTO כמערכת ממשל גלובלית, אלא הלגיטימציה בד'

144 ראו חוק היטלי סחר (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005, ס"ח 662. על התיקון לחוק ראו: Guy Harpaz, *The New Israeli Anti-Dumping Legislation: One More Modest Step in Israel's Gradual Advance from Unilateralism Towards Transnational Cooperation*, 39(3) *Isr. L. Rev.* 238 (2006).

145 למעשה, מדובר בשני מנגנונים שונים לחלוטין הנושאים אותו שם. ראו: Secretariat Report, *Israel – Trade Policy Review*, 33 WT/TPR/S/157 (Dec. 22, 2005).

146 לפי GATT, לעיל ה"ש 128, ס' XXVIII, או לפי GATS, לעיל ה"ש 130, ס' XXI, למשל.

147 ראו: Markus Krajewski, *Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of* *WTO Law*, 35(1) *J. World Trade* 167, 176 (2001).

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

אמות המדינה של ההחלטה לקבל את עולם של הסכמי ה-WTO. הערה רביעית בהקשר של הסכמי ה-WTO, כמעט בשולי הדברים, נוגעת בסוגיית משך הזמן הנדרש לאשרור אמנות. לעיתים נטען כי עירוב המחוקק בתהליך האשרור עלול להוביל לעיכובים בתהליך הכריתה שיש בהם כדי לפגוע ביחסי החוץ של המדינה. אולם במקרה הנוכחי נוצר פער זמן בין החתימה על ההסכמים (15.4.1994) לבין כניסתם לתוקף (1.1.1995), אשר הוכתב על-ידי ההסכמים עצמם. יתר על כן, כמתואר לעיל, אף שהחלטת האשרור התקבלה על-ידי הממשלה, חלו עיכובים שונים שהביאו לידי כך שמדינת-ישראל הצטרפה ל-WTO רק לקראת סוף חודש מרס 1995. יתר על כן, על-פי סעיף XIV:1 להסכם להקמת ה-WTO,<sup>148</sup> לחברות GATT ניתנה תקופה של שנתיים (דהיינו, עד ה-1.1.1997) כדי להודיע על אשרור והצטרפות לארגון. נראה כי במשך תקופת-ביניים זו היה אפשר לשלב את המחוקק בתהליך האשרור מבלי שיווצר עיכוב כלשהו.

לבסוף, לאחר שנוכחנו כי במקרה זה היה מקום לשילוב משמעותי יותר של הכנסת במישור העקרוני, נשוב לעניין המרכזי שלפנינו במאמר זה: שאלת מעורבותה המעשית של הכנסת בתהליך כריתתן של האמנות. גם במקרה זה, מעורבותה המעשית של הכנסת הייתה אפסית. אולם במה הייתה משנה הגברת מעורבותו הפורמלית של המחוקק בתהליך? אנו סבורים שאילו הובאו הסכמי ארגון הסחר העולמי לאישור הכנסת, הם היו זוכים באישור הנדרש. הדבר מתבקש מעצם הרכבן של הקואליציה והממשלה באותם ימים, ומכך שבשלב זה לא היה אפשר לשנות את תוכן ההסכמים, אלא רק לקבלם או לדחותם. יתר על כן, סביר להניח שהבאת ההסכמים לפני הכנסת כבר בשלב האשרור הייתה מעלה שאלות והערות רבות הנוגעות באופן יישומם של ההסכמים בחקיקה הפנימית, וייתכן שהייתה משמשת זרז לתהליכי חקיקה שיישמו את הוראות ההסכמים בדין הפנימי. ייתכן אומנם שהדבר היה גורם לעיכוב בעצם קבלת עולם של ההסכמים, אולם היה נמנע הפער בין הדין הפנימי להתחייבויות החיצוניות, אשר צמצומו נגרר שנים רבות לאחר האשרור הפורמלי.

### 3. אמנות רב-צדדיות שישראל אינה צד להן

#### (א) אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים (Vienna Convention on Consular Relations), 1963

עד כה סקרנו את הליך כריתתן של אמנות רב-צדדיות שבהן התקשרה מדינת-ישראל, ואת מעורבותה המעשית של הכנסת בו. במישור יחסי החוץ, אך גם במישור החוקי הפנימי, קיימת חשיבות לא-מועטה גם לאותם מקרים שבהם החליטה מדינת-ישראל, באופן מושכל ופוזיטיבי, לא להתקשר באמנה בין-לאומית. דוגמה מרכזית לכך תמצא באמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים משנת 1963.<sup>149</sup>

148 ראו: [www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm).

149 Vienna Convention on Consular Relations, Apr. 24, 1963, 596 U.N.T.S. 261 (להלן: האמנה הקונסולרית).

גם במקרה זה (בדומה לאמנות ג'נבה ואמנות זכויות האדם שנידונו לעיל) הייתה ישראל בין המדינות הראשונות שחתמו על האמנה, בכפוף לאשרור, כבר ביום 25.2.1964. האמנה, אשר נועדה על פניה לערוך קודיפיקציה של הדינים הבין-לאומיים הכלליים בנושא מעמדה של נציגויות קונסולריות ושל בעלי-התפקידים המאיישים אותן, נכנסה לתוקף ביום 19.3.1967. לפני האשרור הוכנה הצעת חוק ממשלתית ליישום האמנה במישור הפנימי, אשר הוגשה כהצעת חוק לעיון הכנסת,<sup>150</sup> והנוסחים העבריים של האמנה הקונסולרית ושל אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים הופיעו כתוספות לחוק.<sup>151</sup> בכך דומה מקרה זה למקרה האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, שכן בשני המקרים ראתה הממשלה לנכון להביא את החקיקה המיישמת את האמנה לאישור הכנסת כתנאי לאשרור האמנה. אולם כאן, בניגוד למקרה של האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, ניתן בהחלט לומר שעירוב הכנסת הוביל לסיכול של אשרור האמנה. לגבי הצעת חוק זאת נערכו כמה דיונים במליאת הכנסת בקריאה הראשונה.<sup>152</sup> דיונים אלה לא עסקו בהצעת החוק בלבד, אלא גלשו גם לדיון בתוכן האמנה עצמה ואף בטכניקת הקליטה שלה במשפט הפנימי. למשל, חבר-הכנסת יצחק (הנס) קלינגהופר (גח"ל) התייחס לכוונתה של הצעת החוק להעניק להוראות האמנה תוקף של חוק רק ככל שהן באות "להעניק חסינות וזכות-יתר לאדם הפועל מטעם מדינה משגרת, לעובדיו ולבני משפחותיהם, לנכסיהם או לנכסי המדינה המשגרת" וכולי. לדבריו, הגדרה מעין זו נראית קלה בשלב החקיקה, אך בשלב היישום יעלו בה קשיים, ולדעתו היה עדיף "לומר בחוק במפורש, אילו הוראות של שתי האמנות יהיה להן תוקף של חוק."<sup>153</sup> חבר-הכנסת ברוך עוזיאל (גח"ל) אף התייחס להצעת החוק מכללל כאל בקשה לאשרור האמנה הקונסולרית (ולמעשה, גם לאשרור האמנה הדיפלומטית) על-ידי הכנסת:

"אני מבין שהממשלה הביאה את שתי האמנות שלפנינו לאישורן על-ידי הכנסת, כדי שהאפליקציות שלהן בחיי יום-יום בבתי המשפט ובאדמיניסטרציה בישראל תמצאנה את תיקונן בחוק המדינה. אחרת היו אמנות אלה כנשמות ערטילאיות שאין להן אחיזה במציאות. אולם כאן היינו עדים לתופעה מעניינת; הנואמים הקודמים, רובם ככולם, הביעו את שביעות רצונם על הבאת הדברים לכנסת, הביעו גם את משאלתם שעניין הבאת אמנות בין-לאומיות ישתרש

150 ראו הצעת חוק החסינות וזכויות היתר הדיפלומטיות והקונסולריות, התשכ"ח-1967, ה"ח 32 (להלן: הצעת החוק).

151 הצעת החוק הנ"ל שאפה להסדיר את קליטתן של האמנה הקונסולרית וכן של אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים - Vienna Convention on Diplomatic Relations, Apr. 18, 1961, 500 U.N.T.S. 95 (להלן: האמנה הדיפלומטית). אמנה אחרונה זו נכנסה לתוקף ביום 24.4.1964. ישראל חתמה על האמנה ביום אימוץ האמנה ב-18.4.1961, אך אשררה אותה מאוחר יותר, כך שהאמנה נכנסה לתוקף לגביה רק ביום 11.8.1970.

152 ד"כ 53, 802 (התשכ"ט); ד"כ 54, 1934 (התשכ"ט); שם, בעמ' 2401.

153 ראו שם, בעמ' 1935.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

להבא כנוהג בל יעבור. יש לקוות אפוא שהממשלה תטה אוזן קשבת להבעת רצון הפרלמנט ותמלא את מבוקשו.<sup>154</sup>

חברי הכנסת עוזיאל התייחס גם לסיבות שבגינן רצוי להביא אמנות מסוג זה לאשרור הכנסת:

"לדידי צריכה הייתה הממשלה להביא לכנסת את אישרור האמנות... לא רק בגלל הנחיצות ליתן תוקף מקומי לאמנות בין-לאומיות, אלא גם בגלל חגיגות המעמד, שאינני יכול שלא לעמוד עליו כעל מעמד חשוב, כי אכן יש בחוק זה, שאנו דנים בו היום, משום התקדשות מחודשת של ריבונות ישראל.<sup>155</sup>

חברי כנסת אחדים אף הביעו את רצונם בכך שאמנות בין-לאומיות, ובפרט כאלה שתיתכן להן השפעה בבתי משפט ישראליים, יובאו להבא לאשרור הכנסת.<sup>156</sup> לגופו של עניין הביעו הדוברים המועטים במליאת הכנסת הסתייגויות הנוגעות בבעיות ייחודיות למדינת ישראל באשר לאמנה. ראשית, הועלתה שאלת מעמדן של הקונסוליות הזרות בירושלים, בפרט בהקשר של השאלה הפרטנית לאיזו רשות מדינתית יגישו אלה את כתבי האמנות. נטענה הטענה שעקרון ההדדיות הגלום בהצעת החוק יחייב דרישה כי הקונסוליות בירושלים יגישו את כתבי האמנות לממשלת ישראל – טענה בעלת רגישות פוליטית רבה, בוודאי בשנת 1969.<sup>157</sup> עוד הועלתה ביקורת לגבי המידה שבה הצעת החוק, אם תתקבל, תמנע פרשנות המעניקה תוקף ל"נישואים קונסולריים" הנערכים על-ידי נציגים קונסולריים בישראל, על-אף האמור בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג, בנוסחו אז, וזאת לנוכח סעיף 8 להצעת החוק.<sup>158</sup>

154 שם. אולם על כך הגיב שר החוץ דאז, אבא אבן, כי "הממשלה לא הביאה את שתי האמנות האמורות לאשרור הכנסת. לפי תפיסתנו החוקתית, הממשלה, ולא הכנסת, היא הסמכות בישראל לכריתת אמנות. כאשר הממשלה הגישה לכנסת את הצעת החוק... עשתה זאת משום שרק הכנסת, המחוקק העליון במדינתנו, מוסמכת לקבוע שינויים במשפטנו הפנימי." ראו ד"כ 54, 2401 (התשכ"ט).

155 ראו שם, בעמ' 1935–1936.

156 ראו, למשל, דברי חברי הכנסת גדעון האוזנר (המפלגה הליברלית העצמאית), ד"כ 53, 810 (התשכ"ח).

157 ראו, למשל, את דבריהם של חברי הכנסת יוסף שופמן (גח"ל), יזהר הררי (מפלגת העבודה) ושמואל תמיר (המרכז החופשי), ד"כ 53, 804–807 (התשכ"ח), ואת דברי חברי הכנסת עוזיאל, ד"כ 54, 1936 (התשכ"ט). בין היתר הביע האחרון את דעתו כי "הקונסוליות הערטילאיות הן חזיון חולף, אלו מין פאנטומים שלא מעלמא הדין, זו תופעה אשר תתפורר ותתנדף בתוקף המעשה והעובדות המוגמרות." ראו גם את תשובתו של שר החוץ אבא אבן, ד"כ 54, 2401–2404 (התשכ"ט).

158 ראו דברי חברי הכנסת נתן פלד (מפ"ם), ד"כ 53, 809 (התשכ"ח). לתשובה לחשש זה ראו את דברי שר החוץ אבא אבן, ד"כ 54, 2403 (התשכ"ט).

איננו מביעים כאן את דעתנו לגבי תקפותם של החששות בנושאים אלה כמצדיקים את אי-אשרורה של האמנה. הדעת נותנת כי באמנה יימצאו דווקא הוראות המחזקות את עמדותיה של ישראל בכל מקרה של מחלוקת המתעוררת בנושאים אלה, ומכל מקום סביר שהיה אפשר להתגבר על הספקות בנושא באמצעות חקיקה מיישמת התואמת את תנאי האמנה. אולם בהקשר ההיסטורי ברור כי ימי הדיון המועטים בנוגע לאמנה זו חפפו את תקופת הדיון הציבורי כבד-המשקל לגבי עתיד השליטה הישראלית במרחב הכולל של העיר ירושלים וביתר השטחים שנכבשו במלחמת ששת-הימים בשנת 1967, וכן את הדיונים האחרים שהתנהלו אז לגבי אופי השליטה בנושאי דת במדינה.

לבסוף, על-פי הצעת שר החוץ דאז אבא אבן, הוחלט להעביר את הצעת החוק לדיון בוועדת החוץ והביטחון.<sup>159</sup> לא עלה בידינו לאתר את הפרוטוקולים של דיוני הוועדה בנושא זה, אולם אנו מבינים כי לאחר-מכן הוקפאו למעשה ההליכים של אשרור האמנה והחקיקה המיישמת. אף שהאמנה הדיפלומטית אושררה על-ידי ישראל בשנת 1970, ואף שהסוגיה של אשרור האמנה הקונסולרית הועלתה פעמים מספר בשנים מאוחרות יותר במשרד החוץ ועל-ידי, לא הובא העניין שוב באופן מסודר לפני המחוקק, וממילא לא אושררה ישראל את האמנה הקונסולרית עד עצם היום הזה.

האמנה הקונסולרית נחשבת כאמנה המבטאת דין מנהגי בין-לאומי,<sup>160</sup> ולפיכך ישראל נמצאת כיום במצב האנומלי שבו היא מחויבת ממילא בכללי האמנה, הן במישור הבין-לאומי והן במישור הפנימי, אף שלא אושררה מעולם את האמנה עצמה ונמנעה מלחוקק חקיקה מיישמת בנושא.<sup>161</sup>

באי-אשרורה של אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים אנו רואים דוגמה מיוחדת למעורבות משמעותית של המחוקק, אשר כתוצאה ממנה, כך נראה, הדירה מדינת-ישראל את רגליה מאמנה רב-צדדית חשובה. ייתכן שזו אינה תוצאה מיטבית או מחויבת-המציאות, אך יש בה דווקא ביטוי לעקביות הגישה שלפיה על אמנה לעבור קליטה בחקיקה המקומית בטרם תתקשר המדינה באמנה. שר החוץ אבא אבן, בתשובתו למליאת הכנסת בנושא זה, הטעים במפורש נגד מצב שבו "תהא מדינת ישראל מחויבת בהתחייבויות במישור

159 שם, בעמ' 2404.

160 ראו, למשל: Curtis J. Milhaupt, *The Scope of Consular Immunity Under the Vienna Convention on Consular Relations: Towards a Principled Interpretation*, 88 COLUM. L. REV. 841 (1988). אולם יש לציין כי שני הסכסוכים הבין-לאומיים שנידונו בהקשר של הכרה בסמכויות וזכויות קונסולריות (Mex. v. - Avena and other Mexican Nationals (U.S.), 2004 I.C.J. 128 (Mar. 31) וכן LaGrand Case (F.R.G. v. U.S.), 2001 I.C.J. 466 (June 27) - התבססו על סעיפי האמנה הקונסולרית ללא צורך בגיבוי או בתמיכה מן המשפט המנהגי. ראו: Christopher J. Le Mon, *Post-Avena Applications of the Vienna Convention on Consular Relations by United States Courts*, 18 LEIDEN J. INT'L L. 215 (2005).

161 במסגרת אנומליה זו נחשבת לעיתים הצעת החוק כמקור לפרשנות משפטית בדין הפנימי. ראו ע"א (מחוזי ת"א) 4289/98 שלום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ תשנ"ח(3) 1 (1999) (להלן: פרשת בסיוני).

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

הבין-לאומי שעה שמשפטנו הפנימי עדיין לא יאפשר את ביצוע ההתחייבויות<sup>162</sup>, ואף על-פי-כן ראינו כי באמנות מאוחרות ואף משמעותיות יותר, כגון אמנות ה-WTO, לא נשמר עיקרון זה. ברם, אין לדעתנו להסיק מן האמור כי מעורבותו של המחוקק בהליכים של אשורר וחקיקה מיישמת משמעה סיכול השתתפותה של המדינה בהסכמים בין-לאומיים. נראה שנושא האמנה במקרה זה, והצורך בקליטה וביישום בדין הפנימי, לא היו חשובים דיים לעורר בכנסת דיון פוליטי מאוזן ומלא. יתר על כן, לא מן הנמנע שדווקא הממשלה היא שהחליטה ברבות השנים, לנוכח הקשיים בהעברת החקיקה המיישמת בכנסת, לזנוח מאמץ זה. ייתכן שדווקא המעמד המנהגי הברור של רוב סעיפי האמנה הקונסולרית מנע את הממשלה מלהתעקש על כך שהכנסת תאשר את האמנה ותקבל חקיקה מיישמת. הרי בסופו של יום ישראל מיישמת את מחויבויותיה בתחום הקונסולרי כדבר שבשגרה, מבלי שתהיה צד לאמנה ומבלי שתתקיים חקיקה מיישמת.<sup>163</sup>

עוד אנו רואים כי אם יישאל המחוקק לדעתו בנושא אמנה בין-לאומית זו או אחרת, אם תובא לאישורו, הוא עלול להיטרד לשאלות פוליטיות, ולא למהותן של אמנות באופן ישיר או כנובע מהצורך בחקיקה מיישמת, כפי שראינו גם בפרשת אשוררן של אמנות ג'נבה. ברם, שאלות פוליטיות מעין אלה הן ללא ספק חלק מתחומי עיסוקו של המחוקק כבא-כוחו של הציבור. עיסוק בנושאים אלה עלול אומנם למנוע התקשרות באמנה בין-לאומית, אך בה-בעת הוא המעניק לגיטימציה להתקשרות באמנה, כפי שנסביר ביתר פירוט בפרק ג להלן. נשאלת השאלה איזו שיטה של כריתת אמנות יכולה להתחשב באופן מיטבי הן ברחשי-ליבו של הציבור כפי שהם מבוטאים על-ידי המחוקק, מצד אחד, והן בשילובה של ישראל במערכת המשפטית הבין-לאומית, מצד אחר.

### (ב) חוקת רומא של בית-הדין הפלילי הבין-לאומי (International Criminal Court), 1998

בית-הדין הפלילי הבין-לאומי, שתפקידו לשפוט בני-אדם המואשמים בביצוע פשעים בין-לאומיים מקום שמנגנוני האכיפה הלאומיים אינם פועלים, הוקם ב-1.7.2002, לאחר ששישים מדינות חתמו על חוקת רומא,<sup>164</sup> אשר הקימה אותו והעניקה לו סמכות שיפוט בארבעה תחומים: השמדת עם, פשעים נגד האנושות, פשעי-מלחמה ותוקפנות.<sup>165</sup> בית-הדין הינו מוסד שיפוטי בין-לאומי קבוע, בעל סמכות שיפוט משלימה לסמכות ההעמדה לדין של כל מדינה

162 ראו ד"כ 54, 2402 (התשכ"ט).

163 הדברים אמורים אף ביתר שאת לגבי יישום ההוראות של אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים, אשר נעשה גם הוא ללא חקיקה פנימית (ראו פרשת בסיוני, לעיל ה"ש 161), על כל המשתמע מכך.

164 Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90 (להלן: חוקת רומא). למצבת האשרורים, העומדת כיום על מאה וחמש מדינות, ראו: [www.iccnw.org/documents/RatificationsbyUNGGroup\\_18July07.pdf](http://www.iccnw.org/documents/RatificationsbyUNGGroup_18July07.pdf)

165 ראו ס' 5 לחוקת רומא, שם. לגבי פשע התוקפנות, סמכות השיפוט מותלתת עד אשר תאומץ הגדרה מוסכמת לפשע זה. שם, ס' 5(2).

השופט פרטים על פשעים מסוגים אלה. כיום חתומות על חוקת רומא יותר ממאה מדינות.<sup>166</sup> ללא ספק, זו אחת האמנות הבין-לאומיות החשובות שנכרתו בעשור האחרון. לישראל יש מערכת יחסים סבוכה עם בית-הדין הפלילי (ועם טריבונלים בין-לאומיים בכלל), שכן מצד אחד הקמתו משרתת את הרצון למנוע פשעים בין-לאומיים המורים לפי המסורת שכוננה בהקשר של שואת היהודים והאישומים וההרשעות שבאו בעקבותיה במסגרת משפטי נירנברג, אך מאידך גיסא, ישראל חוששת מפני ניצול לרעה של טריבונלים בין-לאומיים כמכשיר לניגוח פוליטי נגדה. הדברים מורכבים עוד יותר עקב עמדתה החשדנית של ארצות-הברית כלפי החוקה, עקב חששה שהחוקה תגביל את יכולתה לפעול בזירה הבין-לאומית. ישראל השתתפה במשא-ומתן לכריתת האמנה, ועל-פי החלטת ממשלה אף חתמה עליה ביום 31.12.2000, אך רק לאחר התלבטויות רבות ותוך היצמדות פורמלית ומהותית לעמדתה של ארצות-הברית בנושא.<sup>167</sup> אכן, ביום 30.6.2002 התקבלה החלטת ממשלה לא להצטרף לחוקה,<sup>168</sup> וזאת לאחר שארצות-הברית הודיעה ביום 6.5.2002 כי אין בכוונתה לאשרר את האמנה. ביום 28.8.2002 הודיעה ישראל כי אין בכוונתה ליהפך לצד לחוקה, וכי חתימתה על האמנה אינה מצמיחה לה חובות משפטיות<sup>169</sup> – הצהרה אשר שקולה במידה רבה לביטול החתימה, כפי שהוצהר גם על-ידי ארצות-הברית.<sup>170</sup>

לגופם של דברים, באי-חברותה של ישראל בחוקת רומא גלומים יתרונות וחסרונות.<sup>171</sup> לכאורה, החתימה על חוקת רומא נעשתה על-מנת להביע את עמדתה הכללית של מדינת-ישראל בנוגע לצורך בהקמת בית-דין כזה. עם זאת, מהצהרת הנציג הישראלי לוועידת רומא, ומן הסקירה שפורסמה על-ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת ביום 7.6.2002 (בסמוך להחלטה לא לאשרר את החוקה, אך לפנייה), עולה כי הסיבה העיקרית לכך שישראל לא אשררה את חוקת רומא היא הסעיף בחוקה שלפיו ניתן להסיק כי התיישבות יהודית

166 על חוקת רומא באופן כללי ראו שביט מטיאס ומירי שרון "בית הדין הפלילי הבינלאומי" המשפט ט 14 (2004).

167 ראו החלטה 2798 של הממשלה ה-28 "חוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי" (31.12.2000). לנוסח ההחלטה הוספה הערה שלפיה "הצוות האמור החליט לחתום על החוקה לאחר שארצות הברית הודיעה כי תחתום ולאחר שקוימו מגעים בדרג בכיר עם הממשל בארצות הברית שנועדו להבטיח עמדות ישראל לגבי החוקה". לפי דן להב "נייר רקע לדיון בנושא: בית הדין הפלילי הבינלאומי הקבוע" (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 7.6.2002) (להלן: נייר-רקע של הכנסת – מרכז מחקר ומידע), גרס היועץ המשפטי דאו של משרד החוץ כי ההחלטה לחתום על האמנה הושפעה מחתימתה של ארצות-הברית, אך לא נסמכה עליה והתקבלה כהחלטה עצמאית.

168 החלטה 2128 של הממשלה ה-29 "בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג" (30.6.2002).

169 על כך ראו ריצ'ארד ג'יי גולדסטון "ישראל ובית הדין הפלילי" המשפט ט 12 (2004).

170 על המשמעות המשפטית והפוליטית של ביטול חתימה ראו: Edward T. Swaine, *Unsigning*, 55 STAN. L. REV. 2061 (2002–2003).

171 על כך ראו יובל שני "ישראל על ספסל הנאשמים? השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל" המשפט ט 28 (2004).



משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

ברמת-הגולן ובגדה המערבית עלולה להיחשב פשע-מלחמה.<sup>172</sup> סעיף זה, המבהיר כי גם העברה "עקיפה" של אוכלוסיית המדינה הכובשת לשטח כבוש מהווה פשע-מלחמה, התקבל על בסיס הצעה שהעלתה מצרים בוועידת רומא, שבה גובשה חוקת בית-הדין.

שאלת אי-הצטרפותה של ישראל לחוקת רומא והשלכותיה היא שאלה מהותית משמעותית החורגת מדיונו הנוכחי, בהיקפו ובעניינו. החשוב לעניינו כאן הוא שהחלטה המצטברת לא להתקשר באמנה חשובה זו, שבה יש לישראל עניין ממגוון סיבות, התקבלה על-ידי ממשלת ישראל ללא התייעצות, ולו פורמלית בלבד, עם המחוקק.<sup>173</sup> עניין ההצטרפות לחוקה היה אולי חשוב דיו לעדכון הכנסת, ואולי אף היו חברי-כנסת שראו בעניין נושא חשוב המחייב דיון פרלמנטרי. ברם, מאחר שמעולם לא הוחלט על אשרור האמנה, לא הובאה האמנה באופן פורמלי לידיעת הכנסת על-פי הנוהל, וממילא לא ניתנה לכנסת ההזדמנות להביע את עמדתה בשאלה אם להתחייב באמנה אם לאו.

גם כאן ניתן לומר כי ההחלטה לא להתקשר בחוקה הייתה זוכה בלגיטימציה פנימית ואף חיצונית רבה יותר אילו התקבלה על-ידי הכנסת או בשיתופה; בוודאי כך היה אילו הוחלט להתקשר בחוקה באישורה של הכנסת. על כל פנים, אנו רואים במקרה זה תופעה נוספת היכולה להטריד במישור החוקתי – העובדה ששיקול-הדעת של הממשלה מושפע במידה משמעותית מהחלטותיהן של רשויות של מעצמה זרה (במקרה זה – ובדרך-כלל – ארצות-הברית). אכן, מדובר בשיקול חשוב של יחסי חוץ, המצויים בגדר סמכויותיה של הממשלה, אך נשאלת השאלה אם שיקול זה יכול להיות מרכזי בשעה שיש שיקולים מהותיים רבים אחרים הראויים להתייחסות, דווקא בתחום עיסוקו הישיר של המחוקק, כגון חקיקה של חקיקה תואמת ומיישמת לאמנה. כעניין הליכי, ללא מעורבות פרלמנטרית לא עומדים כמעט מול שיקול זה שיקולים אחרים.

(ג) אמנת אונסק"ו בדבר ההגנה על מגוון ביטויי התרבות וקידומו (UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions), 2005

"אמנת המגוון התרבותי"<sup>174</sup> נועדה לחזק את סמכויותיהן של מדינות לנקוט מדיניות כלכלית והסדרתית המכוונת לשימור ביטויי תרבות מגוונים המצויים בסכנת שחיקה וכליה לנוכח

172 ראו: Statement by Judge Eli Nathan Head of the Delegation of Israel to the Rome Conference, [www.un.org/icc/speeches/717isr.htm](http://www.un.org/icc/speeches/717isr.htm). ראו גם נייר-רקע של הכנסת – מרכז מחקר ומידע, לעיל ה"ש 167.

173 ודוק: בדיקותינו בוועדות הכנסת השונות לא הצליחו לברר אם נערך דיון בהצטרפות לחוקה, אולם העובדה שמרכזו המחקר של הכנסת הכין נייר-מידע בנושא בעבור ועדת החוקה, חוק ומשפט מעלה את הסברה שנערך דיון כזה או שלכל-הפחות תוכנן להיערך.

174 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, Oct. 20, 2005 (להלן: אמנת המגוון התרבותי).

לחצי הגלובליזציה.<sup>175</sup> אף שהאמנה כולה מתאפיינת בשפה משפטית "רכה", היא מעוררת מחלוקת משפטית בשאלה באיזו מידה הזכויות והחובות המנויות בה יכולות לגבור על חובות מהסכמי הסחר החופשי (ובמרכוז אמנות ה-WTO)<sup>176</sup> – למשל, כאשר האמנה מתירה סבסוד של תעשיות תרבותיות באופן העלול לסתור את איסור הסובסידיות ליצוא, או כאשר האמנה מתירה הפליה לטובה של תעשייה תרבותית מקומית בניגוד לעקרון היחס הלאומי.<sup>177</sup> באמנה ניתן למצוא גם חובות המוטלות על מדינות לנקוט מדיניות אשר מקדמת ביטויי תרבות שונים ומגינה עליהם. מבחינת מדינת-ישראל, לאמנה ייתכנו השלכות לגבי זכותה של המדינה לדרוש צעדים לשימור התרבות היהודית במדינות אחרות. גם מעמד המשפטי של ביטויים תרבותיים של קבוצות מיעוטים בישראל יכול לעלות בהקשר של יישום האמנה.

האמנה אומצה במליאת אונסק"ו ביום 20.10.2005. שתי מדינות בלבד התנגדו לאימוץ – ארצות-הברית וישראל. האמנה נכנסה לתוקף ביום 18.3.2007, שלושה חודשים לאחר שנמסרו כתבי-אשרור, כתבי-הצטרפות או כתבי-אישור של שלושים מדינות, בהתאם לסעיף 29 לאמנה. כיום מספר המדינות שהן צד לאמנה עומד על שבעים ושלוש. גם הקהילה האירופית היא צד לאמנה, כארגון אינטגרציה כלכלית אזורי.<sup>178</sup> ישראל נמנעה אם כן מהתקשרות באמנה בניגוד לדעה אחידה כמעט של הקהילה הבין-לאומית. לפי מיטב בדיקתנו במשרדי הממשלה, בתהליך קבלת ההחלטה לא להתקשר באמנה לא נידונה שאלת עמדתה המהותית של ישראל כלפי חיובי האמנה לגופם, ולא עלתה אף שאלת היחס כלפי עמדת ארצות-הברית בנושא. שאלות אלה לא נידונו בממשלת ישראל, ואף לא (קל וחומר, אולי) בכנסת. ככל הידוע לנו, דחיית האמנה על-ידי מדינת-ישראל הוחלטה ברמת הפקידות, אף לא הבכירה, והשיקול היחיד היה היחס שבין הצבעת ישראל לבין מדיניותה של ארצות-הברית בנושא, מבלי שהשלכותיה של האמנה על ישראל יישקלו לגופו של עניין. אכן, שיקול יחסי החוץ הוא שיקול חשוב, המצוי בגדר סמכויותיה של הרשות המבצעת, אולם ייתכן שאילו הובאה האמנה לפני המחוקק לצורך דיון במשמעותה ובשאלת ההתקשרות בה, היו נשקלים שיקולים מהותיים נוספים, בעד או נגד ההצטרפות. מאחר שהממשלה לא החליטה להתקשר באמנה, על-פי הדין והנהל הקיימים לא הובאה האמנה כלל לידיעת המחוקק. יש במקרה זה כדי להטיל צל על השיקול שלפיו יש לייחד את כריתת האמנות לממשלה, מכוח מומחיותה המיוחדת בתחום יחסי החוץ.

175 על האמנה ראו: Tomer Broude, *Conflict and Complementarity in Trade, Cultural Diversity and Intellectual Property Rights*, 2(2) ASIAN JOURNAL OF WTO & INTERNATIONAL HEALTH LAW AND POLICY 345 (2007).

176 ראו: Joost Pauwelyn, *The UNESCO Convention on Cultural Diversity and the WTO: Diversity in International Law-Making?* (15.11.2005), [www.asil.org/insights/2005/11/insights051115.html](http://www.asil.org/insights/2005/11/insights051115.html); Tomer Broude, *Comment: Cultural Diversity and the WTO: A Diverse Relationship* (21.11.2001), [www.asil.org/insights/2005/11/insightcomment051121\\_000.html](http://www.asil.org/insights/2005/11/insightcomment051121_000.html).

177 ס' 2 לאמנת המגוון התרבותי, לעיל ה"ש 174.

178 לרשימת מעקב של המדינות שהן צד לאמנה ראו: [www.portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E](http://www.portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E).

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

#### 4. אמנות דו-צדדיות<sup>179</sup>

##### (א) הסכמי שביתת-הנשק משנת 1949<sup>180</sup>

ראש הממשלה דאז, דוד בן-גוריון, דיווח על הסכמי שביתת-הנשק עם מצרים, לבנון וירדן באמצעות הודעה שמסר לכנסת ביום 4.4.1949.<sup>181</sup> ההודעה לכנסת ניתנה שבועות מספר לאחר שהממשלה כרתה את ההסכמים עם מצרים ולבנון, ולמחרת החתימה על ההסכם עם ירדן (הסכם רודוס).<sup>182</sup> שר החוץ, משה שרת, דיווח לכנסת על כריתת הסכם שביתת-הנשק עם סוריה ביום 20.7.1949, שעה בלבד לאחר כריתת ההסכם.<sup>183</sup> יש לציין כי בכלל הסכמי שביתת-הנשק נכללה הוראה שלפיה כניסתם לתוקף נעשית באופן מיידי עם החתימה, ללא צורך באשרור.<sup>184</sup>

גם כאן היה הדיון בכנסת דיון לאחר מעשה, כך שלא הייתה לכנסת יכולת ברורה להשפיע על עצם כריתת ההסכמים, ובוודאי לא על תוכנם. מצב-דברים זה, כשלעצמו, עורר ביקורת מצד חברי-כנסת באופוזיציה. חבר-הכנסת בר-ניר (מפ"ם) אמר: "סיעתי כופרת בזכותה הפורמאלית ובזכותה העניינית של ממשלת ישראל לסיים משא ומתן בעניין נוקב כל כך על דעת עצמה, בלי נטילת חוות דעת של הכנסת, על-ידי העמדתה בפני עובדות מוגמרות... בעניין החותך את גורלנו לשבט ולחסד לא היתה ממשלת ישראל רשאית לדון בלעדיו."<sup>185</sup> חבר-הכנסת ריפטיץ (מפ"ם) קרא: "כנסת נכבדה! לממשלה לא היה יפוי כוח להכריע הכרעה כל כך גורלית בלי דיון דמוקרטי, בלי הכרעה של הכנסת... אני מסיים בתביעה לכנסת שלא תראה בדיון זה דבר שיאפשר, בהכרעה פורמאלית של הרמת ידיים של הקואליציה, לעבור לסדר היום. אנחנו דורשים דיון נוקב. אותם החוזים

179 מטבע הדברים, דיונו באמנות דו-צדדיות יעסוק רק באמנות שהמדינה החליטה להתקשר בהן, ולא באמנות שהוחלט לא להתקשר בהן. מאחר שמרחב התמרון המשפטי רחב יותר במשא-ומתן דו-צדדי, מועטים המקרים שבהם צדדים מגיעים לנוסח מלא של אמנה דו-צדדית מבלי שיתחייבו בו בפועל.

180 על-אף ההקשר המעין רב-צדדי שבו נחתמו, כל אחד מהסכמי שביתת-הנשק מהווה הסכם דו-צדדי בין ישראל לבין אחת משכנותיה (מצרים, לבנון, סוריה וירדן).

181 ד"כ 1, 287 (התש"ח).

182 ראש הממשלה פתח את דבריו כך: "עליי למסור הודעה קצרה לכנסת על ההסכם שנחתם אמש ברודוס, במקצת גם על ההסכמים שקדמו לו ואולי גם על אלה שיבואו אחריו. כידוע, נחתמו עד עכשיו הסכמים (אני חושב בכלל, שלא יהיה בזה משום גילוי סודות) עם מצרים בסוף פברואר, עם לבנון במאוס, ועם עבר-הירדן אמש." שם.

183 ד"כ 2, 1095 (התש"ט). שר החוץ פתח את דבריו באומרו: "כנסת נכבדה, לפני כשעה נחתם הסכם שביתת נשק בין ישראל ובין סוריה. הממשלה היתה סבורה שהכנסת תתעניין לשמוע מיד עם חתימת ההסכם הנה הסבר קצר על תכנו ועל מהותו."

184 Armistice Agreement, Israel-Egypt, Feb. 24, 1949, art. XII; Armistice Agreement, Israel-Lebanon, Mar. 23, 1949, art. VIII; Armistice Agreement, Israel-Jordan, Apr. 3, 1949, art. XII; Armistice Agreement, Israel-Syria, July 20, 1949, art. VIII

185 ד"כ 1, 289-290 (התש"ט).

של שביתת-הנשק עם עבדאללה אינם יכולים לחייב את הכנסת, את העם היהודי, את מדינת ישראל, את הכוחות הדמוקרטיים בארץ ובמזרח התיכון כולו.<sup>186</sup> חבר-הכנסת בן-אהרן (מפ"ם) הצטרף לקריאות אלה באומרו: "אנו תובעים מהכנסת לדחות את ההסכם הזה, אנו תובעים מכל חלקי הבית לא להתחייב על צעד נחפוז כזה ללא דיון יסודי קודם, לפחות בכנסת... אין חותמים הסכמים כאלה על אחריות ממשלה לבד ובאמצעות שליחי מדינה, ויהיו הם המחוננים ביותר. בלי חוות-דעת קודמת של גבירי העם וגבירי העם היושב בציון, אין מכריעים בשאלה זו."<sup>187</sup> חבר-הכנסת ספיר (הציונים הכלליים) אמר בפתח דבריו: "יש ברצוני גם למחות נגד כך שהצעת ההסכם לא הובאה לפני ועדת החוץ והביטחון ולפני הכנסת לפני חתימתו. אילו הובאה ההצעה היתה ניתנת האפשרות לקבל את הידיעות המפורטות והמדויקות לא רק על התנאים של ההסכם אלא גם על כל הגורמים שהביאו את הממשלה לידי חתימת ההסכם הזה. בעצם הימים האלה, יש להזיז, לדעתי, לא רק מבחינת הסייעות שבאופוזיציה, אלא גם מבחינת הנוהג של הבית הזה, שלהבא לא יישנה מקרה כזה, בייחוד בעניינים כה חיוניים, כגון מדיניות החוץ שלנו עם הארצות השכנות, הקובעת לפעמים את גורלנו."<sup>188</sup> מעניין כי בהשיבם על טענות אלה, לא התבססו חברי הקואליציה על הטענה הפורמלית בדבר סמכותה של הממשלה לכרות אמנות בין-לאומיות, אלא ניסו לשכנע בדבר הלגיטימיות הדמוקרטית של החתימה על הסכמי שביתת-הנשק. חבר-הכנסת ורהפטיג (החזית הדתית המאוחדת) פתח את דבריו באומרו "לעניין של יפוי כוח הממשלה לנהל את המשא ומתן ולחתום על ההסכם הזה, העניין נידון מספר פעמים במועצת-המדינה הזמנית ובוועדת החוץ של מועצת המדינה הזמנית... במועצת המדינה הזמנית אישרנו אז את הדין וחשבון של שר החוץ וקיבלנו לתשומת-הלב את העקרונות כפי שהוא הציע אותם. מכאן נובע שלממשלה, כל עוד לא חל שינוי ולא באה החלטה אחרת, היה יפוי כוח לנהל את המשא ומתן ולחתום על ההסכם הזה."<sup>189</sup> חבר-הכנסת לוביאניקר (מפא"י) אמר: "חבר הכנסת בן-אהרן שאל בפאתוס רב: 'מי נתן לכם את הרשות הזאת?' ואני רוצה להגיד לו: העם היושב בציון!... העם היושב בציון, בבחירות לכנסת זו, נתן תשובה לשאלה זאת. אחת השאלות המרכזיות במלחמת הבחירות לכנסת זו היתה השאלה הזאת: 'האם פנינו מועדות למלחמה ללא סוף או לשלום'..."<sup>190</sup>

186 שם, בעמ' 291.

187 שם, בעמ' 292.

188 שם, בעמ' 296.

189 שם, בעמ' 291. אולם יצוין כי בכמה מקרים היה חבר-הכנסת ורהפטיג מן המצדדים העיקריים בהכפפת כריתת אמנות לאישור הכנסת. ראו ס' 2(א)-(ב) לרשימה זו, בנוגע לכריתתן של אמנות ג'נבה והאמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם. על רקע זה ניתן להבין את עמדתו במקרה זה כנובעת לא משיקול פוליטי כחבר סיעה שותפה בקואליציה, אלא כפשוטם של דברים, קרי, כנובעת מכך שלשיטתו מועצת המדינה הזמנית – הסמכות המחוקקת הזמנית של המדינה לפני הקמת הכנסת – הסמיכה בדיוניה את הממשלה לנהל משא-ומתן לשביתת-נשק.

190 שם, בעמ' 292. באופן דומה התבטא ראש הממשלה בן-גוריון בדברי תשובתו: "אני רוצה עוד פעם להגיד לחבר הכנסת בן אהרון, שילמד להבחין בין ריבונות הכנסת ובין ריבונות

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

אכן, הדיון לגופו התמקד בשאלות פוליטיות שעמדו בלב הוויכוח הציבורי באותם ימים, שכן ההסכמים עצמם נגעו בשאלות יסוד אלה. בהתאם למגמה זו, התמקד הדיון כולו בהסכם שביתת-הנשק עם ירדן (שבו הוסדרה, בין היתר, השליטה בירושלים וחלוקתה). ההסכמים האחרים לא זכו כמעט בהתייחסות.<sup>191</sup> ראש הממשלה הציג את ההסכם בצורה מפורטת, בעיקר בכל הקשור להשלכות הטריטוריאליות שלו, ולא היה בכך קושי רב מכיוון שהסכמי שביתת-הנשק פשוטים וקצרים יחסית, ועיקרם התוויה של קווי שביתת-הנשק. הדיון שהתנהל במליאת הכנסת נסב בעיקר על שאלת המשמעות של עשיית הסכם עם "הממלכה ההאשמית הירדנית" לעניין הכרתה של ישראל בקיומה של ירדן – הן כמדינה לגיטימית בעבר-הירדן והן כמדינה שההסכם מעניק לה שליטה בשטחים בארץ-ישראל המערבית.<sup>192</sup> כאמור, שאלת כריתתם של ההסכמים לא עמדה כלל על הפרק מכיוון שההסכמים כבר נחתמו. לא היה גם ספק באשר לרוב שממנו נהנתה הממשלה בכנסת. הדיון כולו היווה אפוא דיון פוליטי, שנסב אומנם על שאלות יסוד חשובות, כגון ההחלטה להקים את המדינה רק על חלק משטחה של ארץ-ישראל, אולם היה ברור לכל כי לדיון לא יכולה להיות השפעה על ההסכמים עצמם.

במקרה זה אנו רואים את נטיית הכנסת ליהפך לקולנית יותר – ולמעורבת יותר – כאשר מדובר בהסכמים בין-לאומיים חשובים ורגישים במישור הפוליטי הפנימי. אולם במקביל יש לזכור כי היה ברור לכל הדוברים כי לדבריהם לא יכולה להיות השפעה על התוצאה ההסכמית.

---

האופוזיציה. זה לא היינו הך. אל-נא ידבר אלינו בשם העם, העם לא מילא את ידיו לכך. היו בחירות, והעם לא קיבל את דעתכם." שם, בעמ' 305.

191 התייחסות יחידה להסכם עם מצרים נמצאה בדבריו של חבר-הכנסת סנה (מפ"ם), שתקף את הותרת רצועת-עזה בשליטה מצרית. שם, בעמ' 301. הודעת שר החוץ על הסכם שביתת-הנשק עם סוריה (ראו ד"כ 2, 1095 (התש"ט)) הייתה אומנם מפורטת למדי, אך לא גררה בעקבותיה דיון, מכיוון שנאמר כי דיון מקיף התקיים בוועדת החוץ והביטחון, וכי המליאה תוכל לבחור אם לקיים דיון בשבוע שלאחר-מכן. בדברי הכנסת לא מצאנו כי דיון כזה התקיים, ולא עלה בידנו לאתר פרוטוקול של דיון כזה.

192 כך, למשל, חבר-הכנסת בגין (תנועת החרות) ביקש "להביע אי-אמון בממשלת מר בן-גוריון נוכח העובדה שממשלה זו חתמה על הסכם שיעבוד עם עבדה של בריטניה, עם שליטה של מדינה המכנה את עצמה – ולחרפתנו הרבה, מצא השם הזה את אישורו במסמך רשמי, ונחתם על-ידי ממשלת ישראל – 'הממלכה ההאשמית הירדנית', המשתרעת באישור מעשי מטעם ממשלת ישראל משני עברי הירדן." ראו ד"כ 1, 289 (התש"ט). חבר-הכנסת קוק (תנועת החרות) אמר: "במדיניות החוץ ממשלה הנוכחית במסורת שירשה מהסוכנות – לדון תמיד על ענינים לפי רצונו והשקפתו של המתנגד, של האויב. הנה החליטה אנגליה ביום בהיר אחד, שיש ארץ ושמה עבר-הירדן, ויש עם עבר-הירדני, ויש מלך עבר-הירדני. והסוכנות אמרה: יש עם, יש ארץ, ויש מלך. ובאמת – לא דוברים ולא יער. אין עבר הירדן, אין עם כזה, אין ארץ כזאת ואין מלך כזה." שם, בעמ' 293.

**(ב) הסכם ההסגרה עם ארצות-הברית, 1963**

הדיון הנוכחי באמנה זו שונה מבחינה אנליטית מהדיון ביתר האמנות בפרק זה, מאחר שהוא אינו מתמקד בתהליך כריתת האמנה. כפי שנראה, הכנסת לא הייתה מעורבת כלל בעצם כריתת האמנה. אולם בכל-זאת ראינו לנכון לכלול את השתלשלות העניינים הקשורה להסכם הסגרה זה, משום התייחסות-הגומלין המשמעותית בין הממשלה, הכנסת ובתי-המשפט בישראל שהסתמנה עקב בעיות שעורר יישומן של הוראות האמנה במשפט הישראלי.

על-פי חוק ההסגרה, התשי"ד-1954, אין להסגיר אדם למדינה זרה אלא בהתאם להוראות החוק. כדבר שבשגרה, הסגרה של בני-אדם המבוקשים בגין חשד בביצוע עבירות מצריך הסכמי הסגרה בין-לאומיים, וכך אכן נקבע בהוראות החוק. בהקשר זה חתמו ישראל וארצות-הברית על הסכם הסגרה ביום 10.12.1962. ההסכם נכנס לתוקף ביום 15.12.1963, לאחר אישור על-ידי הסנט ואשרור על-ידי נשיא ארצות-הברית ועל-ידי ממשלת ישראל במהלך נובמבר 1963. סעיף IV להסכם קבע כי בקשת הסגרה לא תידחה בגלל היות האדם המבוקש אזרח (המינוח באנגלית הוא "national") של המדינה שממנה מבוקשת הסגרתו. ההסכם לא אושר על-ידי הכנסת ולא נקלט בדרך תחיקתית פרטנית כלשהי. (חוק ההסגרה התנה כאמור – ומתנה גם כיום – את הסגרתו של אדם בקיומו של הסכם הסגרה עם המדינה המבקשת; ברם, קשה לראות בהתניה זו משום קליטת הוראות של אמנות הסגרה, בין מראש ובין בדיעבד, ולו משום שהחוק אינו נותן תוקף להוראות ההסכמים לגופן, אלא רק מתנה את ההסגרה בקיומו של הסכם הסגרה).

בשנת 1977 ביקשה הממשלה לתקן תיקון לחוק ההסגרה באופן שימנע הסגרה של אזרחי המדינה למדינות זרות (התיקון זכה בכינוי "תיקון בגין", על-שם ראש הממשלה דאז, שהתיקון היה פרי יוזמתו). כבר בדיון בקריאה הראשונה בהצעת תיקון זו, ציין סגן השר במשרד ראש הממשלה, יורם ארידור, כי יש הסכמים "שבהם לא הותנה כלל שמדינת ישראל רשאית לסרב להסגיר את אזרחיה, למשל בהסכם עם ארצות הברית, בריטניה, קאנאדה וסבאזילאנד.<sup>193</sup> בעקבות העלאתה של נקודה זו, ציינו כמה חברי-כנסת את הצורך בכך שהוועדה שתדון בהצעת החוק – ועדת החוקה, חוק ומשפט – תיתן דעתה למניעת סתירות בין התיקון לחוק לבין אמנות קיימות, וזאת בדרך הגיונית וסבירה של "סייג לתחולת החוק כדי שלא תימצא ישראל במצב שהיא מפירה ההתחייבויות הבין-לאומיות."<sup>194</sup>

193 ראו ד"כ 80, 536–537 (התשל"ז). עוד הוסיף סגן השר ארידור כי "יש צורך לזווג משא ומתן עם ארצות הברית, בריטניה, קאנאדה ועוד מספר ארצות על שינוי ההסכמים הקיימים, וזאת כדי שהסכמים בין לאומיים שעליהם חתומה מדינת ישראל יעלו בקנה אחד עם הצעת החוק שלפנינו. חשוב שהצעת החוק לא תגרום להפרת התחייבויות בין-לאומיות של מדינת ישראל. מיד לאחר שהחוק יועבר לוועדה, לאחר אישורו בקריאה ראשונה, נזווג משא ומתן כזה. מכל מקום נדאג – וזה תלוי בקצב עבודתה של הוועדה ובמשך ניהול המשא ומתן – נדאג שלא תהיה סתירה בין החוק לבין ההתחייבויות הבין-לאומיות של מדינת ישראל." ראו שם, בעמ' 539.

194 ראו דברי חברי-הכנסת 'צדוק, שם, בעמ' 541; דברי חברי-הכנסת משה עמאר, שם, בעמ' 542; דברי חברי-הכנסת בנימין הלוי, שם, בעמ' 548.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

בעקבות דברים אלה אכן נתנה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת את דעתה לצורך במניעת סתירות בין חקיקת הכנסת לבין אמנות ההסגרה, ובדיון שנערך במליאת הכנסת ב-3.1.1978, במסגרת הקריאות השנייה והשלישית בהצעת תיקון החוק, אמר חבר-הכנסת דוד גלס, אז יושב-ראש הוועדה, כי "משרד החוץ והמשפטים כבר פתחו במשא ומתן עם ארצות אלו, וכדי לאפשר סיום מוצלח של המגעים נקבע כי תחילתו של הסעיף האוסר הסגרה תהיה שישה חודשים מיום פרסום החוק ברשומות."<sup>195</sup> התיקון לחוק ההסגרה עבר בכנסת, ולחוק הוסף סעיף 1א, שלפיו "לא יוסגר אורח ישראלי אלא בשל עבירה שעבר לפני שהיה לאזרח ישראלי." משמעות הדברים, כפשוטם, הייתה שבכל מצב שבו הייתה ארצות-הברית (ומדינות אחרות בעלות הסכמים דומים) מבקשת את הסגרתו של אדם בגין עבירה שעבר לאחר שנהיה לאזרח ישראלי, הייתה הסגרה כזו עומדת בניגוד לתנאי החוק. לעומת זאת, אי-הסגרה – בלא שיימצא לה טעם אחר הנובע מהוראות הסכם ההסגרה – הייתה מציבה את ישראל במצב של הפרת התחייבות בין-לאומית. כאמור, כדי למנוע מצבים אלה, כללה הכנסת בתיקון לחוק גם דחייה של כניסת החלק הרלוונטי של התיקון לתוקף עד אשר יחלפו שישה חודשים מיום פרסום התיקון ברשומות. זאת, מתוך אמונה שהאמנות שהחוק סותר אותן יתוקנו במסגרת הזמן שהוקצתה לכך.

אולם שישה חודשים חלפו, ואף שש שנים עברו, מבלי ששונה הסכם ההסגרה בין ישראל לבין ארצות-הברית באופן שהחוק הישראלי המתוקן יעלה עימו בקנה אחד. סתירה זו בין הדין הישראלי (דין כללי מאוחר לאמנה, שנחקק על-ידי הכנסת, בין היתר, מתוך אמונה שדבר הסתירה יתוקן על-ידי הממשלה) לבין ההתחייבות הבין-לאומית הקודמת (מעשה ידי הממשלה) עלתה במלוא חומרתה בפרשת שינבין.<sup>196</sup> שינבין היה מבוקש בגין רצח אכזרי בארצות-הברית, שלאחריו ברח למדינת-ישראל. בעת ביצוע הרצח היה שינבין אזרח ישראלי, כבן להורים ישראליים, אך עד למנוסתו מעולם לא התגורר בישראל כתושב. ארצות-הברית ביקשה את הסגרתו. בדיון בבקשת ההסגרה קבע בית-המשפט המחוזי כי ניתן להסגיר את שינבין מכיוון שפירש את האזרחות המחסנת מפני הסגרה (על-פי התיקון לחוק ההסגרה) כאזרחות מהותית, ולא פורמלית גרידא. בערעור של שינבין על הסגרתו לפני בית-המשפט העליון קבעה דעת הרוב כי פרשנות מילולית של הוראות החוק היא הגוברת לעניין זה, ועל-כן אי-אפשר להסגיר את שינבין לארצות-הברית באופן חוקי, מכיוון שהוא אזרח ישראלי.<sup>197</sup>

פרשת שינבין העלתה אל פני השטח את הסתירה החריפה שבין החוק הישראלי לבין ההתחייבות הבין-לאומית – אותה סתירה שדווקא הכנסת, במליאה ובוועדת החוקה, חוק

195 ראו ד"כ 81, 1032 (התשל"ח). לדיון בחוק לתיקון דיני עבירות חוץ, התשל"ח-1978, ולדיון בקריאות השנייה והשלישית, ראו שם, בעמ' 1033.

196 ראו פרשת שינבין, לעיל ה"ש 72.

197 לפירוט נוסף בעניין זה בהקשר של "חזקת ההתאמה הפרשנית" – השואפת להתאים עד כמה שניתן את פרשנות הדין הישראלי להתחייבויותיה הבין-לאומיות של ישראל, אף שלא נקלטו בחוק – ראו לעיל ה"ש 72 והמלל הסמוך לה.

ומשפט, ביקשה בהדגשה למנוע בתהליך קבלתו של "תיקון בגין" לחוק ההסגרה. בעקבות פסיקתו של בית-המשפט העליון בנושא חלו שינויים במישור החקיקה הפנימית, כאשר סעיף 1א לחוק תוקן הן בשנת תשנ"ט והן בשנת תשס"א.<sup>198</sup> המצב המשפטי לאחר שני תיקונים אלה הוא שזכות-יתר ביחס להסגרה קיימת רק למי שהיה אזרח ותושב ישראל בעת ביצוע העברה מושא בקשת ההסגרה, וכי גם במצב זה ניתן להסגירו למדינה המבקשת לצורך העמדה לדין אם תתחייב המדינה המבקשת להעביר את האדם המוסגר לנשיאה בעונש מאסר בישראל, אם וכאשר יורשע ויוטל עליו עונש מאסר.<sup>199</sup> אף שזכות-יתר זו מצומצמת מזו שהופיעה בסעיף 1א מ"תיקון בגין", היוותה עדיין ההתניה בדבר מיקום הנשיאה בעונש עניין שלא נבע מהסכם ההסגרה עם ארצות-הברית. על-כן נחתם בשנת 2005 פרוטוקול להסכם ההסגרה המתקן את ההסכם המקורי באופן העולה בקנה אחד עם החוק הישראלי לאחר תיקונו מתשנ"ט ומתשס"א.<sup>200</sup>

הדין בהסכם הסגרה זה עניינו, למעשה, חוסר התאמה מהותי בין התחייבויות חוץ של המדינה (מעשי ידי הממשלה) לבין חקיקת פנים (מעשי ידי הכנסת). אולם ניתן (ולדעתנו צריך) לבחון בעיה זו גם באספקלריה של סמכות כריתת האמנות והקשר המשמעותי שלה לשאלת מעמדו של הדין הבין-לאומי במשפט המדינה. הפער בין הנורמות המחייבות במישור הפנימי לבין המחויבויות במישור הבין-לאומי – אותו "פער מהותי ומביך... בין מחויבויותיה של ישראל באמנת ההסגרה עם ארצות הברית... לבין הוראות חוק ההסגרה"<sup>201</sup> – נוצר, לכאורה, כאשר הכנסת תיקנה תיקון לחוק ההסגרה באופן הסותר בכירור התחייבות חיצונית קודמת שניתנה על-ידי הממשלה. אולם טעות תהיה בידינו אם נראה בכך תוצאה בעייתית של מעין "מירון" בין הרשות המחוקקת לרשות מבצעת, מכיוון שהצעת התיקון שיצרה את סתירת הדינים האמורה הייתה יוזמה ממשלתית, ודווקא הכנסת היא שדאגה לכך שלא תיווצר סתירה בין חקיקתה לבין התחייבויות במשפט הבין-לאומי – ומכאן דחיית הכניסה לתוקף של התיקון כמתואר לעיל.

נראה שבמקרה זה הממשלה היא שלא עמדה על המשמר ולא מנעה את הסתירה בין הדין הפנימי לבין המשפט הבין-לאומי, כפי שהייתה יכולה לעשות אילו השתמשה ב"פררוגטיבה" שלה בנושאי משא-ומתן לכריתה – ולתיקון בהסכמה – של אמנות בין-לאומיות; או אילו מצאה הסדר המתאם בין המשפט הבין-לאומי לדין הפנימי, כפי שעשתה בתיקוני תשנ"ט ותשס"א לחוק, כאמור; או אילו ביקשה לקבוע את תיקון תשל"ח בכפוף לסעיף המונע

198 ראו חוק ההסגרה (תיקון מס' 6), התשנ"ט-1999, ס"ח 138; חוק ההסגרה (תיקון מס' 7), התשס"א-2001, ס"ח 384.

199 לתיאור התפתחויות חוקיות אלה בחוק ההסגרה ראו ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.11.2005).

200 ראו: Protocol Between the United States and Israel Amending the 1962 Convention on Extradition (signed on July 6, 2005), available at [www.asil.org/ilib/2006/01/ilib060104.htm](http://www.asil.org/ilib/2006/01/ilib060104.htm)

201 ראו את פסק-דינו של השופט אליקים רובינשטיין בפרשת רוזנשטיין, לעיל ה"ש 199, בעמ' 78.



משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

מכללא סתירות עם התחייבויות בין-לאומיות,<sup>202</sup> כפי שהוצע במליאת הכנסת דווקא, אף מבלי שאלה ייקלטו לדין הפנימי.

לעניין הסמכות לכרות אמנות, האם היה המצב שונה במקרה זה אילו הייתה הכנסת מעורבת כבר בהליכים של כריתת הסכם ההסגרה המקורי עם ארצות-הברית? במצב היפותטי שבו הייתה הכנסת מאשררת את הסכם ההסגרה ובאותו זמן קולטת אותו לדין הישראלי, ייתכן שבעת הצעת "תיקון בגין" הייתה עולה ביתר שאת בעיית הסתירה בין התיקון לבין ההתחייבות הבין-לאומית, כך שהכנסת הייתה נחרצת יותר בקריאתה למניעת הסתירה, תוך הסתמכות ספקנית יותר על הבטחות הממשלה בעניין זה. הברור הוא שבמקרה זה לא השכילה הממשלה למנוע סתירה בין אמנה לבין חקיקה, על-אף זכות-היתר המסורה לה בניהול יחסי חוץ משפטיים.

(ג) הסכם ההתאגדות האירופי-מדינות בין ישראל לבין הקהילה האירופית והמדינות החברות בה, 2000/1995<sup>203</sup>

מדובר בהסכם סחר מתקדם בין ישראל לקהילה האירופית אשר מבטל ומחליף את ההסכם הקודם מ-11 במאי 1975. זהו הסכם סחר חופשי מורחב, העוסק לא רק בסחר בטובין, אלא גם בסחר בשירותים ובנושאים של הגבלים עסקיים, קניין רוחני, כללי מקור ועוד. מדובר אומנם בהסכם דו-צדדי (בין מדינה לבין ספק ארגון, ספק פדרציה על-לאומית), אך משמעותו נוגעות באופן ישיר ביחסים הכלכליים של ישראל עם עשרים ושבע מדינות (חברות הקהילה האירופית כיום), וכל האמור לעיל לגבי השלכותיהם של הסכמי ה-WTO במישור הפנימי יפים גם לגבי הסכם זה. יתר על כן, בהסכם קיים סעיף קירוב דינים (Approximation of Laws) שלפיו על הצדדים לעשות את מיטב המאמצים לקרב בין דיניהם על-מנת לקדם את מטרות ההסכם – התחייבות כללית שיכולות להיות לה ברבות הימים השלכות פרטניות על המשפט הישראלי, במידה אשר עלולה לצמצם את עצמאותו של המחוקק הישראלי.<sup>204</sup>

ההסכם נחתם ביום 20.11.1995. מורכבותו של ההסכם הצריכה אשרור על-ידי כלל המדינות החברות בקהילה האירופית, נוסף על מוסדות הקהילה, ועל-כן, כצעד-ביניים, נעשה מאמץ להכניס לתוקף "הסכם-ביניים" מסחרי שנוקף לאשרור של ישראל ומוסדות הקהילה בלבד. נוסח ההסכם המלא הובא בנוהל הרגיל לידיעת חברי-הכנסת, לבקשת שר החוץ. אולם דברי ההסבר התמקדו בהוראות הסכם-הביניים, בהדגישם כי ההבדלים המשפטיים בין הסכם הסחר הקודם משנת 1975 לבין הסכם-הביניים מועטים (בדברי ההסבר

202 ראו, לדוגמה, ס' 3 לחוק חובת המכרזים (תיקון מס' 3), התשנ"ג-1993, ס"ח 108, הקובע כי "תקנות לפי חוק זה יחולו ככל שאינן סותרות התחייבות של המדינה באמנה בינלאומית."

203 Euro-Mediterranean Agreement Establishing an Association Between the European Communities and Their Member States, of the one Part, and the State of Israel, of the Other Part, June 21, 2000, OFFICIAL J. EUR. COMMUNITIES 147/3

204 לפירוט נוסף ראו: Guy Harpaz, *When East Meets West – Approximation of Laws in the Euro-Mediterranean Context*, 43 COMMON MKT. L. REV. 993 (2006)

הוצגה טבלת השוואה שממנה עולה כי ההבדלים האמורים נוגעים בשלושה סעיפים בלבד). בדברי ההסבר לא הורחב מהן ההשלכות של סעיפי ההסכם, לרבות בתחום המדיני (שער 1 להסכם), בתחום זכויות האדם (סעיף 2 להסכם) ובנושאים של תנועה חופשית של טובין (שער 2 להסכם), זכות כינון והספקת שירותים (שער 3 להסכם), תנועות הון, תשלומים, רכש ציבורי, תחרות וקניין רוחני (שער 4 להסכם), מדע וטכנולוגיה (שער 5 להסכם), שיתוף-פעולה כלכלי (שער 6 להסכם) ועוד. כמו-כן, בדברי ההסבר נאמר במפורש כי "הסכם ההתאגדות אינו סותר את החוק הפנימי במדינת ישראל", אולם לא הוסבר נושא "קירוב הדינים" המופיע בהסכם, ולא הוצגו השלכותיו האפשריות. ביום 31.1.1996 נשלח מכתב מאת מזכיר הכנסת לשר החוץ, שבו הודיע כי לא הוערה כל הערה מטעם חברי-הכנסת, וזאת לגבי ההסכם המלא. על בסיס זה אשררה הממשלה את ההסכם כעבור ארבע שנים, באמצע שנת 2000.

לא נרחיב בעניין הסכם זה לגופו, אולם אנו רואים כיצד מעורבותה של הכנסת בכריתת הסכם דו-צדדי בעל משמעויות פוטנציאליות נרחבות מבחינת הדין הישראלי הפנימי הייתה אפסית הלכה למעשה.

**(ד) הסכמי QIZ (Protocol Between the Government of the State of Israel and the Government of the Arab Republic of Egypt on Qualifying Industrial Zones), 2005**

מדובר בהסכם שמטרתו הגברת שיתוף-הפעולה הכלכלי בין שתי המדינות – ישראל ומצרים – תחת מטרייתיה של חקיקה אמריקאית שפוננה לאותה מטרה.<sup>205</sup> שיתוף-פעולה זה אמור להיות מושג על-ידי כך שמצרים (ועל-פי הסדר דומה אחר – גם ממלכת ירדן) יכולה לייצא מוצרים לארצות-הברית ללא מכס, אם הם כוללים שיעור תשומות נתון מתוצרת ישראל.<sup>206</sup> להסדר כזה יש השלכות במישור יחסי החוץ המדיניים והכלכליים. מובן שייתכנו לכך השפעות גם על המשק הישראלי בכללותו, על היקף התעסוקה בישראל ועל התמיכה האזורית בישראל בפרט.

על כל פנים, הסכם זה חשוב לענייננו מכיוון שאשרורו במסגרת ההליך הרגיל של הבאת ההסכם לידיעת הכנסת עורר תהיות מהותיות, ובעיקר תהיות דיוניות, מצידם של חברי-הכנסת. לאחר שהובא דבר האמנה לידיעתם של חברי-הכנסת, ביקש חברי-הכנסת אריה אלדד לעיין בנוסחה, ובעקבות זאת טען לאי-סדרים, כגון צירוף תרגום של אמנה אחרת וכן שיגור מכתב ממזפירות הכנסת שלפיו לא צוינו הערות מטעם הכנסת בטרם חלפו שבועיים מיום שהועמד ההסכם לעיונם של חברי-הכנסת.

בעקבות פניותיו של חברי-הכנסת אלדד הובא הנושא של אופן אשרורו של ההסכם (אך

205 United States–Israel Free Trade Area Implementation, 19 U.S.C.S. §2112 (1985); The US Presidential Proclamation No. 6955, Nov. 15, 1996

206 גם כאן לא נדון בהסכם לגופו של עניין. לפירוט נוסף ראו אתר משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה: [www.tamas.gov.il/NR/exeres/2124E799-4876-40EF-831C-6410830D8F02.htm](http://www.tamas.gov.il/NR/exeres/2124E799-4876-40EF-831C-6410830D8F02.htm)

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

לא האשרור עצמו) לפני ועדת הכנסת לענייני ביקורת המדינה, ביום 28.2.2005.<sup>207</sup> עיון בפרוטוקול של ישיבה זו מעלה כי אף שעניינו הראשוני של חבר-הכנסת אלדד בהסכם נבע מסיבות פוליטיות-מדיניות הקשורות ליחסי ישראל-מצרים ולתהליך השלום, נסב הדיון בישיבה זו בעיקר סביב ענייני נוהל הנוגעים באופן שבו הממשלה מיידעת את הכנסת בדבר כוונתה לאשרר הסכמים בין-לאומיים, ובעיקר להקפדה על משך הזמן הניתן לחברי-הכנסת לעיין באמנות המובאות לידיעתם, וכן על צירוף של דברי הסבר ונוסחים מתורגמים נכונים כמסמכים רלוונטיים. מחד גיסא, ניכר כי חברי-כנסת מסוימים משלימים עם מצב-הדברים הקיים, שבו הכנסת אינה מעורבת בתהליך יצירת האמנות; ומאידך גיסא, ניכר שחברי-כנסת אחרים מעוניינים לנצל את "חלון-ההודמנויות" הצר שניתן לעיון באמנות לקראת אשרורן, ולהעלות הערות מהותיות ביחס אליהן – כפי שראינו שקרה ביחס לאמנות ג'נבה ולאמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים, למשל. אולם במקרה זה נותר מוקד הדיון בשאלות דיוניות-טכניות, אשר רלוונטיות מאוד לאיזון הפרלמנטרי-הממשלי בתהליך כריתת האמנות, אך זאת מבלי שתועלה השאלה הכללית יותר לגבי חלוקתה של סמכות כריתת האמנות בישראל.

## 5. הסכמים מדיניים חשובים (החל בשנות השבעים)

החל בשנות השבעים הביאה הממשלה לאישור הכנסת שורה של הסכמים מדיניים הקשורים לסכסוך הישראלי-ערבי.<sup>208</sup> חלק מן ההסכמים הוצגו לכנסת לפני כריתתם, וחלקם – לאחריה.<sup>209</sup> כפי שהסברנו לעיל, פרקטיקה זו היא שהניעה מלומדים, ולבסוף גם יועצים משפטיים לממשלה, להכיר בקיומו של נוהג חוקתי להבאת הסכמים בין-לאומיים חשובים לאישור הכנסת. בפועל נראה כי כלל זה הוחל לגבי הסכמים מדיניים בהקשר של הסכסוך הערבי-ישראלי, וכי המקרה של אמנת הג'נבה נותר חריג היסטורי יחיד. קצרה היריעה מלנסות לאפיין את מהלך הדיון בכל אחד מההסכמים המדיניים. נסתפק, אפוא, בציון כמה מאפיינים כלליים המשותפים לדיונים אלה.

בדרך-כלל הצגת ההסכמים גררה דיונים ארוכים בכנסת, שבמסגרתם הביעו חברי-כנסת רבים את עמדתם. מאחר שכל ההסכמים התייחסו לשאלות בוערות של שלום וביטחון, העומדות בראש סדר-היום הציבורי בישראל, בדרך-כלל היוו ההסכמים בסיס לדיון רחב יותר במדיניות הממשלה הרלוונטית ובסוגיות חשובות של שלום וביטחון הקשורות להסכמים באופן ישיר או עקיף. מבחינה פרוצדורלית שימש הדיון בהסכמים גם בסיס להצעות החלטה שונות (בעיקר לניגוח הממשלה) שהקשר בינן לבין ההסכמים עצמם לא היה ישיר וברור תמיד. במקרים רבים שימשה הבאת ההסכמים לאישור הכנסת כלי לקבלת לגיטימציה על-ידי הממשלה. במקרים מסוימים, שבהם נהנתה הממשלה מתמיכתם של

207 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 162 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, הכנסת ה-16 (28.2.2005): [www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/bikoret/2005-02-28-01.rtf](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/bikoret/2005-02-28-01.rtf)

208 לפירוט ההסכמים ראו חוות-הדעת של היועץ מזוז, לעיל ה"ש 34.

209 שם, פס' 13.

חלקים באופוזיציה, שימשה הכנסת כלי בידי הממשלה לעקוף בעיות של העדר תמיכה קואליציונית (כפי שהיה במקרה של הסכמי קמפ-דייוויד והסכם השלום עם מצרים). מטיבם של דיונים כאלה שההסכמים (אשר במקרים רבים נוסחו בסיומו של משא-ומתן ארוך וקשה) מוצגים בהם כחבילה אחת שיש לקבלה או לדחותה. לעיתים ההצבעה על ההסכמים הייתה גם הצבעת אמון או אי-אמון בממשלה. בכמה מקרים תייב יישום ההסכמים תיקונים בחקיקה הפנימית, ולפיכך אישורם על-ידי הכנסת לווה אימוץ חקיקה מיישמת.<sup>210</sup> מטבע הדברים, הדיון הפרטני בחיקוקים אלה עירב דיון מקצועי יותר בנושאים ספציפיים המוסדרים בהסכמים. עיקרו של דיון זה נערך במסגרת ועדות הכנסת הרלוונטיות. הדיון בחקיקה המיישמת לא היה מנותק כמובן מהשיקולים הפוליטיים, והצבעת חברי-הכנסת על החקיקה המיישמת נגזרה מעמדותיהם בנוגע להסכמים באופן כללי.

לסיכום, אין לזלזל בחשיבותו של הדיון הציבורי המתקיים בכנסת כאשר היא נקראת לאשר הסכמים מדיניים חשובים. עם זאת, הדיון, כפי שהוא מתנהל, הוא חלק מהדיון הציבורי הרחב בסוגיות האידיאולוגיות והמדיניות המפלגות את הציבור בישראל. הדיון בהסכמים כאלה בכנסת אינו מתמקד בדרך-כלל בסעיף כזה או אחר בהסכמים, אלא בהקשרים כלליים יותר, ובסופו של דבר על הכנסת להחליט אם היא תומכת בהסכם או דוחה אותו – תוצאה שבדרך-כלל ידועה מראש. המצב שונה מעט כאשר הממשלה מציגה לכנסת גם חקיקה ליישום ההסכמים, אולם גם אז מרחב התמרון של הכנסת בהכנסת תיקונים ושינויים לחקיקה המוצעת על-ידי הממשלה הינו צר בדרך-כלל, והתמיכה בחוק או ההתנגדות לו חופפות את עמדותיהם של חברי-הכנסת לגבי ההסכם בכללותו.

## פרק ג: דיון – שיקולי המדיניות בשאלת הסמכות לכרות אמנות ומעורבותו המעשית של המחוקק בכך

### 1. מתחם שיקולי המדיניות הנוגעים בשאלת הסמכות לכרות אמנות

הסקירה שלעיל הציגה מגוון עשיר למדי של מצבים שונים שהתעוררו במהלך שישים שנות קיומה של המדינה בהקשר של מעורבות הכנסת (או אי-מעורבותה) בתהליך של כריתת אמנות מסוגים שונים. על בסיס הידע ההיסטורי-האמפירי המצטבר הזה נדון בפרק הנוכחי במערך השיקולים הנוגעים בסמכות לכרות אמנות, תוך התייחסות לשאלת ההיקף והאפיון של מעורבותה המעשית של הכנסת בהתקשרות המדינה באמנות. זאת, מתוך

210 חוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, התשנ"ה-1995, ס"ח 110; חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994, ס"ח 66; חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994, ס"ח 58.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

הכרה כי המשקל היחסי שיש להעניק לכל שיקול מדיניות בקביעת חלוקת הסמכויות הפורמלית הרצויה בתחום של כריתת אמנות תלוי בשאלה כיצד תנהג הכנסת בפועל בסמכויות שיוענקו לה.

כפי שכבר נרמז בפרקים הקודמים, השיקולים המרכזיים בסוגיה של חלוקת הסמכויות בין הממשלה לבין הכנסת בתהליך של כריתת אמנות בין-לאומיות הם השיקול של הפרדת הרשויות במדינה והשיקול של מניעת סתירות בין המשפט הפנימי לבין התחייבויותיה הבין-לאומיות של ישראל. על אלה נוספים גם שיקולים של יעילות ומומחיות בניהול יחסי חוץ, וכן השיקול בדבר חשיבותן הגוברת של אמנות הן כלפי חוץ והן כלפי פנים. בעמודים הבאים נדון בשיקולים אלה בפירוט יחסי,<sup>211</sup> תוך שימת דגש במשמעויות של דפוס המעורבות המעשית של הכנסת באישור אמנות במצב הקיים.

ראשית, נפנה לליבת הדיון הנורמטיבי, קרי: השיקול של הפרדת הרשויות והשיקול של מניעת סתירות בין הדין הפנימי לבין הדין הבין-לאומי – שני שיקולים מרכזיים בענייננו שקשה (ואולי אף לא ראוי) לדון בהם בנפרד זה מזה. באופן עקרוני, שיקולים אלה (והשילוב ביניהם) מחייבים לדעתנו את הגברת מעורבותו של המחוקק בתהליך כריתת האמנות.<sup>212</sup> באמצעות מעורבות זו יפתרו, כעניין מבני ושיטתי, הן בעיית הפרדת הרשויות והן בעיית הפער שבין הדין הבין-לאומי לבין הדין הפנימי. כך ייאמר לא רק במישור העיוני, אלא גם במישור המעשי, כנובע מניתוח רמת המעורבות המעשית של הכנסת בכריתת אמנות במצב הקיים.

סוגיית הסמכות לכרות אמנות קשורה בטבורה לשאלת מעמדו המשפטי של הדין ההסכמי הבין-לאומי במשפט הפנימי-הלאומי. כפי שתואר בפרק א לעיל, במשפט הישראלי מוענקת לממשלה "פררוגטיבה" בכריתת אמנות, וכפועל יוצא מכך נוהגת בישראל שיטה "דואליסטית", שעל-פיה לאמנות שבהן התחייבה המדינה כלפי חוץ אין מעמד מחייב בדין הפנימי, כשלעצמן, אלא אם כן הן נקלטו למשפט המדינה בחקיקה. זאת, כמחויב מעקרון הפרדת הרשויות, שכן עמדה אחרת הייתה מביאה לידי כך שבכריתת אמנות תשמש הממשלה כמחוקק בפועל, וזאת ללא הלגיטימציה הדמוקרטית של הרשות המחוקקת הנבחרת.

אולם יודגש כי בכל הנוגע לשיקול של הפרדת הרשויות, חלוקת הסמכויות בין המחוקק לבין הממשלה בכריתת אמנות היא המסבב, ואילו מעמד הדין ההסכמי הבין-לאומי במשפט הלאומי הוא המסבב. התניית תוקפן הפנימי של אמנות בקליטה תחיקתית נפרדת נובעת מכך שסמכויות הכריתה יוחדו למן קום המדינה לממשלה, תוך הדרתו הפורמלית של

211 כזכור, במישור העיוני אנו סומכים את ידינו באופן כללי על ניתוח שיקולי המדיניות שהוצג על-ידי מדינה ושני, לעיל ה"ש 5. בפרק הנוכחי אנו מבקשים לחבר ניתוח זה אל הקרקע המעשית של מעורבות הכנסת בפועל בכריתת אמנות. בתוך כך אנו מפנים שוב אל כל הספרות הקודמת המתארת את שיקולי המדיניות בנושא (הגם שניתוחנו שונה מהקיים), דוגמת מאמריהם של רובין, לפידות וזילברשץ, לעיל ה"ש 62, ומאמרו של שטרית, לעיל ה"ש 1.

212 לפירוט נוסף של עמדה זו, אך ללא התייחסות לשאלת מעורבותה של הכנסת בפועל, ראו "מסקנות והצעת רפורמה בעניין חלוקת הסמכויות בתחום כריתת אמנות בישראל", לעיל ה"ש 4.

המחוקק מן התהליך, ולא להפך. הדברים עולים בבירור מן ההלכות שקיבעו את הדין הקיים, ובמרכזן הלכת עפו, שעיקריה נסקרו לעיל.<sup>213</sup> ניתן לראות כי החשש מטשטושה של הפרדת הרשויות, שהוא לכאורה מקור ההתנגדות המרכזי לקליטת המשפט הבין-לאומי ההסכמי אל המשפט הישראלי, לא רק שאינו גורע מהעמדה שלפיה על הכנסת להיות מעורבת בתהליך כריתתן של אמנות, אלא עשוי אף לקבל מענה על-ידי מעורבות כזו. עוד ראינו כי הפיצול שבין מלאכת כריתת האמנות על-ידי הממשלה לבין קליטת הדין הבין-לאומי ההסכמי אל דין המדינה על-ידי המחוקק מעורר לעיתים בעיות ביישומן של אמנות רבות, עקב אי-הלימה בין התחייבויותיה של ישראל במישור הבין-לאומי לבין אפשרות יישומן הלכה למעשה.<sup>214</sup> למשל, כל אמנות זכויות האדם החשובות מגדירות את היחס הראוי של המדינה כלפי אזרחיה, באופן המחייב יישום חוקי-פנימי (ולמעשה קיימת לעיתים חובה לקלוט את הוראות האמנות לדין הפנימי).<sup>215</sup> הסכמי סחר והשקעות נוגעים גם הם בחקיקה של המדינה פנימה. ככל שהתחייבויותיה הבין-לאומיות של המדינה אינן זוכות בכיטוי מלא במשפט הפנימי, עלולה להיווצר סתירה שתגרור מקבלי החלטות ובתי-משפט לגדרה של בחירה בלתי-אפשרית בין הפרת המשפט הבין-לאומי לבין הפרת הדין הפנימי, על כל המשתמע מכך. גם כאן יש לומר כי הבעיה הינה תוצאה של ייחוד הסמכות לכרות אמנות לממשלה, שכן אילו הייתה הכנסת מעורבת בתהליך באופן ובמידה שהיו מאפשרים את קליטתן של הוראות האמנות לדין הפנימי מייד עם כריתתן, לא היה נוצר בדרך-כלל הפער הנורמטיבי הבעייתי בין הדין הבין-לאומי לבין הדין הפנימי. כאן גם המקום להזכיר שיקול נוסף, והוא חשיבותן ההולכת וגוברת של אמנות בין-לאומיות כמסדירות את הסביבה הנורמטיבית שבה פועלת המדינה ובה פועלים אזרחיה. יש בכך כדי להוסיף משקל לטענת הצורך בלגיטימציה רבה יותר של התהליך שבו המדינה מתחייבת וכובלת את עצמה באמנות, ומשום כך – לטענה הכללית בדבר הצורך במעורבות מוגברת של הכנסת בכריתת אמנות.

זאת ועוד, אם נשוב לשיקול של הפרדת הרשויות – כריתת אמנה, אף שהיא אינה מהווה חקיקה כשלעצמה, עלולה ליצור לחץ על המחוקק לנקוט דרך תחיקתית מסוימת הנובעת מהתחייבויות חיצוניות, או למנוע בחירה בדרכי חקיקה אחרות אם הן סותרות את האמנה. כך המצב בתחום הכלכלי, למשל, בהינתן שאמנות סחר רבות קובעות מסגרות מגבילות לחקיקה ולמדיניות כלכלית – מצב שכבר עמדנו עליו בסקירת הפרקטיקה לעיל.<sup>216</sup> משמע, ככל שהאמנות נהיות מגבילות ומפורטות יותר, וככל שתחומי העיסוק שלהן חופפים יותר תחומים של מדיניות פנים, ייחודה של סמכות כריתת האמנות לממשלה הופך אותה

213 פרשת עפו, לעיל ה"ש 63.

214 בעיות אלה מתרבות ככל שמספרן ומשקלן של האמנות הבין-לאומיות המכוונות במפורש להשפיע על הדין הפנימי של המדינה – או לפחות שהציות להן מחייב שינוי במשפט הפנימי – הולכים וגוברים בעידן הגלובליזציה המשפטית הנוכחי.

215 ראו רות לפידות, ארנה בן נפתלי ויובל שני "חובת קליטה של אמנות בנושא זכויות אדם לדין הישראלי" (מכון קונקורד לחקר יחסי הגומלין בין הדין הבינלאומי למשפט הישראלי, התשס"ד-2004).

216 ראו ס' 22(ד) לרשימה זו, בקשר להסכמי ארגון הסחר העולמי (WTO).

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

למחוקק בלתי-נבחר, אף מבלי שההוראות נקלטות לדין הפנימי באופן אוטומטי. כאן נראה בבירור שהגדרת הסמכויות הפורמלית אינה תואמת את המציאות.

חשוב גם לחזור ולציין כי אף שהמשפט הבין-לאומי ההסכמי אינו מהווה כשלעצמו דין המחייב את בתי-המשפט בישראל, לאמנות שבהן התקשרה מדינת-ישראל יש חשיבות בפרשנות החקיקה על-ידי בתי-המשפט, מתוקף החלתה של "חוקת ההתאמה הפרשנית". כזכור, על-פי חוקה זו, בתי-המשפט יפרשו כל דבר חקיקה, במידת האפשר, באופן שלא יסתור התחייבויות בין-לאומיות של המדינה. בתי-המשפט גם בוחנים את פעולותיהן של רשויות ציבוריות לאור התחייבויות בין-לאומיות, כך שפעולה בניגוד להתחייבויות בין-לאומיות עשויה להיחשב בלתי-סבירה, ופעולה אשר מוצדקת ביישום של התחייבויות בין-לאומיות תיחשב בדרך-כלל פעולה סבירה, ובתי-המשפט יימנעו מלהתערב בה.<sup>217</sup>

במקרים מסוימים השימוש ב"חוקת ההתאמה הפרשנית" עשוי להוביל לתוצאה דומה מאוד לזו שהייתה מתקבלת אילו נקלטה האמנה לדין הישראלי.<sup>218</sup> המשמעות היא שגם מטעם זה, אי-קליטת הדין ההסכמי אינה מונעת את החשש מטשטושה של הפרדת הרשויות. אף-על-פי-כן, חוקת ההתאמה הפרשנית אינה חוקה דייה למנוע אי-התאמות בין הדין הבין-לאומי לבין הדין הלאומי. מגבלתה של חוקת ההתאמה הפרשנית נעוצה בכך שהיא תלויה בנוסחו וברוחו של דבר החקיקה הישראלי העומד לפרשנות.<sup>219</sup> אכן, בתי-המשפט יתקשו ליישם את חוקת ההתאמה הפרשנית באופן שיביא לידי קיום ההתחייבות הבין-לאומית במקרים שבהם לשונו הברורה או תכליתו הפרטיקולרית של דבר החקיקה הישראלי סותרות באופן מפורש את המשפט הבין-לאומי.<sup>220</sup> מקרים של סתירה חזיתית בין הדין הישראלי לדין הבין-לאומי עשויים להתעורר כתוצאה מהשיטה הקיימת, שאותה פירטנו לעיל, שבה הממשלה מוסמכת לכרות אמנות בשם מדינת-ישראל, ואילו לכנסת אין תפקיד מעשי משמעותי בהקשר זה. הגברת מעורבותה של הכנסת בתהליך כריתתן של אמנות בין-לאומיות עשויה לצמצם את היווצרותן של סתירות כאלה.

מן המקובץ עולה כי אם ישתנה האופן שבו נכרתות אמנות במדינת-ישראל, ויינתן לכנסת תפקיד משמעותי יותר בתהליך כריתתן, לא זו בלבד שיפוג החשש מפני טשטושה של הפרדת הרשויות בתחום האמנות, אלא שייחלש במקביל הטיעון כי אין להעניק לאמנות תוקף משפטי אוטומטי בדין הפנימי. באופן זה יצטמצמו – ואולי אף יתבטלו – הפערים שבין ההתחייבויות הבין-לאומיות לבין החקיקה המקומית. ניתן לראות זאת גם באספקלריה של הלגיטימציה המוענקת לאמנות כמקור משפטי. נראה כי דווקא עירוב הכנסת בתהליך כריתתן של האמנות הוא העשוי לשמש "מסננת של ההתאמה לתנאי הארץ ולאינטרסים שלה ושל תושביה"<sup>221</sup> – מסננת אשר יכולה להעניק לנורמות הסכמיות בין-לאומיות אותה מידה של לגיטימציה שהנשיא שמגר העיר על חסרונה בדבריו לעיל. במישור הפורמלי

217 ראו, למשל, את פסקי-הדין בפרשות פרסקו, דרזנר ועג'ורי, לעיל ה"ש 69.

218 ראו, למשל, פרשת דרזנר, לעיל ה"ש 69.

219 ראו פרשת שינבין, לעיל ה"ש 72.

220 שם, פסק-דינו של השופט אור.

221 פרשת עפו, לעיל ה"ש 63, בעמ' 41.

ראינו כי במקרים רבים דווקא הדרתה של הכנסת מהתהליך הפורמלי של כריתת האמנה היא המעלה טענות בדבר חוסר לגיטימציה של האמנה שנכרתה.<sup>222</sup> ניתן לומר דברים דומים גם לגבי מקרים שבהם החליטה הממשלה דווקא לא לכרות אמנה – גם תוצאה זו הייתה לגיטימית יותר אילו התקבלה בשיתוף המחוקק.<sup>223</sup>

עוד ראינו כי על-אף ההלכות המשפטיות שנועדו לשלול מאמנות את תוקפן המשפטי הפנים-מדינתי ללא קליטה על-ידי הכנסת, למען שימורו של עקרון הפרדת הרשויות, לאמנות בין-לאומיות שנכרתו על-ידי הממשלה בלבד עשויה להיות השפעה מכרעת על הסביבה המשפטית בתוך המדינה, והן עשויות אף להציב את הכנסת במצב שבו היא מחויבת לתקן את חקיקתה כדי למנוע פגיעה במחויבויות בין-לאומיות.<sup>224</sup> אם כן, הפרדת הרשויות אינה נשמרת כך, ובהחלט יש מקום למעורבות מוגברת של המחוקק בשלבים השונים של כריתת האמנות לצורך הענקת לגיטימציה להשפעתן של הנורמות שבאמנות.

השיקולים שנידונו עד כה – הפרדת הרשויות, בעיית הפערים שבין חיובי האמנות לבין המשפט הפנימי, וחשיבותן הגוברת של האמנות הבין-לאומיות – מצביעים כולם, לפחות במישור העיוני, על כך שרצוי לשקול עריכת רפורמה שבמסגרתה תזכה הכנסת במעמד פורמלי מוגבר בתהליך של כריתת אמנות על-ידי מדינת-ישראל. כנגד שיקולים אלה ניצבים שני שיקולים חשובים התומכים בשימור הסטטוס-קו, והם שיקולי היעילות והמומחיות בניהול יחסי חוץ ובכריתת אמנות. שיקול המומחיות נשען על התפיסה כי ניהול יחסי חוץ בכלל וכריתת אמנות בין-לאומיות בפרט הם עניין מקצועי שמחייב מומחיות מיוחדת, קרי, ניסיון וידע מקצועי ספציפיים. הכנסת וחבריה, כך הטענה, אינם מחזיקים במומחיות הנדרשת, והגברת מעורבותם בהליכים של כריתת אמנות עלולה לפגוע ביחסי החוץ של המדינה. שיקול היעילות מדגיש שכריתת אמנות היא מהלך ביצועי למימוש מדיניות, המחייב משא-ומתן הדוק עם ממשלות חוץ. הטענה היא שעירוב הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות יפגע ביעילותו של תהליך זה, ואף עלול להביא לידי כך שאמנות חשובות לא ייכרתו עקב סרבול התהליך. יתר על כן, קיים חשש שאם כריתתן של אמנות אלה ואחרות תועלה לסדר-יומה של הכנסת, ייקלעו הסכמים בין-לאומיים חשובים למחלוקות פוליטיות פרלמנטריות שאינן רלוונטיות לעניין האמנות עצמן ולתוכנן.

אין להקל ראש בשיקולי המומחיות והיעילות הנוכחים; שיקולים אלה הם הניצבים במידה רבה ביסוד ה"פררוגטיבה" המסורתית של הממשלה בניהול יחסי חוץ משפטיים, כעניין המצוי בתחום שיקול-הדעת של הרשות המבצעת. אכן, איש אינו מציע רפורמה שתסב את מלוא הסמכות לניהול משאים-ומתנים ולכריתת אמנות לידי הכנסת או לידי ועדת החוץ והביטחון. האבסורד בהצעה כזו מובן מאליו. יש בהחלט מקום לאזן בין שיקולי היעילות והמומחיות לבין השיקולים האחרים שנידונו לעיל. אולם יש כמה טיעונים ואינדיקציות לכך שהיעילות והמומחיות אינן מחייבות שמירה מוחלטת כל-כך

222 כך אכן היה, למשל, בפרשת כריתתן של אמנות ג'נבה (ראו ס' 22א) לרשימה זו) ובעקבות כריתתם של הסכמי שביתת-הנשק (ראו ס' 4א) לרשימה זו).

223 ראו תת-פרק 33 לרשימה זו.

224 ראו, למשל, את דיוונו בהסכמי ארגון הסחר העולמי, ס' 22ד) לרשימה זו.



משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

על ה"פררוגטיבה" הממשלתית, כמוכתב על-ידי הדין המצוי. ראשית, במישור העקרוני, ככל שאמנות בין-לאומיות עלולות להגביל את מרחב הפעולה של המחוקק, כפי שפורט לעיל, ניתן לומר ששיטת הממשל הדמוקרטית הנהוגה בישראל מחייבת את מעורבותו של המחוקק, ושטענות המומחיות והיעילות אינן יכולות לגבור על דרישה זו. במצב זה על הרשות המבצעת לכלכל את צעדיה באופן שיביא בחשבון את הצורך במעורבותה של הכנסת – למשל, בקביעת לוחות-הזמנים למשא-ומתן הבין-לאומי, ובהכנת טיעונים שיסבנו את המחוקק כי האמנה כדאית וראויה, וזאת, בין היתר, על-סמך מקצועיותה ומומחיותה של הממשלה. שנית, קיימים תחומי מדיניות אחרים שבהם ניתן להעלות אותן טענות ואף ביתר שאת – למשל, כל תחומי הכלכלה, התקשורת, הבריאות, הרווחה והאנרגיה, שבהם נדרשת ללא ספק מומחיות מקצועית ויכולת ניהול משא-ומתן יעיל עם גורמים רבים ושונים. ובכל-זאת, בתחומים אלה הכנסת מעורבת באופן מעמיק בתהליך קביעתן של מסגרות המדיניות, ולמעשה היא המוסמכת ואף הנדרשת לאשר מסגרות אלה מראש בחקיקתה, לפני העברת הביצוע לידי הממשלה. אין זה ברור מדוע דווקא בתחומי הביצוע החוץ-מדינתיים, שבהם עלולה להיווצר מחויבות שאינה הפיכה, שיקולי המומחיות והיעילות אמורים לגבור על שיקולי הלגיטימציה הנובעים מהפרדת הרשויות, על חשיבותן הגוברת של האמנות ועל השאיפה להתאמה בין הדין הפנימי לבין ההתחייבויות החיצוניות. שיקול המומחיות נראה לא-רלוונטי כאשר מדובר באמנות שנושאת מהותי נופל בתחומים שהם עניינה הטבעי של הכנסת דווקא (למשל, בתחום זכויות האדם) או בתחומים שבהם הייתה הכנסת מעורבת ממילא בקביעת מסגרת החקיקה הפנימית על-אף חוסר מומחיותה לכאורה (דוגמת התחומים שהוזכרו לעיל). אם הכנסת מומחית דייה לחוקק חקיקת-יסוד, או להבדיל – את חוק משק הגז, את חוק הבזק ואת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, על תיקוניהם השונים – אזי מדוע נאמר שהיא אינה מומחית דייה להיות מעורבת בתהליך האישור של כריתת אמנות בין-לאומיות בנושאים אלה? שלישית, המשפט המשווה מגלה שבמדינות רבות מוענקות למחוקק סמכויות פורמליות רבות יותר מאשר בישראל.<sup>225</sup> ניתן להניח שהדבר אינו נובע מכך שהפרלמנטרים במדינות אחרות הם בעלי מומחיות רבה יותר ביחסי חוץ ובכריתת אמנות מאשר חברי-הכנסת בישראל, או מכך שהפגיעה האפשרית ביעילות קטנה יותר, אלא מכך שהוענק לשיקולי הלגיטימציה הדמוקרטית משקל מאוזן רב יותר. רביעית, ולסיום, ניתן לטעון כי במצב הקיים היעילות בשלב יצירת ההתחייבויות נקנית במחיר כבד של חוסר יעילות בשלב יישום ההתחייבויות, ככל שיווצר פער בין ההתחייבויות החיצוניות לבין הדין הפנימי.

על כל פנים, נראה שבמישור העיוני ניתן לשרטט את ההתלבטות בשאלת הגברת סמכויותיה של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות כציר העובר בין שיקולי הלגיטימציה העולים מהפרדת הרשויות, חשיבותן הגוברת של אמנות בין-לאומיות והשאיפה לצמצום פערים ביישום הפנימי של התחייבויות בין-לאומיות, מצד אחד, לבין שיקולי היעילות והמומחיות, מן הצד האחר. עתה נבדוק כיצד ידיעתנו בדבר מעורבותה המעשית של הכנסת

225 ראו, למשל, משה הירש "סמכות כריתת אמנות – משפט משווה" מחקר הפורום למשפט בין-לאומי פרק רביעי.

עד היום בהליכים של כריתת אמנות משפיעה על מיקומו של האיזון הראוי על ציר זה ועל מידת יישומו בעתיד.

## 2. מעורבותה המעשית של הכנסת כמשתנה במערך שיקולי המדיניות

חלוקת סמכויות פורמלית אינה מעידה בהכרח על המאזן המעשי שייווצר בעת מימוש הסמכויות, אף שחלוקה זו היא בוודאי אחד הגורמים המשפיעים על כך. מחד גיסא, ההשפעה המעשית של רשויות ומוסדות עולה לעיתים על הסמכויות הפורמליות המוענקות להם, ומאידך גיסא, לא בכל מקרה רשויות ומוסדות מעוניינים למקסם את השפעתם בפועל ולממש את מלוא סמכויותיהם הפורמליות, ולעיתים הם אף אינם מסוגלים לעשות זאת.<sup>226</sup> כך, אם תיערך רפורמה שתחייב קבלת אישור פורמלי של הכנסת לכריתת אמנות, כולן או חלקן, ייתכן אומנם שהכנסת תתעורר למעורבות מעשית מוגברת, ותבחן באופן מדויק כל אמנה ואמנה לפני אישורה (לעיתים גם תוך שימוש בסמכותה לא לאשר כריתת אמנה), אולם ייתכן גם שהכנסת תבחר לא להתערב כלל במדיניות החוץ המשפטית של הממשלה, ולוותר על השפעה מעשית כלשהי על-אף סמכויותיה הפורמליות.<sup>227</sup> האיזון שייווצר בפועל בין פעולות הממשלה לבין תשומות הכנסת בתהליך כריתתן של אמנות הוא שיקבע את הצלחתה או כשלונה היחסי של רפורמה זו או אחרת, ואת יש להעריך ביחס לכל שיקול התומך בקידומה או במניעתה של רפורמה כאמור. ברי שקשה מאוד לדעת במדויק מה תהיה תגובתה המעשית של הכנסת על הגברת סמכויותיה הפורמליות בתהליך הכריתתה של אמנות בין-לאומיות, אולם ניתן לדעתנו להעריך זאת באופן מושכל על-סמך ניתוח דפוסי ההתנהגות של המחוקק במצבים דומים שאליהם נקלע עד כה, הגם שבמצבים אלה פעלה הכנסת בהתאם לתשתית הסמכויות הפורמליות הקיימת. מכל מקום, הערכה זו עדיפה על ניתוח המסתמך על מבנה הסמכויות הפורמלי בלבד.<sup>228</sup> נדון כאן בקצרה במערך שיקולי המדיניות הרלוונטיים לשאלת היקף מעורבותו הפורמלית של המחוקק בתהליך כריתת האמנות מהזווית הייחודית של מעורבות הכנסת בתהליך זה הלכה למעשה. מן ההיבטים של הפרדת הרשויות, של חשיבותן העולה של אמנות בין-לאומיות ושל הצורך בהתאמה בין הדין הבין-לאומי לבין הדין הפנימי, ראינו כי הגברת תפקידה של

226 על הפער בין חלוקת הסמכויות הפורמלית בין הרשויות השונות לבין השפעתן היחסית של הרשויות בפועל ראו BROUDE, לעיל ה"ש 135, בעמ' 49-52. ראו גם: Robert W. Cox & Harold K. Jacobson, *The Framework for Inquiry, in* THE ANATOMY OF INFLUENCE — DECISION MAKING IN INTERNATIONAL ORGANIZATIONS 1, 4 (1973).

227 במצב כזה תמלא הכנסת תפקיד סמלי בלבד, דוגמת חתימת הנשיא הנדרשת על אמנות שהכנסת אישרה אותן. ראו תת-פרק 3 לרשימה זו.

228 גישתנו זו תואמת את הגישה המתודולוגית המוצגת בניתוח העדכני ביותר של דרכי כריתת האמנות על-ידי ארצות-הברית: Oona A. Hathaway, *Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States*, 117(8) YALE L.J. (2008).

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

הכנסת בכריתת אמנות נדרשת בעיקר על-מנת להעניק לגיטימציה שלטונית לנטילת התחייבויות בין-לאומיות אשר שקולות כמעט לחקיקה ראשית. אך הענקת תפקיד פורמלי מוגבר<sup>229</sup> לא תיתרגם בהכרח למעורבות פעילה. החשש בהקשר זה הוא שהכנסת לא תגלה מעורבות מעשית מספקת אף אם יוענקו לה סמכויות במישור הפורמלי. במצב זה לא יהווה אישור הכנסת אלא חותמת-גומי להחלטות הממשלה על כריתת אמנות, ולא תושג המטרה של הענקת הלגיטימציה השלטונית לאמנות ולהשלכותיהן על אורחי ישראל. האישור הפורמלי של הכנסת לאמנות יוכל להעניק לאמנות תוקף בדין הפנימי, אך בפועל יהווה הדבר מעין מתן סמכות חקיקה בידי הממשלה, כך שבעיית הפרדת הרשויות תעמוד על כנה ואף תחריף. אומנם תיפתר לכאורה בעיית חוסר ההלימה שבין הדין הבין-לאומי למשפט הפנימי, אך זאת מבלי שהכנסת תיתן דעתה להתאמות שיש לערוך בדין הפנימי לצורך זה, או לחלופין – לפרשנות שיש לתת להוראות האמנות על-מנת שתישמר, ולו באופן יחסי, המסגרת התחיקתית לקביעת הדין הפנימי. גם לחשיבותן הגוברת של אמנות לא יינתן ביטוי אמיתי בשינוי בדינמיקה המוסדית של כריתתן. לפיכך השאלה הנשאלת היא אם הניסיון שהצטבר עד כה מגלה שהענקת הכוח (power – במובן של סמכות ובמובן של השפעה פוטנציאלית) לכנסת צפויה לגרור גם השפעה על כריתת האמנות ועל התאמת הדין הפנימי להוראותיהן, באופן שיעניק לגיטימציה למהלכים אלה. הרי רק אם תתגבש השפעה מעשית כזו, יישמשו הכנסת וסמכויותיה "מסננת של ההתאמה לתנאי הארץ ולאינטרסים שלה ושל תושביה", ולא חותמת-גומי בלבד.<sup>230</sup>

אנו סבורים כי הניסיון האמפירי שנסקר לעיל מגלה שהכנסת נוטה וגם מסוגלת להתמודד עם הגברה של סמכויותיה הפורמליות באופן העשוי לתרום תרומה אמיתית לתהליך כריתת האמנות ולקידום הלגיטימציה שלו. דוגמות לכך ראינו, למעשה, כמעט בכל המקרים שנידונו לעיל: דרישתם של חברי-הכנסת להסדרת ההכרה בסמל מגן דוד אדום במסגרת כריתת אמנות ג'נבה – סוגיה שנותרה פתוחה עד לאחרונה, ואשר ייתכן ששיתוף מלא יותר של הכנסת בתהליכי הכריתה היה מאפשר את פתרונה בנסיבות נוחות יותר כבר לפני שנות דור;<sup>231</sup> העניין הער והענייני שגילו חברי-הכנסת באמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם;<sup>232</sup> הסתייגויותיהם של חברי-הכנסת מאמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים, אשר כתוצאה מהן – לטוב או לרע – נמנעה ישראל מלהצטרף לאמנה; ומעורבותם של חברי-הכנסת במליאה ובוועדות במהלך "תיקון בגין" לחוק ההסגרה, שבו הפגינה דווקא הכנסת אחריות רבה בדרישה להתאמת התחייבויותיה הבין-לאומיות של ישראל בטרם יתוקן החוק באופן שעלול להפר אותן (כפי שאכן קרה).<sup>233</sup> לעומת זאת, אנו רואים שנוצרו מצבים שבהם הודרה הכנסת בפועל – ולא רק במישור הפורמלי – מהתהליכים של כריתת האמנה

229 כפי שהומלץ ב"מסקנות והצעת רפורמה בעניין חלוקת הסמכויות בתחום כריתת אמנות בישראל", לעיל ה"ש 4.

230 ראו פרשת עפו, לעיל ה"ש 63, בעמ' 41.

231 ראו ס' 22(א) לרשימה זו.

232 ראו ס' 22(ב) לרשימה זו.

233 ראו ס' 42(ב) לרשימה זו.

וקליטתה. כך היה, למשל, בעניין אשרור אמנות זכויות האדם,<sup>234</sup> וכך היה גם בהחלטות הממשלה לא לכרות אמנות שונות. נדמה שניתן ללמוד מן המקרים שבהם שותפה הכנסת כי אילו ניתן לה להשתתף באופן פעיל יותר גם במקרים שבהם הודרה, היה ביכולתה לתרום תרומה חשובה לדיון המהותי באמנות ובדרכי יישומן. בוודאי כך במקרה של חוקת רומא של בית-הדין הפלילי הבין-לאומי, אשר אילו שותפה הכנסת באופן מלא יותר בהחלטה לא להיכנס לעולה, הייתה החלטה זו של ממשלת ישראל זוכה בלגיטימציה חיצונית גבוהה יותר.<sup>235</sup> בכל מקרה, שיתוף הכנסת היה מוביל כנראה לדיון ציבורי שקוף וערני יותר בשאלת השיקולים בעד ונגד ההצטרפות לחוקת רומא. לבסוף, אנו רואים שכאשר הובאו לפני הכנסת הסכמים בין-לאומיים בעלי חשיבות מדינית מיוחדת, דוגמת הסכמי השלום מסוף שנות השבעים ואילך, ידעה בהחלט הכנסת לדון בעיקרי ההסכמים, להשפיע על אופן יישומם על-ידי הממשלה, ולהוות "צינור" להענקת לגיטימציה שלטונית להסכמים בעלי רגישות פוליטית גבוהה.<sup>236</sup>

על רקע זה ניתן לשער שמיצועט המעורבות המעשית של הכנסת בתהליכים הקשורים לכריתת אמנות במצב הקיים היא פועל יוצא מאי-מתן סמכויות פורמליות בידיה, ומהתפיסה הרווחת במשפט הישראלי בנושא זה, התואמת את המסורת של המשפט המקובל, אשר מעניק את ה"פררוגטיבה" בנושא זה לרשות המבצעת. אולם אי-אפשר להסיק מכך שהכנסת אינה מסוגלת למלא תפקיד משמעותי יותר בהליכים של כריתת אמנות. בחלק מהמקרים הנסקרים ראינו כי הכנסת וחבריה מגלים אחריות לא רק במישור המשפט הפנימי, אלא גם במישור המשפט הבין-לאומי; ובמקרים אחרים ראינו שחברי-הכנסת העלו בעיות מדיניות עקרוניות, אף אם השפעתן האמיתית קטנה. אם כן, אי-אפשר לומר שהכנסת הייתה אומרת-הן בלבד, ובמקרים מסוימים אף הובאה דעתה בחשבון, הגם שלא הוענקה לה הסמכות לאשר או למנוע את אישורו של הסכם זה או אחר. בולטת במיוחד מעורבותם של חברי האופוזיציה, אף שידוע לאלה מראש שבדרך-כלל לא יוכלו למנוע את אישורה של האמנה או להביא לידי שינויים משמעותיים בה או בחקיקה המיישמת אותה. למעשה, נראה שבאותם מקרים שבהם ניתנה לכנסת ההודמנות הפוזיטיבית ליטול חלק בענייני כריתתן של אמנות (בניגוד למצב הרגיל, שבו האמנה פשוט מובאת לידיעתם של חברי-הכנסת), היא התנהלה כמו במקרה השכיח בהרבה של הבאת הצעות חוק ממשלתיות לאישור הכנסת. במקרה כזה מובעות התנגדויות, מועלות שאלות – לעיתים מהותיות ולעיתים שוליות – ולעיתים תגובתן של הכנסת וועדותיה מובילה לתיקונים בחוק המובא להצבעה בקריאה השלישית. הלגיטימציה השלטונית לדבר חקיקה המבוסס על הצעות ממשלתיות נרכש בתהליך השקלא וטריא שבין סיעות הכנסת השונות, ובין הכנסת לממשלה, גם אם בסופו של תהליך גוברת על-פירוב דעתה של הממשלה. זו תהיה התוצאה המסתברת גם אם יוגברו סמכויותיה הפורמליות של הכנסת במסגרת התהליך של כריתת אמנות בין-לאומיות. בקצה השני של ציר השיקולים ניצבים, כזכור, שיקולי היעילות והמומחיות בניהול

234 ראו ס' 22(ב) לרשימה זו.

235 ראו ס' 33(ב) לרשימה זו.

236 ראו תת-פרק 5 לרשימה זו.

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

יחסי חוץ, שאותם הצגנו (ואף ביקרנו במישור העיוני) לעיל.<sup>237</sup> במעבר מן ההלכה למעשה, החשש בהקשר זה הוא דווקא ממעורבות יתר של הכנסת. הגברת סמכויותיה הפורמליות של הכנסת עלולה להוביל לרמת מעורבות מעשית כזו שיחדרו שיקולים לא-מקצועיים לתהליך ותסורבל השתתפותה של המדינה במשאים-ומתנים לקראת כריתת אמנות, באופן שיפגע ביחסי החוץ של ישראל. האם הניסיון מלמד שחשש זה עלול להתממש? אנו סבורים, באופן כללי, שלא. אומנם, כפי שראינו, במקרים מסוימים אכן הועלו על-ידי חברי-כנסת שיקולים שאינם נוגעים בעיקר תוכנה וייעודה של האמנה שנידונה על-ידיהם, ובעיקר שיקולים שראייה ביקורתית תגדירם כשיקולים "פוליטיים", בניגוד לשיקולים "מקצועיים". בהקשר זה נזכיר שוב את הפולמוס סביב סמל מגן דוד אדום בעת הדיון באמנות ג'נבה, וכן את התנגדותו של חבר-הכנסת אלדד להסכמי ה-QIZ עם מצרים.<sup>238</sup> ראינו גם מצב – בהקשר של אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים – שבו הסתייגויות "פוליטיות" של חברי-כנסת הובילו למעשה לאי-כריתת אמנה, לכאורה תוך פגיעה מיותרת בניהול יחסי החוץ המשפטיים של המדינה (במובן זה שהיחסים הקונסולריים מוסדרים עד היום בדיון המנהגי בלבד, ללא הבהירות של הדיון ההסכמי).<sup>239</sup>

אולם כנגד זה ראינו גם שאף ללא מעורבות ישירה של הכנסת יש אמנות שבתהליך כריתתן (או אי-כריתתן) על-ידי הממשלה עלו שיקולים פוליטיים מובהקים (למשל, השיקול של יחסי ישראל עם ארצות-הברית, שעלה במקרה של חוקת רומא, ובאופן בולט אף יותר במקרה של אמנת המגוון התרבותי, שבו צידדה ישראל בעמדת המיעוט של ארצות-הברית מבלי לשקול באופן אמיתי את האינטרסים שלה בנושא).<sup>240</sup> "תיקון בגין" לחוק ההסגרה, שנבע מהצעת חוק ממשלתית, קשור אף הוא לתפיסה "פוליטית" מסוימת, וראינו כי במקרה זה דווקא הממשלה היא שכשלה במישור ה"מקצועי", כאשר התיקון נכנס לתוקף מבלי שתוקנו בהתאם התחייבויות החוץ של ישראל.<sup>241</sup> לעניין שיקול היעילות, ראינו שבמקרים מסוימים, אף ללא מעורבות כלשהי של הכנסת, נגרמו עיכובים מיותרים ובלתי-מוסברים בתהליך הצטרפותה של ישראל לאמנות, וחמור מכך – בתהליך החקיקה המיישמת הפנימית שנדרשה לצורך מימוש ההתחייבויות (כאן כוונתנו בעיקר להתנהלות סביב הסכמי ארגון הסחר העולמי ואמנות זכויות האדם).<sup>242</sup>

נוסיף ונדגיש בנקודה זו כי אם להסתייגות "פוליטית" של חבר-כנסת מסעיף זה או אחר באמנה המובאת לאישור הכנסת יש למעשה תפקיד חשוב במתן לגיטימציה להתחייבות שתמסר בסופו של דבר, קשה לומר אותו דבר לגבי שיקול דומה המועלה כעניין "מקצועי" על-ידי הרשות המבצעת. ניתן אף לומר שהניסיון להבדיל באופן חד וברור בין שיקולים

237 ראו תת-פרק 11 לרשימה זו.

238 ראו ס' 42(ד) לרשימה זו.

239 ראו ס' 33(א) לרשימה זו.

240 ראו ס' 33(ג) לרשימה זו.

241 ראו ס' 42(ב) לרשימה זו.

242 ראו ס' 22(ד) ו-3(ג) לרשימה זו, בהתאמה.

מקצועיים לבין שיקולים פוליטיים הוא ניסיון שנדון מראש לכישלון, אך בכך נחרוג מיריעתו של הדיון הנוכחי.

גם בדיון זה יש מקום להזדקק להשוואה בין אמנות בין-לאומיות שכריתתן מערבת את המחוקק לבין הצעות חוק ממשלתיות, אשר מחייבות כמוכן את אישור הכנסת (וביתר שאת לתקנות על-פי חוק, שהתקנתן מחייבת אישור של הכנסת או של ועדה מוועדותיה). לכאורה ברור מאליו שחקיקה "ממשלתית" וחקיקת-המשנה שלה היו יכולות להיחקק בצורה "יעילה" ו"מקצועית" יותר ללא מעורבותה המסרבית של הכנסת. אולם המשטר הדמוקרטי הנוהג במדינת-ישראל מעניק עדיפות יחסית לשיקול היסודי של הלגיטימציה השלטונית, ומכפיף חקיקות אלה לאישור המחוקק. גם אילו הוכח שמעורבותה של הכנסת בכריתת אמנות הייתה גורמת במקרים מסוימים לחוסר יעילות בניהול יחסי חוץ – והניסיון האמפירי אינו מראה זאת כלל ועיקר – היה ניצב עדיין כנגד זה שיקול הלגיטימציה החשוב כל-כך.

מן הראוי לציין כי קבלת רפורמה שתחייב את שיתוף הכנסת בהליכים של כריתת אמנה בין-לאומית אין משמעותה בהכרח שהכנסת תקיים דיון מקיף השקול לדיון בשלוש קריאות כמו במקרה של הצעת חוק. מכיוון שתפקידה של הכנסת יתבטא בדרך-כלל בקבלת החלטה בעד או נגד כריתת אמנה כלשהי, ללא יכולת להכניס שינויים בנוסחה (כך בוודאי כאשר מדובר באמנות רב-צדדיות הפתוחות להצטרפות לאחר סיכום הנוסח במשא-ומתן בין עשרות מדינות), ניתן לצפות שמעורבותה של הכנסת תתבטא בהליך פשוט יחסית של דיון והצבעה במליאה, בדומה לדיון המתקיים בהצעות לסדר-היום. במקרי הצורך (כגון במקרים שבהם יישום האמנה טעון חקיקה מיישמת) תקיים הכנסת הליכים ממושכים ומפורטים יותר, לרבות דיון בוועדות. אולם אם ממילא חקיקה כזו נדרשת ליישום האמנה, אזי אין בהליכים כאלה כדי לפגוע ב"יעילות"; להפך – ביכולתם אף לקדמה.

## פרק ד: סיכום – לקראת מעורבות מיטבית של המחוקק בהליכים של כריתת אמנות

התפיסה שהנחתה אותנו במאמר זה היא ששאלת המידה שבה רצוי ונדרש לערוך רפורמה בחלוקת הסמכויות הפורמליות בין הממשלה לכנסת בתהליכים של כריתת אמנות בין-לאומיות צריכה להידון לא רק על בסיס עיוני והשוואתי, אלא גם על בסיס אמפירי-היסטורי שניתן ללמוד ממנו כיצד תנהג הכנסת בפועל אם יורחבו סמכויותיה בהקשר זה. ליפנו את המסגרת הפורמלית הקיימת המגדירה את סמכויותיה הפורמליות של הכנסת בנושא של כריתת אמנות, וראינו כי היא מגבילה מאוד את הכנסת, באופן המעניק פרוגטיבה פורמלית ואמיתית לממשלה בכריתת אמנות. לאחר-מכן ניתחנו את מרחב שיקולי המדיניות הרלוונטיים לנושא, תוך התמקדות בהפרדת הרשויות, בחשיבותן הגוברת של אמנות, בבעיית הפערים שבין הדיון הבין-לאומי לבין הדיון הפנימי, וכן ביעילות ובמומחיות בניהול

משפט ועסקים ט, התשס"ח על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות

יחסי חוץ משפטיים. אולם בחלקו המרכזי של המאמר התרחקנו מן הדיון התיאורטי המקובל בנושא זה, והעמקנו דווקא באופן שבו נהגה הכנסת במגוון רחב של מקרים שבהם נפלה לידיה ההודמנות להיות מעורבת במהלכים של כריתת אמנות, החל בשנות החמישים של המאה הקודמת ועד לימינו-אנו. מקרים אלה מספקים לדעתנו תשתית כנה ואף מאלפת לדיון במבנה הסמכויות הרצוי בכריתת אמנות.

כפי שהצגנו בתחילת המאמר, הדיון בנושא הסמכות לכרות אמנות נקלע בעבר למסגרת בינרית שבה היה עלינו לכאורה לבחור בין השיטה הקיימת, שבה הכנסת ממודרת כמעט לחלוטין מהשתתפות בכריתת אמנות, לבין שיטה שבה יידרש אישורה של הכנסת לכריתת אמנות. פרויקט מחקר של הפורום למשפט בין-לאומי של האוניברסיטה העברית בירושלים,<sup>243</sup> שממנו נבע בין היתר מאמר זה, מראה שהבחירה מורכבת יותר, ושניתן לעצב דרגות שונות של מעורבות הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות. לסיכום נאמר שלדעתנו מדובר למעשה באיתור מעורבותה המיטבית של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות, באופן שיאזן בצורה הטובה ביותר בין שיקולי הלגיטימציה לבין שיקולי היעילות שצוינו לעיל. ניתוח מעורבותה של הכנסת בתהליכים של כריתת אמנות בעבר מצביע על כך שאם יוגברו סמכויותיה, תהא הכנסת מסוגלת בהחלט להרים את הכפפה, באופן שיממש את דרישות הלגיטימציה השלטונית המתבקשות, ויתרום לעיצוב הדין המקומי שנועד ליישם את ההתחייבות הבין-לאומית, ובמקרים מתאימים – אף לעיצוב הדין הבין-לאומי. במקביל, אם תיבחר דרך המעורבות המיטבית של המחוקק, לא ייפגעו היעילות והמקצועיות, אשר צריכות גם הן להנחות את ניהול יחסי החוץ של ישראל.

243 ראו לעיל את הערת השוליים שבפתח המאמר.

