

השפעת דיני זכויות האדם על הליכי החקיקה בישראל

עמיחי כהן, טל פילברג ויובל שני*

מאמר זה עוסק בהשפעתם של דיני זכויות האדם המעוגנות במשפט הבין-לאומי על המשפט הישראלי. השאלה שבמוקד מחקר זה הנה השפעתם של דיני זכויות האדם על תהליך החקיקה. בחינת השפעה זו מחייבת התמודדות עם שאלות עקרוניות, לרבות תפקיד המשפט הבין-לאומי בעיצוב המשפט הפנים-מדינתי, המידה שבה קיומה של מחויבות בין-לאומית משפיע על תהליך החקיקה במדינת ישראל, עד כמה עמדות שונות במשפט הבין-לאומי מובאות בחשבון במהלך תהליך החקיקה, ומהו מארג הסמכויות של הגופים הרשמיים של מדינת ישראל העוסקים בקליטת המשפט הבין-לאומי של דיני זכויות האדם אל המשפט הישראלי.

במאמר זה, שהוא ניסיון ראשון מסוגו להתמודד עם שאלות אלו, נבחנו כמה וכמה חקרי מקרה (case studies), שנמצאה בהם השקה בין המשפט הבין-לאומי לבין החוק הישראלי: חקיקה בנושא זכויות הילד, שחיתות, סחר בבני אדם, הסתה לגזענות, שוחד, כליאת לוחמים בלתי חוקיים, תביעות נזיקין נגד הצבא וטיפול במסתננים. בחלק מהמקרים החוק הישראלי נועד ליישם את המשפט הבין-לאומי, ובאחרים התגלעה סתירה פוטנציאלית בין שתי מערכות הדין – הישראלית והבין-לאומית. בדיקת חקרי המקרה התבססה על לשון החוק הישראלית והבין-לאומית, על קריאה מדוקדקת של חומרי החקיקה (הצעות חוק, דוחות) הוועדות בכנסת, כתיבה אקדמית וועדות ממשלתיות), וגם על שיחות עם אנשים שהיו מעורבים בתהליך החקיקה.

המאמר הוא ניסיון ראשון לבחון את הסוגיה ואינו מציג מסקנות חד-משמעיות. עם זאת המחקר ממפה את הדרכים המרכזיות שבהן המשפט הבין-לאומי של זכויות האדם משפיע על החקיקה הישראלית ואת המשתנים המרכזיים הקובעים את מידת ההשפעה הזאת.

מבוא. א. מחויבות למשפט הבין-לאומי; 1. כללי; 2. ישראל; 3. קליטת המשפט הבין-לאומי של דיני זכויות האדם בחקיקה בישראל – עקרונות ומתודולוגיה. ב. תהליך הפורמלי; 1. חקיקה בישראל; 2. תפקיד משרד המשפטים; 3. התערבות גופים אחרים. ג. סיכום; 1. המשפט הבין-לאומי כבסיס לחקיקה או כמנוף להתנגדות; 2. מקל וגזר; 3. משפט בין-לאומי – פריפריה מול מרכז.

* המחקר נעשה כחלק מפרויקט מחקר של מרכז מינרבה לזכויות האדם באוניברסיטה העברית בירושלים, בנושא הפנמת אמנות זכויות אדם בדין הפנימי של ישראל, במימון מענק מחקר של קרן European Initiative for Democracy and Human Rights של האיחוד האירופי. המחברים מודים לגב' דניה קאופמן על עזרתה במחקר.

מבוא

המגמה הבולטת של הגברת התלות ההדדית בין מדינות והצורך להקים מגוון רחב של משטרים בין-לאומיים להסדרת שיתוף פעולה בין-לאומי מבליטים את חשיבותו הגדלה והולכת של המשפט הבין-לאומי. דיני זכויות האדם הם מרכיב מיוחד של המשפט הבין-לאומי הקובע את מחויבותה של המדינה במשפט הבין-לאומי לכבד את זכויותיהם הבסיסיות של אזרחיה ושל אלו המצויים בשליטתה.¹ דינים אלה ממלאים אפוא תפקיד כפול: הם מסייעים למדינה להשתלב במשטרים בין-לאומיים המבוססים על ציפייה כי המדינות החברות בהם יכבדו זכויות אדם, והם מספקים ערובות בין-לאומיות לאזרחים ולתושבים נגד פגיעה בזכויותיהם בצד אותן המדינות. עם זאת כמו בענפים אחרים של המשפט הבין-לאומי, הצלחתם של דיני זכויות האדם בהגשמת ייעודם תלויה במידת המחויבות של המדינות ליישם הלכה למעשה.

מידת מחויבותה של המדינה ליישום המשפט הבין-לאומי יכולה להימדד בכמה דרכים. יש הבוחנים את היקף ההצטרפות של מדינות לאמנות בין-לאומיות, יש הבוחנים את מידת הקיום של האמנות, ויש הבוחנים את שתי התופעות הללו גם יחד.² דרך נוספת למדוד את המחויבות ליישום המשפט הבין-לאומי, אשר נמצאת במרכזו של מאמר זה, היא בחינת השאלה עד כמה המשפט הבין-לאומי מעוגן במשפטה הפנימי של המדינה.³ הדעת נותנת שכלל המשפט הבין-לאומי מעוגן יותר במשפטה הפנימי של המדינה, כך ניתן לאכוף אותו ביתר קלות, שכן לבתי המשפט הפנימיים של המדינה יהיה חלק פעיל באכיפתו. על כן מידת הקליטה של המשפט הבין-לאומי בחקיקה עשויה להיות מדד חשוב למידת מחויבותה של המדינה ליישום המשפט הבין-לאומי, במיוחד בכל הקשור לענפי משפט בין-לאומי המסדירים את פעילותה של המדינה בשטחה שלה.

המחקר על שאלות מסוג זה נוטה, בעולם בכלל ובישראל בפרט, להתמקד בסוגיות קונקרטיות (דהיינו, קליטה של התחייבות בין-לאומית ספציפית בחוק ספציפי והשפעת החקיקה הזו על הפרקטיקה הרלוונטית של המדינה) או לחלופין לעסוק בשאלות עקרוניות באשר לשיטת הקליטה הנוהגת במדינה (למשל, אם המדינה היא בעלת גישה דואליסטית או מוניסטית לקליטת

1 להסבר על הגישות השונות לתחולתם של דיני זכויות האדם בשטחה של המדינה ומחוצה לה ראו למשל Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 ISR. L. REV. 17 (2003).

2 ראו למשל: Oona A. Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, 111 YALE L.J. 1870 (2002); Tom Ginsburg, Zachary Elkins & Beth Simmons, *Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice*, 54 HARV. INT'L L.J. 61 (2013); BETH SIMMONS, *MOBILIZING FOR HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL LAW IN DOMESTIC POLITICS* (2009).

3 ראו למשל Zachary Elkins, Tom Ginsburg & Beth Simmons, *Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence and Human Rights Practice*, 54 HARV. INT'L L.J. 61 (2013).

המשפט הבין-לאומי).⁴ לעומת זאת המחקר נוטה פחות להתמקד בהסברים מדוע התחייבויות בין-לאומיות מסוימות נקלטו בדין הפנימי, ואילו אחרות לא, כמו גם בנייתו הדינמיקה הפוליטית והמשפטית המאפיינת את השלבים השונים בתהליך הקליטה עצמו.⁵ היבטים אלו חשובים במיוחד, שכן יש בהם כדי ללמד על הגורמים היכולים להשפיע על קליטתן של אמנות זכויות האדם, וממילא על הסיכוי לרתום את מנגנוני האכיפה המדינתיים לצורך אכיפתן של זכויות מסוימות.

מאמר זה עוסק בהשפעתם של דיני זכויות האדם המעוגנות במשפט הבין-לאומי על המשפט הישראלי. השאלה שבמוקד מחקר זה הנה השפעתם של דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי על תהליך החקיקה. אין בכוונתנו לבחון את התוצאות שנבעו מקליטתה של החקיקה הישראלית את המשפט הבין-לאומי בדין הפנימי (אם כי ברור כי התוצאות עשויות להיות חשובות, וכי הדבר מצדיק מחקר נפרד), אלא את התהליך שהביא לקליטה כאמור. בחינה זו מחייבת התמודדות עם שאלות עקרוניות, לרבות תפקיד המשפט הבין-לאומי בעיצוב המשפט הפנים-מדינתי, המידה שבה קיומה של מחויבות בין-לאומית משפיע על תהליך החקיקה במדינת ישראל, עד כמה עמדות שונות במשפט הבין-לאומי מובאות בחשבון במהלך תהליך הקליטה, ומהו מארג הסמכויות של הגופים הרשמיים של מדינת ישראל העוסקים בקליטת המשפט הבין-לאומי של דיני זכויות האדם אל המשפט הישראלי.

בחלקו הראשון של המאמר נעסוק ברקע הפוליטי והמשפטי של תהליך קליטת אמנות בין-לאומיות אל המשפט הפנימי. חלקו השני של המאמר כולל חקרי מקרה (case studies) שבהם נבדוק את השפעת המשפט הבין-לאומי על החקיקה הישראלית. חלקו השלישי של המאמר ינתח את חקרי המקרה, ובו נשתדל לאתר את נקודות ההשפעה המשוערות של המשפט הבין-לאומי על תהליך החקיקה. בחלקו האחרון של המאמר נציג מודל ראשוני של המשתנים העיקריים המסבירים את השפעת המשפט הבין-לאומי על הליך החקיקה בישראל.

נקודת המוצא של מחקר זה איננה אידאולוגית במובן זה שאיננו מניחים אפריורית כי כלל כלל שמקורו במשפט הבין-לאומי הוא בהכרח כלל מיטבי, ודאי שלא עבור מדינת ישראל. על כן איננו מביעים דעה על השאלה אם ישראל צריכה להצטרף לאמנות שונות או להחריג עצמה – ככל שהדבר אפשרי – מהוראות המשפט הבין-לאומי המנהגי. עם זאת בכל המקרים שאנו

4 הגישה המוניסטית למשפט הבין-לאומי, המקובלת בעיקר בשיטת המשפט הקונטיננטלית, מניחה כי התחייבות בין-לאומית של המדינה הופכת אוטומטית לחלק מהמשפט הפנימי שלה. בשיטה הדואליסטית, הננקטת ברבות ממדינות המשפט המקובל, התחייבות בין-לאומית של המדינה זקוקה לקליטה במשפט הפנימי על מנת להפוך לחלק מהמשפט הפנימי. בפועל, ההבדל בין הגישות אינו כה גדול, בעיקר כיוון שגם מדינות שבהן שיטת המשפט היא מוניסטית נוטות לדרוש אישור של המוסד המחוקק על מנת להתחייב בהתחייבות בין-לאומית, אלא שהליך זה נקט לפני קבלת ההתחייבות הבין-לאומית ולא לאחריה.

5 דוגמה נדירה לדיון בשאלות אלו ניתן למצוא אצל תומר ברודי וגיל-עד נועם "על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות: כיצד הכנסת נוהגת וכיצד תנהג" משפט ועסקים ט 175 (2008).

בוחנים במאמר זה אנו עוסקים בכללים השאובים מן המשפט הבין-לאומי אשר מדינת ישראל קיבלה אותם והתחייבה ליישם. בשל כך אנו מניחים כי ככלל צריכה להיות התאמה רבה בין המחויבות הבין-לאומית של מדינת ישראל לבין הצורה שבה מדינת ישראל אוכפת ומיישמת התחייבות זו בדין הפנימי שלה. בשל כך – בעניינו תוצאה חיובית אפשרית של מחקר זה היא איתורן של הדרכים שבהן ניתן לשפר את תהליכי החקיקה של מדינת ישראל על מנת להביא לידי כך שדיני זכויות האדם מן המשפט הבין-לאומי יבואו לידי ביטוי בצורה נאמנה יותר במשפט הפנימי של מדינת ישראל.⁶

ראוי להדגיש בשלב זה כי זהו מחקר ראשוני בלבד. ככזה הוא יכול להציע תובנות ראשוניות והיפותזות כלליות. מובן כי על בסיס הנאמר בו יש מקום לפתח ולבחון את ההנחות בו בצורה אמפירית מקיפה יותר. בחינה כזו יכולה לבחון את מכלול החקיקה בישראל, כמו גם את היחס בין חקיקה לבין שינוי הפרקטיקה הנוהגת הלכה למעשה.

א. מחויבות למשפט הבין-לאומי

1. כללי

מחויבותה של מדינה למשפט הבין-לאומי נקבעת בשתי דרכים עיקריות – בהתחייבויותיה המפורשות כפי שהן נקבעות באמנות בין-לאומיות ובהתחייבויות המוטלות על המדינה מכוח המנהג הבין-לאומי.⁷ העמדה המקובלת בדוקטרינה של המשפט הבין-לאומי היא כי על מדינות לקיים את כל התחייבויותיהן הבין-לאומיות, אך כי אופני הקליטה של התחייבויות אלו לדין הפנימי נעשים בכל מדינה על פי ההסדרים החוקתיים הנהוגים בה, והם אינם מעניינה של הקהילה הבין-לאומית, למעט במקרים חריגים, כפי שיפורט להלן.⁸ עם זאת סעיף 27 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות מדגיש כי היעדר קליטה של אמנה במשפט הפנימי של המדינה אינו יכול לשמש טעם בידי המדינה שלא לקיים את התחייבותה הבין-לאומית.⁹ המשפט הבין-לאומי יצר

6 כפי שנסביר להלן, יש כמובן אלו הסבורים כי תהליך שאנו מתארים – של קליטה נאמנה יותר של המשפט הבין-לאומי במשפט הישראלי – אינו רצוי. עבור אלו ההמלצות ה"חיוביות" שנמליץ בסיום המחקר כיצד לשפר את הקליטה של המשפט הבין-לאומי במשפט הישראלי יהפכו מן הסתם לתמרורי אזהרה בדבר מהלכים שיש להימנע מהם.

7 להסבר על מקורות המשפט הבין-לאומי ודרכי ההתחייבות ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 361–421 (2006).

8 לדיון כללי על הגישות השונות בעולם לתוקפו של המשפט הבין-לאומי במשפט הפנימי, הטעמים לגישות השונות והיתרונות והחסרונות של כל גישה ראו ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW 213–237 (2nd ed. 2005). מכל מקום, העמדה העקרונית של המשפט הבין-לאומי היא שיש לאפשר לכל מדינה לקבוע את כללי הקליטה המתאימים למשטרה החוקתי.

9 "A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty" (Vienna Convention on the Law of Treaties art. 27, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S 331).

אפוא ניתוק בין המחויבות במשטר הבין-לאומי לבין הקליטה של אותו משפט במשפט הפנימי: המדינה חופשייה לקלוט או לא לקלוט את המשפט הבין-לאומי למשפט הפנימי שלה ולבחור את דרך הקליטה הרצויה מבחינתה, אך בכל מקרה עליה למלא אחר התחייבויותיה הבין-לאומיות.

כאשר מדובר במחויבות בין-מדינתית בנושאים כלכליים למשל, הרי שדי בכריתת האמנה או בהתגבשות מחויבות המדינה למנהג על מנת להביא ברמת ודאות גבוהה לקיומה של ההתחייבות הבין-לאומית של המדינה.¹⁰ מדינות שמתחייבות בהתחייבויות בין-לאומיות כאלו עושות כן בדרך כלל מפני שיש אינטרסים כלכליים התומכים בנטילת ההתחייבות ובמימושה.¹¹ גם אם המדינה אינה מעוניינת בקיומה של התחייבות בין-לאומית קונקרטית, אפשר שקיומה יכפה עליה באמצעות מנגנוני האכיפה הפורמליים והלא פורמליים הקיימים במשפט הבין-לאומי ובפוליטיקה הבין-לאומית. מנגנונים אלה כוללים השפעה של ציות או חוסר ציות על התדמית החיצונית (reputation) של המדינה; יצירת תמריצים לציות באמצעות מוסד ההדדיות (reciprocity) – כלומר הפרה שכנגד של המדינה הנפגעת את האמנה – ותגובה עונשית למקרי הפרה (retaliation) – שיכולה להיות במישור פעולה שאינו מוסדר באמנה.¹² את המנגנונים האלה בעיקרם מפעילים מדינות אחרות או ארגונים בין-לאומיים והמנגנונים השיפוטיים הפועלים במסגרתם. למשל, בארגון הסחר העולמי קיים מנגנון של יישוב סכסוכים אשר בסמכותו להטיל סנקציות על המדינה המפרה את הסכמי ארגון הסחר העולמי.¹³ די בכל אלו בדרך כלל כדי להבטיח כי המדינות יקיימו את עיקר מרכיביו של המשפט הבין-לאומי.

מנגנוני האכיפה של דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי שונים. תחילה חשוב לציין כי לא תמיד מדינות מצטרפות לאמנות זכויות האדם מתוך מחויבות כנה לתוכנן ועל בסיס כוונה ממשית לקיימן. נהפוך הוא, במקרים מסוימים מדינות מצטרפות לאמנות בין-לאומיות בנושא זכויות האדם אף אם אין בכוונתן לקיימן, ויש הטוענים כי הן עושות כן מתוך מחשבה כי עצם ההצטרפות לאמנה עשויה לשפר את תדמיתן, להסית את תשומת הלב הבין-לאומית מהנעשה בשטחן, ובכך לאפשר להן להמשיך בהפרות זכויות אדם.¹⁴ יתר על כן, דרכי האכיפה הרגילות של הקהילה הבין-לאומית אינן תמיד רלוונטיות לדיני זכויות האדם: הדדיות אינה רלוונטית

10 ידועה אמרתו של Louis Henkin: "Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time" (LOUIS HENKIN, HOW NATIONS BEHAVE 47 (2nd ed. 1979)).

11 אייל בנבנישתי ועמיחי כהן "משפט בינלאומי פומבי" הגישה הכלכלית למשפט 697 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

12 ANDREW T. GUZMAN, HOW INTERNATIONAL LAW WORKS: A RATIONAL CHOICE THEORY 41 (2007).

13 אריה רייך "ארגון הסחר העולמי מ-GATT ל-WTO" ארגון הסחר העולמי וישראל: משפט כלכלה ופוליטיקה 15 (2006).

14 Oona A. Hathaway, *Why do Countries Commit to Human Rights Treaties?*, 51 J. CONFLICT RESOL. 588 (2007).

ככלי אכיפתי, שכן מדינות אינן יכולות לאיים על מדינות אחרות כי יפרו את זכויות האדם של תושביהן בתגובה להפרה מצד המדינה האחרת של זכויותיהם של תושביה שלה. יתר על כן, בשל שיקולים פוליטיים מדינות אינן נוטות לנקוט סנקציות עונשיות נגד מדינות המפרות את זכויות האדם אלא במקרים קיצוניים ביותר.¹⁵ קיימים כמה בתי דין בין-לאומיים הדנים בהפרות של זכויות אדם,¹⁶ אך מדינות רבות נרתעות מלהסמיך ארגונים בין-לאומיים או גופים שיפוטיים להפעיל סמכויות אכיפה במקרים של הפרות דיני זכויות האדם, שכן הן חוששות כי גופי אכיפה אלו יפנו ביקורת נגדן ולא רק נגד מדינות אחרות. הכלי המרכזי שבו משתמשת הקהילה הבין-לאומית במקרים אלו הוא אפוא הכלי התדמיתי – גינויים של הפרות זכויות האדם – באמצעות ועדות בין-לאומיות אשר הוקמו מכוח אמנות בין-לאומיות, גופים שונים הפועלים בחסות האו"ם וכו'. אך לכלי זה אפקטיביות מוגבלת, שכן מדינות חזקות למשל אינן חשופות לפגיעה תדמיתית כפי שמדינות חלשות יותר חשופות לה.

לאור האמור לעיל, מנגנון האכיפה של דיני זכויות האדם שונה מהמנגנון הקיים הקשור להתחייבויות מתחום המשפט הבין-לאומי הכלכלי. ראשית, מבחינה פורמלית, רבות מאמנות זכויות האדם הן חריג לעקרון אי-ההתערבות בהליך הקליטה שפורט לעיל, והן כוללות מחויבות מפורשת של המדינה לקלוט את המחויבויות לזכויות האדם במשפטה הפנימי.¹⁷ במקרים אלו המדינות התחייבו למעשה להפוך את אמנות זכויות האדם לכלי משפטי שכל אזרח יכול להשתמש בו במדינתו שלו באמצעות בתי המשפט של אותה מדינה.

שנית, ספרות ענפה שהתפתחה בנושא דיני זכויות האדם מדגישה כי השפעתן של זכויות האדם על התנהגות המדינות מתרחשת בצורה עקיפה ומורכבת. דיני זכויות האדם משפיעים בדרך כלל על התנהגות המדינות באמצעות מנגנונים, כגון ארגוני חברה אזרחית, בתי משפט ועוד, המקדמים שינוי הדרגתי של עמדות פוליטיות לכיוון ציות לנורמות של זכויות אדם¹⁸ וחיזוק כוחות פנימיים התומכים בזכויות אדם.¹⁹ לצד זאת השפעת מנגנונים אלו על יחסי הכוחות בין גורמים פוליטיים בתוך המדינה מייצרת לעתים התנגדות פוליטית לזכויות האדם במדינות שונות, ובחלק מהמקרים מדינות אף החליטו לפרוש מאמנות זכויות אדם שהגבילו,

15 המקרים הקיצוניים ביותר של הפרות זכויות אדם הם פשעים נגד האנושות והשמדת עם. במקרים אלו קיימים אמצעים עונשיים מוגבלים בידי הקהילה הבין-לאומית – בית הדין הפלילי הבין-לאומי, התערבות צבאית הומניטרית וכו'. אך אלו הן הפרות קיצוניות, ותגובות יוצאות דופן. הן אינן רלוונטיות לרוב המכריע של הפרות זכויות האדם בעולם.

16 בתי הדין הבין-לאומיים המרכזיים העוסקים בהפרות של זכויות אדם הם בית הדין האירופי לזכויות אדם, העוסק בהפרות של האמנה האירופית לזכויות אדם; בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם, העוסק באכיפת האמנה האמריקאית לזכויות אדם.

17 רות לפידות, ארנה בן-נפתלי ויובל שני חובת קליטה של אמנות בנושא זכויות אדם לדין הישראלי (2004).

18 Harold Hongju Koh, *Why do Nations Obey International Law?* 106 YALE L.J. 2599 (1997)

19 Beth A. Simmons, *From Ratification to Compliance: Quantitative Evidence on the Spiral Model*, in THE PERSISTENT POWER OF HUMAN RIGHTS: FROM COMMITMENT TO COMPLIANCE 43 (Thomas Risse, Stephen C. Ropp & Kathryn Sikkink eds., 2013)

לתפיסתן, את חופש הפעולה שלהן יתר על המידה.²⁰ בהקשר זה מידת הקליטה של אמנות זכויות האדם במרקם המשפטי של המדינה היא שאלה עובדתית חשובה, שכן הדבר עשוי להצביע על קבלה מצד המערכת הפוליטית והמשפטית של הנורמות הקבועות באמנות ולסייע לנו לשער מה תהיה בסופו של דבר מידת הקיום של עקרונות וכללי המשפט הבינ-לאומי של זכויות האדם במדינה (לפחות באותן מדינות הכפופות ל"שלטון החוק", שבהן לדין הפנימי יש השפעה על מדיניות הממשלה).

קליטת זכויות האדם במשפט המדינה נעשית בעזרת כמה וכמה אמצעים: הראשון הוא האמצעי החוקתי – מספר גדול של מדינות הפכו את הצהרת זכויות האדם (1948) וחלקים מאמנות זכויות האדם לחלק ממשפטן החוקתי, ובכך הקנו להן מעמד על-חוקי. קליטה כזו, אם היא נעשית בצורה כנה שאיננה מאפשרת התחמקות של המדינה מהמחויבויות שלה,²¹ היא כמובן צורת הקליטה המחייבת ביותר, שכן היא מגבילה את כוחה של המדינה לחוקק חוקים שיסתרו את המחויבויות שלה לפי דיני זכויות האדם של המשפט הבינ-לאומי.²² אכן, במדינות רבות בעולם לאמנות לזכויות אדם ניתן מעמד כזה.²³

- 20 ראו למשל את המקרה של Trinidad and Tobago. לפירוט ראו, Natasha Parassram Concepcion, *The Legal Implications of Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights*, 16 AM. U. INT'L L. REV. 847 (2000). במקרים מסוימים אף גרמה פעילות הגופים הבינ-לאומיים לתגובת נגד שכוונה נגד גורמים פנים-מדינתיים המשתפים עמם פעולה. ראו למשל פעילות במדינות שונות נגד ארגוני זכויות האדם בגלל החשש כי פעילותם מובילה להתערבות בין-לאומית בנעשה במדינה. Amnesty Int'l, *Rule by Law: Discriminatory Legislation and Legitimised Abuses in Uganda*, 21 AI Index AFR 59/006/2014 (Oct. 2014); Amnesty Int'l, *Lawfare to Destroy 'Enemies within' – Russian NGOs Tagged as 'Foreign Agents'* (Oct. 9, 2014), <https://www.amnesty.org/en/articles/news/2014/10/lawfare-destroy-enemies-within-russian-ngos-tagged-foreign-agents/>; Darin Christensen & Jeremy Weinstein, *Defunding Dissent: Restrictions on Aid to NGOs*, 24 J. DEMOCRACY 77 (2013); HUMAN RIGHTS NGOs IN EAST AFRICA: POLITICAL AND NORMATIVE TENSIONS (Makau Mutua ed., 2009).
- 21 חקר מקרה מעניין הוא המצב המשפטי בארצות הברית, שבה אמנות בין-לאומיות נהנות ממעמד על-חוקי (supreme law of the land). עם זאת בעת הצטרפותה לאמנות בין-לאומיות בנושא זכויות האדם הכריזה ארצות הברית על אמנות אלו כעל בלתי ישימות בהיעדר חקיקה קולטת (non-self-executing treaties), ובכך נשלל מהן מעמדן כדין פנימי מחייב בלא חוק קולט. ראו U.S. Reservations, Declarations, and Understandings, International Covenant on Civil and Political Rights, 138 CONG. REC. 4781-01 (1992).
- 22 Andrew Moravcsik אכן טוען כי כאשר המדינות הקומוניסטיות לשעבר הצטרפו לאמנות זכויות האדם בראשית שנות התשעים של המאה העשרים הייתה מטרתן המרכזית "לקבע" את המשטר הדמוקרטי ולמנוע ממשטרים עתידיים לחזור אל צורת המשטר הקומוניסטית או לאמץ שיטת משטר אוטוריטרית אחרת. ראו Andrew Moravcsik, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, 54 INT'L ORG. 217 (2000).
- 23 Elkins, Ginsburg & Simmons, לעיל ה"ש 3. התפתחות זכויות האדם בחוקות הושפעה השפעה מובהקת מהתפתחות זכויות האדם במשפט הבינ-לאומי. לעמדה אחרת, שעל פיה התפתחות זכויות

אמצעים אחרים שניתן להזכיר הם חקיקה קולטת אשר נותנת תוקף חוקי לאמנות זכויות אדם ספציפיות בדין המקומי, קליטת דיני זכויות אדם בבתי משפט באמצעות פרשנות הדין הקיים לאור התחייבויותיה הבינ-לאומיות של המדינה וצווים מנהליים. עם זאת יש לציין כי במדינות אחדות הדין הפנימי מגביל את תוקפן של אמנות בין-לאומיות שנקלטו במשפט הפנימי בצורות שונות ומשונות (למשל על דרך הגבלת סמכויותיהם של בתי המשפט לבטל חוקים מכוח אמנות זכויות אדם).²⁴ לעובדה זו השלכה חשובה על האופן שבו אותה מדינה צפויה לקיים את התחייבויותיה הבינ-לאומיות בתחום הרלוונטי.

2. ישראל

על פי המשפט הישראלי,²⁵ להתחייבויות של ישראל באמנות בין-לאומיות אין תוקף במשפט הישראלי כל עוד לא נקלטו בחוק ישראלי, והן רק כלי פרשני המסייע בקביעת תוכנו של הדין הקיים. לעומת זאת המנהג הבינ-לאומי הוא בעל כוח מחייב גם בלא קליטה במשפט הישראלי כל עוד אין חקיקה ישראלית סותרת. ישראל היא צד לשבע אמנות מרכזיות בתחום דיני זכויות האדם,²⁶ אך להתחייבויות הבינ-לאומיות של מדינת ישראל לפי אמנות אלו אין מעמד של חוק, שכן הכנסת לא אימצה מעולם חקיקה קולטת בעניינן.²⁷ עם זאת ייתכן כי חלק מהתחייבויותיה של מדינת ישראל באמנות בין-לאומיות של זכויות אדם חלות מכוח היותן משפט בין-לאומי

האדם בחוקות ובמשפט הבינ-לאומי קרתה בעת ובעונה אחת, ראו David S. Law & Mila Versteeg, *The Declining Influence of the US Constitution*, 87 N.Y.U. L. Rev. 762 (2012).

24 ראו לעניין זה את ה-1998 Human Rights Act, הבריטי, שסעיף 4 שלו מגביל את סמכות בית המשפט המאתר סתירה בין הוראות החוק הפנימי לבין האמנה האירופית לזכויות אדם להכריז על אי-התאמת החוק להתחייבויות הבינ-לאומיות של בריטניה (הוא אינו מוסמך לבטל את החקיקה הסותרת). דוגמה אחרת היא התפיסה האמריקאית שעל פיה אמנות זכויות האדם הן Non-Self-Executing Treaties, ולפיכך אינן מחייבות במשפט הפנימי (ראו לעיל ה"ש 21). ראו למשל John C. Yoo, *Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution and the Original Understanding*, 99 COLUM. L. REV. 1955 (1999).

25 לתיאור המצב הפוזיטיבי במשפט הישראלי ראו רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי" משפטים יט 807 (1990).

26 אמנה בין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966); אמנה בין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966); אמנה בין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1966); אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979); אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984); אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989); Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Mar. 30, 2007, 2515 U.N.T.S. 3.

27 חריג מסוים לעניין היה בנוגע לפשע השמדת העם – מסיבות היסטוריות זכתה האמנה נגד השמדת עם לחקיקה ישראלית קולטת. לדיון נרחב בכנסת ואף ליישום משפטי מסוים במשפט אייכמן ראו ברודי ונועם, לעיל ה"ש 5. ראו גם Leora Bilsky, *The Eichmann Trial and the Legacy of Jurisdiction*, in POLITICS IN DARK TIMES: ENCOUNTERS WITH HANNAH ARENDT 198 (Seyla Benhabib ed., 2010).

מנהגי.²⁸ בנוסף, חלק מהזכויות הקבועות באמנות נכללו בחוקי היסוד שנחקקו ב-1992. במהלך משולב מעניין, שטרם נחקר עד תום, הצטרפה ישראל לאמנות זכויות האדם המרכזיות בשנת 1991 וחוקקה ב-1992 את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המקבע במשפטה החוקתי של ישראל חלק מזכויות האדם הכלולות באמנות אלו. אין זה ברור מה הקשר בין שני המהלכים, ואם המהלך הראשון הוביל לשני. על כל פנים, התוצאה הסופית היא כי חוקי היסוד כללו, חלקית, זכויות אדם מסוימות, כגון הזכות לחיים, חירות, פרטיות וחופש תנועה.

בית המשפט העליון עשה רבות במהלך השנים על מנת לתת תוקף למעמדו של המשפט הביין-לאומי במשפט הישראלי. למשל, כמה וכמה עקרונות מאמנות זכויות האדם אומצו אל תוך המשפט הישראלי בדרך של פרשנות אף שלא קיבלו מעמד פורמלי בחקיקה הראשית. דרך מרכזית אחת שנקט בית המשפט העליון להפנמת המשפט הביין-לאומי במשפט הישראלי היא על פי כלל הפרשנות הקובע כי על בית המשפט לפרש כל חוק ישראלי, אם אך ניתן לעשות כן, באופן שיתאים להתחייבותיה הביין-לאומיות של מדינת ישראל.²⁹ עד שלהי שנות התשעים של המאה הקודמת היה ניתן לומר כי בית המשפט אינו עושה שימוש בכלל זה, אלא להפך – בית המשפט פירש את המשפט הביין-לאומי באופן שיתאים למשפט הישראלי.³⁰ אך בשנים האחרונות השפעתו של המשפט הביין-לאומי של זכויות האדם על פסיקתו של בית המשפט העליון הולכת וגדלה, בעיקר במסגרת פרשנות של חקיקה ישראלית רגילה,³¹ ובכמה הזדמנויות אף במסגרתה של פרשנות חוק יסוד שהובילה לפסילת חקיקה ראשית של הכנסת.³² נוסף על כן, בית המשפט העליון מרבה לבחון את פעולות הצבא בשטחים לפי אמות מידה השואבות מהמשפט הביין-לאומי, לרבות מדיני זכויות האדם של המשפט הביין-לאומי, ככל הנראה מתוך תפיסה כי בהיעדר הסמכה נוגדת בחוק, המשפט המנהלי הישראלי מחייב את הצבא להישען על המשפט הביין-לאומי כמקור סמכויותיו בשטחים, וכי הוא מוגבל בעת הפעלת סמכותו כרשות מנהלית בהוראות הרלוונטיות של המשפט הביין-לאומי.³³ יוצא אפוא כי זכויות אדם רבות זכו למעמד נכבד במשפט הישראלי ולהשפעה רבה על הפסיקה, גם אם בחלק ניכר מן המקרים לא התבסס בית המשפט בהחלטותיו ישירות על כללי המשפט הביין-לאומי.

28 השוו למשל § RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES (1986) 70 (רשימת זכויות שבתי משפט אמריקאים הכירו בהן כמייצגות דין מנהגי; בימים אלו נערכת רשימה חדשה במסגרת המהדורה הרביעית של ה- RESTATEMENT OF THE FOREIGN (RELATIONS LAW OF THE US).

29 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון פ"ד נד(1) 721, 742 (2000).

30 עמיחי כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי: מבט מן המשפט הבינלאומי" קרית המשפט ו 263 (2006).

31 בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 378-380 (2006).

32 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013).

33 ראו למשל בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(2) 349, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003).

3. קליטת המשפט הבין-לאומי של דיני זכויות האדם בחקיקה בישראל – עקרונות ומתודולוגיה

אף שרבות מאמנות זכויות האדם נקלטו בפסיקת בית המשפט העליון, בין דרך פרשנות חוקי היסוד ובין דרך פרשנות חקיקה רגילה, הרי שדרך המלך לקליטת המשפט הבין-לאומי – הקליטה המפורשת בחקיקה של הוראות הדין הבין-לאומי – כמעט לא ננקטה במשפט הישראלי. ודוק, במדינה בעלת שיטת משפט דואליסטית כמדינת ישראל, כל התחייבות בין-לאומית שאינה מלווה בחקיקה קולטת עלולה לסבול מתת-אכיפה, הן בשל הערך הסמלי של החקיקה, המדגישה את מחויבותה של המדינה לנורמה הבין-לאומית ומגבירה את המודעות לדבר קיומה, והן בשל יכולתם המוגבלת של בתי המשפט לאכוף על המדינה את קיום התחייבותה בהיעדר חקיקה מתאימה.³⁴ בשל כך העמדה המסורתית של גופים בין-לאומיים הבוחנים את מחויבותיהן של המדינות למשפט הבין-לאומי היא כי עליהן לשאוף ולאמץ חקיקה קולטת, אשר תביא לידי ביטוי את עקרונות זכויות האדם הקבועים במשפט הבין-לאומי.³⁵ יש להדגיש כי מלבד תפקידו כמעודד שינוי בדין המדינתי, אשר נועד להוביל לאימוץ סטנדרטים בין-לאומיים בחקיקה המקומית, אפשר שלמשפט הבין-לאומי יש גם תפקיד "חוסם" מסוים: הוא נועד למנוע חקיקת חוקים אשר יש בהם פגיעה בזכויות האדם וסתירה למחויבות הבין-לאומית של המדינה. למשל, הצעת חקיקה הסותרת את מחויבותה של מדינת ישראל על פי המשפט הבין-לאומי אמורה ככלל להידחות ברשות המחוקקת מטעם זה, או לכל הפחות לעבור תיקוני נוסח אשר יתאימו אותה למחויבויות הבין-לאומיות של מדינת ישראל.

מטרת מחקר זה איננה להסתפק ב"מבחן התוצאה" בכל הקשור להפנמת דיני זכויות האדם ולחסימת חקיקה המנוגדת לדינים אלו – איננו מבקשים לבחון רשימה מקיפה של מקרים שבהם החקיקה שנתקבלה בישראל מתאימה או לא מתאימה למחויבות הבין-לאומית של מדינת ישראל. אנו מבקשים להבין את התהליכים הספציפיים המאפשרים את השפעתו של המשפט הבין-לאומי של דיני זכויות האדם על תהליך החקיקה, למפות את הגורמים שהביאו לתוצאה מסוימת ולהמליץ במידת האפשר על דרכים להסדרת ההשפעה של המשפט הבין-לאומי על המשפט הישראלי.

בחינת ההשפעה של המשפט הבין-לאומי על שני הפנים של החקיקה – התאמת הדין הקיים לחוק הבין-לאומי ומניעת שינויים לא חוקיים בדין הפנימי – מחייבת תשומת לב למתודולוגיה

34 אמנם בית המשפט מעניק לאמנה משמעות פרשנית, כמפורט לעיל, אך זו משמעות מוגבלת בלבד. אמנה אינה יכולה לשמש מקור עצמאי לחיוב או לזכות אם אין חוק ישראלי מתאים שניתן לפרשו. כמו כן כלל ההתחייבויות הבין-לאומיות של מדינת ישראל (מנהגים ואמנות) נסוגות מפני חוק ישראלי שסותר אותן ישירות. ראו תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" **משפט בינלאומי** 65–71 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016).

35 ראו למשל U.N. Human Rights Comm., General Comment 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, P 13, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (Mar. 29, 2004).

הנכונה של הבחינה. דיני זכויות האדם הם חלק מהמארג החוקי, הפוליטי והחברתי של מדינת ישראל, וההתחשבות בהם ובחקיקתם איננה נובעת רק, או אף בעיקר, מההתחייבויות הבין-לאומיות של המדינה. קיימים כוחות פוליטיים במדינת ישראל התומכים בחקיקת החוקים התומכים בזכויות האדם, ויש להם טעמים חשובים לעשות כן גם בלא קשר למחויבות בין-לאומית כזו או אחרת. בשל כך – בחינת ההשפעה של המשפט הבין-לאומי על תהליכי החקיקה של חוקים המבטאים זכויות אדם צריכה לגלות רגישות לפרטי התהליכים, ובמידה רבה למארג האינטרסים המשפיע על החקיקה בכללותה. יש לציין כי אשר לאפקט ה"חוסם" של המשפט הבין-לאומי, מדידת ההשפעה של ההתחייבויות הבין-לאומיות קשה עוד יותר, שכן אנו נדרשים ליצור מעין מציאות מדומה (counter-factual) – מה היו פניה של החקיקה הישראלית אלמלי היו דיני זכויות האדם ומחויבויותיה הבין-לאומיות של מדינת ישראל מונעים חקיקת חוקים מסוימים? למרות זאת ננסה לבחון את פרטיהם של כמה תהליכים שבהם האיום המרומוז או המפורש בהיות חקיקה מסוימת סותרת את המשפט הבין-לאומי הוביל ככל הנראה לשינוי בהצעות חוק או לגניזתן.

המתודולוגיה הנדרשת במחקר מעין זה מורכבת מכמה רמות: ראשית עלינו לאתר את הצמתים שבהם למשפט הבין-לאומי יכולה להיות השפעה על החקיקה; שנית עלינו לפתח דרכים לבדיקה מה אכן הייתה ההשפעה של המשפט הבין-לאומי על תהליכי החקיקה בצמתים אלו; שלישית עלינו לזהות את מגוון האינטרסים הנוספים אשר באו לידי ביטוי בתהליכים אלו ואת השפעתם בפועל על תהליך החקיקה; לבסוף עלינו לנסות לזהות דפוסים חוזרים של השפעות של משפט זכויות האדם על החקיקה ולהשתמש בדפוסים אלו על מנת לנסות לתאר את נקודות החוזק מחד ואת הכשלים המבניים מאידך של תהליכי החקיקה.

איתור צומתי ההשפעה נעשה באמצעות בחירה של כמה חקרי מקרה פרטניים שבהם ניתן לזהות השפעה של המשפט הבין-לאומי על המשפט הישראלי. את המקרים בחרנו לאור הידע הקודם שלנו על אודות השפעת המשפט הבין-לאומי על תהליכי חקיקה ולפי המלצות של מומחים בתחום.³⁶ ניסינו לברוק בכל אחד מהמקרים האמורים כמה משתנים אשר השפיעו על התהליך לאור שיחות שערכנו עם אנשים שהיו מעורבים בהליך החקיקה. באמצעות שיחות אלו ניסינו למפות את הליך החקיקה, את הצמתים שבהם השפיע המשפט הבין-לאומי על הליך החקיקה ואת מידת ההשפעה שלו.³⁷

בכל אחד מחקרי המקרה השתדלנו לאתר את ההתייחסות למשפט הבין-לאומי – באיזה הקשר הוא נדון במסגרת הכנת הצעת החוק או בדיונים של הכנסת וועדותיה שעסקו בחוק בשלביו השונים של הליך החקיקה. ניסינו לזהות גם את מגוון הקבוצות והארגונים שפעלו בעד

36 יש לציין כי בחירת המקרים אינה חופשית מהטיה מסוימת (selection bias) – שכן בחרנו מקרים שבהם ידענו, או האנשים שדיברנו אתם ידעו, שלמשפט הבין-לאומי של זכויות האדם הייתה השפעה כלשהי על הליך החקיקה.

37 ראוי לציין כי מרבית השיחות שנוהלו עם אנשי המקצוע שהיו מעורבים בהליכי החקיקה לקראת כתיבתו של מאמר זה נעשו שלא לציטוט ושלא לייחוס.

או נגד קבלתה של הצעת החוק ולאחר את האינטרסים השונים שלהם. את מגוון חקרי המקרה והממצאים של מחקר זה נציג בחלק ב של המאמר.

חלק ג של המאמר עוסק במסקנות הכלליות שאנו מסיקים מחקרי המקרה ובזיהוי המאפיינים של הליך החקיקה בישראל, ככל שהוא משיק למשפט זכויות האדם הבין-לאומי. בחלק זה של המחקר יוצגו כמה חקרי מקרה העוסקים בכמה תהליכי חקיקה הנוגעים להתחייבויותיה הבין-לאומיות של ישראל מכוח דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי, בניסיון להתחקות אחר מקורותיהם של התהליכים ומתוך רצון להבין עד כמה הליך החקיקה נבע מהתחייבויותיה של מדינת ישראל והושפע מהן לפי הדין הבין-לאומי. כאמור, חקרי המקרה כאן הם מחקר ראשוני בלבד בתחום זה, שכמעט לא זכה למבט רוחבי. אשר על כן איננו טוענים כי המקרים המופיעים כאן משקפים במלואו את מכלול המקרים שבהם קיום ההתחייבויות הבין-לאומיות של מדינת ישראל בתחום דיני זכויות האדם. עם זאת המקרים שנבחרו נועדו לייצג את הקטגוריות המרכזיות של המקרים שבהם המשפט הבין-לאומי השפיע או היה יכול להשפיע על תוכני החקיקה בישראל: (1) מקרים שבהם נראה כי קיימת זיקה ישירה בין יזמת החקיקה לבין דבר קיומה של התחייבות בין-לאומית; (2) מקרים שבהם תכלית החקיקה עולה בקנה אחד עם האמנה או עם ההתחייבות הבין-לאומית, אולם לא ברור כי יש זיקה ישירה ביניהן, או שהזיקה אינה מפורשת; (3) מקרים המתייחסים להצעות חוק הסותרות לכאורה אמנה בין-לאומית.

כאמור לעיל, בחרנו שורה של מקרים שבהם נטען כי החקיקה בישראל היא בעלת זיקה (חיובית או שלילית כפי שהוסבר לעיל) למשפט הבין-לאומי בכלל ולדיני זכויות האדם בפרט. בכל אחד מהמקרים השתדלנו לבחון לא רק את התוצאה הסופית של תהליך החקיקה אלא אף את הגורמים שהביאו לתוצאה ואת הצעדים שנקטו הצדדים השונים לתהליך על מנת למנף את הטיעון הכרוך במשפט הבין-לאומי. השתדלנו לברר תחילה מה הייתה הבעייתיות שנטענה במסגרת כל אחד מהליכי החקיקה ביחס למשפט הבין-לאומי, ואת יחסי הגומלין בין הצעת החוק הנדונה לבין ההתחייבות הבין-לאומית הרלוונטית של מדינת ישראל בתחום זכויות האדם. נוסף על האמור לעיל בחנו כמה שאלות שנראות לנו רלוונטיות להליך החקיקה:

- (1) מהי הזיקה שנוצרה במהלך הדיון בהצעת החוק בינה לבין המשפט הבין-לאומי?
- (2) מי היו הגורמים המעורבים בחקיקה ומה האינטרסים שהם שאפו לקדם?
- (3) מי היו הגורמים המעורבים בהעלאת טענות מכוח המשפט הבין-לאומי? האם גורמים בין-לאומיים היו מעורבים בהליכים אלו?

קטגוריה (1): חוקים שבהם קיימת זיקה ישירה בין החקיקה לבין התחייבות בין-לאומית

הקטגוריה הראשונה כוללת מקרים שבהם מצאנו כי יש זיקה ישירה ומפורשת בין ההתחייבות הבין-לאומית של מדינת ישראל בתחום זכויות האדם לבין הליך החקיקה. באותם מקרים ניתן להניח במידה רבה של ודאות כי אכן ההתחייבות הבין-לאומית הייתה אחד מהגורמים המרכזיים שהביאו את המדינה לנקוט את הליך החקיקה. במסגרת קטגוריה זו נבחן את החוקים האלה: חוקים שונים הנוגעים לזכויות ילדים; חוק איסור סחר בבני אדם; תיקון חוק העונשין – שוחד עובדי ציבור זרים.

א) חוקים הנוגעים לזכויות ילדים

כללי

על האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד חתמה מדינת ישראל ביום 3 ביולי 1990 ואשררה ביום 4 באוגוסט 1991. האמנה כוללת הוראות שונות בדבר הגנה על ילדים והבטחת זכויותיהם במדינה. חלק מההוראות הנוגעות לזכויות אלה עוסקות בצורך לחוקק, או להטמיע בדרך אחרת במשפט הפנימי, חוקים המגנים על הזכויות המופיעות באמנה.³⁸ מאז החתימה על האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד נקטו צעדים אחדים לשם הטמעת עקרונותיה בחקיקה הישראלית, בין היתר הוקמה בכנסת ה-15 ועדה העוסקת בהגנה על זכויות הילד, שמטרתה הן "הגנה על הילדים וקידום מעמד הילדים ובני הנוער, במטרה לממש את זכויותיהם ברוח האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד..." מלבד זאת, ביום 27 ביוני 1997 מינה שר המשפטים דאז, צחי הנגבי, את הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (להלן: ועדת רוטלוי או הוועדה). הוועדה הגישה את המלצותיה לשר המשפטים בחודש מרס 2004.³⁹

יש להדגיש כי ועדת רוטלוי מונתה בעקבות הצטרפותה של מדינת ישראל לאמנה הבין-לאומית לזכויות הילד, ובכתב המינוי שלה נכתב כדלקמן: "הוועדה מונתה במטרה לערוך בחינה מקפת של הדין הישראלי בשאלות הנוגעות לזכויות הילד, למעמדו המשפטי ולרווחתו, לאור האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד".⁴⁰ הוועדה גיבשה שישה דוחות מקיפים, שהיו תוצר של שש שנות עבודה, ובהם נכללה הצעה לרפורמה מקיפה בחקיקה הישראלית. אלה תיקוני החקיקה שהתבססו על דוח הוועדה: תיקון מס' 14 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשס"ח-2008;⁴¹ תיקונים לחוק דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955;⁴² תיקון לחוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 8), התשע"א-2010.⁴³

על הקשר בין המלצות הוועדה והחקיקה שבעקבותיה לבין האמנה לזכויות הילד ניתן ללמוד מכמה אינדיקציות: ראשית, בכתב המינוי של הוועדה הוצבו בפניה שלוש מטרות עיקריות:⁴⁴

1. גיבוש תפיסות יסוד באשר לילדים, לזכויותיהם ולמעמדם לפי עקרונות האמנה לזכויות הילד.
2. עריכת בחינה ביקורתית מקיפה של החקיקה הישראלית לאור תפיסות יסוד אלה וגיבוש הצעות חקיקה מקיפות שמטרתן להתאים את החקיקה לעקרונות האמנה.

38 למשל ס' 4, 16 (2) לאמנה לזכויות הילד, כ"א 31 (נפתחה לחתימה 1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).

39 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח הוועדה – חלק כללי 32 (2003) (להלן: דוח רוטלוי).

40 שם, בעמ' 11-12.

41 ס"ח 688.

42 ס"ח 96.

43 ס"ח 110.

44 תמר מורג "השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית" משפחה במשפט ג-ד 67 (2010-2009).

3. בחינת הצורך ביצירת מנגנוני יישום כלליים וספציפיים לשם יישום עקרונות היסוד והעקרונות החקיקתיים שיגובשו לאורם.

שנית, בחלק הכללי לדוח נכתב כי "מינוי הוועדה אפשר לראשונה במדינת ישראל עריכה של בחינה מקפת מתוך מבט כולל של החקיקה הנוגעת לילדים וקביעת עקרונות אחידים, מסודרים ומגובשים לעריכתה. כל זאת, תוך שהאמנה משמשת כנקודת מוצא לדיוני הוועדה".⁴⁵ בהמשך הוסבר כי "נקודת המוצא לדיון הייתה הוראות האמנה, וזאת בהתאם לכתב מינויה". ואכן, על פי האמור בחלק הכללי בדוח הוועדה, הוועדה הקדישה כשנה מעבודתה לבחינת הסוגיות הרעיוניות שעולות מהגדרת התפיסה בדבר זכויות הילד כעולה מן האמנה, ותהליך פרשנות האמנה בה בוצע אגב לימוד מתמיד של עמדת המשפט הבין-לאומי בנושא והתייחסותם לאמנה של אנשי מקצוע מובילים.

שלישית, אחת הסיבות המרכזיות להקמתה של הוועדה הייתה פנייתה לשר המשפטים של ד"ר תמר מורג, שהייתה באותה העת מנהלת מרכז הילד והמשפט במועצה הלאומית לשלום הילד.⁴⁶ פנייתה של ד"ר מורג התבססה הן על הטענה כי יש צורך בתיקון מקיף בדיני הילדים בישראל, המורכבים טלאים טלאים, והן על הטענה כי הצטרפותה של מדינת ישראל לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד מחייבת את התאמת החקיקה הישראלית לאמנה.⁴⁷ פניית ד"ר מורג לשר המשפטים זכתה לתמיכה חזקה בידי מי שהייתה באותה העת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד יהודית קרפ (אשר כיהנה בשנים 1996–2003 גם כחברה בוועדת האו"ם הממונה על יישום האמנה), אשר ראתה אף היא בהליך החקיקה כדבר המתחייב מאשרור ישראל את האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד.⁴⁸

לבסוף, במקומות שונים בדוח הוועדה נאמר מפורשות כי יש לפרש את הדין הישראלי ולפתחו לאור העקרונות והמחויבויות הגלומים באמנה בדבר זכויות הילד. גם בחוקים שנולדו ישירות מהמלצות הוועדה ניתן למצוא זיקה "עקיפה" ביניהם לבין האמנה, מאחר שההמלצות חופפות ברובן את ההתחייבויות הבין-לאומיות של ישראל, על פי האמנה, כמפורט לעיל.

(א) החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב–2002⁴⁹

הדין המצוי

החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד נחקק בשנת 2002, ומטרתו, כאמור בסעיף 2 לחוק, היא "לחייב את חברי הכנסת ואת הממשלה לבחון, במהלך הכנת הצעת חוק לקריאה ראשונה, את השפעתה של הצעת החוק על זכויותיהם של ילדים, ברוח עקרונות האמנה".

45 דוח רוטלוי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 32.

46 שם, בעמ' 31.

47 מורג, לעיל ה"ש 44, בעמ' 69–70.

48 שם, בעמ' 70.

49 ס"ח 486. באופן כללי ראו נדיב מרדכי, משה אוסטרובסקי ומרדכי קרמניצר "החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות הילדים" (הצעה לסדר 5, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2014).

זיקה למשפט הבין-לאומי

אין הוראה מפורשת באמנה הדורשת מהמדינה החברה בה כי תחוקק חוק מסוג זה. עם זאת מדובר בחוק כללי – "תשתיתי" – שמטרתו היא לבדוק כיצד חקיקת כל חוק בישראל עשויה להשפיע על זכויות ילדים כדי להגן על זכויותיהם גם במקרה של פגיעה פוטנציאלית בהוראות האמנה. אשר על כן אין זה מפתיע כי הגופים העוסקים בזכויות ילדים ואשר השתתפו בדיוני הוועדה בכנסת נקטו את הגישה כי הדרישה עולה מרוח האמנה.⁵⁰

הגורמים המעורבים בחקיקה

מדובר בהצעת חוק שמקורה בוועדה לזכויות הילד. בדיונים בכנסת השתתפו נציגי משרד המשפטים, חינוך ורווחה, וכן המועצה לשלום הילד ותלמידים. הצעת החוק נועדה לקדם, לשיטת המציעים, את הפנמת הזכויות הגלומות באמנת זכויות הילד בהבטיחה כי המחוקק יביא בחשבון, בפומבי ובשקיפות מלאה, את ההשפעה של כל דבר חקיקה על זכויותיהם של ילדים. את הצעת החוק (והצעות דומות) קידמו המועצה הלאומית לשלום הילד והעומד בראשה.

דא עקא, משרד המשפטים התנגד להצעת חוק זו. לשיטתו, השפעת דבר חקיקה על זכויותיהם של ילדים ועל זכויות אדם אחרות נבחנת בבחינה הקבועה הרגילה שעושים אלו העוסקים במלאכת החקיקה, ומשכך אין בחוק צורך של ממש. יתרה מזו, תזכירי החוק הממשלתיים מופצים להערות הציבור, ובמסגרת זאת מתקבלות, בין השאר, הערות מגופים העוסקים בנושאים הנוגעים לזכויות ילדים. משכך, אין צורך בעיגון פורמלי של הצורך בפירוש השפעת הצעת החוק על זכויות ילדים – דרישה אשר תסרב את הליך החקיקה.⁵¹ אף כי הטיעון של משרד המשפטים היה ענייני ולא נבע ככל הנראה מעמדה העוינת את המטרה של קידום הגנה על זכויות ילדים, החוק התקבל בכנסת. נראה כי החוק השתלב במגמה של פעילות להגברת ההפנמה של זכויות הילד ככלל ושל הוראות האמנה בפרט בחוק הישראלי (מגמה אשר הובילה בין היתר להקמת ועדת רוטלוי בסוף שנות התשעים).

לא ידוע לנו על גופי אופוזיציה שהתנגדו להתייחסות בחקיקה להוראות הקבועות באמנה לזכויות הילד ולתיקוני חקיקה לפי הזכויות המופיעות בה. יש לציין כי גם השיקולים שבגינם התנגד משרד המשפטים לתיקון הקונקרטי האמור היו פרוצדורליים במהותם ולא היו קשורים לצורך ביישום האמנה לזכויות הילד.

50 ס' 3–4 להצעת חוק תסקיר טובת הילד בחקיקה התשס"א–2001, ה"ח 2983, 533. ראו במיוחד בפרוטוקול ישיבה מס' 104 של הוועדה לקידום מעמד הילד, הכנסת ה-15 (11.6.2001).

51 למשל, פרוטוקול ישיבה מס' 104 של הוועדה לקידום מעמד הילד, הכנסת ה-15, 3 (11.6.2001).

אינדיקציות להשפעת האמנה על חקיקת החוק

1. הוועדה לקידום מעמד הילד: בדוח הוועדה לקידום מעמד הילד שפורסם ביום 22 ביולי 2002,⁵² נכתב לעניין חוק השפעת חקיקה על זכויות הילד כי "החוק קובע שבכל הצעת חוק ממשלתית או פרטית המגיעה לקריאה ראשונה, ייכלל בדברי ההסבר מידע לגבי השפעתו הצפויה, החיובית או השלילית, של החוק על הילדים וזכויותיהם, זאת בהתאם לעקרונות האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד".
2. זמן הצעת החוק: הצעת החוק החלה לקרום עור וגידים בתקופה שבה ציינו עשר שנים לחתימה על האמנה בדבר זכויות הילד, בד בבד עם עבודתה של ועדת רוטלוי.
3. בדיונים לקראת הצבעה על הצעת החוק בוועדה לזכויות הילד הוזכרה האמנה בכמה הקשרים, ובכל אחד מהם צוין כי יש חשיבות כי הזכויות הקבועות באמנה יבואו לידי ביטוי בחקיקה הישראלית.⁵³
4. בחוק נקבע כי המידע בדברי ההסבר לחוקים יכלול את "מהות והיקף ההשפעה הישירה והעקיפה על טובת ילדים וזכויותיהם לרבות על תנאי חייהם והשירותים הניתנים להם, הכל על פי עקרונות האמנה".

אי-יישום מלא של מסקנות ועדת רוטלוי

דוח רוטלוי מונה סיסטמטית את המקומות שבהם יש צורך לעשות שינוי על מנת לקיים את התחייבויותיה של ישראל במשפט הבין-לאומי. אלא שדוח רוטלוי יושם רק בחלקו. למשל, הפרק בדוח העוסק בהגנה על ילדים נפגעי עברה יושם חלקית בלבד, ולמרות המלצת הדוח לא אומץ בישראל מנגנון המיועד להתאים את חוק נפגעי העברה למצבם המיוחד של ילדים נפגעי עברה (שכן חלק מהזכויות הניתנות בישראל לנפגע העברה, כגון זכות ההשתתפות בהליכים פליליים, מצריכות התאמה מיוחדת לילדים). ועדת רוטלוי הגישה הצעה להתאמות מעין אלו, אך אלו מעולם לא קודמו בכנסת. עם זאת יש לציין כי ההתאמות האמורות אינן מחויבות במפורש באמנה, אלא מדובר בפיתוח פרשני של עקרון טובת הילד (בתחום המשפט הפלילי). ככל הנראה, זו אחת הסיבות שמשרד המשפטים בחר שלא לקדם המלצות אלו של הוועדה. בכמה הזדמנויות, לרבות בהצגה פומבית לפני הוועדה הבין-לאומית לזכויות הילד, הביעה השופטת רוטלוי את אכזבתה מהעובדה שהליכי החקיקה בכמה הצעות שהציעה במסגרת הוועדה לא הגיעו לכלל מימוש.⁵⁴

52 הוועדה לקידום מעמד הילד דין וחשבון (22.7.2002) www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/yeled15-4.htm#8

53 ראו למשל פרוטוקול ישיבת הוועדה לקידום מעמד הילד, הכנסת ה-15 (2.7.2002) (ישיבה לא ממוספרת); פרוטוקול ישיבה מס' 144 של הוועדה לקידום מעמד הילד, הכנסת ה-15 (12.3.2002).

54 סביונה רוטלוי "אחריות המדינה בקידום זכויות ילדים" זכויות הילד והמשפט הישראלי 63 (תמר מורג עורכת, 2010).

ב) חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ז-2006⁵⁵

הדין המצוי

בשנת 2006, במסגרת חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), תוקן חוק העונשין באופן המרחיב את ההסדרים שאוסרים על התנהגויות עקיפות הנוגעות לסחר בבני אדם, כגון איסור על גרימה לעזיבת המדינה לשם סחר או זנות, החמרת ענישה בעברות סחר וכן קביעת הגדרה מסודרת ואיסור על סחר בבני אדם, עברה שעונשה שש-עשרה שנות מאסר.⁵⁶

הזיקה למשפט הבין-לאומי

אמנות: נושא הסחר בבני אדם בכלל ובנשים ובקטינים בפרט מוסדר בכמה אמנות בין-לאומיות שישראל צד להן, לרבות האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, אשר מטילה על המדינות החברות את החובה לפעול, לרבות באמצעות חקיקה, למיגור כל צורות הסחר בנשים וניצול זנות נשים (אמנה זו אושררה בשנת 1991); האמנה בדבר זכויות הילד, אשר מטילה על המדינות החברות את החובה להגן על ילדים מפני ניצול מיני וזנות (אמנה זו אושררה בידי ישראל בשנת 1991); האמנה להשבתת הסחר בבני-אדם וניצול זנותם של אחרים⁵⁷ (אמנה זו אושררה בשנת 1950); אמנה בדבר עבדות⁵⁸ והפרוטוקול המתקן אותה⁵⁹ (מסמכים אלה אושררו בשנת 1955); אמנה נוספת בדבר ביטול העבדות, הסחר בעבדים ומוסדות ומנהגים הדומים לעבדות⁶⁰ (אמנה זו אושררה בשנת 1956).

ביקורת בין-לאומית: במשך זמן רב ספגה מדינת ישראל ביקורת בין-לאומית בשל הסחר בבני אדם המתרחש בתחומיה. ביטוי מובהק לכך ניתן בדוח משרד החוץ האמריקני שבו דורגה מדינת ישראל בשנת 2001 בקבוצה השלישית (והנמוכה ביותר) של מדינות שאינן עושות מאמצים של ממש להילחם בתופעה.⁶¹ בשנים 2002 ו-2003 נכללה ישראל ברשימת המדינות המצויות בקבוצת הביניים שאמנם עושות מאמצים אולם אינן מגיעות לרמה המינימלית של מלחמה בתופעת הסחר בבני אדם.⁶² בין הקריטריונים שמחלקת המדינה האמריקאית הציבה לבחינת האפקטיביות של המאבק בסחר בבני אדם היו קביעת איסור פלילי על סחר בבני אדם, הענשת המעורבים בסחר שכזה וכן קביעת ענישה ההולמת את חומרת התופעה, המתיישבת עם

55 ס"ח 2.
 56 ראו למשל ס' 374א, 375א, 376א, 376ב, 377א-377 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
 57 אמנה להשבתת הסחר בבני-אדם וניצול זנותם של אחרים, כ"א 26, 631 (נפתחה לחתימה ב-1949).
 58 אמנה בדבר עבדות, כ"א 202, 307 (נפתחה לחתימה ב-1926).
 59 פרוטוקול המתקן את האמנה בדבר עבדות, כ"א 202, 327 (נפתחה לחתימה ב-1926).
 60 כתב סופי ואמנה נוספת בדבר ביטול העבדות, סחר עבדים ומוסדות ומנהגים הדומים לעבדות, כ"א 1, 9 (נפתחה לחתימה ב-1956).
 61 ראו U.S. Dep't of State, Trafficking in Persons Report 15 (2001).
 62 בשנת 2012 נכללה ישראל בקבוצה הראשונה של המדינות שנאבקות ביעילות בתופעת הסחר בבני אדם. ראו U.S. Dep't of State, Trafficking in Persons Report 194 (2012), <http://www.state.gov/documents/organization/192595.pdf>

ענישה בעברות חמורות אחרות, כגון אונס או תקיפה מינית אלימה. בנוסף, נדרשת הגנה, מניעה וכן העמדה לדין של החשודים בעברות אלה.
יוזם החוק: הצעת חוק ממשלתית של משרד המשפטים.

אינדיקציות אפשריות לקשר למשפט הבין-לאומי

הסיטואציה הנתונה: בשנים שקדמו לחקיקת החוק התגברה התופעה של סחר בבני אדם בישראל לממדים רחבי היקף, ובעקבות דוח מחלקת המדינה האמריקאית בסוגיית הסחר בבני אדם בישראל⁶³ נוצר תמריץ חזק להפחית את היקף התופעה, שכן משמעות הימצאותה של מדינת ישראל ב"רשימה השחורה" של מדינות שבהן יש סחר ענף ובהיקפים גדולים בבני אדם, בניגוד להוראות הדין הבין-לאומי בנושא, הייתה פגיעה בתדמית המדינה כמכבדת זכויות אדם, כמו גם חשש להכבדה של ממש בהליך מתן הסיוע הכלכלי של ארצות הברית לישראל.⁶⁴

מקור הצעת החוק: מדובר בהצעת חוק ממשלתית. הצעת החוק אמנם מאוחרת למרבית האמנות העוסקות בנושא, אולם חקיקה בנושא הייתה תנאי מוקדם לשם הצטרפות לפרוטוקולים ולאמנות מאוחרים יותר, כגון הפרוטוקול לאמנה בדבר פשע מאורגן למניעת סחר בבני אדם,⁶⁵ אשר אי אפשר להצטרף אליהם ללא התאמת החקיקה לסטנדרטים הנדרשים בהם.

דברי ההסבר להצעת החוק: בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כדלקמן: "ישראל חתמה ביום 14.11.2001 על הפרוטוקול למניעה, מיגור וענישה של סחר בבני אדם, וכן על הפרוטוקול בדבר סחר בילדים, זנות של ילדים ופורנוגרפיה של ילדים"⁶⁶ שנועדו להילחם, בין השאר, בתופעות אלה" (כלומר – התופעות שנאסרו בחוק). בהמשך נכתב: "החוק המוצע נועד בעיקרו לשרת כמה מטרות: ראשית, להעניק כלים לשיפור המאבק בסחר בבני אדם ולהגנה על קרבנותיו, גם כשמדובר בסחר למטרות שאינן עיסוק בזנות. שנית, להתאים את החקיקה הישראלית לאמנות בין-לאומיות שעליהן חתמה מדינת ישראל כדי שהמדינה תוכל לאשררן ובכך ליטול חלק חשוב במאבק הבין-לאומי".⁶⁷

63 Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000, Pub. L. No. 106-386, § 110(a), 114 Stat. 1464, 1482: "(a) STATEMENT OF POLICY- It is the policy of the United States not to provide nonhumanitarian, nontrade-related foreign assistance to any government that - (1) does not comply with minimum standards for the elimination of trafficking; and (2) is not making significant efforts to bring itself into compliance with such standards"

64 ראו למשל פרוטוקול ישיבת הוועדה המיוחדת לבחינת בעיית העובדים הזרים, הכנסת ה-16 (1.2.2005).

65 פרוטוקול למניעה, לדיכוי ולהענשה על סחר בבני אדם, בעיקר נשים וילדים, המשלים את אמנת האומות המאוחדות נגד פשע מאורגן חוצה גבולות, כ"א 56(1529) 1 (נפתח לחתימה ב-2000) (אושרר ב-23.7.2008).

66 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, May 25, 2000, 2171 U.N.T.S. 227 (ישראל אשררה את הפרוטוקול ב-19.6.2008).

67 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 91) (איסור סחר בבני אדם), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 236 (ההדגשות הוספו – ע"כ, ט"פ, י"ש).

ועדה פרלמנטרית שהוקמה בכנסת בעניין זה ציינה בכמה הקשרים את הדרישה הבין-לאומית להתמודדות עם התופעה. עם זאת הדגישה הוועדה כי מדובר בקושי ניכר שעמו מתמודדת מדינת ישראל, ואשר הצורך להתמודד עמו היה קיים גם אלמלא הדרישות הבין-לאומיות.⁶⁸ פרוטוקולים של הדיונים בכנסת: בדיונים בכנסת נאמר מפורשות שהסוגיה התעוררה בשל הביקורת הבין-לאומית והמחויבות שהתחייבה ישראל בהצטרפותה לאמנות האמורות.⁶⁹ לא נמצא כי הייתה התנגדות רבה מצד חברי כנסת או משרדי ממשלה לתיקונים האמורים לחוק, ונראה כי ככלל, הם היו מקובלים על מרבית העוסקים במלאכה. יש לציין כי מלבד חוק איסור סחר בבני אדם חוקה ישראל סדרה של חוקים המסייעים למאבק בסחר בבני אדם, למשל תיקון לחוק הסיוע המשפטי הנותן זכות לסיוע משפטי חנם לכלל קרבנות העבדות והסחר בבני אדם; חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עברות, המסמיך את המשטרה ובתי המשפט לסגור בתי בושת לתקופות קצרות וכיוצא באלה,⁷⁰ וכן הקימה ועדות שונות, ואף יחידה מיוחדת במשרד המשפטים לתיאום המאבק בסחר בבני אדם.⁷¹

ג) תיקון חוק העונשין – שוחד עובדי ציבור זר

הדין המצוי

סעיף 291א לחוק העונשין קובע כדלקמן: "הנותן שוחד לעובד ציבור זר בעד פעולה הקשורה בתפקידו, כדי להשיג, להבטיח או לקדם פעילות עסקית או יתרון אחר בנוגע לפעילות עסקית, דינו כדין נותן שוחד לפי סעיף 291". כלומר: התיקון לחוק קובע כי מתן שוחד לעובד ציבור זר משמעו בדיוק כמתן שוחד לעובד ציבור בישראל.

הזיקה למשפט הבין-לאומי

הרקע במשפט הבין-לאומי: ביום 22.12.2008 התקבלה החלטת ממשלה מס' 4355, שאשררה את הצטרפות מדינת ישראל לאמנת האו"ם נגד שחיתות,⁷² וביום 12.2.2009 התקבלה החלטת ממשלה מס' 4481, שאשררה את הצטרפות מדינת ישראל לאמנת ה-OECD בדבר מאבק בשוחד

68 ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 33 של ועדת החקירה הפרלמנטרית בנושא סחר בנשים, הכנסת ה-15 (15.7.2002).

69 ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 46 של הכנסת ה-17, 17.10.2006.

70 ראו גם "תמונה בהיעף מבט על פעילות הממשלה למען המאבק בסחר בבני אדם" (מסמך מאת רחל גרשוני, מתאמת בין משרדית של המאבק בסחר בבני אדם, מאי 2010), <http://www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Documents/traffickingklalitaksirmay2010.doc>.

71 הרשימה כוללת את ועדת החקירה הפרלמנטרית בנושא סחר בבני אדם, ועדת המשנה של הכנסת למאבק בסחר בנשים, ועדת המנכ"לים הקבועה למאבק בסחר בבני אדם ואת יחידת תיאום המאבק בסחר בבני אדם.

72 החלטה 4355 של הממשלה ה-31 "אשרור הצטרפות ישראל לאמנת האו"ם נגד שחיתות" (22.12.2008); לאמנת האו"ם המקורית, ראו: OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Feb. 15, 1999, 37 ILM 1.

של עובדי ציבור זרים בעסקאות בין-לאומיות.⁷³ אשרור אמנות אלה היה חלק מתהליך הצטרפות מדינת ישראל לארגון ה-OECD.

אמנת ה-OECD מיועדת להילחם בתופעה של מתן שוחד לעובדי ציבור זרים בעת עריכת עסקאות בין-לאומיות. העיקרון שבבסיס האמנה הוא הפללת מעשים של מתן שוחד לעובדי ציבור זרים (סעיף 1 לאמנה) וקביעת עונש מתאים הדומה לזה המושתת במקרה של עברה של מתן שוחד לעובדי ציבור מקומיים (סעיף 3 לאמנה). האמנה כוללת הוראות שונות בנוגע לעברה ואכיפתה, שכוללות בין היתר את הגדרתה של עברת מתן השוחד לעובד ציבור זר כעבירה בת-הסגרה בחקיקה הפנימית (סעיף 10 לאמנה) וכן קביעת העונש לעברת השוחד הזר – שלילת חירות, סנקציות כספיות, תפיסה וחילוט (סעיף 3 לאמנה). יש לציין כי קיים פיקוח קפדני על יישום האמנה בידי קבוצת עבודה של הארגון לנושא מניעת שוחד בעסקאות בין-לאומיות, המורכבת מנציגי המדינות החברות באמנה. בחודש דצמבר 2008 הצטרפה ישראל לקבוצת העבודה, ומאז היא משתתפת בדיוני הקבוצה בקביעות.⁷⁴

הצעת חוק העונשין העוסקת במתן שוחד לעובד ציבור זר פורסמה ביום 11.6.2008 וכללה את סעיף 291א הכולל עבירה פלילית חדשה של מתן שוחד לעובד ציבור זר. הגופים המעורבים בחקיקה: מדובר בהצעת חוק ממשלתית של משרד המשפטים.

אינדיקציות אפשריות לקשר למשפט הבין-לאומי

זמן החקיקה: החוק מאוחר להצטרפות לאמנה, והוא עולה בקנה אחד במלואו עם האמור בה. דברי ההסבר לחוק: בדברי ההסבר לחוק מופיעה התייחסות מפורשת להיותה של קביעת איסור פלילי כאמור תנאי להצטרפות לאמנת ה-OECD, שעליה חתמה ישראל בחודש נובמבר 2005. וכך נכתב: "קביעת איסור כאמור בהקשר של ניהול עסקאות בין-לאומיות נדרשת על פי אמנת ה-OECD נגד שחיתות שעליה חתמה מדינת ישראל בחודש נובמבר 2005, וכן על פי [האמנה] בדבר המלחמה בשוחד עובדי ציבור זרים בעסקאות בין-לאומיות, שקביעת איסור פלילי כאמור היא תנאי להצטרפות אליה". "כדי להתאים את הדין הישראלי לדרישת אמנת האו"ם ואמנת OECD מוצע לקבוע עבירה בסימן ה' לפרק ט' בחלק ב' לחוק, שכותרתו 'עבירות שוחד', אשר תקבע איסור מפורש על מתן שוחד לעובדי ציבור זר הקשר של פעילות עסקית. רכיבי העבירה המוצעת עונים על דרישות האמנות".⁷⁵

הדיונים בכנסת: בדיון בכנסת נאמר מפי נציגי משרד המשפטים כדלקמן: "אנחנו נדרשים גם באמנת האו"ם נגד שחיתות, שישראל חתמה עליה, המבקשת לאשרר אותה – להוסיף עבירה כזו, והדרישה גם קבועה באמנת ה-OECD בדבר שוחד עובדי ציבור בעסקאות בינלאומיות. למעשה,

73 החלטה 4481 של הממשלה ה-31 "אישור הצטרפות מדינת ישראל לאמנת ה-OECD בדבר מאבק בשוחד של עובדי ציבור זרים בעסקאות בינלאומיות" (12.2.2009).

74 *Israel Joins OECD Working Group on Bribery*, OECD (9.12.2008), <http://www.oecd.org/newsroom/israeljoinsocedworkinggrouponbribery.htm>

75 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 102) (מתן שוחד לעובד ציבור זר), התשס"ח-2008, ה"ח הממשלה 618.

כדי להצטרף לאמנת ה-OECD ולארגון ה-OECD, אחד התנאים הוא הוספת העבירה. העבירה שאנחנו מבקשים להוסיף עונה על התנאים המאוד מפורטים שקבועים באמנות. היא מתייחסת לשוחד עובד ציבור בעסקאות, בפעילות עסקית, כל עקרון שנוגע לפעילות עסקית לעובד ציבור זר, כש'עובד ציבור זר' זה עובד של מדינה זרה או עובד של ארגון בין-לאומי, ציבורי. ההגדרות שקבענו בהצעה כמעט חופפות ליסודות שנדרשים בשתי האמנות כאשר היסודות שנדרשות ב-OECD ובאמנת האו"ם כמעט זהות זו לזו.⁷⁶

קטגוריה (2): זיקה משתמעת של החקיקה למשפט הבין-לאומי והתאמה כללית בין מטרות חוק למטרת המשפט הבין-לאומי

הקטגוריה השנייה של חקרי המקרה כוללת מקרים שבהם קיימת התאמה כללית בין מטרות החוק להתחייבויות הבין-לאומיות של מדינת ישראל (אם כי ההתאמה איננה תמיד מלאה). עם זאת לא מצאנו במקרים אלו ראייה כי אכן ההתחייבויות במשפט הבין-לאומי הן שהשפיעו על התנעת תהליך החקיקה.

במסגרת קטגוריה זו נבחן שני מקרים בהם תוקן חוק העונשין – הוספת עברה של הסתה לגזענות והחמרת הענישה בעברת השוחד.

ד) איסור הסתה לגזענות – סעיף 144ב לחוק העונשין

סעיף 144ב לחוק העונשין קובע כדלקמן:

איסור פרסום הסתה לגזענות (תיקון מס' 20) התשמ"ו-1986⁷⁷

144ב. (א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים.

(ב) לעניין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא.

כלומר, במדינת ישראל יש איסור על פרסום מתוך מטרה להסית לגזענות. עם זאת אין בחוק איסור על הפצה, כשלעצמה, של רעיונות גזעניים, כאשר אלו אינם נעשים מתוך מטרה להסית לגזענות.

היחס למשפט הבין-לאומי

סעיף 4 לאמנה בדבר ביעור כל צורותיה של אפליה גזעית (1965) קובע כדלקמן:

76 פרוטוקול ישיבה מס' 604 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 3 (9.7.2008). יש לציין כי עד היום אין פסיקה או תיקים בעבירות שוחד לעובד ציבור זר. ייתכן שניתן ללמוד מכך כי לא היה קיים צורך ממשי במדינת ישראל לחוקק עברה זו.

77 חוק העונשין (תיקון מס' 20), התשמ"ו-1986, ס"ח 1191.

המדינות בעלות האמנה מגנות כל תעמולה וכל ארגונים המבוססים על רעיונות או תאוריות שבעליונותם של גזע או קבוצת אנשים בעלי צבע מסוים או מוצא אתני מסוים, או המנסים להצדיק או לקדם שנאה גזעית ואפליה גזעית בכל צורה שהיא, ומתחייבות לאמץ אמצעים מידיים וחיוביים המיועדים לעקור מן השורש כל הסתה לאפליה כאמור, או מעשי אפליה כאמור, ולמטרה זו, בשים לב ראוייה לעקרונות הכלולים בהצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם ולזכויות הקבועות במפורש בסעיף 5 לאמנה זו, הן מתחייבות, בין השאר:

1. להכריז על כל הפצה של רעיונות המבוססים על עליונות גזעית או שנאה גזעית, על הסתה לאפליה גזעית וכן כל מעשי אלימות, או הסתה למעשים כאמור, נגד כל גזע או קבוצת בני אדם בעלי צבע או מוצא אתני אחר, וכמו כן הספקת כל סיוע לפעילויות גזעיות, לרבות מימון – עברה ענישה בחוק.
2. להכריז על ארגונים וכן על פעילויות תעמולה מאורגנות וכל פעילויות תעמולה אחרות, המעודדים ומעוררים אפליה גזעית – לא חוקיים, ולהכיר בהשתתפות בארגונים ובפעילויות כאמור כעברה ענישה בחוק.
3. לא להתיר לרשויות הציבוריות או למוסדות ציבור, לאומיים או מקומיים, לעודד או לעורר אפליה גזעית.

מדינת ישראל חתמה על האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית בשנת 1966 והפקידה את כתב אשרורה בשנת 1979. מכאן שהיא מחויבת לקיים את הסעיפים המפורטים לעיל. כאמור לעיל, סעיף 4 לאמנה מטיל על המדינה חובה להכריז על כל הפצה של רעיונות המבוססים על עליונות גזעית או שנאה גזעית, על הסתה לאפליה גזעית וכיוצא באלה – עברה ענישה בחוק. מכאן שקיים פער מסוים בין המשפט הישראלי לבין דרישות המשפט הבינ-לאומי כפי שהן מבוטאות בפרשנות הרגילה של הוראות האמנה: הדרישה בחוק הישראלי שעל פיה יש להצביע על יסוד נפשי של "מטרה להסית לגזענות" אינה קיימת באמנה. אמנם אין מדובר כאן בסתירה מוחלטת בין הדין הישראלי לבין עקרונות האמנה, מאחר שתכליתו של סעיף 144ב עולה בקנה אחד עם רעיונות של שוויון בין אזרחי המדינה והמאבק באפליה הגזעית, אך בשל היקפו המצומצם של האיסור בחוק הישראלי נפער פער בינו לבין האמנה, וכפי שנראה להלן, הגוף הבינ-לאומי המופקד על יישום האמנה דרש מישראל לפעול על מנת לסגור אותו.

הרקע לסעיף

תיקון מס' 20 לחוק העונשין נחקק בשנת 1986, קרי לאחר החתימה והאשרור של האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית. הצעת החוק המקורית כללה איסור פרסום דבר הסתה לגזענות וכן פרסום דבר מתוך כוונה להסית לגזענות.⁷⁸ הנוסח שהתקבל בסופו של דבר הוא הנוסח הקיים היום, והוא מצומצם מהנוסח שהוצע – הוא כולל רק איסור על פרסום מתוך מטרה להסית

78 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 20), התשמ"ה-1985, ה"ח 195.

לגזענות.⁷⁹ כמו כן נקבע כי כתב אישום בעברות של הסתה לגזענות יוגש רק בהסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה.⁸⁰

הגורמים המעורבים בחקיקה

החוק נחקק בעקבות הצעת חוק ממשלתית של משרד המשפטים.

אינדיקציות אפשריות לקשר/אי-קשר למשפט הבין-לאומי

זמן התיקון: הוא אפריל 1985, קרי שש שנים לאחר הפקדתו של כתב אשרור האמנה. דברי ההסבר לחוק: מעיון בדברי ההסבר לתיקון לחוק העונשין האמור עולה כי לא הוצגה זיקה מפורשת בין התיקון האמור לבין דבר קיומה של האמנה, וכי הסיבה המרכזית שבשלה נחקק בשעתו החוק הייתה התגברות האלימות הפוליטית וריבוי התופעות של התבטאויות פומביות, בכתב ובעל פה, של ביטויים הקוראים לרדיפה, השפלה, ביזוי, איבה ומעשי עוינות ואלימות כלפי הציבור בעת הבחירות לכנסת האחת-עשרה. אף בפרוטוקולים של הכנסת לא נמצאה אינדיקציה להתייחסות למשפט הבין-לאומי בעת חקיקת החוק. דוח של ועדת האמנה: במסגרת "מסקנות מסכמות של ועדת האמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית" שפורסמו ביום 9.3.2012⁸¹, במסגרת בחינת הדוח התקופתי של ישראל על יישום האמנה, מתחה הוועדה ביקורת על ההסדר המשפטי הנוהג בישראל בנוגע לפרסומים גזעניים וכתבה:

בעודה מציינת את קיומה של חקיקה פלילית בנוגע לאיסור הסתה לגזענות, ארגונים גזעניים והשתתפות ותמיכה בארגונים כאלה, הוועדה מביעה את דאגתה מההגבלות המצויות בחקיקה זו, כגון ההגדרה המצומצמת של גזענות, התפקיד הבלעדי של היועץ המשפטי לממשלה באישור כתיב אישום בעברה של הסתה לגזענות והגישה המחמירה יתר על המידה של החקיקה הישראלית להוכחת יסוד נפשי של כוונה בפשעים אלה...

קרי, לפי הדוח של הוועדה הבין-לאומית, החקיקה הישראלית הקיימת אינה עומדת בסטנדרטים הבין-לאומיים הנדרשים באמנה, במיוחד מאחר ש-(א) החוק הישראלי דורש יסוד נפשי של "מטרה" אשר נתפס ככזה שאינו ממלא במלואה את הדרישה לאסור בחוק הסתה לגזענות כמו

79 ס' 144 ב לחוק העונשין.

80 ס' 144 ה לחוק העונשין.

81 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 9 of the Convention., Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Israel, Eighties Session, U.N. Doc. CERD/C/ISR/CO/14-16 (Mar. 9, 2012) (להלן: מסקנות מסכמות של ועדת האמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית).

גם הפצה של רעיונות גזעניים, וכן משום ש- (ב) הגדרת הגזענות בחוק העונשין, שעליה חל הסעיף, צרה מדי ואינה מכילה את כל צורות האפליה הגזעית המופיעות באמנה. משכך, אין החוק מקדם מספיק את ההגנה על זכותו של אדם להיות מוגן בארצו מפני אפליה והסתה לגזענות.

דיון אקדמי

ביום 3.6.2013 התקיים "שולחן עגול" בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, ביזמתם של אנשי אקדמיה, בהשתתפות נציגי משרד המשפטים ונציגי החברה האזרחית, לשם בחינת דוח הוועדה למניעת אפליה גזעית והממצאים שנכללו בו בנוגע לאי-ההתאמה של סעיפי החוק להוראות האמנה.⁸² עמדת נציגי היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוצגה באותו שולחן עגול היא כי החוק בנוסחו דהיום שומר על האיזון הראוי בין האיסור על הסתה לגזענות לבין ההגנה על חופש הביטוי, אשר גם היא זכות מוכרת וחשובה במשפט הבין-לאומי, וכי הדבר חשוב במיוחד בחברה משוסעת ומקוטבת כמו החברה הישראלית. לשיטתם של נציגי משרד המשפטים, גם אם נקודת האיזון במדינת ישראל שונה מן האיזון באמנה, אין הדין הישראלי מצוי בסתירה עם הוראות האמנה, משום שהחוק מקדם באמצעות האיסור על הסתה לגזענות את מטרת האמנה. הדברים שנאמרו בדיון זה גובו בידי אנשי היחידה להסכמים בין-לאומיים במשרד המשפטים שהשתתפו בדיונים. ההסבר המקובל הוא כי הפרשנות המצמצמת של האמנה היא סבירה, וכי ההערה של הוועדה בדבר חוסר ההתאמה נובעת מפרשנות מרחיבה של ועדת האמנה שאינה פרשנות הכרחית של הוראות האמנה.

הלחצים לשינוי הסעיף מגיעים אפוא במקרה זה במיוחד מן הגורמים הבין-לאומיים אשר מחברים את הדוחות המבקרים את מדינת ישראל מפורשות על חקיקה זו, וכן מטעמים של חוקרי אקדמיה ועמותות העוסקות בהגנה על זכויות אדם.⁸³ ואולם כאמור נראה כי עמדה זו, לפחות לעת הזו, אינה מקובלת על הממשלה, ולא התעורר דיון מהותי בה בכנסת. יוער כי הצעות חוק פרטיות רבות הוגשו מעת לעת בעניין שינוי הגדרת הגזענות, אך כולן נדחו בעקבות התנגדות משרד המשפטים.⁸⁴ ייתכן שבעתיד ייבחנו הדברים באופן מובנה במשרד המשפטים, אולם נכון לעכשיו לא ידוע על הצעת חוק ממשלתית רלוונטית שניצבת על הפרק.

לעומת זאת, יש לציין כי משרד המשפטים תמך בשנת 2005 בתיקון אחר לחוק העונשין שהוגש לכנסת כהצעת חוק פרטית ואשר נועד להפיליל התאגדות של ארגון גזעני.⁸⁵ מעניין לציין

82 מפגש ממשל-חברה אזרחית-אקדמיה בנושא מסקנות הוועדה לביעור כל צורות האפליה הגזעית (CERD), (האוניברסיטה העברית, 3.6.2013) (להלן: שולחן עגול 3.6.2013).

83 שם.

84 ראו למשל הצעת חוק איסור פרסום גזעני, הסתה לגזענות ורישום גזעני במסמכי תאגיד, התשע"ג-2013, פ/14/19/13.3.2013; הצעת חוק איסור פרסום גזעני, הסתה לגזענות ורישום גזעני במסמכי תאגיד, התשע"ב-2012, פ/4152/18/19.3.2012.

85 הצעת חוק העונשין (תיקון - התאגדות גזענית אסורה), התשס"ד-2004, פ/2599/2.8.2004.

כי פרטוקול הדין בכנסת ודברי ההסבר מציינים מפורשות כי החוק נועד ליישם את התחייבויות ישראל מכוח סעיף 4 לאמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית,⁸⁶ וזאת בעקבות דוח שחיברו אקדמאים ישראלים בחסות מכון מינרבה לזכויות האדם באוניברסיטה העברית בירושלים ומכון קונקורד לחקר קליטת המשפט הבין-לאומי בישראל במכללה למינהל – המסלול האקדמי.⁸⁷ עמדת הממשלה, כפי שהוצגה בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט, בתגובה להצעה לחוקק איסור רק על התאגדות נאו-נאצית הייתה כי אף שלשיתתה של הממשלה אין הכרח להוסיף איסור על התאגדויות גזעניות על מנת לעמוד בדרישת האמנה, אין מניעה לעשות זאת – ובלבד שהאיסור ינוסח בצורה שתתייחס לכל ביטויי הגזענות, שכן "כלפי חוץ לא ניראה טוב אם נציין רק תופעה אחת".⁸⁸

לסיכום

הגם שמילות האמנה בדבר הצורך באיסור רחב על הסתה לגזענות ברורות למדי, קיימת נכונות מוגבלת מצד המדינה לבחון את הצורך בתיקוני חקיקה. הדיונים שנתקיימו בנושא, בעיקר בשל ביקורת בין-לאומית על נוסחו של החוק הקיים ובשל מעורבות החברה האזרחית בנושא, לא הובילו בשלב זה לצעדים אופרטיביים, שכן נציגי המדינה סבורים כי הביקורת הבין-לאומית מבוססת על פרשנות מרחיבה מדי של הדין הבין-לאומי, וכי הדין הישראלי מייצג סטנדרט גבוה יותר של שמירה על זכויות האדם (המאזן בין חופש הביטוי לבין האיסור על הסתה גזעית). על כן הם אינם תומכים בנקודת הזמן הנוכחית בתיקון כלשהו של החקיקה הישראלית. במקרה אחר שבו יזמו חברי כנסת פרטיים הצעת חוק לאיסור התארגנות גזענית אימצו נציגי המדינה עמדה אגנוסטית, שאינה מתנגדת למהלך אך גם אינה רואה בו חשיבות רבה. על כן משנוצר מומנטום פוליטי מסוים לחקיקת התיקון לחוק (בעקבות פעילות ארגון נאו-נאצי), הוביל משרד המשפטים את ניסוח החוק ואת המהלך לאימוצו. בכך הבטיח המשרד כי החוק לא ייצור קשיים למדינה בזירה הבין-לאומית.

ה) חוק העונשין (תיקון מס' 103), התש"ע-2010⁸⁹ – החמרת ענישה בעברות שוחד

הדין המצוי

הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 103) (החמרת הענישה בעבירות שוחד), התש"ע-2009,⁹⁰ שהתגבשה להיות תיקון מס' 103, החמירה את עונש המאסר בצד עברות לקיחת שוחד (סעיף

86 פרטוקול ישיבה מס' 261 של הכנסת ה-11, 93-96 (22.6.2005); הצעת חוק העונשין (תיקון – התאגדות גזענית אסורה), התשס"ד-2004, פ/2599. ההצעה נתקבלה בשינויים מסוימים בחוק העונשין (תיקון מס' 96), התשס"ח-2008, ס"ח 216, והיא מעוגנת כעת בס' 145(א2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

87 לפידות, בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 17.

88 פרטוקול ישיבה מס' 457 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (17.2.2008).

89 ס"ח 325.

290 לחוק העונשין⁹¹ ומתן שוחד (סעיף 291 לחוק העונשין) והחמרת עונשי הקנס הקבועים בצד עברות אלה;⁹² החוק נחקק אחרי התיקון לחוק העונשין, שאסר על מתן שוחד לעובד ציבור זר (ראו לעיל) וכחלק ממגמה של ההתמודדות מדינת ישראל עם תופעת השחיתות.

זיקה לדין הבין-לאומי

ביום 29 בנובמבר 2005 חתמה ישראל על אמנת האו"ם נגד שחיתות,⁹³ וזו אושררה ביום 4 בפברואר 2009. האמנה מחייבת הפללה של כמה וכמה עברות שחיתות ועברות נלוות (כגון הלבנת הון ושיבוש הליכי משפט בקשר להעמדה לדין בתיקי שחיתות) הן במגזר הציבורי והן במגזר הפרטי. עמדת משרד המשפטים היא כי המשרד החל לבחון את הצורך בהחמרת ענישה בעברת שוחד בשל הערות ה-OECD למסגרת החקיקה הישראלית בנושאי שוחד, ומכיוון שהערות אלה נתפסו כנכונות וכמהותיות, נמצא מקום לבחון עריכתם של כמה תיקוני חקיקה בתחום עברות השחיתות.⁹⁴

הגורמים המעורבים בחקיקה

מדובר בהצעת חוק ממשלתית שקידם משרד המשפטים.

אינדיקציות לקשר בין חקיקת החוק לבין הדין הבין-לאומי

זמן החקיקה: החקיקה נתקבלה זמן קצר לאחר הצטרפות ישראל לאמנה. דברי ההסבר להצעת החוק: בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי הצורך בהחמרת הענישה עלה גם מדברי ביקורת שהשמיע ארגון ה-OECD, שישראל הייתה מצויה באותה העת בהליכי הצטרפות אליו.⁹⁵ על פי ביקורת זו, הענישה בצד עברת מתן שוחד לעובד ציבור אינה אפקטיבית ומרתיעה דייה. במסגרת הביקורת האמורה הודגש במיוחד הצורך בהחמרת עונשי הקנס, ובמיוחד עונשי הקנס בכל הנוגע לתאגידים.⁹⁶ הדיונים בכנסת: בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת אמרה נציגת משרד המשפטים כדלקמן: "התחלנו עם עבירות השוחד בגלל הלחץ של ה-OECD ובגלל שלבי הביקורת שקיימים כיום".⁹⁷ אכן, שנה לפני כן חוקקה מדינת ישראל את תיקון 99 לחוק העונשין שבו הוסיפה את סעיף 291א לחוק, הקובע איסור על מתן שוחד לעובד ציבור זר (ראו לעיל). גם הדרישה להוסיף

90 ה"ח הממשלה 104.

91 ס' 290 לחוק העונשין.

92 הוראות אלו נכללו בסופו של דבר בחוק העונשין (תיקון מס' 106), התש"ע-2010, ס"ח 403.

93 אמנת האומות המאוחדות נגד שחיתות, כ"א 59(1562), 1 (נפתחה לחתימה ב-2003).

94 פרוטוקול ישיבה מס' 120 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 3 (14.12.2009).

95 דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 108) (החמרת הענישה בעבירת שוחד).

96 שם, בעמ' 104.

97 דיון ועדת החוקה, חוק ומשפט (14.12.2009), לעיל ה"ש 94.

עברה מעין זו קבועה באמנת האו"ם נגד שחיתות, ובאמנת ה-OECD – בדבר שוחד עובדי ציבור בעסקאות בין-לאומיות. למעשה, הוספת העברה לספר החוקים הישראלי הייתה אחד התנאים להצטרפות לאמנת ה-OECD ולארגון ה-OECD. נראה כי מלבד ההגנה על הערכים המוגנים שבבסיס עברת השוחד, המניע לתיקוני החקיקה היה האינטרס הכלכלי הטמון בחברות בארגון ה-OECD, אשר לו היבטים שונים, ואשר דורש מהמדינות המצטרפות אליו להתאים את הסטנדרטים החקיקתיים שלהן אל הסטנדרטים הבין-לאומיים שאותם דורש הארגון.⁹⁸

קטגוריה (3): מקרים שבהם שורר לכאורה מתח בין מטרת החוק למטרת האמנה הבין-לאומית

הקטגוריה השלישית כוללת את המקרים הבעייתיים ביותר: אלו אשר בהם החוק המוצע מצוי במתח עם התחייבות של מדינת ישראל במשפט הבין-לאומי, ולעתים אף בסתירה להתחייבות זו. במקרים אלו המשפט הבין-לאומי אינו הסיבה לחקיקה אלא מעין מכשול או מחסום שהשפיע על הליך החקיקה ובדרך כלל הביא למיתון מסוים של החוק. במסגרת קטגוריה זו נבחן שלושה חקרי מקרה: חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב–2002;⁹⁹ תיקון חוק הנזיקין האזרחיים; וחוק מניעת ההסתננות.

1) חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים

הדין המצוי

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מאפשר למדינת ישראל לכלוא, על פי צו כליאה שמוציא הרמטכ"ל, בני אדם הנמנים עם כוחות המבצעים פעולות איבה נגד מדינת ישראל, ואשר אינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה על פי אמנת ג'נבה.¹⁰⁰

הרקע לחקיקת החוק

הצעת החוק הוגשה על רקע פרשת המעצר והשחרור של שמונה מתוך עשרים ואחד אזרחים לבנוניים ש"הובאו" לישראל בשנים 1986–1987 ושחררו בשנת 2000. המדינה טענה שהחזקתם דרושה לשם שימוש בהם כקלפי מיקוח לצורך פדיון השבויים הישראליים המצויים בלבנון, ושמטרה זו היא בגדר אינטרס של הגנה על ביטחון המדינה. על בסיס עמדה זו, גם אותם עצורים שנשפטו ונכלאו בגין חברות בארגון טרור הוחזקו במעצר מנהלי על פי חוק סמכויות

98 לסקירת היתרונות של הצטרפות לארגון ה-OECD ראו אסף שפירא, אפרת אבן, נעמי הימין רייש ויניב רינגורץ "ישראל מצטרפת ל-OECD" המכון הישראלי לדמוקרטיה (27.5.2007), <http://archive.fo/fnl7M>.

99 ס"ח 192.

100 ס' 2–3 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

שעת חירום לאחר שריצו את עונשם.¹⁰¹ עמדת המדינה נתקבלה תחילה בבית המשפט העליון,¹⁰² אך בדיון הנוסף שהתקיים בעניין העצורים הפך בית המשפט את החלטתו וקבע שיש לשחרר שמונה עצורים.¹⁰³ דעת הרוב מפי הנשיא ברק עמדה על כך שתכליתו האובייקטיבית של חוק המעצרים המנהליים אינה יכולה לכלול את מעצרו של מי שאינו מסכן בעצמו את המדינה.¹⁰⁴

בפסק הדין דן הנשיא ברק ביזמת חקיקה שתאפשר לכלוא אנשי כוח אויב שאינם שבויי מלחמה, וסבר שאין לראות בחקיקה מעין זו הוראת דין פסולה העוקפת את פסק דינו של בג"ץ. אכן, לפני שחרור העצורים היו ניסיונות לחקיקה מזורזת שתמנע את השחרור, אך בסופו של דבר הוחלט שלא לעשות כן בשל התנגדות שר המשפטים והפרקליט הצבאי הראשי.¹⁰⁵ עתירה שהגישה משפחתו של רון ארד נגד שחרור העצורים נדחתה.¹⁰⁶ ניסיונות החקיקה שנעשו לאחר מכן התמקדו בהותרתם במעצר של שני עצורים לבנוניים אחרים, השיח' עבד אל-כרים עבייד ומוסטפא דיראני, שהוחזקו במעצר מנהלי.¹⁰⁷ עתירתם לבג"ץ נדחתה בשל הנימוק שכל אחד מהם עלול להסב נזק ממשי לביטחון המדינה.¹⁰⁸ לאחר שנחקק החוק כלליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (שייסקר להלן), הוציא הרמטכ"ל צווי כליאה מכוח החוק נגד עבייד ודיראני, וכך הם הפכו להיות כלואים מכוח החוק החדש ולא מכוח חוק המעצר המנהלי, שהיה הבסיס המקורי למעצרים. השניים שוחררו במסגרת עסקת השבויים שנערכה בין ישראל לחיזבאללה, אשר במסגרתה הוחזר לישראל אלחנן טננבאום.¹⁰⁹

אם כן, היוזמה לחוקק את החוק לכליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התעוררה עוד טרם פרוץ אנתפיאדת אל-אקצה,¹¹⁰ הצעת החוק כונתה בהתחלה "הצעת חוק כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, התש"ס–2000",¹¹¹ וכוונה בעיקר כלפי המקרה של לבנוניים שתואר לעיל. ההצעה בגרסתה הראשונית כללה הוראה שלפיה לא יחול החוק על אדם שהוא תושב ישראל, תושב האזור או תושב שטחי המועצה הפלסטינית – אלא אם היה לו חלק בפעולות איבה נגד המדינה מחוץ לשטחים האמורים. אולם העברת החוק בכנסת נעשתה

- 101 הילי מודריק אבן-חן לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית – על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התש"ס–ב–2002 6 (2005).
- 102 עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נגד (1) 97 (1999).
- 103 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721 (2000).
- 104 שם, בעמ' 741.
- 105 ארנה בן-נפתלי ושרון גלייכוויטש "כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה" המשפט 11, 35 (2001).
- 106 בג"ץ 2967/00 ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד (2) 188 (2000).
- 107 עמ"מ 5652/00 עבייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה (4) 913 (2001).
- 108 מודריק אבן-חן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 7–8.
- 109 שם, בעמ' 8.
- 110 שם, בעמ' 5.
- 111 הצעת חוק כליאתם של אנשי כוחות אויב שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, התש"ס–2000, ה"ח 416.

כבר לאחר שפרצה האינתיפאדה השנייה, וממילא השתנה מיקודו של החוק. לקראת הקריאה השנייה של החוק במליאת הכנסת שונה שם הצעת החוק ל"הצעת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002", אולם בשלבי החקיקה האחרונים שהיו במהלך האנתיפאדה הוחלט להסיר הוראה זו, ככל הנראה כדי להשתמש בחוק גם נגד לוחמים פלסטינים (ולא רק נגד פעילי חיזבאללה וארגוני טרור בין-לאומי אחרים).¹¹²

אינדיקציות לזיקה למשפט הבין-לאומי

לשון החוק: סעיף 1 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים קובע כי החוק נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי. כלומר: על פני הדברים החוק מיועד לתמוך בקיומו של המשפט הבין-לאומי.

המשפט הבין-לאומי מוזכר גם בהגדרת המונח "לוחם בלתי חוקי" בסעיף 2 לחוק. לוחם בלתי חוקי הוא אדם שהיה לו חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, ואשר אין מתקיימים בעניינו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבין-לאומי ההומניטרי.¹¹³ עם זאת יש לציין כי על פני הדברים נראה שהחוק עומד בסתירה למשפט הבין-לאומי, שמכיר בשתי קטגוריות בלבד של בני אדם בזירת הלחימה: לוחמים ואזרחים.¹¹⁴

הדיונים בוועדת החוץ והביטחון: סוגיית הסתירה האפשרית בין הצעת החוק לבין המשפט הבין-לאומי עלתה בכמה מקרים במהלך הדיון בוועדת החוץ והביטחון.¹¹⁵ לשיבה שהתקיימה ב-11 ביולי 2000 הוזמנו ארגוני זכויות אדם ואזרח כדי להציג את עמדותיהם. לוועדה הוגשו גם חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת עו"ד צבי ענבר¹¹⁶ וחוות דעתו של היועץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, עו"ד שלמה שהם.¹¹⁷ לבקשת יו"ר ועדת חוץ וביטחון דן מרידור, הגישה היועצת המשפטית של הוועדה עו"ד מרים פרנקל-שור חוות דעת בדבר התאמת החוק למשפט הבין-לאומי. עו"ד שור קבעה בחוות דעתה כי הצעת החוק אינה יוצרת קטגוריה חדשה של לוחמים בלתי חוקיים אלא מעתיקה את ההבחנה הקיימת במשפט הבין-לאומי

112 מודריק אבן-חן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 6, שמפנה לדיון במליאת הכנסת לקראת הקריאה השנייה והקריאה השלישית של הצעת החוק. ח"כ נעמי חזן התריעה שהחוק עלול לחול על תושבי השטחים ואף על אזרחי מדינת ישראל.

113 ס' 2 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

114 ראו למשל בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

115 מודריק אבן-חן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 9, המפנה לדברי הפתיחה של ח"כ דוד מגן במליאה לקראת השנייה והקריאה השלישית. על פי מודריק אבן-חן, קיימה ועדת החוץ והביטחון כעשר ישיבות.

116 שם. מודריק אבן-חן מפנה לחוות דעתו של עו"ד צבי ענבר, היועץ המשפטי לכנסת, בנושא הצעת החוק שהוגשה לוועדת החוץ והביטחון ב-5 בספטמבר 2000.

117 שם. מודריק אבן-חן מפנה לחוות דעתו של עו"ד שלמה שהם, היועץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שהוגשה לוועדת החוץ והביטחון ב-5 בספטמבר.

ההומניטרי בין לוחמים שעומדים בהגדרות דיני המלחמה, ומשכך זכאים למעמד של שבויי מלחמה, לבין לוחמי אויב שאינם עומדים בהגדרות הללו ואינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה.¹¹⁸ לדבריה, "לוחם בלתי חוקי" אינו יוצר מעמד חדש אם מחילים עליו את הוראות אמנת ז'נבה הרביעית.¹¹⁹

הדיונים בכנסת: שאלת ההתאמה של החוק למשפט הבין-לאומי עלתה גם בדיונים בקריאה השנייה והשלישית בכנסת.¹²⁰ חברת הכנסת נעמי חזן למשל ציינה שהחוק אינו תואם את המשפט הבין-לאומי, וכי כל המומחים למשפט בין-לאומי שהעידו בפני ועדת החוק והביטחון התנגדו לחוק,¹²¹ בעיקר משום שאין תקדים ליצירת קטגוריה משפטית של "לוחם בלתי חוקי" לא בחקיקה של מדינות ולא בחקיקה הבין-לאומית ולא באמנות הומניטריות בין-לאומיות.¹²² הצעת החוק התקבלה כחוק בקריאה שלישית ברוב של 39 חברי כנסת (19 התנגדו, 2 נמנעו, ו-60 לא נכחו באולם).¹²³

- 118 גרעון אלון "חוות דעת: 'לוחם בלתי חוקי' קיים במשפט הבינלאומי" הארץ – אונליין (20.6.2001) www.haaretz.co.il/misc/1.711099.
- 119 מורדיק אבן-חן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 25. פרנקל-שור הציעה כמה שינויים לנוסח הצעת החוק. הצעתה לקצר את פרק הזמן של 21 יום עד הבאת העציר לדיון במעצרו בפני שופט התקבלה (פרק הזמן המופיע בחוק כיום הוא 14 יום), אך הצעות אחרות שלה לא התקבלו: ההצעה שלפיה ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי יהיה לפני שלושה שופטים ולא שופט יחיד (ס' 5(ד) לחוק קובע שהחלטת מחוזי ניתנת לערעור בדין יחיד), ההצעה להגביל את תוקפו של החוק לפרק זמן של חמש שנים בלבד וההצעה להקים ועדה מקצועית שתעקוב אחר יישום החוק והשלכותיו. חוות דעתה עסקה גם בחזקת המסוכנות הקבועה בסעיף 7 לחוק. לכאורה לפי הדין הבין-לאומי יש לעמוד על מסוכנותו האישית של הלוחם, ואילו סעיף 7 קובע חזקה שלפיה עצם השתייכותו לכוח אויב הוא ראייה למסוכנותו של האדם.
- 120 פרוטוקול ישיבה מס' 289 של הכנסת ה-15, דיון בנושא הצעת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב–2002 (קריאה שנייה ושלישית) (4.3.2002).
- 121 ח"כ חזן הזכירה בפירושו את חוות דעתם של עו"ד צבי ענבר, לשעבר הפרקליט הצבאי הראשי ושל השופט בדימוס שלמה שהם.
- 122 ח"כ חזן הזכירה את המצב בארצות הברית ואמרה שלא בכדי לא חוקקה ארצות הברית חוק דומה. "פשוט לא יאומן", לדבריה, שישראל תחוקק חוק כזה, שהוא כתם על ספר החוקים של מדינת ישראל, ואשר "[מפר] כל אחת מהאמנות הבין לאומיות". הטענה שהחוק עומד באמות המידה של המשפט הבין-לאומי היא לדעתה מוטעה ומטעה. הקטגוריה של לוחם בלתי חוקי, לדבריה, היא למעשה לוחם נגד מדינת ישראל שמדינת ישראל איננה מוכנה להכיר בו, ולכן גם אינה חייבת להחיל עליו את אמנת ז'נבה השלישית.
- 123 כשבוע לאחר מכן ביום ה-11.3.2002 הגישו חברי כנסת ממפלגת מרצ – נעמי חזן, רן כהן וזהבה גלאון – הצעה לבטל את החוק. ראו הצעת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (תיקון – ביטול החוק), התשס"ב–2002, ה"ח 75304. לטענתם, הגישה המקובלת במשפט הבין-לאומי היא שמי שאינו שבוי מלחמה לפי האמנה השלישית, הוא אזרח מוגן לפי אמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה. על פי גישה זו, אומרים, המונח "לוחם בלתי חוקי" אינו קיים. כלומר, יש לבחון אם מדובר בהחזקתם של שבויי מלחמה (לוחמים) או של אזרחים – אזרח הנמצא במעצר, שאינו משפט מנהלי, ולא הובא למשפט – הוא בן ערובה. היות שלא נטען שהם שבויי מלחמה, דיראני ועובייד משמשים לדעתם בני ערובה וזאת בניגוד לסעיף 1 לאמנה הבין-לאומית נגד לקיחת בני ערובה (אשר ישראל חתומה עליה משנת 1980), ובניגוד להוראות אמנת ז'נבה הרביעית.

(ז) חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה–2005¹²⁴

הדין המצוי קודם לתיקון

החוק המקורי נחקק בשנת 1952 והתווסף לפקודת הנזיקין.¹²⁵ הוא משקף את העמדה שלפיה המדינה פטורה מאחריות בנזיקין אם הנזק נגרם בשל פעולה מלחמתית, בשל השוני בין תכלית דיני הנזיקין לבין תכלית דיני המלחמה ובשל התפיסה שלפיה בזמן סכסוך על כל צד לשאת בנזקים שנגרמו לאזרחיו או לתבוע נזקיו במרוכז מהצד האחר. נתמקד להלן בהליכי החקיקה של תיקון מס' 7 (שהתחיל את דרכו בהליך החקיקה בתור תיקון מס' 5) ובהשפעת הדיונים על אודות התחייבויותיה הבין-לאומיות של ישראל על תוכנו.

התיקון לחוק משנת 2005

במסגרת תיקון זה נוספו כמה סעיפים, ובהם הסעיפים האלה:

1. סעיף 5ב, הקובע שהמדינה אינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם לנתין של מדינת אויב (אלא אם הוא שוהה כדין בישראל), פעיל או חבר בארגון מחבלים, או למי שניזוק בעת שנפל בשליחותו או מטעמו של נתין מדינת אויב או חבר או פעיל בארגון מחבלים – למעט נזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים שמצוינים בתוספת הראשונה.¹²⁶
2. סעיף 5ג קובע כי על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון, למעט נזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים המופיעים בתוספת הראשונה, וגם הוראות בעניין קביעת ועדה שתוכל לאשר בנסיבות מסוימות ולפנים משורת הדין תשלום לפונה.
3. סעיף 3(א)–(ב) מסדיר את הוראות תחילה ואת התחולה (רטרואקטיבית) של החוק.

הרקע לחקיקת החוק

שאלת הפיצויים לנפגעים האזרחיים מפעולות צה"ל בשטחים מלווה את המשפט הישראלי מאז האינתיפאדה הראשונה. הרקע המידי לחקיקת התיקון לחוק הוא כפול: ראשית, האינתיפאדה השנייה (אינתיפאדת אל-אקצה) אשר פרצה בספטמבר 2000, ושבמהלכה הפעילו כוחות צה"ל כוח צבאי רב לשם דיכוי האלימות בשטחים, הביאה לפגיעה ניכרת ברכוש ובחיים ולמספר גדול של תביעות נזיקין פוטנציאליות. שנית, פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת בני עודה פירש בצמצום את חסינות המדינה בנזיקין מפני תביעה על פעולות מלחמתיות וקִהריג ממנה פעולות של אכיפת חוק.¹²⁷ לאור האמור ביקשה המדינה לצמצם את חבותה בנזיקין במקרים של

124 ס"ח 953.

125 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב–1952, ס"ח 339.

126 ס' 5ב לחוק הנזיקים האזרחיים.

127 ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1 (2002).

פגיעות שנבעו מהפעלת כוח של כוחות הביטחון במסגרת המאבק בטרור, ובמיוחד באזורים שבהם התנהלו מעשי איבה בהיקף נרחב.

הזיקה למשפט הבין-לאומי

החוק עצמו: החוק עצמו מתיימר להיות מבוסס על הרעיון המקובל במדינות רבות שעל פיו על נזקים שנגרמו לאויב או לאזרחיו בעת לחימה אין מופעלים דיני הנזיקין הרגילים הקובעים את אחריות המדינה.¹²⁸ במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ובדיוני מליאת הכנסת עלו בהקשר זה שתי שאלות הקשורות לדין הבין-לאומי ולמוסדות משפטיים בין-לאומיים: ראשית אם הענף המשפטי הרלוונטי בהקשר זה הוא אכן דיני הלחימה או שמא דיני הכיבוש או דיני זכויות האדם; שנית אם תהיה חשיפה ישראלית לתביעות בחו"ל אם התביעות בישראל תיחסמנה.

ועדות הכנסת: שני הנושאים עלו בישיבות של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 2005.5.31¹²⁹ ומיום 2005.6.15¹³⁰ בעניין הצעת חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על-ידי נתין מדינת אויב או תושב אזור עימות) – שכאמור הפך להיות בסופו של דבר תיקון מס' 7. נציגי משרד המשפטים הסבירו כי המשפט הבין-לאומי (והמשפט המשווה) תומך במתן פטור למדינה מאחריות בנוזיקין בנסיבות של לחימה.¹³¹ נציגי המדינה הקפידו להסביר כי המצב בישראל ייחודי בגלל הלחימה נגד ארגונים לא סדירים הפועלים מתוך אוכלוסייה אזרחית בשטח כבוש. לטענת נציגי המדינה, האוכלוסייה האזרחית שמתוכה פועלים הארגונים איננה אוכלוסייה של מדינת אויב, ולכן נדרש הסדר מיוחד, שאינו תואם לחלוטין את המקובל במדינות אחרות.¹³² לבסוף הבהירו נציגי המדינה שאין פורום בין-לאומי שבו ניתן לתבוע תביעה חליפית.¹³³

128 Christian Tomuschat, *State Responsibility and the Individual Right to Compensation Before National Courts*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL LAW IN ARMED CONFLICT 811, 819–822 (Andrew Clapham & Paola Gaeta eds., 2014).

129 פרוטוקול ישיבה מס' 489 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (31.5.2005).

130 פרוטוקול ישיבה מס' 502 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (15.6.2005).

131 פרוטוקול מס' 489, לעיל ה"ש 129, בעמ' 5–6: עו"ד שרית דנה (פרקליטות מחוז תל אביב), הסבירה שככלל, במצב של עימות כל צד נושא בנזקיו. היחס שבין אזרח מדינת אויב או שטח אויב שבמסגרתו מתנהל עימות ובין המדינה האחרת שעמה יש יחסי מלחמה, איננו צריך להתנהל במסגרת נזיקית רגילה (יש הסכמים בין-לאומיים לכך). לדבריה, משרד המשפטים סבור שההצעה עומדת במגבלות החוקתיות ובכללי המשפט הבין-לאומי: "העיקרון הזה מקובל ומאוד מעוגן במשפט הבין-לאומי, ויש בו האיזונים הנאותים, מצד אחד להשיג את המטרה שאותה ניסה גם תיקון 4 להשיג, ומצד שני, לאפשר במקרים המתאימים לתת פיצוי".

132 שם, בעמ' 5–6.

133 שם, בעמ' 38. אל"מ פנינה שרביט ברוך הסבירה שאין טריבוונל בין-לאומי שיכול לדון בתביעות נזיקיות נגד מדינה בלי ההסכמה שלה. יש בית דין פלילי בין-לאומי שאינו קשור. בתחום האזרחי קיים בית הדין בהאג.

בדיונים נכחו גם נציגים של ארגוני זכויות אדם וכן מומחים מהאקדמיה למשפט בין-לאומי ולדיני נזיקין. הן ארגוני זכויות האדם¹³⁴ והן מומחי האקדמיה התמקדו בטיעוניהם בהיותו של המצב בשטחים ייחודי – כיוון שהמשטר המשפטי שחל עליהם אינו דיני הלחימה בלבד אלא דיני הכיבוש וכן דיני זכויות האדם.¹³⁵ שלילת זכות התביעה בנזיקין במשטרים משפטיים אלו, כאשר היא גורפת כלפי כל מי שנמצא באזור העימות, מסובכת הרבה יותר, במיוחד כאשר היא מכוונת בעיקר כלפי התושבים הפלסטינים (ולא כלפי אזרחים ישראלים).

אנשי ארגוני זכויות האדם אף הדגישו את האפשרות של הקהילה הבין-לאומית להטיל סנקציות על ישראל בגין הפרת הדין הבין-לאומי.¹³⁶

חברי הכנסת המייצגים את הקואליציה בוועדה הביעו תמיכה מלאה בחוק למרות הבעיות שנטענו בכל הקשור להתאמת התיקון לחוק למשפט הבין-לאומי,¹³⁷ וההצעה עברה בוועדה למרות ההתנגדויות של ארגוני זכויות האדם.¹³⁸ עם זאת יש לזכור כי במהלך הדיונים בוועדה

- 134 למשל שם, בעמ' 62, עו"ד גיל גן מור (המוקד להגנת הפרט).
- 135 פרוטוקול מס' 502, לעיל ה"ש 130, בעמ' 2–9. לדעת פרופ' רות לפידות, היות שההצעה היא משנת 2002, יש להתאימה לחוות הדעת של בית הדין הבין-לאומי שניתנה בינתיים – לפי חוות הדעת לא רק האמנות ההומניטריות חלות אלא גם דיני זכויות האדם. לפידות מודה שלא תמיד צריך לקיים את מה שאומר בית הדין, אבל כדאי לזכור את הדברים ולנסח את הדברים בצורה שתתאם את מה שנאמר שם. היא מציעה להימנע מלומר "אזור עימות" בעקבות חוות הדעת משום שהם אינם מוכנים להכיר בכך שיש פה אזור עימות שחלים בו דיני הלחימה. התנגדות מטעמים דומים הביעה גם פרופ' דפנה ברק-ארז, שם, בעמ' 28.
- 136 למשל בפרוטוקול מס' 489, לעיל ה"ש 129, בעמ' 41, חוה מטריס-ברוך (המוקד להגנת הפרט) הסבירה שמועצת הביטחון או מדינה אחרת כן יכולה לגרור אותנו לבית הדין הפלילי ולהקנות לבית הדין סמכות, ומסבירה שמכוח עקרון ההשלמה מדינה אחרת יכולה להקנות לבית הדין סמכות בענייננו אם לא עמדנו במחויבות שלנו לשיפוט.
- 137 למשל שם, בעמ' 68, חבר הכנסת ניסים זאב (ש"ס) אמר: "אם לא נגן על עצמנו, אנחנו נצפה שהמשפט הבין-לאומי יגן עלינו? [...] קודם כל, אנחנו צריכים להתוות מדיניות, צריכים להיות נחושים בחוק הזה, להעביר אותו יום קודם, ואחר כך נתמודד ברמה הבין-לאומית".
- 138 לקראת ההצבעה פנו שבעה ארגוני זכויות אדם (בצלם, האגודה לזכויות האזרח בישראל, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, המוקד להגנת הפרט, עדאלה, רופאים לזכויות אדם, שומרי משפט) לחברי הכנסת בבקשה שלא ייתנו ידם לחוק, שאותו הם תיארו כגזעני. לדבריהם, ההצעה מבישה ולא חוקתית. היא מקנה למדינה חסינות גורפת מפני תביעות של פלסטינים שניזוקו באזורים נרחבים של הגדה המערבית ובעזה. המכתב מבהיר שהתיקון אינו בא לחסום תביעות בגין נזקים שגרמו כוחות הביטחון בפעילותם המבצעית, שכן כבר היום אי אפשר לקבל פיצויים בגין נזקים אלו (בעקבות התיקון לחוק משנת 2002). התיקון בא להרחיב את החסינות על נזקים שאין בינם ובין הלחימה בשטחים ולא כלום. "מיטב המומחים קבעו, כי מדובר בשיבוש עקרונות יסוד של דיני הנזיקין והפרה בוטה של המשפט הבינלאומי המחייב את ישראל". עם המתנגדים להצעת החוק שהם מציינים נמנים פרופסור מרדכי קרמניצר, פרופסור אריאל פורת, פרופסור דפנה ברק-ארז וארגוני זכויות אדם בארץ ובעולם. המכתב מבהיר גם שאף אם החוק יתקבל בכנסת, הרי שהדבר לא יפטור את ישראל מאחריות בנזיקין, שהרי הניזוקים יוכלו לתבוע את ישראל בפניו בתי משפט זרים ובין-לאומיים. ראו "תיקון מס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים – הצעת חוק מבישה ובלתי חוקתית" האגודה לזכויות האזרח בישראל (25.7.2005) www.acri.org.il/he/1136

עבר נוסח הצעת החוק הממשלתית שינויים שמיתנו את תוצאותיו: ראשית, נקבע כי לא כל השטחים ייחשבו לאזור שיהיה אי אפשר לתבוע בו בנוגע לנזקים שאירעו בו; הסדר זה יחול רק על אזורים ששר הביטחון הכריז עליהם אזור עימות; ¹³⁹ שנית, הוקמה "ועדת חריגים" למתן פיצוי לפנים משורת הדין. ¹⁴⁰ יו"ר הוועדה מיכאל איתן טען במהלך הדיון במליאה כי השינויים התקבלו בעקבות ההערות שנשמעו בוועדה.

הדיון בכנסת: בדיון במליאה ב-27.7.2005 ¹⁴¹ התנהל דיון ער בהצעת החוק, ובמהלכו עלה גם נושא ההתאמה של התיקון למשפט הבין-לאומי. התומכים טענו כי ההצעה תואמת את המקובל במשפט הבין-לאומי, ¹⁴² ואילו המתנגדים טענו כי ההצעה אינה תואמת אותו ¹⁴³ וחושפת את ישראל לתביעות בחו"ל. ¹⁴⁴ בסופו של דבר התקבלה הצעת הוועדה במליאת הכנסת ללא כל הסתייגות. עם זאת סעיף 5 לחוק נפסל בבג"ץ, ¹⁴⁵ והכנסת חוקקה במקומו תיקון אחר. ¹⁴⁶

ח) חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב–2011 ¹⁴⁷

הדין המצוי

החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה) והחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד–2013 ¹⁴⁸ (שבוטלו בינתיים שניהם בבית המשפט העליון) מהווים הסדר חקיקתי שמטרתו להסדיר את סוגיית מבקשי המקלט או ה"מסתננים" למדינת ישראל, במיוחד מהגרים ממדינות יבשת אפריקה. חוקים אלה מבטאים מדיניות ממשלה אשר מתייחסת לסוגיית ההגירה מאפריקה כבעיה לאומית מהמדרגה הראשונה, הדורשת פתרון מידי. כמו במקרה של התיקון לחוק הנוזקים האזרחיים, גם במקרה זה החוקים שנתקבלו בוטלו כאמור בבית המשפט העליון, שקבע כי הם אינם חוקתיים, הואיל והם סותרים את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ¹⁴⁹ (ויש לציין כי במסגרת הדיון בבית המשפט עלו טענות

139 ס' 5 לחוק הנוזקים האזרחיים.

140 פרוטוקול ישיבה מס' 276 של הכנסת ה-16 (27.2.2005), החלק שעוסק בהצעת חוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה–2005, ד"כ 198, 8247, ודבריו של חבר הכנסת מיכאל איתן בדיון במליאה.

141 שם.

142 שם, בעמ' 92 (ח"כ איתן).

143 שם, בעמ' 127 (ח"כ זחאלקה).

144 שם, בעמ' 134 (ח"כ גלאון).

145 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006).

146 חוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב–2012, ס"ח 522.

147 ס"ח 119.

148 ס"ח 74.

149 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

בדבר סתירות בין החוק לבין המשפט הבין-לאומי.¹⁵⁰ כמו כן גם כאן השימוש במשפט הבין-לאומי נועד לחסום הצעת חוק שנראתה בעיני חלק מהמעורבים בהליך החקיקה מנוגדת לעקרונותיו, וזאת בניגוד למקרים הקודמים שנדונו במאמר זה, שבהם השימוש בדיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי בשלבי חקיקת החוק נועד דווקא לקדם את קליטת המשפט הבין-לאומי בחוק הישראלי.

הזיקה למשפט הבין-לאומי

ישראל חתומה על האמנה בדבר מעמדם של פליטים¹⁵¹ (היא אשררה אותה ביום 1.10.1954) וכן על הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים¹⁵² (שאותה היא אשררה ביום 14.6.1968). העיקרון המרכזי המעוגן ב"אמנת הפליטים" הוא "עקרון אי-החזרה" של פליטים למדינה שממנה נמלטו.¹⁵³ עקרונות נוספים המעוגנים באמנה ובפרוטוקול נוגעים ליחסה של המדינה הקולטת אל הפליטים החיים בקרבה. יתר על כן, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שאותה אשררה ישראל ביום 3.10.1991, אוסרת בסעיף 9 שלה על מעצר או מאסר שרירותי. זוהי הוראה המגבילה את יכולתה של המדינה לכלוא אנשים בלא משפט (במנותק מהליך פלילי או במקרים יוצאי דופן, כמעצר ביטחוני מניעת). התיקונים לחוק ההסתגנות נתפסו בעיני רבים כפוגעים פגיעה מהותית וקשה בזכויות אדם, שכן הם כללו הוראות המתירות החזקת המסתגנים במשמורת ארוכה במיוחד שנתפסה להיות החזקה בלתי מידתית המנוגדת לאיסור על מאסר שרירותי (עד שלוש שנים בחוק המקורי ועד שנה בחוק המתוקן, שאחריו נקבע הסדר להגבלת תנועה לתקופה לא מוגבלת, שבה נדרשת שהייה במתקן "פתוח"). עם זאת יש לציין ששני התיקונים לחוק הנדונים כאן אינם מנוגדים לעיקרון המרכזי של אמנת הפליטים – עקרון איסור החזרה.

הגורמים המעורבים בחקיקה

החוקים מבטאים את מדיניות הממשלה בשנים האחרונות המיועדת למגר את תופעת כניסת ה"מסתגנים" (כשם כולל למבקשי מקלט, פליטים, מהגרי עבודה וכדומה) למדינת ישראל בהתייחסה לסוגיה כאל בעיה לאומית.¹⁵⁴ מאחר שהחוק היה חלק חשוב ממדיניות הממשלה

150 ראו למשל חוות הדעת של מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבין-לאומי בישראלי אשר הוגשה לבית המשפט העליון בעניין אדם, לעיל ה"ש 32.
151 אמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 5, 65 (נפתחה לחתימה ב-1951) (להלן: אמנת הפליטים).
152 פרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 21 (נפתח לחתימה ב-1967).
153 ס' 33 לאמנת הפליטים, לעיל ה"ש 151.
154 ראו למשל דברי ראש הממשלה בנימין נתניהו בישיבת הממשלה מיום 20.5.2012: "תופעת המסתגנים הבלתי חוקיים מאפריקה חמורה ביותר ומאיימת על מרכיבי החברה בישראל – על הביטחון הלאומי ועל הזהות הלאומית".

בנושא, היה למשרדי הממשלה השונים והיועצים המשפטיים הפועלים בה חלק מרכזי במאמצים לנסח ולקדם את הצעת החוק בכנסת.

אינדיקציות לקשר למשפט הבין-לאומי

זמן החקיקה: מאוחר לאמנות הרלוונטיות.

תוכני הדיון בחוק: ככלל, הדיונים בשלבי החקיקה השונים התבססו על שיח המדגיש כי מדינת ישראל מנסה לאזן בין המצב הבעייתי שנוצר מכניסתם של מהגרים לא חוקיים רבים לישראל לבין הצורך בעמידה בהתחייבויותיה לפי המשפט הבין-לאומי. יתר על כן, בכלל הדיונים בכנסת הדגישו התומכים בחוק וכן נציגי משרדי הממשלה הרלוונטיים כי החוק אינו סותר את הוראות אמנת הפליטים כי אין הוא חל על פליטים אלא על מסתננים אחרים, כגון מהגרי עבודה, וכי הוא אינו פוגע בעקרון אי-ההחזרה.¹⁵⁵ אולם על אף אמירות אלה החוק נתפס בעיני גורמים שונים שהשתתפו בהליך החקיקה כחוק פוגעני, הן מבחינת פגיעתו בזכויות אדם והן מבחינת אי-עמידתו בסטנדרטים בין-לאומיים של טיפול במבקשי מקלט ומהגרים לא חוקיים.¹⁵⁶

הערות לתזכיר החוק: במסגרת ההערות לתזכיר החוק התקבלו הערות מגופים שונים העוסקים בתחום זכויות האדם ומגופים ממשלתיים ואף ממשד המשפטים פנימה, אשר סברו כי יש צורך לשנות חלק מהוראותיו כדי שיעלה בקנה אחד, מבחינה מהותית, עם התחייבויותיה הבין-לאומיות של מדינת ישראל.¹⁵⁷

השתתפות ארגוני זכויות אדם בדיונים בכנסת שהעלו את הקשיים הבין-לאומיים: נציגי ארגוני זכויות אדם וארגונים בין-לאומיים רבים הגיעו כמעט לכל הדיונים שהתקיימו בכנסת. למשל, השתתפו בישיבות נציגי ארגון אמנסטי אינטרנשיונל, נציגי הקליניקות המשפטיות בפקולטות למשפטים באוניברסיטאות ובמכללות השונות וכן נציגי נציבות האו"ם לענייני פליטים. נציגי נציבות האו"ם לענייני פליטים שהשתתפו בדיונים אמר מפורשות כי הצעת החוק בנוסחה המקורי, ככל שהיא אמורה לחול על מבקשי מקלט, סותרת את ההתחייבויות הבין-לאומיות של ישראל.¹⁵⁸ שתי הצעות החוק ספגו ביקורת נוקבת גם בתקשורת.¹⁵⁹

155 ראו למשל דבריה של אביטל שטרנברג בפרוטוקול ישיבה מס' 436 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18, 5 (10.8.2011).

156 ראו למשל את מכתב האגודה לזכויות האזרח ומוקד סיוע לעובדים זרים לחבר הכנסת אמנון כהן, 2 (9.8.2011) www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2011/11/histanenut0811b.pdf, וכן את כתב העתירה, ובעיקר ס' 138–193 לכתב העתירה, שהגישו העותרת וכן ארגוני זכויות אדם רבים בעניין אדם, לעיל ה"ש 32, הכולל טיעונים רבים מתחום ההתאמה של החוק למשפט הבין-לאומי, www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2012/10/hit-histanenut.pdf.

157 נייר עמדה בנוגע ל"הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפורט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א–2011" 8, 4–1 (אמנסטי אינטרנשיונל, 2011) www.amnesty.org.il/_Uploads/dbsAttac (2011); מכתב מהאגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' לחברות וחברי הכנסת (24.11.2013) www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/11/hisnatenu2-241113.pdf.

158 פרוטוקול ישיבה מס' 419 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18, 16 (25.7.2011).

בדיונים בכנסת השתתפו, לצד הרפרנטים הרלוונטיים במשרד המשפטים, גם נציגי היחידה להסכמים בין-לאומיים, שחלק מתפקידה הוא להבטיח את התאמת החקיקה לנורמות הקבועות באמנות בין-לאומיות, ונראה כי הם מגיעים בייחוד לדיונים שבהם עולה טענה לחשש ממשי לאי-עמידה בהתחייבויות הבין-לאומיות של מדינת ישראל.¹⁶⁰

ביקורת הייעוץ המשפטי של הכנסת: אמנם ביקורת זו עסקה במיוחד בפן החוקתי של הצעות החוק, אולם היועץ המשפטי של הכנסת אמר מפורשות במהלך הדיונים בהצעות החוק כי ההסדר המוצע בעייתי, והנזק שהוא עלול לגרום יהיה רב מתועלתו גם במישור הפנימי וגם במישור הבין-לאומי.¹⁶¹

נציגי אופוזיציה: ח"כ דב חנין הבהיר בכמה הקשרים באמצעות הגשת הסתייגויות כי החוק אינו תואם את הנורמות הבין-לאומיות הקיימות.¹⁶²

במקרה זה, כמו גם במקרה לחוקים אחרים העוסקים בסוגיית המסתננים, מדובר הלכה למעשה בתיקון חקיקה המבוצע לפי מדיניות ממשלתית ולפי החלטות ממשלה שנועדו להילחם בתופעה של כניסת "מסתננים" לישראל. החוקים נחקקו כאמור באופן שנועד למנוע התנגשות עם עקרון "אי-ההחזרה" שבמשפט הבין-לאומי, ואולם הביקורת על החוק התמקדה בשאלות משפטיות נוספות, לרבות בחשש לפגיעה של ממש בזכויות אדם חשובות המעוגנות במשפט הבין-לאומי, כגון הזכות להליך הוגן והזכות לחירות. למשל, נמתחה ביקורת על פרק הזמן הממושך שבו הותרה החזקתם של "מסתננים" במשמורת וכן על האיסור שנקבע להגיש סיוע ל"מסתנן" (שבהמשך רוכך והפך להיות איסור על סיוע למסתנן מזוין או שעבר עברה חמורה).¹⁶³

הפרשנות המצמצמת של המשלה

כאמור, נציגי המשלה בדיונים בוועדות הכנסת ביטאו את העמדה כי התיקונים לחוק אינם סותרים את המשפט הבין-לאומי מכיוון שהם אינם סותרים את עקרון אי-ההחזרה, וכן כי הם מבחינים בין פליטים, אשר עליהם יש להגן, לבין "מסתנני עבודה", אשר אינם זכאים לזכויות על פי התחייבויותיה של מדינת ישראל לפי אמנת הפליטים. ניכר מהדיון בוועדת הפנים שאנשי משרד המשפטים מדגישים את הפן המצומצם של המחויבות שישראל קיבלה עליה על פי אמנת

159 למשל "חוק המסתננים: חרפה" הארץ 11.1.2012; ירון לונדון "מהגרים לבנים, מהגרים שחורים" ידיעות אחרונות – דעות 26.12.2011.

160 ריאיון עם הילה טנא-גלעד, היחידה להסכמים בין-לאומיים ותביעות בין-לאומיות במשרד המשפטים (31.1.2013).

161 "אושר סופית החוק המכונה 'חוק המסתננים': ראש המשלה משך את הסתייגות שר המשפטים שבאה לבטל את הצעת ועדת הפנים כך שהעבירות המקוריות לא ישונו ולא יהיה הבדל בין מסתננים על רקע בטחוני לאחרים" (הודעת דובר הכנסת, 10.1.2012).

162 פרוטוקול ישיבה מס' 465 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18, 10 (13.12.2011).

163 אמנסטי אינטרנשיונל, לעיל ה"ש 157, בעמ' 6-8.

הפליטים. כלומר – לשון אמנת הפליטים בלבד הייתה המבחן לשאלה מהו האמצעי הנדרש לפי המשפט הבין-לאומי להגנה על פליטים.

בסופו של דבר קבע בית המשפט העליון שלוש פעמים כי היבטים מסוימים בחוק כפי שהועבר בכנסת פסולים. הטעם העיקרי לפסילה היה כי החוק פוגע פגיעה לא מידתית בזכות לכבוד האדם ובזכות לחירות. בשני פסקי הדין הראשונים – אדם¹⁶⁴ ואיתן¹⁶⁵ – הסתמך בית המשפט הסתמכות נרחבת על הדין המשווה, כלומר על המצב במדינות אחרות, ועל המשפט הבין-לאומי. למשל, השופט פוגלמן הביא כתמיכה לעמדתו המבקשת להגביל את פרקי הזמן המרביים לשלילת חירות ממהגרים החלטות של ועדת זכויות האדם שנתקבלו בעקבות תלונות נגד הרשויות באוסטרליה,¹⁶⁶ ולעניין שאלת "הרצון החופשי" בהליכי החזרה מרצון הסתמך השופט פוגלמן על המדריך (Handbook) של ה־High Commissioner of Refugees.¹⁶⁷ יש לציין כי בשני המקרים ניתן לטעון כי פעולת המדינה לא הייתה מנוגדת ל"גרעין הקשה" של הנורמות של דיני הפליטים של המשפט הבין-לאומי, אך ניתן בהחלט להבין מפסק הדין כי העמדה של מדינת ישראל חרגה מההתנהגות המקובלת על מדינות דמוקרטיות-ליברליות בנושאים אלו. יצוין גם כי בכל הנושאים שבהם קבע בית המשפט העליון כי החוק פסול הועלה הדבר כבר בישיבות ועדת הפנים של הכנסת בידי נציג האו"ם או בידי ארגוני זכויות אדם או בידי חבר הכנסת דב חנין (חבר הכנסת היחיד שהתייחס לנושא המשפט הבין-לאומי בדיוני הועדה). לעומת זאת בפסק הדין השלישי – דסטה – קבע בית המשפט העליון כי הגבלות על מקום מגוריהם של מבקשי המקלט אינן סותרות בהכרח את הוראות המשפט הבין-לאומי (אם כי ההגבלות במקרה הספציפי אינן מידתיות).¹⁶⁸

ג. התהליך הפורמלי

1. חקיקה בישראל

מטרתו של חלק זה של המאמר היא לתאר את דרך הקליטה של המשפט הבין-לאומי במשפט הישראלי. המסקנות על אודות תפקיד המשפט הבין-לאומי בהליך החקיקה מבוססות בחלקן על חקרי המקרה שבחנו ובחלקן על שיחות וראיונות שערכנו לקראת הכנת המאמר. ככלל, קיימות שלוש דרכים ליזום חקיקה בישראל:

-
- 164 עניין אדם, לעיל ה"ש 32.
 - 165 בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 56 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 22.9.2014).
 - 166 עניין אדם, לעיל ה"ש 32, פס' 91 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
 - 167 עניין איתן, לעיל ה"ש 165, פס' 112 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
 - 168 בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פס' 71–72 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 11.8.2015).

א. יש חוקים שמקורם הוא בהצעות חוק ממשלתיות. על פי רוב, הצעות חוק ממשלתיות הן הצעות שהיזמה לחקיקתן נולדה במשרדי הממשלה. עם זאת יש גם הצעות חוק פרטיות שהממשלה אימצה ושהפכו להצעות חוק ממשלתיות. טיוטות חוק ממשלתיות עוברות עבודת מטה מקיפה ומופצות לציבור כתזכיר חוק באופן המאפשר לגורמים המעוניינים בכך להעביר הערותיהם למנסחי ההצעה. הערות אלה נדונות לגופן במשרד הממשלתי הרלוונטי, והמרכזיות שבהן מופיעות, עם התייחסות לתוכן, בטיוטת החוק שמועברת לאישור ועדת השרים לענייני חקיקה, ולאחר אישור הטיוטה, לפרסום והנחה על שולחן הכנסת.¹⁶⁹

ב. יש חוקים שמקורם הוא בהצעות חוק פרטיות שיזמו חבר כנסת בודד או קבוצת חברי כנסת. ההצעות הללו מגיעות בראשית דרכן לוועדת שרים לענייני חקיקה, שם מוצגות עמדות המשרדים הרלוונטיים, ונערכת הצבעת הוועדה. הצעות שאינן זוכות לתמיכת הממשלה ממשכות בהליך הארוך יותר של חקיקה, הכולל קריאה נוספת (קריאה טרומית).¹⁷⁰

ג. הצעות חוק נוספות, מועטות במספר, הן הצעות שהציעה לראשונה אחת מוועדות הכנסת.¹⁷¹ הצעות חוק בהליך (א) עוברות לקריאה ראשונה בכנסת. לאחר אישור בקריאה ראשונה הן עוברות לוועדה הרלוונטית, ושם נערך דיון מפורט המוביל לניסוחן מחדש. לאחר מכן מוגשות ההצעות לקריאה שנייה (שמטרתה להכריע בין נוסחים שונים או בהסתייגויות שונות מהנוסח הראשוני שאושר בוועדה) ולקריאה שלישית – שלאחריה הופך החוק לסופי. הצעות חוק פרטיות מועברות ראשית לקריאה טרומית, ורק לאחר מכן לוועדה רלוונטית ולקריאה ראשונה.¹⁷² רוב עצום מהצעות החוק הפרטיות נעצר לפני שלב הקריאה הראשונה. כך למשל בכנסת ה-17, רק 28% מהצעות החוק הפרטיות שהוגשו בכנסת הגיעו להצבעה בקריאה טרומית. רק 4.5% מסך ההצעות הפרטיות התקבלו בקריאה שנייה ושלישית והפכו לחוקים.¹⁷³ בכנסת ה-18, רק 6% מהצעות החוק הפרטיות הבשילו לחוקים.¹⁷⁴

2. תפקיד משרד המשפטים

(א) המדיניות הכללית בדבר קליטת המשפט הבין-לאומי של דיני זכויות האדם דרך הצעות חוק ממשלתיות

הצעות חוק ממשלתיות מושפעות רבות בתוכנן מעמדת הדרג המקצועי במשרד המשפטים ובמשרדים רלוונטיים אחרים, אשר מנסחים את הצעות החוק ומבצעים את עבודת המטה ואת

169 ס' 74 לתקנון הכנסת.

170 ס' 75 לתקנון הכנסת.

171 ס' 80 לתקנון הכנסת.

172 שם.

173 שחר אילן "יותר מ-4000 הצעות חוק, רק אחת מתוך 20 התקבלה – מספר שיא ביוזמות חוק פרטיות בכנסת ה-17" הארץ – חדשות 29.9.2008 www.haaretz.co.il/misc/1.1352060

174 מירב ארלוזורוב "כנסת נשית, אך עדיין שטחית" *The Marker* 5.2.2014 www.themarker.com/news/1.2235286

הבדיקות המקדמיות בנוגע לתוכן ההצעה. כאשר הצעת החוק היא ביזמת משרד ממשלתי מסוים, משרד המשפטים, בתפקידו כמשרד מטה, מלווה את הצעות החוק הממשלתיות באמצעות הרפורנטים העוסקים והמתמחים בתחום הספציפי הנדון במחלקת ייעוץ וחקיקה. הגוף המרכזי האחראי להבטיח כי תוכני המשפט הבין-לאומי מיוצגים בהליך החקיקה הוא היחידה להסכמים בין-לאומיים, אשר הוקמה בשנת 2004 במשרד המשפטים. תפקידה של היחידה הוא, בין השאר, לבחון את הצורך בהתאמות במשפט הישראלי בעקבות התחייבויות בין-לאומיות של מדינת ישראל, לרבות בנושאי זכויות האדם (כיום המחלקה מכונה המחלקה להסכמים בין-לאומיים תביעות בין-לאומיות וקשרי חוץ).¹⁷⁵ נוסף על כך, במשרדים שונים קיים דרג מקצועי שתחומי פעילותו משיקים לנושאי זכויות האדם. למשל, במשרד החוץ פועלת מחלקת ארגונים בין-לאומיים וזכויות אדם באגף לארגונים בין-לאומיים.¹⁷⁶

כאמור לעיל, אין במדינת ישראל מדיניות קבועה של קליטת אמנות בין-לאומיות בדרך של חקיקה דקלרטיבית. למעשה, נראה כי גישתה של הממשלה לנושא היא גישה פונקציונלית – במקום שיש צורך לשנות חוק מסוים בשל ההתחייבות הבין-לאומית של מדינת ישראל קיים לעתים ניסיון לעשות זאת (ראו להלן), אך בהיעדר צורך כזה חקיקה קולטת של אמנות זכויות האדם אל המשפט הישראלי המשפט הישראלי לא תישקל כלל בממשלה.¹⁷⁷ אנו סבורים כי למדיניות זו, של בחינה לגופו של כל מקרה שבו יש צורך בקליטה, כמה טעמים שלובים:

א. רתיעה מתהליכי חקיקה עקרים¹⁷⁸ – הליך החקיקה בכנסת נתפס בעיני אנשי משרד המשפטים העוסקים בנושאים אלו כהליך המצריך מאמץ רב, וככזה שפעמים רבות אינו מוביל לחקיקה. כיוון שצינורות החקיקה בכנסת "פקוקים", הרי שחוק שאינו זוכה לתמיכה מסיבית של הממשלה או של קבוצת חברי כנסת פעילה במיוחד לא יתקדם אל הקריאה השנייה והשלישית. אשר על כן משרד המשפטים נמנע מטעמים תועלתניים גרידא מלהשקיע את משאביו המוגבלים בהליכי חקיקה שלדעתו ממילא אינם נחוצים (ראו להלן), ואשר, כפי שיפורט להן, ברמה גבוהה של הסתברות לא יביאו לאימוץ חקיקה.

¹⁷⁵ במשרד המשפטים יש כיום כ-50 משפטנים שעיקר עיסוקם בפנים שונות של המשפט הבין-לאומי, לרבות ביחידה להסכמים בין-לאומיים ובמחלקה לעניינים מיוחדים (בין-לאומי) בפרקליטות המדינה.

¹⁷⁶ למשל, במשרד הרווחה אין מחלקה או אגף ספציפי שעוסק בזכויות אדם, אך כמעט כל בעלי התפקידים במשרד עוסקים בנושאים המשיקים לזכויות אדם (שיקום, קשישים, נוער בסיכון וכדומה). נוסף על כך, פועלת במשרד מחלקה ליחסים בין-לאומיים.

¹⁷⁷ בשיחה מקדימה שנערכה עם עו"ד הילה טנא-גלעד, מהיחידה להסכמים בין-לאומיים ותביעות בין-לאומיות במשרד המשפטים, הובהר כי כל הצעות החוק מגיעות בשלב זה או אחר ליחידתם ונבחנות בידי המשפטנים במשרד האמונים על תחום זכויות אדם. כאשר עולה מהצעת חוק כי אין היא עולה בקנה אחד עם נורמות בין-לאומיות, היחידה להסכמים בין-לאומיים ותביעות בין-לאומיות מעוררת את תשומת הלב של מי שמטפל בהצעת החוק, וכן מגישה חוות דעת, משתתפת בדיונים ומביעה בהם את עמדתה.

¹⁷⁸ פגישה של המחברים עם אחד מבכירי משרד המשפטים לשעבר (12.8.2013).

ב. חשש מהתנגדויות בכנסת – במדינת ישראל השימוש במונח "המשפט הבין-לאומי של זכויות האדם" מתחבר ישירות עם אידאולוגיה מסוימת, שונה לרוב מזו המיוצגת על ידי רבים מחברי הכנסת. לעתים ניתן להעביר בכנסת תיקוני חקיקה מסוימים העולים בקנה אחד עם דיני זכויות האדם (למשל חוק זכויות אנשים עם מוגבלויות), אולם שימוש מפורש בכלים מן המשפט הבין-לאומי לא רק שלא ישפר את סיכויי החקיקה לצלוח את מחסומי הכנסת, אלא אף עלול לעורר חברי כנסת רבים להתנגד לחוק רק מפני שנראה שהוא מבוסס על תשתית אידאולוגית זרה, העשויה להיות מנוגדת להשקפת עולמם – דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי.¹⁷⁹ לאותם גופים התומכים בקליטתם של דיני זכויות האדם אל המשפט הישראלי אין אינטרס לעורר התנגדויות לחקיקה שהם מעדיפים, והם יעדיפו אפוא לקדם שינויי חקיקה באופן שונה מאשר באמצעות חוק קולט אמנה – דרך קליטה המבליטה את המקור הבין-לאומי של הוראות החוק.

ג. בישראל, כמו במדינות אחרות בעולם, חתימה על אמנות בין-לאומיות של זכויות האדם מלווה בהנחה (שאיננה תמיד נכונה) שעל פיה למדינת ישראל יש ממילא חוקים המבטאים את הדין הבין-לאומי במשפטה הפנימי של מדינת ישראל.¹⁸⁰ בצירוף לטעמים האמורים לעיל, הנחה זו מובילה את קובעי מדיניות החקיקה להימנע מחקיקה קולטת, שהרי נקודת המוצא לדיון בשאלת הקליטה היא שאין כל צורך בהליך של חקיקה, וקידומה של חקיקה הוא משום הודאה בהיות נקודת המוצא שגויה.

ד. טעם נוסף הוא החשש מפני הפרשנות שבתי המשפט עשויים לתת לחקיקה בתחום זכויות האדם ואשר תרחיב את היקפה של ההגנה שהחוק מציע, מעבר להיקף ההגנה שלו הסכים המחוקק. חשש (סמוי) זה מתבסס על העובדה כי גופים בין-לאומיים מוספיים באמצעים פרשניים תכנים לאמנות הבין-לאומיות, ובמקרים רבים מרחיבים את היקף ההגנה המוצעת דרכן.¹⁸¹ אם תתקבל חקיקה קולטת, יש סיכוי לא מבוטל כי בתי משפט מקומיים יאמצו הרחבות פרשניות אלו לדין הפנימי באמצעות פרשנות החוק הקולט אשר יקבל משמעות רחבה מזו שהתכוון לה המחוקק.

דוגמה בולטת למדיניות הכללית של הימנעות מקליטת אמנות ניתן למצוא באירועים הקשורים להצטרפות ישראל במהלך שנת 1991 לשורה של אמנות בין-לאומיות בנושא זכויות האדם. ההצטרפות נעשתה בהסתמך על חוות הדעת של משרד החוץ שעל פיה מדינת ישראל ממילא מכבדת את מכלול הזכויות הקבועות באמנות (למעט בנושאים צרים של שוויון נשים – והיבטים מסוימים של חקיקת שעת חירום, שבעניינם הסתייגה ישראל מפורשות), וכי לכן לא

179 ראו למשל דבריו של חבר הכנסת ניסים זאב בדיון בדבר חוק הנזיקים האזרחיים, לעיל ה"ש 129.
180 הדוגמה המובהקת היא חוות הדעת של משרד החוץ על העובדה שאמנות זכויות האדם עצמן אינן דורשות שינוי חקיקה.

181 השוו למשל Observations by the United States of America on General Comment No. 24 (1994), <http://www.ihl.org/courses/documents/USandUKResponses.pdf> (52) (התנגדות לפרשנות שאימצה הוועדה לזכויות האדם וקביעה כי הפרשנות אינה מחייבת את ארצות הברית).

יהיה צורך בכל שינוי מדיניות או חקיקה עקב החתימה על האמנה.¹⁸² בייחוד אמורים הדברים על התחייבות מדינת ישראל למתן זכויות אדם בשטחים (יהודה שומרון ועזה). על פי חוות הדעת של משרד החוץ, אמנות זכויות האדם לא יחייבו את מדינת ישראל על פעילותה בשטחים, שכן אלו מקומות שבהם לא הוחל המשפט הישראלי.¹⁸³ גם לאחר שהתברר כי חוות הדעת האמורות אינן משקפות את עמדת הגופים הבינלאומיים הבוחנים את יישום האמנה על-ידי ישראל, לא השתנתה עמדת הממשלה כי אין צורך בחקיקה קולטת מפורשת.

עם זאת ייתכן כי הולך ומסתמן שינוי בגישת המשפט הישראלי בנוגע לאי-קליטת אמנות זכויות אדם, בהיעדר צורך פונקציונלי מובהק. למשל, בתחום המשפט הבינ-לאומי ההומניטרי נעשית כיום עבודה נרחבת במשרד המשנה ליועץ לעניינים בין-לאומיים, אשר מטרתה היא לחוקק בישראל חוק פשעי מלחמה.¹⁸⁴ בסיכום הדברים נעמוד על ההשלכות האפשריות של שינוי גישה זה.

(ב) הליך החקיקה בנושאים הדורשים שינוי של הדין הקיים מטעמים הקשורים במשפט הבינ-לאומי

בכמה מקרים פתח משרד המשפטים בהליך חקיקה שנועד להביא לשינוי הכלליים במשפט הפנימי בעקבות קבלת ההתחייבות במשפט הבינ-לאומי. לכאורה, במקרים אלו השפעתו של המשפט הבינ-לאומי היא הרבה ביותר והקלה ביותר לבחינה. עם זאת מתברר כי גם במקרים אלו השפעתו של המשפט הבינ-לאומי הייתה מוגבלת ותלויה בגורמים חיצוניים רבים. מקרה המבחן המרכזי שבו עסקנו הוא המקרה שבו משרד המשפטים בחן את השפעת המחויבות הבינ-לאומית באמנה לזכויות הילד על משפטה של מדינת ישראל, מקרה שהייתה בו הסכמה רחבה על הצורך לערוך שינויים מסוימים בחקיקה הישראלית (אם כי בסופו של דבר רבים מהשינויים שהציעה

182 דבריו של פרופ' רובי סיבל בפרוטוקול ישיבה מס' 423 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 24.2.2005.

183 עמדה זו, אשר היוותה את הבסיס להצטרפותה של מדינת ישראל לאמנות, והיא עמדתה הרשמית עד עצם היום הזה, נדחתה בבית הדין הבינ-לאומי ובוועדות של כל אמנות זכויות האדם שעסקו בנושא זה. ראו למשל U.N. Human Rights Comm., Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, 78th Sess., U.N. Doc. CCPR/CO/78/ISR, 2-3 (Aug. 21, 2003); U.N. Human Rights Comm., Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, 99th Sess., July 12-13, 2010, U.N. Doc. CCPR/C/78/ISR/CO/3, at 2 (Sept. 3, 2010); Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136 (July 14).

184 גיל-עד נועם מהמחלקה לתפקידים מיוחדים (בינ-לאומי) במשרד המשפטים (הרצאה במסגרת הכינוס "הדמוקרטיה הישראלית בתנאי מלחמה – האם הצוק איתן?", מרכז מינרבה לחקר שלטון החוק במצבי קיצון, אוניברסיטת חיפה, 5.11.2014).

ועדת רוטלוי לא אומצו בחקיקה). מקרה נוסף (הקשור קשר מובהק פחות למשפט זכויות האדם) נוגע בתיקונים שנדרשו בנושא הפללת השחיתות בחקיקה הישראלית. בנושאים אלו ברור שהשפעת הדרג המקצועי על חקיקת החוקים הייתה מכרעת: הדרג המקצועי (אם במשרד המשפטים ואם במשרד הממשלתי האחר הקשור לשינוי) הוא שדחף לשינוי באמצעות המחלקה המשפטית שלו. נראה אפוא כי תמיכת הדרג המקצועי בחקיקה קולטת הייתה יעילה במיוחד באותם מקרים שבהם היה קיים גם לחץ בין-לאומי משלים.¹⁸⁵

(ג) חסימת הליכי חקיקה הנוגדים את המשפט הביין-לאומי

כל הצעת חוק בישראל, בין שהועלתה בידי חברי כנסת, ובין שהועלתה בידי חבר ממשלה, או הממשלה עצמה, מופצת לשרי הממשלה ועולה על שולחנה של ועדת השרים לענייני חקיקה. על פי תקנון הממשלה, כל הצעת חוק ממשלתית מוגשת לאישור בצירוף הערותיו של היועץ המשפטי לממשלה.¹⁸⁶ בפועל אין כמעט הצעות חוק ממשלתיות המוגשות לאישור הוועדה שלא על דעת היועץ המשפטי לממשלה או על דעת היועץ המשפטי של המשרד הרלוונטי, הכפוף ליועץ המשפטי לממשלה.

הפרקטיקה היא שגם הצעות חוק פרטיות מועברות ליועץ המשפטי לממשלה לחוות דעתו טרם ישיבת ועדת השרים לענייני חקיקה. היועץ המשפטי מגיב להצעות אלו באחת משלוש דרכים: הסכמה להצעה; דרישה לתיקונים טכניים או מהותיים נדרשים בהצעה; קביעה כי אפשרות להעלות את ההצעה לדיון.

כוחו של היועץ המשפטי לממשלה להטיל סוג של וטו על הצעות חוק שאינן עומדות לדעתו בתנאי חוקי היסוד, או יוצרות בעיות משפטיות אחרות לא פתורות, אינו קבוע במסמך מסוים. הוא נובע מהמונופול שיש ליועץ המשפטי לממשלה על הייעוץ המשפטי לממשלה ועל הייצוג של הממשלה בבית המשפט. על פי המצב החוקתי הקיים במדינת ישראל, היועץ המשפטי הוא הקובע עבור הרשות המבצעת את המצב המשפטי, ואין היא רשאית לפעול בניגוד לדעתו.¹⁸⁷ היועץ המשפטי לממשלה הוא גם המייצג הבלעדי של המדינה בפני בתי המשפט.¹⁸⁸ השילוב של שתי סמכויות אלו נותן למעשה בידי היועץ המשפטי לממשלה את האפשרות למנוע העלאה של הצעות חוק ממשלתיות (באמצעות שליטתו ביועץ) או לקבוע בנוגע להצעות חוק פרטיות כי אם יהפכו לחוק, לא יגן עליהן בפני עתירה לבג"ץ. גם עמדה זו משמעותה היא כי החוק לא

185 דוגמה מובהקת לחץ בין-לאומי משלים הייתה בעניין הטיפול בסחר בבני אדם, כפי שבא לידי ביטוי בדוחות מחלקת המדינה האמריקאית.

186 למשל התקנון המעודכן כיום: ס' 60(א) לתקנון לעבודת הממשלה ה-34 (אושר בהחלטה 29 של הממשלה ה-34 "אישור התקנון לעבודת הממשלה" (26.5.2016)).

187 בג"ץ 93/3094 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 427 (1993).

188 בג"ץ 93/4267 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993).

יקודם, שכן בלא הגנה של היועץ המשפטי לא סביר שהמדינה תצליח להביא לדחיית העתירות נגד החוק בבג"ץ.

לאחרונה החלו לעלות ביקורות על כוחו זה של היועץ המשפטי להטיל מעין וטו על הצעות חוק, הן מבחינת המשפט המצוי והן מבחינת המשפט הרצוי.¹⁸⁹ כך או כך, ברור כי היועץ המשפטי לממשלה אינו משתמש בסמכות הוטו שלו אלא במשורה, ובמקרים קיצוניים בלבד. כמובן, גם הצעת חוק של חבר כנסת (הצעת חוק פרטית) שאינה זוכה לתמיכת ועדת השרים לענייני חקיקה יכולה לעבור בכנסת כחוק פרטי. אלא שמסלול המכשולים העומד בפני הצעת החוק ארוך יותר, וברוב המקרים הצעות אלו אינן מצליחות להפוך לחוק.

כאשר הצעת חוק המוגשת לאישור הממשלה נחזית כפוגעת בזכויות אדם המוגנות במשפט הבין-לאומי, היועץ המשפטי לממשלה יכול לבחור בין כמה אפשרויות תגובה:

אם זכויות האדם הרלוונטיות מוגנות גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או חוק יסוד משוריין אחר, כי אז יש להניח כי היועץ יקבע כי אין אפשרות להעלותה לדיון. למעשה, אין צורך לקבוע במקרה זה עמדה בדבר הסתירה שבין ההצעה לבין המשפט הבין-לאומי (אם כי כמובן המשפט הבין-לאומי יכול לסייע ככלי פרשני בעת מיפוי הסתירה בין הנורמות). הטעם לפסילת ההצעה בידי היועץ במקרה זה איננו המשפט הבין-לאומי אלא המשפט החוקי הישראלי.

אם החוק המוצע פוגע בזכות על פי המשפט הבין-לאומי אך איננו פוגע בחוקי היסוד, מצבו של היועץ המשפטי לממשלה מורכב יותר. הוא רשאי כמובן, אולי אף חייב מתוקף תפקידו כיועצה המשפטי של הממשלה, להודיע לממשלה כי הצעת החוק מנוגדת למשפט הבין-לאומי, אך עמדה זו אינה יכולה להוות מחסום בפני הצעת החוק, שכן אין כלל במשפט הישראלי האוסר על הממשלה לחוקק חוקים הנוגדים את המשפט הבין-לאומי, וממילא אין ליועץ אפשרות לחסום חוקים אלו.

כעולה מהמקרים שנבדקו לעיל, דילמה "חוקתית" זו נפתרת בצורה פרקטית לחלוטין בידי אנשי הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים. במקרים שבהם קיים פוטנציאל סתירה בין המשפט הבין-לאומי להצעת החוק הם פועלים בשני המישורים האלה. הם מנסים "למתן" את הצעות החוק על מנת להקטין את הסתירה הפוטנציאלית בינם לבין הדין הבין-לאומי מחד, ומאמצים לעתים פרשנות מצומצמת של המשפט הבין-לאומי אשר מקטינה עוד יותר את החיכוך בין הנורמות המתנגשות מאידך.¹⁹⁰

הליך חקיקת התיקונים לחוק ההסתננות מדגים את האופן שבו פועל משרד המשפטים ואת הבעייתיות של אופן פעולה זה. חברי הכנסת יכלו להתרשם מעמדת משרד המשפטים כלפי

189 ראו למשל אביעד בקשי היועץ המשפטי והממשלה – ניתוח והמלצות (פורום קהלת, נייר מדיניות מס' 10, 2014); כן ראו עמדתה של השרה איילת שקד כפי שדווחה בכלי התקשורת, למשל טובה צימוקי "שקד נגד היועץ" ש: אין לו זכות וטו על חוקים" Ynet 26.10.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4870430,00.html

190 ראו למשל את הדיון למעלה בחלק ב, סעיפים (ז)–(ח), בעניין חוק הניזקים האזרחיים ו"חוק ההסתננות".

הצעות החוק הממשלתיות כי לדעת אנשי המשרד החוק עומד בתנאים החוקתיים לפי חוקי היסוד, וכי הטענה שלפיה החוק אינו עומד בסטנדרטים המקובלים בעולם אינה מעוגנת באמנות הבין-לאומיות שישראל הנה צד להן. כשל זה בולט במיוחד בהליכי החקיקה של תיקון מס' 4 לחוק ההסתגנות, שנתקבל לאחר פסק הדין של בית המשפט העליון, שפסל את תיקון מס' 3, ובו התייחס בית המשפט לפרשנות נציב האו"ם ולמקרים שבהם דנה ועדת זכויות האדם בעילות שמכוון ניתן לשלול חירותם של מבקשי מקלט.¹⁹¹ אמנם אסמכתאות אלו לא היו הבסיס להכרעת בית המשפט, אך מדבריו של בית המשפט ניכר כי הוא לא התעלם מטיעונים אלו ודחה את תפיסתו המינימליסטית של משרד המשפטים באשר להיקף התחייבויותיה הבין-לאומיות של המדינה.

נראה אפוא כי אנשי משרד המשפטים מייחסים בעמדתם כלפי התנגשות בין הצעות חוק להתחייבויות בין-לאומיות חשיבות רבה ללשון האמנה הבין-לאומית הרלוונטית, אך הם סבורים כי פרשנות האמנה נתונה לכל מדינה, וכי אין משמעות משפטית רבה לפרשנות האמנה מצד המוסדות הבין-לאומיים המופקדים על יישומה.¹⁹² כפי שציינו לעיל, זוהי עמדה כללית של ממשלות ישראל השונות, שמכוחה דחתה ישראל כמה מהפרשנויות העקרוניות שהעניקו ועדות זכויות האדם לאמנות (למשל בנושא תחולת האמנות בשטחים).¹⁹³ נראה לנו כי במקרה של התיקונים לחוק ההסתגנות הובילה העמדה העקרונית כלפי ההיקף המצומצם של ההתחייבויות הבין-לאומיות של המדינה להפעלה שגויה של שיקול הדעת של אנשי משרד המשפטים, אשר לא העריכו נכונה כי המשקל שייחס בית המשפט לפרשנות המוסדות הבין-לאומיים למשפט הבין-לאומי ולהתנהגות של מדינות אחרות יהיה רב מזה שייחס לעמדתם שלהם, ויפסול את החוק כבלתי חוקתי (בין היתר בשל הסתירה שבינו לבין המשפט הבין-לאומי וההשפעה של המשפט הבין-לאומי על פרשנות חוקי היסוד).

כאשר הצעות חוק פרטיות מגיעות לשולחן הממשלה, ההליך דומה לזה שתואר לעיל. עם זאת הצעות חוק פרטיות של חברי הכנסת אינן חייבות לקבל את אישורו של היועץ המשפטי לממשלה (ואף לא של היועץ המשפטי לכנסת). דבר זה מאפשר לכאורה לחברי הכנסת להציע לכנסת לאמץ חוקים שאינם מתיישבים כלל ועיקר עם מחויבותה הבין-לאומית של מדינת ישראל. עם זאת אנשי משרד המשפטים אינם חסרי אונים גם מול הליכים אלו. בוועדת השרים לענייני חקיקה ובוועדות הכנסת הדנות בהצעות החוק הפרטיות (אם עברו את הליכי הקריאה הטורמית או את הקריאה הראשונה) ניתנת לאנשי משרד המשפטים ומשרדים רלוונטיים אחרים האפשרות לחוות דעתם באשר להצעת החוק בוועדות השונות ולהמליץ לשרים ולחברי הכנסת שלא לאמץ במתכונתן הנוכחית.

191 עניין אדם, לעיל ה"ש 32, פס' 92 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 40 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

192 כעולה למשל מעמדת משרד המשפטים כלפי החוק למניעת הסתגנות.

193 ראו למשל Fourth periodic report of Israel to the Human Rights Committee, 14/10/2013, UN Doc. CCPR/C/ISR/4 (2013), pra. 47-48.

יש לציין גם כי משיחות שהיו לנו עם גורמים שונים עולה כי לדעת אחדים מהם ניתן להבחין בשנים האחרונות בניצניה של דינמיקה של שינוי בתחום זה. עד לפני שנים אחדות היה גיבוש עמדה של משרד היועץ המשפטי לממשלה (דהיינו היועץ או אחד מהמשנים) שלפיה חקיקה מסוימת עומדת בסתירה לאמנות בין-לאומיות מוביל בדרך כלל להסרתה של הצעת החוק מסדר היום של ועדת השרים לענייני חקיקה. דבר זה היה מסיט את הצעת החוק למסלול החקיקה הפרטית, ובדרך כלל "קובר" את החוק לפרק זמן בלתי מוגבל. בשנים האחרונות רואים אנשי משרד המשפטים שרי משפטים (אשר מתוקף תפקידם הם יושבי הראש של ועדת השרים לענייני חקיקה) ושרים אחרים אשר אינם מרגישים מחויבים לאמץ את עמדת הייעוץ המשפטי בנושא חוקיות הצעת החוק. לפיכך במקרים מסוימים הממשלה מקדמת הצעות חוק למרות התנגדות היועצים המשפטיים, בין שאלו מבוססות על טעמים חוקתיים ובין על סתירות בין הצעות החוק לבין המשפט הביין-לאומי.

(ד) מעורבות משרד המשפטים בהליכי החקיקה בכנסת – בהצעות חוק ממשלתיות ובהצעות חוק פרטיות

כאמור לעיל, אנשי משרד המשפטים אינם "זונחים" את הצעות החוק כאשר אלו מגיעות אל ועדות הכנסת. נהפוך הוא, בוועדות הכנסת השונות ניכרת מעורבות רבה של משרד המשפטים בהליכי החקיקה בכנסת. מקריאת הפרוטוקולים של דיוני הוועדות עולה כי ניסוח של הצעת חוק, אם הצעת חוק ממשלתית ואם הצעת חוק פרטית, דומה למעשה להליך של משא ומתן בין הכנסת לבין אנשי משרד המשפטים, כאשר ההכרעה על הלשון המדויקת של החוק, ולעתים אף על הכללת סעיפים מסוימים בחוק, משתנה לפי הלחץ שמפעילים אנשי משרד המשפטים. הליך זה חל בעניינין של הצעות חוק ממשלתיות, שם אנשי משרד המשפטים מגנים בעיקרו של דבר על הנוסח שאימצה הממשלה (אם כי מבקשים לעתים שינויי נוסח מסוימים), ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בהצעות חוק פרטיות העוברות שינויים ניכרים במהלך הדיון בוועדות¹⁹⁴ ככלל, חקרי המקרה שנדונו לעיל והראיונות שקיימנו עם אנשי משרד המשפטים מעידים כי הכנסת נמנעת בדרך כלל מלאמץ ההסדרים בהצעות חוק פרטיות אשר אנשי משרד המשפטים טוענים כי הם מנוגדים להתחייבויות הביין-לאומיות של מדינת ישראל (למשל החקיקה שנועדה למנוע את שחרור "קלפי המינור" הלבנוניים). עם זאת אנשי משרד המשפטים נזהרים יחסית מלהשתמש בטיעון זה ומאמצים במקרים רבים פרשנות מצמצמת של המשפט הביין-לאומי בתחום זכויות האדם אשר מפחיתה את הסכנה להתנגשויות נורמטיביות בין החוק המוצע לבין התחייבויותיה הביין-לאומיות של המדינה.¹⁹⁵ יש לציין כי לאנשי משרד המשפטים יש בהקשר זה יתרון ידע מובהק בכל הקשור למשפט הביין-לאומי על פני חברי הכנסת, אשר מחזיקים ברובם

194 דוגמה לכך היא ס' 35 לחוק הנוזקים האזרחיים, שתוכנו (קודם שנפסל בבית המשפט העליון) כלל חידושים של הוועדה דוגמת ועדת החריגים, והצורך של שר הביטחון להגדיר בדיוק מה הם אזורי עימות.

195 הדוגמה המרכזית לכך היא עמדת משרד המשפטים בעניין חוק ההסתננות, כפי שתוארה לעיל.

בידע מצומצם על אודות המשפט הבין-לאומי. הדבר בא לידי ביטוי גם כאשר אנשי משרד המשפטים מאמצים פרשנות מצמצמת של האמנה הבין-לאומית הרלוונטית, וגם כאשר הם טוענים להתנגשות בין הסדרים מסוימים בחוק המוצע לבין הוראות המשפט הבין-לאומי. בשני המקרים אין לחברי הכנסת יכולת של ממש להתמודד עם הפרשנות המשפטית המוצגת להם. אמנם בדיונים בוועדות משתתפים לעתים גם נציגים של האו"ם, של ארגוני זכויות אדם ושל האקדמיה, אך במקרה של סתירה בין עמדותיהם של אלו לבין עמדת הייעוץ המשפטי, בדרך כלל גוברת דעתם של אנשי הייעוץ המשפטי.¹⁹⁶ אכן, כאשר אנשי הייעוץ המשפטי הרשמי מציבים עמדה ברורה וחד-משמעית, חברי הכנסת אינם נוטים לחלוק על עמדה זו. עוד יש לציין כי בשנים האחרונות אנו עדים למעורבות גדלה והולכת של הייעוץ המשפטי לכנסת בהליכי החקיקה, הכוללת הבעת עמדה מצד היועצים המשפטיים של הכנסת על אודות התאמתן של הצעות חוק למשפט הבין-לאומי ולמשפט החוקתי. תופעה זו, של עליית כוחו של הייעוץ המשפטי לכנסת, מפצה במידה חלקית בלבד על השפעתו הפוחתת של הייעוץ המשפטי לממשלה על עמדת השרים וחברי הכנסת שתוארה לעיל (חברי הכנסת נוטים לקבל את עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה כהנחיות מחייבות עוד פחות מששרי הממשלה מקבלים אותה, במיוחד כאשר אלו נוגעות למשפט הבין-לאומי).

3. התערבות גופים אחרים

מעורבותו של משרד המשפטים בהליכי החקיקה הפורמליים רחבה מאוד. עם זאת בשלבים מאוחרים יותר של הליך החקיקה, בדרך כלל במסגרת ועדות הכנסת, הליכי החקיקה נפתחים גם לקבוצות של החברה האזרחית, הפועלות במסגרתם על מנת להשפיע על הליכי החקיקה. ארגוני החברה האזרחית נוטים להשתמש יותר מגופים ממשלתיים בטיעונים מתחום המשפט הבין-לאומי של זכויות האדם, שכן פעמים רבות המנדט שלהם כולל את קידום יישומם של דינים אלו.¹⁹⁷ מובן שאופי מעורבותם של גופים אלו בהליך החקיקה מושפע רבות מהעובדה שהם נוטים לפרש בהרחבה את דיני זכויות האדם הבין-לאומיים. בעקבות זאת מתחם הסתירה הפוטנציאלי בין הצעות חוק לבין המשפט הבין-לאומי – כפי שהוא נתפס בעיני ארגוני זכויות האדם – מתרחב.

השפעתם של ארגוני זכויות האדם על הליכי החקיקה אינה ברורה. כפי שצינו לעיל, לשימוש בביטוי "דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי" (כמו גם "ארגוני זכויות אדם") יש פנים לכאן ולכאן: מחד הוא מעורר התנגדות בקרב שחקנים פוליטיים פנים-ישראליים, הרואים בו במקרה הטוב כלי לא רלוונטי לדיון המשפטי בישראל, ובמקרה הרע כלי ניגוח פוליטי המזוהה

196 דוגמה מובהקת היא הדיון בעניין חוק הנזיקים האזרחיים. כפי שתואר לעיל, הייתה בקרב האקדמיה וארגוני זכויות האדם התנגדות גורפת לחוק זה, בטענה שהוא סותר את המשפט הבין-לאומי, אך עמדת המשפטנים החיצוניים נדחתה והתיקון לחוק אושר.

197 כך בעניין החוקים הנוגעים לזכויות הילד, לעניין כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, וחוק הנזיקים האזרחיים.

עם אויביה של מדינת ישראל, ומאידך יש לשימוש בטיעונים השאובים מתחום דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי כוח משכנע מסוים, בין היתר מן הטעמים האלה:

- איום משתמע בפנייה לבג"ץ – המעורבים בתהליך החקיקה מודעים לעצמה הפוטנציאלית של טיעונים מכוח המשפט הבין-לאומי בבית המשפט העליון, והדבר עשוי להגביר את נכונותם להתחשב בטיעונים אלו.
- חשש מפני ביקורת בין-לאומית – השותפים בתהליך החקיקה מודעים גם לאפשרויות של פנייה של ארגוני זכויות אדם לגורמים בין-לאומיים על מנת שיבקרו חקיקה ישראלית המנוגדת לדין הבין-לאומי ויפעילו לחץ על ישראל לבטלה.¹⁹⁸
- פגיעה במשפט הבין-לאומי היא כעין "דגל" שסביבו יכולה להתקבץ התנגדות של כמה גופים וארגונים שונים המשתפים פעולה ביניהם ולאפשר תקיפה מתואמת של היבטים מסוימים בהצעת החוק הנדונה. היות שללחץ של ארגונים יש השפעה בנושאים מסוימים, זוהי דרך עקיפה שבאמצעותה המשפט הבין-לאומי מצליח להשפיע על המשפט הישראלי. עם זאת הפרוטוקולים של ועדות הכנסת המצויים בידנו מעלים כי התערבות ארגוני זכויות האדם ברמה הפומבית איננה בעלת השפעה רבה כאשר הם מבקשים "לחסום" חוק הנוגד את המשפט הבין-לאומי לדעתם. פרשנות משרד המשפטים היא בדרך כלל זו המקובלת על חברי הכנסת, והיא אשר מנחה את פעולתם (עם זאת, אין לשלול את האפשרות כי עמדת משרד המשפטים מושפעת מעמדתם של ארגונים בחברה האזרחית).¹⁹⁹ לעומת זאת כאשר מדובר באימוץ של כללים מתחום המשפט הבין-לאומי בנושא זכויות האדם, מעורבות הארגונים החוץ-ממשלתיים נראית חיונית יותר. למעשה, יש מקרים שבהם הצעת החוק תתקבל אם תיווצר "קואליציה" בין ארגון חוץ-ממשלתי לבין חברי כנסת המעוניינים בהעברת החוק.²⁰⁰ בשל כך חברי הכנסת נעזרים למעשה בארגונים חוץ-ממשלתיים ובאנשי אקדמיה על מנת לקדם חקיקה בתחום זכויות האדם, לעתים אף נגד עמדת הממשלה.

ברור לחלוטין כי המתודולוגיה של בדיקת דוחות הוועדות ושיחות עם אנשי משרד המשפטים וארגוני זכויות אדם אינה יכולה לגלות בוודאות אם מתחת לפני השטח מסתתרת מעורבות של גופים נוספים הפועלים באמצעים מפורשים פחות להשפעה על חברי הכנסת. למשל, לא מצאנו עדות לפעילות בכנסת של גופים מסחריים הפועלים במדינות העולם השלישי נגד החקיקה להפללה של מתן שוחד לעובד ציבור זר. עם זאת המהירות והקלות שבהן עברה הצעת החוק בנושא מתיישבת עם הסברה כי לא הייתה פעילות סמויה כזו בעלת משמעות.

198 הנושא עלה מפורשות בדיון בעניין חוק הנויקים האזרחיים.

199 כך עולה למשל מפרוטוקול ישיבה מס' 467 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (19.12.2011). לעומת זאת יש לשים לב כי כאשר מדובר בסוגיות של "זכויות הילד", ההתייחסות לעמדותיהם של ארגוני החברה האזרחית רצינית מאוד, והן נתפסות כמקצועיות לא פחות מאלה של משרד המשפטים. אולם ה"התכתשויות" במקרים אלה הן מהותיות פחות מבנושאים רגישים כמו חוקי הסתננות.

200 כך למשל במובהק בעניין זכויות הילד.

ד. סיכום

מהם הפרמטרים בתהליך החקיקה הבאים לידי ביטוי בחקרי המקרה שלעיל?

1. המשפט הבין-לאומי כבסיס לחקיקה או כמנוף להתנגדות

ברור כי קיים הבדל של ממש בין מקרים שבהם תהליך החקיקה עוסק בקידום זכויות האדם לבין מקרים שבהם הגופים והארגונים ניסו להשתמש במשפט הבין-לאומי על מנת להתנגד לחקיקה מוצעת מסוימת המנוגדת לתפיסתם את המשפט הבין-לאומי. ניכר כי במקום שבו חקיקת הכנסת מאיימת לסתור חזיתית את המשפט הבין-לאומי, הדבר מעורר התארגנות וקואליציות בין חברי כנסת (מהאופוזיציה בעיקר) ובין ארגונים בין-לאומיים וארגונים ישראלים של זכויות אדם כדי להרוף את החקיקה הבעייתית. למשל – בדיונים בוועדת הפנים של הכנסת על חוק מניעת ההסתננות (מדצמבר 2011) נכחו לא פחות מ-14 מוזמנים מארגונים חברתיים שונים, 17 חברי כנסת ועוד כ-20 עובדי מדינה.²⁰¹ לעומת זאת בדיונים בוועדה לקידום מעמד הילד, שעסקו בחוק המחייב תסקיר שיראה את השפעת החקיקה על זכויות הילד, נכחה רק יו"ר הוועדה (תמר גוז'נסקי), שלושה נציגים של ארגונים וחמישה נציגים של המדינה.²⁰²

ההתעניינות הפרלמנטרית והחוק-פרלמנטרית בהצעת החוק נובעת כמוכר גם מחשיבותו של הנושא ומהרגשות שהוא מעורר. עם זאת מנגנון אישור האמנות בישראל משפיע אף הוא, לדעתנו, על אופיים של הדיונים ביחסי הגומלין בין הצעות החוק לבין התחייבויותיה הבין-לאומיות של המדינה. מדינת ישראל מצטרפת לאמנות על פי רוב בהנחה כי הן לא יחייבו את המדינה לשנות במידה ניכרת את מדיניותה או את חוקיה. בשל כך אישור האמנה אינו גורר אחריו בדרך כלל שינויים משפטיים ניכרים במשפט הישראלי המבוססים על האמנה, במיוחד לא בנושאים השנויים במחלוקת (אשר ספק אם ישראל הייתה מקבלת עליה התחייבות עמוקה באשר אליהם). לעומת זאת כאשר הממשלה מעוניינת לשנות כיוון העומד בסתירה להתחייבויות של מדינת ישראל במשפט הבין-לאומי, יש בשינוי זה פוטנציאל לגעת בנושאים טעונים מבחינה ציבורית, אשר יובילו להגדלת מספר המשתתפים בתהליך ולהתארכות הדיונים.²⁰³

2. מקל וגזר

כמה שינויי חקיקה נעשו בעקבות לחץ בין-לאומי חזק. כך קרה באשר לשינוי הגדרות השוחד במשפט הפלילי ובעניין המאבק בסחר בבני אדם. במקרים אלו היה ברור כי מדינת ישראל מעוניינת להצטרף לאמנה על מנת לשפר את מעמדה הבין-לאומי, וכי שינוי החקיקה מגיע

201 פרוטוקול ישיבה מס' 467 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, לעיל ה"ש 199.

202 פרוטוקול ישיבה מס' 104 של הוועדה לקידום מעמד הילד, לעיל ה"ש 50.

203 ראו הדיונים שתוארו לעיל בעניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ובעניין "חוק המסתננים".

בעקבות דרישה קונקרטית המגובה בלחץ בין-לאומי לבצעו בחקיקה הפנימית עובר להצטרפות לאמנה.

במקרים אלו ברור כי הלחץ לשינוי המשפט הפנימי היה חזק ביותר, והאינטרסים המנוגדים לא היו כבדי משקל (במיוחד לאור הקונצנזוס הרחב בדבר הפסול שבשוחד ובסחר בבני אדם). שינויי החוק עברו בשני המקרים הללו במהירות וללא התערבות מיוחדת של חברי הכנסת.

3. משפט בין-לאומי – פריפריה מול מרכז

המשפט הבין-לאומי ההסכמי בתחום זכויות האדם בנוי מכמה מעגלים: במעגל הפנימי ביותר קיימות הזכויות המעוגנות מפורשות באמנות הבין-לאומיות, ובמעגל השני מצויות אותן זכויות הנובעות מפרשנות של גופים בין-לאומיים את הזכויות הכלולות במעגל הראשון. מרכיבי פרשנות אלו, שקובעים הוועדות הבין-לאומיות המופקדות על האמנות וגופי א"ם אחרים, אינם נהנים ממעמד משפטי מחייב במשפט הבין-לאומי, וממילא גם מעמדם במשפט הפנימי עמום.²⁰⁴

כחלק מהנטייה הכללית של משרד המשפטים שלא לקדם חקיקה אשר עלולה לגזול זמן רב, ובשל ההסתייגות העקרונית ממתן תוקף לפרשנות לא מחייבת של הוראות אמנות, נמנעים אנשי הדרג המקצועי בדרך כלל מנקיטת פעולות של שינוי החוק הישראלי רק על מנת להתאים את הדין הישראלי לפרשנות של הגופים הללו למשפט הבין-לאומי. בדומה לזה, נראה כי שינוי חקיקה מוצע אשר מעורר התנגדות במישור המשפט הבין-לאומי במעגלו הפנימי יעורר התנגדות גם בקרב הדרגים המקצועיים במשרד המשפטים. לעומת זאת להתנגדות המבוססת על פרשנות של גופי האו"ם, על הנחיותיהם וכו' – מעמד נמוך הרבה יותר בעיני הדרגים המקצועיים האמורים, וההשפעה של ההתנגדות על המשפט הפנימי צפויה להיות קטנה יותר. יתר על כן, בחלק מהמקרים שנדונו לעיל טענו אנשי משרד המשפטים למעשה כי הפרשנויות של גופי האמנה אינן חלק מהתחייבותיה הבין-לאומיות של ישראל, וכי אין מניעה לסתור אותן באמצעות חקיקה חדשה.

על בסיס כל האמור לעיל ניתן אפוא לנסות לייצר מבנה כללי עקרוני של השפעה על הנכונות לאמץ כללים בין-לאומיים מתחום זכויות האדם:

חוקים המקדמים זכויות אדם

כאשר אנו עוסקים בחוקים המקדמים זכויות אדם, הגופים המרכזיים המשפיעים על ההליך הם אלה:

– מעורבות של קואליציה של חברי כנסת וארגונים: אפיק השפעה חשוב של המשפט הבין-לאומי של זכויות האדם על ההליך הוא המגע בין סוכני אכיפה חיצוניים (ארגוני זכויות אדם, ארגונים בין-לאומיים) לבין חברי הכנסת, אשר עשוי לעצב את העדפותיהם במהלך הדיונים

204 דוגמה לכך היא הטיפול בנושא "חוק המסתננים".

בכנסת ואף להוביל אותם לנסח הצעות חוק פרטיות (שאפשר שהמשלה תאמצם). עיקר הדיון במשפט הבין-לאומי מתנהל בוועדות הכנסת, ויכולתם של ארגוני זכויות האדם להצליח להוביל לתוצאה המתיישבת עם התחייבויותיה הבין-לאומיות של ישראל – כפי שהם מבינים אותן – תלויה במידה רבה ביכולתם לגייס חברי כנסת שיתמכו ב"פרויקט" שלהם.²⁰⁵

– איום בסנקציה בין-לאומית: במקרה זה עיקר העבודה על שינויי החקיקה היא עבודת מטה במשרד המשפטים או במשרד הממשלתי הרלוונטי האחר. המשפט הבין-לאומי נאכף במקרים אלה בעזרת איום בכפייה, וממילא אין בפני המחוקקים "בררה" אלא לקבלו, שכן העניין מוצג בפניהם כעניין מקצועי וטכני. היות שבמקרים אלו החוק צפוי בדרך כלל לקדם את זכויות האדם (למעט אולי במקרים של אמצעים כגון מאבק בין-לאומי בטרור שבו לשיתוף הפעולה הבין-לאומי גם היבטים המגבילים זכויות אדם), אין סיבה למחוקקים להתנגד להליך מפורשות.²⁰⁶

חוקים הפוגעים בזכויות אדם

המשתנה המרכזי במקרה זה הוא מידת הפגיעה. כלומר: האם הפגיעה היא בליבת הדין הבין-לאומי – בהוראות האמנה עצמן או בפריפריה של המשפט הבין-לאומי – בפרשנויות אפשריות של הוראות האמנה? ההליך במשרד המשפטים ובוועדות הכנסת השונות מתמקד בניסיון לברר אם הסתירה היא "חזיתית" אל מול הגרעין של זכויות האדם, או מתח שאינו עולה כדי סתירה מהותית, והוא שולי יחסית, כלומר התנגשות רק עם הפריפריה של זכויות האדם. בהקשר זה עולה כי לדרגים המקצועיים של משרד המשפטים יתרון פרשני ניכר על חברי הכנסת היות שהם "מחזיקים" בידע הדרוש. לא מצאנו מקרים שבהם אנשי משרד המשפטים אישרו שהחוק המוצע איננו סותר את המשפט הבין-לאומי, ואילו הרוב בוועדת הכנסת סבר שהמשפט הבין-לאומי כן נסתר.

ניתן אפוא ליצור טקסונומיה של חשיבות זכויות האדם בשיח זכויות האדם במשפט הבין-לאומי, המבוססת על שני המרכיבים אשר לדעתנו יכולים "לנבא" את השפעתו של שיח זכויות האדם על החקיקה הישראלית.

המשתנה העיקרי הוא מידת היותה של החקיקה מבוססת על הצעות משרדי הממשלה ונתמכת על ידיה. למעשה, הצעות חוק ממשלתיות התומכות בזכויות האדם זוכות לעדיפות רבה בהליך החקיקה בכנסת. מכאן נובעת החשיבות הרבה של קידום חקיקה בנושאי זכויות האדם

205 בכל המקרים שתוארו לעיל היה הדיון במליאת הכנסת במשפט הבין-לאומי דל, או לא התקיים כלל. בוועדת הכנסת היו דיונים לא מעטים ביחס שבין החקיקה למשפט הבין-לאומי, ובחלק מהמקרים הייתה לעמדת המומחים למשפט בין-לאומי השפעה מסוימת על החקיקה. כך במיוחד בעניין זכויות הילד, שם היה למומחים חלק בוועדות שניסחו את החוק. היו כמובן מקרים שבהם לעמדות המומחים לא הייתה כל השפעה שהיא (כך קרה למשל לעניין חוק הנוזקים האזרחיים).

206 כך למשל בעניין איסור סחר בבני אדם ובעניין הפללת שוחד לעובד זר.

דרך הדיאלוג עם משרד המשפטים ועם גופי הממשלה הרלוונטיים. יש לשים לב כי משרד המשפטים, מחלקת הייעוץ והחקיקה ומשרד היועץ לממשלה חשופים ללחצים ולשיקולים שונים, המשפיעים על עמדתם בנושאי החקיקה:

ראשית, קיימים מקרים שבהם מדיניות הממשלה שאותה הצעת החוק מבקשת לקדם מנוגדת לעמדת המשפט הביין-לאומי. במקרה זה משרד המשפטים נתון בלחץ להעניק למשפט הביין-לאומי השפעה מוגבלת בלבד על תוכן החוק המוצע. למשל, בעניין החקיקה נגד תופעת ה"מסתננים", מטרתו של החוק הייתה למנוע את תופעת הכניסה הבלתי חוקית לישראל, והדין הביין-לאומי המסדיר היבטים של הנושא פורש בצמצום יתר והשפיע השפעה מוגבלת על הצעת החוק הממשלתית.

שנית, המשאבים העומדים לרשות משרד המשפטים בכאן לקדם את קליטתן של אמנות זכויות האדם בדין הישראלי מוגבלים. מכאן ניתן להסביר את העובדה שמשרד המשפטים אינו נוהג לקדם חקיקה כזו לא רק בגלל השקפת עולם שלפיה אין צורך בעיגון נפרד של האמנות בדין מקומי (שכן ישראל מצטרפת רק לאמנות שהיא ממילא מתנהגת על פיהן), אלא גם משום שיקולי עלות-תועלת: העלות במונחים של כוח אדם ושעות עבודה, הכרוכים בהכנתה של הצעה לחקיקה הראשית בכנסת, היא ניכרת. הסיכוי שחקיקה ראשית תתקבל אינו גבוה, ועל כן לעתים קרובות קיים חשש כי העבודה שהושקעה בנושא תרד לטמיון. חשש זה גובר כאשר מדובר בחקיקה העוסקת בזכויות אדם, היכולה לעורר התנגדויות רבות מכיוונים שונים, ואינה זוכה לאהדה ציבורית רחבה.

חריג מובהק לעניין זה, המעיד על הכלל, היה הניסיון שנעשה להתאים את החקיקה הישראלית להתחייבויות הביין-לאומיות של ישראל באמנה לזכויות הילד. אין ספק שנעשה מאמץ ניכר בוועדת השופטת רוטלוי לזהות את הפערים שבין החוק הישראלי לבין האמנה הביין-לאומית, ובכמה מקרים אף נעשו שינויים בחוק הישראלי שנבעו מעבודת הוועדה. אמנת הילד עוסקת בנושא ייחודי למדינת ישראל, כיוון שלמעשה היא לא עוררה מתח ניכר בין אינטרסים חיוניים בעיני קבוצות חזקות בישראל (ביטחון וכלכלה) לבין האמנה הביין-לאומית, וגופים דתיים ושמרניים שהתנגדו לשינויים מסוימים בחקיקה, או שניסו לקדם חקיקה שנראתה לכאורה מנוגדת לאמנה, היו חלשים מכדי לגבור על תומכי השינוי (כך למשל בנושא ענישה פיזית של ילדים).²⁰⁷ ולמרות זאת אפילו במקרה ה"קל" של האמנה לזכויות הילד, שאינה עומדת בסתירה

207 ניתן לטעון כי חזקת הגיל הרך במשפט הישראלי (שעל פיה המשמורת על ילדים עד לגיל 6 ניתנת לאם בעת הגירושין למעט מקרים קיצוניים) אינה תואמת את עקרון טובת הילד באמנה הביין-לאומית לזכויות הילד, שכן החזקה אינה מבוססת על דיון פרטני בטובת הילד אלא על חזקה עקרונית. בכל עת שעלה נושא זה לדיון, נוצרה קואליציה של ארגוני נשים שהתנגדה לשינוי החזקה מטעמים של שוויון האיש. ראו למשל דבריהן של דנה נאור מנדאל, מנהלת המחלקה המשפטית של שדולת הנשים בישראל, חברת הכנסת זהבה גלאון וחברת הכנסת שלי יחימוביץ', בפרוטוקול ישיבה מס' 52 של הוועדה לקידום מעמד האישה ושוויון מגדרי, וישיבה מס' 41 של הוועדה לזכויות הילד, הכנסת ה-13, 18, 41, 51-52 (24.12.2015); "על ביטול חזקת הגיל הרך: נשים בישראל פונות לארגוני נשים להצטרף לקול מחאה נגד הוועדה בראשות דן שניט הממליץ על

לאינטרס חיוני של קבוצה חזקה בישראל, לא יושמה האמנה כולה בחקיקה. אשר על כן במקרים ה"רגישים" יותר, של האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות למשל, ברורה ההתנגדות לחקיקה מלאה של האמנה.

עם זאת ייתכן כי בתקופה האחרונה חל שינוי בנושא זה. הלחץ הבין-לאומי על ישראל בנושא זכויות האדם גדל, ועמו החשש כי ישראלים יועמדו לדין בערכאות בין-לאומיות בגין ביצוע הפרות של המשפט הבין-לאומי שמערכת המשפט בישראל אינה רוצה או יכולה לטפל בהן. התוצאה של הדבר היא שגופים מסוימים במדינה תומכים יותר ויותר בחקיקה בתחומים של זכויות אדם ודיני לחימה וכו', אשר ידגישו את נכונותה של ישראל לשמש מסגרת יעילה לאכיפת דינים בין-לאומיים ואת כוונתה לקיים את התחייבויותיה הבין-לאומיות.

ביטול חזקת הגיל הרך "פרלמנט נשים" 7.12.2008 www.womenparlament.com/article_7.12.2008
; יהונתן ליס "ח"כיות: אבות מתנכלים לנו כי אנו נגד ביטול page9408.html?id=429&scid=110
חזקת הגיל הרך" הארץ – חדשות 25.12.2013 www.haaretz.co.il/news/politi/1.2199053