

מדוע עקרונות כבוד האדם והדמוקרטיה שוללים את סמכות הכנסת לחוקק מעבר לגבולות המדינה – הדיון שלא התקיים בבג"ץ חוק ההסדרה

מאת

איל בנבנישתי*

תקציר

ברשימה זו אטען שהעקרונות החוקתיים הקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) שוללים את סמכותה של הכנסת לחוקק מעבר לגבולות המדינה כלפי זרים חסרי זיקה למדינה, לרבות באזורים המוחזקים בתפיסה לוחמתית. החלה של חוק המדינה על זרים כאלה פוגעת בכבודם כבני אדם ובזכותם לדמוקרטיה, גם אם החוק נועד להיטיב עימם. נגזר מכך שחוק ההסדרה – או כל חוק אחר שמשנה זכויות וחובות של אותם זרים – אינו חוקתי בשל סתירתו את אותם העקרונות החוקתיים, וזאת מבלי שמתעורר הצורך לבדוק את התאמתו של החוק למבחני פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. המקור החוקתי לפעולה כלפי זרים הוא סמכויות הממשל הכלליות שבחוק יסוד: הממשלה, שמסמיך את הממשלה (ואת הצבא הכפוף לה לאור חוק יסוד: הצבא) לפעול מחוץ לגבולות המדינה. פעולות אלה כפופות למבחני פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

מבוא

- א. השינוי שחולל חוק היסוד לגבי תחולת סמכויות החקיקה של הכנסת במרחב
- ב. חקיקת היסוד שוללת את האפשרות להחיל את החוק הישראלי בכללותו על אזורים שמחוץ למדינה
- ג. תחולת חוק היסוד על חקיקת הכנסת כלפי רשויות המדינה הפעולות במרחב
- ד. תוצאות החריגה מסמכות החקיקה
סיכום

* Whewell Professor of International Law, Director, The Lauterpacht Centre for International Law, The University of Cambridge ; פרופסור אורח, האוניברסיטה העברית בירושלים.

מבוא

החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: "חוק ההסדרה") הסמיך רשות ישראלית ליטול קרקעות בבעלותם של פלסטינים בשטחי יהודה ושומרון לשם הכשרת התיישבות של ישראלים על קרקעות אלה שנעשתה ללא הסכמה וללא היתר.¹ נגד החוק הוגשו עתירות מספר לבג"ץ. בית המשפט קיבל את העתירות וקבע ברוב של שמונה שופטים, כנגד דעתו החולקת של השופט סולברג, כי דינו של החוק להתבטל.² דעת הרוב, מפי הנשיאה חיות, נמנעה מלדון הן בשאלת סמכותה של הכנסת לחוקק בשטחים הן בעצם תחולת חוקי היסוד באזור, אף על פי שציננה כי סוגיות אלו הן עקרוניות וכבודות משקל ומעלות קשיים לא מבוטלים.³ זאת, לאור העובדה שהצדדים הביעו את העמדה כי חוק ההסדרה כפוף לעקרונות החוקתיים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) שמחייבים את המחוקק "שלא לפגוע בזכויות אדם בלא שאפשר להצדיק פגיעה זו באיזון שבין זכותו של הפרט וצרכי הכלל".⁴ לפיכך, הנשיאה הקדישה את מרב הדיון לבחינת חוקתיותו של החוק לפי תנאי פסקת ההגבלה המצויה בחוק היסוד.⁵ כך, הנמקתה לפסילת החוק התבססה על פגיעתו הבלתי מידתית בזכותם של בעלי המקרקעין הפלסטינים לקניין, לכבוד ולשוויון.⁶

ברשימה זו אני מבקש לדון באחת מהשאלות העקרוניות וכבודות המשקל שהנשיאה הותירה לדיון בעת מצוא: האם הכנסת מוגבלת לחוקק מעבר לגבולות המדינה לאור

¹ ס' 3(2) לחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017, ס"ח 410 (להלן: חוק ההסדרה) ("א) מקרקעין שיש בהם בעל זכויות במקרקעין – רשויות האזור ייטלו את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין ויעבירו אותן לממונה... (ב) נטילת זכויות השימוש וההחזקה כאמור בפסקה זו, תיעשה, ככל האפשר, בהתאם להוראות חוק הקרקעות הירדני, ככל שהן אינן סותרות את הוראות חוק זה, והיא תעמוד בתוקפה עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו"); שם, בס' 5 ("בתוך 60 ימים מיום הרישום או נטילת הזכויות כאמור בסעיף 4, לפי העניין, יקצה הממונה את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין שנרשמו או שניטלו בהם הזכויות כאמור, לצורכי ההתיישבות שנבנתה על אותם מקרקעין, באמצעות מוסד מיישב"); דברי הסבר להצעת חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2016, ה"ח הכנסת 44; בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פס' 1 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 09.06.2020) (להלן: בג"ץ חוק ההסדרה).

² שם, בפס' 110–111 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

³ שם, בפס' 31–32 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

⁴ שם.

⁵ ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁶ בג"ץ חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 108 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

הוראות חוק היסוד, להבדיל מהגבלות שנובעות מהמשפט הבינלאומי.⁷ אטען כי חוק היסוד עצמו מגביל את סמכויות החקיקה של הכנסת מחוץ לשטחי המדינה. כתוצאה מזה לחקיקה סותרת של הכנסת אין תוקף, לכן אין כל צורך לבחון חקיקה כזו במבחני פסקת ההגבלה.

לעומת הנשיאה חיות, השופט סולברג מתייחס בדעתו החולקת לשאלת הסמכות וקובע כי "אין דבר המונע מן הכנסת לחוקק גם ביחס לאזור יהודה ושומרון".⁸ השופט אף מציין שמסקנה זו השתרשה זה מכבר בפסיקת בית המשפט העליון וכי ריבונותה של הכנסת באזור גוברת על כל הקשיים שניתן להציב כנגדה, בין אם אלה נובעים מזרותם של חוקי הכנסת בראי מערכת הדינים החלה כיום באזור, ריכוז סמכות החקיקה באופן מסורתי בידי המפקד הצבאי או הוראות הדין הבינלאומי: "כוחה וגבורתה של הכנסת לחוקק מלא עולם".⁹ רשימה זו מתנגדת לגישתו של השופט סולברג. כפי שאטען בהמשך, קביעתו של השופט סולברג הייתה נכונה על פי המשפט הישראלי (אם כי מנוגדת למשפט הבינלאומי) עד לכינונו של חוק היסוד.

מרגע כינונו של חוק היסוד חל שינוי בכוחה של הכנסת לחוקק באופן שיש בו לשנות במישרין זכויות וחובות של זרים שאין להם זיקה לישראל. כפי שאטען, יש בהחלה של חוק היסוד – ולא כל שכן, בהחלה של כל חוק – על מי שלא הסכים למרותם פגיעה בלתי חוקתית בכבודו ובזכותו לדמוקרטיה, וזאת מעצם החלת חוק היסוד או החוק, וגם אם אלה נועדו להיטיב עם אותם אנשים. חוק היסוד, שמצהיר על הזכות לכבוד ועל הזכות לדמוקרטיה ובה בעת מכונן אותם כעקרונות יסוד של המשפט בישראל, אינו יכול להסמיך את הכנסת לחוקק חוק המשנה זכויות וחובות של זרים חסרי זיקה לישראל.

יחד עם הענקת חסינות לזר מפני חקיקה ישירה של הכנסת לשינוי של זכויותיו וחובותיו, הסמכות הקיימת לפי המבנה החוקתי בישראל לפעולה מחוץ לגבולות המדינה היא סמכות הממשל הכללית שמסמיכה את הממשלה לפעול בשם המדינה (ומכוחה את הצבא, על פי חוק יסוד: הצבא) "בכפוף לכל דין".¹⁰

לאחר שאטען (בפרק א) שחוק היסוד מגביל את סמכותה של כנסת ישראל כרשות מחוקקת לחוקק חוק ספציפי שמתיימר לשנות זכויות וחובות של זרים המצויים מחוץ למדינה, ארחיב את הטיעון לגבי האפשרות שמדינת ישראל תבקש להחיל את החוק הישראלי כולו על שטחים בארץ ישראל המנדטורית שמצויים מעבר לקו הירוק, או על

⁷ על פי המשפט הבינלאומי בדבר שטחים בתפיסה לוחמתית, הממשל בשטחים אלה חייב להיות מובחן ממוסדות המדינה שצבאה שולט בשטח, והוא אמור לפעול מכוח צוים שהוא מצווה, לא מכוח חקיקה של מדינתו: EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION, 5 (2nd ed., 2012).

⁸ בג"ץ חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 3 לפסק הדין של השופט סולברג.

⁹ שם, בפס' 2–6 לפסק הדין של השופט סולברג.

¹⁰ ראו להלן פרק ג, והדין הסמוך לה"ש 57 ו-58.

שטחים אחרים שמחוץ לשטח המדינה (בפרק ב). בפרק ג אבחן את המשמעות של תחולת חוק היסוד על רשויות המדינה השונות בפועלן מחוץ לגבולות המדינה. פרק ד יבחן את תוצאות החריגה מסמכות החקיקה של הכנסת.

א. השינוי שחולל חוק היסוד לגבי תחולת סמכויות החקיקה של הכנסת במרחב

החוק במדינה הדמוקרטית חל כמובן על אזרחים, חברי הקהילה, שהם מקור הלגיטימיות שלו והסיבה לקיומו. הוא חל גם על זרים כגון מהגרים שהגיעו לארץ, או משקיעים זרים, כיוון שאלה הסכימו בכניסתם למדינה מרצונם לכפוף את עצמם לחוקי המדינה. החוק חל אף על זרים שביצעו פעולות בחו"ל שמכוונות נגד המדינה, כי גם הם בהתנהגותם הלעומתית חשפו את עצמם מרצונם למרותו של החוק.¹¹ בנוסף, כללי המשפט הבינלאומי הפרטי יכולים להצדיק החלה של החוק הישראלי על התקשרויות פרטיות של זרים עם ישראלים.¹² אבל מה לגבי זרים חסרי זיקה למדינה? האם חוק המבוסס על כבודו של האדם ועל זכותו לדמוקרטיה יכול לחול על האדם המשתייך למסגרת מדינית אחרת שלא כפף עצמו מרצונו למרותו של החוק?

בפרק זה אטען שהעקרונות החוקתיים הקבועים בחוק היסוד שוללים את האפשרות שהכנסת תחוקק מעבר לגבולות המדינה כלפי מי שאינם אזרחי המדינה או בעלי זיקה אליה, לרבות באזורים המוחזקים בתפיסה לוחמתית. החלה של חוק המדינה על אדם זר המצוי מחוץ לגבולות המדינה ללא מעשה שעשה הזר שקשר את עצמו עם המדינה פוגעת בכבודו כאדם ובזכותו לדמוקרטיה. נגזר מכך שחוק ההסדרה אינו חוקתי בשל סתירתו את אותם העקרונות החוקתיים, וזאת מבלי שנכנסים לבדוק את התאמתו של חוק ההסדרה למבחני פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

¹¹ אלה חריגים שמשתקפים בדין הפלילי שמגדיר את גבולות התחולה במרחב של חוק העונשין (ראו ס' 7, 12–17 לחוק העונשין, התשל"ז-1977), ובדין הבינלאומי המכיר בסמכות השיפוט האקסטר-טריטוריאלית של מדינה. בשתי מערכות הדינים המדובר בחריגים לכלל שעל פיו סמכותה החקיקתית של המדינה משתרעת רק על שטחה הריבוני. כך, למשל, נכון להחיל את דיני העבודה הישראליים על עובדים פלסטינים המועסקים בידי מעבידים ישראלים ביישובים יהודיים בגדה. ראו בג"ץ 5666/03 עמותת קן לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב(3) 264, פס' 25 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (2007).

בעשורים האחרונים התפתח דיון חשוב בשאלת התחולה של החוקה הלאומית במרחב הגלובלי. הוצגו גישות שונות הן בפסיקה העולמית¹³ הן בספרות המשפטית: גישות פרשניות שמתמקדות בלשון החוקה, ברעיון של החוקה ובעמדת המשפט הבינלאומי.¹⁴ במסגרת רשימה זו אתמקד בלשונו של חוק היסוד מכיוון שלדעתי היא נותנת מענה מספק, מלא וברור לשאלה.¹⁵ בשל מענה ברור זה אין צורך להיזקק

¹³ במיוחד ראויים לציון שני פסקי דין שניתנו לאחרונה על ידי בית המשפט החוקתי הגרמני: BVerfG, 1 BvR 2835/17, May 19, 2020, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-037.html> (להלן: עניין BND); BVerfG, 1 BvR 2656/18, March 24, 2021, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html (להלן: עניין נויבורג), וכן פסקי הדין הקנדיים R. v. Hape, [2007] 2 S.C.R. 292; Canada (Justice) v. Khadr [2008] 2 S.C.R. 125.

בית המשפט הגרמני קובע שחוק היסוד מחייב את רשויות השלטון גם בפועל מחוץ לגרמניה לאור סעיף 1(3) לחוק היסוד, שאינו מסייג את היקף התחולה של חוק היסוד במרחב, ולאור הרקע לכינונו של חוק היסוד לאחר מלחמת העולם השנייה. בית המשפט הקנדי מכפיף את שאלת סמכות החקיקה (לרבות הצ'ארטר הקנדי) להוראות המשפט הבינלאומי, ובכללן עקרונות השוויון בין הריבונים וחובת אי-ההתערבות בריבונותן של מדינות אחרות.

¹⁴ תקצר היריעה מלהקיף ולתאר את כל הספרות בנושא. בין המאמרים המרכזיים: Kermit Roosevelt III, *Guantanamo and the Conflict of Laws: Rasul and Beyond*, 153 U. PA. L. REV. 2017 (2005); Gerald L. Neuman, *Extraterritorial Rights and Constitutional Methodology After Rasul v. Bush*, 153 U. PA. L. REV. 2073 (2005); GERALD L. NEUMAN, STRANGERS TO THE CONSTITUTION: IMMIGRANTS, BORDERS, AND FUNDAMENTAL LAW (1996); Eyal Benvenisti & Mila Versteeg, *The External Dimensions of Constitutions*, 57 VA. J. INT'L L. 515 (2018); Adam Shinar, *Israel's External Constitution: Friends, Enemies, and the Constitutional/ Administrative Law Distinction*, 57 VA. J. INT'L L. 735 (2018); THE DOUBLE-FACING CONSTITUTION (Jacco Bomhoff et al. eds., 2020); Galia Rivlin, *Constitutions Beyond Borders: The Overlooked Practical Aspects of the Extraterritorial Question*, 30 B.U. INT'L L.J. 135 (2012); Chimène I. Keitner, *Rights Beyond Borders*, 36 YALE J. INT'L L. 55 (2011); ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד" *משפט וממשל* יב 145 (2009).

¹⁵ זו גם גישתו של בית המשפט החוקתי הגרמני המתמקדת בסעיף 1 לחוק היסוד הגרמני (ראו עניין BND, לעיל ה"ש 13) ופסקי הדין של בית המשפט העליון בארה"ב United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304, 318 (1936) (להלן: עניין קרטיס) (שלאור המבוא לחוקה המתייחס ל-"we the People" ראה את החוקה כהסכם בין אזרחי ארה"ב ולכן חלה רק עליהם), וכן United States v. Verdugo-Urquidez, 494 U.S. 259 (1990). שבו נקבע שהתיקון הרביעי לחוקה (שמתייחס להגנה על "the people" ממצר ללא משפט) אינו חל על זרים מחוץ לגבולות המדינה.

למושגים נוספים שיכולים להאיר את הסוגיה, כגון הרעיון בדבר האמנה החברתית. רעיון האמנה החברתית מבחין בין חברי הקהילה של אזרחי המדינה שמחוקקים לעצמם לבין הזולת.¹⁶ רעיון זה יכול להכשיר את האפשרות שחוקה המופנית פנימה, אל "We the people",¹⁷ תהיה אדישה למעמד ולזכויותיהם של זרים. על כל פנים, אין צורך להיזקק לשאלה זו מכיוון שחוק היסוד אינו מבוסס על רעיון האמנה החברתית.

הבסיס לטיעון שאציג כי חוק היסוד שולל את סמכות הכנסת לחוקק כלי מי שאינם אזרחי המדינה וחסרי זיקה אליה הוא ההכרה בחוק היסוד בעקרון כבוד האדם כ"עקרון יסוד" (סעיף 1 לחוק היסוד: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"), ובמטרה הדמוקרטית כ"מטרה" של חוק היסוד (סעיף 1א: "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"). חוק היסוד מצהיר על (ולא רק מכונן את) עקרונות כבוד האדם והדמוקרטיה כעקרונות שכל מפעל החקיקה הישראלי מושגת עליהם. אלה "ערכים כלליים"¹⁸ שחוצים גבולות וקהילות ומכירים בכבודם של הזרים. פסקאות עקרונות היסוד והמטרה מתוות את גבולות סמכות החקיקה של הכנסת גם במרחב.

בהינתן המחויבות לכבוד האדם ולדמוקרטיה, יש בהחלת החוק הישראלי על זרים למדינה שני פגמים עקרוניים. הפגם הראשון נובע מכך שהחוק מחיל את עצמו ללא מתן הזדמנות לאותם זרים לקחת חלק בעיצובו. הפגם השני, העקרוני יותר, הוא בעצם החלת החוק הישראלי על אדם שלא כפף עצמו מרצונו למרותו של החוק. בשני ההיבטים יש פגיעה גם בכבודו של האדם וגם בזכותו להליך הדמוקרטי.

¹⁶ כפי שנדון בחוות דעת המומחים שהוגשה לבית המשפט בבג"ץ **חוק ההסדרה** (ראו ס' 96–97 לבקשת הצטרפות כידיד בית המשפט בבג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** [01.03.2017]). לביקורת ראו ליאורה בילסקי ונטלי דודזון "חוק ההסדרה ושלטון החוק" **פורום עיוני משפט** מה (2021). לאמנה החברתית התייחסה השופטת ארבל בבג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545, 642 (2009) ("הסמכות להפעיל כוח כופה של שלילת חירות ושל קביעת מגבלות ניתנה למדינה מכוח 'חוזה' או 'אמנה' חברתית מטפורית שנכרתה בינה לבין האזרחים המתגוררים בה, שבמסגרתה מסרו לה האזרחים מרצונם את הסמכות לשלול חירויות ולעשות שימוש בכוח כופה, בין היתר, לשם הבטחת הגנתם וביטחונם ושמירה על קניינם").

¹⁷ ראו עניין קרטיס, לעיל ה"ש 15.

¹⁸ בג"ץ 769/02 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סב(1) 507, פס' 4 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (2006) (להלן: עניין **הוועד הציבורי**) ("עקרון [כבוד האדם]... מבטא ערך כללי שממנו נובעות חובות ספציפיות שונות". לכן, לדבריו, עקרון כבוד האדם "מזין את הפרשנות של המשפט הבינלאומי כפי שהוא מזין את הפרשנות של המשפט הציבורי הפנימי בישראל").

אדון בשני פגמים אלה תוך הסתמכות על כתיבתו של עמנואל קאנט בתחום הפילוסופיה הפוליטית. כמי שהמשיג את רעיון כבוד האדם כיחס לאדם כתכלית ולא רק כאמצעי, מה שכונה הציווי הקטגורי, או החוק האוניברסלי, שמחייב כל אדם, קאנט ראה את הרעיון, וכפועל יוצא את הציווי, ככאלה שמחייבים גם את המדינה.¹⁹ בעיני קאנט, מדינה המחויבת לציווי הקטגורי, ואזרחיה של המדינה, צריכים לקדם את כבודם של כל אזרחיה. כפי שציין קאנט בהתייחסו – בחיוב – למהפכה האמריקאית, מדינה שואבת את ההצדקה לקיומה ולכוח הכפייה שלה כלפי אזרחיה מההבטחה להתייחסות לכל אחד מחברי הקהילה כתכלית ולא רק כאמצעי. ככזה, כתכלית ולא רק כאמצעי, כל חבר בקהילה מוזמן לתרום לקידום טובת הכלל, והכלל, בתורו, מגדיר את מעמדם של כל האזרחים:

"Each member in such a whole [i.e., a state] should indeed be not merely a means, but also a purpose; and while each member contributes to making the whole possible, the idea of that whole should in turn determine the member's position and function."²⁰

לקאנט אין לרגע אשליה שחברי קהילה נתונה יושוו לקדם את מטרות הכלל; הוא יודע שהם יתפתו להעדיף את טובתם האישית על פני טובת הכלל אם הדבר יעלה בידם. אבל הוא מקווה, וככל הנראה אף מאמין, שההליך הפומבי, והאיוונים והבלמים המוסדיים, יחייבו את כולם להפנים את טובת כל חברי וחברות הקהילה, ושל הקהילה בכללותה, ולשאוף להגשימה (אפילו אם מדובר בקהילה של "שטנים"!).²¹ וכך, תכליתה של החוקה היא להבטיח את הפומביות ואת האיוונים והבלמים, כדי שמוסדותיה של המדינה יוכלו להתגבר על הנטייה הטבעית של כל חבר בקהילה לראות

¹⁹ IMMANUEL KANT, CRITIQUE OF JUDGMENT 254 n.38 (Werner s. Pluhar trans., 1987) על גישתו של קאנט לנושא ראו HANNAH ARENDT, LECTURES ON KANT'S POLITICAL PHILOSOPHY 15-9 (Ronald Beinder ed., 1992), Katrin Flikschuh, *Kant's Sovereignty Dilemma: A Contemporary Analysis*, 18 J. POL. PHIL. 469 (2010)

²⁰ KANT, לעיל ה"ש 19.

²¹ IMMANUEL KANT, PERPETUAL PEACE: A PHILOSOPHICAL ESSAY 153-4 (Mary Campbell Smith trans., 1917) (1795) ("The problem of the formation of the state, hard as it may sound, is not insoluble, even for a race of devils, granted that they have intelligence. It may be put thus: 'Given a multitude of rational beings who, in a body, require general laws for their own preservation, but each of whom, as an individual, is secretly inclined to exempt himself from this restraint: how are we to order their affairs and how establish for them a constitution such that, although their private dispositions may be really antagonistic, they may yet so act as a check upon one another, that, in their public relations, the effect is the same as if they had no such evil sentiments' ")

את טובתם המיידית ולהעדיפה על פני טובתם של זולתם, ולהבטיח במקום זה את קיומו של החוק האוניברסלי כלפי הכלל.

מכאן שהתנאי לכפיפות לחוקי הכלל הוא מתן זכות השתתפות שווה בעיצוב החוקים, שכן אחרת מימוש החוק האוניברסלי אינו אפשרי עבור כולם – שהרי המצביעים לא יפנימו את טובת הכלל אלא רק את טובת חלק מהכלל (והשאר עלולים להיות רק אמצעי להבטחת אושרם של הרבים).²² כאן הפגם הראשון שנפל בחוק ההסדרה. חוק היסוד המחויב לערכי כבוד האדם והדמוקרטיה אינו יכול לאפשר החלתו על מי שלא שותף באופן מלא לעיצובה ולעיצובם של חוקים מכוחו. כתוצאה מזה, כל חוק שאמור להיות מבוסס על כבודו של האדם אינו יכול להתקבל ללא השתתפותו של אותו אדם במעשה החקיקה.

גם ערך הדמוקרטיה כשלעצמו מחייב כמוכן הזדמנות שווה להשתתפות בהליך החקיקה. ג'ון סטיוארט מיל הדגיש נקודה זו כאשר פסל את האפשרות שדספוט נאור, יודע כול וחסר פניות, ישלוט לבדו.²³ מיל מונה שורה של שיקולים שכל אחד מהם שולל את האפשרות הזו, כאשר אולי הרלוונטי ביותר לדין הנוכחי הוא תחושת ההשפלה שמתלווה לכך:

"It is a great discouragement to an individual, and a still greater one to a class, to be left out of the constitution; to be reduced to plead from outside the

²² על כך עמד גם ארתור ריפסטיין, בעקבות קאנט. ראו Arthur Ripstein, *Authority and Coercion*, 32 PHIL. & PUB. AFF. 2, 26 (2004) ("The root of the problem is that rights are understood as reciprocal limits on the freedom of everyone, which means that, if people are to have rights, all must be subject to the same limits. Otherwise, my attempt to enforce what I take to be my rights will be, from your perspective, simply my unilateral imposition of my will upon you. So we must be subject to a single system of rights if we are to have rights at all. Where limits are not reciprocal, right turns out to be merely 'provisional'. That is, it is not enforceable and so, it would seem, is not right at all, since .it is not really a set of limits on freedom")

²³ JOHN STUART MILL, *CONSIDERATIONS ON REPRESENTATIVE GOVERNMENT* 45 (Cambridge University Press, 2010) (1861) ("The supposition is, that absolute power, in the hands of an eminent individual, would insure a virtuous and intelligent performance of all the duties of governments. Good laws would be established and enforced, bad laws would be reformed; the best men would be placed in all situations of trust; justice would be as well administered, the public burdens would be as light and as judiciously imposed...")
Doreen Lustig & Eyal Benvenisti, *The Multinational Corporation as "the Good Despot": The Democratic Costs of Privatization in Global Settings*, 15 THEORETICAL INQUIRIES L. 125 (2014)

door to the arbiters of their destiny, not taken into
consultation within."²⁴

עד עכשיו, דומה שהטיעון הוא פשוט. עתה נעבור לפגם השני בחקיקה ישירה של הכנסת: גם אילו היה החוק הישראלי מוחל על הזר באופן מלא, תוך הענקת זכויות שוות, מחבק אותו – או נכון יותר אונס אותו – לתוך הקהילה ומאפשר לו, אומנם בכפייה, זכות הצבעה מלאה, וזאת במחיר המניעה של מימוש מעמדו כזר, גם בכך היה משום פגיעה בכבודם של הנכפים ובזכותם לדמוקרטיה. כפי שציין קאנט, מדינה רשאית לכוף עצמה על יחידים המצויים במצב הטבע ואינם משתייכים לקהילה כלשהי. אין בכך פגיעה בכבודם, שכן רק במסגרת המדינה תהיה אפשרות לכל המצויים תחת מרותה ליהנות מהאפשרות לממש את החוק האוניברסלי עבורם ועבור זולתם. אלא שבעוד שאפשר, ואפילו נכון, לכוף את החוק על יחידים ברגע של יצירת הקהילה, והמעבר ממצב הטבע לחיים במסגרת מדינה (למשל ברגע הקמת המדינה), לא יכולה להיות כל הצדקה לבני קהילה מדינית אחת לכוף את עצמם על קהילה אחרת או על חבריה באופן ששולל מהם את מימוש יכולתם להיות חלק וליהנות ממסגרת שלהם שמבטיחה באמצעות ההשתתפות את קיום החוק האוניברסלי כלפי הקבוצה שלהם. תהיה בכך התעלמות מבחירתם, ומכאן פגיעה בכבודם. שהרי אין זה סביר או ראוי לצפות מהזר שיקשור את גורלו בקהילה שאנסה אותו לחיקה, ולהתכוון לטובת הכלל שהוא זר עבורו. חוקה שמטרתה להבטיח שכל אחד יכוון לטוב המשותף – לראות את כולם כתכליות ולא רק כאמצעים – אינה יכולה לכוף את עצמה, או את החוק הנובע ממנה, על מי שחבר בקהילה אחרת ושמשווה לנגד עיניו את טובתו במסגרת של הקהילה האחרת. עקרונות כבוד האדם והדמוקרטיה מחייבים לכבד את אפשרותו של מי שאינו חבר בה לכוון אל הטוב של הקהילה האחרת שהוא חלק ממנה, שתרבותה

²⁴ MILL, לעיל ה"ש 23, בעמ' 66.

תרבותו ושההשתייכות לה נותנת לחייו משמעות.²⁵ מכאן קאנט מסיק גם שמדינות חייבות להתייחס למדינות אחרות כשוות מעמד.²⁶

הצטרפות לקהילה דמוקרטית מטילה על הכול – הרוב והמיעוט כאחד – את הציווי הקטגורי, שבכללותו ההתכוונות לטובתה של הקהילה בכללותה. הצבעה מגזרית אינה מתיישבת עם עיקרון זה.²⁷ ברגע שחלק מהמשתתפים בהצבעה מתייחסים רק לטובתם (וטובתם פירושה פגיעה באחר), כולם יתייחסו אך ורק לטובת המגזר שלהם, וההבטחה הגלומה במוסד ההצבעה – שהיא לקדם את התכליות של כולם כתכליות – מתמוטטת. כך, ההצבעה המגזרית פוגעת לא רק בזרים אלא גם באזרחי המדינה עצמה. ככל ש"זרים" ייראו כעוברים לקהילה, מה שייראה לרוב כ"צרכים ביטחוניים" של המדינה יצדיק מבחינתו הטלה של מגבלות חמורות על זכויותיהם של הזרים. בהמשך, ההגבלות הללו תופנינה גם כלפי מגזרים בתוך המדינה. אם "דין בית לחם כדין תל אביב" – התוצאה לא תהיה בהכרח שיפור במצב הזכויות של תושבי בית לחם; לא מן הנמנע שבסופו של דבר העליונות שתיוחס לשיקולי הביטחון בבית לחם תשפיע גם על זכויותיהם של תושבי תל אביב.²⁸

מכאן שהחוקה והחוק, שנוצרו על ידי חברי הקהילה ובתורם מגדירים את זכויותיהם, אינם רשאים להגדיר את חירותו של הזר שנמצא מחוץ למדינה, ובוודאי לא

²⁵ על הזכות להשתייך לקהילה מסוימת כחלק מהזכות לשמירה על הזהות האישית Avishai Margalit & Moshe Halbertal, *Liberalism and the Right to Culture*, 61 SOC. RES. 491, 505 (1994) ("The individual's right to culture stems from the fact that every person has an overriding interest in his personality identity – that is, in preserving his way of life and the traits that are central identity components for him and the other members of his cultural group"); Avishai Margalit & Joseph Raz, *National Self-Determination*, 87 J. OF PHILOSOPHY, 439, 444 (1990) ("given the pervasive nature of the culture of the groups we are seeking to identify, their influence on individuals who grow up in their midst is profound and far-reaching. The point needs to be made in order to connect concern with the prosperity of the group with concern for the well-being of individuals. This tie between the individual and the collective is at the heart of the case for self-determination")

²⁶ Flikschuh, לעיל ה"ש 19, בעמ' 475.

²⁷ ARENDT, לעיל ה"ש 19, בעמ' 17–18. בשל כך, ההצעה שמדינת ישראל תעניק לפלסטינים תושבי השטחים זכויות הצבעה אינה מתיישבת עם החובה לכבד אותם ואת זכותם לדמוקרטיה (להצעה כזו ראו Itamar Mann & Yael Berda, *Voting as a Vehicle for Self-Determination in Palestine and Israel*, 100 TEX. L. REV. (forthcoming 2022), והשוו סוהאד בשארה "על ההחלה הקולוניאלית-התיישבותית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבג"ץ חוק ההסדרה" פורום עיוני משפט מה (2021).

²⁸ וייתכן ששורת ההגבלות שהוטלו על חירויות הפרט בישראל בשנים האחרונות כבר משקפות השפעה כזו. ראו להלן ה"ש 48.

להגביל אותה. חוק המבוסס של כבודו של האדם ועל זכותו לדמוקרטיה אינו יכול לחול על האדם המשתייך למסגרת מדינתית אחרת ושלא כפף עצמו מרצונו למרותו של החוק. לפיכך, החלה של חוק המדינה על אדם זר בשטח זר ללא שעשה מעשה שקשר את עצמו עם המדינה – פוגעת בכבודו כאדם ובזכותו לדמוקרטיה.

ההבנה העמוקה שמשטר דמוקרטי שמכבד את האדם אינו יכול לכפות את עצמו על זרים ולשנות חד-צדדית את זכויותיהם וחובותיהם – הן כיחידים, הן כקבוצה – באה לידי ביטוי חוקתי מדויק לראשונה בחוקה הצרפתית משנת 1791, החוקה הראשונה לאחר המהפכה. בשם הרעיון הדמוקרטי קבעה חוקה זו כי "האומה הצרפתית דוחה את האפשרות של כיבוש שטחים במלחמה, והיא אף פעם לא תעשה שימוש בכוח נגד חירותם של עמים אחרים".²⁹ החוקה הצרפתית חלה רק על אותם חבלים שקיימו משאל עם וביקשו להסתפח למדינה. למעשה, העיקרון שהתקבל במשפט הבינלאומי ולפיו השתלטות צבאית על שטח אינה מקנה ריבונות אלא רק זכויות ניהול במסגרת "תפיסה לוחמתית" היא תוצאה של אותו כיבוד של הרעיון הדמוקרטי במהלך גיבושה הטריטוריאלי של צרפת – תהליך של צירוף חבלים שלווה במשאל עם כתנאי להצטרפות לצרפת – ולאחר מכן בעת כיבושיו של צבא נפוליאון.³⁰ בית המשפט הצרפתי יישם את הרעיון הזה כאשר כיבד את החוק הזר שנהג בשטחים שנכבשו בידי צבאות צרפת.³¹ הייתה זו פסיקתו של בית המשפט הצרפתי שנתנה את ההשראה לפיתוח העיקרון במשפט הבינלאומי בדבר כיבוד הריבונות הזרה, שממנה נגזרו העיקרון שלפיו השתלטות על שטחי אויב אינה מעבירה אליהם ריבונות, וכן הכללים בדבר התפיסה הלוחמתית.³²

יודגש כי העיקרון שעל פיו הסמכות לחוקק כפופה לחובה לכבד את כבוד האדם ואת הזכות לדמוקרטיה מוביל למסקנה שסמכות החקיקה מוגבלת לא רק למצבים שבהם החוק פוגע בזכויות הפרט המנויות בחוק היסוד, כמו הזכות לקניין או חופש התנועה; הכפיפות לעקרון כבוד האדם ולשלטון הדמוקרטי מנביעה שלילה של סמכות החקיקה של הכנסת מעיקרא. כלומר, גם חקיקה שלכאורה מיטיבה עם זרים ומקנה להם

The French nation renounces the undertaking of any war with ") 1791 Const. Tit. 6 (Fr.)²⁹ a view of making conquests, and it will never use its forces against the liberty of any "people".
<https://web.archive.org/web/20111217062556/http://sourcebook.fsc.edu/history/constitutionof1791.html>

Matt Qvortrup, *A Brief History of Self-determination Referendums Before 1920*, 14
 ETHNOPOLITICS 547, 549 (2015); J. H. W. VERZIJL, INTERNATIONAL LAW IN
 HISTORICAL PERSPECTIVE: THE LAWS OF WAR 152 (1978)

PAUL CHALLINE, LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC DANS LA JURISPRUDENCE
 FRANÇAISE DE 1789 À 1848 116-8 (1934)³¹

Eyal Benvenisti, *The Origins of the Concept of Belligerent Occupation*, 26 L. HIST.
 .REV. 621 (2008)³²

הגנה – לרבות הגנה על חירותם במסגרת החוק! – מהווה מינייה וביה פגיעה בכבודם ובחירותם ובזכותם לדמוקרטיה.

ניתן לכאורה להתנגד לטיעון שהצגתי כאן בהסתמך על סעיף 1 לחוק היסוד שמבקש להגן על "זכויות היסוד של האדם בישראל".³³ כלומר, לטעון שחוק היסוד מגביל את סמכות הכנסת כרשות מחוקקת רק בתוך שטחי מדינת ישראל, וזכויותיו של מי שאינו "בישראל" אינן חסינות מפני חקיקתה של הכנסת (להלן: הפירוש הטריטוריאלי). מהלך טיעון כזה, שככל הנראה אין כיום שיטת משפט שמכירה בו, יכול לכאורה להמשיך ולטעון שמכיוון שסמכות החקיקה של הכנסת אינה נובעת מחוק היסוד אלא מחוק יסוד: הכנסת, וחוק יסוד: הכנסת אינו כולל הגבלה טריטוריאלי, הרי נמצא שלכאורה לכנסת יש סמכות חקיקה מעבר לגבולות המדינה שאינה מותנית בשמירה על זכויות האדם המנויות בחוק היסוד.

אלא שפירוש טריטוריאלי של סעיף 1 של חוק יסוד כבוד האדם עומד בסתירה עם סעיף המטרות של אותו חוק יסוד (סעיף 1א), אשר מצייין שמטרת חוק היסוד היא לעגן את ההגנה על עקרון כבוד האדם ועל ערכי הדמוקרטיה.³⁴ אלה עקרונות אוניברסליים, שמהווים את הבסיס גם לזכויות האדם במשפט הבינלאומי.³⁵ לכן קשה להלום שחוק שמצהיר ומחויב לעקרון כבוד האדם מגביל את מחויבותו לשמירה על כבוד האדם לתחומי המדינה.³⁶ פירוש עקבי של שני הסעיפים הללו יביא למסקנה שהסיפא של סעיף 1 מתייחסת לרשויות השלטון בישראל וחולשת על חקיקה של הכנסת כלפי עצמה וכלפי יתר רשויות השלטון. כלומר, הדגש בהתייחסות ל"ישראל" בתיבה "זכויות היסוד של האדם בישראל" אינו על מי שזכותו נפגעת (האם היא או הוא חייב להיות בישראל); הדגש הוא על הפוגע – רשויות השלטון הישראליות – שאינן מוסמכות לפגוע בכבוד האדם וברעיון הדמוקרטי בין אם מדובר בהחלת החוק על ישראלים ובין אם על זרים מחוץ לגבולות המדינה. סעיף 11 לחוק היסוד שמופנה אל "כל רשות מרשויות השלטון" מחייב אותן "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" ללא כל הגבלה טריטוריאלי.³⁷

³³ ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכולו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל").

³⁴ שם, בס' 1א ("חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית").

³⁵ על כך ראו להלן ה"ש 40 והטקסט הצמוד לה.

³⁶ ומה באשר לערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית? ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית נוגעים לזהות היהודית של המדינה כלפי פנים, ולא ברור כיצד ההיבט הזה רלוונטי לשאלות של תחולה אקסטרה-טריטוריאלי.

³⁷ על סעיף 11 כבסיס לתחולת חוק היסוד מעבר לגבולות המדינה ראו Yael Ronen, *Applicability of Basic Law: Human Dignity and Freedom in the West Bank*, 46 ISR. L.

יתר על כן, ההכרה בכבוד האדם חוצה גבולות, קהילות ומערכות משפט.³⁸ לכן קשה לראות כיצד ניתן מחד גיסא להכריז על מחויבות לכבוד האדם ומאידך גיסא להתעלם מאנושיותו ולכן מכבודו של הזר. עמד על כך בית המשפט החוקתי הגרמני כשהכיר בתחולת חוק היסוד הגרמני על פעולות ההאזנה של שירותי הביון הגרמני. בית המשפט ראה את הזכויות החוקתיות (fundamental rights) שמקורן בחוק היסוד הגרמני כחלק ממארג ההגנה על זכויות האדם שקיימת גם במשפט הבינלאומי (human rights), שמטרתה יצירת אינטגרציה – "The integration of fundamental rights into the context of universal human rights".³⁹ כחלק מהמכלול, הוא קובע, לא סביר לפרש את זכויות היסוד החוקתיות (fundamental rights) ככאלה שעוצרות בגבול. הוא מצביע על זיקה הדוקה בין זכויות היסוד החוקתיות לזכויות האדם הבינלאומיות (human rights):

The fundamental rights of the Basic Law... are all linked to the guarantee of human rights... the fundamental rights of the Basic Law must be interpreted in light of international human rights guarantees. This link between fundamental rights and human rights guarantees is incompatible with the notion that the applicability of the fundamental rights of the Basic Law ends at the national border, which would exempt German authorities from having to adhere to fundamental rights and human rights when they act abroad vis-à-vis foreigners. Such a notion would run counter to the Basic Law's aim of ensuring that every person is afforded inalienable rights on the basis of international conventions and beyond national borders.⁴⁰

ואכן, הזיקה ההדוקה בין זכויות האדם החוקתיות והבינלאומיות משתקפת גם בהיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד עצמו. ממש בעת הדיונים עליו בכנסת אשררה ממשלת ישראל את אמנות זכויות האדם שהמתינו שנות דור לשלב האשרור. סמיכות

REV., 135, 151-3 (2013). כאמור בית המשפט החוקתי הגרמני בעניין BND, לעיל ה"ש 13, בפס' 88-90, התייחס להוראה דומה אך לא זהה בסעיף 1(3) של חוק היסוד הגרמני. בהקשר של חוק היסוד אני סבור שהוראות סעיפים 1 ו-1א נותנות תשובה מלאה ומספקת שמיתרת את הצורך לבחון את הפרשנות הראויה של סעיף 11. אולם פרשנות שאינה מגבילה את הוראות סעיף 11 במרחב מתבקשת לאור הניתוח דלעיל.

ראו דברי המשנה לנשיאה ריבלין בעניין הוועד הארצי, לעיל ה"ש 18, שם.³⁸

עניין BND, לעיל ה"ש 13, שם.³⁹

שם, בפס' 95-96.⁴⁰

הזמנים מעידה על רוח התקופה,⁴¹ ואולי אפילו ניתן לראות בה ביסוס נוסף לטיעון שחוק היסוד היווה מכשיר משפטי עקיף לקליטת אמנות זכויות האדם לתוך המשפט הישראלי.⁴²

מכאן שחוק היסוד, דווקא בשל תחולתו הבלתי מוגבלת במרחב, יוצר הסדר שלילי מבחינתה של הכנסת כרשות מחוקקת, והיא אינה מוסמכת לחוקק מחוץ לגבולות המדינה באופן שמשנה זכויות וחובות של זרים חסרי זיקה למדינת ישראל.

ב. חקיקת היסוד שוללת את האפשרות להחיל את החוק הישראלי בכללותו על אזורים שמחוץ למדינה

הדברים האמורים לעיל מחייבים מסקנה שחורגת מהדיון לגבי חוק ההסדרה, ומשתרעת על כל שינוי במעמד המשפטי של שטחי ארץ ישראל המנדטורית. כידוע, פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מסמיכה את הממשלה להחיל את המשפט הישראלי באזורי יהודה והשומרון.⁴³ לכאורה עולה אפוא האפשרות שהממשלה תבקש לעשות שימוש בסמכותה זו, כפי שעשתה עת החילה את החוק הישראלי על מזרח ירושלים בשנת 1967. גם הנשיאה חיות רומזת על אפשרות זו בפסק דינה בבג"ץ חוק ההסדרה, בציינה כי "מאז כניסת צה"ל לאזור ועד היום ממשלת ישראל לא הפעילה את סמכותה הקבועה בפקודת סדרי השלטון והמשפט".⁴⁴ חוק היסוד כולל כמובן סעיף שמבטיח שמירת דינים.⁴⁵ לכאורה מתבקשת המסקנה כי

⁴¹ יוסף ויילר ודורין לוסטיג "פתח-דבר: מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" עיוני משפט לח 419, 488, ה"ש 323 (2018); תמר הוסטובסקי ברנדס "משפט זכויות האדם הבין-לאומי והמשפט החוקתי בישראל" מחקרי משפט לא 925 (2018).

⁴² ויילר ולוסטיג, לעיל ה"ש 4141, שם; הוסטובסקי ברנדס, לעיל ה"ש 41, בעמ' 956 ("בהיעדר ראייה מפורשת לכך, ובהתחשב בסמיכות המועדים בין הצטרפות המדינה לאמנות זכויות האדם לבין חקיקתם של חוקי היסוד, אין לייחס לכנסת כוונה לנתק את משפט זכויות האדם בישראל מהמשפט הבין-לאומי, ואין בסיס לטענה שהחלת כללי הקליטה על חוקי היסוד נוגדת את כוונת המכונן"); Eyal Benvenisti, *The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present, Past and Future*, 28 ISR. L. REV. 136 (1994).

⁴³ ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 ("המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו").

⁴⁴ בג"ץ חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 2 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

⁴⁵ ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד").

נשמרת סמכותה של הממשלה להחיל את המשפט הישראלי על קרבו ועל כרעיו דרך הכרזה מכוח סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט כי "המשפט השיפוט והמינהל של המדינה" – לרבות חוקי היסוד – יחולו בשטחי יו"ש. ואם הממשלה מוסמכת לעשות כן מכוח דבר חקיקה, הרי ניתן אף להמשיך ולטעון שגם הכנסת מוסמכת להחיל את חוקיה במישרין בשטחי ארץ ישראל.

אולם כפי שנקבע בפסיקה לא אחת,⁴⁶ פרשנותם של גדרי סמכותה של רשות שלטונית שפועלת מכוח חוק שקדם לחוק היסוד תיעשה בהתאם לעקרונות ולערכים שהותוו בחוק היסוד ולזכויות הנגזרות ממנו. לכן, השימוש בסמכות הממשלה והכנסת להחיל את החוק הישראלי על שטחי יו"ש יהיה כפוף לדרישות חוק היסוד. המסקנה הנובעת מניתוח זה היא שכינונו של חוק היסוד שלל מיניה וביה את האפשרות של הממשלה להחיל את מערכת החוק והמשפט הישראלי מעבר לגבולותיה הנוכחיים של המדינה במישרין על אזרחים זרים חסרי זיקה לישראל שנמצאים מחוץ לשטחה הריבוני של ישראל.

לכן, צעד כמו החלת המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי על שטחים אלה, צעד שעדיין טמון כאמור לעיל בספר החוקים הישראלי, איננו אפשרי עוד לפי חוק היסוד, גם אם תובטחנה לזרים זכויות שוות כישראלים לכל דבר, כל עוד לא ניתנה להם יחד עם חברי הקהילה הפוליטית שלהם הזדמנות להשתתף בהחלטה כזו באופן שמאפשר להם לבטא את זכותם להגדרה עצמית, אישית וקבוצתית.⁴⁷

שאלה אחרת היא האם חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן – חוק הלאום) משנה במשהו את הניתוח דלעיל. זו שאלה מורכבת שמחייבת דיון ביחסים בין חוק היסוד לבין חוק הלאום, דיון שחורג ממסגרת זו.⁴⁸ ככל שיש לקרוא את שני חוקי היסוד כחלק ממארג חוקתי אחד הרי שיש לפרש את חוק הלאום כמכבד גם הוא את כבוד האדם ואת הדמוקרטיה, ועל כן אין בו כדי להשפיע על הניתוח שהצגתי כאן. אולם ככל שחוק הלאום מבקש להציב כמטרת-על את הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי במדינת ישראל שתקום – היא ורק היא – בארץ ישראל (סעיף עקרונות היסוד),⁴⁹ הרי הוא סותם את הגולל – כמוכן רק על פי הדין הישראלי – על זכותם של הזרים להשתתפות בקהילה אחרת. אבל עדיין אין בו כדי לתקן את הפגם

⁴⁶ ראו למשל דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט (4) 589 (1995).

⁴⁷ דיון בזכות ההגדרה העצמית הלאומית חורג ממסגרת רשימה זו.

⁴⁸ ראו Doreen Lustig, "We The Majority...": *The Israeli Nationality Basic Law*, 25 ISR.

STUD. 256, 259-60 (2020); איל בנבנישתי ודורין לוסטיג "שיקוי הלאומיות" – ICON-S-

IL Blog (24.10.2018). <https://did.li/eSB5q>

⁴⁹ ראו ס' 1 לחוק הלאום ("א) ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל. (ב) מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא מממש את זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית. (ג) מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי").

שנפל במניעת ההשתתפות של הזר בהליך החקיקה שצמצמה את זכויותיו.⁵⁰ פסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תוקפו של חוק הלאום⁵¹ נותנת מענה לשאלה זו בשני היבטים. ראשית, לפי בית המשפט, חוק הלאום מכבד אף הוא את ערכי כבוד האדם והדמוקרטיה, ולכן לא חולל כל שינוי בניתוח דלעיל. שנית, גם אם תרצה הכנסת לכונן חוק יסוד אחר שיבקש לסתור ערכים אלה, כי אז היה תהיה כפופה למגבלה הבסיסית שחולשת על סמכות הכינון: העדר היכולת "לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית".⁵² מגבלה זו מחזירה אותנו לטיעון שהוצג לעיל: הרעיון הדמוקרטי אינו סובל הכפפת מרותו של החוק על מי שלא הסכים להיות כפוף לו, או על מי שלא ניתנה לו הזדמנות לעצב אותו. זוהי פגיעה ב"דרישות המינימום המגדירות מדינה כדמוקרטית".⁵³ במילים אחרות, על פי המשטר החוקתי בישראל, החלת הריבונות הישראלית מעבר לאזורים שעליהם היא חלה כעת תדרוש שיתוף בהסכמה של האוכלוסייה הלא-ישראלית שהחוק יחול עליה.

ג. תחולת חוק היסוד על חקיקת הכנסת כלפי רשויות המדינה הפועלות במרחב

חוק היסוד המכבד את כבוד האדם ואת הזכות לדמוקרטיה לא רק שולל את סמכות הכנסת לחוקק כלפי זרים מחוץ למדינה; הוא גם מטיל חובה על שאר רשויות המדינה הפועלות מחוץ למדינה לכבד את הזר שאיתו הן באות במגע. כפי שקובעת הנשיאה חיות, "ככל שלכנסת קיימת סמכות לחוקק את חוק ההסדרה קשה להלום כי רשויות השלטון, והכנסת בכללן, תוכלנה לפעול בשטחי האזור כשהן משוחררות מערכי היסוד המיועדים להגנה על זכויות אדם, כל אדם, ומן הבלמים והאיזונים הקבועים בהקשר זה בחוקי היסוד".⁵⁴ גם שופט המיעוט סולברג משתמש במשל של חוקי היסוד כ"משקולת" שמכבידה על רשויות המדינה באשר תפנינה.⁵⁵ משל ה"משקולת" מתווסף למשל התרמיל שאותו נושאים כל חייל וחיילת שפוסעים בשבילי שטחים זרים

⁵⁰ על המשמעות הקולוניאלית של החלת חוקי היסוד, לרבות חוק הלאום, ראו בשארה, לעיל ה"ש 27.

⁵¹ בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו) (08.08.2021).

⁵² שם, בפס' 16 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

⁵³ שם, בפס' 30 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

⁵⁴ בג"ץ חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

⁵⁵ שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט סולברג.

בשליטת המדינה, תרמיל שבו נמצאים הכללים הבסיסיים של המשפט המנהלי הישראלי.⁵⁶

אם חוק היסוד מגביל את רשויות המדינה, ומהווה משקולת נוספת המכבידה על התרמיל הצבאי, האין זאת משום שחוק היסוד העניק לזר זכויות וחובות ישירות מכוח המשפט הישראלי? ואם התשובה היא שלילית (כאמור לעיל) – איך אפשר להסביר את קיומן של זכויות לזר, שמולן עומדת החובה השלטונית לכבדן?

כדי להשיב על שאלה זו יש לחזור למושכלות יסוד של משפט ציבורי. יש שתי דרכים לעצב את שלטון החוק ברשויות השלטון. הדרך האחת היא להגדיר זכויות אדם שהרשות השלטונית חייבת לכבדן. הדרך האחרת היא להגדיר את גבולות הסמכות השלטונית כנגזרת של יחסי השולח-שלוה שמתקיימים בין האזרחים (ונציגיהם במחוקק) לבין רשויות הביצוע. עד לחקיקת חוק היסוד שלטה בישראל המסורת של המשפט האנגלי שלפיה חופש הפעולה של האזרח נגזר בעקפיין מעקרון הסמכות (vires) והאיסור על חריגה מסמכות (ultra vires) של הרשות המבצעת. מטעם זה, מי שנפגע מפעולת הממשל היה צריך להוכיח לא רק שהרשות חרגה מסמכותה, אלא גם שלו יש "זכות עמידה" כיוון שנפגע אינטרס ממשי שלו. לא היה נדרש להוכיח פגיעה בזכות, כי מושג הזכות לא הועיל ביחסים בין השלטון לאזרחים.

את עקרון חוקיות המינהל היה ניתן "לייצא" בנקל מעבר לגבולות המדינה ולהכיר במגבלות על סמכות החייל מבלי להקנות זכויות (או להטיל חובות) במישרין על הזר. הקביעה הזו פעלה אך ורק בתווך שמקיף את כוחותיו וסמכויותיו של החייל הישראלי, ורק בעקפיין השפיעה על הציפיות של הזר – אך לא שינתה בכהוא זה את זכויותיו וחובותיו.

חוק היסוד חולל שינוי עמוק במשפט כאשר הוא השלים את חגורת ההגנה של האזרח-השולח מפני הרשות-השלוחה באמצעות מארג של זכויות יסוד שאותם הוא הגדיר. מהדיון לעיל עולה כי השלמה זו אינה אפשרית לגבי הזרים שבשטחי יו"ש. אך לגביהם נותר בתוקפו העיקרון בדבר הפעולה בסמכות. רשויות השלטון בישראל אינן נדרשות לחקיקת הכנסת כדי לפעול מחוץ לגבולות המדינה. הסמכות לפעול כאמור, נתונה לממשלה ומקורה בחוק יסוד: הממשלה, המחייב את הממשלה, וכן את הצבא,

⁵⁶ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלחעאווניה אלחחודדה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אוזר יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 810 (1983) ("כי כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי").

הכפוף למרות הממשלה.⁵⁷ סמכות הממשלה לפעול נובעת מסמכויות הממשלה הכלליות, סמכויות שירותיות, שביצוען "כפוף לכל דין".⁵⁸

חוק היסוד מוסיף משקל על תרמילו של החייל, ומכביד עליו בנוסף לעולו של המשפט המינהלי. אבל אלה מגבלות שמצמצמות את מרחב הסמכות (vires) של הממשלה, ושתגדלנה את משקל התרמיל שעל גבם של החיילים – זוהי "המשקולת" שהשופט סולברג מדבר עליה. התרמיל הזה "לי שכולל את כללי המשפט הבינלאומי וכללי המשפט המינהלי – וכעת, המשקולת הנוספת של חוקי היסוד – מכבידים על גב החיילים שצועדים בדרכי יהודה ושומרון; אין בתרמיל מאומה שמשנה במישרין את הזכויות והחובות של תושבי יהודה ושומרון (על פי הדין הישראלי). אלה מגבלות על הכוח השלטוני, לא הסמכה להרחיב את הכוח. המשקולת החוקתית אינה יכולה לשנות לפתע את טיבה ולהפוך למנוף שממנו תנבע סמכותה של הכנסת לשנות את זכויותיהם של הזרים מחוץ למדינה, ובוודאי לא להשפיע על חובותיהם. אין בעקרונות החוקתיים שנועדו להגביל את הרשות כדי לבסס את כוחה של הרשות להגביל את הזר או לשנות את מצבו המשפטי כלפי כולי עלמא. הסמכות לשנות זכויות וחובות של הזר נתונות – "בפועל" ובאופן זמני⁵⁹ – אך ורק בידי המפקד הצבאי, וזאת מכוח הוראות המשפט הבינלאומי של דיני התפיסה הלוחמתית (או דיני הלחימה, אם מתנהלת לחימה בשטח אויב).

מסקנה משפטית זו היא גם ההסבר הטוב ביותר שניתן לשאלת התחולה של חוקת ארצות הברית במרחב הגאוגרפי. לפי הסבר זה, החוקה חלה כהגבלה על הכוח השלטוני, מבלי שהיא מעניקה זכויות לזרים:

"Rather than identifying rights that defeat the exercise of government power, one could seek out limitations on that power. If the government simply lacks the power to take a certain act, considerations of

⁵⁷ ס' 2 (א) לחוק יסוד: הצבא ("הצבא נתון למרות הממשלה").

⁵⁸ ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה ("הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת"). הכפיפות ל"דין" משמעה גם כפיפות לזכויות האדם (בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 882-883 (1999), וכן יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך א 337 (1996). חוק היסוד מהווה אף הוא "דין" רלוונטי, ולכן הממשלה והכופים לה חייבים להתחשב גם במגבלות שחוק היסוד מטיל. אך צריך לזכור שאלה מגבלות על הכוח, לא הסמכה להרחיב את הכוח.

⁵⁹ על פי המשפט הבינלאומי, סמכות המפקד בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית היא סמכות "in fact" ולא סמכות מכוח הסמכה חוקית, ותחולתה מוגבלת במקום ובזמן (ראו BENVENISTI, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4: הסמכות לשלוט מבוססת על עצם השליטה, לא על הזכות לשלוט).

geography and citizenship might seem irrelevant, and the question of who bears particular rights can be avoided."⁶⁰

המצב במשפט הגרמני הוא שונה. על פי המשפט הציבורי הגרמני, זכות העמידה חייבת להיות מעוגנת בזכות מהותית שנפגעה. לא מספיק להראות אינטרס שנפגע. במילים אחרות, העדר הסמכות של הרשות צריכה להיות מלווה תמיד בפגיעה בזכות כדי שתהווה מושא לביקורת שיפוטית.⁶¹ לכן, כשהתעוררה השאלה של תחולת המשפט החוקתי הגרמני במרחב, קביעה שהמשפט חל מעבר לגבולות גרמניה חייבה הכרה בכך שחוק היסוד הגרמני מעניק פוזיטיבית זכויות חוקתיות גם לזרים באשר הם. בית המשפט החוקתי הגרמני פתר את הבעיה כאשר פסק כי החלתו של חוק היסוד הגרמני היא רק ביחסים בין הזרים לבין המדינה הגרמנית, ובאופן שגוזר כבילה עצמית של הרשות מבלי שיש בכך כדי לשנות את זכויות הזרים כלפי כולי עלמא, ובכלל זה לשנות את הדין הנוהג במקום:

"The binding effect of German fundamental rights entails accountability and responsibility solely on the part of German state organs. It only applies to autonomous political decisions made by the Federal Republic of Germany and solely limits Germany's own latitude. Accordingly, in other countries German fundamental rights – in their dimension as rights against state interference – are only applicable vis-à-

⁶⁰ Roosevelt, לעיל ה"ש 14, בעמ' 2049.

⁶¹ העיקרון נגזר מסעיף 19(4) לחוק היסוד הגרמני (ראו: Grundgesetz [GG] [Basic Law] art. 19, para. 4, translations at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/ "Should any person's rights be violated by public authority, he may have recourse to the courts" (englisch_gg.html#p0105). ארתו עיקרון קיים גם במשפט המינהלי. סעיף 42(2) לחוק הליך הביקורת המנהלי הגרמני (ראו Verwaltungsgerichtsordnung [VwGO] [Code of Administrative Court Procedure] § 42, para. 2, translations at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html). שרובע: Unless otherwise provided by law, the action shall only be admissible if the plaintiff claims that his/her rights have been violated by the administrative act or its refusal or omission." על עיקרון זה ראו Eberhard Schmidt-Assmann, *Basic Principles of German Administrative Law*, 35 J. INDIAN L. INST. 65, 78-9 (1993); Georg Nolte, *General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective*, 57 MOD. L. REV. 191, 210-1 (1994); Michael S. Greve, *The Non-Reformation of Administrative Law: Standing to Sue and Public Interest Litigation in West German Environmental Law*, 22 CORNELL INT'L L.J. 197, 201-2 (1989)

vis German state authority and are thus in line with the restrictions arising from the principle of non-intervention under international law. Thus, the binding effect of fundamental rights does not amount to a violation of the principle of non-intervention or to a restriction of other states' executive or legislative powers. It neither imposes German law on other states, nor does it supplant the fundamental rights of other states. In particular, the binding effect of fundamental rights does not extend German state powers abroad, but limits potential courses of action. Thus, the applicability of German state authority... fundamental rights... has no effect on the legal order of other states."⁶²

במילים אחרות, חוק היסוד הגרמני הוא אך ורק משקולת על רשויות המדינה הגרמנית. הוא אינו מהווה מנוף לשינוי החוק הנוהג במדינה שבה נמצאים האנשים שביחס אליהם הרשויות הגרמניות מפעילות את כוחן, ואין הוא יכול לגרוע או להגביל את זכויותיהם וחובותיהם של מי שמצויים מחוץ לתחומי גרמניה על פי החוק הגרמני. זכויותיהם של אלה כלפי גרמניה מעוגנים במשפט הבינלאומי, לא במשפט החוקתי הגרמני.⁶³

ד. תוצאות החריגה מסמכות החקיקה

מה תוצאתו של חוק שמתיימר לשנות זכויות וחובות של זרים מחוץ למדינה, ולכן הינו לא חוקתי? הטיעון כי חוק היסוד שולל את סמכותה של הכנסת לחוקק חוק כזה משמעו שבית המשפט יכול להצהיר על חוסר החוקיות מחמת חוסר סמכות, כשם שהוא מצהיר על אי התאמה של חוק עם פסקת ההגבלה. אלא שלשם מציאת אי התאמה שנובעת מהעדר סמכות חקיקה לגבי זרים אין צורך להיכנס למבחני פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק היסוד), שהרי לא מדובר באי התאמה כתוצאה מפגיעה בזכויות המנויות בחוק היסוד, אלא החריגה מסמכות החקיקה מתרחשת בעצם מעשה החקיקה, והיא קודמת לשאלה אם נפגעה זכות כלשהי מאלה המנויות בחוק היסוד. לכן, חריגה כזו

⁶² עניין BND, לעיל ה"ש 13, בפס' 101–102.

⁶³ עניין נויבואר, לעיל ה"ש 13, בפס' 181 (The Federal Republic of Germany – and the German legislator in particular – would have fulfilled this duty of protection through their international commitment to preventing climate change and through specific (measures aimed at implementing the internationally agreed climate action").

מאיינת את תוקפה של החקיקה מעיקרה. פסקת ההגבלה לא תוכל להציל אותה. פסקת ההגבלה אינה יכולה להפיח רוח חיים בהוראת חוק שנולדה מתוך סתירה בסיסית של העקרונות והמטרות שחוק היסוד עצמו מושתת עליהם.

חשוב לעמוד על המשמעות של פסילת חוק בשל חריגה מסמכות של הכנסת, לבין פסילת חוק מחמת אי עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. השימוש בפסקת ההגבלה בהקשר של חקיקה כלפי זרים הוא בעייתי מכמה סיבות. הסיבה הפשוטה והאינטואיטיבית היא שמבחיני פסקת ההגבלה דורשים תשובות לשאלות שהן במהותן פנים-ישראליות: השאלות האם הפגיעה תואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והאם היא לתכלית ראויה (כאשר התכלית נמדדת לפי מכלול החקיקה והערכים של המדינה), מזמנות בדיקה מהם הערכים והתכליות שהרוב הישראלי במדינת ישראל מבקש לקדם. גם מבחן המידתיות מציב ערכים וצרכים של מדינת ישראל על כפות המאזניים, ומרחב התמרון נתון למחוקק הישראלי שבהחלטותיו לא השתתף הזר ושמבחינתו הזר הוא רק אובייקט.⁶⁴

פרט למבחיני פסקת ההגבלה, שבהכרח נותנים עדיפות לערכים ולתכליות ישראליות, הסיבה השנייה לכך שפסקת ההגבלה אינה יכולה להיות משענתם של הזרים נעוצה בהרכב האנושי של מקבלי ההחלטות, שהם ישראלים. ההנחה שהרשויות הישראליות – לרבות הרשות השופטת – תוכלנה להתעלות מעל הייצוג של הזהות הלאומית שלהן וכך תוכלנה להגיע לאיזון אמיתי ומלא בין הצרכים והזכויות של הישראלים מחד גיסא ושל הזרים מאידך גיסא היא הנחה קשה ומוקשה. ניגוד העניינים המובנה בין המדינה, על רשויותיה השונות, לבין הזרים אינו משאיר מקום לתקווה שאלה תדענה להתעלות מעל המחלוקת ולתת משקל אמיתי לצורכיהם של הלא-מיוצגים.⁶⁵ בנסיבות אלה עדיף לשמור על האופי החריג של השליטה הזרה, על מערכת הדינים שנותנת קדימות ואף בכורה לתושבי השטח המוחזק בתפיסה לוחמתית,⁶⁶ ושמשאירה את החקיקה חשודה תמיד בחד-צדדיות.⁶⁷ כפי שציין ג'ון סטיוארט מיל לגבי הדספוט הנאור:

"[I]n the absence of its natural defenders, the interest of the excluded is always in danger of being overlooked; and, when looked at, is seen with very

⁶⁴ על נקודה זו ראו בשארה, לעיל ה"ש 27.

⁶⁵ חשש שהביע כבר מיל. ראו MILL, לעיל ה"ש 23.

⁶⁶ Ronen, לעיל ה"ש 37, בעמ' 140 (The law of occupation protects first and foremost the local population of 'protected persons'").

⁶⁷ Martti Koskeniemi, *Occupied Zone – "A Zone of Reasonableness"?*, 41 ISR. L. REV. 13 (2008); Aeyal M. Gross, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, 18 EUR. J. INT'L. L. 1 (2007)

different eyes from those of the persons whom it directly concerns."⁶⁸

בהקשר זה יש התולים יהבם בהזדמנות שביקורת על פי פסקת ההגבלה תיטיב עם תושבי הגדה הפלסטינים.⁶⁹ לחיזוק טענתם הם נתלים בפסק דינה של הנשיאה המחיל דין אחד ליהודים ולפלסטינים, בוחן את תביעותיהם במבחנים של שוויון וכבוד האדם, ואף מזכיר בהקשר זה את ההבחנה על בסיס דת או לאום כאל הבחנה חשודה ולכן מפלה לכאורה.⁷⁰ אלא, כפי שמראה פרופסור יעל רונן, כשהיא מפנה לשורה של פסקי דין שמדגימים את טענתה,⁷¹ החלת מבחני פסקת ההגבלה לשם הערכת החוקתיות של הפגיעה בזר היא משענת קנה רצוף ברוב המקרים, שתביא בדרך כלל להכשרת הפגיעה בזר לשם הגשמת התכלית הישראלית. פרופסור רונן מנתחת שורה של פסקי דין המעמידים במבחני המידתיות את הזכויות של שתי קבוצות התושבים אלה מול אלה, כאשר את הבכורה הם נותנים לצרכים של הישראלים (כגון גישה למערת המכפלה או לקבר רחל, או צורכי הביטחון) המצדיקים הגבלה של זכויות הפלסטינים.⁷² כפי שהיא מציינת בצדק, הבחינה על פי פסקת ההגבלה מאפשרת לבית המשפט להצדיק תכליות שהן אסורות על פי דיני התפיסה הלוחמתית.

לפיכך, אין כל רבותא ברוב חד-פעמי של שופטות ושופטים שמצאו יחס לא שוויוני בין המתנחלים לבין הפלסטינים בעלי הקניין, במקרה כה בוטה וחריג של פגיעה בזכויות. שורת פסקי הדין שסקרה פרופסור רונן⁷³ מלמדת שפסקת ההגבלה היא לא יותר ממשענת קנה רצוף, שלא לומר כלי להכשרה שיטתית של עוולות, כאשר פסק דין זה ישמש בו עוד landmark case.⁷⁴

⁶⁸ MILL, לעיל ה"ש 23, בעמ' 56.

⁶⁹ עמיחי כהן ויובל שני "כיבוש, סיפוח וחוק ההסדרה" פורום עיוני משפט מה (2021).

⁷⁰ בג"ץ חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 1, בפס' 56 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

⁷¹ ראו Ronen, לעיל ה"ש 37, בעמ' 161.

⁷² שם, בעמ' 155–156. ראו גם בשארה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 21 ("בחינת התכלית במסגרת החוקתית הישראלית-פנימית במהותה פתחה את האפשרות להכשרת תכליות אידאולוגיות ערכיות ממנוגדות לדין הבינלאומי").

⁷³ ראו Ronen, לעיל ה"ש 37, בעמ' 155–161.

⁷⁴ Ronen Shamir, *Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy*, 24 L. & SOC'Y REV. 781 (1990).

סיכום

מחויבות אמיתית לעקרון כבוד האדם וחירותו משמעה מחויבות חוצה גבולות. היא מטילה מגבלות על רשויות המדינה הכפופות לחובה לכבד את כבוד האדם וחירותו, לרבות – ואפילו במיוחד! – לכבד את כבודו של הזר ואת חירותו. היא לעולם אינה נותנת כוח לרשויות להגביל את זכויותיו של הזר שלא קשר במעשיו את גורלו עם המדינה.

הדיון לעיל התמקד כולו בפירוש חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מתוכו, לאור ההיצמדות לעקרונות ולמטרות המנויות בו. לא נזקקתי לשם דיון זה בפנייה למשפט הבינלאומי, ולהנחה הפרשנית כי יש לפרש את חוק היסוד לאור המשפט הבינלאומי. אילו הייתי מרחיב את הדיון לסוגיה זו היו מתעוררות שאלות נכבדות שבכוחן של כל אחת מהן כדי לסתום את הגולל על חוקיותה של חקיקה ישראלית ישירה ביחס לשטחי יהודה והשומרון. שאלות כגון האם יש למדינה סמכות חקיקה בנוגע לזכויות במקרקעין שמצויים מחוץ לשטחה; האם דיני התפיסה הלוחמתית מתירים חקיקה במישרין (להבדיל מחקיקה בידי המפקד הצבאי השולט בשטח המוחזק); האם דיני התפיסה הלוחמתית מצדיקים שינוי כזה של הדין הנוהג בשטח המוחזק;⁷⁵ האם דיני זכויות האדם שמדינת ישראל מחויבת להם (הזכות לקניין, הזכות למגורים, הזכות להשתתפות בהחלטה, הזכות להליך הוגן) מתירים פגיעה בזכויות אדם של זרים, ופגיעה מסוג זה שחוק ההסדרה פגע בהם.

אסיים רק בהצעה שזכתה לציון תמציתי על ידי השופט ריבלין,⁷⁶ ושמוקמה בדיון נפרד, ולפיה ההכרה החוקתית בעקרון כבוד האדם אינה יכולה לעצור בגבול. הכרה זו באדם באשר הוא מחייבת להכיר בזכויות האדם הבינלאומיות של הזר, ולכן במחויבות של המדינה לכבד את זכויות האדם הבינלאומיות לא רק מכוח המשפט הבינלאומי אלא גם מכוח המשפט החוקתי של המדינה. זהו רעיון שימיו כימי ההצהרה הצרפתית על זכויות האדם, שהשתקף בחוקה של 1791, ושהיווה בסיס להתפתחות המשפט

⁷⁵ ראו בהקשר זה את הערתו של המשנה לנשיאה מלצר בבג"ץ **חוק ההסדרה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 6 ("חוק ההסדרה, ככל שיש בו הפקעת זכויות של 'תושבים מוגנים'... מתעלם מכללים הסכמיים ומנהגיים של המשפט הבינלאומי, אשר אוסרים על נקיטת פעולות שכאלו עד להכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו... כמו כן, יש בחוק ההסדרה יסודות הנוגדים לכאורה את האמור בהסכמים פרטניים שישאל חתומה עליהם עם הפלסטינים").

⁷⁶ עניין **הוועד הציבורי**, לעיל ה"ש 18, שם ("על מדינת ישראל מוטלת החובה לכבד את חייהם של אזרחי הצד שכנגד. על חיי אזרחיה חייבת היא להגן, תוך כיבוד חייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית... החובה לכבד את אזרחי הצד שכנגד מפורשת בכללי המשפט הבינלאומי... חובה זו היא גם חלק מן המערכת הנורמטיבית הנוספת החלה על הסכסוך המזוין: היא חלק מהקוד המוסרי של המדינה ומעקרון העל של שמירה על כבוד האדם").

הבינלאומי בנושא. רעיון זה זוכה לתמיכה עדכנית וחשובה בפסיקה האחרונה של בית המשפט החוקתי הגרמני, שמגלה מנהיגות שיפוטית גלובלית בתקופה של מאמץ משותף להתמודדות עם אתגרים קשים לאנושות כולה.