

תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית

מאת

יעל רונן*

מאמר זה בוחן את התחולה האקסטרטוריאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ביחס לגדה המערבית בראי המשפט הבין-לאומי, להלכה ולמעשה. חלקו הראשון של המאמר עוסק בצורך בהחלה זו בשל קיומם של משטרים משפטיים חלופיים במשפט הישראלי ובמשפט הבין-לאומי. חלקיו הבאים של המאמר בוחנים שלוש אפשרויות לתחולה אקסטרטוריאלית של החוק ואת הפרקטיקה של בית המשפט העליון. לסיום, המאמר בוחן את ההשלכות של תחולה אקסטרטוריאלית של חוק היסוד על עמידתה של ישראל בחובותיה על פי דיני הכיבוש. המאמר גורס שתחולה אקסטרטוריאלית של חוק היסוד עשויה להביא להפרת חובות אלו.

א. מבוא

האם יש לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תחולה כלשהי בגדה המערבית? מהו הבסיס הנורמטיבי לתחולה זו ומהן השלכותיה? הרעיון שלחוק היסוד יש תחולה אקסטרטוריאלית, לפחות בגדה המערבית, מקורו בפסיקת בית המשפט. הוא בא לידי ביטוי באמרות מן הכס (ex cathedra) ללא דיון שיטתי בשאלה אם יש צורך בתחולה כזו ובהשלכותיה. ואכן, פסיקת בג"ץ עצמה אינה עקיבה. לעתים בית המשפט מחיל את חוק היסוד באופן אקסטרטוריאלי, ולעתים הוא מציין שאין צורך לדון בשאלה באופן עקרוני בשל תחולתן של מערכות דינים אחרות המספקות לדבריו את הצרכים אשר גם חוק היסוד

* פרופסור חבר, מכללת שערי משפט. אני מודה לדייב קרצמר על שיחות אין-ספור ולאיייל גרוס, לגיא הרפז, לשלומי זכריה, למיכל טמיר, לרונית לויין-שנור, לרות לפידות, לברק מדינה, להילי מודריק-אבן חן, לרובי סיבל וליובל שני על הערותיהם המועילות לגרסאות מוקדמות. תודה גם ליעל נגן על עבודת מחקר מצוינת. yael.ronen@mail.huji.ac.il

נועד לספקם. ולעתים בית המשפט מחיל את חוק היסוד במקום לדון בתחולתן של מערכות דינים אחרות, באמרו שהחוק ממילא משקף את חובות המדינה המעוגנות באותן מערכות אחרות. התוצאה היא שהדין בדבר תחולתו האקסטרטוריאלי של חוק היסוד מתפתח באופן בלתי קוהרנטי.

מטרתו של מאמר זה היא לבחון בחינה שיטתית את סוגיית התחולה של חוק היסוד באופן אקסטרטוריאלי ובאופן ספציפי ביחס לגדה המערבית, מנקודת מבטו של המשפט הבין-לאומי. המאמר דן בשלוש שאלות עיקריות: ראשית, הוא בוחן אם החלת חוק היסוד ביחס לגדה המערבית נחוצה או מועילה להבטחת זכויות אדם. הטענה בחלק זה של המאמר היא שבשל הדמיון והחפיפה החלקית בין המשפט החוקתי לבין מערכות דינים אחרות, הן במשפט הישראלי (משפט מנהלי) והן במשפט הבין-לאומי (דיני זכויות אדם בין-לאומיים ודיני כיבוש), תרומתה של תחולה אקסטרטוריאלי להגנה על זכויות אדם היא מעטה. שנית, המאמר בודק שלושה בסיסים נורמטיביים שונים לתחולה אקסטרטוריאלי של חוק היסוד, בשים לב למשמעויות של כל אחד מבסיסים אלו במקרים קונקרטיים ובמישור העקרונות: תחולה על בסיס טריטוריאלי בשטח הגדה, תחולה פרסונלית על נהנים מסוימים ותחולה על המדינה כמי שנושאת בחובות על פי חוק היסוד. לכל אחת מהאפשרויות הללו ניתן ביטוי בחוק היסוד או בפסיקה הישראלית או בשניהם גם יחד. אך סקירה של הפרקטיקה חושפת את היעדרה של משנה סדורה בנוגע לבסיס לתחולת חוק היסוד או ליחס שבינו לבין משטרים משפטיים אחרים. שלישית, המאמר בוחן את היחס שבין התחולה האקסטרטוריאלי של חוק היסוד לבין דיני הכיבוש.

ב. תחולה אקסטרטוריאלי של חוק היסוד – הדין הרצוי

נקודת המוצא של המאמר היא הגישה הרווחת במשפט הבין-לאומי שלפיה האחריות של מדינות על פי דיני זכויות האדם הבין-לאומיים משתרעת, עקרונית, גם מעבר לגבולות שטחן הריבוני, בין היתר בשטח שהן מפעילות בו שליטה אפקטיבית, דהיינו שטח כבוש.¹ ההיקף המדויק של התחולה האקסטרטוריאלי של דיני זכויות האדם רחוק מלהיות מוכרע, כמו גם השאלה אם הגדה המערבית היא שטח כבוש. לצורך מאמר זה די בכך

1 Loizidou v. Turkey (Merits), 1996 – VI Eur. Ct. H. R. § 56; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion 2004-I.C.J. 136 ¶¶ 107–113 (Jul. 9). (להלן: חוות הדעת בעניין הגדר).

שישראל בעצמה הכירה במעמד הגדה המערבית כשטח כבוש² ובתחולת דיני הכיבוש על פעולותיה בשטח. כל עוד ישראל מסתמכת על דיני הכיבוש כמקור סמכותה בגדה המערבית, הודאתה בדבר שליטתה האפקטיבית יוצרת חזקה של שליטה אפקטיבית גם לצורך דיני זכויות אדם,³ אם כי חזקה זו ניתנת לסתירה.⁴

ככלל, המשפט הבינ-לאומי הפוזיטיבי אדיש לאופן שבו המדינה מסדירה את מחויבותיה הבינ-לאומיות. ההחלה האקסטרטוריאלי של המשפט הפנימי מחוץ לשטח המדינה אינה אסורה כשלעצמה, אם כי בנסיבות מסוימות ייתכן שיש בה משום הפרה של נורמות ספציפיות. גם דיני הכיבוש באופן ספציפי אינם בהכרח שוללים החלה אקסטרטוריאלי של המשפט המדינתי בשטח כבוש, ובלבד שאין בכך סממן של ניסיון סיפוח חד-צדדי⁵ או פגיעה בטובת האוכלוסייה.⁶ אך מהיעדר איסור עקרוני או גורף על החלה אקסטרטוריאלי של חקיקה מדינתית לא נובע שהחלה כזו נחוצה או מוצדקת. השאלה היא אם כדי להיטיב את ההגנה על זכויות אדם יש צורך או תועלת בפרשנות המשפט החוקתי, כפי שהוא מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כחל באופן אקסטרטוריאלי בכלל ובגדה המערבית בפרט.

על פי המשפט הישראלי, יש לפרש חקיקה ככל האפשר באופן המקדם הגנה על זכויות אדם. אם חובות המדינה בתחום זכויות אדם משתרעות גם על פני שטח כבוש, הרי שפרשנות חוק היסוד כחל באופן אקסטרטוריאלי נראית מובנת מאליה. עם זאת הרציונלים לתחולה אקסטרטוריאלי של דיני זכויות האדם הבינ-לאומיים אינם בהכרח תקפים באותה מידה כשמדובר במשפט המדינתי ומשום כך ראוי לבחנם. על פי דיני זכויות האדם הבינ-

2 "אזור יהודה והשומרון ואזור חבל עזה מוחזקים על-ידי מדינת ישראל, ממלחמת ששת הימים ועד היום, בדרך של תפיסה צבאית או 'תפיסה לוחמתית' (belligerent occupation). "בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פס' 8 להודעה מטעם המשיבים (ההודעה ברשות המחברת).

3 כהצעת השופט בונלו בפרשת Al-Skeini v. United Kingdom (Grand Chamber Judgement), App. No. 55721/07 Eur. Ct. H. R. (2011) (concurring opinion of Judge Bonello) (Jul. 7) פס' 24: "Once a State is acknowledged by international law to be 'an occupying power', a rebuttable presumption ought to arise that the occupying power has 'authority and control' over the occupied territory, over what goes on there and over those who happen to be in it – with all the consequences that flow from a legal presumption".

4 סוגיה זו רלוונטית בעיקר לשאלת אחריותה של ישראל בתחומים שהועברו לאחריות הפלסטינים. מאמר זה יתמקד באותן סוגיות שבהן השליטה נותרה בידי ישראל.

5 ע"פ 1/48 סילוטר נ' היועץ המשפטי, פ"ד א 5, פס' 29–32 לפסק דינו של הנשיא זמורה (1949).

6 YORAM DINSTEIN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 113 ¶263 (2009).

לאומיים כפי שהתפתחו בעיקר בפרקטיקה של הוועדות המפקחות על אמנות זכויות האדם בחסות האו"ם ובבית הדין האירופי לזכויות אדם, הטעם לתחולה האקסטרטוריאלית של דיני זכויות האדם הוא שלא ייתכן שמדינה תהא רשאית לבצע מחוץ לשטחה מעשים אשר היא אינה רשאית לבצע בשטחה שלה.⁷ רציונל כללי יותר הוא שלכוח נלווית אחריות: כאשר למדינה יש הכוח לכבד זכויות, במשמע ההימנעות מפגיעה בהן, עליה לעשות כן בכל מקום שבו היא מפעילה את כוחה.⁸ אשר לחובתה של מדינה להבטיח זכויות, במשמע החובה להגן על הפרט מפני פגיעה מידי צד שלישי, הדעות חלוקות. יש הגורסים שהאחריות נלווית לכוח גם במקרה זה,⁹ ואילו אחרים סבורים שאין להרחיב את אחריותה של מדינה לפעול באופן אקטיבי בשטחה של מדינה אחרת אשר עליה מוטלת החובה הישירה כלפי הפרט.

הדוקטרינה בדבר התחולה האקסטרטוריאלית של דיני זכויות האדם הבין-לאומיים התפתחה בגופים אשר המנדט שלהם מוגבל לדינים אלו. נקודת המוצא שלהם הייתה שללא תחולה אקסטרטוריאלית של דיני זכויות האדם מדינות המפעילות שליטה באנשים מחוץ לשטחן תפעלנה בריק משפטי. לעומת זאת המשפט הישראלי והביקורת השיפוטית בישראל נסמכים לא רק על המשפט החוקתי אלא גם על משטרים משפטיים אחרים – משפט מנהלי, דיני כיבוש ודיני זכויות האדם הבין-לאומיים. ואכן, בג"ץ בעצמו הסתמך על הדמיון שבין המשפט החוקתי לבין משפט מנהלי,¹⁰ דיני זכויות האדם הבין-לאומיים ודיני הכיבוש כדי לפטור עצמו מלהכריע בדבר התחולה האקסטרטוריאלית של המשפט החוקתי, בציינו שהמשטרים הללו מהווים בסיס מספיק לדין. בפרשת מרעב (2003) למשל ציין בג"ץ ש"אין לנו צורך, בגדרי העתירה שלפנינו, לפסוק עד כמה חלים עקרונות אלה של המשפט

7 Human Rights Committee, Communication No. R.12/52, Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 176, ¶12.3 (1981): "...it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory"

8 MARKO MILANOVIC, EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES, LAW, PRINCIPLES AND POLICY 59 (2011).

9 פרשת *Al-Skeini*, לעיל ה"ש 3, פס' 11–13 בדעת היחיד של השופט בונלו.

10 ראו למשל בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ביניש (2005): "נוכח עמדות הצדדים בטיעוניהם לפנינו איננו נדרשים לפסוק בשאלה אם ועד כמה חלים באיזור יהודה ושומרון עקרונות המשפט החוקתי הישראלי והאמנות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם... די שנאמר כי במסגרת חובתו של המפקד הצבאי להפעיל את שיקול-דעתו בסבירות עליו להביא בגדר שיקוליו גם את האינטרסים והזכויות של האוכלוסייה המקומית, לרבות את הצורך למזער את מידת הפגיעה בחופש התנועה שלה".

הישראלי (הפנימי) [דהיינו הזכות החוקתית לחירות] על מעצר הנערך באיזור",¹¹ כי "נחה דעתנו, כי יש התאמה בין הכללים הישראליים הפנימיים לבין כללי המשפט הבינלאומי החלים בענייננו".¹² גם בפרשת בית איכסא (2011) פטר עצמו בג"ץ מדיון בתחולת חוק היסוד באמרו ש"במסגרת ההליך שלפנינו איננו נדרשים לשאלת תחולתן של זכויות יסוד חוקתיות החלות במשפט החוקתי הישראלי שכן כפי שיובהר להלן, הזכות לקניין שבה עסקינן נהנית מעיגון נורמטיבי גם במשפט הבינלאומי".¹³ לעומת זאת בפרשת אלרם (2004) החיל בג"ץ את חוק היסוד במקום את המשפט הבינ-לאומי, באמרו שאמות המידה החוקתיות הן המחמירות יותר עם המדינה.¹⁴

נקודת המוצא של בית המשפט בכל המקרים הללו בנוגע לדמיון שבין מערכות הדינים השונות (ולכן בדבר האפשרות להחליף ביניהן) טעונה בחינה מדוקדקת. הדיון שלהלן עוסק בדמיון ובשוני שבין משפט חוקתי לבין משפט מנהלי, וכן בין משפט חוקתי לבין משפט בין-לאומי, מבחינת ההגנה על זכויות אדם. השוואה זו מתייחסת הן לנורמות המהותיות והן למנגנוני היישום בבתי המשפט בישראל של כל אחת ממערכות הדינים.

1. משפט חוקתי לעומת משפט מנהלי

גם בטרם אומץ חוק היסוד הקנה המשפט המנהלי הגנה על זכויות אדם מכוח הכלל שהרשות השלטונית אינה רשאית להצר צעדיו של הפרט אלא אם הוסמכה לכך בחוק,¹⁵ ומכוח הכלל שגם במקום שהחוק מסמיך את הרשות להצר את צעדי הפרט, יש לפרש סמכות זו באופן המיטיב עם זכויות האדם.¹⁶ משום כך המשפט המנהלי אכן יכול במידה רבה למלא את מקומו של חוק היסוד בשל החובה שעל רשויות השלטון לכבדו בכל פעולותיהן, בשטח המדינה או מחוץ לו.¹⁷

להגנה על זכויות אדם באמצעות המשפט המנהלי שתי מגבלות: מגבלה אחת היא שהמשפט המנהלי יכול להיות מסגרת לבחינתן של פעולות מנהליות, אך אין בו בסיס

- 11 בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003).
- 12 שם, וראו גם פס' 21, 32, 33, 34, 36, 49 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 13 בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון, פס' 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 6.9.2011).
- 14 בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.12.2006) (להלן: פרשת אלראם), פסקה 46.
- 15 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, פס' 5 (1949).
- 16 דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון – זכויות אדם" משפט וממשל ה' 297, 300–301 (1999).
- 17 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 828 (2004).

לבחינת תוקפה של חקיקה ראשית.¹⁸ מגבלה נוספת של ההסתמכות על משפט מנהלי לאכיפת זכויות אדם היא שהמשפט המנהלי מצמצם את חופש הפעולה של המדינה אך אינו מטיל עליה חובות עשה, כגון הגנה מפני הפרה על ידי צד שלישי.

אלא שאם מדובר בגדה המערבית, אף לא אחת מהמגבלות היא בעלת משקל ניכר. היעדר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית כמעט שאינה רלוונטית, שכן ממילא הגבלות על זכויות אדם בגדה המערבית מוטלות בעיקרן בחקיקת הביטחון, שהיא מבחינת המשפט המנהלי הישראלי חקיקת משנה הכפופה לביקורת שיפוטית. לשימוש בחוק היסוד יכולה להיות חשיבות במקרים חריגים שבהם יש לחקיקה הראשית של הכנסת תחולה בגדה המערבית.¹⁹ ואכן, אם חוק היסוד מגלם את דיני זכויות האדם הבין-לאומיים, הוא יוכל להיות צינור לביקורת חקיקה לפי המשפט הבין-לאומי.²⁰ חולשת המשפט המנהלי באכיפת חובות עשה גם היא משנית ככל שמדובר ביישום דיני זכויות האדם הבין-לאומיים בגדה המערבית, שכן ממילא ספק אם דינים אלו מטילים חובות עשה באופן אקסטרטוריאלי.²¹ לפיכך אף על פי שהסתמכות על חוק היסוד מקנה יתרון בהגנת זכויות אדם בהשוואה למשפט מנהלי באופן עקרוני, אין להפריז בדבר המשמעות המעשית של יתרון זה בנוגע לגדה המערבית.

2. משפט חוקתי לעומת משפט בין-לאומי

חילופין נוספים שהוצעו על ידי בג"ץ הם בין משפט חוקתי מצד אחד ודיני זכויות אדם בין-לאומיים ודיני כיבוש מצד אחר. אף שבית המשפט מונה את שתי מערכות הדינים הבין-לאומיות יחדיו, יש ביניהן הבדלים ניכרים מבחינת תוכן ומעמדן בשיטתנו המשפטית. כמו

- 18 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 79 לדעת הרוב (2005): "הדין לפיו כל חייל ישראלי בשטח המפונה נוטל עימו בצקלוננו את ערכי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי אין בכוחו להתגבר על חוק של הכנסת" (להלן: פרשת מועצת חוף עזה); ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד" משפט וממשל יב 145, 185 (2009).
- 19 בג"ץ 253/88 סג"דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801 (1988) ובג"ץ 2690/09 "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 28.3.2010) (להלן: פרשת יש דין), בנוגע לתקנה 6 לתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז–1967, ק"ת 2741, כפי שהוארכו בחוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשס"ז–2007, ס"ח 364.
- 20 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, דעת המיעוט של השופט לוי (2006).
- 21 לחובות אלו ראו IIaşcu v. Moldova and Russia (Judgement) 2004-VII Eur. Ct. H. R. וביקורת על פסק הדין אצל MILANOVIC, לעיל ה"ש 8, בעמ' 210.

בהשוואה למשפט המנהלי, גם כאן יש להשוות לא רק את הנורמות המהותיות שבכל מערכת דינים אלא גם את המעלות והחסרונות של כל אחת ממערכות הדינים מבחינת הזכויות.

(א) משפט מהותי

לחוק היסוד ולדיני זכויות האדם הבין-לאומיים יש הרבה מן המשותף – הם מגנים על זכויות דומות אם כי יש ביניהן הבדלים. למשל, זכות הקניין מעוגנת בחוק היסוד (ובדיני הכיבוש) אך לא באמנות זכויות האדם האוניברסליות.²² מנגד חירות התנועה בתוך המדינה מוגנת במשפט הבין-לאומי אך לא בחוק היסוד.²³

חוק היסוד ודיני זכויות האדם הבין-לאומיים משתמשים באותו מנגנון איזון בין זכויות ואינטרסים, דהיינו מבחן המידתיות. חוק היסוד גמיש יותר, כיוון שאין בו רשימה סגורה של אינטרסים אשר עשויים להצדיק הגבלה על זכויות, ואילו בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים יש זכויות שאפשר להגבילן לצורך רשימת אינטרסים סגורה. למשל, את זכות הקניין אפשר להגביל לכל מטרה ראויה על פי חוק היסוד, או לצורך ציבורי על פי דיני זכויות האדם (במקום שהזכות מוכרת²⁴), ובלבד שההגבלה עומדת ביתר התנאים שבפסקות ההגבלה (כגון מידתיות). חוק היסוד ודיני זכויות האדם מבוססים אפוא על מודל משפטי דומה, של מבחן מידתיות בין מטרה לאמצעי, אם כי בזירות נורמטיביות שונות. שניהם שונים מדיני הכיבוש, המבוססים על מודל אחר.

בניגוד לדיני זכויות האדם, אשר נועדו ביסודם למערכת יחסים של שותפות אינטרסים בין המדינה ואוכלוסייתה, בבסיסי דיני הכיבוש מצויה הנחה בדבר עוינות בין המעצמה הכובשת לבין האוכלוסייה שבשליטתה ובדבר פערי כוחות המחייבים הגנה מיוחדת על האוכלוסייה. לפיכך היקף חופש הפעולה של המעצמה הכובשת לפי דיני הכיבוש צר מזה שלפי דיני זכויות אדם. לעיקרון זה כמה ביטויים: ראשית, ס' 43 לתקנות האג קובע את המדד לבחינה אם פעולת המפקד הצבאי היא בגדר "צורך",²⁵ מונח אשר משתמע ממנו איזון בין

22 הזכות מוגנת בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם לכל באי עולם, Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III)A, ¶ 17, U.N. Doc. A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948) (להלן: ההכרזה האוניברסלית), אך אינה מוכרת כמשפט מנהגי.

23 זכויות רבות אינן מנויות בחוק היסוד אך מוגנות בפסיקה הישראלית, במישרין או תחת מטריית "כבוד האדם".

24 Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 1, Mar. 20, 1952, 213 U.N.T.S. 262.

25 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, Oct. 18 1907, Martens

אינטרסים.²⁶ אך איזון זה מוגבל מאוד לעומת האיזון הקיים במנגנון זכויות האדם. "צורך" מוגבל לפרמטרים של ס' 43, דהיינו צורך צבאי, ועל פי פרשנות רחבה יותר המקובלת כיום, גם טובת האוכלוסייה המקומית. הצורך אינו מכסה באופן אוטומטי כל אינטרס שהמעצמה הכובשת סבורה שכדאי לקדם. שנית, דיני הכיבוש כוללים איסורים מוחלטים וטעמים מוגבלים להגבלת זכויות. למשל, תפיסה או השמדה של רכוש פרטי מותרת לצורך צבאי בלבד²⁷ או לפי הדין המקומי.²⁸ שלישי, דיני הכיבוש מגנים בראש ובראשונה על האוכלוסייה המקומית כ"אנשים מוגנים". אנשים אחרים, כגון אזרחי המעצמה הכובשת, נהנים מהגנה מצומצמת יותר, זו המוקנית לכל אדם המוצא עצמו בזירת הסכסוך. בשל הבדלים אלו חופש הפעולה של הרשות המבצעת במסגרת דיני זכויות אדם, אם בין-לאומיים ואם מדינתיים, רחב מזה שבמסגרת דיני הכיבוש.²⁹

לסיכום, נראה שכיוון שחוק היסוד מבוסס על מודל זכויות האדם, הסתמכות על נורמות של דיני זכויות האדם הבין-לאומיים יכולה להשיג את מטרתו באופן שהחלה אקסטרטוריאלי של חוק היסוד תהיה מיותרת, לפחות עד כמה שדיני זכויות האדם מיושמים בבית המשפט כמו בחוק היסוד. עניין זה נדון בפרק הבא. באותה מידה, אולי, שימוש בחוק היסוד (באופן אקסטרטוריאלי) יכול להפוך את דיני זכויות האדם הבין-לאומיים למיותרים. לעומת זאת דיני הכיבוש אינם ניתנים להחלפה במשפט החוקתי.

(ב) יישום

סוגיה נפרדת מהדמיון או מהשוני המהותיים בין הנורמות הוא מעמד היחסי של כל אחד מהמקורות הנורמטיביים במסגרת שיטת המשפט הישראלית. אמנם בתי המשפט הישראליים פותחים את שעריהם בפני עותרים מהשטחים ומנהלים חדשים לבקרים דיונים בהסתמך במישרין על נורמות מהמשפט הבין-לאומי, לרבות דיני זכויות אדם. אך האפשרות להשתמש בנורמות הבין-לאומיות במישרין מוגבלת ביחס לאפשרות השימוש במשפט המדינתי, ובאופן ספציפי בחוק היסוד, מכמה טעמים:

461 (Ser 3) Nouveau Recueil (להלן: תקנות האג); וכן אמנת ג'נבה הרביעית, להלן ה"ש 30, ס' 27.

26 ראו גם חוות הדעת בעניין הגדר, לעיל ה"ש 1, חוות דעתו החולקת של השופט קוימנס, בעמ' 136, פס' 34.

27 שם, בעמ' 226, פס' 537, ובעמ' 228, פס' 548.

28 DINSTEN, לעיל ה"ש 6, בעמ' 225, פס' 533.

29 Amichai Cohen, *Rules And Standards in the Application of International Humanitarian Law*, 41 ISR. L. REV. 1 (2008).

ראשית, שאלת תחולתן בגדה המערבית של חלק מהנורמות מהמשפט הבינ-לאומי המחייבות את ישראל טרם הוכרעה חד-משמעית. לעומת תקנות האג המיושמות כעניין שבשגרה והמקובלות כמשפט מנהגי, התחולה דה יורה של אמנת ג'נבה³⁰ שנויה במחלוקת, ולכן האמנה איננה מיושמת יישום גורף אם כי חלקים ממנה מיושמים למעשה. התחולה של דיני זכויות האדם הבינ-לאומיים על פעולות ישראל בשטחים אף היא לא הוכרעה חד-משמעית. בזירה הבינ-לאומית ישראל מחזיקה בעמדה שהיא אינה נושאת באחריות על פי דיני זכויות האדם הבינ-לאומיים בגדה המערבית. טעם אחד, לגישה, הוא שהאמנות אינן חלות מחוץ ל"שטחה הריבוני וסמכותה".³¹ טעם שני, לגישה, הוא שגם אם יש לאמנות תחולה אקסטרטוריאלית, הן אינן חלות בנסיבות שבהן חלים דיני הסכסוך המזוין³² (אם כי כאמור ישראל גורסת שדיני הכיבוש המעוגנים באמנת ג'נבה הרביעית אינם חלים דה יורה בגדה המערבית). נוסף על כך, ממשלת ישראל טוענת שבמסגרת הסכם הביניים עם

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 30
12, 1949, 75 U.N.T.S. 287. (להלן: אמנת ג'נבה או אמנת הרביעית).

"Israel has consistently maintained that the Covenant does not apply to areas that are not 31
subject to its sovereign territory and jurisdiction". Human Rights Committee, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, Second Periodic Report, Addendum, Israel, at 6, ¶ 8, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/2001/2 (Dec. 4, 2001) (להלן: התייחסות הוועדה לזכויות אדם – 4.12.2001). זו פרפרזה על לשון ס' 2 לאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב- 1966) (להלן: ה-ICCPR) – "within its territory and under its jurisdiction".

לניסוח ערכני של עמדה זו ראו 32
State of Israel, Ministry of Justice, Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in Israel, Israel's Replies to List of Issues to be taken up in Connection with the Consideration of Israel's Third Periodic Report concerning articles 1 to 15 of the International Convent on Economic, Social, and Cultural Rights (E/C.12/ISR/3), at 4, available at www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/9766CC1E-7DD6-46F4-8BBF-B6FB50DED23B/30750/CESCRL_OIReplies2011.pdf. "In these circumstances Israel can clearly not be : 2 תשובה לשאלה 2 : said to have *effective control* in the Gaza Strip, in the sense envisaged by the Hague Regulations. It is against this background that Israel is called-on to consider the relationship between different legal spheres, primarily the Law of Armed Conflict and Warfare and Human Rights Law. This relationship remains a subject of serious academic and practical debate. For its part, Israel recognizes that there is a profound connection between Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and that there may well be a convergence between these two bodies-of-law in some respects. However, in the current state of international law and state-practice worldwide, it is Israel's view that these two systems-of-law, which are codified in separate instruments, nevertheless .remain distinct and apply in different circumstances"

הפלסטינים היא העבירה לרשות הפלסטינית סמכויות ואחריות באופן שהרשות היא שאחראית להבטחת זכויותיה של האוכלוסייה הפלסטינית.³³ בג"ץ, לעומת זאת, הכיר בכמה וכמה פסקי דין בכך שדיני זכויות האדם הבין-לאומיים עשויים לשמש להשלמת לקונות בדיני הכיבוש. בפרשת מרעב למשל פסק בג"ץ שקביעת תקופה מרבית למעצר ללא הבאה בפני שופט ל-12 ול-18 ימים היא בלתי חוקית, בין היתר בהזכירו את ס' 9 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.³⁴ בג"ץ לא התייחס לשאלת תחולתה של האמנה בגדה המערבית. דוגמה נוספת היא פרשת דיר סאמט (2009), שבה עסק בג"ץ בהגבלות על חופש התנועה של הפלסטינים בתוך שטח הגדה המערבית. בג"ץ ציין כמקורות נורמטיביים לחופש התנועה את ס' 27 לאמנת ג'נבה הרביעית ואת תק' 46 לתקנות האג, 1907 (אשר אינם מתייחסים ספציפית לתנועה), וכן את המשפט החוקתי ודיני זכויות האדם הבין-לאומיים.³⁵ דהיינו, בג"ץ אינו שותף לדעה שהאחריות על פי דיני זכויות האדם הבין-לאומיים חלה רק בשטח המדינה, או שתחולת דיני הסכסוך המזוין מוציאה אותם לחלוטין.³⁶ עם זאת בג"ץ טרם הכריע הכרעה עקרונית בתחולת דיני זכויות האדם בגדה המערבית, ופסיקתו עד היום אינה מסתמכת במישרין על תחולה זו.

U.N. Economic and Social Council, Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Additional information submitted by States parties to the Covenant following the consideration of their reports by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Addendum, Israel, ¶¶ 2–3, U.N. Doc E/1989/5/Add.14 (May 14, 2001); התייחסות הוועדה לזכויות אדם – 4.12.2001, לעיל ה"ש 31, שם. סוגיה זו עולה בכל דיון של ישראל עם הוועדות המפקחות על יישום האמנות האוניברסליות בקשר לחובת הדיווח העתי בנוגע לנעשה בגדה המערבית (ולפי גישת הוועדות, גם ברצועת עזה). יש לציין שעל אף עמדה עקרונית גורפת זו, במהלך הדיונים שבעל פה ישראל משיבה לשאלות הוועדות באותם נושאים שבהם השליטה בידיה ולא בידי הרשות הפלסטינית; U.N. Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Forty-seventh session, Summary record of the 36th Meeting, ¶ 56, U.N. Doc E/C.12/2011/SR.36 (Nov. 22, 2011).

34 פרשת מרעב, לעיל ה"ש 11, בפס' 41 לפסק דינו של הנשיא ברק.

35 בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנוב, 22.10.2009) (להלן: פרשת דיר סאמט). מעניין שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מעגן זכות לתנועה בתוך שטח המדינה. לכן קשה להסתמך עליו כמקור לחופש התנועה בתוך השטח הכבוש. ההסתמכות על זכויות האדם במשפט הבין-לאומי היא אפוא חזקה במיוחד.

36 לעניין התחולה המקבילה של דיני זכויות אדם ודיני כיבוש ראו 90 (2007) ISR. L. REV. (2007); John Cerone, *Human Dignity in the Line of Fire: The Application of International Human Rights Law During Armed Conflict, Occupation, and Peace Operations*, 39 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1447 (2006); Kenneth Watkin, *Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed*

שנית, ישראל היא צד לאמנות זכויות אדם ודיני כיבוש, אך אלו לא נקלטו במשפט המדינה באמצעות חקיקה. בהיעדר קליטה הדינים המעוגנים באמנות בלבד, דהיינו במשפט הסכמי בלבד, אינם אכיפים בבית משפט ישראלי במישרין, אלא לכל היותר באמצעות חזקת ההתאמה הפרשנית, שלפיה פרשנות המשפט הישראלי צריכה להיעשות ככל האפשר באופן שעולה בקנה אחד עם ההתחייבויות הבין-לאומיות של המדינה.³⁷ דינים המעוגנים במשפט המנהגי, בין שמדובר בזכויות אדם ובין שמדובר בדיני כיבוש, הם אמנם חלק ממשפט המדינה, אך גם הם יידחו מפני חוק מפורש הסותר אותם.³⁸ לחקיקה תהיה עדיפות גם אם מדובר בתחולת הנורמות בשטח כבוש (מצב חריג, כפי שיידון להלן).³⁹ לעומת זאת זכות המעוגנת במשפט החוקתי ובאופן ספציפי בחוק היסוד נהנית ממעמד-על ביחס לנורמות אחרות. בהתנגשות שבין חקיקה מדינתית לבין זכות המוגנת בחוק היסוד, ידה של הזכות החוקתית תהא על העליונה באופן שחובת בית המשפט תהיה לפרש את החקיקה ברוח הזכות החוקתית, ואם פרשנות כזו אינה אפשרית, אולי אף לפסול את החקיקה אם היא עומדת בניגוד לזכות החוקתית⁴⁰ (בכפוף לשמירת הדינים כאמור בס' 10 לחוק היסוד). אלא שכפי שצוין לעיל, העדיפות הנורמטיבית של חוק היסוד על פני חקיקה ראשית אינה מקנה

Conflict, 98 AM. J. INT'L L. 1, 9 (2004); Naz K. Modirzadeh, *The Dark Sides of Convergence: A Pro-Civilian Critique of the Extraterritorial Application of Human Rights Law in Armed Conflict*, 86 U.S. NAVAL WAR C. INT'L L. STUD. (BLUE BOOK) SERIES 349 (2010). נראה שיהיה חוסר עקביות אם בית המשפט יאמץ את הגישה שהמשפט החוקתי המדינתי חל באופן אקסטריטוריאלי, אך בה בעת יקבל את עמדת המדינה על כך שדיני זכויות האדם הבין-לאומיים אינם חלים מחוץ לשטח המדינה בכלל או בשטח כבוש או בעת סכסוך מזוין בפרט. אם טיבם של דיני זכויות האדם אינו מצדיק את תחולתם בשטח כבוש או בסכסוך מזוין אף כשמדובר במשפט מנהגי, ודאי שאין הצדקה לתחולת דינים שמקורם במשפטה הפנימי של המדינה הכובשת.

37 ראו לדוגמה בג"ץ 51/279 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד 1 ו 945, 966 (1952); דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד סב(4) 329, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008).

38 בג"ץ עמד על כך בפרשת מועצת חוף עזה, לעיל ה"ש 18, בפס' 55 לדעת הרוב (בעניין חוקתיות החוק ליישום תוכנית ההתנתקות), באמרו: "אין די גם בכך שייקבע שהם נהנים מזכויות אדם המקובלות במשפט הבינלאומי הפומבי. עיגון כזה – שאיננו נוקטים בו כל עמדה – עם כל חשיבותו, אין בו כדי לעורר בישראל בעיה חוקתית. הטעם לכך הוא זה: כאשר הפגיעה בזכות שמקורה במשפט המקובל או במשפט הבינלאומי הפומבי מתנגשת עם הוראה מפורשת בחוק של הכנסת – יד חוק הכנסת על העליונה, ובעיה חוקתית אינה מתעוררת".

39 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 19, פסקאות 4, 6.

40 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 60 לפסק דינו של הנשיא לשעבר מ' שמגר (1995).

לשימוש בו יתרון גדול כשמדובר בפעולות בגדה המערבית, שכן המגבלות על זכויות בגדה המערבית (בין שמקור הזכויות הוא בדיני זכויות האדם או בדיני הכיבוש) הן על פי רוב לא בחקיקה ראשית.

יש לציין שגם כאשר אפשר להסתמך על המשפט הבין-לאומי במישרין בבית המשפט, למשל כאשר מדובר בנורמות שמעמדן המנהגי אינו מוטל בספק ואין חקיקה הסותרת אותן, לשימוש במשפט החוקתי עשוי להיות יתרון על פני השימוש במשפט בין-לאומי מטעמים הקשורים ביחסי הרשויות והמוסדות המדינתיים. המשפט הבין-לאומי, כשיטה, סובל לעתים מגירעון של לגיטימיות: הוא אינו משקף את רצון העם במישרין כמו חקיקה מדינתית, והוא נתפס לא פעם כמערכת נורמות זרה וכפויה. הבעיה עשויה להיות חמורה במיוחד כאשר מדובר באכיפת זכויות אדם, דהיינו כאשר בית משפט פוסק בעניין הנוגע לפעילות של הרשות המבצעת, וכוחם של מנגנוני האכיפה המדינתיים להבטיח ציות להחלטתו הוא חלש יחסית, כיוון שהרשות המפעילה אותן היא זו שהיה לה, ואולי עדיין יש לה, אינטרס שלא לציית להחלטה.⁴¹ בנסיבות אלו למשפט חוקתי מדינתי יש כוח מיוחד במתן לגיטימציה להחלטת בית המשפט.⁴² נוסף על כך, במקרים מעטים פרשנות חוק היסוד כבעל תחולה אקסטרטוריאלי יכולה לעגן את חובותיה של ישראל על פי המשפט הבין-לאומי גם באשר לשטח כבוש, ובכך לאפשר את מימושו. במקרים אלו פרשנותו של חוק היסוד היא אולי לא רק עניין של מדיניות אלא חובה משפטית הנובעת מחזקת ההתאמה הפרשנית.

אין ספק שפרשנות חוק היסוד כחל באופן אקסטרטוריאלי תשנה – ותעצים – את מעמדה של חזקת הפרשנות ביחס למעמדה כיום בשיטת המשפט הישראלית. ראשית, החזקה פותחה ככלי לפרשנות חקיקה רגילה, ואילו כאן מדובר בפרשנות של נורמות חוקתיות. שנית, החזקה שימשה, עד היום, לפרשנות הוראות מהותיות, ואילו כאן מדובר בשימוש בה באופן פעולת השיטה המשפטית ולא רק באשר לדין המהותי. הרחבות

41 לסקירה של תופעת אי-הציות לפסקי דין של בג"ץ ובתי משפט לעניינים מנהליים, ובמיוחד בנושאי זכויות אדם (אך ללא התייחסות ספציפית למקורות הנורמטיביים בבסיס פסקי דין אלו), ראו יהודית קרפ "אי ציות המדינה לפסקי דין של בתי המשפט: בג"ץ ובתי משפט לעניינים מנהליים" (2010) www.scribd.com/doc/30347217/Karp-memo

42 Eyal Benvenisti, *Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International's Resolution on 'The Activities of National Courts and the International Relations of their State'* 5 EUR. J. INT'L L. 423, 427 (1994); Shai Dothan, *Judicial Tactics in National Courts: A Case Study of the Israeli Supreme Court* (forthcoming) (עותק בידי המחברת).

אלו מעוררות קושי בבחינת עקרון הפרדת הרשויות.⁴³ חזקת הפרשנות עצמה מקנה לרשות המבצעת כוח רב להשפיע בעקיפין על תוכני החוק הישראלי, כיוון שעל פי השיטה הנוהגת בישראל הרשות המבצעת היא אשר יוצרת את ההתחייבויות הביין-לאומיות של ישראל. ההרחבה הנבחנת כאן מעצימה קושי זה כיוון שהיא מקנה לרשות המבצעת השפעה גם על המשפט החוקתי. יש לציין שדווקא בהקשר של אמנות זכויות האדם הקושי מצומצם יותר, שכן ככלל, אמנות אלו כוללות מגבלות על כוחה של הרשות המבצעת ואינן מעניקות לה כוחות. במקום שמגבלות אלו הן דווקניות יותר מהמגבלות הנובעות מחוק היסוד, המשמעות היא שרשות הפועלת לפי התחייבויותיה באמנות ממילא תעמוד בדרישות חוק היסוד. פרשנות חוק היסוד בראי דיני זכויות האדם הביין-לאומיות עשויה למנוע מהרשות המבצעת למצות את הסמכויות שהמשפט החוקתי מקנה לה, אך ריסון עצמי מצד הרשות המבצעת אינו מעורר קושי (אלא במקרה הבלתי סביר שבו המשפט החוקתי מחייב את הרשות לנקוט פעולה שהמשפט הביין-לאומי אוסר). עדיין יוותר קושי, למשל במקום שבו המשפט הביין-לאומי יוצר חובות עשה שאינן קיימות במשפט החוקתי המדינתי, כגון חובת חקיקה.⁴⁴

3. סיכום

מהאמור לעיל עולה שאף על פי שחוק היסוד והמשפט החוקתי בכללותו אינם זהים למשפט המנהלי ולדיני זכויות האדם הביין-לאומיים, יש להם מאפיינים משותפים, ולכן מערכות דינים אלו הן חלופיות במידה מסוימת. לעומת זאת חוק היסוד ודיני הכיבוש מבוססים על מסגרת נורמטיבית שונה, ואי אפשר להחליף את האחד באחר. לחוק היסוד יש יתרון כלשהו על פני הדינים האחרים בשל מעמדו הנורמטיבי, אך המשמעות המעשית של יתרון זה היא שולית בנסיבות המשפטיות הנוגעות לגדה המערבית. כדי ליישם את דיני זכויות האדם הביין-לאומיים ייתכן שדי בכך שחקיקה מדינתית או סמכויות הרשות המבצעת תתפרשנה על פי המחויבויות הביין-לאומיות של ישראל, כפי שחזקת ההתאמה הפרשנית דורשת.

43 Yuval Shany, *How Supreme is the Supreme Law of the Land? Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties Upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts*, 31 BROOK. J. INT'L L. 341, 381–384 (2006)

44 כדוגמת ס' 20 ל-ICCPR, לעיל ה"ש 31, הקובעת חובה לעגן בחקיקה את האיסור על הסתה לאפליה, או סעיפים 5(9) ו-14(6) לאותה אמנה; ס' 14 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) וס' 6 לאמנה הביין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1966), הקובעות חובה לעגן פיצויים במשפט הפנימי.

בשל ההסתייגויות מהתועלת שבהחלה אקסטרטוריאלי של חוק היסוד הפרק הבא בוחן אם החלה כזו עולה בקנה אחד עם המשפט הבין-לאומי בנוגע לתחולה אקסטרטוריאלי של משפט מדינתי. על רקע הניתוח הנורמטיבי אבחן כיצד חוק היסוד מיושם בפסיקה, הן מבחינת הבסיס המשפטי לתחולתו האקסטרטוריאלי והן מבחינת היחס שבין התחולה לבין מערכות הדינים הבין-לאומיים השונות.

ג. תחולה אקסטרטוריאלי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: המשפט המצוי

1. תחולה טריטוריאלי

החלתו של משפט המדינה מחוץ לשטחה הריבוני על בסיס טריטוריאלי פוגעת, ככלל, בריבונותה של מדינה אחרת שבשטחה מוחל משפט זה. כאשר מדובר בשטח כבוש, החלתו של המשפט המדינתי עשויה להיות ניסיון סיפוח חד-צדדי,⁴⁵ אשר המשפט הבין-לאומי אוסר.⁴⁶ איסורים אלו מוטלים על כל רשויות השלטון, לרבות הרשות השופטת.⁴⁷ אם יש צורך לשנות את הדין המקומי, לכאורה די בתחיקת הביטחון, ואין הצדקה להחלתה של שיטת המשפט של המדינה הכובשת או של נורמות ספציפיות מתוכה באופן טריטוריאלי.⁴⁸ לפיכך גם פסיקה של בתי המשפט של המדינה הכובשת שבעקבותיה נורמות של מדינה זו חלות בשטח הכבוש על בסיס טריטוריאלי, למשל על ידי פרשנות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כחל בגדה המערבית על בסיס זה, עשויה להוות הפרה של המשפט הבין-לאומי. המשפט הישראלי תואם בעניין זה את המשפט הבין-לאומי במידה רבה, שכן יש חזקה שלחיקקה יש תחולה טריטוריאלי בלבד, אלא אם מלשונה או מנושאה עולה כוונה אחרת של המחוקק.⁴⁹ חזקה זו שוללת את תחולת החוק הישראלי בשטח כבוש.⁵⁰ משום כך למשל

45 בנימין רובין "תחום תחולת המשפט, שטח המדינה ומה שביניהם" משפטים כה 215, 218 (1995).

46 Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625(XXV), U.N. Doc. A/RES/2625(XXV) (Oct. 24 1970).

47 איריס קנאור "ישראל והשטחים: על משפט בינלאומי פרטי, משפט בינלאומי פומבי ומה שביניהם" משפט וממשל ח 551, 581-582 (2005).

48 Marco Sassòli, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, 16 EUR. J. INT'L L. 661, 668 (2005).

49 פרשת אמסטרדם, לעיל ה"ש 37.

כאשר המדינה בחרה להחיל את המשפט הישראלי מחוץ לשטח שהיה עד אז בריבונותה, היא הכריזה על הרחבת ריבונותה (באזור ירושלים)⁵¹ או קבעה מפורשות את תחולת המשפט לשטח הרלוונטי (ברמת הגולן).⁵²

ישראל מעולם לא התיימרה להחיל את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית (או ברצועת עזה) על בסיס טריטוריאלי. כל השינויים במשפט המקומי, גם אלו אשר מעתיקים את תוכני המשפט הישראלי לגדה המערבית ככלל (כגון בתחום התחבורה) וליחסים בין ישראלים בהתנחלויות בפרט⁵³ נעשו באמצעות צווי המפקד הצבאי מתוקף סמכותו על פי דיני הכיבוש, ולא בחקיקה של הכנסת. האפשרות שלחוק היסוד יש תחולה טריטוריאליה בשטח כבוש הוזכרה בבג"ץ, אך מעולם לא נדונה לגופה.⁵⁴

עם זאת אפשר למצוא אמירות שמשמענות מהן תחולה של החוק בגדה המערבית על בסיס טריטוריאלי. למשל, בפרשת אלעמרין (1992), מהראשונות שבהן נזקק בג"ץ לחוק היסוד בהקשר של הגדה המערבית ורצועת עזה, נדונה סמכותו של המפקד הצבאי להורות על הריסת מבנה ברצועת עזה, בהסתמך על הדין המקומי – תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.⁵⁵ השופט חשין גרס, בדעת מיעוט, שיש לפרש את תקנה 119 ברוח חוק היסוד. הוא לא התעלם מהעובדה שמדובר בהחלת התקנה מחוץ לשטח ישראל, אך לדבריו, "ההבדל אינו רב אף אינו משמעותי. הקשר בין ישראל לבין חבל עזה – הוא הדין באזורי יהודה ושומרון – הוא כה הדוק בחיי היום יום עד שיהיה זה אך מלאכותי אם נדבר על הפעלת סמכויות בעזה כמו הייתה במקום שהוא מעבר לים".⁵⁶ אף שהשופט חשין היה במיעוט בנוגע לפרשנות תקנה 119, המחלוקת בינו לבין שופטי הרוב בפרשה זו ובאחרות⁵⁷ דווקא לא נסבה על השאלה אם חוק היסוד חולש על החלטות המפקד הצבאי להרוס בתים

50 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 578–580 (1993); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון פ"ד סב(1) 1, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק (2006): "חזקה היא כי דברי חקיקה ישראלים חלים בישראל ולא באזור, אלא אם נקבע בדבר חקיקה (במפורש או במשמע) שהוא חל באזור".

51 ס' 111 לחוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, התשכ"ז-1967.

52 ס' 1 לחוק רמת הגולן, התשמ"א-1981.

53 צו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה ושומרון) (מס' 892), התשל"ט-1981. לדין בחוקיות החלת המשפט הישראלי בין ישראלים בשטחי ההתנחלויות ראו EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 137 (2004).

54 פרשת מועצת חוף עזה, לעיל ה"ש 18, שם.

55 בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992).

56 שם, פס' 8 בדעת המיעוט של השופט חשין.

57 בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994).

בשטח כבוש.⁵⁸ השופט חשין אמנם לא התייחס מפורשות לאופן תחולת חוק היסוד, אך מהשימוש בחוק היסוד כביקורת על הפעלת סמכות המעוגנת בדין מקומי שתחולתו טריטוריאלית משתמע שגם לאמת המידה לביקורת יש תחולה טריטוריאלית. יתרה מזו, ההסתמכות על הקרבה הגאוגרפית מעידה על הנחת המוצא שהחלת החוק היא למעשה על בסיס טריטוריאלי.

לסיום, יש לציין שאמנם בג"ץ לא החיל את חוק היסוד בגדה על בסיס טריטוריאלי בלבד, לפחות לא במפורש, אך תחולה זו הייתה מרכיב בבסיס היחיד שבג"ץ הכיר בו מפורשות בבסיס לתחולת חוק היסוד בגדה המערבית, דהיינו תחולה פרסונלית. זו נדונה בפרק הבא.

2. תחולה פרסונלית – על נהנים מסוימים

בפרשת מועצת חוף עזה (2005) קבע בג"ץ ש"חוקי היסוד מעניקים זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה. היא פרי התפיסה כי על ישראלים המצויים מחוץ למדינה אך באיזור הנתון לשליטתה בדרך של תפיסה לוחמתית חלים חוקי היסוד של המדינה באשר לזכויות האדם".⁵⁹ בכך הכיר בג"ץ בתחולת חוק היסוד בגדה המערבית על ידי הגדרת קבוצה מסוימת של אנשים כנהנים מהזכויות המנויות בו. תחולה פרסונלית (בשילוב עם תחולה טריטוריאלית) היא הבסיס המפורש היחיד שעל פיו הוחל חוק היסוד מחוץ לשטח המדינה בפסיקה. בפרשה זו לא עמדה על הפרק זכותם של פלסטינים על פי חוק היסוד, ומשום כך לכאורה אי אפשר לראות בו אסמכתה לאי-תחולת החוק עליהם. עם זאת בפרשת מראעבה (2005) הוסיף בית המשפט נדבכים – ואולי הסבר – להחלת החוק על ישראלים. ראשית, בית המשפט ציין ש"הזכויות החוקתיות שחוקי היסוד שלנו והמשפט המקובל שלנו מעניקים לכל מי שמצוי בישראל מוענקים גם לישראלים המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית והמצויים בשליטה ישראלית... לישראלים המצויים באיזור הזכות לחיים, לכבוד, לקניין, לפרטיות ולשאר הזכויות מהם נהנה כל מי שמצוי בישראל".⁶⁰ כלומר, הבסיס להחלת

58 לטיעונים דומים בהקשר של סמכויות מעצר (פלילי ומנהלי) ראו בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 843, פס' 8–9, 10, 13, 14, 15 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון (1993); בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(3) 346, פס' 10 לפסק דינו של השופט זמיר (1998).

59 פרשת מועצת חוף עזה, לעיל ה"ש 18, פס' 80 לדעת הרוב.

60 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2006) פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק. מעניין שבקבעו את המתווה הנורמטיבי מנה בית המשפט את "המשפט

המשפט החוקתי אינו רק זהות הנהנים ומגוריהם בשטח שבו יש לישראל שליטה אפקטיבית אלא גם הצורך להחיל משטר משפטי אחיד על תושבי ההתנחלויות ועל תושבי ישראל. שנית, בית המשפט הסתמך על מחויבותה של המדינה לשלום אזרחיה, בוודאי "מקום שרבים מהישראלים מתגוררים באיזור בעידודה ובברכתה של ממשלת ישראל".⁶¹ שני רציונלים אלו שוללים את האפשרות שהפלסטינים יימנו עם הנהנים מהגנת חוק היסוד.

הגבלת התחולה של חוק היסוד באופן בלעדי על ישראלים לא רק שמשמעת מנימוקי בית המשפט אלא גם באה לידי ביטוי באמירותיו המפורשות על הדין החל על הפלסטינים. שלא כמו בפרשת מועצת חוף עזה, בפרשת מראעבה לא היה בית המשפט יכול שלא להגדיר את המקור המשפטי לזכויותיהם של תושבי הגדה המערבית הפלסטינים. לדבריו, "על הכל מקובל כי המשפט הבינלאומי ההומניטרי הוא מקור מרכזי לזכויות אלה",⁶² וייתכן שאף האמנות הבין-לאומיות בעניין זכויות האדם חלות באזור.⁶³ את המשפט החוקתי הישראלי לא הזכיר בית המשפט בהקשר זה. עמדה עקרונית שלפיה על תושבי הגדה המערבית הפלסטינים לא יחול חוק היסוד הביע בג"ץ באמרת אגב בפרשת עדאלה (חוק הנזיקים האזרחיים, 2006) בנושא אחריות המדינה למעשי נזיקין שבוצעו במהלך פעולות צה"ל בגדה המערבית, בצינו ש"ייתכן ש"לעניין 'תושבים מוגנים' מחליף המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם את המשפט הפנימי בישראל".⁶⁴ אמירה זו מצטרפת לכמה וכמה פסקי דין שבהם קבע בית המשפט ש"ניתן, לעיתים, להשלים את ההוראות ההומניטריות מתוך משפט זכויות האדם הבינלאומי".⁶⁵

הן הרחבת תחולתו של חוק היסוד באופן אקסטרטוריאלי והן הגבלת ההרחבה הזו לאזרחים ישראלים הן בבחינת חריגים במשפט הישראלי. אמנם יש דברי חקיקה החלים על ישראלים על בסיס פרסונלי גם כאשר הם מחוץ לשטח המדינה. למשל, על פי חוק העונשין אפשר להעמיד אזרחים ותושבים של ישראל לדין בגין ביצוע עברות מסוימות מחוץ לשטח המדינה.⁶⁶ אכיפת האיסורים תתבצע כמובן רק בישראל. נוסף על כך, תושבי ההתנחלויות שהם אזרחי ישראל (או שזכאים לעלות לישראל על פי חוק השבות) נחשבים תושבי ישראל

הבין-לאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית" ואת עקרונות היסוד של המשפט המנהלי הישראלי, שם, פס' 14. בית המשפט לא הזכיר את המשפט החוקתי הישראלי.

61 שם, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

62 שם, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק.

63 שם, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק.

64 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 50, שם.

65 פרשת דיר סאמט, לעיל ה"ש 35, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

66 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס' 15.

לצורך יישומם של כמה חוקים. חוק היסוד אינו נמנה עם חוקים אלו.⁶⁷ הוראות החוק המרחיבות את חזקת התושבות מקנות לאזרחים ישראלים זכויות וחובות בישראל, אך שלא כמו חוק היסוד (אם יתפרש כבעל תחולה אקסטריטוריאלי), חזקת התושבות אינה מביאה להחלת נורמות חדשות על פעולות הממשלה מחוץ לשטח המדינה.

מנגד, לא ברור מכוח מה מצא בית המשפט מקום לייחוד התחולה האקסטריטוריאלי על בסיס אזרחות (או תושבות). לשון חוק היסוד בוודאי אינה מצדיקה את הגבלתו. בחוק היסוד כולו הנהנה מהזכויות הוא "אדם", והזכויות המנויות בחוק מושתתות על "ההכרה בערך האדם" (ס' 1 לחוק היסוד). ס' 2 אף מוסיף שאין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם "באשר הוא אדם".⁶⁸ מינוח זה אינו משתמע לשתי פנים. במקום שבו ביקש המחוקק להקנות זכות לאזרחים בלבד, החוק קובע זאת במפורש, דהיינו בס' 6(ב), שעניינו זכות הכניסה לישראל. מכלל הן נלמד אפוא לאו. יתרה מזו, בפרשה אחרת שעניינה ההתנתקות מרצועת עזה קבע בג"ץ ש"אדם" על פי חוק היסוד כולל גם תאגידים (ישראלים).⁶⁹ החלת החוק על אישיות משפטית ערטילאית בהיותן "אדם" אך לא על כל בני אדם בשר ודם תהא תמוהה, בלשון המעטה.

אין להסיק מן האמור שלא תיתכן שום הבחנה במשפט החוקתי בין אזרחים לבין מי שאינם אזרחים. המשפט החוקתי הוא מסגרת לארגון חייה הפוליטיים של קבוצה חברתית. אזרחות היא הסממן המזהה את החברים בקבוצה, והיא יוצרת קשר הדוק יותר בין הפרט לבין המנגנונים הפוליטיים של הקבוצה (רשויות השלטון) מאשר הקשר של אזרח זר הבא במגע עם הקבוצה. אך הבחנה על בסיס אזרחות יכולה להיות מוגבלת לאותן זכויות שעניינן ההשתייכות לקבוצה – הכניסה אליה וכינון המוסדות החברתיים. ואכן, בהחלט מקובלת ההבחנה בין אזרחים לבין מי שאינם אזרחים בנוגע להגירה ולזכות לבחור ולהיבחר. למעט בס' 6, חוק היסוד אינו עוסק כלל באלו אלא דווקא באותן זכויות יסוד אשר נתפסות כאוניברסליות, דהיינו שהן תקפות לכל אדם ובכל מקום, אינהרנטיות לצלם האנוש, ולכן אינן מותנות בזהותו או במעמדו של הפרט.⁷⁰ ממילא ההצדקה להבחנה בין אזרחים לבין מי שאינם מתייחסת לזכויות ספציפיות ולא לעצם תחולת המשפט החוקתי. אמנם כדי שמשטר

67 ס' 6 לחוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשס"ז–2007 והתוספת לחוק.

68 השו"ב בעניין זה לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90, המגן על אזרחים ותושבים בלבד.

69 בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 20.9.2006). לביקורת על החלת החוק באשר לתאגידים ראו עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם – האם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידים?" קריית המשפט ח 107 (2009).

70 ההכרזה האוניברסלית, לעיל ה"ש 22, בפס' 2.

זכויות האדם יהיה אפקטיבי, יש לתחום את חובתן של מדינות באופן שיאפשר להן לעמוד בהתחייבויותיהן.⁷¹ לפיכך המשפט הבין-לאומי אכן אינו מטיל על מדינות אחריות כלפי כל אדם בכל מקום שבו הוא נמצא אלא רק כלפי מי שנמצא בשליטתן האפקטיבית, וריבונות היא סממן עיקרי לשליטה כזו. אך אין הצדקה שזהות הפרט תקבע את קיום החובה או את היקפה. למשל, יכולתה של מדינה לכבד את זכותו של אדם לחיים אינה תלויה בשאלה אם האדם הוא אזרח שלה או זר. משום כך אין הצדקה להגביל את הזכות לחיים לאזרחים בלבד (אם בתוך שטח המדינה ואם מחוץ לו). ואכן, דיני זכויות האדם הבין-לאומיים ככלל אינם מבחינים בין אזרחים לבין מי שאינם אזרחים מבחינת היקף הזכויות (אף כי הבחנה כזו מצויה במשפטן של מדינות מסוימות בהקשר של תחולה אקסטרטריטוריאלית של משטרן החוקת⁷²). בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים הבחנה על בסיס אזרחות יוצרת חזקה של אפליה אסורה,⁷³ הניתנת לסתירה בהקשרים מצומצמים בעיקר, כאמור לעיל, אלו של הזכויות לבחור ולהיבחר, ובענייני הגירה.⁷⁴ האמור בוודאי תקף בכל הנוגע לחירויות האזרחיות והפוליטיות, אשר באות לידי ביטוי בעיקר בחובת הימנעות ומשום כך אינן כרוכות ביסודן בהקצאת משאבים. אשר לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, אשר מחייבות קביעת סדרי עדיפויות תקציביים, ייתכן שיש מקום להבחין בהיקף הזכויות של פרטים על פי מידת השתייכותם או קרבתם לקהילה הפוליטית, כגון אזרחות ותושבות. עם

71 ראו בעניין זה דבריו של השופט בונלו בפרשת *Al-Skeini*, המזכיר את האג'נדה המוצהרת במבוא לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם וחירויות יסוד, דהיינו "ההכרה והכבוד האוניברסאליים והאפקטיביים של זכויות אדם בסיסיות". השופט בונלו מעיר: "Universal geography". פרשת *Al-Skeini*, לעיל ה"ש 3, פס' 9 בדעת היחיד של השופט בונלו. אך כאמור המבוא מתייחס גם ל"אפקטיביות" ההכרה והכבוד; MILANOVIC, לעיל ה"ש 8, בעמ' 56.

72 לסקירת משפט מדינתי בעניין זה ראו אורגד, לעיל ה"ש 18.

73 MILANOVIC, לעיל ה"ש 8, בעמ' 81, מצטט את המלצה כללית 30 ל-CERD – General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General recommendation XXX on discrimination against non-citizens (Jan. 10, 2004), in International Human Rights Instruments, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. II) at 301 (May 27, 2008); MANFRED NOWAK, UN COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, CCPR COMMENTARY 54–55, 618–623 (2nd rev. ed. 2005).

74 משום כך הגבלת זכות הכניסה לישראל לאזרחים בלבד בס' 6(ב) לחוק אינה סותרת את החובה במשפט הבין-לאומי.

זאת גם באשר לזכויות אלו קיים גרעין בסיסי של זכויות המוקנות לכל אדם, יהא מעמדו הפורמלי אשר יהא.⁷⁵

התניית התחולה של חוק היסוד בהיות השטח כבוש (ב"תפיסה לוחמתית") יוצרת נדבך בעייתי נוסף, שכן התוצאה היא שהזיקה שמכוחה חל החוק על הישראלים אינה פרסונלית בלבד אלא גם מעין-טריטוריאלית. החלת דין טריטוריאלי שונה על בסיס הבחנה לאומית היא חשודה, אם לא פסולה, על פי המשפט הבין-לאומי. היא אינה בת השוואה, כפי שנטען לעתים, לעקרונות ברירת הדין, שלפיו הדין החל במצבים שונים עשוי להשתנות לפי זהותם – לרבות אזרחותם – של הצדדים הנוגעים לעניין. ראשית, תופעת ברירת הדין משמעה איתור הדין טריטוריאלי כשלעצמו, אשר יחלוש על יישוב מחלוקת ספציפית. משמעה אינו קביעת תוכנו של דין טריטוריאלי באופן שונה בשביל אנשים שונים. שנית, במשפט הפרטי השימוש באזרחות כחוליית קישור בברירת דין אינו מפלה בין הצדדים (וממילא בפועל נזקקים לקריטריון זה לעתים רחוקות בלבד). החלת חוק היסוד רק על ישראלים מכוח אזרחותם משמעה שיש מי שמוגן על ידי החוק – ומי שאינו מוגן כלל. הבחנה זו בעייתית במיוחד נוכח העובדה שלמדינה – אחד הצדדים בסכסוך – יש כמובן שליטה באפשרות של הפרט להצטרף לקבוצת האנשים המוגנים על ידי חוק היסוד. משום כך, ביחסים בין המדינה לבין הפרט על פי המשפט הציבורי, הבחנה בין אזרחי המדינה לבין מי שאינם אזרחי היא הבחנה המכלילה קבוצה אחת ומוציאה אחרת. בכך היא מעוררת חשד של אפליה.

בפועל יש ללא ספק פער בין הרטוריקה של בג"ץ לבין הפרקטיקה שלו. דהיינו, אף שבית המשפט היה מוכן להניח את תחולתם של דינים שונים על ישראלים ופלסטינים, הוא נמנע מלעשות הבחנה חד-משמעית בעניין, וכך לא נדרש להתמודד במישור עם השלכותיו של שוני במשטרים החלים. בפרשת מראעבה למשל הסתמך בית המשפט על הזכויות החוקתיות של הישראלים (בלבד) רק לצורך קביעת סמכותו של המפקד הצבאי להקים את גדר ההפרדה.⁷⁶ בדונו באופן הפעלתה של סמכות זו לא נסמך בית המשפט על זכויות חוקתיות של מי מן הצדדים, אלא איזן בין ביטחון המדינה וזכויות הפלסטינים על פי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, בהחילו דין זה בנוגע לכלל המעורבים.

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, U.N. Doc. E/1991/23 (Dec. 14, 1990); International Commission of Jurists (ICJ), *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Jan. 26, 1997. *available at* www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5730.html (last visited Oct. 31, 2012)

76 כך גם בבג"ץ 2150/07 אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון, פס' 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.12.2009).

בפרשת אלראם (2006) נדון תוואי גדר ההפרדה באזור ירושלים. בעותרים היו אזרחי המדינה, תושבי קבע שאינם אזרחי המדינה ותושבי הגדה המערבית. בעתירה נדונו מקטעים של הגדר שחלקם עוברים בשטח ישראל וחלקם בשטח הגדה המערבית. לפיכך פסק הדין עסק בקבוצות אוכלוסייה שחלים עליהן משטרים נורמטיביים שונים.⁷⁷ בקבעו את המסגרת הנורמטיבית לבחינת תוואי הגדר בחלקה של השכונה המצויה בגדה המערבית ציין בג"ץ את מחויבותו של המפקד הצבאי כלפי התושבים המוגנים על פי "זכויות האדם המקובלות במשפט הבינלאומי", וכלפי ישראלים המתגוררים בגדה המערבית על פי המשפט הבין-לאומי וכללי המשפט הישראלי, "ובראשם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם".⁷⁸ בקבעו את המסגרת הנורמטיבית לבחינת תוואי הגדר בשטח ישראל ציין בג"ץ את הצורך להביא בחשבון את "זכויות האדם המעוגנות בדין הישראלי של הישראלים המתגוררים בישראל ובאזור המושפעים מן התוואי" וכן, כשיקול נפרד, את "טובתם של התושבים המוגנים המתגוררים באזור".⁷⁹ דהיינו, אשר לשני אזורי התוואי, בג"ץ הבחין מפורשות בין ישראלים, הנהנים מהגנת חוק היסוד – בין שהם תושבי ישראל ובין שהם תושבי התחלואות – לבין תושבי הגדה המערבית, אשר החוק אינו מקנה להם זכויות. בסופו של דבר קבע בג"ץ שאף שהמשטרים הנורמטיביים החלים על תושבי ישראל ועל תושבי הגדה המערבית הם שונים, הוא לא יבחין בין קבוצות האוכלוסייה, שכן עקרונות היסוד במשפט הבין-לאומי ובמשפט הישראלי דומים, ואופן האיזון בין השיקולים דומה, והצדדים בעצמם לא טענו להבחנות בין הדינים. לפיכך הוא בחן את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בקביעת תוואי הגדר "על פי אמות מידה מחמירות, דוגמת אלה הנוהגות על פי חוקי היסוד".⁸⁰

כמובן, לו ניסה בג"ץ להחיל משטרים נורמטיביים שונים על פי זהות העותרים, הוא היה נתקל בקושי מעשי, שכן תושבי ישראל (הנהנים מהגנת החוק) ותושבי הגדה המערבית המוגנים (אשר אינם נהנים ממנה) היו באותו צד של הגדר – ושל המחלוקת המשפטית. בג"ץ היה מוצא עצמו בוחן תוואי מסוים של הגדר על פי משפט ישראלי חוקתי באשר לעותרים מסוימים, ועל פי דיני כיבוש באשר לעותרים אחרים. אך לא הייתה יכולה להיות משמעות מעשית להחלת משטרים שונים על כל אחת מן הקבוצות, כיוון שבסופו של דבר בשטח היו נערכים הסדרים העומדים בדרישות המשטר המחמיר יותר, וממילא שתי הקבוצות היו נהנות ממנו.

יש לציין שכאשר מדובר בשטח ישראל, אין מחלוקת בדבר תחולתו של חוק היסוד, ללא קשר לזהות הנהנים או לתחולת דינים אחרים. בפרשת סלאמה (2006) למשל נדונה עתירה

77 פרשת אלראם, לעיל ה"ש 14.

78 שם, פס' 42 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

79 שם, פס' 45 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

80 שם, פס' 46 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

משותפת של פלסטינים תושבי קבע בישראל ושל פלסטינים תושבי הגדה המערבית, המתגוררים כולם בשטח ישראל. העתירה עסקה בתוואי הגדר בתוך השטח המוניציפלי של ירושלים. בג"ץ ציין ש"הפעלת סמכויות הפוגעות בזכויות יסוד חוקתיות תיעשה על פי אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד בעניין זכויות אדם... כאשר לתוואי הגדר יש נגיעה לתושבי האיזור, אפילו התוואי אינו מצוי בשטחי האיזור, על המשיבים להביא בחשבון גם את הצרכים והאינטרסים של האוכלוסייה באיזור, אם מכוח המשפט הבינלאומי בדבר זכויות אדם ואם מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל על תושבי האיזור הנתונים לתפיסה לוחמתית".⁸¹ כלומר, הן ישראלים והן פלסטינים מהגדה המערבית המתגוררים בשטח ישראל נהנים מהגנת חוק היסוד. נוסף על כך, הפלסטינים מהגדה המערבית נהנים מהגנות שבדיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי (ללא הסבר מדוע ישראלים אינם נהנים מהן) ומהגנות דיני הכיבוש (אשר אכן מוקנות רק להם ולא לאזרחי ישראל).

לסיכום, פסק הדין היחיד שדן במישרין באפשרות של תחולה אקסטרטוריאלי של חוק היסוד מסתמך על זהות הנהנים, על בסיס רציונל צר התקף באשר לאזרחים או תושבים ישראלים בלבד. הבחנה זו היא חשודה במשפט הבין-לאומי. אלא שהפרקטיקה של בית המשפט אינה תואמת את ההבחנה, וכאשר עתירה עוסקת באינטרסים של ישראלים, בית המשפט מחיל את חוק היסוד. אם מעורבים גם פלסטינים, בין שהם באותו צד של המתרס ובין שהם בצדדים מנוגדים, בית המשפט מחיל את חוק היסוד על שתי קבוצות האוכלוסייה.

3. תחולת חוק היסוד על המדינה כנושאת בחובה

בסיס שלישי להחלת חוק היסוד מחוץ לשטח המדינה הוא הטלת החובות שבחוק היסוד על רשויות המדינה בכל מקום שבו הן פועלות, יהיו הנהנים מהזכויות אשר יהיו. לכאורה ההבחנה בין זכותו של הפרט לבין חובת המדינה היא סמנטית, שהרי מול כל חובה יש זכות ולהפך. אך הגדרת המשטר המשפטי כתלוי-החייבת ולא כתלוי-הנהנים מבהירה שהאחריות של המדינה אינה תלויה בזהות הפרט.⁸²

פרשנות זו עולה בקנה אחד עם לשונו של חוק היסוד. על פי ס' 11, הקובע את תחולת חוק היסוד, "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". בכך

81 בג"ץ 1073/04 סלאמה נ' אלוף פיקוד מרכז, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 6.8.2006).

82 הילי מודריק-אבן חן "מחויבות בקו הגבול – על חובותיה של מדינה כובשת כלפי מדינה נכבשת" משפט וממשל ח 471 (2005).

החוק מגדיר את רשויות השלטון כנמענותיו וכבעלות החובה הישירות.⁸³ דהיינו, השאלה "האם לחוק היסוד יש תחולה מחוץ לשטח המדינה?" משמעה למעשה הוא "האם רשויות השלטון מחויבות לכבד את הזכויות שלפי החוק כאשר הן (הרשויות) פועלות מחוץ לשטח המדינה?". לפי גישה זו, החובה על פי החוק נובעת מהפעלת כוח וסמכות על ידי אורגנים של המדינה. עמדה זו עולה בקנה אחד גם עם הגישה השלטת במשפט הבין-לאומי שלפיה האחריות בידי זכויות האדם נלווית להפעלת הכוח והסמכות על ידי המדינה. תימוכין לתפיסה זו אפשר למצוא באנלוגיה מפרשנותו של הנשיא לשעבר ברק, בנתחו סוגיה סמוכה, והיא מי היא "רשות" לצורך ס' 11. לגישת ברק, "רשות מרשויות השלטון היא כל גוף או אדם אשר לו הסמכות (השלטונית) לשנות את מצבו המשפטי של אדם בלא הסכמתו".⁸⁴

לכאורה, פרשנות של תכליתו האובייקטיבית של ס' 11 מובילה למסקנה שהוא קובע תחולה אקסטרטוריאלית לחוק היסוד, שאם לא כן, הסעיף מיותר. הרי מובן שס' 11 אינו נחוץ כדי לאשר את תחולת חוק היסוד על המדינה, שהרי הרשות המבצעת והרשות השופטת ממילא כפופות למשפט המנהלי, ואילו כפיפות המחוקק לחוק היסוד נובעת מפסקת ההגבלה. ובכל זאת ייתכן שיש לס' 11 תכלית אובייקטיבית נוספת והיא הבהרה שהחוק חל על רשויות השלטון בלבד ולא על אנשים פרטיים. אם כך, תחולה אקסטרטוריאלית של חוק היסוד אינה מסקנה הכרחית.

התחולה האקסטרטוריאלית של חוק היסוד על בסיס החובה של המדינה הוצעה באמרת אגב בפרשת עדאלה. הנשיא ברק העלה את האפשרות שהחוק מלווה את רשויות השלטון ולא את הנהנים מהזכויות, ולפיכך "בכל אשר ינוע בעל הסמכות, ינוע עימו חוק היסוד".⁸⁵ יש לציין שלדברי ברק, "גישה זו מקבלת עוצמה מיוחדת אם פעולתו של בעל הסמכות הישראלית היא במקום הנתון לשליטה לוחמתית ישראלית",⁸⁶ דהיינו שוב נעשה קישור לשליטה טריטוריאלית. רמז לתחולת החוק על המדינה משתמע אולי כבר בפסיקה מוקדמת יותר. למשל, בפרשת מרעב ציין בג"ץ ש"אין לנו צורך, בגדרי העתירה שלפנינו, לפסוק עד כמה חלים עקרונות אלה של המשפט הישראלי (הפנימי) [דהיינו הזכות החוקתית לחירות]

83 דפנה ברק-ארוז וישראל גלעד "זכויות אדם בידי החוזים ובידי הנזיקין: המהפכה השקטה" קריית המשפט ח 11, 16 (2009). על פי פרשנות רחבה יותר של חוק היסוד, כזו של הנשיא בדימוס אהרן ברק (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 367, וכן שער שמני, פרק רביעי (1994)). שאלת התחולה של חוק היסוד מחוץ לשטח המדינה רחבה לכאורה עוד יותר, כיוון שיש לדון בחובותיהם של אנשים פרטיים, לכאורה לרבות תושבי השטח.

84 שם, בעמ' 449.

85 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 50, שם.

86 שם.

על מעצר הנערך באיזור".⁸⁷ נוסח זה קושר את תחולת החוק הפוטנציאלית לפעולת הרשות המבצעת ללא קשר למושאי הפעולה. בפסקי דין אחרים בולט המינוח של בית המשפט אשר התמקד בחובת הרשויות. קשירת התחולה למעשי הרשות משתמעת גם מההנחה שאפשר להחליף את תחולת החוק במשפט המנהלי החל על הרשויות. למשל, בפרשת המוקד להגנת הפרט (2002) נדונו תנאי מעצר במתקני מעצר בגדה המערבית. בג"ץ קבע כי "נוכל להשאיר פתוחה את השאלה אם על תנאי המעצר באזור חלות הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לענייננו די בכך כי חלים העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי, המלווים כל חייל ישראלי באזור... אנו עצמנו לא נהיה אנושיים אם לא נבטיח רמה אנושית לעצורים שבמשמורתנו. זו חובתו של מפקד האזור לפי הדין הבינלאומי, וזו חובתו לפי יסודות המשפט המינהלי שלנו. זו חובתו של ממשל ישראלי על פי מהותו האנושית-היהודית והדמוקרטית".⁸⁸ כיוון שהמשפט המנהלי הוא מסגרת לביקורת על פעולת הרשות (בכל מקום וביחס לכל אדם), "החלפת" המשפט החוקתי במשפט המנהלי, כמו גם ההתמקדות ב"חובתו של הממשל", עשויות להעיד שבית המשפט ראה את התחולה הפוטנציאלית של החוק כמשתרעת על הרשויות.

גם מפרשת הסיכול הממוקד משתמעת הכרה בתחולה אקסטרטוריאלית של חוק היסוד מכוח הטלת חובות על הרשות. הדבר בא לידי ביטוי במיוחד בדבריו של המשנה לנשיא ריבלין על שבסכסוך מזוין חלות שתי מערכות נורמטיביות המעמידות במרכזן את כבוד האדם – דיני הסכסוך המזוין והמשפט הציבורי הישראלי. לדברי המשנה לנשיא ריבלין, מערך כבוד האדם נובעות "חובות ספציפיות", ביטוי הרומז על תחולת חוק היסוד והזכויות המעוגנות בו במפורש, אשר הן ואחרות הן ביטוי לכבוד האדם. קיומו של סכסוך מזוין כבסיס להחלת המשפט הציבורי שוב משמעו קשירת תחולת המשפט לפעולת הרשות ללא קשר לשטח שבו חל החוק או לזהות הנהנים מהזכויות. אם היה ספק בתחולת החוק על כל הכפופים למרות הרשויות, המשנה לנשיא ריבלין מסירו בציינו שעיקרון רלוונטי לשמירה על כבוד האדם הוא האוניברסליות.⁸⁹ תפיסת חוק היסוד כבעל תחולה אקסטרטוריאלית מכוח תחולתו על הרשויות אף עולה בקנה אחד עם פרשנות חוקי יסוד אחרים המקנים סמכויות לרשויות לפעול מחוץ לשטח המדינה.⁹⁰

87 פרשת מרעב, לעיל ה"ש 11, בפס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשה שלי).
88 בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור הגדה המערבית פ"ד נז(1) 385, פס' 23–24 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003).
89 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד סב(1) 507, פס' 4 לדעת היחיד של השופט ריבלין (2006).
90 חוק יסוד: הממשלה, ס' 40(ב); פרשת הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל, לעיל ה"ש 89, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

לכאורה, החלת חקיקה ישראלית על פעולות המדינה בגדה המערבית אינה בבחינת חידוש, שהרי דיני הצבא והמשפט המנהלי למשל אף הם מסדירים פעולות אלו בגדה המערבית. אך לחוק היסוד משמעות שונה: בניגוד לחקיקה המסדירה את הנהלים הפנימיים של הרשויות, כגון דיני הצבא והמשפט המנהלי, חוק היסוד מסדיר את היחסים בין המדינה לבין הפרט. שלא כמו המשפט המנהלי, חוק היסוד אינו רק אוכף את המשפט הקיים אלא מקנה זכויות מהותיות לפרט או מטיל עליו הגבלות מהותיות.⁹¹ בפועל אפוא החלת חוק היסוד על פעולות המדינה מחוץ לשטחה משנה את הדין המהותי החל על הפרט הכפוף לשליטתה של המדינה. כל עוד שינוי זה חל כלפי כל האוכלוסייה, ופועלו בהכרח זמני, דהיינו רק כל עוד המדינה הכובשת מחזיקה בשטח, ייתכן שאין בו פסול כשלעצמו, שכן אין בו משום הרחבת תחולת החוק על בסיס טריטוריאלי. ההבדל בין תחולה מכוח חובת המדינה לפועל לבין תחולה טריטוריאלית בא לידי ביטוי בכמה דרכים: ראשית, חוק היסוד אינו הופך לחלק ממשפט השטח הכבוש. בתום הכיבוש לא תחולנה הוראות מעבר בנוגע לדין החל בשטח המתייחסות למשפט הארץ (למשל הוראה מקובלת של משטרים חדשים הקובעת שהמשפט שחל בשטח ערב חילופי השלטון ימשיך להיות בתוקף) על חוק היסוד; שנית, אם התחולה האקסטריטוריאלית היא רק של חובת הרשויות, הוראות חוק היסוד בעניינים אחרים לא תהיינה רלוונטיות, או תתפרשנה אחרת מאשר בשטח שבו החוק חל באופן טריטוריאל. למשל, גם אם נקבל את הפרשנות שהחוק מטיל חובות לא רק על הרשויות אלא גם על אנשים פרטיים, כגישת הנשיא בדימוס ברק,⁹² הרי שחובות אחרות אלו אינן משתרעות בהכרח מחוץ לשטח המדינה. עוד הוראות שפרשנותן משתנה בין תחולה טריטוריאלית לבין תחולה דרך חובת המדינה הן ס' 8 וס' 10. פסקת ההגבלה בסעיף 8 מתייחסת להגבלה ב"חוק" או על פיו, וסעיף 10 – בדבר שמירת הדינים – מתייחס ל"דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". אם לחוק היסוד תחולה בגדה המערבית מכוח תחולתו על המדינה כבעלת החובה, נראה שיש לפרש מונחים אלו כמתייחסים לחוק או לדין ישראליים בלבד. לעומת זאת אם לחוק יש תחולה טריטוריאלית, אפשר להסתמך לצורך סעיפים אלו על הוראות מהמשפט המקומי. מעניין שבית המשפט הישראלי כבר היה נכון לראות בדין ירדני – אשר היה לדין הישראלי בתוכנו אך לא במקורו הנורמטיבי – "דין" לצורך סעיף שמירת הדינים בחוק היסוד, מבלי שנקבע שלחוק היסוד יש תחולה על בסיס טריטוריאל: בפרשת נזאל (1994) נדונה סמכותו של המפקד הצבאי להרוס מבנה ברצועת עזה, בהסתמך על הדין המקומי – תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945. בעקבות פסיקתו בפרשת אלעמרין בחן בג"ץ את שיקול דעתו של המפקד בהסתמך על חוק היסוד.

91 דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי א 18 (2010).

92 ברק פרשנות במשפט כרך שלישי, לעיל ה"ש 83, בעמ' 367 וכן שער שמיני, פרק רביעי.

בתשובה לטענת העותרים על שהפעלת הסמכות על פי תקנה 119 מנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קבעה דעת הרוב ש"התקנות הן בגדר דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד, והוראת סעיף 10 לחוק היסוד, בדבר שמירת דינים, הותירה אותן על כנף".⁹³ הרעיון שזכות על פי חוק יסוד ישראלי תהיה מוגבלת על פי דין זר הוא תמוה. הרי אותו דין אינו נהנה מהלגיטימיות שיש לחקיקה של הכנסת, אשר הליכי אימוצה נועדו להבטיח שהיא מייצגת את התפיסה הקולקטיבית בדבר האיזון הראוי בין זכויות ואינטרסים שונים. אלא שקל מאוד שלא להבחין בהיותה של הגבלת הזכות בחוק היסוד מעוגנת בדין זר, שהרי כפי שציין השופט חשין בפסיקה מוקדמת יותר, הדין הזר לא רק זהה בתוכנו לדין הישראלי, ומקורו ההיסטורי – חקיקה מנדטורית – זהה, אלא הוא גם מיושם באותו הקשר ביטחוני, וההבחנה הגאוגרפית בין ישראל לבין הגדה המערבית היא משנית לעניין.⁹⁴ ההסתמכות על המשפט המקומי במסגרת ס' 10 לחוק היסוד מתיישבת עם הניתוח שלמעלה,⁹⁵ שלפיו בתחולת חוק היסוד בגדה המערבית כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסיקה בג"ץ קיים מרכיב של תחולה על בסיס טריטוריאלי, אם כי לא מפורש ועל בסיס שאינו ברור עד תומו. לסיכום, מבין דרכי התחולה של חוק היסוד באשר למתרחש בגדה המערבית, נראה שהחלתו על המדינה כנושאת בחובות היא האפשרות היחידה שעשויה לעלות בקנה אחד עם לשון החוק ועם המשפט הבין-לאומי. אפשרות זו אף קיבלה ביטוי בפסיקה, במפורש ובמשמע. עם זאת קרבתה של תחולה זו למשפט המנהלי כה גדולה עד שמתעורר ספק אם יש תועלת בהחלת חוק היסוד על בסיס אקסטרטוריאלי.

ד. תחולת חוק היסוד על פי פסיקה בג"ץ

הפרקטיקה של בית המשפט העליון בנוגע לבסיס הנורמטיבי לתחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והיחס שבינו לבין משטרים משפטיים אחרים רחוקה מלהיות בהירה. אבן דרך מרכזית בעניין זה היא פרשת הס (2004), שבה נדון היקף סמכותו של המפקד הצבאי לתפוס קרקע פרטית של פלסטינים כדי לאבטח ציר מתפללים יהודיים מקריית ארבע למערת המכפלה. לגישת בג"ץ, מדובר היה ביחס שביין זכות התנועה והפולחן של המתפללים לבין

93 פרשת נזאל, לעיל ה"ש 57, פס' 13 לפסק דינו של השופט מצא.

94 פרשת אלעמריין, לעיל ה"ש 55, פס' 8 בדעת המיעוט של השופט חשין. ה"דין" המתיר הגבלה על זכויות כולל משפט בין-לאומי מנהגי, לרבות דיני כיבוש. אך העובדה שדיני הכיבוש קובעים שהמשפט המקומי ימשיך לחול בשטח אינה הופכת את המשפט המקומי לחלק מדיני הכיבוש עצמם.

95 ראו הטקסט לעיל לה"ש 55–57, הטקסט לאחר ה"ש 75 והטקסט לה"ש 87.

זכות הקניין של בעלי המקרקעין המצויים בתחומי הצו.⁹⁶ בג"ץ ציין שהזכויות החוקתיות לחופש דת ופולחן ולתנועה נתונות הן לתושבים הפלסטיניים והן לתושבים הישראליים שבגדה המערבית.⁹⁷ אף שפסק הדין התייחס הן לחופש הפולחן והן לזכות הקניין כזכויות "חוקתיות", קשה לומר חד-משמעית שבג"ץ עיגן אותן דווקא בחוק היסוד או אפילו במשפט החוקתי הישראלי בכלל. כך, בתארו את המסגרת הנורמטיבית החולשת על סמכותו של מפקד האזור מנה בג"ץ, נוסף על דיני הכיבוש ועל המשפט המקומי, את המשפט הישראלי, ובמסגרתו "בין השאר, כללי המשפט הציבורי, ובתוכם כללי הצדק הטבעי והסבירות המינהלית"⁹⁸ – אך לא הדין החוקתי.⁹⁹ יש אינדיקציות נוספות לכך שבמונח "זכויות חוקתיות" מתייחס בית המשפט לתוכן המהותי של הזכויות ולא למקורן המשפטי. למשל, בג"ץ ציין ש"בצד כללי המשפט הבינלאומי, מחייבים כללי המשפט הישראלי הפנימי החלים על מפקד האיזור..."¹⁰⁰ מכך משתמע שהנאמר קודם לכן בדבר "חוקתיות" התייחס דווקא למשפט הבין-לאומי.¹⁰¹ עם זאת בניתוחו של בית המשפט את הזכויות הספציפיות יש שימוש במשפט חוקתי ישראלי. בנוגע לחופש הדת ציין בג"ץ מפורשות שמדובר בזכות יסוד חוקתית המוכרת בדבר המלך במועצתו, במגילת העצמאות ובפסיקה החוקתית הישראלית.¹⁰² במילים אחרות, נראה שהמשפט החוקתי הוא המקור הנורמטיבי לזכות. ההגנה על חופש הדת מכוח המשפט החוקתי התייחסה לזכויותיהם של ישראלים בלבד. בג"ץ התייחס למשפט החוקתי גם בעניין זכות הקניין של הפלסטינים וכן בעניין חופש התנועה, אם כי לא ברור מפסק הדין אם מדובר בחופש התנועה של ישראלים, של פלסטינים או של שתי הקבוצות גם יחד. בג"ץ ציין את זכות הקניין כזכות חוקתית מוגנת המוכרת בדיני הכיבוש, אך גם בעלת מעמד חוקתי בחוק היסוד.¹⁰³ לסיום, בבחנו אם רשאי המפקד הצבאי להגביל את זכות הקניין של הפלסטינים כדי להגן על חופש הפולחן, קבע בג"ץ שהשאלה היא "אם אמצעי הפגיעה בקניין הפרטי לצורך השגת התכלית האמורה

- 96 בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3) 443, פס' 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2004).
- 97 שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 98 שם, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 99 שם.
- 100 שם, פס' 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 101 תימוכין לקריאה זו של פסק הדין אפשר למצוא בקביעה בדבר היות המפקד הצבאי מופקד על הגנת זכויות אדם חוקתיות, פס' 9. כיוון שהמפקד אינו מופקד על המשפט החוקתי, הרי שהביטוי "חוקתי" כנראה מתייחס למהות ולא למעמד הנורמטיבי.
- 102 שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 103 שם, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

עומד במבחן החוקתי".¹⁰⁴ דהיינו, בג"ץ השתמש במבחן המידתיות החוקתי השונה מהמבחן שבדיני הכיבוש. עם זאת בג"ץ ציין שהוא מיישם את "רוח עקרונות פסקת ההגבלה" ולא את הפסקה עצמה. לא ברור אם פסקת ההגבלה לא חלה במישרין כיוון שאף שבג"ץ הסתמך על חוק היסוד, מדובר באיזון אופקי בין זכויות המנויות בחוק היסוד, או כיוון שמדובר בדיני הכיבוש, והשימוש בפסקת ההגבלה הוא באנלוגיה בלבד.¹⁰⁵ על אף אי-הבהירות בפסק דין הס באשר למקורות הנורמטיביים לזכויות המנויות, בפסיקה מאוחרת יותר התייחס בג"ץ לפס"ד זה כאל אסמכתה לתחולת חוק היסוד בגדה המערבית. בפרשת עיריית בית לחם (2004) שוב נדונה סמכות המפקד הצבאי לתפוס מקרקעין לשם אבטחת גישת מתפללים יהודיים למקום פולחן (קבר רחל). בג"ץ שוב חן את הסוגיה כשאלת האיזון בין חופש הפולחן לבין זכות הקניין והתנועה של בעלי המקרקעין.¹⁰⁶ את חופש הפולחן עיגן בג"ץ כפי שעשה זאת בפרשת הס, והוסיף עוד מקורות, ובהם חופש הפולחן כהיבט של כבוד האדם המוגן בחקיקה הישראלית.¹⁰⁷ גם באשר לחופש התנועה, והפעם ברור שמדובר בחופש התנועה של הפלסטינים, ציין בג"ץ ש"הוא מזכויות היסוד של האדם והוכר במשפטנו הן כזכות יסוד העומדת על רגליה היא... הן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות... כמו כן, יש הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד האדם".¹⁰⁸ גם האסמכתאות לעניין מעמדו של חופש התנועה הן כולן מפסיקה המתייחסת לחופש התנועה בתוך ישראל. את זכות הקניין של הפלסטינים עיגן בג"ץ בחוק היסוד וכן בדיני הכיבוש.¹⁰⁹ אי-הבהירות בדבר הזכויות המוגנות בפסק הדין ובדבר מקורן הנורמטיבי הועתקה גם בפסיקה מאוחרת.¹¹⁰

סוג אחר של שימוש במשפט החוקתי לעיגון זכויותיהם של הפלסטינים משתקף בפרשת אבו דאהר (2005), שבה נדונה סמכותו של המפקד הצבאי להורות על גיוס עצים בשטח פרטי בגדה המערבית כדי להגן על בית מגוריו של השר מופז (אשר היה מצוי בשטח מדינת ישראל).¹¹¹ בג"ץ ניתח את המצב במונחים של איזון בין זכותו החוקתית של השר להגנה על ביטחון החיים ושלמות הגוף (ועל כך הוסיף את זכותו לממש את זכות הקניין "בתנאים

- 104 שם, פס' 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
 105 לגישת ברק, רוח פסקת ההגבלה, דהיינו מבחן המידתיות, ממילא חלה במסגרת דיני הכיבוש, כאמור לעיל.
 106 פרשת עיריית בית לחם, לעיל ה"ש 10, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ביניש.
 107 שם, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ביניש.
 108 שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ביניש. כבוד האדם נזכר גם בס' 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 30, ולכן אוכרו יכול להוות הפניה גם לדיני הכיבוש.
 109 פרשת עיריית בית לחם, לעיל ה"ש 10, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ביניש.
 110 למשל בג"ץ 4331/10 עיריית חברון נ' מדינת ישראל (פורסם מנבו, 1.2.2012).
 111 בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368 (2005).

של הגנה על החיים ושלמות הגוף"¹¹²), שהיא "זכות חוקתית על פי המשפט הציבורי בישראל, וזאת מכח סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", לבין "זכות הקניין של תושבי האיזור, המוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכח המשפט החוקתי בישראל על פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"¹¹³. אין ספק שחוק היסוד מחייב את המדינה לפעול להגנת זכויותיו של השר מופז, אשר מתגורר בשטח ישראל. מה שברור מאליו הוא השימוש של בית המשפט בחוק היסוד כאמת מידה לבחינת מעשי המפקד הצבאי באשר לפלסטיני תושב הגדה המערבית. זו גישה חדשה, בהתחשב בכך שבמשך יובל שנים נעשתה הביקורת השיפוטית על פגיעה בקניין של פלסטינים כדי להגן על אינטרס ביטחוני על פי תקנה 43 לתקנות האג. בפרשת אבו דאהר נוסף השימוש בשיח זכויות כדי לבסס את האינטרס הביטחוני. ייתכן שהדבר קשור בכך שהיה מדובר באדם ספציפי ומוכר, ולכן היה נוח לנסח את הדברים כעניין של זכות הפרט, להבדיל מאינטרס ביטחוני ציבורי. כך או כך, לענייננו חשוב שגם זכותו של הפלסטיני, תושב הגדה המערבית שעציו נגזמו, נוסחה במונחי חוק היסוד.

בפרשת מוראר (2006) נדונה סמכותו של המפקד הצבאי לסגור שטח כאמצעי להבטיח הן את ביטחון הישראלים באזור (מפני טרור) והן את ביטחון התושבים הפלסטינים (מפני אלימות של מתנחלים).¹¹⁴ במסגרת שיקוליו של המפקד איתר בג"ץ את זכויותיהן של שתי קבוצות האוכלוסייה. את הזכות לביטחון ולהגנה על שלמות הגוף – של ישראלים ופלסטינים כאחד – הוא מצא במשפט ההומניטרי ובחוק היסוד. גם את זכות הקניין ואת חופש התנועה – של הפלסטינים בלבד – הוא עיגן בחוק היסוד.¹¹⁵

במחלוקות שבפני בג"ץ שבהן ישראלים אינם מעורבים בית המשפט מסתמך על המשפט החוקתי רק במקרים מיוחדים. למשל, בפרשת ברגותי (2006) נדונה הזכות להיכנס לישראל של בני משפחה של אסיר פלסטיני היושב בכלא בישראל כדי לבקרו. בג"ץ ציין שעל המפקד הצבאי לדאוג בין היתר לתת "הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות, במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקימות", בנתנו כאסמכתה את פס"ד הס.¹¹⁶ ייתכן שהחלת המשפט החוקתי על עניינם של בני המשפחה קשורה בהתייחסותו של בית המשפט

112 שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

113 שם, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

114 בג"ץ 9593/04 מוראר, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 19.1.2006).

115 שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ביניש.

116 בג"ץ 7615/07 ברגותי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 25.5.2009).

גם לזכותו של האסיר לחירות אישית, אשר בוודאי מעוגנת בחוק היסוד, בהיות האסיר כלוא בישראל.¹¹⁷

הירתעותו של בג"ץ מלהחיל את חוק היסוד במישרין על הפלסטינים ניכרת בבירור בפרשת עדאלה.¹¹⁸ בפרשה זו נדונה חוקתיותו של תיקון לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952,¹¹⁹ אשר מנע באופן גורף מפלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה להגיש תביעות בבתי משפט ישראליים בגין נזקים שנגרמו להם בעקבות פעולות של כוחות הביטחון בשטחים אלו. בניגוד לפרשת ברגותי למשל, אשר בה היה מדובר בזכויותיהם של עותרים בודדים ומזוהים (בני משפחה של אסיר בישראל), בפרשת עדאלה היה מדובר במספר עצום של פלסטינים אשר זיקתם לישראל נבעה מעצם היותם תושבי שטח שבשליטתה וכפופים לתוצאות פעולותיה. קביעה שחוק היסוד חל עליהם בסוגיה שבפני בית המשפט, אף אם על בסיס פרסונלי ולא טריטוריאלי, הייתה יכולה להתפרש בקלות כקביעה עקרונית בדבר תחולת חוק היסוד על פלסטינים תושבי הגדה המערבית גם בכל הקשר אחר.

בית המשפט בראשות הנשיא (בדימ') ברק נמנע מלהכריע בשאלת התחולה של חוק היסוד על פלסטינים בגדה המערבית בהגדירו את השאלה שבפניו כמתייחסת לתחולת החוק בישראל. בית המשפט קבע שהתיקון לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) גורם להגבלת זכויות בישראל ולא בגדה המערבית, כיוון שהוא פוגע בזכות להגיש תביעות, בהתאם לכללי המשפט הביין-לאומי הפרטי, בבתי משפט בישראל ועל פי דיני הנזיקין הישראליים.¹²⁰ את שלילת האחריות של המדינה בנזיקין אפיין הנשיא ברק כפגיעה בזכות הקניין, בהיות פיצויים חלק מהקניין,¹²¹ וכן כפגיעה בזכויות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות, שהאחריות בנזיקין מגנה עליהן.¹²² אך הסברו זה של הנשיא (בדימ') ברק בעייתי. כפי שציין השופט גרוניס בחלקו על עמדת הנשיא (בדימ') ברק, היות ישראל הפורום הנאות לתביעות הפוטנציאליות אינו מובן מאליו, ומשום כך לא מובן מאליו שהיעדר אפשרות לתבוע בישראל הוא פגיעה בזכות בישראל. נוסף על כך, בשל כללי ברירת

117 האסמכתה לזכות זו היא בג"ץ 2245/06 ח"כ דוברין נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006), אשר דן בזכות לחירות אישית על פי חוק היסוד.

118 לעיל ה"ש 50.

119 ס"ח 109.

120 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 50, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

121 שם, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

122 שם, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

דין יש לפחות ספק בכך שיש זכות לתחולת הדין הישראלי, ולכן גם אי-תחולת הדין הישראלי אינה בהכרח פגיעה בזכות בישראל.¹²³ יתרה מזו, עצם העובדה שהעניין נדון בפני בית משפט ישראלי, על פי הדין הישראלי, אינה יכולה להוביל למסקנה שהזכויות נתונות לנפגעים בישראל.¹²⁴ לו נטען שנפגעה זכות הגישה לערכאות בבתי המשפט בישראל, היה מקום לדון בשאלת ההשלכות של חוק היסוד על זכות זו. אך נראה שהנשיא ברק כיוון לא לזכות הגישה לערכאות כזכות מסדר ראשון אלא לזכות לסעד משפטי כאמצעי למימוש הזכויות הספציפיות אשר הוא מנה. הזכות לסעד משפטי, בניגוד לזכות הגישה לערכאות, אינה בהכרח זכות עצמאית. במשפט הביין-לאומי, הן האוניברסלי והן האירופי, הזכות לסעד משפטי בגין הפרת זכות מותנית בקיומה של עילת תביעה בגין הפרת הזכות המהותית. בלא הפרה של זו האחרונה, אין הפרה של הזכות לסעד.¹²⁵ משום כך יהא הדין הנזיקי החל על התביעה הנשללת בחוק אשר יהא, כדי לקבוע ששלילת האחריות הנזיקית היא פגיעה בזכות יסוד על פי החוק, אין מנוס מלברר אם החיים, החירות, הכבוד והפרטיות של פלסטינים שניזוקו מפעולות צה"ל בשטח הגדה המערבית, הן זכויות אשר מוגנות על פי חוק היסוד. משום כך ההימנעות מדיון ישיר בתחולת חוק היסוד על פלסטינים אינה משכנעת לחלוטין.

העולה מפסקי דין אלו ואחרים¹²⁶ הוא שכאשר מדובר בעתירה שמעורבים בה במישרין ישראלים, בג"ץ מחיל את חוק היסוד, הן על ישראלים והן על פלסטינים. כאשר העתירה נוגעת לפלסטינים בגדה המערבית בלבד, בית המשפט נסמך על מערכות דינים אחרות, בעיקר דיני הכיבוש. פרקטיקה זו אינה מעוררת בעיה של חוסר שוויון בפני החוק, אך היא מביאה לכך שהבסיס הנורמטיבי לתחולת חוק היסוד נעשה מעורפל עוד יותר. אשר לקביעת המשטר המשפטי החולש כאשר חוק היסוד חל נוסף על המשפט הביין-לאומי, ברוב המקרים בית המשפט מדגיש שהזכויות שבדיון מעוגנות הן במשפט החוקתי הישראלי והן בדיני זכויות האדם הביין-לאומיים או בדיני הכיבוש (או בשניהם), ובכך נמנע מלהכריע בסוגיה במישרין. יתרה מזו, בשל שימושו של בית המשפט במבחן החוקתי לאיזון זכויות ואינטרסים גם במסגרת דיני הכיבוש, קשה לעתים לזהות במדויק את המסגרת הנורמטיבית שהוא מיישם, ולא תמיד ברור אם החלטותיו מעוגנות במשפט החוקתי או בדיני הכיבוש.

123 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס

124 שם, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט גרוניס.

125 ס' 2(3) ל-ICCPR, לעיל ה"ש 31; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 13, Apr. 11, 1950, 213 U.N.T.S. 222, NOWAK, לעיל ה"ש

73, עמ' 62, פס' 62.

126 פרשת דיר סאמט, לעיל ה"ש 35, פסקה 17.

ה. תחולה אקסטרטוריאלית של חוק היסוד מול דיני הכיבוש

המדד הרלוונטי לקיומו של צורך בשינוי המשפט המקומי כאמור בתקנה 43 לתקנות האג ובס' 64 לאמנת ג'נבה הרביעית הוא, מלבד תקנות האג ואמנת ג'נבה עצמן, דיני הכיבוש ודיני זכויות האדם המנהגיים. אם הדין המקומי גורע מהסטנדרט שבמשפט המנהגי, המפקד הצבאי רשאי – ואף צריך¹²⁷ – לשנות את הדין המקומי כדי שיעלה בקנה אחד עם הסטנדרט הבין-לאומי.¹²⁸ המשפט המדינתי של הכובש אינו, כשלעצמו, רלוונטי בהקשר זה.¹²⁹ השאלה היא אם יש מניעה שהכובש יחיל את משפטו החוקתי נוסף על המשפט הבין-לאומי, ובלבד שהוא עושה זאת באמצעות החלת חובות על הרשות. לכאורה, לא סביר לפרש את האיסור על שינוי המשפט המקומי כשולל מהמדינה הכובשת את האפשרות לאפשר לתושבי השטח ליהנות מסטנדרט גבוה מזה שבדין המקומי ולאכוף אותו בעניינה. למרות זאת החלת סטנדרט שונה מהמשפט המנהגי על אוכלוסייה שלא בחרה בסטנדרט זה עלולה להיות "אימפריאליזם משפטי".¹³⁰ קושי ניכר מזה הוא שהחלת משטר משפטי חדש (משפט חוקתי) יוצרת סטנדרט חדש, שבהכרח משפיע על זכויות וחובות במשטרים קיימים. משום כך ההגנה הנוספת לכאורה לאנשים מסוימים על ידי החלת חוק היסוד עשויה לעמוד בניגוד לזכויות ולאינטרסים של אנשים המוגנים על ידי משטרים אחרים, כגון דיני הכיבוש. בפרשת מועצת חוף עזה לא נדרש בית המשפט לעניין זה, כיוון שהעתירה עסקה ביחסים שבין תושבי ההתנחלויות לבין המדינה, והחלת חוק היסוד עליהם לא השפיעה במישורין על אנשים אחרים. לעומת זאת החלת חוק היסוד בפסקי

127 DINSTEN, לעיל ה"ש 6, בעמ' 113, פס' 263.

128 ראו למשל את המבוא לצו קואליציית הממשל הזמני בעירק מס' 7 (קוד פלילי) ותזכיר קואליציית הממשל הזמני בעירק בנושא הליכים פליליים, הקובעים את הצורך לשנות היבטים במשפט העירקי המפרים סטנדרטים בסיסיים של זכויות אדם. שניהם צווי המפקד הצבאי של כוחות הכיבוש בעירק. Penal Code of 2003 (Iraq), available at www.unhcr.org/refworld/docid/452524304.htm; Criminal Procedures of 2004 (Iraq), § 1(1)(c) available at www.unhcr.org/refworld/docid/469cd1b32.html.

129 יש הסבורים ששימוש בסטנדרט המדינתי של הכובש הוא ראייה לכנות מניעיו של הכובש בשנותו את הדין המקומי, DINSTEN, לעיל ה"ש 6, בעמ' 121–122, פס' 282–283. הדברים נאמרו בעניין אימוץ הסטנדרט המהותי שמשפט המדינתי בתחיקת הביטחון ולא בהחלת המשפט המדינתי כמקור נורמטיבי ישיר.

130 לביקורת על טענת האימפריאליזם של זכויות אדם בהקשר של האמנה האירופית לזכויות אדם בשטח כבוש מחוץ לאירופה ראו Ralph Wilde, *Complementing Occupation Law? Selective Judicial Treatment of the Suitability of Human Rights Norms*, 42 ISR. L. REV. 80 (2009).

דין כגון הס ועיריית בית לחם מעוררת את שאלת היחס שבין חוק היסוד (ומשפט חוקתי ודיני זכויות אדם באופן כללי יותר) לבין דיני הכיבוש.

היבט אחד של יחס זה בא לידי ביטוי בפרשת הס, דהיינו הענקת זכויות לישראלים שהם אינם זכאים להן על פי דיני הכיבוש. השימוש במודל זכויות האדם ובאופן ספציפי בחוק היסוד לישראלים (בין שחוק היסוד יושם גם באשר לפלסטינים ובין שלא) מדללת את ההגנה על פי דיני הכיבוש. אזרחים ישראליים אינם "אנשים מוגנים" כהגדרתם בדיני הכיבוש, והם אינם זכאים להגנות המוקנות לאנשים אלו. השימוש בחוק היסוד מסווה הבדל זה בין שתי קבוצות האוכלוסייה. יתרה מזו, שיח זכויות האדם המעוגן בחוק היסוד (ובעניין זה אין הבדל רב בין שיח המעוגן בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים לבין שיח המעוגן במשפט החוקתי המדינתי) מבוסס על שוויון בין קבוצות האוכלוסייה שיש לאזן בין האינטרסים שלהן, בניגוד לדיני הכיבוש, המכוונים להעניק הגנה מיוחדת לאנשים מוגנים.¹³¹

כדי להבין את משמעות החלת חוק היסוד בנסיבות אלו מעניין לבחון את המבנה הריג של הניתוח הנורמטיבי הרגיל בפסקי הדין: בעתירה רגילה בית המשפט בודק אם אכן נפגעה זכות, אם זו זכות חוקתית, ואם הפגיעה בה נעשתה לפי מגבלות פסקת ההגבלה. לעומת זאת בפרשות הס, עיריית בית לחם ומוראר, כמו גם בפרשות אחרות,¹³² בג"ץ מנתח את הסוגיה בכיוון ההפוך: הוא פותח בתארו את התכלית שלשמה הוגבלה הזכות של הפלסטינים, דהיינו הגנת זכות חוקתית (חופש הפולחן בפרשות הס ועיריית בית לחם, שלמות הגוף והחיים בפרשות מוראר ואבו דאהר). רק אז פונה בית המשפט לבחון את האיוון בין הזכויות המתחרות (זו של העותרים וזו של הישראלים שמוגנים). כיוון שנקודת המוצא של בית המשפט היא הגנה על אינטרסים שדיני הכיבוש אינם מגנים עליהם, דהיינו חופש הפולחן והתנועה של מי שאינם אנשים מוגנים, הוא נזקק למשפט החוקתי הישראלי, שבו יש הגנה משפטית לאינטרסים הללו. למעשה הוא משתמש במשפט החוקתי כדי להגביל זכויות (המוגנות בדיני הכיבוש) במקום לחזקן. דילול זה הוא תוצאה של מתן עדיפות למשפט החוקתי על פני דיני כיבוש במקום שבו דיני הכיבוש מגנים יותר על אוכלוסיית האנשים המוגנים.

הדילול של ההגנה על פי דיני הכיבוש עלול להיות חמור עוד יותר אם חוק היסוד ייושם בעניינם של ישראלים אך לא של פלסטינים (תרחיש המשתמע מהרציונל להחלה אקסטרטוריאלי של החוק, אך טרם התממש בפועל). בהתחשב בעדיפות הנורמטיבית של

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)

132 פרשת אבו דאהר, לעיל ה"ש 111, באופן חלקי.

משפט ישראלי על פני משפט בין-לאומי, האינטרסים של הצד הישראלי – המעוגנים במשפט ישראלי – יקבלו, לפחות לכאורה, עדיפות נורמטיבית על פני אלו של הפלסטינים – המעוגנים במשפט הבין-לאומי. בכך יהיה ניגוד ישיר לעיקרון שבסיס דיני הכיבוש, דהיינו הצורך להגן במיוחד על האוכלוסייה המקומית מפני פעולות הכובש לקידום אינטרסים שלו. מרגע שנעשה שימוש במודל זכויות האדם, דיני הכיבוש עלולים להידלל גם כאשר על הפרק עומדים זכויות ואינטרסים של אנשים מוגנים בלבד. עניין זה בא לידי ביטוי בפרשת יש דין (2010). באותו עניין נדונה השאלה אם ישראל רשאית להחזיק עצירים מנהליים, עצורים ואסירים שהם תושבי הגדה המערבית במתקני כליאה ומעצר בשטחה של ישראל. בית המשפט קבע שהחזקה זו מעוגנת בסעיף 1 לחוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשס"ז–2007, אשר בהיותו חקיקה ישראלית ראשית גובר על הוראות המשפט הבין-לאומי. לכן בית המשפט לא נדרש להכריע בשאלת החוקיות על פי אמנת ג'נבה הרביעית של החזקה במעצר בישראל.¹³³ עם זאת באמרת אגב קבע בית המשפט שפרשנותה של אמנת ג'נבה "צריכה להיעשות בהתאמה לנסיבות ולמאפיינים המיוחדים המתחייבים מהצורך להחיל את דיני הכיבוש בתנאים המותאמים לאופי החזקת האיזור... בראש ובראשונה מתן משקל רב לזכויותיה של האוכלוסייה המוגנת, ובתוך כך גם לזכויות העצורים", בין היתר על פי האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966 ועקרונות האו"ם בדבר הגנה על אנשים בכל צורות המעצר או המאסר מ-1988.¹³⁴ בית המשפט יישם מבחן איוון אינטרסים ומצא שהחזקת העצורים בישראל מבטיחה "תנאי מעצר ההולמים את כבוד האדם",¹³⁵ ומשום כך איננה מפרה את ההוראות המהותיות של המשפט הבין-לאומי, דהיינו ס' 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, אלא דווקא נחוצה כדי למלא אחריה.¹³⁶ בית המשפט סיכם את הדיון בכך שיש "להפריד בין החובה לקיים את ההוראות ההומניטריות של האמנה לקיום תנאי המעצר של העצורים לבין הטענה בדבר מיקום המעצר"¹³⁷ (תוך התעלמות מהיות ההוראות בדבר מיקום המעצר עצמן הומניטריות). בכך הוא הפך את האיסור הספציפי והמוחלט על העברת עצורים משטח כבוש לעניין טכני ושולי אשר אפשר לבטלו באמצעות

- 133 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 19, פס' 4, 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
 134 שם, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ICCPR, לעיל ה"ש 31; Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, G.A. Res. 43/173, U. N. Doc. A/RES/43/173 (Dec. 9, 1988). על מעמדם של ס' 10(1) ל-ICCPR ושל עקרונות האו"ם עמד בית המשפט בבג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385, פס' 24 (2002).
 135 פרשת יש דין, לעיל ה"ש 19, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
 136 שם, שם.
 137 שם, פס' 14.

איזון זכויות על פי ס' 27, אשר קובע רק חובה כללית (ולא מוחלטת) להתייחס לאנשים מוגנים בכבוד.¹³⁸

מתן העדיפות לזכויות על פי חוק היסוד על פני מגבלות בדיני הכיבוש הוא הפרה של המשפט הבין-לאומי. אך זו אינה תוצאה בלתי נמנעת. גם על פי שיטת המשפט הישראלית, למשפט המדינתי, לרבות לחוק היסוד, יש עדיפות על פני המשפט הבין-לאומי רק במקום שהשניים אינם ניתנים ליישוב זה עם זה. אפשר לפרש את חוק היסוד באופן שיתיישב עם דיני הכיבוש. לשם כך יש לראות בדיני הכיבוש הגבלה על פי דין, לתכלית ראויה, המצדיקה גריעה מזכויות המעוגנות בחוק היסוד. כאמור, הפרקטיקה של בית המשפט העליון הפוכה: במקום להשתמש בדיני הכיבוש כמגבלה על חוק היסוד, בית המשפט מציב מגבלות על זכויות המוגנות על ידי דיני הכיבוש, בהסתמך על חוק היסוד או על המשפט החוקתי בכללותו.

היבט אחר של החלת חוק היסוד הוא היותה נדבך בהאחדת המשפט הציבורי בגדה המערבית עם המשפט הציבורי שבישראל. אם יישום חוק היסוד אינו מוגבל על ידי דיני הכיבוש, יישומו בגדה המערבית נהיה זהה ליישומו בישראל.¹³⁹ מכך נוצרת מראית עין של אחדות במשפט החל בין ישראל לבין הגדה המערבית, לפחות בכל הנוגע לישראלים. להאחדה זו השלכות מרחיקות לכת על מילויה של ישראל את חובותיה על פי דיני הכיבוש. ראשית, בהתחשב בבסיס המעורפל לתחולת חוקי היסוד ובמרכיב הטריטוריאלי שככל הנראה יש בו, האחדה זו עשויה לשקף ניסיון לסיפוח השטח דה יורה, בניגוד למשפט הבין-לאומי. שנית, ההאחדה מעורדת התנחלות ישראלית בגדה המערבית, שהיא לא רק אסורה על פי דיני הכיבוש אלא אף מקלה את סיפוח השטח דה פקטו.¹⁴⁰ האחדה זו אינה תופעה מבודדת. יש לראותה על רקע צעדים אחרים במשפט הישראלי, שיחדיו מביאים לכך שהמשטר המשפטי בגדה המערבית דומה יותר ויותר לזה שבישראל, למרות היעדר תחולתה טריטוריאלי של המשפט הישראלי. עם צעדים אלו אפשר למנות את העתקת המשפט הישראלי לתוך צווי המפקד הצבאי באופן כללי ובמיוחד ביחסים שבין מתנחלים

138 שם, פס' 13.

139 בית המשפט ציין ש"היקפה של זכות האדם של הישראלי המתגורר באזור ומידת ההגנה עליה שונה היא מזכות האדם של הישראלי המתגורר בישראל. ביסוד הבחנה זו עומדת העובדה כי האזור אינו חלק ממדינת ישראל. המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל אינם חלים באזור", פרשת מראעבה, לעיל ה"ש 60, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק. בית המשפט התייחס לכך שישראלים מלכתחילה אינם בעלי הקניין אלא חוכרים בלבד. יש לציין שהגבלה זו של הזכויות באה לידי ביטוי ביחסים שבין הממשלה לבין הפרט. לא דובר בהצבת מגבלות על זכויות הישראלים כדי לממש זכויות של פלסטינים לפי דיני כיבוש.

140 על הסתירות הפנימיות וערפול הסטטוס של הגדה המערבית במדיניות הישראלית ראו NEVE .GORDON, ISRAEL'S OCCUPATION, Preface (2008).

בשטחי ההתנחלויות, ואת השימוש בכללי ברירת דין המרחיבים את תחולת המשפט הישראלי ככל שנוגע לחיים בהתנחלויות.¹⁴¹

הרציונל של בית המשפט להחלת המשפט על ישראלים המצויים בשטח מעידה שההאחדה המשפטית אינה תוצאת לוואי אלא כוונת מכוון. אפשר לטעון שהיישום האחד מבטא תפיסה של בג"ץ בדבר האוניברסליות של זכויות האדם. אך ההתייחסות לכך ש"לישראלים המצויים באיזור" מוקנות הזכויות שמהן נהנה "כל מי שמצוי בישראל",¹⁴² ולא "כל מי שנמצא בשטח" או "כל אדם" רומזת שלא אוניברסליות זכויות האדם היא שעמדה לנגד עיני בית המשפט בהרחבת תחולתו של חוק היסוד.

היחס בין המשטרים המשפטיים בישראל ובגדה המערבית נדון בפסיקה הישראלית אך בהקשרים שונים מזה שנדון כאן. בפרשת הפורום המשפטי לארץ ישראל (2010) הוגשה עתירה להרחבת הטבות מסוימות לתושבי ההתנחלויות בטענה שהטבות הוענקו לתושבים בישראל, ושעקרון השוויון מחייב החלתן גם בהתנחלויות. בג"ץ דחה את הטענה שישראלים בגדה המערבית זכאים להיות כפופים לאותו הדין שחל על ישראלים בישראל (או לדין החל על פלסטינים בגדה המערבית).¹⁴³ בית המשפט לא נזקק לשאלה הנדונה כאן והיא אם במקום שיש אחידות בדין החל, אחידות זו בעייתית כשלעצמה. עניין קרוב יותר הוא פרשת אבו עיטה (1983), שבה נדונה השתת מס ערך מוסף בגדה המערבית וברצועת עזה לאחר שמס דומה הוטל בישראל. בג"ץ קיבל את טענת המדינה שאחידות במשטר מיסוי חיונית לקיום קשרי המסחר בין ישראל לבין השטחים, יעד שנתפס כמיטיב עם האוכלוסייה הפלסטינית,¹⁴⁴ אך מפרשת אבו עיטה אי אפשר ללמוד במישרין על שאלת תחולת חוק היסוד בגדה המערבית. ראשית, בפרשה זו הוחל הדין החדש באופן שוויוני על כל הנמצאים בשטח, אך אשר לחוק היסוד העניין נותר בלתי ברור. יתרה מזו, בפרשת אבו עיטה הייתה ההשפעה של השינוי המשפטי על כל הכפופים לו זהה, כיוון שמלכתחילה הם היו כפופים לאותו משטר מיסוי. לעומת זאת ההשפעות שתהיינה להחלת חוק היסוד בגדה

141 קנאור, לעיל ה"ש 47; Amir Paz-Fuchs & Yaël Ronen, *Occupational Hazards*, 30 BERKELEY J. INT'L L. 580 (2012).

142 פרשת מראעבה, לעיל ה"ש 60, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

143 בג"ץ 9594/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, פס' 19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 21.4.2010).

144 בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד איזור יהודה והשומרון פ"ד לז(2) 197, 320–321 (1983). הגישה שלפיה קידום רווחת האוכלוסייה בשטח כבוש מצדיק פיתוח אינטראקטייה עם השטח הריבוני אינה נטולת קשיים. ייתכן שבטווח המידי האוכלוסייה מפיקה תועלת (כלכלית, במקרה של מע"מ) מאחידות זו, אך בטווח הארוך האחידות יכולה לגרום לחולשתו של השטח הכבוש ואף לתלות בשטח הריבון. את העדפת הרווחה בטווח המידי אפשר אולי להצדיק כצורך צבאי. לביקורת על בג"ץ אבו עיטה ראו BENVENISTI, לעיל ה"ש 53, בעמ' 141–144.

המערבית על ישראלים תהיינה שונות מההשפעות על פלסטינים, כיוון שמלכתחילה הם כפופים לדינים שונים, בהיות הפלסטינים אוכלוסייה של אנשים מוגנים. כאמור לעיל, נראה שהשינוי יחזק את זכויותיהם של ישראלים, אולם יפגע בזכויותיהם של פלסטינים. שנית, בפרשת אבו עיטה לא נטען שאחידות במשטר, בלי קשר לתוכנו הספציפי, היא יעד בפני עצמו אלא אמצעי לקידום אינטרסים של האוכלוסייה המקומית, שיקול המצוי בגדר סמכותו של המפקד הצבאי. בנוגע לחוק היסוד, בית המשפט מציין שהאחדת המשטר המשפטי היא יעד נורמטיבי, מבלי לדון כלל בשאלה אם זהו צעד המיטיב עם האוכלוסייה המקומית או מזיק לה, ואם הוא מן השיקולים אשר מותר למפקד הצבאי לשקול.

לסיכום: אם תחולה אקסטרטוריאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית תהיה כפופה לדיני הכיבוש, ייתכן שלא יהיה בה פסול. אך הפרקטיקה שלפיה לחוק היסוד יש עדיפות נורמטיבית ומהותית על פני דיני הכיבוש מובילה לתוצאות שהן בניגוד לדיני הכיבוש, הן במקרים קונקרטיים והן מבחינת המשטר המשפטי המתפתח בגדה המערבית.

1. סיכום

המהפכה החוקתית של 1992 לא פסחה על הגדה המערבית. כמו דיני זכויות האדם הבין-לאומיים, גם שיח הזכויות החוקתי בפסיקת בג"ץ אינו יודע גבולות טריטוריאליים. רשמית, תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית אינה טריטוריאלית, אך מלבד זאת התמונה העולה מפסיקת בג"ץ היא מעורפלת. הפסיקה אינה משקפת משנה סדורה בדבר השימוש לחלופין במשפט החוקתי, המנהלי, בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים ובדיני הכיבוש, ונראה שבית המשפט מתעלם מהבדלי תוכן ומעמד נורמטיבי בין מערכות דינים אלו.

מבחינת הבטחת זכויות האדם על פי המשפט הבין-לאומי, ספק אם יש צורך בהחלה אקסטרטוריאלית של חוק היסוד. מבחינה מהותית, אין ערובה שחוק היסוד ישקף נורמות בין-לאומיות. מבחינה פרוצדורלית, לשימוש במשפט המדינתי לעומת הבין-לאומי בבתי המשפט הישראליים יש יתרון יחסית קטן אם מדובר בפעולות של הרשויות לגדה המערבית. היתרון של חוק היסוד כמקור נורמטיבי הוא קטן יחסית, כיוון שפעולות המדינה בגדה המערבית מוסדרות בעיקר על ידי צווי המפקד הצבאי, שהם חקיקת משנה. במקום שאין סתירה אפשר ליישם אמנות בין-לאומיות במידה רבה באמצעות חזקת ההתאמה הפרשנית. אם בית המשפט מבקש בכל זאת לפרש את חוק היסוד כבעל תחולה אקסטרטוריאלית, פרשנות זו צריכה לעלות בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבין-לאומי בנוגע לתחולה אקסטרטוריאלית של המשפט המדינתי. חוק היסוד אינו יכול לחול בשטח הגדה המערבית

על בסיס טריטוריאלי. החלתו על בסיס פרסונלי שומרת על פיקצייה של תחולה שאינה טריטוריאלית באופן שמונע טענות שישראל פועלת לסיפוח השטח, אך אינה עולה בקנה אחד עם האיסור בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים על אפליה. היא גם מנוגדת ללשון חוק היסוד ולרוחו. החלת החוק על רשויות השלטון בפעולותיהן כלפי כל תושבי הגדה המערבית באופן שוויוני מציבה אתגרים אחרים, שחלקם בלתי נמנעים נוכח המצבים המורכבים שבית המשפט עומד בפניהם. בסופו של דבר, התועלת בתחולה אקסטריטוריאלית של חוק היסוד תלויה באופן שבו יישום החוק יבוא לידי ביטוי ביחס למערכות הדינים האחרות החלות בגדה המערבית.

יש קושי בהחלת משפט חוקתי מהותי המבוסס על מחויבות הדדית ושותפות אינטרסים בין המדינה לבין האוכלוסייה, בעניינה של אוכלוסייה שהקשר בינה לבין המדינה הוא של עוינות הדדית. שיח זכויות האדם מבוסס על עקרונות כגון שוויון ואוניברסליות, אשר מבוססים מצדם על "עיוורון" לנמעני הדין החל. שימוש שיח זה במצב שבו יש ניגוד עניינים מובנה בין הכובש לבין האוכלוסייה המקומית, ובמיוחד כאשר מעורבת גם אוכלוסייה אזרחית של הכובש, עלול לעקר מתוכן את דיני הכיבוש, אשר כל מטרתם להתמודד עם חוסר השוויון והיעדר הניטרליות המאפיינים את מצב הכיבוש.¹⁴⁵ אם תחולה אקסטריטוריאלית של חוק היסוד מחמירה תופעה זו, הרי שיש להימנע ממנה. לגישתו של מאמר זה, במקום להרחיב את תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לפרשו באופן מצמצם, על ידי תפיסת החובה לציית למשפט הבין-לאומי כמטרה ראויה להגבלת זכויות.

145 Paz-Fuchs & Ronen, לעיל ה"ש 141.