

תחולת "חזקת ההתאמה הפרשנית" במישור החוקתי: האם יש לפרש את חוקי היסוד לאור המשפט הבינלאומי?

מאת
זיו בורר*

"עוד ימים הרבה יצטרך העולם לחפות לכיאתו של השלום הנצחי, ועד שיבוא, אפשר להם ליחסי האומות זו לזו להיות נקבעים והולכים באופן מספיק פחות או יותר על-פי הסכמה מצומצמת... הנשענת על משפט העמים" י"ל פינסקר
אֶבְטוֹאִימְנִיפִצְיָא [אוטואמניפיציה] 4 (אחר-העם מתרגם (1967) (1882)

תקציר

"חזקת ההתאמה הפרשנית" היא כלל פרשני שאומץ בפסיקה, הקובע שיש לפרש ככל שניתן את דיני המדינה באופן התואם את המשפט הבינלאומי, במטרה לצמצם את החיכוך שבין המשפט המדינתי והבינלאומי. החזקה הוחלה בהקשרם של דינים ישראלים שונים – חוקים, חקיקות משנה, כללי משפט מקובל והחלטות מנהל כאחד – במנותק משאלת מעמדם בפירמידת הנורמות. לפיכך היה אפשר לצפות שיהיה מוסכם שהחזקה חלה גם בהקשרם של חוקי היסוד. ואכן, עד לאחרונה היה נראה שזו המגמה שאליה מכוונת הפסיקה. אך בטרם ניתנה הלכה ברורה בנושא, החל בשנים האחרונות "פורום קהלת" (ארגון לא-ממשלתי) – ובעקבותיו גם הממשלה והכנסת – לטעון כנגד החלת החזקה כאמור: לטעמו, החלת החזקה במישור החוקתי היא מהלך שיפוטי חסר תקדים וחסר סמכות, המתנער מערכי היסוד של ישראל תוך העדפת נורמות חיצוניות זרות על פניהם. בניגוד למגמה שהיה נראה עד אז שאליה מכוונת הפסיקה, בפסקי הדין שניתנו בהליכים שבהם טענו פורום קהלת, הממשלה והכנסת כנגד החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי החל בית המשפט העליון להימנע מלדון בסוגיה, לא כל שכן לקבוע בה הלכה ברורה. מבלי למעט מהשפעתם של תהליכים חברתיים רחבים יותר, קורלציה זו מעלה את החשש שהטענות הנחרצות הללו תרמו ליצירת אפקט מצנן. לפיכך המאמר שואף לבצע את מה שנמנע בית המשפט מלעשות. לאורך המאמר נבחנים הטיעונים השונים שהעלו הממשלה, הכנסת ופורום קהלת. המאמר מפרך טיעונים אלו, ומראה שבניגוד לנטען חוקי היסוד ומגילות

* מרצה בכיר, אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים; ziv.bohrer@biu.ac.il. הכותב מבקש להודות לאברהם (אבי) דל וללנה בורר, כמו גם לחברי מערכת כתב העת ולקוראים החיצוניים.

העצמאות לאמיתו של דבר מסמיכים – וייתכן שאף מחייבים – את בתי המשפט להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי. לא זו אף זו, פרשנות חוקי היסוד לאור המשפט הבינלאומי אינה מהלך חסר תקדים בפסיקה הישראלית: ההיסטוריה ומאפייני הבסיס של המשפט הציבורי הישראלי, כמו גם מושכלות יסוד של הציונות, תומכים במהלך. למרבה האירוניה, דווקא טיעוני הממשלה, הכנסת ופורום קהלת כלל אינם טיעונים ישראליים אותנטיים, אלא העתקה של טיעונים מבית מדרשו של השופט האמריקני סקאליה, שפיתחם כחלק מעמדה הסבורה שאת החוקה האמריקנית יש לפרש אך ורק לאור כוונת האבות המייסדים האמריקנים. דא עקא שהעתקה זו נעשתה בצורה כה גסה, עד כדי כך שלא בוצעו במהלכה ההתאמות הבסיסיות הנדרשות מפאת הבדלים בין המשפט האמריקני והישראלי. במילים אחרות, המאמר מראה שנוסח החוקה שלנו, המסורת המשפטית שלנו ועמדות האבות המייסדים שלנו כולם תומכים בהחלת חזקת ההתאמה בהקשרם של חוקי היסוד.

176	מבוא
180	א. חזקת ההתאמה בישראל – תמונת מצב
188	ב. החשיבות של מענה לטענות פורום קהלת, הכנסת והממשלה
192	ג. האם חזקת ההתאמה מניחה עליונות של הדין הבינלאומי על פני המדינת?
203	ד. התנתקות מהמשפחה האנגלית
208	ה. מהלך חסר תקדים
218	ו. היעדר הסמכה
	ז. נטילה שיפוטית של סמכות של הרשות המכוננת – הניסיון הישראלי
222	והמשפט המשווה
229	ח. היפוך חזקות קיימות
	ט. סטייה מהמסורת המשפטית הקיימת והחלפת ערכי היסוד הישראליים
235	בערכים זרים
239	סיכום

מבוא

"חזקת ההתאמה הפרשנית" היא כלל פרשני הקובע שיש לפרש ככל שניתן את דיני המדינה באופן התואם את דיני המשפט הבינלאומי, במטרה לצמצם את החיכוך שבין המשפט המדינתי והבינלאומי. החזקה אומצה בפסיקה בהשראת המשפט האנגלי¹ עוד בראשית

1 בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2), 169, 177 (1973).

המדינה,² והוחלה מאז על פרשנות של חוקים, של חקיקות משנה, של החלטות מנהל ושל רדיני משפט מקובל כאחד.³ עם זאת טרם נפסקה הלכה ברורה באשר לתחולת החזקה על פרשנות חוקי היסוד. יתרה מכך, בעשור האחרון החלו "פורום קהלת", הממשלה והכנסת לטעון בהליכים שונים בפני בג"ץ כנגד החלת החזקה בהקשר זה.

פורום קהלת הוא ארגון לא-ממשלתי, שלהשקפתו פועל "לחזוקת הדמוקרטיה הישראלית, לקידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל, ולעיגון מעמד הקבע של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי".⁴ מדובר ב"אחד הגופים החזקים והמשפיעים ביותר בפוליטיקה הישראלית";⁵ שמאז הקמתו בשנת 2012 "הולך ומחזק את השפעתו במוקדי קבלת ההחלטות במדינה: בכנסת, בממשלה, בבתי המשפט", אם לא אף "למעשה מעצב מחדש את אידאולוגיית הימין הישראלי עצמו – בניחוח אמריקאי-ליברטריאני".⁶ ואכן, הממשלה והכנסת החלו לטעון כנגד החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי, ככל הנראה בהשפעת פורום קהלת. אינדיקציות לכך ניתן למצוא בדמיון הרב הקיים בין טיעוני קהלת וטיעוני הממשלה והכנסת, וכן במתאם הקיים בין ההליכים שבהם החל פורום קהלת לטעון כאמור לבין ההליכים שבהם החלו הממשלה והכנסת לעשות כן. לשם השוואה, בעתירה שהתנהלה בטרם החל פורום קהלת לטעון בנושא, דווקא עלתה מעמדת הממשלה תמיכה בצורך לפרש את חוקי היסוד לאור המשפט הבינלאומי.⁷ תחילה העלו הממשלה והכנסת טענות שכאלו באותם הליכים ממש שבהם עשה זאת פורום קהלת, תוך שהן עושות זאת באופן

- 2 ע"פ 5/51 שטיינברג נ' ה'יועמ"ש, פ"ד ה' 1066-1065, 1061 (1951); בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו' 966, 945 (1952).
- 3 ראו למשל בג"ץ 4542/02 "קו לעובר" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 386 (2006); עניין חילו, לעיל ה"ש 1, שם; עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 2, שם.
- 4 ראו פס' 3 לבקשה להצטרף להליך במעמד של יריד בית-המשפט – פורום קהלת בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (30.4.2013) (להלן: בקשת קהלת בעניין אדם).
- 5 שוקי שדה "מאיר רובין – מנכ"ל פורום קהלת [מקום 7 ב-100 המשפיעים 2018]" מגזין דה-מרקר (20.9.2018) <https://www.themarker.com/magazine/2018-09-20/ty-article-ext/0000017f-f36c-d487-abff-f3fe131c0000>
- 6 נתנאל שלומוביץ "איך נולד פורום קהלת" הארץ (11.3.2021). תיאורים אלו זכו במידה רבה לאשרור מצד פורום קהלת עצמו; ראו: איתן אבריאלי "למה שפורום קהלת ירצה שיפורסם תחקיר עליו – ואיך זה קשור לעתיד המדינה" דה-מרקר (13.3.2021) <https://www.themarker.com/opinion/2021-03-13/ty-article-opinion/premium/0000017f-f4aa-d487-abff-f7fe1f010000>. כמו כן ראו: הלל בן ששון, "מדוע הצליח פורום קהלת של הימין, במקום שבו ארגונים ליברליים נכשלו?" דה-מרקר (30.11.2020) <https://www.themarker.com/blogs/2020-11-30/ty-article-opinion/0000017f-e978-dc91-a17f-fdfd13040000>; מחקר שמכתיב חוקים ולוחש לפוליטיקאים" שקוף (6.5.2021) <https://shakuf.co.il/21014>.
- 7 ראו פס' 123 לתגובה מקדמית מטעם פרקליטות המדינה בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (15.5.2003) ("המשיבים סבורים, כי לאור... המשפט

תמציתי יותר ומנומק פחות מפורום קהלת. אך לאחרונה הן החלו לעשות זאת אף בהליכים שלהם פורום קהלת לא היה שותף, ובאופן מפורט ומנומק יותר מבעבר. מבחינת הממשלה הועלו טענות אלו באופן המפורט ביותר בתגובתה בעניין סילוואד,⁸ שעסק בחוקתיות החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017 (להלן: חוק ההסדרה).⁹ אך עד כה, לרבות בעניין סילוואד, נמנע בית המשפט העליון מלדון בטענות אלו.

מאמר זה מנסה לבצע את מה שטרם עשה בית המשפט העליון ולבחון את הטענות הללו, שיש לשער שיועלו שוב בעתיד. כפי שהמאמר מראה, לאמיתו של דבר המשפט החוקתי הישראלי לא רק מאפשר להחיל את חוקת ההתאמה בהקשרם של חוקי היסוד, אלא ייתכן שאף מורה לעשות כן. כמו כן, המאמר חושף שבעוד שהממשלה, הכנסת ופורום קהלת מצהירים שהתנגדותם להחלת החזקה כאמור מונעת משאיפה שחוקי היסוד יפורשו לאור ערכי העומק של החברה הישראלית, הרי לאמיתו של דבר טיעונים שלהם עצמם כלל אינם טיעונים ישראליים אותנטיים, אלא הועתקו משיח חוקתי זר ואפילו בצורה גסה (מבלי להביא בחשבון את ההבדלים הנורמטיביים המהותיים שבין המשפט החוקתי הישראלי לבין המשפט החוקתי הזר שממנו הם הועתקו). לא זו אף זו, כפי שהמאמר מראה, פרשנות חוקי היסוד לאור המשפט הבינלאומי אינה מהלך חסר תקדים בפסיקה הישראלית: ההיסטוריה ומאפייני הבסיס של המשפט הציבורי הישראלי, כמו גם מושכלות יסוד של הציונות, תומכים במהלך. אכן, במאמר מושם דגש רב על טיעונים פורמליים ועל טיעונים הנסמכים על השקפות מוסכמות בקרב האבות המייסדים של התנועה הציונית ומדינת ישראל (דגש אשר ייתכן שאף חורג מהסגנון המקובל בכתיבה האקדמית העכשווית), אך יש לכך סיבה; לא סוד הוא שהשיח בישראל בנוגע לסוגיות חוקתיות הולך ונהיה מקוטב. בסיטואציה הזו, דווקא לטיעונים בעלי אוריינטציות שכאלו יש סיכוי גדול יותר להתקבל באופן חוצה מחנות. אחרי הכול, גם כיום השיח המשפטי הפרקטי נסמך במידה רבה על טיעונים פורמליים,¹⁰ וישנה הסכמה רחבה יחסית שפרשנות חוקתית בישראל צריכה לתת משקל גדול ל"ערכים שקיבלו משמעות ערכית מיוחדת בתקופת התחייה הלאומית, שהביאו לתקומתה של המדינה היהודית, היינו ערכיה של הציונות".¹¹ אפילו פורום קהלת, הממשלה והכנסת מצהירים על נאמנותם לטיעונים משפטיים הנסמכים על אדנים שכאלו.¹²

הבינלאומי... יש לראות אך ורק בתנאי קיום הפוגעים באנושיותו של אדם ומבזים אותו פגיעה בזכות החוקתית לכבוד" (ההדגשה הוספה).

- 8 בג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת (אר"ש 9.6.2020) (להלן: עניין סילוואד).
- 9 חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017, ס"ח התשע"ז 410.
- 10 מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, 244 (התשס"ו).
- 11 מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם: מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 253, 261-260 (1995). ראו גם את עמדות כלל שופטי דעת הרוב בבג"ץ 5555/18 חסון נ' הכנסת (אר"ש 8.7.2021), וכן: אהרן ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 9, 12 (2000).
- 12 בנוגע לנאמנותם המוצהרת לערכי הציונות, ראו פרק ט' להלן. באשר לנאמנותם לטיעונים פורמליים, אופי החלק הארי של הטיעונים שייבחנו לאורך המאמר מעיד על נאמנות זו.

יתרה מכך, לא סוד הוא שבשיח העכשווי המקוטב עיקר הביקורת על בית המשפט העליון (הן באופן כללי והן בסוגיה הספציפית שבה עוסק המאמר) באה מקרב בעלי השקפות שמרניות-לאומיות-ציוניות.¹³ מסיבה זו במיוחד המאמר שואף להראות, שדווקא הישענות על טיעונים בעלי אופי המקובל על בעלי השקפות שכאלו מנביעה את המסקנה שבישראל ראוי להחיל את חזקת ההתאמה במישור החוקתי. אותה אמונה בדבר קיומה של אפשרות לדיאלוג ולשכנוע, על אף הקיטוב הנוכחי, עומדת במידה רבה גם בבסיס התמקדותו של המאמר במתן מענה שיטתי לטיעונים שפיתח פורום קהלת בסוגיה זו. אחרי הכול, מדובר בגורם שהשפעתו על עיצוב העמדות המשפטיות בקרב המחזיקים בהשקפות שמרניות-לאומיות-ציוניות רק הולכת וגוברת. במילים אחרות, הצגה רחבה ומבוססת של טיעונים בעלי אוריינטציה ציונית (ופורמליסטית) לטובת החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי, תוך מתן מענה שיטתי וסדור לטיעוני הנגד שפיתח פורום קהלת ואומצו בידי הממשלה והכנסת, הם במידה רבה התרומה המרכזית שמאמר זה שואף לתרום לשיח המשפטי ההולך ומתפתח בדבר היחס הראוי שבין חוקי היסוד לבין הדין הבינלאומי.

פרק א' סוקר בקצרה, בהקשר הישראלי, את חזקת ההתאמה הפרשנית, ואת אי-הוודאות העכשווית בדבר תחולתה במישור החוקתי. פרק ב' מנמק את בחירתו של מאמר זה להתמקד בבחינה סדורה של הטענות השונות שהעלו בשנים האחרונות הממשלה, הכנסת ופורום קהלת כנגד החלת החזקה במישור האמור. בהתאם, פרקים ג'-ט' בוחנים את הטענות השונות הללו. פרק ג' מפריך את הטענה שהחלת החזקה במישור החוקתי כמוה כאימוץ נורמה של עליונות הדין הבינלאומי לעומת הדין המדינתי, ושככזה הוא יכול לשמש בסיס עצמאי לביקורת חוקתית של חוקים. כמו כן, הפרק מפריך את הטענה שלפיה יהיה בהחלת החזקה במישור החוקתי כדי להפוך את מערכת המשפט הישראלית ל"מוניסטית". פרק ד' חושף את הכשלים בטענה שלפיה יהיה בהחלת החזקה במישור החוקתי כדי להוציא את מערכת המשפט הישראלית ממשפחת המערכות השייכות למסורת המשפטית האנגלית. פרק ה' מראה, שבניגוד לנטען החלת החזקה במישור החוקתי אינה חסרת כל תקדים במשפט הישראלי. פרק ו' מפריך את הטענה שפסיקת הלכה שלפיה החזקה חלה במישור החוקתי תהיה מהלך שיפוטי הלוקה בחוסר סמכות. פרק ז' מפריך את טענת הממשלה ופורום קהלת בדבר קיומה של אקסיומה שלפיה רק הרשות המכוננת – ולא הרשות השופטת – יכולה לאמץ כלל המחיל את חזקת ההתאמה במישור החוקתי. ככל שטענה זו מתיימרת להסתמך על המשפט המשווה, הרי היא אינה נכונה אפילו בנוגע למדינות שעליהן התבססה סקירת המשפט המשווה שהציג פורום קהלת כתימוכין לכאורה לטענה זו. ככל שהטענה האמורה מתיימרת להסתמך על המסורת המשפטית הישראלית, הרי היא מעידה על אי-בקיאות מספקת במאפייני יסוד של המשפט הציבורי הישראלי. פרק ח' מראה, שכמה טענות נוספות, פורמליות, שנטענו כנגד החלת החזקה במישור החוקתי, גם הן שגויות. פרק ט' מראה שאי-הדיוקים בנוגע לדין הישראלי שנחשפים בשני הפרקים שלפניו, כמו גם הטיה שקיימת בסקירת המשפט המשווה של פורום קהלת, יש בהם כולם כדי לסייע לגלות את זהותו של מקור ההשראה לטענות שהועלו לאחרונה בארץ כנגד החלת חזקת ההתאמה

13 אור ענבי ואח' מדד הרמוקרטיה הישראלית – 2021, 114 (2021); אור ענבי ואח' מדד הרמוקרטיה הישראלית – 2020, 12, 55-60 (2020).

במישור החוקתי; מקור זה הוא טיעונים שפיתח השופט האמריקני סקאליה בנוגע לפרשנותה של חוקת ארצות הברית. חלק זה גם דוחה את הטענה, שלפיה יהיה בהחלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי משום נטישה של ערכי היסוד של המשפט הישראלי לטובת ערכים זרים. לאמיתו של דבר, אפילו טענה זו הועתקה מטיעוניו של השופט סקאליה.

א. חזקת ההתאמה בישראל – תמונת מצב

חזקת ההתאמה הפרשנית כפי שנוסחה בפסיקה הישראלית קובעת שיש לעשות ככל האפשר כדי לפרש את הדין הישראלי באופן העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, ואגב כך לעיתים אף לאמץ לדין הישראלי פרשנות שונה מזו שהייתה מוענקת לו אילולי החזקה. עם זאת החזקה אינה חלוטה, ויש להעניק לחוק של הכנסת פירוש אשר אינו מתיישב עם המשפט הבינלאומי כשלושנו או תכליתו מחייבים זאת בכירור.¹⁴

ככל הנראה פסק הדין המוקדם ביותר שבו ערכאה שיפוטית במדינת ישראל אימצה את חזקת ההתאמה הפרשנית הוא פסק הדין של בית הדין הצבאי בעניין להיס.¹⁵ המערער באותו המקרה, סגן ראשון שמואל להיס (מ"פ גרוד 22) הורשע בבית הדין הצבאי קמא ברצח 15 גברים מקומיים בכפר חולה בלבנון במהלך מלחמת העצמאות. להיס כפר באשמה, וטען שמעשיו חסו תחת סייג הצורך (או "צידוק" על פי המינוח שרווח בחקיקה הישראלית הרלוונטית בזמנו).¹⁶ בית הדין הצבאי העליון דחה טענה זו, בקובעו שיש לפרש את סייג הצורך שהיה קבוע בדין הישראלי לאור הדין הבינלאומי הרלוונטי (דיני המלחמה הרלוונטיים), ושפרשנות זו מובילה למסקנה שמעשיו של להיס חרגו מתנאי הסייג.

פסקי הדין הראשונים שבהם החיל בית המשפט העליון חזקה זו היו ככל הנראה עניין שטיינברג ועניין אמסטרדם.¹⁷ פסקי הדין הללו ייצגו גישות מתחרות, שהיו קיימות בפסיקה בראשית הדרך, באשר לעוצמת החזקה. מחד, מפסק הדין בעניין שטיינברג עלתה תמיכה בגישה מקילה יחסית,¹⁸ ולפיה יש לשאוף לפרש את הדין הישראלי בהתאם לדין הבינלאומי רק במידת האפשר, וכי די בכך שמשתמעת מלשון החוק כוונה של המחוקק להעניק משמעות אחרת לחוק כדי שהשופט ידרש להעדיפה אף כשהיא מובילה לסתירה בין הדין הישראלי והדין הבינלאומי.¹⁹ מאידך, מפסק הדין בעניין אמסטרדם עלתה תמיכה בגישה מחמירה יותר, הרומה יותר לגישה העכשווית.²⁰ כך או כך נראה, שלכל המאוחר בשנות השישים

14 ראו למשל ע"פ 6182/98 שינביין נ' היועמ"ש, פ"ד נג(1) 625, 641-642 (1999); בג"ץ 2599/00 ית"ד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 847 (2002).

15 ע/64/49 (עליון-צה"ל) להיס נ' התצ"ר, פס' 39-35 (29.12.1949). פסק דין זה עדיין מצונזר, ואישור מהצנזורה נדרש לצורך הבאת פרטים ממנו.

16 תק' 69 לתקנות-שעת-חרום (חוקת השיפוט), התש"ח-1948, ע"ר 20, תוס' ב 106, 116.

17 לעיל ה"ש 2.

18 גישה שכזו ייתכן שמשתמעת למשל גם מהתוצאה שב-ע"א 22/55 האפורופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1825 (1956).

19 עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1065-1066.

20 עניין אמסטרדם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 966 ("כלל ידוע הוא, כי מן הדין לפרש חוק חרות מקומי – אם אך תכנו אינו מחייב פירוש אחר – בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי")

אומצה בבירור הגישה הנוהגת כיום, שלפיה יש לעשות ככל האפשר כדי לפרש את הדין הישראלי באופן העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי,²¹ כך שפרשנות הנוגדת את המשפט הבינלאומי תוענן לחוק ישראלי אך ורק כשלונו או תכליתו מחייבים זאת כבירור.²² חוקת ההתאמה חלה באינטראקציות שבין דינים ישראלים לבין כל דין בינלאומי החל על ישראל, יהיו סוגו ומעמדו במשפט הישראלי אשר יהיו.²³ אסביר את הדברים בקצרה. במשפט הבינלאומי ישנם שני סוגי דינים מרכזיים – דין בינלאומי הסכמי (אמנות) ודין בינלאומי מנהגי. ככלל, מבחינת המשפט הבינלאומי מעמדם הנורמטיבי של שני סוגי דינים אלו הוא שווה;²⁴ אך מבחינת המשפט הישראלי מעמדם שונה. אמנה, אף אם ישראל צד לה, לעולם אינה זוכה למעמד נורמטיבי פורמלי מחייב במשפט הישראלי. לכל היותר ישנו לעיתים חיקוק ישראלי שאליו הועתקו הסדרים מהאמנה, ומבחינת המשפט הישראלי החיקוק "הקולט" ולא האמנה הוא הדין המשפטי המחייב. לכן במקרה של הברלים ביניהם, מבחינת המשפט הישראלי יחייב ההסדר הקבוע בחיקוק הישראלי,²⁵ בעוד שמבחינת המשפט הבינלאומי דווקא ההסדר הקבוע באמנה יהיה המחייב.²⁶ בשונה מדין בינלאומי הסכמי, דין בינלאומי מנהגי אכן נקלט במשפט הישראלי. יתרה מכך, מדובר ב"קליטה ישירה", משמע שאין נדרש כל הליך פורמלי לצורך קליטתו.²⁷ מעמדו הנורמטיבי של מנהג בינלאומי במשפט הישראלי הוא כשל נורמות המשפט המנהלי המקובל (יציר הפסיקה),²⁸ כלומר גבוה מחקיקת משנה ומהחלטות מנהל²⁹ ונמוך מחוקים ומחוקי יסוד.³⁰

חוקת ההתאמה הוחלה לא רק באינטראקציות שבין דין בינלאומי מנהגי לבין חקיקות משנה ופעולות מנהל ישראליות. במטרה לצמצם היתכנות מקרים שבהם מה שנקבע בדין המדינה יאלצה להפר את מחויבותיה במישור הבינלאומי, נפסק כבר בראשית המדינה, שהחוקה חלה גם באינטראקציות שבין דין בינלאומי מנהגי לבין חקיקה ראשית ישראלית,

(ההדגשה הוספה).

- 21 ע"פ 131/67 קמ"אר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 112 (1967).
- 22 ע"פ 336/61 היועמ"ש נ' אייכמן, פ"ד טז 2033, 2039-2040 (1962); ע"א 65/67 קורץ נ' קירשן, פ"ד כא(2) 20, 26-27 (1967).
- 23 תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 65, 70 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים) (2016) (הספר להלן: משפט בינלאומי).
- 24 אורנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 419-420 (2006).
- 25 עניין סמרה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1829.
- 26 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 27, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 33 (להלן: אמנת וינה).
- 27 ראו למשל המ' 41/49 שמשון נ' היועמ"ש, פ"ד ד 143 (1950); ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועמ"ש, פ"ד י 5 (1956).
- 28 אהרן ברק מידתיות במשפט 144-146, 163-165 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).
- 29 ראו למשל בג"ץ 103/67 דה אמירקן אירופין בית-אל מישן נ' שר הסעד, פ"ד כא(2) 325, 333 (1967); בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 636 (1980).
- 30 ראו למשל בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 35 (1988); בג"ץ 3556/16 ארגון עמק שווה נ' רשות העתיקות, פ"ס 3 לפסק דינה של השופטת חיות (אר"ש 19.7.2016) (להלן: עניין עמק שווה).

אף שכאמור במקרה של סתירה בין השניים החקיקה הישראלית גוברת.³¹ עוד נפסק אז, מאותה סיבה ממש, שהחזקה חלה גם באינטראקציות שבין דינים ישראלים לבין דין בינלאומי הסכמי החל על ישראל, לרבות אמנות (שישראל צד להן) שלא "נקלטו" בשום חיקוק ישראלי, הגם שדין בינלאומי הסכמי נעדר כל מעמד נורמטיבי-פורמלי במשפט הישראלי.³² לאמיתו של דבר, כבר בפסק הדין בעניין להיס הובעה בכירור העמדה שלפיה חזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם על דין בינלאומי החל על ישראל אשר לא נקלט במשפט הישראלי (כגון דין בינלאומי הסכמי); וכך אמר בית הדין:³³ "מבלי להחליט בשאלה, אם חוקי המלחמה הבינלאומיים מהווים חלק מחוקי מדינת ישראל, הננו סבורים, כי בבואנו לפרש את מרת ההגנה שתקנה 69 (משמע, החקיקה הישראלית) נותנת לחייל שפעל מתוך צורך צבאי, איננו יכולים להתעלם מעקרונות אלה".

עוד לשם אותה תכלית של צמצום ההתנגשות שבין הדין הישראלי והבינלאומי הוחלה חזקת ההתאמה על דוקטרינת הסבירות – שהיא נורמה של המשפט הציבורי המקובל יציר הפסיקה – אף בהקשר של דין בינלאומי הסכמי; כך, נקבע שחקיקת משנה או החלטת המנהל הנוגדת את הקבוע באמנה שישראל צד לה "עלולה להיחשב [עקב כך] פעולה בלתי סבירה, ולפיכך בלתי חוקית".³⁴ החלת החזקה כאמור צמצמה את הפער שבין מידת ההשפעה שיש במשפט הישראלי לדין בינלאומי מנהגי ולדין בינלאומי הסכמי, שכן בעקבותיה גם תקנות והחלטות מנהל הסותרות דין בינלאומי הסכמי (ולא רק מנהגי) עשויות להיות בטלות.³⁵ יצוין כי רבים מניחים שהחלת החזקה כאמור על דוקטרינת הסבירות היא הלכה חדשה מאוד.³⁶ אך הנחה זו אינה מדויקת; ראשית כול, שורשי ההלכה האמורה נטועים לאמיתו של דבר

- 31 עניין אמסטרדם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 966.
- 32 ראו בהקשר הזה למשל את פסקי הדין המאזכרים לעיל בה"ש 2. כמו כן ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חקיקה כרך ב 575-578 (1993) (להלן: ברק פרשנות במשפט – פרשנות חקיקה); תמר הוסטובסקי-ברנדס "משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט החוקתי בישראל" מחקרי משפט לא 925, 946-949 (2018) (להלן: הוסטובסקי-ברנדס "משפט זכויות האדם").
- 33 עניין להיס, לעיל ה"ש 15, בפס' 38-39 (ההדגשה הוספה).
- 34 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב 923-924 (2005). כמו כן ראו: בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מ"י, פ"ד נט(4) 736, 754-755 (2005) ("חופש התנועה הפנים-מדינתית מעוגן בשורה ארוכה של אמנות והכרזות בין-לאומיות בדבר זכויות אדם... ונראה כי הוא מעוגן גם במשפט הבינלאומי המנהגי... איננו נדרשים לפסוק בשאלה אם ועד כמה חלים באזור 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 האוכלוסיה המקומית, לרבות את הצורך למזער את מידת הפגיעה בחופש התנועה שלה").
- 35 ברק מדינה ויובל שני "חלוקת סמכויות בהליך כריתת אמנות: עקרונות יסוד" הסמכות לכרות אמנות במדינת ישראל: ניתוח ביקורתי והצעה ורפורמה 7, 18-19 (משה הירש ואח' עורכים 2009) (הספר להלן: הסמכות לכרות אמנות במדינת ישראל).
- 36 ראו במיוחד: ברודי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 70, הסבור שאף כיום סוגיה זו "טרם הוכרעה בפסיקה הישראלית".

בהלכה כללית יותר שנקבעה עוד בתחילת הדרך, בעניין שטיינברג, ולפיה חוקת ההתאמה חלה גם "מקום שאנו עוסקים... במשפט המקובל (common law)".³⁷ החלת ההלכה הכללית האמורה בהקשר הספציפי של דוקטרינת הסבירות של המשפט המקובל לא הייתה יכולה להתרחש לפני התפתחותה של דוקטרינה זו לעילת ביקורת עצמאית. ההכרעה שסבירות היא עילה עצמאית לביקורת שיפוטית, ועימה הפרשנות (המרחיבה) הקיימת של דוקטרינה זו, התקבלו רק בשנות השמונים;³⁸ הניצנים הראשונים של ההלכה המחילה את חוקת ההתאמה על דוקטרינת הסבירות אף הם החלו להופיע בפסיקה שניתנה במהלך אותו עשור ממש.³⁹ לפיכך, התפתחות ההלכה המחילה את חוקת ההתאמה על דוקטרינת הסבירות במידה רבה פשוט הלכה יד ביד עם התפתחות דוקטרינת הסבירות עצמה.

לפני כמה עשורים התרחשו בפסיקת בית המשפט העליון שלוש התפתחויות חשובות לענייננו: (1) "אקטיביזם" שיפוטי גדול יותר. כפי שמרמז הדיון בדוקטרינת הסבירות, החל משנות השמונים גברה נכונותו של בית המשפט העליון – בהשוואה לתקופות עבר – להעביר תחת שבת ביקורתו השיפוטית את פעולותיהן של רשויות המדינה;⁴⁰ (2) "המהפכה החוקתית". בעקבות כינון חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם בשנת 1992 הוכרה סמכות בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת, וכפועל יוצא מכך להכריז על בטלותם במקרה שהם סותרים גורמות הקבועות בחוקי היסוד;⁴¹ (3) התגברות הקשב למשפט הבינלאומי.

- 37 עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1065-1066.
- 38 מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחרות" ספר אור 773, 796 (אהרון ברק, רון סוקול ועודד שהם עורכים) 2013 (הספר להלן: ספר אור).
- 39 בג"ץ 393/82 אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לזו(4) 785, 793-794 (1983); בג"ץ 253/88 סג'דה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 830 (1988); עניין עפו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 77-78. ניצן מוקדם אף יותר ניתן לראות בהערת אנג' של השופט חיים כהן בדעת היחיד שלו, בבג"ץ 103/67 "דה אמריקן ארופין בית-אל מישן" נ' שר הסעד, פ"מ כא(2) 325, 333 (1967), ולפיה "תקנה הסותרת מושגי יסוד של חופש הדת או זכות אחרת מזכויות האדם המוכרות בתורת שכאלה במשפט העמים, תיראה בעיני בית-משפט זה כבלתי סבירה, ואחת דינה להיבטל על-ידי. אין אני זקוק לאסמכתאות מפורשות לקיום כלל זה: דיני בהלכה הפסוקה שכללי המשפט הבינלאומי, במידה שנתקבלו על דעת רוב אומות העולם ואינם עומדים בסתירה לחוק החקוק בידי הכנסת, מהווים חלק מן הדין השורר בישראל". פורמלית התייחס השופט כהן לדין בינלאומי מנהגי ולא הסכמי. אך יש לשים לב שאבן הבוחן שבה צידד השופט לקביעה שלפיה דין בינלאומי הסכמי הפך למנהגי הייתה מקילה ביותר. כך אמר השופט כהן: "זכויות האדם, כפי שנקבעו בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, 1948, ובאמנה על זכויות מדיניות ואזרחיות, 1966, הם כיום נחלתם של כל העמים הנאורים, בין שהם חברי ארגון האומות המאוחדות ובין אם לאו, ובין אם כבר אישרו את אמנת 1966 ובין אם טרם אישרוה; שהרי נוסחו בידי מומחי המשפט מכל קצוות תבל, ונקבעו בידי עצרת האומות המאוחדות אשר רוב מנינן ובנינן של אומות העולם משתתפים בה" (שם).
- 40 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט 503, 506-505 (1993).
- 41 אהרון ברק "עשרים שנה למהפכה החוקתית" אהרון ברק – מבחר כתבים כרך ג: עיונים חוקתיים 71, 75-71 (2017).

בשלהי שנות התשעים, ואף יותר מכך בראשית שנות האלפיים, נהיה בית המשפט העליון קשוב יותר לצורך להביא בחשבון את נורמות המשפט הבינלאומי החלות על ישראל.⁴² יש אף מי שסבורים, שקודם לשנות התשעים יוּשמו הכללים העוסקים ביחסים שבין המשפט הישראלי והבינלאומי (לרבות חזקת ההתאמה) בפועל רק במקרים שוליים,⁴³ מלבד בהקשרם של כמה נושאים בודדים (אשר הבולט במיוחד שבהם הוא ענייני jurisdiction)⁴⁴ ומלבד במקרים שעסקו בשטחים הכבושים;⁴⁵ לסברתם, רק בשלהי שנות התשעים החל בית המשפט באמת ליישם את הכללים האמורים יישום משמעותי, תוך שהוא עושה זאת ביחוד בהקשרים הנוגעים לזכויות אדם.⁴⁶ עם זאת, על אף שיש יסוד ניכר של אמת בסברה האמורה, לתחושתו יש בה גם נטייה מסוימת להמעטת יתר של מידת הקשב שהייתה לבית המשפט כלפי המשפט הבינלאומי עוד בתקופות מוקדמות יותר.⁴⁷

הסיבות לכל אחת משלוש ההתפתחויות האמורות רבות ומגוונות, וקצרה היריעה מלדון בהן כאן לעומק. אסתפק בלציין שיש חפיפה גדולה אך חלקית בין הסיבות שהובילו לכל

- David Kretzmer, *The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?*, 14 NETH. Q. HUM. RTS. 173, 178 (1996); Daphne Barak-Erez, *The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, 2 INT'L J. CONST. L. 611, 615-17 (2004) עמיחי כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי: מבט מן המשפט הבינלאומי" קרית המשפט ו 263, 267 (2006) (להלן: כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי"); דפנה ברק-ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" דין ודברים ד 81, 84 (2008); יובל שני "המשפט הישראלי והמשפט הבינלאומי" המכון הישראלי לדמוקרטיה (28.12.2009) www.idi.org.il/articles/8228; אסנת גריידי-שורץ "המשפט הבין-לאומי בפסיקת השופט המדינתי: על הקשר שבין תפיסת תפקיד רחבה לבין נטייה משב"לית חזקה" עיוני משפט לד 475, 477 (2011); יוסף ויילר ודורין לוטטיג "פתח-דבר: מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" עיוני משפט לח 419, 480-490 (2016); עמיחי כהן "מבט עדכני על כללי הקליטה של המשפט הבין-לאומי" ספר רות לפידות 37, 53 (יובל שני והילי מודריק-אבן חן עורכים 2020) (להלן: כהן "מבט עדכני").
- 42 ראו למשל: Barak-Erez, לעיל ה"ש 42, בעמ' 615.
- 43 כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי", לעיל ה"ש 42, בעמ' 267; כהן "מבט עדכני", לעיל ה"ש 42, בעמ' 40.
- 44 עם זאת רבים סבורים, שיישום הדין הבינלאומי בידי בית המשפט העליון בפסיקה זו שעסקה בשטחים הכבושים היה מוטה לטובת המדינה; ראו למשל: כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי", לעיל ה"ש 42, בעמ' 267.
- 45 כהן "מבט עדכני", לעיל ה"ש 42, בעמ' 53; Barak-Erez, לעיל ה"ש 42, בעמ' 615; כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי", לעיל ה"ש 42, בעמ' 267.
- 46 השוו בהקשר זה בין האופן שהספרות האקדמית מאמצע שנות התשעים ואילך מתארת את היחס למשפט הבינלאומי בפסיקת בית המשפט העליון מקום המדינה ועד שנות התשעים (כאמור במקורות המובאים לעיל בה"ש-4245), לבין האופן שרות לפידות תיארה את היחס האמור בשנת 1990 במאמרה: רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט 807, 807 (1990).

אחת מההתפתחויות, וכן שבעוד שחלק מהסיבות הללו היו ייחודיות לישראל, חלקן היו גלובליות יותר.⁴⁸

לאור ההתפתחויות האמורות, לאור תכליתה הבסיסית של חוקת ההתאמה (בדבר צמצום החיכוך שבין המשפט המדינתי והבינלאומי) ולאור העובדה שבהתאם לתכלית זו הוחלה החוקה בישראל לאורך השנים באינטראקציות שבין כל דין בינלאומי החל על ישראל לבין מגוון דינים ישראליים במנותק ממעמדם בפירמידת הנורמות, היה אפשר לצפות שלא יהיו חילוקי דעות בדבר תחולת החוקה גם בנוגע לפרשנות חוקי היסוד. ואכן, עד לאחרונה היה נראה שזו המגמה שאליה מכוונת הפסיקה בעקבות "המהפכה החוקתית". ליתר דיוק, סמוך לאחר "המהפכה החוקתית" היה יחסו של בית המשפט העליון לנושא מהוסס מעט, ונטה להתייחס אל המשפט הבינלאומי כאל משפט משווה גרידא.⁴⁹ אולם בהדרגה החלו להופיע בפסיקה באופן גובר והולך קולות תמיכה בהחלת החוקה במישור החוקתי. בהקשר זה ראויים במיוחד לציון שלושה פסקי דין.

פסק הדין בעניין אדם טבע ודין, שניתן בשנת 2004, עסק בעתירה נגד חוקתיותו של תיקון לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. העותרים טענו בין היתר, שיש לפרש את הזכויות לכבוד ולחיים, המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ככוללות הגנה על הזכות לאיכות סביבה ראויה. כל השופטים דחו את העתירה; אך לענייננו חשוב לציין, שהשופטת דורנר בדעת היחיד שלה החילה בפועל (אם כי לא במוצהר) את חוקת ההתאמה הפרשנית לא רק כלפי חוק התכנון והבניה, אלא גם באשר לזכויות בחוק היסוד שנדרו בעתירה.⁵⁰ יתרה מכך, השופטת ניסחה את חוקת ההתאמה הפרשנית ככלל "המחייב לפרש כל דין [ישראלי], ככל שהדבר ניתן, כעולה בקנה אחד עם נורמות [המשפט הבינלאומי]."⁵¹ פסק הדין בעניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, שניתן שנה לאחר מכן (בשנת 2005), עסק בעתירה נגד חוקתיות תיקון לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980. העותרים טענו בין היתר, שיש לפרש את הזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ככוללת הגנה על הזכות לקיום בכבוד. כל השופטים נטו להסכים שהזכות לכבוד שבחוק היסוד אכן כוללת בחובה הגנה על רכיבים מסוימים של הזכות לקיום בכבוד; אך בעוד

48 להסברים שונים בדבר הסיבות שהובילו להתפתחויות אלו, ראו את המקורות המובאים לעיל בה"ש 40-42.

49 את הגישה המהוססת הוביל השופט ברק. ראו: בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 515-516 (2004), שם התייחס השופט ברק למשפט הבינלאומי לעניין פרשנות חוקתית כאל משפט משווה גרידא. ראו גם: בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 17-18 (2006); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 482, 544 (2005). שם ציין השופט ברק שלפי המשפט החוקתי הישראלי פגיעה בדין בינלאומי אין בה כשלעצמה כדי להוביל לבטלות החוק הישראלי הפוגע, אך פסח על הסוגיה הנפרדת של מידת השפעתו של הדין הבינלאומי הנפגע על פרשנות הנורמות הרלוונטיות בחוקי היסוד. מנגד, בכתיבתו האקדמית תמך ברק בהחלת חוקת ההתאמה במישור החוקתי. ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית כרך ג 237 (1994) (להלן: ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית).

50 עניין אדם טבע ודין, לעיל ה"ש 49, בעמ' 526-528.

51 שם, בעמ' 528.

ששופטי הרוב סברו שהתיקון לחוק הבטחת הכנסה אינו פוגע בהגנה שחוק היסוד מעניק לזכות זו, סבר השופט לוי בדעת מיעוט שהחוק האמור אינו חוקתי. חשוב מכך לענייננו, בעוד ששופטי הרוב לא התייחסו לדין הבינלאומי הרלוונטי החל על ישראל, השופט לוי התייחס אליו ובפועל פירש את הזכות לכבוד שבחוק היסוד לאורו.⁵² עוד אזכיר בשולי הדברים, שאפילו מעמדת המדינה בעתירה זו עלתה תמיכה בפירוש חוקי היסוד לאור הדין הבינלאומי.⁵³

לבסוף, חשוב מכול הוא פסק הדין בעניין קו לעובד, שניתן שנה לאחר מכן (בשנת 2006). סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 מעניק לשר הפנים סמכות לקבוע מגבלות ברישיון הישיבה בישראל שניתן לאדם הנכנס למדינה. על סמך סעיף זה הגביל שר הפנים את רישיונותיהם של עובדים זרים, כך שנאסר עליהם לעבוד בין מעסיקים בעת שהותם בארץ (להלן: הסדר הכבילה). בעניין קו לעובד פסק בית המשפט העליון מפי השופט לוי, שהסדר הכבילה האמור בטל בשל פגיעתו בזכויות לכבוד ולחירות המעוגנות בחוק היסוד. בחלק של פסק הדין שבחן אם הסדר הכבילה פוגע בזכויות האמורות המעוגנות בחוק היסוד פורטו דיני משפט בינלאומי החלים על ישראל, המעניקים לעובדים בכלל ולעובדים זרים בפרט הגנות שונות שאותן הסדר הכבילה סתר; בתום פירוט זה פסק בית המשפט מפי השופט הלוי כך:⁵⁴

"מקובל על הכל כי מכוחה של 'חזקת ההתאמה' שבין הדין הפנימי להוראות המשפט הבינלאומי, מצווים אנו לפרש דבר-חקיקה – כמוהו כסמכות שקנתה רשות שלטונית – באופן העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי... מכאן, כי סמכות שקנה שר הפנים 'לקבוע תנאים למתן אשרה או רישיון ישיבה' תחומה ומסויגת – כך בין היתר – בזכות הנתונה לכל אדם 'להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי'; בזכות שקנה כל יחיד להנאה מ'תנאי עבודה צודקים ונאותים', וכן בעיקרון אי-ההפליה שבין עובדים-אזרחים לעובדים ממדינות זרות, המעוגנות] באמנות] להן ישראל צד".

לכאורה החיל פסק הדין את חזקת ההתאמה רק בהקשרו של חוק הכניסה לישראל, ונסמך על הדין הבינלאומי הרלוונטי רק על מנת לקבוע את גבולות הסמכות שהוענקה לשר הפנים בס' 6 לחוק. אך יש לשים לב לכך, שהדינים הישראליים שלאמיתו של דבר הוכרעה משמעותם בפסק הדין – בהליך פרשני שהונחה באמצעות חזקת ההתאמה – היו הזכות לכבוד והזכות לחירות המעוגנות בחוק היסוד. במילים אחרות, פסק הדין בעניין קו לעובד הוא הליך משפטי שבו – כבר לא בדעת מיעוט או בדעת יחיד, אלא בפסק הדין העיקרי והמחייב – הוחלה בפועל חזקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי, אם כי עדיין לא לחלוטין במוצהר ומפורש.

52 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד (3) 464, 494-495 (2005).

53 פס' 123 לתגובה מקדמית מטעם פרקליטות המדינה בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 7.

54 ראו: עניין "קו לעובד", לעיל ה"ש 3, בעמ' 379.

לאור המגמה שבאה לידי ביטוי בפסקי הדין האמורים, ההנחה הרווחת הייתה שבית המשפט הולך ומתקדם לעבר קביעת הלכה מפורשת בדבר תחולת החוקה במישור החוקתי.⁵⁵ דא עקא שמגמת פסיקה זו הובילה לתגובת נגד ונעצרה, והקורלציה שבין הופעת תגובת הנגד לבין עצירת המגמה מעלה את החשש שתגובת נגד זו תרמה להיווצרות אפקט מצנן (משמע, תרמה לעצירת המגמה בפסיקה). אסביר את הדברים בקצרה.

על סמך מגמת הפסיקה האמורה טענו העותרים בעניין אדם,⁵⁶ כי מפאת חוקת ההתאמה יש לפרש את הזכויות הרלוונטיות המעוגנות בחוקי היסוד לאור הדין הבינלאומי הרלוונטי, וכי פרשנות זו מובילה למסקנה שהתיקון לחוק למניעת הסתננות מושא העתירה אינו חוקתי.⁵⁷ דא עקא שהיה בטענתם כדי להצית תגובת נגד. אל ההליך הצטרף פורום קהלת כ"ידיד בית המשפט", וטען נחרצות וארוכות שהחלת חוקת ההתאמה בהקשרם של חוקי היסוד אינה ראויה ואינה חוקתית.⁵⁸ ככל הנראה בהשראת פורום קהלת, הממשלה והכנסת החלו אף הן לטעון בהליך זה טענות דומות, אם כי באופן תמציתי יותר ומנומק פחות.⁵⁹ אותה התבנית חזרה על עצמה מאוחר יותר בשתי עתירות נוספות נגד תיקונים מאוחרים יותר לחוק למניעת הסתננות – בעניין איתן⁶⁰ ובעניין דסטה.⁶¹ כלומר, גם בהליכים הללו הצטרף פורום קהלת כ"ידיד בית המשפט" וטען ארוכות (בתגובה לטענה הפוכה מצד העותרים) שאין להחיל את חוקת ההתאמה במישור החוקתי,⁶² והממשלה והכנסת אף הן טענו טענות דומות, אם כי באופן מפורט פחות. שינוי מסוים בתבנית אירע בעניין סילוואד, שעסק בחוקתיות חוק ההסדרה. שם הייתה זו כבר הממשלה עצמה שטענה בפירוט כנגד תחולת החוקה כאמור, וקשה שלא לזהות את טביעת האצבע של עמדת "פורום קהלת" בטיעוניה.⁶³

- 55 להערכה שזו מגמת הפסיקה, ראו: מדינה ושני, לעיל ה"ש 35, בעמ' 20. כמו כן, ראו: Yuval Shany, *Israel, in* DUELLING FOR SUPREMACY: INTERNATIONAL LAW VS. NATIONAL FUNDAMENTAL DUELLING: (הספר להלן); PRINCIPLES 167, 167, 177-178 (Fulvio M. Palombino ed., 2019) (FOR SUPREMACY). עם זאת שני, במאמרו שם, סבור שהמגמה המשיכה גם בפסקי הדין שבהם לטעמי החל כבר לבוא לידי ביטוי האפקט המצנן האמור.
- 56 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013).
- 57 פס' 107-115 לעתירה למתן צו על-תנאי ובקשה לקיום דיון דחוף בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (4.10.2012).
- 58 פרק א לעיקרי טיעון מטעם פורום קהלת בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (30.4.2013) (להלן: טיעוני קהלת בעניין אדם).
- 59 עמדת הממשלה והכנסת כפי שהובאה בעניין אדם, לעיל ה"ש 56, בפס' 53 ו-57 לפסק דינה של השופטת ארבל. עוד ראו: פס' 110 לכתב תשובה מטעם המדינה בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (13.5.2013) (להלן: כתב תשובה מטעם המדינה בעניין אדם); פס' 8 לתגובה מקדמית מטעם המשיבים 2-4 בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (25.12.2012).
- 60 בג"ץ 7385/13 איתן נ' הכנסת (אר"ש 22.9.2014).
- 61 בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (אר"ש 11.8.2015).
- 62 ראו: פרק ב לעיקרי טיעון מטעם פורום קהלת בבג"ץ 7385/13 איתן נ' הכנסת (13.3.2013); פרק א לעיקרי טיעון מטעם פורום קהלת בבג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (25.1.2015) (להלן: טיעוני קהלת בעניין דסטה).
- 63 פס' 227-280 לתגובה מקדמית מטעם ממשלת ישראל בבג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת (21.8.2017) (להלן: עמדת הממשלה בעניין סילוואד).

פסיקת בית המשפט העליון בהליכים שבהם הועלתה ההתנגדות הגוברת להחלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי (משמע, בעניין אדם, איתן, דסטה וסילוואד) מעלה את החשש שהתנגדות זו תרמה להתפתחות אפקט מצנן בפסיקה (אם כי לא להיפוך מגמה מוחלט). בשונה מהציפייה ששררה על סמך המגמה בפסיקה קודם לעתירות הללו, ואף שהצדדים בעתירות הללו טענו ארוכות ומפורשות בנוגע לסוגיה של תחולת חזקת ההתאמה במישור החוקתי, נמנע בית המשפט העליון מלדון מפורשות בסוגיה בכל העתירות האמורות. במקום זאת הסתפק בית המשפט בציון העמדות בסוגיה בראשית פסק הדין, בעת הצגת טענות הצדדים, ולא שב לבחון אותה בשלבי הדיון המהותי וההכרעה.⁶⁴ בה בעת המשיכו שופטי הרוב בפסקי דין אלו, ובייחוד בעניין סילוואד, לפרש הסדרים הקבועים בחוקי היסוד לאור הדין הבינלאומי הרלוונטי.⁶⁵ התנהלות זו מעוררת קושי, שכן נעדרת ממנה הצגה מנומקת של הבסיס המשפטי למהלך הפרשני האמור. יתרה מכך, מדעות המיעוט של השופט הנדל בעניין איתן ובעניין דסטה ושל השופט סולברג בעניין סילוואד משתמעת אפילו תמיכה בעמדה המתנגדת להחלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי, אף שגם שופטים אלו נמנעו מדיון מפורש בסוגיה.⁶⁶

ב. החשיבות של מענה לטענות פורום קהלת, הכנסת והממשלה

מאמר זה שואף לבחון את הטיעונים המרכזיים שהעלו פורום קהלת, הכנסת והממשלה כנגד החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי בחינה שיטתית, ולספק להם מענה סדור. אך בטרם תחל הבחינה, יש צורך להשיב לכמה טענות העולות במשתמע מחלק מהספרות שכבר עסקה בפסיקות בית המשפט העליון בעניין אדם, איתן, דסטה וסילוואד; כל אחת מטענות אלה מובילה לכאורה למסקנה שאין חשיבות רבה לניסיון – כגון ניסיונו של מאמר זה – להציג מענה לטיעונים האמורים.

יש מי שסבורים שפסקי הדין שניתנו בעניין אדם, איתן, דסטה וסילוואד כלל אינם מבטאים שינוי במגמת הפסיקה. לדידם, פסיקת דעת הרוב בפסקי הדין הללו בפועל המשיכה

64 ראו: עניין אדם, לעיל ה"ש 56, בפס' 53, 57 ו-63 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין איתן, לעיל ה"ש 60, בפס' 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין דסטה, לעיל ה"ש 61, בפס' 18 לפסק דינה של הנשיאה נאור; עניין סילוואד, לעיל ה"ש 8, בפס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

65 ראו: עניין אדם, לעיל ה"ש 56, בפס' 7, 79, 88-99, 106 ו-109 לפסק דינה של השופטת ארבל, בפסק דינו של השופט דניציגר ובפס' 3-5 לפסק דינה של הנשיאה נאור; עניין איתן, לעיל ה"ש 60, בפס' 34, 51, 108-109, 112, 156 ו-205 לפסק דינו של השופט פוגלמן ובפס' 3-6 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין דסטה, לעיל ה"ש 61, בפס' 44-45, 51, 68-72, 74 ו-84 לפסק דינה של הנשיאה נאור, בפס' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן ובפס' 13 לפסק דינו של השופט מלצר; עניין סילוואד, לעיל ה"ש 8, בפס' 31-34, 40 ו-64-68 לפסק דינה של הנשיאה חיות ובפס' 3-7 לפסק דינו של השופט מלצר.

66 ראו: עניין איתן, לעיל ה"ש 60, בפס' 8-12 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין דסטה, לעיל ה"ש 61, בפס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין סילוואד, לעיל ה"ש 8, בפס' 2-6 לפסק דינו של השופט סולברג.

את המגמה שבאה לידי ביטוי בפסיקה שקדמה להם – של התקדמות הדרגתית לעבר החלת חוקת ההתאמה במישור החוקתי.⁶⁷ ישנם אפילו מי שסוברים שבפסקי הדין הללו דעת הרוב אף דחתה בכירור – אם כי במשתמע – את טיעוני פורום קהלת, הממשלה והכנסת כנגד החלת החוקה כאמור, שכן בפועל שופטי הרוב אכן פירשו את חוקי היסוד לאור הדין הבינלאומי הרלוונטי.⁶⁸ לעמדתם, הימנעות השופטים מדיון מפורש בטענות הללו ובחירתם במקום זאת להתמקד בטיעונים הקשורים לדין הישראלי הרלוונטי היו לא יותר מצעדים טקטיים, שנבעו מכך שדיון המגיב במפורש לגופן של טענות אלו היה רק "מושג אש" – הן לאור הסוגיות הטעונות שבהן עסקו העתירות והן לאור האווירה הציבורית העכשווית שבה הולך וגובר כוחם של מבקרי בית המשפט העליון.⁶⁹ במילים אחרות, משתמעת מהאמור הנחה שלפיה לטיעונים שהעלו פורום קהלת, הממשלה והכנסת כנגד החלת חוקת ההתאמה במישור החוקתי לא הייתה כל השפעה על פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה (וכפועל יוצא מכך ייתכן שיהיו מי שיטענו שלמהלך שמאמר זה שואף לבצע – של מתן מענה לטיעונים אלו – אין כל חשיבות).

עם זאת אף אם נניח שלטיעונים האמורים שפיתח פורום קהלת (ואומצו בידי הממשלה והכנסת) לא הייתה כל השפעה על פסיקת דעת הרוב בעניין אדם, איתן, דסטה וסילוואד (הנחה שאינה סבירה בעיניי, כפי שאראה בהמשך), אין להתעלם מכך שעדיין הייתה להם השפעה לא-מבוטלת על גורמים אחרים. ראשית, יש לזכור ששני שופטים בקרב שופטי בית המשפט העליון (השופטים הנדל וסולברג) הביעו במשתמע תמיכה בטיעונים הללו, ובהתאם עלולים בעתיד עוד ועוד שופטים להשתכנע מהם.⁷⁰ שנית, יש לשים לב לכך שהממשלה והכנסת (לרבות בהליכים שבהם הן יוצגו בידי היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לכנסת) מפגינות נכונות הולכת וגוברת לאמץ את הטענות הללו לחיקן, ולטעון אותן בפני בג"ץ כטענות מטעם המדינה.⁷¹ שלישית, באופן כללי יותר, עמדה המניחה שאין ערך רב לכתיבה אקדמית הבוחנת בחינה ביקורתית את הטיעונים הללו שפיתח פורום קהלת היא עמדה המתעלמת מההשפעה ההולכת וגוברת של ארגון זה.⁷²

יתרה מכך, הטקטיקה שאימצו שופטי דעת הרוב בפסיקה החל מעניין אדם ואילך – של פרשנות הסדרים הקבועים בחוקי היסוד לאור הדין הבינלאומי הרלוונטי תוך הימנעות

67 ראו למשל: Shany, לעיל 55, בעמ' 167 ו-177-178; כהן "מבט עדכני", לעיל ה"ש 42, עמ' 58-59.

68 ראו למשל: תמר הוסטובסקי ברנדס "המסגרת הנורמטיבית החלה בגדה המערבית: בין משפט בינלאומי למשפט חוקתי" **ICON-S-IL Blog** (21.2.2021) (להלן: הוסטובסקי ברנדס "המסגרת הנורמטיבית החלה בגדה המערבית").

69 ראו במיוחד: Tamar Hostovsky Brandes, *The Diminishing Status of International Law in the Decisions of the Israeli Supreme Court Concerning the Occupied Territories*, 18 I-CON 767, 780 (2020).

70 ראו: עניין איתן, לעיל ה"ש 60, בפס' 8-12 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין דסטה, לעיל ה"ש 61, בפס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין סילוואד, לעיל ה"ש 8, בפס' 2-6 לפסק דינו של השופט סולברג.

71 ראו לעיל ה"ש 5-7 ואת הדיון בגוף הטקסט הסמוך.

72 שם.

מהצגה מנומקת של בסיס משפטי למהלך הפרשני האמור – היא טקטיקה שלה כשלעצמה יש פוטנציאל משמעותי "למשוך אש"; שכן ניתן להציגה כנעדרת בסיס משפטי, ולפיכך כלא-לגיטימית. נכון הדבר שייתכן שישנם טיעונים אפשריים לטובת החלת חזקת ההתאמה שבהקשר הישראלי העכשווי הסתמכות עליהם עלולה "למשוך אף יותר אש". אך סבורני שאין הדבר נכון בנוגע לטיעונים המובאים במאמר זה, שכן אלו נסמכים על אדנים מקובלים יחסית (של הסתמכות על טיעונים בעלי אוריינטציה ציונית ועל טיעונים בעלי אוריינטציה פורמליסטית). לפיכך, הסתמכות עליהם כבסיס להחלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי ספק אם תעורר יותר ביקורת (וייתכן שאף תעורר פחות ביקורת) בהשוואה למדיניות "החמקנית" העכשווית.

לא אז אף, בניגוד לטענה שלפיה דעות הרוב בעניין אדם, איתן, דסטה וסילוואד בפועל דחו את טיעוני קהלת, הממשלה והכנסת כנגד החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי, הרי בעניין חסון, שעסק בחוקתיות חוק-יסוד: הלאום,⁷³ אשר שניתן כשנה לאחר עניין סילוואד, הובהר ש"השאלה אם חזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם על חוקי-היסוד טרם הוכרעה בדין הישראלי".⁷⁴ זאת ועוד, ההנחה כאילו הפסיקה של דעת הרוב בפסקי הדין מעניין אדם ואילך היא המשך של מגמת הפסיקה שקדמה לה פשוט אינה נכונה. בפסיקה שניתנה מעניין אדם ואילך, בשונה מקודמתה, נמנעו השופטים באופן מוצהר ועיקש מלדון בתחולת החזקה במישור החוקתי (ויתרה מכך, הם עשו זאת למרות טיעונים מפורטים ומפורשים של הצדדים בנושא).⁷⁵ במילים אחרות, הפסיקה שניתנה החל מעניין אדם מבטאת לכל הפחות הליכה של צעד לאחור – מהכרה משתמעת אך ברורה יחסית בכך שהמהלך הפרשני מבוצע על סמך חזקת ההתאמה, להתחמקות עיקשת ומוצהרת מהכרה כאמור.

העובדה שמדובר בשינוי מגמה אף בולטת במיוחד לאור הסוגיות שנדונו בעניין אדם, איתן, דסטה וסילוואד. כזכור, ההנחה שקדמה לפסיקה שניתנה החל מעניין אדם הייתה שמדובר במגמה מתפתחת, שתוביל בהקדם לקביעת הלכה ברורה בדבר תחולת חזקת ההתאמה במישור החוקתי. עוד כזכור, בנוגע לענייני "jurisdiction", בהקשר של אזור יהודה ושומרון ובסוגיות של זכויות אדם, בית המשפט העליון נוטה להיות קשוב במיוחד לצורך להביא בחשבון את הדין הבינלאומי.⁷⁶ לפיכך, לו אכן דובר בהמשך מגמת הפסיקה הקודמת, הרי היה אפשר לצפות שיהיה זה בעניין אדם, איתן, דסטה או סילוואד שבית המשפט יגיע סוף סוף לקביעת הלכה ברורה בדבר תחולת חזקת ההתאמה במישור החוקתי; שהרי עניין אדם, איתן, ודסטה עסקו כולם בסוגיות פרשניות הנוגעות לזכויות אדם, ואילו עניין סילוואד עסק אף הוא בסוגיה פרשנית הנוגעת לזכויות אדם, ועוד בהקשר שנגע הן לשטחים הכבושים והן לשאלה בדבר "jurisdiction".⁷⁷

73 חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

74 עניין חסון, לעיל ה"ש 11, בפס' 57 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

75 ראו את ההפניות המובאות לעיל בה"ש 64-65.

76 ראו את המקורות המובאים לעיל בה"ש 43-46.

77 והרי סוגיה פרשנית-חוקתית מרכזית בעתירה (שמהכרעה בה בחרה דעת הרוב להתחמק) הייתה שאלת תחולת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחוץ לגבולות המדינה, בשטחים הכבושים (כמו גם שאלת היקף סמכות הכנסת לחוקק חקיקה בעלת תחולה אקסטרטוריאלי).⁷⁷

בניגוד לעמדה שנדונה לעיל, שלפיה פסקי הדין בעניין אדם, איתן, דסטה וסילוואד המשיכו את המגמה שבאה לידי ביטוי בפסיקה שקדמה להם, מחלק מהספרות שכבר עסקה בפסקי דין אלו עולה עמדה אחרת, קרובה יותר לשלי, שלפיה פסקי הדין הללו אכן מבטאים שינוי מגמה ו"משתלבוים" במגמה [נגדית] של היחלשות מעמד המשפט הבינלאומי (בפסיקת בית המשפט העליון)⁷⁸. אולם עמדה זו נוטה לייחס את שינוי המגמה הבא לידי ביטוי בפסקי הדין הללו להשפעתן של התפתחויות א־משפטיות (פוליטיות וחברתיות) רחבות, ולפיכך משתמע לכאורה שהיא אינה מייחסת את השינוי להשפעה המהותית של הטענות כנגד החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי שהעלו בהליכים אלו פורום קהלת, הממשלה והכנסת.⁷⁹ אכן, בעשור וחצי האחרונים⁸⁰ ישנה תופעה רחבה של שינוי באופי פסיקת בית המשפט העליון, הבאה לידי ביטוי במגמות נגד של היחלשות שלוש ההתפתחויות בפסיקת בית המשפט שצוינו מוקדם יותר (מסיבות רבות ומגוונות, חלקן ייחודיות־ישראליות וחלקן גלובליות יותר, תוך שישנה חפיפה ניכרת אך חלקית בין הסיבות לכל אחת משלוש מגמות הנגד). משמע, בהשוואה לראשית שנות האלפיים (ולשנות התשעים) בית המשפט העליון נכון פחות להישען בפסיקותיו על המשפט הבינלאומי, וכן (בהקשרים רבים) נכון פחות להעביר ביקורת שיפוטית על פעולות הממשלה ועל חוקי הכנסת.⁸¹ בהתאם, קשה להטיל ספק בכך שהשינוי באופי הפסיקה שעסקה בתחולת חזקת ההתאמה במישור החוקתי, שהחל בעניין אדם, הוא חלק מתופעה רחבה זו. עם זאת אני מתקשה לקבל הנחה שלפיה לטיעוני פורום קהלת, הממשלה והכנסת כנגד החלת החזקה במישור החוקתי לא הייתה כל השפעה על השינוי באופי פסיקת בית המשפט בסוגיה, בייחוד לאור הקורלציה שבין שני הדברים; והרי השינוי במגמת הפסיקה בסוגיה החל לבוא לידי ביטוי בפסקי הדין שניתנו באותם הליכים ממש שבהם החלו פורום קהלת, הממשלה והכנסת לטעון את טיעוניהם בנושא. הסבר סביר יותר לטעמי הוא, שהן תהליכים חברתיים ופוליטיים כלליים והן הטענות המהותיים של פורום קהלת של הממשלה ושל הכנסת כנגד החלת החזקה, השפיעו על בית המשפט. באופן קונקרטי יותר, אפשר לשער שהקושי לספק מענה שלא "ימשוך אש" לטיעונים הללו (משמע, קושי הנובע הן מהטיעונים עצמם והן מהשפעת אלמנטים כלליים יותר) הוביל את בית המשפט להימנעותו מהתמודדות מפורשת עם הטענות. לפיכך ישנה חשיבות להצגת מענים לטיעונים האמורים שבתקווה "ימשכו אף פחות אש" מהמדיניות החמקנית הנוכחית.

78 הוסטובסקי ברנדס "המסגרת הנורמטיבית החלה בגדה המערבית", לעיל ה"ש 68.

79 ראו למשל שם.

80 יצוין שבניגוד לעמדה הרווחת, ישנם מי שסבורים שעדיין מוקדם לקבוע את מידת עוצמתן של מגמות הנגד האמורות (ראו למשל: כהן "מבט עדכני", לעיל ה"ש 42, בעמ' 51-52), ויש אף מי שסבורים שמגמות אלו לא היו משמעותיות (ראו למשל: שוקי שגב "הבית (משפט) תמיד מנצח: על מהפכת הנגד השמרנית בישראל" הפורום הישראלי למשפט וחירות (2.6.2020) (<https://lawforum.org.il>)).

81 ראו למשל: ויילר ולוסטיג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 490-499; Hostovsky Brandes, לעיל 69, בעמ' 780-789; אילן סבן "תגובת הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית" "המרחב הציבורי" 13, 13, 20-15, 27, 33-34 (2017-2018); עמיחי כהן מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד 245-276 (2020).

במילים אחרות, אני מקווה שלמענים מסוג זה המוצגים במאמר הנוכחי תימצא אוזן קשבת בבית המשפט העליון, לרבות בקרב השופטים המוגדרים לעיתים כ"שמרנים", בייחוד לאור שני האדנים (הפורמליסטי מחד והציוני מאידך) שעליהם נסמך המאמר בעיקרו. באופן דומה, אני מקווה שיהיה בעמדה שתוצג כאן כדי להשפיע על מידת נכונותם של גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה ולכנסת להמשיך ולאמץ גם בעתיד אל תוך כתבי הטענות של המדינה את הטענות שפיתח פורום קהלת כנגד החלת חזקת ההתאמה.

אציין שבחציתי לבחון בחינה שיטתית במאמר את כל אחד מהטענות המרכזיים שהעלו פורום קהלת, הכנסת והממשלה הן מכיוון שהממשלה והכנסת היו נכונות לאמץ אימוץ גורף למדיי את הטענות שפיתח פורום קהלת, והן מכיוון שבית המשפט בחר בשיטתיות שלא להתייחס לגופם של כלל הטענות הללו. לפיכך, הן בהקשרן של הממשלה והכנסת והן בהקשרן של בית המשפט, אף שניתן לשער שהייתה השפעה לטענות האמורים, אי-אפשר לדעת לאילו מהם ספציפית הייתה השפעה כאמור.

ג. האם חזקת ההתאמה מניחה עליונות של הדין הבינלאומי על פני המדינתית?

הממשלה, הכנסת ופורום קהלת יצאו בטענותיהם מתוך הנחה שהחלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי כמוה כאימוץ כלל של עליונות המשפט הבינלאומי לעומת המשפט הישראלי ובכלל זה חוקי היסוד. בלשון הממשלה, בעניין סילוואד, מדובר ב"אותה גברת... בשינוי אדרת"⁸². לפיכך הם טענו (בין היתר) שדי בהחלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי, ושאינן נדרשת הענקה מפורשת של מעמד עליון למשפט הבינלאומי לצורך "הפיכת השיטה הדואליסטית בישראל לשיטה מוניסטית"⁸³. אפתח בבחינת טענות אלו, שכן הדיון בהן יכול לסייע בהבהרת אופי היחסים שבין מערכות משפט מדינתיות (כגון הישראלית) לבין מערכת המשפט הבינלאומי.

אכן, באופן מסורתי נשלט הדיון התורת משפטי בדבר היחס שבין המשפט המדינתית והבינלאומי בידי שתי אסכולות מרכזיות – "מוניזם" ו"דואליזם". גישות "מוניסטיות" סבורות שהדין הבינלאומי ודיני המדינות השונות שייכים בעצם למערכת משפט אחת. מרביתן גם סבורות – מסיבות שונות – שהדין הבינלאומי הוא העליון, כך שבמקרה של סתירה בין דין בינלאומי לדין מדינתית כלשהו (אפילו סעיף בחוקת המדינה), הדין הבינלאומי גובר. מנגד, גישות "דואליסטיות" סבורות שרק המשפט המדינתית פונה לבני האדם, ואילו המשפט הבינלאומי פונה למדינות. כפועל יוצא מכך הן נוטות להניח שעל בני האדם לציית לדין המדינתית כאשר ישנה סתירה בינו לבין הדין הבינלאומי.⁸⁴

82 עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 247. ראו גם במשתמע: בקשת קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 4, בפס' 13; עניין אדם, לעיל 56, בפס' 57 לפסק דינה של השופטת ארבל (הצגת עמדת הכנסת).

83 עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 250. עוד ראו: טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 11-12.

84 יניב רוזנאי "משפט על-לאומי, גלובליזציה והסמכות המכוננת: ראשית עיון ומגמות השוואתיות" משפט וממשל כב 1, 9 (2021) (להלן: רוזנאי "משפט על-לאומי"); MALCOLM SHAW;

הן המוניזם והן דואליזם מנסים לספק בהקשר הספציפי של היחס שבין מערכות משפט מדינת לבין המשפט הבינלאומי מענה לפרדוקס תורת משפטי כללי יותר, שלפיו יש כשל לוגי בקיומן של שתי מערכות נורמטיביות הפונות במקביל לאותו הציבור. פרדוקס זה נובע מההנחה התאורטית-לוגית המכונה "תזת ההתאמה", שלפיה מבחינה נורמטיבית דבר לא יכול להיות בו-זמנית גם "אסור" וגם "מותר". אמחיש את הפרדוקס: תחת ההנחה התאורטית-לוגית האמורה, דמיינו מצב שבו מערכת אחת (כגון המשפט הישראלי) אוסרת על מעשה מסוים, ואילו המערכת השנייה (בענייננו המשפט הבינלאומי) מורה על ביצועו. במצב שכזה, "החלה שוות-ערך של שתי השיטות על המקרה הייתה גורמת לא רק לסתירה עניינית באשר להתנהגות הנרונה, אלא גם לסתירה הגיונית [כללית]... המשפט הישראלי, האוסר על המעשה, מכריז מכוח הנורמה הבסיסית שלו כי הנורמה [של המשפט הבינלאומי] – שאינה מושתתת על חוק של הכנסת – נעדרת תוקף. מסקנת הראי עולה מן המשפט [הבינלאומי]".⁸⁵ לפיכך, מפאת "תזת ההתאמה", היה ומערכת אחת תכיר בכך שנורמות המערכת השנייה מעמדן עליון לעומת נורמות שלה, הרי יחדל קיומה העצמאי של אותה מערכת והיא תיבלע לתוך המערכת השנייה.⁸⁶ זהו בעצם הפתרון שמציעות הגישות "המוניסטיות" לפרדוקס האמור בהקשר של היחס שבין המשפט הבינלאומי והמדינתי, בכך שהן מניחות שהדין הבינלאומי ודיני המדינות השונות שייכים בעצם למערכת משפט אחת, ובכך שהן נוטות להניח שלמשפט הבינלאומי מעמד עליון. לעומתן, הגישות "הדואליסטיות" מנסות לפתור את הפרדוקס באמצעות התכחות להתקיימותו בהקשר זה, והרי לגישת המשפט המדינתי פונה לבני האדם ואילו המשפט הבינלאומי פונה למדינות, ולפיכך אין מדובר כלל במערכות הפונות לאותו ציבור.⁸⁷

תומכי כל אחד מהמחנות גם מציגים שיקולים רבים ושונים (פורמליסטיים, פרקטיים וערכיים) לטובת העדפה של ציות למערכת שבעליונותה הם תומכים. קצרה היריעה מלהציג כאן את שלל השיקולים שהוצגו. אסתפק ואומר שעל אף שכל צד הצליח להפנות לשיקולים משמעותיים לטובת העדפה של ציות למערכת המשפט שבעליונותה הוא מצדד, הרי תומכי המחנה הנגדי הצליחו להראות שבמציאות השיקולים האמורים חלשים יותר ממה שהמצדדים בהם טוענים, כמו גם להציג שיקולים משמעותיים לטובת העדפת הציות למערכת הנגדית. לפיכך, ספק אם אפשר בכלל להכריע באופן אובייקטיבי איזו מבין המערכות היא העליונה.⁸⁸

.INTERNATIONAL LAW 131-33 (6th ed. 2008)

85 יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 97-98 (מהדורה שנייה, 2019) (במקור הדוגמה דנה ביחסים המשפט הישראלי והצרפתי). ראו גם את חיבורו של עמנואל קאנט משנת 1793: EMANUEL KANT, *On the Common Saying: "This May Be True In Theory, But It Does Not Apply in Practice"*, in KANT – POLITICAL WRITINGS 61, 74 (H.B. Nisbet trans., Hans Reiss ed., 1970).

86 אנגלרד, לעיל ה"ש 85, בעמ' 98.

87 SHAW, לעיל ה"ש 84, בעמ' 131-133.

88 ראו: Edwin Borchard, *The Relation Between International Law and Municipal Law*, 27 VA. L. REV. 137, 139-43 (1940). בשיקולים החזקים יותר לטובת הציות למשפט הבינלאומי בולטים שני אלה: (א) העובדה הפרקטית שישנם יותר ויותר תחומים שאי-אפשר להסתפק בהסדרתם המקומית בלבד; (ב) הפוטנציאל הערכי הטמון בדין הבינלאומי כדי להתגבר באמצעותו על

בהתאם, ננטש בחלוף הזמן הוויכוח התיאורטי בשיח האקדמי שבין הגישות המוניסטיות והדואליסטיות במידה רבה, מבלי שהוכרע.⁸⁹ יתרה מכך, כאלטרנטיבות למוניזם ולדואליזם התפתחו גישות אחרות, רבות ומגוונות, שהמכנה המשותף לחלק נכבד מהן הוא קבלה כנתון שאינו ניתן לשינוי את העובדה של אפשרות קיומן המקביל במציאות של מערכות נורמטיביות שונות, כגון במקרה של המשפט המדינתי והבינלאומי.⁹⁰ שונה הדבר במישור המעשי. במישור זה השפעת הגישות המוניסטיות והדואליסטיות עדיין נותרה משמעותית (אף על פי שכפי שיידון בהמשך, הן במשפט הבינלאומי והן במערכות המשפט המדינתיות אומצו גם הסדרים שונים מסוימים, המשקפים גישות תורת

אינטרסים מקומיים-אנוכיים וכדי לממש דרכו ערכים ואינטרסים אוניברסליים; ראו: MATTHIAS KUMM, *The Normative Order of the Internet* 33-35 (2020); ויילר ולוסטיג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 423 ו-492. מנגד, בשיקולים החזקים יותר לטובת הציות לדיני מערכות המשפט המדינתיות מצויים אלה: (א) העובדה שבמערכות אלו ישנם פעמים רבות מנגנונים אפקטיביים של איזונים ובלמים, של אכיפה ושל עידוד השתתפות, השואפים לצמצם אי-שוויון וניצול לרעה של כוח פוליטי (בעוד שהמנגנונים המקבילים במשפט הבינלאומי הם ככלל חלשים ביותר, ולעיתים אף אינם קיימים); (ב) העובדה שגם לערכים מקומיים יש משקל מוסרי, הטמון בזכות להגדרה עצמית, ושאינו בהכרח פחות משל ערכים אוניברסליים; (ג) העובדה שדינים מדינתיים, לאור המנגנונים שדרכם הם נוצרים, פעמים רבות (ובייחוד במדינות דמוקרטיות) משקפים ערכי מוסר יסודיים, כגון מימוש הזכות להגדרה עצמית וייצוגיות; ראו: Doreen Lustig & J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World – Retrospective and Prospective*, 16 I-CON 315, 357-69 (2018); Gerald Steinberg, *The UN, the ICJ and the Separation Barrier: War by Other Means*, 38 ISR. L. REV. 331, 335 (2005); Michael Walzer, *The Moral Standing of States*, 9 PHIL. & PUB. AFF. 209, 210-213 (1980). כמו כן, אין לחדד שבמציאות "הדין הבינלאומי אינו בהכרח (מהווה) שיקוף מאוזן של האינטרסים [הערכים] הבינלאומיים... ולא אחת הוא ביטוי לרצונם של גורמים אינטרסנטיים חזקים" (ויילר ולוסטיג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 492). בה בעת יש להודות, שבמערכות משפט מדינתיות קיימות – אפילו אלו הדמוקרטיות – ישנם שלל כשלים, הגורמים לכך שהדין המדינתי במקרים רבים אינו משקף ערכים של הגדרה עצמית וייצוגיות, פוגע חמורות בזכויות אדם, אינו אפקטיבי או משרת אינטרסים צרים.

89 ראו: Matthias Kumm, *Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement*, in *MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* 256, 257 (Sujit Choudhry ed., 2007).

90 למקורות המצדדים בגישות פלורליסטיות, ראו למשל את אלו המובאים להלן בה"ש 100. למקורות התומכים בגישות פרגמטיות, ראו למשל את המאמרים השונים בספר: THE CHALLENGE OF INTER-LEGALITY (Jan Klabbbers & Gianluigi Palombella eds., 2019). לשלל גישות נוספות המכירות בקיום המקביל של מערכות נורמטיביות, ושחלקן אף רואות בו ערך מוסרי או פרקטי, ראו למשל: ויילר ולוסטיג, לעיל ה"ש 42; Eyal Benvenisti & Alon Harel, *Embracing the Tension Between National and International Human Rights Law: The Case for Discordant Parity*, 15 I-CON 36 (2017); Martti Koskeniemi, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, 8 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 9 (2006).

משפט חלופיות). מחד, על אף שכיום בשיח התאורטי רק מעטים עוד מצדדים בעמדות מוניסטיות, הלכה למעשה מערכת המשפט הבינלאומי, על דיניה ומוסדותיה, יוצאת במידה רבה מנקודת הנחה של עליונות המשפט הבינלאומי לעומת כל דין מדינתי.⁹¹ מאידך, על אף שכיום בשיח התאורטי רק מעטים מצדדים בעמדות דואליסטיות, הלכה למעשה מערכות משפט מדינתיות, על דיניהן ומוסדותיהן, יוצאות במידה רבה מנקודת הנחה של עליונות הדין שלהן לעומת המשפט הבינלאומי.⁹² ויודגש, דברים אלו נכונים לא רק בנוגע למערכות המשפט המדינתיות שנהוג לכנותן "דואליסטיות", אלא גם בנוגע לאלו שנהוג לכנותן "מוניסטיות".

אסביר את הדברים בקצרה. המדינות המכונות "דואליסטיות" הן מדינות שבמשפט הציבורי (החוקתי והמנהלי) שלהן באה לידי ביטוי בצורה חדה וברורה יחסית ההצהרה של עליונות מערכת המשפט המדינתית על הבינלאומית, מפאת השפעה חזקה שהייתה להשקפות פילוסופיות בעלות אוריינטציה דואליסטית על עיצובו של המשפט החוקתי שלהן. מנגד, מדינות המכונות "מוניסטיות" הן מדינות שבהן מפאת השפעה ניכרת שהייתה להשקפות פילוסופיות בעלות אוריינטציה מוניסטית, המשפט הציבורי שלהן נוטה לכלול הסדרים הקולטים בקליטה ישירה את דיני המשפט הבינלאומי אל תוך מערכת המשפט במדינה, ואף מעניקים להם מעמד נורמטיבי גבוה בפירמידת הנורמות המדינתית.⁹³

דא עקא שכינוי מערכות משפט מדינתיות כ"דואליסטיות" או כ"מוניסטיות" לוקה באי-דיוק. ראשית, בפועל במדינות רבות ההסדרים העוסקים ביחס המוענק למשפט הבינלאומי מבטאים איזון ופשרה בין שלל גישות ושיקולים, חלקם בעלי אוריינטציה "מוניסטית" וחלקם בעלי אוריינטציה "דואליסטית".⁹⁴ כך למשל, הסיווג הרווח של מערכת המשפט הישראלית או האנגלית כ"דואליסטית" אינו מדויק.⁹⁵ בעוד שהוא מתיישב עם ההסדר החל באשר לדין בינלאומי הסכמי, הוא אינו מתיישב עם ההסדר החל באשר לדין בינלאומי מנהגי, שכן מנהג בינלאומי נקלט ישירות לדין המדינה. בה בעת, ההסדר האמור גם אינו מתיישב לחלוטין עם גישה מוניסטית, שכן לפיו מעמדו הנורמטיבי במשפט המדינתי של המנהג הבינלאומי אינו עליון לעומת כל דין מדינתי, אלא רק לעומת חקיקת משנה ופעולות מנהל. ואכן, בחינה היסטורית מגלה שהסדר זה התפתח במידה רבה מתוך שאיפה לאזן בין עקרון עליונות הפרלמנט, שהוא עיקרון חוקתי בעל אוריינטציה דואליסטית, מחד, לבין השקפות מוסריות-אוניברסליסטיות בעלות אוריינטציה מוניסטית הנטועות עמוק בהגות המשפט המקובל, מאידך.⁹⁶

91 ברודי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 66; Anne Peters, *Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law*, 3 VIENNA ONLINE J. INTL CONST. L. 170, 183 (2009).

92 שם, בעמ' 187; רוזני "משפט על-לאומי", לעיל ה"ש 84, בעמ' 36.

93 ERIK POSNER & ALAN SYKES, *ECONOMIC FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL LAW* 139-40 (2013).

94 SHAW, לעיל ה"ש 84, בעמ' 177-178.

95 בנימין רובין "אימון אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי-המשפט" משפטים יג 210, 212 (1983).

96 שם, בעמ' 212-214.

שנית, וחשוב יותר לענייננו, הכינוי מדינות "מוניסטיות" בפרט רחוק מלהיות מדויק מסיבה חשובה נוספת. ככלל, אף במדינות שנהוג לכנותן "מוניסטיות" מעוגנים הסדרים יסודיים שבהם מובלעת ההנחה בדבר עליונות מערכת המשפט המדינתית לעומת המשפט הבינלאומי, ובראשם לכל הפחות אחד מאלה: (1) הסדר שממנו עולה כי מעמדו הנורמטיבי הגבוה של הדין הבינלאומי אינו אינהרנטי, אלא נובע מנורמה משפטית מדינתית (כגון החוקה) שהעניקה לו מעמד זה;⁹⁷ (2) הסדר הקובע כי הדין הבינלאומי שיחייב במדינה יהיה דין זה כפי שיפרשוהו מוסדות המדינה (כגון בתי המשפט שלה).⁹⁸ קיומם של הסדרי הצהרת עליונות שכאלו הוא הכרחי, אפילו במדינות המכונות "מוניסטיות", שהרי בלעדיהם תתקשה מערכת שכזו לשמור על קיומה העצמאי. בכך גם נעוץ ההסבר למציאות הסבוכה שלפיה המשפט הבינלאומי במידה רבה עדיין מצדד במוניזם, בעוד שמערכות המשפט המדינתיות במידה רבה עדיין מצדדות בדואליזם. כלומר הסבר זה טמון בכך, שלאור תזת ההתאמה, כל מערכת נורמטיבית השואפת לשמור על קיומה העצמאי חייבת להצהיר על עליונותה לעומת כל מערכת מתחרה.

אך מציאות סבוכה זו מעלה תהייה: כיצד ממשיכות להתקיים לאורך זמן במקביל הן מערכת המשפט הבינלאומי והן מערכות המשפט המדינתיות? והרי קיום מקביל שכזה של מערכות נורמטיביות הפונות לאותו קהל והטוענות כל אחת לעליונות הוא מצב בלתי-אפשרי מבחינה תאורטית-לוגית. מענה לתהייה זו ניתן למצוא בתוכנות שהתפתחו בשיח התורת משפטי לאחר שאבדה התקווה להכריע בין המוניזם והדואליזם. התוכנה הראשונה היא, שבשונה מהמישור התאורטי, במציאות אכן ישנם מקרים רבים שבהם מתקיימות – אפילו לאורך זמן – כמה מערכות משפט הפונות במקביל לאותו קהל. התוכנה השנייה היא, שפעמים רבות אי-אפשר להכריע הכרעה אובייקטיבית איזו מבין המערכות המתחרות דינה עליונים מבחינה נורמטיבית. התוכנה השלישית היא, שבמצבים שכאלו כל אחת מהמערכות המתחרות תהיה חייבת לטעון לעליונות (והרי אם לא, היא עלולה לאבד את קיומה העצמאי). לבסוף, התוכנה הרביעית והחשובה ביותר היא, שקיום מקביל שכזה – למרות הצהרות העליונות הנוגדות – לא בהכרח צריך להוביל לעימות כולל שבו כל מערכת מנסה לאיין את זולתה.⁹⁹ במקרים רבים יש למערכות השונות שיקולים ארוכי טווח (ערכיים ופרקטיים) לטובת הימנעות מעימות כולל. במקרים שכאלו כל אחת מהן נוטה לאמץ הסדרים משפטיים שונים, שתכליתם להקטין את פוטנציאל החיכוך.¹⁰⁰ על אף שמנגנונים שכאלו מפותחים כיום במידה רבה בהשפעת גישות תורת משפט הכופרות בצורך להכריע איזו מערכת היא העליונה נורמטיבית, הרי במערכות המשפט שאליהן מאומצים מנגנונים אלו (מסיבות שכבר

97 רזנאי "משפט על-לאומי", לעיל ה"ש 84, בעמ' 36.

98 Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg, *International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation*, 109 Am. J. Int'l L. 514, 516, 522-23 (2015)

99 ראו: Ziv Bohrer, *Divisions over Distinctions in Wartime International Law*, in ZIV BOHRER, JANINA DILL, & HELEN DUFFY, *LAW APPLICABLE TO ARMED CONFLICT* 106, 164-68 (Anne Peters & Christian Marxsen eds., 2020).

100 ראו: PAUL SHIFF BERMAN, *GLOBAL LEGAL PLURALISM: A JURISPRUDENCE OF LAW BEYOND BORDERS* 9-10 (2012); Klaus Günther, *Normative Legal Pluralism: A Critique*, in *JURISPRUDENCE IN A GLOBALIZED WORLD* 84, 88-89 (Jorge L. Fabra-Zamora ed., 2020)

הוסברו) עדיין קיים ככלל צורך להכריז שמבחינתן סוגיית העליונות הוכרעה, ולטובתן. בהתאם, במקרים רבים הסדרים שכאלו, אף שהם מורים להתחשב בדניי המערכת האחרת (ולעיתים אף להעניק להם קדימות בהקשרים מסוימים), מבחינה פורמלית מובלעת בהם הצהרה שלפיה הדבר נעשה מבלי שיהיה באימוץ ההסדר משום ויתור על העמדה העקרונית שלפיה המערכת שבה אומץ ההסדר עליונה לעומת המערכת האחרת.¹⁰¹ עוד בהשפעת גישות תורת משפט הכופרות בצורך להכריע איזו מערכת משפט עליונה, מערכות משפט שונות מאמצות לעיתים גם הסדרים שונים (פורמליים ואפורמליים) בהקשר של האינטראקציות שביניהן לבין מערכות אחרות, אשר נועדו לשרת תכליות נוספות (במקום התכלית של הקטנת פוטנציאל החיכוך בין המערכות או נוסף עליה), כגון קידום דיאלוג בין המערכות או שימוש בנורמות ובמוסדות הקיימים במערכת אחת כדי לפצות על נקודות חולשה הקיימות במערכת האחרת.¹⁰²

היחסים שבין מערכת המשפט הבינלאומי לבין מערכות המשפט המדינתיות נחשבים בהכללה לדוגמה הארכיטיפית למקרה שבו למערכות המשפט הפונות לאותו קהל במקביל יש שיקולים חזקים להימנע מעימות כולל.¹⁰³ מחד, האפקטיביות של מערכת המשפט הבינלאומי תלויה במידה רבה בנכונותן של מדינות לאכוף את דיניה.¹⁰⁴ מאידך, מדינות נהנות מרווחים פרקטיים רבים ושונים בעקבות שיתוף הפעולה המתאפשר ברמה הבינלאומית בזכות הדין הבינלאומי והציות לו.¹⁰⁵ כמו כן, במתן כבוד למשפט הבינלאומי יש משום הכרה בשותפות גורל בין כלל חברי האנושות. יתרה מכך, חלק לא־מבוטל מדיני המשפט הבינלאומי מבטאים ערכים חשובים שמדינות מעוניינות לקיים ברמה העקרונית, וברמה המעשית שואפות להיעזר במשפט הבינלאומי כדי ליצור מנגנונים שימנעו מהן מלהפתות להפר ערכים אלו במקרים נקודתיים.¹⁰⁶ בהתאם, הן במשפט הבינלאומי והן במערכות המשפט המדינתיות השונות אומצו הסדרים שונים שתכליתם להקטין את פוטנציאל החיכוך בין המערכות, ולטייב את האינטראקציות ביניהן.¹⁰⁷ אחד מאותם הסדרים, שאומץ במערכות משפט מדינתיות רבות, הוא "חזקת ההתאמה הפרשנית".¹⁰⁸

חזקה זו שואפת כאמור להקטין ככל שניתן את הפער הפוטנציאלי שבין מה שקבוע בדין המדינתי לבין חובותיה של אותה מדינה על פי המשפט הבינלאומי, ובכך להקטין את החיכוך שבין מערכות משפט אלו. כמו כן, יש בחזקה משום הכרה בקיום ערכים אוניברסליים-משותפים המשתקפים בחלק מהדין הבינלאומי, בכך שפעמים רבות נורמות בחיקוקים מדינתיים מאומצות ומעוצבות בהשפעתן של נורמות משפט בינלאומי ובכך

101 Bohrer, לעיל ה"ש 99, בעמ' 167.

102 ראו למשל בהקשר זה, ויילר ולוסטיג, לעיל ה"ש 42.

103 Bohrer, לעיל ה"ש 99, בעמ' 167.

104 ראו: ALINA KACZOROWSKA-IRELAND, PUBLIC INTERNATIONAL LAW 12 (2015).

105 Shaw, לעיל ה"ש 84, בעמ' 45; Borchard, לעיל ה"ש 88, בעמ' 143-144.

106 ראו למשל: KIRSTEN FISHER, MORAL ACCOUNTABILITY AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 9 (2013).

107 לדוגמה אחת (מיני רבות) להסדר במשפט הבינלאומי שזה ייעודו, ראו: אמנת וינה, לעיל ה"ש 26, בס' 46.

108 Posner & Sykes, לעיל ה"ש 93, בעמ' 139-140.

שדיאלוג בין מערכות המשפט המדינתית והבינלאומי הוא הכרחי ובלתי-נמנע, לבטח בעידן הגלובלי-העכשווי.¹⁰⁹ הכרה בשיקולים אלו נדרשת אף ביתר שאת בהקשר החוקתי, שכן "בעידן הגלובליזציה... חוקות מצויות בהתייחסות גומלין עם סביבה של רעיונות ומוסדות אשר חיצונית לגבולות המדינה... הליכי כינון חוקות [ותוכן החוקות] מושפעים יותר ויותר מנורמות ומוסדות על לאומיים... חוקות, בקצרה, קיבלו אפוא צורה גלובלית".¹¹⁰

בה בעת אין להתכחש לכך, שלצד האלמנטים החיוביים המשמעותיים הטמונים במשפט הבינלאומי, התפתחותו והתחזקותו מעלות גם חשש אמיתי להתעוררות קשיים לא-מבוטלים, ובראשם פוטנציאל לפגיעה בשלטון החוק, בייצוגיות ובדמוקרטיה ולהחלשת יתר של ערכים ושל אינטרסים מקומיים לגיטימיים.¹¹¹ בהתאם, חזקת ההתאמה הפרשנית, אף כשהיא מוחלת במישור החוקתי, אינה נסמכת על הנחה שגלובליזציה משפטית היא חזות הכול, אלא משקפת בחירה בנתיב ביניים בין בדלנות וכפיפות.¹¹² מרחב שיקול הדעת שדוקטרינה זו מעניקה לבית המשפט המדינתית מאפשר לו במקרים הנדרשים לתת משקל בהליך הפרשני לשיקולים אחרים נוגדים, ובכך לספק מענה לנקודות החולשה של המשפט הבינלאומי כאשר החולשות הפוטנציאליות של המשפט הבינלאומי באות לידי ביטוי ברור בדין הבינלאומי הספציפי הרלוונטי.

יודגש כי באימוץ כלל פרשני זה ואף בהחלתו כלפי נורמות חוקתיות אין משום ויתור על הנחת העליונות של מערכת המשפט המדינתית, מכמה טעמים: (1) לשון הדין החוקתי-מדינתית ותכליתו עדיין יכולות להוביל את בית המשפט המדינתית למסקנה שאי-אפשר ליישב בדרך פרשנית את הסתירה בינו לבין הדין הבינלאומי הרלוונטי, ובמקרה שכזה בית המשפט יבכר את הדין החוקתי-מדינתית על פני הדין הבינלאומי; (2) ההכרעה הסופית בנוגע לפרשנות "הנכונה" הן של הדין החוקתי הרלוונטי והן של הדין הבינלאומי הרלוונטי, כמו גם ההכרעה בשאלה אם יש סתירה בין השניים וכיצד ליישבה, נותרת בידי בית המשפט המדינתית; (3) הסמכות להחליט שחזקת ההתאמה הפרשנית חלה במישור החוקתי, כמו גם האפשרות לסגת מהחלטה זו אם מתברר בטווח הארוך שמחירה עולה על תועלתה, גם היא נמצאת בידי גורמי המדינה.¹¹³

אם כך, אין ממש בטענה שלפיה יהיה בהחלת החזקה במישור החוקתי כדי להפוך את מערכת המשפט הישראלית למערכת משפט מוניסטית. ראשית, ככל שהכוונה היא לטעון שבהחלת החזקה במישור החוקתי יהיה משום אימוץ של עמדה תורת משפטית מוניסטית, הרי חזקת ההתאמה, אף כשהיא מוחלת במישור החוקתי, איננה ביטוי – לא בכוח ולא בפועל – של תורת משפט זו. שנית, טענה זו אינה נכונה גם אם כוונתה היא "רק" לטעון שבהכרח יהיה בהחלת החזקה כאמור כדי להפוך את מערכת המשפט הישראלית ממערכת השייכת לקבוצת מערכות המשפט המדינתיות המכונות "דואליסטיות" למערכת השייכת

109 ראו: ברק פרשנות במשפט – פרשנות חקיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 577; ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 49, שם; הוסטובסקי-ברנדס "משפט זכויות האדם", לעיל ה"ש 32, בעמ' 948.

110 רוזנאי "משפט על-לאומי", לעיל ה"ש 84, בעמ' 2-3.

111 ויילר ולוסטיג, לעיל ה"ש 42, בעמ' 499.

112 ראו בהקשר זה שם, בעמ' 481.

113 הוסטובסקי-ברנדס "משפט זכויות האדם", לעיל ה"ש 32, בעמ' 947-948.

לקבוצת מערכות המשפט המדינתיות המכונות "מוניסטיות". לאמיתו של דבר, אפשר למצוא מדינות המשויכות לכל אחת משתי הקבוצות הללו שבהן אומצה חזקת ההתאמה אף במישור החוקתי.¹¹⁴

חשוב מכך, גם הטענה שכלל המכיר בעליונות המשפט בינלאומי על פני המשפט המדינתי וכלל המחיל את חזקת ההתאמה במישור החוקתי חד הם (אותה הגברת בשינוי אדרת) היא טענה שגויה. ראשית, ברמה התורת משפטית מדובר בכללים שבסיסם התאורטי שונה. בעוד שהכלל הראשון נעוץ בגישות תאורטיות מוניסטיות, הכלל השני (חזקת ההתאמה) נעוץ בגישות אלטרנטיביות, המניחות שאי-אפשר להכריע הכרעה אובייקטיבית איו ממערכות המשפט המתחרות היא עליונה. לא זו אף זו, חזקת ההתאמה היא כלל משפטי שמאומץ בידי מערכות משפט מדינתיות, ובמערכות משפט שאלו טבועה ההנחה האינהרנטית שמעמדו של המשפט המדינתי עליון לעומת המשפט בינלאומי.¹¹⁵ שנית, גם ברמה המעשית אין מדובר בכללים שבהכרח יובילו לאותן תוצאות. בשונה מכלל של עליונות המשפט הבינלאומי, חזקת ההתאמה קובעת שבמקרים מסוימים יש להעדיף פרשנות שאינה מתיישבת עם הדין הבינלאומי, כאשר לשון הנורמה החוקתית-מדינתית או תכליתה מחייבות זאת. משמע, החזקה מניחה עליונות של הדין החוקתי-מדינתי, ואף קובעת שיהיו מקרים שגם בפועל דין זה יגבר.¹¹⁶

הממשלה, הכנסת ופורום קהלת מודעים במידת מה לעובדות אלו, אך טוענים בתגובה שהסתברותם המעשית של מקרים שבהם יועדף נוסח שאינו תואם את המשפט הבינלאומי היא אפסית, לאור הניסוח הרחב והעמום של נורמות חוקתיות.¹¹⁷ דא עקא שגם טענה זו אינה מדויקת.

ראשית, יש להזכיר שחזקת ההתאמה אינה יכולה לסייע במקרה שבו אין כל נורמה חוקתית ישראלית רלוונטית שניתן להסתייע בה (בדרך של יישום החזקה עליה) כדי לצמצם את הפער שבין הדין הישראלי והבינלאומי.¹¹⁸ נקודה זו חשובה במיוחד בהקשרה של החוקה "החסרה" הישראלית.

חשוב מכך, באשר לנורמות החוקתיות הישראליות שכן קיימות – הנוסח של חלק לא-מבוטל מהן אינו רחב ועמום, ובמקרה של סתירה בין נורמה חוקתית שכזו לבין דין בינלאומי (אפילו כזה שאינו עמום) הרי יגבר ההסדר הקבוע בנורמה החוקתית הישראלית.¹¹⁹ כך למשל, טענות בדבר היעדר תחולה לפי המשפט הבינלאומי של הדין הישראלי במזרח ירושלים אינן מתקבלות בישראל, לאור הוראותיו הברורות בנושא של חוק-יסוד: ירושלים.¹²⁰

114 Peters, לעיל ה"ש 91, בעמ' 177-180.

115 שם, בעמ' 181.

116 ראו הוסטובסקי-ברנרס "משפט זכויות האדם", לעיל ה"ש 32, בעמ' 947-948; עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1067.

117 ראו פס' 35 לכתב תשובה מטעם המשיבה 1 בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (13.5.2013); טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 10.

118 גיל-עד נועם "כריתת האמנות בישראל: הדין המצוי" הסמכות לכרות אמנות במדינת ישראל, לעיל ה"ש 35, 30, בעמ' 45-46.

119 ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 49, בעמ' 123.

120 ראו למשל את עניין עמק שווה, לעיל ה"ש 30, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

לא זו אף זו, הלכה למעשה, נוסחן של נורמות משפט בינלאומי רבות הוא רחב ועמום; כזוה הוא מאפשר שיקול דעת רחב לשופט הפרשן.¹²¹ לאמיתו של דבר, בחלק נכבד מהמקרים, כגון ברוב המקרים שבהם בית המשפט יידרש לפרש זכויות המעוגנות בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו לאור דיני זכויות אדם של המשפט הבינלאומי, הן נוסח הדין הישראלי הרלוונטי והן נוסח הדין הבינלאומי הרלוונטי יהיה רחב ועמום. כפועל יוצא מכך, מבלי שנמעט בעובדה שהמחויבות להחלת חזקת ההתאמה יהיה בה כדי לשלול חלופות פרשניות מסוימות, הרי גם לאחר החלת החזקה עדיין ייוותר בידי בית המשפט מרחב שיקול דעת פרשני רחב. אוסיף ואציין, שפעמים רבות טמון אלמנט של שיקול דעת שיפוטי אפילו בהכרעה אם לשון הנורמה המשפטית (בין אם מדינתית ובין אם בינלאומית) היא ברורה או שאינה ברורה. בהתאם, טענת הממשלה, הכנסת ופורום קהלת (המניחה שאימוץ חזקת התאמה במישור החוקתי יהיה בגדר הכפפה של המשפט המדינתי הישראלי למשפט הבינלאומי) רחוקה מלהיות מדויקת; שכן היא מתעלמת מכך שהחזקה משאירה בידי בית המשפט המדינתי לא רק את ההכרעה בנוגע לפרשנות "הנכונה" של הדין הבינלאומי הרלוונטי, אלא גם את ההכרעה הסופית בנוגע לפרשנות "הנכונה" של הדין החוקתי הרלוונטי, וכן את ההכרעה בשאלה אם ישנה סתירה בין השניים וכיצד יש ליישבה.¹²² ויודגש, החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי משקפת בחירה בנתיב ביניים בין אימוץ חזק מדי של הדין הבינלאומי לבין בדלנות. האמביוולנטיות הטמונה בחזקה מקנה לבית המשפט המדינתי מרחב שיקול דעת המאפשר לו לאזן בין דרישות הדין הבינלאומי לבין שיקולים אחרים נוגדים. זאת ועוד, בית המשפט אינו הגורם המדינתי היחיד שיכול להכריע את תוצאת הליך האיזון. לרשות המכוננת יש את הסמכות לתקן חוק יסוד במקרה שבו היא חולקת על פרשנות שהעניק לו בית המשפט לאור חזקת ההתאמה; ובהקשר הישראלי הרי הדרישות הפרוצדורליות לצורך תיקון חוק יסוד אינן מחמירות במיוחד.¹²³

לבסוף, טענת הממשלה, הכנסת ופורום קהלת אינה מדויקת גם מפאת העובדה שהיא אינה מעניקה משקל מספיק לכך שחזקת ההתאמה מנחה את בית המשפט שלא לאמץ פרשנות התואמת את הדין הבינלאומי הרלוונטי לא רק כאשר פרשנות שכזו אינה עולה בקנה אחד עם לשון הדין הישראלי הרלוונטי, אלא גם כאשר פרשנות שכזו אינה עולה בקנה אחד עם תכליותיו.¹²⁴ לאור זאת ראוי שבית המשפט, עת שהוא מפרש נורמה חוקתית ישראלית, יפעל לאזן בין השאיפה לממש את התכליות העומדות בבסיס חזקת ההתאמה לבין תכליות אחרות שראוי שינחו את מלאכת הפרשנות החוקתית. במילים אחרות, ההנחיה של חזקת ההתאמה לשופט, שלפיה עליו לעשות ככל שניתן לפרש את הדין הישראלי בהלימה עם הדין הבינלאומי, משמעותה "ככל שניתן" בהינתן העובדה שישנן תכליות נוספות שעליו להביא בחשבון.¹²⁵

121 בן־נפתלי ושני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 378; Katerina Linos & Tom Pegram, *The Language of Compromise in International Agreements*, 70 INT'L ORG. 587, 587 (2016).

122 הוסטובסקי־ברנדס "משפט זכויות האדם", לעיל ה"ש 32, בעמ' 947-948.

123 שם, בעמ' 957.

124 נועם, לעיל ה"ש 118, בעמ' 45.

125 ראו ברק פרשנות במשפט – פרשנות חקיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 577.

מעניין לציין, שבניגוד גמור להנחת הממשלה, הכנסת ופורום קהלת, שלפיה החלת החזקה במישור החוקתי תוביל לכך שהדין הבינלאומי יהיה הגורם שיכריע את תוכן המשפט החוקתי הישראלי, בספרות הועלתה טענה שממנה משתמעת הנחה הפוכה דווקא. חלק מהמלומדים שבחנו את פסקי הדין הרלוונטיים שניתנו משנות התשעים ואילך, הגיעו למסקנה כי "למעשה בית המשפט משתמש במשפט... הבין-לאומי בעיקר במקרים שבהם היה מגיע לפסיקה מסוימת גם בלא הסתמכות על המשפט הבינלאומי"¹²⁶, וכי "שופטי בית המשפט העליון משתמשים במשפט הבין-לאומי כאחד הכלים לקידום עמדותיהם, ובצורה סלקטיבית"¹²⁷. תיאורים אלו חשובים משום שהם מספקים אינדיקציה חזקה לכך שהחשש שמעלים הממשלה, הכנסת ופורום קהלת הוא מוגזם, שכן הם ממחישים שהשאיפה לפרש את הדין החוקתי הישראלי בהתאם לדין הבינלאומי אינה השיקול היחיד שמנחה את השופטים כאשר הם נדרשים לפרש נורמות חוקתיות ישראליות בהקשרים שבהם ישנו דין בינלאומי רלוונטי.

בא בעת אין להסיק מהתיאורים הללו שאין כל חשיבות לאימוץ הלכה ברורה שלפיה חזקת ההתאמה חלה במישור החוקתי, ושאימרות שופטים בפסקי הדין בדבר היותם מונחים משאיפה לפרש את הדין החוקתי הישראלי בהתאם לדין הבינלאומי הן למראית עין בלבד. המציאות מראה, שבניגוד לנטען מפי עמדות קצה מסוימות בתוך מחנה "הגישה הביקורתית למשפט" (CLS), לנורמות משפטיות קיימות ישנה בדרך כלל השפעה עצמאית לא-מבוטלת על תוצאות ופעולות משפטיות, שכן מהלכן של תוצאות ופעולות שכאלו הוא ככלל תוצר של השפעה משולבת הן של פקטורים א-משפטיים והן של "the internal logic of juridical functioning which constantly constrains the range of possible... juridical solutions"¹²⁸. לפיכך, אילו ייקבע שחזקת ההתאמה חלה במישור החוקתי, ניתן לצפות שיהיו מקרים שההשפעה של המחויבות להחלתה תהיה אמיתית. במקרים מסוימים ייתכן שהמחויבות להחלת החזקה אף תוביל לאימוץ פרשנות שאילולי המחויבות האמורה ככל הנראה לא הייתה מאומצת.¹²⁹ יתרה מכך, במקרים רבים עוד יותר ניתן לצפות שהמחויבות להחלת החזקה תוביל לצמצום טווח הפרשנויות המקובלות; אופציות פרשניות מסוימות, שהיו ככל הנראה נחשבות למקובלות מאוד אילולי המחויבות להחלת החזקה, ייחשבו למקובלות פחות – אם לא ללא-מקובלות – בהשפעת מחויבות זו. ארגים את הפוטנציאל להיתכנות מקרים שכאלו באמצעות בחינה של סוגיית היקף סמכות המחוקק לחוקק חוקים בעלי תחולה אקסטרטוריאלית. דעת הרוב בעניין סילוואד

126 כהן "מבט ערכני", לעיל ה"ש 42, בעמ' 55.

127 שם, בעמ' 56. ראו גם: Barak-Erez, לעיל ה"ש 42, בעמ' 626-629.

128 Pierre Bourdieu, *The Force of Law*, 38 HASTING L.J. 814, 816 (1987).

129 הניסיון שהצטבר בפסיקה בישראל בנוגע להחלת חזקת ההתאמה באשר לחוקים מספק אינדיקציה שצפויים מקרים שכאלו. ראו: רע"א 8934/03 דרזנר נ' גיל, פ"ד נח(3) 913 (2004); בג"ץ 909/08 A.I.M.D. נ' המפקח על היהלומים (אר"ש 29.12.2009). בשני המקרים הללו קיומו של דין בינלאומי רלוונטי והמחויבות – לאור חזקת ההתאמה – לעשות ככל האפשר כדי למנוע סתירה בין הדין הישראלי והבינלאומי הובילו את בית המשפט לפסוק הפוך ממה שהוא פוסק ככלל במקרים שכאלו בהיעדר דין בינלאומי רלוונטי.

נמנעה מלהכריע בסוגיה זו.¹³⁰ לעומתה, השופט סולברג בדעת המיעוט שלו קיבל את עמדת "הממשלה [לפיה]... דבר אינו מגביל את כנסת ישראל מלחוקק חקיקה חוץ-טריטוריאלית".¹³¹ אלו ואלו התעלמו מכך שמדובר בסוגיה הדורשת פרשנות חוקתית, שכן ישנו דין חוקתי בישראל הקובע ש"הכנסת" היא "בית המחוקקים במדינת ישראל".¹³² לדין חוקתי זה ניתן להעניק אחת משלוש פרשנויות. לפי חלופה פרשנית ראשונה, המגיעה לתוצאה זהה לזו של השופט סולברג, הסעיף האמור כלל אינו רלוונטי לסוגיה דנן, ולא נועד להגביל את ההיקף הטריטוריאלי של סמכות החקיקה של הכנסת. לפי חלופה פרשנית שנייה הנוגדת את הראשונה, הסעיף האמור הוא כן רלוונטי, כך שנוסח הסעיף נועד לקבוע שהכנסת מוסמכת לחוקק אך ורק חוקים שיחולו בתחומי מדינת ישראל. לבסוף, לפי חלופה פרשנית שלישית שהיא מעין עמדת ביניים, נוסח הסעיף מבטא הנחה שלפיה חקיקה בעלת תחולה טריטוריאלית היא ההסדר הרווח, וכפועל יוצא מכך יש להתייחס לחקיקה בעלת תחולה אקסטריטוריאלית כאל הסדר חריג, שיש לאפשרו רק בהתקיים שיקולים תומכים כבדי משקל. הפרשנות השנייה אינה מציאותית. כמו כן, היא אינה נדרשת לפי המשפט הבינלאומי, שכן הדינים הבינלאומיים הרלוונטיים (שכראשם החובה לכבד את ריבונותן של מדינות אחרות) אינם אוסרים באופן מוחלט על מדינות לחוקק אקסטריטוריאלית, אלא – בהפשטה רבה – ככלל (ובכפוף לחריגים הקבועים במשפט הבינלאומי, לכאן ולכאן) רק מצופה ממדינות כיום לאור הדינים הללו לשאוף לצמצם את השימוש בחקיקה שכזו.¹³³ לפיכך, בעוד שספק אם החלופה הפרשנית השנייה תאומץ בין כה וכה, הרי החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי צפויה להקטין את הסיכוי שתאומץ החלופה הפרשנית הראשונה ולהגדיל את הסיכוי שתאומץ החלופה השלישית.¹³⁴

130 עניין סילוואד, לעיל ה"ש 8, בפס' 31-34 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

131 שם, בפס' 2-3 לפסק דינו של השופט סולברג.

132 ס' 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949, ס"ח 1. חוק המעבר הוא אחד משני חיקוקים שאף שאינם נושאים בתואר "חוק יסוד", ישנו קונצנזוס שהם דין חוקתי – מפאת תוכנם, מפאת זהות הגורם שקבעם ובשל העובדה שהוצאו לפני "החלטת הררי". ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל, פ"ד מט(4) 221, 280 (עמדת הנשיא שמגר), 392 (עמדת השופט ברק) (1995). עוד יצוין, שבפסיקה התומכת בדוקטרינת "ההסדרים הראשוניים" (שלפיה ניתן לבטל חוק שבו האצילה הכנסת לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים) נטען, שהדוקטרינה מעוגנת במה שנקבע בס' 1 לחוק המעבר שלפיו הכנסת היא "בית המחוקקים". ראו: בג"ץ 2740/96 שנסו נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481, 520 (1997). כמו כן, בפסקי הדין שקבעו שניתן לבטל חוק מפאת פגמים בהליך החקיקה נפסק, שהדבר נובע מהיות "הכנסת" "בית המחוקקים"; ראו: בג"ץ 10042/16 אלבלדה נ' הכנסת (אר"ש 6.8.2017). משמע, הישענות על ס' 1 לחוק המעבר כבסיס לביקורת חוקתית אינה רעיון זר למשפט החוקתי הישראלי.

133 ראו בהקשר זה: R. v. Hape, [2007] 2 S.C.R. 292.

134 יצוין, שס' 3 ל-27, Statute of Westminster 1931, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 27-3, הוא חלק מהחוקה הקנדית, קובע שלפרלמנט הקנדי יש "extra-territorial operation". ואולם בית המשפט העליון הקנדי סבר שלשון סעיף זה אינה מונעת את החלת חזקת ההתאמה בהקשרו, ובהתאם קבע שסמכות הפרלמנט לחוקק חקיקה

ד. התנתקות מהמשפחה האנגלית

ישראל שייכת למשפחת מדינות שההסדרים בהן בנוגע ליחס המוענק לדין הבינלאומי דומים מאוד להסדרים הקיימים במשפט האנגלי, שכן הם הועתקו משם במידה רבה.¹³⁵ נהוג לסווג – באופן שאינו מדויק – את מערכות המשפט של מדינות אלו כ"דואליסטיות".¹³⁶ בטענת הממשלה בעניין סילוואד, שלפיה יהיה בהחלת חוקת ההתאמה במישור החוקתי כדי להפוך את מערכת המשפט הישראלית למוניסטית, ייתכן שמובלעת גם טענה נוספת ולפיה יהיה באמור כדי להוציא את מערכת המשפט הישראלית בהקשר זה מחברות במשפחת המדינות שהושפעו מהמשפט האנגלי. רמזים להיות טענה זו מובלעת שם ניתן למצוא בכך שהממשלה ציינה תחילה ש"שיטתנו המשפטית, [היא שיטה] הצועדת בעקבות מדינות רבות בעולם",¹³⁷ ובהמשך הוסיפה וטענה שהחלת חוקת ההתאמה במישור החוקתי "תבטא את הפיכת השיטה הדואליסטית בישראל לשיטה מוניסטית".¹³⁸ במילים אחרות, רמזים לטענה זו ניתן למצוא בנוסח דברי הממשלה המתייחסים לישראל כאל שייכת לקבוצת מדינות שלהן מסורת דואליסטית משותפת. פרק זה מוקדש לבחינת טענה זו.

יש כאמור דמיון רב בין היחס המוענק למשפט בינלאומי באנגליה ובישראל. בדומה למשפט הישראלי, גם במשפט האנגלי אמנה ככלל אינה נקלטת ישירות, בעוד שמנהג נקלט ישירות אך במעמד נורמטיבי כשל משפט מקובל (משמע במעמד נמוך מחקיקה ראשית וגבוה מחקיקת משנה). חשוב מכך לענייננו, גם במשפט האנגלי קיימת חוקת התאמה פרשנית.¹³⁹ אך בשונה מישראל שבה קיימים חוקי היסוד, באנגליה אין חוקה פורמלית כתובה. לכן היה אפשר לסבור, שבאנגליה חוקת ההתאמה בהכרח אינה חלה באשר לנורמות חוקתיות. אך כפי שיוסבר להלן, לאמיתו של דבר חוקה זו דווקא הוחלה באנגליה במישור החוקתי, ואף הייתה הבסיס ל"מהפכה חוקתית".

באנגליה, מפאת היעדר חוקה פורמלית, לבתי המשפט באופן מסורתי לא הוכרה סמכות לבטל חוקים.¹⁴⁰ אך מסורת זו השתנתה בעקבות הצטרפות בריטניה לאיחוד האירופי. ביחסים שבין מערכת המשפט של האיחוד האירופי לבין מערכות המשפט של המדינות החברות באיחוד התגבשו נורמות המכירות בכך, שככלל במקרים של סתירה בין דיני האיחוד לבין דין כלשהו של מדינה חברה, תוענק קדימות לדיני האיחוד והדין המדינתי יתבטל, אף אם

אקסטרטוריאלי אינה בלתי-מוגבלת, אלא מונחת מדיני המשפט הבינלאומי הרלוונטיים; ראו את עניין Hape, לעיל ה"ש 133.

135 עם זאת אין זהות מוחלטת בין ההסדרים בנושא בישראל ובאנגליה, ראו: עניין עפו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 38-41.

136 Shany, לעיל ה"ש 55, בעמ' 167; Eirik Bjorge & Ewan Smith, *United Kingdom, in* DUELLING FOR SUPREMACY, לעיל ה"ש 55, 355, בעמ' 374.

137 עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 245.

138 שם, בפס' 250.

139 Shaw, לעיל ה"ש 84, בעמ' 153.

140 ראו אריה רייך "משפט האיחוד האירופי: עקרונות ומוסדות" משפט בינלאומי, לעיל ה"ש 23, 129, בעמ' 167.

הדין המדינתי האמור הוא מאוחר יותר מדיני האיחוד הנוגדים.¹⁴¹ נורמות אלו התגבשו עוד בטרם הצטרפה בריטניה לאיחוד האירופי. לאור זאת, הממשלה הבריטית עת שחתמה על אמנת ההצטרפות והפרלמנט הבריטי עת ש"קלט" אמנה זו בחקיקה ראשית היו מודעים לכך שהצטרפות לאיחוד כרוכה בקבלת הנורמות הללו. כפועל יוצא מכך הם היו מודעים לכך שההצטרפות לאיחוד כרוכה בקבלת הסדר שעל פיו אפילו חוקי הפרלמנט הבריטי יוכרוזו כבטלים במקרים של סתירה עם דיני האיחוד.¹⁴²

דא עקא שקבלה בריטית של הסדר כאמור לא עוגנה מפורשות באמנת ההצטרפות ולא בחוק הבריטי "הקולט"; היא רק השתמעה בעקיפין מנוסח סעיפים מסוימים בחוק, וביתר שאת מעצם עובדת ההצטרפות לאיחוד.¹⁴³ אך למרות אי-עיון ההסדר מפורשות בחוק "הקולט", פסקו בתי המשפט באנגליה שיש לפרש חוק זה באופן שיאפשר למדינה לעמוד בהתחייבויותיה במשפט הבינלאומי (משמע הם החילו בהקשרו את חזקת ההתאמה), ובהתאם פירשוהו כמעגן (במשתמע) את הסדרי היסוד החלים ביחסים שבין האיחוד למדינות החברות בו, לרבות אלו המעניקים קדימות לדיני האיחוד על פני חקיקה ראשית מדינתית. כך הוענקה לבתי המשפט באנגליה לראשונה סמכות לקבוע שחקיקה ראשית בטלה אף ללא עיון מפורש של הסמכות בחיקוק, והכול על סמך חזקת ההתאמה הפרשנית.¹⁴⁴

יצוין שהחוק הבריטי "הקולט" היה יוצר קושי חוקתי באנגליה גם אילו עיגן מפורשות הסדר המעניק קדימות לדיני האיחוד, לכל הפחות ככל שהדבר נוגע לתחולתו על חקיקה המאוחרת לדיני האיחוד שאותם היא סותרת. הסיבה לכך נעוצה באחת המגבלות החוקתיות הבודדות המוטלות במשפט החוקתי האנגלי על היקף סמכות החקיקה של הפרלמנט. מגבלה זו קובעת שהפרלמנט אינו ראוי לחוקק חוק שיגביל את היקף סמכות החקיקה של פרלמנט עתידי, והיא נגזרת מעצם עקרון עליונות הפרלמנט.¹⁴⁵ למרות זאת, במטרה למנוע מצב שהדין המדינתי ימנע מהמדינה לעמוד בהתחייבויותיה במשפט הבינלאומי (משמע על סמך חזקת ההתאמה) קבעו בתי המשפט באנגליה שלדיני האיחוד הוענקה קדימות גם על פני חוקים בריטיים מאוחרים מהם הסותרים אותם, אף כשלושנו ותכליתו של החוק הבריטי המאוחר יעידו שהוא חוקק כדי לקבוע הסדר הסותר דין מדיני האיחוד.¹⁴⁶ בתי המשפט באנגליה קבעו, כי הפרלמנט הבריטי עודנו מוסמך לבטל את הקדימות שהוענקה לדיני האיחוד ולפיכך עקרון עליונות הפרלמנט נשמר, אך עליו לעשות זאת בדרך של חקיקת חוק שיצהיר במפורש על פרישת בריטניה מהאיחוד האירופי (כפי שאכן נעשה לאחרונה).¹⁴⁷ במילים אחרות, חזקת ההתאמה הוחלה לא רק על החוק הבריטי ש"קלט" את אמנת ההצטרפות לאיחוד, אלא גם

141 שם, בעמ' 163-164.

142 שם.

143 ראו Josef Drexl, *Was Sir Francis Drake a Dutchman: British Supremacy of Parliament After Factortame*, 41 AM. J. COMP. L. 551, 555-62 (1993).

144 R v. Secretary of State for Transport, *ex parte Factortame Ltd.* (No 2) [1991], 1 שם; AC 603, 658-59 (HL); P.P. Craig, *Report on the United Kingdom*, in THE EUROPEAN COURT AND NATIONAL COURTS 195, 202-03 (A.M. Slaughter et al. eds. 1997).

145 Drexl, לעיל ה"ש 143, בעמ' 552-553.

146 Craig, לעיל ה"ש 144, בעמ' 202-204.

147 Drexl, לעיל ה"ש 143, בעמ' 559.

על נורמה חוקתית יסודית (עקרון עליונות הפרלמנט), ולאורה של חזקה זו הוענקה לנורמה החוקתית האמורה פרשנות חדשה, שריככה את המידה שבה היא מונעת מפרלמנט עכשווי להגביל את היקף סמכויותיו של פרלמנט עתידי.¹⁴⁸

יודגש שמבחינת המשפט האנגלי הפורמלי לא היו אלו דיני האיחוד האירופי שזכו לקדימות על פני חוקי הפרלמנט הבריטי, אלא היה זה החוק הבריטי "הקולט" שזכה לעליונות על פני חוקים בריטיים אחרים.¹⁴⁹ הצדקת העליונות הנורמטיבית שהוענקה לחוק האמור הצריכה אף היא פרשנות מחדשת של עקרון עליונות הפרלמנט. בהקשר זה הוצגו שתי עמדות בשיח החוקתי האנגלי. על פי עמדה אחת, הדומה לעמדתו של הנשיא שמגר בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, הפרלמנט הבריטי הוא מחוקק כול יכול, וככזה הוא מוסמך לקבוע חוקי-על שיהיו עליונים לשאר חיקוקי הפרלמנט (לרבות לאלו המאוחרים יותר או הספציפיים יותר מחוקי-העל).¹⁵⁰ על-פי העמדה האחרת, הדומה לעמדת השופט ברק בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**,¹⁵¹ לפרלמנט הבריטי יש שתי סמכויות, סמכות מחוקקת וסמכות מכוננת, ולחוקים שהוא מאמץ מתוקף סמכותו המכוננת יש עליונות נורמטיבית על פני חוקים שהפרלמנט מאמץ מתוקף סמכותו המחוקקת.¹⁵² כלומר, על פי העמדות המשפטיות הרווחות באנגליה, החוק "הקולט" האמור, שעליו הוחלה חוקת ההתאמה, לא היה חוק רגיל אלא נורמה חוקתית או למצער נורמה מעין-חוקתית (חוק-על). לפיכך, אפילו ברמה הפורמלית, יהיה שגוי לסבור שבאנגליה חוקת ההתאמה לא הוחלה כאשר לנורמות חוקתיות.

יתרה מכך, חוקת ההתאמה הייתה הקטליזטור לצורך לפרש מחדש את עקרון עליונות הפרלמנט (העיקרון החוקתי הבסיסי ביותר של מערכת המשפט האנגלי) באופן שהכיר בסמכות הפרלמנט להגביל פרלמנטים עתידיים ובקיום נורמות חוקתיות או מעין-חוקתיות; כפועל יוצא מכך הוענקה (לראשונה) לבתי המשפט באנגליה סמכות לבטל חוקים. לאור כל זאת קשה לטעון שבצעד שהוא הרבה פחות רדיקלי, כמו הצעד הנשקל בישראל – של החלת חוקת ההתאמה בהקשרן של נורמות חוקתיות פורמליות – יהיה כדי להוציא בהקשר זה את המשפט הישראלי ממשפחת מערכות המשפט בעלות המסורת האנגלית.

חשוב להדגיש, שההתפתחויות שאירעו במשפט האנגלי החלו להתרחש בתקופה שבה טרם אומצה במשפט האיחוד האירופי השקפה הרואה בו משום מערכת משפט ייחודית נפרדת; כלומר, הן החלו להתרחש בתקופה שבה ההשקפה המשפטית הרווחת ראתה בדיני האיחוד האירופי נורמות של משפט בינלאומי.¹⁵³ לפיכך מדובר בהתפתחות שיש לה חשיבות להבנת אופי היחסים שבין מערכת המשפט המדינתית שם לבין מערכת המשפט הבינלאומי. לא זו

148 שם, בעמ' 565-567.

149 שם, בעמ' 561.

150 שם, בעמ' 563-564. יצוין שעמדת הנשיא שמגר שאבה השראה מעמדה אנגלית זו; ראו: עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 132, בעמ' 290-291.

151 שם, בעמ' 356.

152 Gavin Phillipson, *EU Law as an Agent of National Constitutional Change: Miller v Secretary of State for Exiting the European Union*, 34 *YEARBOOK EUR INT'L L.* 46, 87-89 (2017).

153 MATEJ AVBELJ, *THE EUROPEAN UNION UNDER TRANSNATIONAL LAW: A PLURALIST APPRAISAL* 73 (2018).

אף זו, להתפתחויות שאירעו בהקשר של יחסי הדין האנגלי ודיני האיחוד האירופי הייתה השפעה במשפט האנגלי שחרגה מעבר להקשר זה, ושאינו ממשיכה להתקיים גם לאחר פרישת בריטניה מהאיחוד האירופי. לענייננו, יש לציין במיוחד את העובדה שלהתפתחויות האמורות הייתה תרומה ניכרת ליצירת הסכיבה הנורמטיבית שאפשרה את חקיקת ה־Human Rights Act 1998.¹⁵⁴ חוק זה מעניק סמכויות לבתי המשפט באנגליה לפעול להבטחת התחייבויות המדינה לפי האמנה האירופית לזכויות אדם. סעיף 3 לחוק אף מחייב מפורשות את בתי המשפט להחיל חזקת התאמה פרשנית ביחסים שבין האמנה האירופית לזכויות אדם ובין חיקוקים בריטיים.¹⁵⁵ אכן, החוק האמור אינו מעניק לבית המשפט באנגליה סמכות לבטל חקיקה ראשית הפוגעת בזכויות המוגנות בו (משמע, זכויות הקבועות באמנה האירופית לזכויות אדם); אך הוא מעניק לבית המשפט סמכות להקל בצורה ניכרת את הפרוצדורה הנדרשת לצורך ביטול חוק שפוגע בזכויות אלו, בהשוואה להליך הנדרש ככלל כדי לבטל חוקים.¹⁵⁶ יתרה מכך, על סמך ההלכות שנקבעו לראשונה בהקשר של החוק שהכיר בחברות בריטניה באיחוד האירופי, גם בנוגע ל־Human Rights Act 1998 התפתחה השקפה הרואה בו נורמה חוקתית או מעין־חוקתית, ולפיכך סבורה שאי־אפשר לבטלו באופן משמעי.¹⁵⁷ עוד חשוב לציין, שיהיה שגוי לטעון שההתפתחויות שקרו באנגליה היו משום התנתקות של מערכת המשפט האנגלית עצמה ממשפחת מערכות המשפט בעלות המסורת האנגלית. את האינדיקציה החזקה ביותר לכך שאין באמור או ככלל בהחלת חזקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי משום התנתקות ממשפחה זו, ניתן למצוא בהתנהגות החברות האחרות במשפחה. לאמיתו של דבר, כמעט בכל המדינות הדמוקרטיות החברות במשפחה אומצה ההשקפה שלפיה חזקת ההתאמה הפרשנית חלה אף במישור החוקתי.¹⁵⁸

Human Rights Act 1998, c.42 154

שם, ס' 3. 155

שם, ס' 4 ו־10. 156

ראו: *Thoburn v Sunderland CC* [2002] 4 All ER 156, paras. 62-64 (L.J. Laws) (U.K.). 157

לציון שלל מדינות דמוקרטיות השייכות למשפחה זו אשר בהן חלה החזקה במישור החוקתי, ראו: 158

MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 148-49 (9th ed. 2021); David Sloss, *Domestic Application of Treaties*, in *THE OXFORD GUIDE TO TREATIES* 355, 372-73 (Duncan B. Hollis ed., 2nd ed. 2020). מהדין בספרות עולות רק שתי מדינות חריגות בהקשר זה. הראשונה היא ניו זילנד, שהיא המדינה הדמוקרטית היחידה, מלבד (אולי) בריטניה, החברה במשפחה זו, שאין לה חוקה כתובה; ראו: ANNE DENNETT, *PUBLIC LAW DIRECTIONS* 11 (2nd ed. 2021). עם זאת בניו זילנד ישנה חוקה מטריאלית (משמע, מערכת המשפט הניו זילנדית רואה בחיקוקים מסוימים כבעלי אופי חוקתי ומייחסת להם חשיבות מיוחדת, אף שפורמלית היא אינה מעניקה להם מעמד נורמטיבי גבוה משל חיקוקים אחרים), והפסיקה בניו זילנד קבעה שחזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם כאשר בית המשפט נדרש לפרש חיקוק שהוא חלק מהחוקה המטריאלית של ניו זילנד. ראו: *NEW ZEALAND LAW COMMISSION, INTERNATIONAL LAW AND THE LAW OF NEW ZEALAND*, para. 71 (1996). המדינה החריגה השנייה היא אוסטרליה. באוסטרליה ישנה חוקה כתובה, אך העמדה שאימצו מרבית שופטי בית המשפט העליון האוסטרלי מתנגדת להחלת חזקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי. ואולם עמדה זו היא נגזרת של מאפיין ייחודי כללי יותר של המשפט החוקתי האוסטרלי: החוקה האוסטרלית אינה כוללת חלק המוקדש לזכויות

בקנדה למשל, בדומה לישראל, ההסדר הקיים בדבר היחס המוענק לדיני המשפט הבינלאומי מקורו בהסדר האנגלי.¹⁵⁹ עוד בדומה לישראל – אך בשונה מאנגליה – לקנדה יש חוקה כתובה; והנה, ההלכה המשפטית הקנדית קובעת חד־משמעית שחוקת ההתאמה חלה גם בהקשרם של סעיפי החוקה, ואף אחד אינו סבור שיש בכך כדי להוציא את קנדה בהקשר זה ממשפחת מערכות המשפט בעלות המסורת האנגלית.¹⁶⁰

כך למשל קבע בית המשפט העליון הקנדי מפי השופט Lebel בפסק הדין בעניין R. v. Hape, בנוגע לתחולת חוקת ההתאמה הפרשנית הן בהקשר של חקיקה ראשית והן בהקשר של נורמות חוקתיות:¹⁶¹

“It is a well-established principle of statutory interpretation that legislation will be presumed to conform to international law... unless the wording of the statute clearly compels [otherwise, because]... the legislature is presumed to act in compliance with Canada’s obligations as a signatory of international treaties and as a member of the international community... [as well as] with the values and principles of customary and conventional international law... .

This Court has also... sought to ensure consistency between its interpretation of the Charter, on the one hand, and Canada’s international obligations and the relevant principles of international law, on the other... In interpreting the scope of application of the Charter, the courts should seek to ensure compliance with Canada’s binding obligations under international law where the express words are capable of supporting such a construction”.

יש לשים לב לכך שמהציטוט עולה במשתמע שעמדת המשפט החוקתי הקנדי – בשונה מעמדת ממשלת ישראל – היא שתכליות דומות עומדות בבסיס ההלכה המחילה את חוקת ההתאמה בהקשרם של חוקים (הלכה שהמשפט הקנדי ירש כאמור מהמשפט האנגלי) ובבסיס ההלכה המחילה את חוקת ההתאמה הפרשנית בהקשרן של נורמות חוקתיות. עובדה ידועה היא שהצ'רטר החוקתי הקנדי בדבר זכויות אדם ואזרח שימש מקור השראה לחוקי היסוד הישראליים בדבר זכויות האדם והאזרח. לאור זאת, במקרים רבים שואבים שופטי ישראל

אדם ואזרח, וכפועל יוצא מכך היא כמעט שאינה כוללת הגנה על זכויות שכאלו; לפי העמדה המשפטית המקובלת באוסטרליה מדובר בהסדר שלילי שנעשה בידי המכונן בכוונת מכוון. לפיכך אימצה הפסיקה האוסטרלית גישת פרשנות חוקתית הנרתעת מאימוץ דוקטרינות שעשויות להרחיב במידה כלשהי את יכולת בית המשפט להעביר ביקורת על חקיקת הפרלמנט בהקשר של פגיעה בזכויות. אי-הנכונות להחיל את חוקת ההתאמה במישור החוקתי נגזרה מאותה הגישה הנרתעת הכללית האמורה. ראו: Michael Kirby, *Climate Change and Human Rights*, in *Sustainability and the New Economics* 253, 266 (Stephen J. Williams & Rod Taylor eds., 2022).

159 Stephane Beaulac, *Canada, in Duelling for Supremacy*, לעיל ה"ש 55, 21, בעמ' 28.

160 שם, בעמ' 26-27.

161 עניין Hape, לעיל ה"ש 133, בעמ' 233-324.

השראה מהמשפט הקנדי בהידרשם להכריע בסוגיות חוקתיות.¹⁶² אין כל סיבה שלא לעשות כן גם בסוגיה הנדונה כאן.

ה. מהלך חסר תקדים

בהליכים נגד התיקונים לחוק ההסתננות טען פורום קהלת, שהעמדה ולפיה חזקת ההתאמה הפרשנית חלה בהקשרם של חוקי היסוד היא "חלטת יסוד. בית-משפט [העליון]... מעולם לא פירש את חוקי היסוד לפי... נורמות... של המשפט הבין-לאומי".¹⁶³ באופן דומה טענה הממשלה בעניין סילוואד, שקבלת כלל ולפיו הדין הבינלאומי משמש בסיס עצמאי לביקורת חוקתית, ובמשתמע אף החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי, תהיה פעולה "חסרת תקדים... [במשטרנו החוקתי]".¹⁶⁴ אך כפי שיידון להלן, טענות אלו אינן מדויקות. יש להדגיש, כי סיבה אחת שבעטיה הטענות הללו אינן מדויקות היא שהן מניחות זהות בין הסדר המכיר במשפט הבינלאומי כבסיס עצמאי לביקורת חוקתית ובין הסדר המחיל את חזקת ההתאמה במישור החוקתי. העובדה שמדובר בהנחה שגויה נדונה כבר. לפיכך בפרק זה תושם הנחה זו בצד, וייבחנו הטענות האמורות במנותק ממנה. משמע, חלק זה יבחן כל אחת מהשאלות הבאות בנפרד: (1) באיזו מידה נכונה הטענה שלפיה הכרה בצורך לפרש את חוק היסוד לאור המשפט הבינלאומי היא מהלך חסר תקדים במשפט הישראלי? (2) באיזו מידה נכונה הטענה שלפיה הכרה בדין בינלאומי כבסיס עצמאי לביקורת חוקתית הוא מהלך חסר תקדים במשפט הישראלי?

באשר לפרשנות סעיפים מחוק יסוד לאור נורמות משפט בינלאומי, התקדים הרלוונטי מצוי במידה רבה בעניין קמיאר, פסק הדין המנחה במשפט הישראלי בנוגע להלכה שלפיה סמכות ההתקשרות בשם המדינה באמנות בינלאומיות מסורה בעיקרה לממשלה.¹⁶⁵ ההלכה שנקבעה בעניין קמיאר היא כה מרכזית וידועה, עד שלתחושת זיכרון המסקנה של ההלכה, לצד זיכרון תמציתי של עובדות המקרה, מובילים לעמדם זיכרוןם של פרטים נוספים החשובים לענייננו. לפיכך, אף אם אני מסתכן בכך שחלק מהקוראים יחוו שדובר באריכות יתר, ברצוני לזון בפסק הדין בהרחבה יחסית.

באותו המקרה ביקשה המדינה להסגיר את קמיאר לשווייץ על בסיס אמנת הסגרה בין המדינות, שנחתמה ואושררה בשם מדינת ישראל בידי הממשלה. מנגד טען קמיאר שאי אפשר להסגירו, משום שלא התקיימה הדרישה הקבועה בחוק ההסגרה שלפיה לצורך הסגרה למדינה זרה נדרש שתהיה אמנת הסגרה בין מדינת ישראל לאותה מדינה. קמיאר טען כי אין באמנה שנחתמה בין ממשלת ישראל לבין שווייץ כדי לקיים דרישה זו, משום שלטענתו הממשלה אינה הגורם המוסמך לצרף את מדינת ישראל לאמנות, ורק הכנסת בשיתוף עם

162 ראו: Leonardo Pierdominici, *The Supreme Court of Israel and the Use of Comparative Law*, in *JUDICIAL COSMOPOLITANISM* 853, 866 (Giuseppe Franco Ferrari ed., 2019); Lorraine Weinrib, *The Canadian Charter as a Model for Israel's Basic Laws*, 4(3) CONSTITUTIONAL FORUM 85, 85 (1993).

163 טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 20.

164 עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 245 (ההדגשה במקור).

165 עניין קמיאר, לעיל ה"ש 21.

נשיא המדינה רשאים לעשות כן.¹⁶⁶ קמיאר נסמך על נוסח סעיף 11(א)5 לחוק יסוד: נשיא המדינה, הקובע כי: "נשיא המדינה... יחתום על אמנות עם מדינות חוץ שאושרו על-ידי הכנסת",¹⁶⁷ ועל נוסחו הרומה של הדין החוקתי שקדם לסעיף זה (סעיף 6 לחוק המעבר, התש"ט-1949). הממשלה לעומת זאת טענה, שהיא אכן מוסמכת לצרף את מדינת ישראל לאמנות. לטענתה היא ירשה סמכות זו בקום המדינה מהכתר הבריטי, מכוח פקודת סדרי השלטון והמשפט שהעבירה לממשלת ישראל כל סמכות שהייתה קודם לכן בידי הכתר הבריטי (ושלא הועברה בחקיקה לגורם שלטוני ישראלי אחר).¹⁶⁸ עוד טענה הממשלה, שאין לראות בסעיף 11(א)5 לחוק יסוד: נשיא המדינה ובסעיף 6 לחוק המעבר שקדם לו חיקוקים שהעבירו את הסמכות האמורה לגורם אחר. במקום זאת יש לפרש סעיפים אלו כעוסקים בסיטואציה נדירה שבה הכנסת מעוניינת לאשר החלטת ממשלה בדבר צירוף המדינה לאמנה, וכקובעים שבסיטואציה זו בלבד נדרש שהנשיא יחתום על אישור אמנה שכזו.¹⁶⁹ זו הייתה עמדתה המשפטית העקבית של הממשלה עוד מראשית המדינה. בהתאם לכך היא צירפה את המדינה למאות אמנות – מקום המדינה ועד למועד ההליכים בעניין קמיאר; אישור מטעם הכנסת לא ניתן לאף אחת מהאמנות, לא כל שכן חתימת הנשיא לאישור שכזה.¹⁷⁰ לא זו אף זו, בתזכיר שהגישה הממשלה לאו"ם בשנת 1951 – במטרה ליידע בכך את מדינות העולם – הצהירה הממשלה שהיא הגורם השלטוני המוסמך לצרף את מדינת ישראל לאמנות, תוך שהיא מציגה את עמדתה האמורה כמשמעות המשפטית האובייקטיבית של הנורמות החוקתיות הישראליות הרלוונטיות.¹⁷¹ הדין הבינלאומי קובע, שמדינות אחרות יכולות ככלל להסתמך על הצהרות מסוג זה בחותמן על אמנות עם המדינה המצהירה, ואמנה בין המדינות תהיה תקפה גם אם יתברר בדיעבד שהצהרה האמורה לא הייתה נכונה.¹⁷² במילים אחרות, לו התקבלה טענת קמיאר, חברותה של מדינת ישראל במאות אמנות הייתה מוכרות כבטלה מבחינת הדין הישראלי, אף שמבחינת המשפט הבינלאומי המדינה עדיין הייתה נחשבת לחברה באמנות אלו.¹⁷³

כל חמשת שופטי בית המשפט העליון דחו את טענות קמיאר, תוך שהם מעניקים פרשנות לנורמות החוקתיות הישראליות הרלוונטיות שלפיה הממשלה היא הגורם המרכזי המוסמך לצרף את מדינת ישראל לאמנות, ובפרט מפרשים את סעיף 11(א)5 לחוק יסוד: נשיא המדינה (כמו גם את סעיף 6 לחוק המעבר שקדם לו) כקובע הסדר שאינו שולל את סמכות הממשלה כאמור. חשוב מכך, כפי שיומחש להלן, פסיקתו של כל אחד מהשופטים הונחתה בפועל מהרציונל העומד בבסיס חוקת ההתאמה הפרשנית, שלפיו יש להימנע ככל שניתן מאימוץ פרשנות לדין ישראלי שתמנע מהמדינה לקיים את התחייבויותיה במישור הבינלאומי. חלק מהשופטים אף נסמכו מפורשות על חוקה זו.

166 שם, בעמ' 91-94.

167 חוק יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118, 119.

168 עניין קמיאר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 91-92.

169 שם, בעמ' 96.

170 שם, בעמ' 98.

171 שם, בעמ' 96.

172 שם, בעמ' 103.

173 שם, בעמ' 98 ו-103.

אפתח בדברי השופט לנדוי, אשר פסק כך:¹⁷⁴

"הלכה פסוקה היא אצלנו שבית-משפט ישראלי יפרש את החוק החרות שלנו באופן המונע ככל האפשר התנגשות בין החוק הפנימי ובין הכללים המוכרים של המשפט הבינלאומי, על מנת שהחוק הפנימי יעלה בקנה אחד עם התחייבויות המדינה לפי המשפט הבינלאומי... רק כאשר קיימת סתירה בין המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי, חייב בית-המשפט להעדיף את משפטו הפנימי... אבל אם ישנו דבר אחד, עליו הסכימו באי-כוח הצדדים בטענותיהם הרבות לפנינו, הריהו חוסר הבהירות (של הרין הישראלי) בכל הנוגע לסוגיה זו. במצב זה, כאשר המשפט הפנימי אינו ברור, ממילא אין בכוחו להוליד סתירה למשפט הבינלאומי, המכיר מצדו בתוקף המחייב של אישור האמנה הנדונה על-ידי ממשלת ישראל. בעיני זהו טעם מספיק לדחיית טענותיו של המערער נגד תוקף האישור הזה. לאותה תוצאה אני מגיע ממילא, גם בלי להזדקק להנחה בדבר התאמת החוק הישראלי הפנימי אל כללי המשפט הבינלאומי... [בשנת תשכ"ד חוקקה הכנסת את ההוראה הבלתי ברורה שבחוק המעבר מחדש בסעיף 11(א)5 של חוק-היסוד: נשיא המדינה. היא עשתה כן ביודעה על הנוהג החוקתי הקבוע – שהתפתח בינתיים, לפיו אישרה (או אשררה) הממשלה בעצמה את כל האמנות... חייבים אנו לראות בכך הבעת דעה ברורה [מצד הכנסת] שמצב זה קיים כדין... אם לא נאמר כן, ייצא שקיים חלל ריק ואין שום רשות במדינה המוסמכת לאשרר אמנות שלא אושרו על-ידי הכנסת. פירוש כזה היה מביא לתוצאות בלתי נסבלות לעתיד וגם לעבר, כי הוא היה מציג את מדינת ישראל קבל משפחת העמים כמי שאינה מסוגלת, מבחינת משפטה הפנימי, לכרות אמנות בינלאומיות. פירוש כזה נאמץ לעצמנו רק באין כל דרך אחרת."

כפי שניתן לראות, השופט לנדוי הגיע להכרעתו בשתי דרכים חלופיות, מבלי להכריע ביניהן. הדרך הראשונה נסמכה מפורשות על חזקת ההתאמה; יש לשים לב לכך, שהדין שבהקשרו מיושמת החזקה אינו חוק ההסגרה בלבד, אלא גם (ובעיקר) הנורמות החוקתיות הישראליות (העמומות) העוסקות בזהות הגורם "המוסמך לכרות אמנות בינלאומיות בשם המדינה" (ובראשן סעיף 11(א)5 לחוק-יסוד: נשיא המדינה וסעיף 6 לחוק המעבר שקדם לו).¹⁷⁵ הדרך השנייה, החליפית, לכאורה אינה מונחית מחזקת ההתאמה, אלא מפרשת את סעיף 11(א)5 לחוק-יסוד: נשיא המדינה על סמך ההיסטוריה החוקתית שלו. עם זאת הלכה למעשה גם כאן שיקול מרכזי שהשפיע על אימוץ הפרשנות החוקתית האמורה היה השאיפה להימנע מקבלת פירוש ש"היה מציג את מדינת ישראל קבל משפחת העמים כמי שאינה מסוגלת, מבחינת משפטה הפנימי, לכרות אמנות בינלאומיות. פירוש כזה נאמץ לעצמנו רק באין כל דרך אחרת".¹⁷⁶ במילים אחרות, בפועל גם קו הטיעון החלופי של השופט לנדוי הונחה מהרציונל העומד בבסיס חזקת ההתאמה.

שאר השופטים, מלבד השופט הלוי, הגיעו להכרעתם על סמך קו טיעון דומה לקו הטיעון השני של השופט לנדוי. אך בפועל גם שופטים אלה הרגישו את עצמם מונחים במידה זו או

174 שם, בעמ' 111-113 (ההדגשות הוספו).

175 שם, בעמ' 112.

176 שם, בעמ' 113.

אחרת מהרציונל העומד בבסיס חוקת ההתאמה. כך למשל, החלטת השופט כהן לאמץ את הפרשנות החוקתית בעניין זה הושפעה מהעובדה שמקום המדינה ועד אותה העת "כרתה הממשלה, בשם מדינת ישראל, 780 הסכמים בינלאומיים"; עובדה זו הובילה אותו למסקנה שעליו לפעול בהתאם לכלל פרשני שלפיו לא ראוי, "מקום ואתה יכול [אחרת, לאמץ]... פירוש... 'אשר יבטל את ערכם של אותם מסמכים' וישאיר את הממשלה ללא סמכות".¹⁷⁷ הנשיא אגרנט החליט לאמץ את הפרשנות החוקתית האמורה על סמך הטעמים המצטברים שהובאו בפסקי הדין של השופטים כהן ולנדוי, ואילו השופט ברנזון הצטרף לדעתם של השופט לנדוי והנשיא אגרנט.¹⁷⁸

בשונה מארבעת השופטים הללו, השופט הלוי הציג עמדה שלפיה ניתן לכאורה להסתפק בפרשנות לאור חוקת ההתאמה של חוק ההסגרה בלבד, וכלל אין צורך להידרש לפרשנות הנורמות החוקתיות הרלוונטיות.¹⁷⁹ אך בחינה לעומק של פסק דינו חושפת, שהלכה למעשה השופט הלוי כן החיל את חוקת ההתאמה על הנורמות החוקתיות הללו, ואף בצורה רדיקלית יותר משאר השופטים. בפועל גם השופט הלוי אימץ את הפרשנות החוקתית שלפיה הממשלה מוסמכת לחתום על אמנות בשם המדינה, תוך שהוא מפרש את סעיף 11(א)(5) לחוק-יסוד: נשיא המדינה (ואת סעיף 6 לחוק המעבר שקדם לו) כקובע הסדר שאינו נוטל מהממשלה סמכות זו. אולם בשונה משאר השופטים, השופט הלוי אימץ פרשנות זו לא על סמך רציונלים כגון הרמוניה חוקתית או היסטוריה חקיקתית; כמו כן, בשונה מהממשלה, הוא לא עשה זאת על סמך עמדה שלפיה הממשלה ירשה את הסמכות האמורה מהכתר הבריטי. במקום זאת סבר השופט הלוי שיש לאמץ את עמדת הממשלה בנושא, בין אם היא נכונה ובין אם אינה נכונה אובייקטיבית, אך ורק משום שהממשלה הצהירה בזירה הבינלאומית שכך הוא הדין הישראלי בנושא ואף פעלה בהתאם (בחתימתה בשם המדינה על מאות אמנות). השופט הלוי נקט עמדה זו לא משום שסבר שהרשות המבצעת יכולה להנחות את בתי המשפט כיצד לפרש נורמות חוקתיות, אלא משתי סיבות אחרות. הסיבה הראשונה הייתה שפרשנות אחרת הייתה מחייבת להכריז על בטלותן, מבחינת הדין הישראלי, של כלל האמנות שאשררה ממשלת ישראל, אמנות שהיוו את מרביתה של מערכת ההתחייבויות והזכויות הבינלאומיות של מדינת ישראל.¹⁸⁰ הסיבה השנייה הייתה שהדין הבינלאומי מורה שמדינות אחרות רשאיות להסתמך על הצהרות ועל פעולות שכאלו, ולכן "לא [ראוי] שתישמע טענה מפי ישראל כי אמנה שאושררה על-ידי ממשלת ישראל (ולא על-ידי הכנסת) נטולת תוקף חוקי".¹⁸¹ הנה כי כן, כל השופטים בעניין קמיאר סברו שעליהם לפרש את סעיף 11(א)(5) לחוק-יסוד: נשיא המדינה (ונורמות חוקתיות נוספות, כגון סעיף 6 לחוק המעבר) לאור הרציונל העומד בבסיס חוקת ההתאמה הפרשנית. אם כך, בניגוד לנטען אכן יש במידה רבה תקדים במשפט הישראלי לפרשנות סעיפים בחוקי יסוד בהנחיית נורמות מהמשפט הבינלאומי, ואפילו בפסק דין מרכזי וחשוב.

177 שם, בעמ' 98.

178 שם, בעמ' 130 ו-132.

179 שם, בעמ' 104 ו-110.

180 שם, בעמ' 104-105.

181 שם, בעמ' 104; ראו גם בעמ' 103.

אמת, פסק הדין האמור ניתן קודם ל"מהפכה החוקתית". אך עובדה זו רחוקה מלשולל לחלוטין את ערכו כתקדים לענייננו. חשוב לזכור שאף לפני המהפכה החוקתית, עוד מאז שהחלה הכנסת לקבוע חוקי יסוד, ההשקפה המשפטית הרווחת נטתה לראות בחוקי היסוד נורמות המהוות מבחינה מהותית חלק מהמשפט החוקתי הישראלי,¹⁸² ולהשקפה זו הייתה השפעה על התנהלות השופטים כאשר הם נדרשו לפרש את חוקי היסוד.¹⁸³ יתרה מכך, באופן ספציפי בעניין קמיאר ציינו השופטים מפורשות שהם נדרשים לפרש את "הדין החוקתי הישראלי" הרלוונטי, ועולה בבירור מפסק הדין שנתון זה השפיע על התנהלותם הפרשנית.¹⁸⁴ באופן מפתיע, גם למהלך הרדיקלי יותר של הכרה בדין בינלאומי כבסיס משפטי עצמאי לביקורת חוקתית ישנו במידה מסוימת תקדים במשפט הישראלי, וגם כאן מדובר בתקדים חשוב. לצורך חשיפת עובדה זו, יש לחזור לימי המנדט ולראשית המדינה.

כתב המנדט על פלשתינה-א"י היה במהותו דין בינלאומי הסכמי בין בריטניה לבין שאר המדינות החברות במועצת חבר האומים (אשר אשרר הסכם דומה בין בריטניה לבין בנות-בריתה לניצחון במלחמת העולם הראשונה). סוכם בו שבריטניה תקבל לניהולה את פלשתינה-א"י כנאמן ("מנדטורי"), שאחריותו היא הן לפתח לטובת כלל תושבי הארץ את האדמיניסטרציה המקומית עד שהיא תוכל לעמוד באופן עצמאי, והן להביא כמובטח בהצהרת בלפור להקמת בית לאומי לעם היהודי (תוך הגנה על זכויותיהן האזרחיות והדתיות של הקהילות הלא-יהודיות בארץ).¹⁸⁵ יעדים שונים אלו משתקפים באופן המובהק ביותר בסעיף 2 לכתב המנדט,¹⁸⁶ שלפיו "המנדטורי יהיה אחראי ליצור בארץ תנאים פוליטיים, מנהליים וכלכליים, אשר יבטיחו את הקמת הבית הלאומי היהודי... ואת פיתוחם של מוסדות עצמאיים, וכן את שמירת הזכויות האזרחיות והדתיות של כל תושבי פלשתינה, ללא הבדל גזע ודת". לאור ייעודי המנדט, ובכלל זה כתב המנדט, לצד סעיפים העוסקים בקידום הקמת הבית הלאומי היהודי ישנם גם סעיפים רבים המגינים על זכויות אדם וכן על זכויות קיבוציות מסוימות. כך למשל, נקבע בסעיף 9,¹⁸⁷ כי "המנדטורי יהיה אחראי על כך שהמערכת השיפוטית המוקמת בפלשתינה תערוב לביטחון זכויות מוחלט במידה שווה הן לילידים

182 ראו דיון בכך בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 132, בפס' 32-33 לפסק דינו של הנשיא ברק. בשולי הדברים אציין, כי 13 חודשים בלבד לאחר פסק הדין בעניין קמיאר כבר ניתן פסק הדין ב"בג"ץ 98/69 ברנמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969), שיש מי שרואים בו (ולא בפסק הדין בעניין בנק המזרחי) את ראשית המהפכה החוקתית. סמיכות זמנים זו מספקת אינדיקציה נוספת לכך, שכבר באותה התקופה ההשקפה המשפטית לא התייחסה אל חוקי היסוד "סתם" כאל שאר החוקים.

183 ראו למשל ע"ב 1/65 ירדור נ' יור ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד יט(3) 365, 386 (1965).
184 עניין קמיאר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 93-97 (השופט כהן), בעמ' 100, 105 ו-110 (השופט הלוי), בעמ' 112 (השופט לנדוי) ובעמ' 119 ו-122 (הנשיא אגרנט).

185 Mandate for Palestine, League of Nations Doc. C.529M.314 VI (1922). לתרגום לעברית, ראו: "כתב המנדט על פלשתינה-ארץ ישראל" בכתובת: <https://he.wikisource.org/wiki/> (להלן: כתב המנדט). כמו כן, ראו, Covenant of the League of Nations, Art. 22, June 28, 1919, [1919] UKTS 4 (Cmd. 153).

186 כתב המנדט, לעיל ה"ש 185, בס' 2.

187 שם, בס' 9.

והן לזרים. יוכבדו הזכויות האישיות של בני העמים השונים, עדותיהם, וענייניהם הדתיים יהיו מובטחים".

עוד נקבע למשל בסעיף 15,¹⁸⁸ כי "המנדטורי ישגיח שלכולם יובטח חופש מצפון מוחלט ומילוי חופשי של כל צורות הפולחן, מוגבלים בלבד בצורך שמירה על הסדר הציבורי והמוסרי. לא תעשה כל אפליה מכל סוג שהוא בין תושבי פלשתינה מסיבות גזע, דת או שפה. שום אדם לא יהיה מנוע מפלשתינה כאשר הסיבה היחידה היא אמונתו הדתית".

מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי היווה כתב המנדט את המקור המשפטי לסמכויות של בריטניה ושל השלטון המנדטורי בארץ ישראל.¹⁸⁹ לעומת זאת, סוגיית מעמדו המשפטי של כתב המנדט מנקודת המבט של מערכת המשפט המקומית של ארץ ישראל המנדטורית הייתה שנויה במחלוקת בין בריטניה ושלטונות המנדט לבין התנועה הציונית.¹⁹⁰

עמדת בריטניה ורשויות המנדט, אשר עוגנה בהדרגה בפסיקה המנדטורית, הייתה שלמרות האמור בכתב המנדט עצמו, את מקור סמכותו שאב השלטון המנדטורי בארץ ישראל מהדין הבריטי, כמו גם מעצם קיומו של שלטון זה בארץ. כך קבעה עמדה זו בהתאם לדין האנגלי בנושא שכתב המנדט, בהיותו דין בינלאומי הסכמי, נעדר מעמד משפטי מחייב, הן במערכת המשפט המדינתית הבריטית והן במערכת המשפט המקומית המנדטורית בארץ ישראל.¹⁹¹ המקור המשפטי המרכזי לסמכויות השלטון המנדטורי, על פי העמדה הבריטית, היה דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922-1947 (להלן: דבר המלך) – חיקוק של הממשלה הבריטית שבבריטניה היה לו מעמד של חקיקה משנה, ואילו בארץ ישראל המנדטורית היה לו מעמד של מעין-חוקה. חקיקה מנדטורית שהוצאה מכוח דבר המלך האמור הייתה בטלה במקרה של סתירה בינה לבין דבר המלך עצמו. נכון, כך הייתה התוצאה גם כשהסתירה נגעה לנורמות שדבר המלך "קלט" מכתב המנדט. אך הבסיס לבטלות – אף במקרים אלו – לא היה הסתירה עם כתב המנדט אלא עם דבר המלך. בהתאם, חקיקה מנדטורית שהוצאה מכוח דבר המלך לא הייתה בטלה כאשר היא סתרה נורמות מכתב המנדט שלא "נקלטו" בדבר המלך, ולבטח דבר המלך לא היה בטל כאשר הוא סתר את כתב המנדט.¹⁹²

עוד לפי העמדה הבריטית, גם הרשויות בבריטניה – ולא רק רשויות המנדט בארץ – היו מוסמכות לקבוע חיקוקים שיחולו בארץ ישראל; משמע, הקבינט הבריטי היה רשאי להתקין "דברי מלך" וצווים שיחולו בארץ ישראל, והפרלמנט הבריטי היה רשאי לחוקק חוקים שיחולו בארץ ישראל. חיקוקים אלו, לפי ההשקפה הבריטית, היו במעמד נורמטיבי עליון ביחס לחיקוקי השלטון המנדטורי, לרבות ביחס לחקיקה ראשית מנדטורית, והקבוע בהם היה יכול לגבור אפילו על הקבוע בדבר המלך. לכן, בשונה מחקיקה מנדטורית שהוצאה מכוח דבר המלך, חקיקה ראשית וחקיקת משנה בריטיות, כמו גם חיקוקים שהוצאו מכוחו,

188 שם, בס' 15.

189 ANTONY ANGHIE, IMPERIALISM, SOVEREIGNTY AND THE MAKING OF INTERNATIONAL LAW 120-121 (2005); MAX M. LASERSON, ON THE MANDATE XXIV (1937).

190 צבי זילביגר "סדרי השלטון לפני קום המדינה" סדרי שלטון ומשפט בישראל 19, 22-23 (י' יונס ואח' עורכים 1954); LASERSON, לעיל ה"ש 189, בעמ' XXX-XXXI.

191 H.C.J. 55/25 Huseini v. Government of Palestine, 1 PLR 50, 51 (HC, 1925).

192 שם; זילביגר, לעיל ה"ש 190, בעמ' 22-23; אסף לחובסקי "בין מנדט למדינה: על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689, 706-708 (התשנ"ט).

לרבות חקיקה מנדטורית שהוצאה מכוחן ולא מכוח דבר המלך, לא היו מוגבלות כלל במה שנקבע בכתב המנדט (אף לא חלקית ובעקיפין מתוקף "קליטת" חלקים ממנו בדבר המלך).¹⁹³ בכל האמור צידדו בריטניה והפסיקה המנדטורית לא רק בניגוד להשקפה הכללית של המשפט הבינלאומי בנושא, אלא גם בניגוד לנוסחו המפורש של סעיף 1 לכתב המנדט, שדרש שכל סמכויות החקיקה והמנהל של בריטניה בארץ ישראל יהיו כפופות ל"מגבלות תנאי [כתב-ה]מנדט".¹⁹⁴

מנגד, העמדה הציונית הייתה שכתב המנדט הוא שהיה מבחינה משפטית מקור הסמכות לעצם קיום השלטון המנדטורי, שכן "קונסטיטוציה של מדינה מנדטורית... נובעת תמיד על-פי טבעה רק ממקור עליון בעל סמכות בין-לאומית מוסמכת, מחבר הלאומים. בסיסה המשפטי הוא [כתב-ה]מנדט".¹⁹⁵ במילים אחרות, לפי עמדה זו כתב המנדט ולא דבר המלך היווה את "חוקת" השלטון המנדטורי, ולכן במקרה של סתירה בין כתב המנדט לבין נורמה כלשהי של מערכת המשפט המנדטורי – לרבות דבר המלך וכל חקיקה (ראשית או משנה) בריטית אחרת שהוחלה בתחומי ארץ ישראל המנדטורית – כתב המנדט גבר, והנורמה הסותרת או תחולתה בארץ ישראל נעדרה תוקף.¹⁹⁶

עם קום המדינה חוקק סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ולפיו "המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתוקפו [במדינת ישראל]... בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".¹⁹⁷ יצוין שהמונח "המשפט" מתייחס לכל סוגי הנורמות של המשפט המנדטורי, לרבות חקיקת פרלמנט בריטית שהוחלה בארץ.¹⁹⁸ עם זאת מתוקף השינויים שנבעו מהקמת המדינה, חקיקה ראשית מנדטורית, חקיקת פרלמנט בריטי שהוחלה בארץ וחקיקות משנה בריטיות (כגון דברי מלך) שהוחלו בארץ הוכרו כולן כבעלות מעמד נורמטיבי של חקיקה ראשית, אף שבתקופת המנדט הייתה היררכיה ביניהן.¹⁹⁹ חקיקת סעיף 11 הציפה מחדש את סוגית היחס שבין כתב המנדט לבין החיקוקים שהוחלו בארץ בתקופת המנדט.

כבר סמוך להקמתו נדרש בית המשפט העליון הישראלי לסוגיה – בעניין ליון²⁰⁰ ובעניין אל-כרבוטלי (להלן: הלכת ליון-אל-כרבוטלי).²⁰¹ כיום, בכל הנוגע לסוגיה של בקורת שיפוטית על חוקים, זכורים מפסקי דין אלו בעיקר החלקים שבהם הביע בית המשפט העליון רתיעה מהענקת סמכות לבתי המשפט לבטל חוקים; בעניין ליון הוענקה פרשנות מצירה

193 שם; זילביגר, לעיל ה"ש 190, בעמ' 34; הנס קלינגהופר משפט קונסטיטוציוני: לקט הרצאות HCJ 15/45 Blomberg v. Officer Commanding 57 Military Barracks 12 PLR; (1963) 153 250, 251-252 (HCJ, 1945); HCJ 19/47 Rosenblatt v. Registrar of Lands, Haifa, [1947] ALR 499, 505.

194 כתב המנדט, לעיל ה"ש 185, ס' 1.

195 מתניהו-מקס לורסון המנדט, הקונסטיטוציה והמועצה המחוקקת 30 (1935).

196 שם.

197 פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1.

198 בג"ץ 5/48 ליון נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 58, 67 (1948).

199 זילביגר, לעיל ה"ש 190, בעמ' 34.

200 עניין ליון, לעיל ה"ש 198.

201 בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5 (1949).

לסיפה של סעיף 11 האמור, שהגבילה לשינויים טכניים בלבד את סמכות בתי המשפט לבטל חקיקה מנדטורית בגין שינויים שנבעו מהקמת המדינה,²⁰² ובעניין אל-כרבוטלי אושררה העמדה שלפיה הכרזת העצמאות אינה מהווה חוקה, ולכן אינה יכולה לשמש בסיס לביקורת שיפוטית על חוקים.²⁰³ ואולם ישנה נטייה לשכוח שבפסקי דין אלו קבע בית המשפט העליון שישנו מקור אחר (משמע לא הסיפה של סעיף 11 ולא מגילת העצמאות), שדווקא מעניק לבתי המשפט סמכות לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, בכל הנוגע לחקיקה ראשית שירשה מדינת ישראל משלטון המנדט. מקור זה הוא כתב המנדט. בפסקי דין אלו נקבע, שדינים שהוחלו בארץ בתקופת המנדט – לרבות כאלו שהם בעלי מעמד של חקיקה ראשית – לא יחשבו כחלק מ"המשפט שהיה תקף בארץ", אף אם רשויות המנדט ראו בהם דינים תקפים, כאשר ישנה סתירה בינם לבין מה שקבוע בכתב המנדט. נראה שלמרות השמרנות השיפוטית שרווחה באותה העת, בית המשפט חש שנאמנות לעמדה הציונית העקבית בנושא מחייבת אותו לפסוק כאמור; וכך קבע בית המשפט בעניין ליון:²⁰⁴

"המשפט" בסעיף 11 כולל חוקי הפרלמנט האנגלי שהופעלו על-ידי דבר-המלך-במועצה בארץ-ישראל לא פחות מפקודות (Ordinances) שניתנו על-ידי הנציב העליון בארץ-ישראל. אבל אין להעלים עין... שבתוך החוקים האימפריאליים האלה יש חוקים אשר סתרו את המנדט ולכן לא היה להם תוקף. לטענה זו אמנם לא רצו להזדקק בתי-המשפט בארץ-ישראל בתקופת המנדט באמנם שהמנדט איננו חוק בארץ אלא עד כמה שהוכנס דרך דבר-המלך-במועצה. בנדרון זה נוטה בית-המשפט הזה לעמדה אחרת ומוכן הוא לבדוק אם חוק אשר הוצא כאן בימי ממשלת המנדט סתר את כתב-המנדט."

הוסיף ופסק בית המשפט בעניין אל-כרבוטלי:²⁰⁵

"מסתמך בא-כוח המבקש... על בג"צ 5/48 [ליון], שבו הראה בית-משפט זה נטייה להיזקק לטענה שפקודה מסוימת מחוסרת תוקף, אם היא עומדת בסתירה להוראות המנדט, יש בזה אולי מן התמוה שלאחר הקמת המדינה נהיה עוד זקוקים לחטט בשאלה, אם המנדט היה בשעתו חלק ממשפט הארץ, או רק 'מסמך' שנכללו בו כוונות טובות אך בלתי מחייבות. אולם בשימנו אל לב את העובדה, שלפי פקודת סדרי השלטון והמשפט עומדים בתקפם כל החוקים שנשארו מתקופת המנדט, הרי לגבי השאלה אם איזה חוק מהחוקים האלה היה בר-תוקף אין העניין אקדמי בלבד, אלא אקטואלי ביותר. וכאן נראה לנו שיש לקבוע ללא פקפוק כי המנדט כחלק מן המשפט הבינלאומי חייב את המעצמה אשר ליריה נמסר השלטון המנדטורי בארץ, – ומה גם שבתוקף המנדט הזה עצמו קיבלה המעצמה הזאת את שלטון הארץ והחזיקה בו – וכי כל פעולה שנעשתה, או חוק שהוצא, על-ידיה בארץ בניגוד להוראות המנדט, היה בהם משום פגיעה גם במשפט הבינלאומי וגם במשפט הארץ הזאת."

202 עניין ליון, לעיל ה"ש 198, בעמ' 68-69.

203 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 201, בעמ' 13.

204 עניין ליון, לעיל ה"ש 198, בעמ' 67.

205 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 201, בעמ' 9-10.

במילים אחרות, בפסקי דין אלו נקבע שיש לבחון את ההלימה לכתב המנדט של כל דין ודין שהוחל בארץ בתקופה המנדטורית, ולקבוע שאלו שסתרו את כתב המנדט בטלים. בית המשפט העליון חזר ונסמך על הלכה זו גם יותר משני עשורים לאחר קום המדינה, בעניין חוגים לאומים. שם פסק השופט אגרנט, בהסתמכו על פסק הדין בעניין ליון, ש"כתב המנדט... איבר את תקפו וחיותו, אלא במידה שיש לפרש ברוחו חוק מנדטורי, שטרם הלך מהעולם, או לבחון אם חוק כזה סותר אותו".²⁰⁶

אם כך, בניגוד לטענת הממשלה בעניין סילוואד, אימוץ הלכה שלפיה דינה של חקיקה ראשית הסותרת דין בינלאומי להתבטל אינו חסר תקדים לחלוטין בישראל. אכן, ההלכה האמורה הוחלה רק על חקיקה ראשית מסוג מסוים (חקיקה מנדטורית), בעוד ביחסים שבין חוקי הכנסת לדין הבינלאומי החילה הפסיקה הסדרים אחרים שאינם מעניקים מעמד כה חזק לדין הבינלאומי. אך כפי שידון בהמשך, עדיין ניתן ללמוד מהלכה זו תוכנות מסוימות – מוגבלות, אך חשובות – הרלוונטיות לסוגיה שבה עוסק המאמר.

עם זאת חשוב תחילה להדגיש, שאין לפטור את הלכת ליון-אל-כרבוטלי כשולית, אף שהיא קבעה הסדר המאפשר ביטול חקיקה ראשית הסותרת דין בינלאומי רק בנוגע לחקיקה מנדטורית; שהרי כאשר הלכה זו נקבעה לראשונה בשנת 1948, רוב רובה של החקיקה הראשית בישראל היה חקיקה מנדטורית. יתרה מכך, אף שההלכה האמורה נשכחה יחסית בחלוף הזמן, מבחינה משפטית היא עדיין בתוקף,²⁰⁷ ולעובדה זו יש משמעות רבה (בכוונתי לדון בכך בהרחבה בעתיד).²⁰⁸ מחד, החקיקה המנדטורית שטרם בוטלה בארץ זוכה להגנה מפני ביקורת חוקתית על סמך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לנוכח פסקת שמירת הדינים שבחוק יסוד זה;²⁰⁹ מאידך, "כתב-המנדט הבטיח, כלפי כלל תושבי ישראל, [זכויות רבות וביניהן] חופש דת, מצפון ופולחן, לצד אי-הפליה על רקע גזע, דת ולשון".²¹⁰ לפיכך, גם כיום הלכת ליון-אל-כרבוטלי צריכה להיות דרך המלך לביקורת חוקתית בנוגע לחלק נכבד מהחקיקה הראשית התקפה בישראל.

- 206 בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2), 141, 212 (1970) (ההדגשות הוספו); ראו גם שם, בעמ' 204.
- 207 ראו לפידות, לעיל ה"ש 47, בעמ' 819-818.
- 208 בכוונתי לדון ביישומים עכשוויים של הלכת ליון-אל-כרבוטלי בשני מאמרים עתידיים. האחד יעסוק באופן כללי ביישומה של הלכה זו כיום, והאחר יעסוק באופן ספציפי ביישומה בהקשר של הריסות בתים על סמך תק' 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 858.
- 209 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.
- 210 בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עירית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5), 393, 474 (2000). יצוין שבשונה מהעמדה העולה מהציטוט האמור, בעניין אל-כרבוטלי (לעיל ה"ש 201, בעמ' 12) נקבע שס' 2 ר- לכתב המנדט אינם מפורטים דיים כדי "לשמש כעין סעיפים] בחוקה הקובעים] את הזכויות היסודיות של הפרט". זו ככל הנראה הסיבה שהלכת ליון-אל-כרבוטלי לא הובילה בזמנו ל"מהפכה חוקתית". עם זאת כבר בע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 481, 487-486 (1951) ניתנה פסיקה שממנה משתמעת עמדה שלפיה לס' 15 לכתב המנדט יש את המאפיינים של נורמה חוקתית הקובעת זכויות פרט. יתרה מכך, כפי שמדגים הציטוט מפסק הדין בעניין עדאלה, שם, גם בנוגע לשאר סעיפי כתב המנדט ישנה פסיקה שממנה עולה עמדה שונה משל פסק הדין בעניין אל-כרבוטלי.

יש להדגיש שההלכה האמורה אינה נסמכת על עמדה משפטית הרואה בכתב המנדט נורמה סינגולרית. בבסיסה ניצבת עמדה משפטית עקרונית, שלפיה המשפט הבינלאומי הוא המקור הנורמטיבי שממנו שאב השלטון המנדטורי את סמכותו. ניתן ללמוד זאת מעניין אל-כרבוטלי, שם נפסק "שיש לקבוע ללא פקפוק כי המנדט כחלק מן המשפט הבינלאומי חייב את המעצמה אשר ליריה נמסר השלטון המנדטורי בארץ".²¹¹ לעובדה שהלכת ליון-אל-כרבוטלי נסמכת על עמדה משפטית עקרונית זו יש חשיבות בהקשר של הסוגיה שבה עוסק המאמר, כלומר לסוגיית הבסיס המשפטי בדין הישראלי שעליו נסמכת חוקת ההתאמה הפרשנית. עוד בראשית המדינה, בעניין פלוני אשר נדון בבית המשפט המחוזי בחיפה, אחד מפסקי הדין הראשונים שבהם הוחלה במדינת ישראל חוקת ההתאמה הפרשנית, גזר השופט לנדוי בדרך ההיקש את קיום חוקה זו מהלכת ליון-אל-כרבוטלי, לאור הבסיס המשפטי שעליו נסמכת ההלכה האמורה.²¹² במילים אחרות, השופט לנדוי הקיש מחובת הכפיפות המלאה לדין הבינלאומי, שנקבע כי היא מוטלת על מחוקק מנדטורי, את דבר קיומה של חובה מרוככת יותר המוטלת על בתי המשפט במדינה עצמאית – כמדינת ישראל – לפרש ככל שניתן את דיני המדינה באופן התואם את המשפט הבינלאומי; השופט לנדוי אמר את הדברים הבאים:²¹³

"אני מניח שבית-משפט זה חייב לשים לב גם למשפט הבין-לאומי החל בשאלה הנדונה. בית-המשפט העליון פסק בבג"צ 7/48 [אל-כרבוטלי]... כי 'המנדט כחלק מן המשפט הבינלאומי חייב את המעצמה אשר לידה נמסר השלטון המנדטורי בארץ'. באימרה זו אני רואה רמז לכך שבתי-המשפט במדינתנו חייבים לפעול בהתאם לאותן ההתחייבויות אשר המדינה קיבלה על עצמה בהתאם למשפט העמים".

בית המשפט העליון, בשבתו כערכאת ערעור, אשרר במשתמע את עמדת השופט לנדוי, בקובעו כך: "לא מצאנו כל פגם בהנמקתו של השופט ואין לנו מה להוסיף עליה".²¹⁴ אם כן, הטענה שלפיה הכרה במשפט הבינלאומי כבסיס עצמאי לביטול חקיקה ראשית היא מהלך חסר תקדים רחוקה מלהיות מדויקת. ישנו תקדים שכזה, בנוגע לחקיקה ראשית מנדטורית. אכן, לא דין חקיקה ראשית מנדטורית שחוקק שלטון זר כדין חקיקה ראשית של פרלמנט הנבחר בדרך דמוקרטית (הכנסת). אך משמעות הדברים אינה שלתקדים שנקבע בהלכת ליון-אל-כרבוטלי אין כל חשיבות לענייננו. לפני הכול, מבחינה פורמלית הפסיקה שניתנה בבית המשפט המחוזי בחיפה בעניין 82/51 פלוני (ואשרורה בבית המשפט העליון) מעידה שהתקדים האמור שימש בדרך ההיקש כאחד המקורות המשפטיים שעל בסיסם עוגנה במשפט הישראלי – עוד בראשית המדינה – חוקת ההתאמה הפרשנית. חשוב מכך, מבחינה מהותית, הפסיקה שניתנה בבית המשפט המחוזי בחיפה בעניין פלוני מלמדת אותנו שיש קשר – חלקי, אך חשוב – בין שתי הסיטואציות, כך שראוי להקיש מהכלל המחמיר (בדבר כפיפות חוקתית מלאה לדין הבינלאומי) שנקבע באשר למחוקק מנדטורי, את הצורך

211 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 201, בעמ' 10 (ההרגשה הוספה).

212 ת"פ (מחוזי חי') 82/51 היועמ"ש נ' פלוני, פ"מ ה' 123, 127-128 (1951).

213 שם, בעמ' 127.

214 ע"פ אל-טוראני נ' היועמ"ש, פ"ד ו' 1145, 1146 (1952).

באימוץ הסדר דומה אך מרוכך יותר (כלומר באימוץ חזקת ההתאמה הפרשנית) כאשר לדינים שהתקבלו במדינה דמוקרטית. לבסוף, יש לציין שהדיון שלעיל גם מספק אינדיקציה באשר ליחס התנועה הציונית למשפט הבינלאומי, סוגיה שעליה יורחב בפרק הבא.

1. היעדר הסמכה

טענה נוספת של הממשלה בעניין סילוואד הייתה טענה של היעדר הסמכה. לדירה של הממשלה, בהחלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי יש משום הענקה "למקור חיזוני למשטרנו החוקתי מעמד מחייב בפרשנותה [של החוקה הישראלית]... בלא שהחוקה קבעה זאת במפורש, [ומעשה שכזה] כמוהו כאימוץ חוקה אחרת תחת זו שניסח הריבון על-ידי נציגיו [ולפיכך הוא מהווה]... ניסיון לבצע הפיכה חוקתית".²¹⁵ פורום קהלת טען טענה זהה בעניין אדם ובעניין דסטה.²¹⁶ דא עקא, שכפי שיוצג להלן, טענת זו שגויה אף ברמה העובדתית-פורמלית.

כלל יסוד פרשני ותיק²¹⁷ ומקובל קובע, ש"במסגרת הפרשנות החוקתית עלינו להידרש... להכרות העצמאות... [המהווה] 'הן תעודת הלידה והן תעודת הזהות של המדינה...'. [ה] כוללת עקרונות המצויים ביסוד המשטר, שכל רשות מרשויות המדינה חייבת להניח כנר לרגליה... [והמשקפת] את העקרונות שעל בסיסם [מצופה ש]תעוצב ותתגבש חוקתה של המדינה".²¹⁸ כלל זה אף זכה ברבות השנים לעיגון מפורש מצד הכנסת כרשות מכוננת; סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובעים, בנוסח זהה, ש"זכויות היסוד של האדם בישראל... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". בעשותה כן, [ה]רשות המכוננת... [ה]זרימה את עקרונות הכרות העצמאות אל תוך חוקי-היסוד... [ו]צוות[ת] עלינו לכבד[ם]."²¹⁹ הכלל הפרשני האמור רלוונטי לענייננו, שכן החלק השלישי של הכרזת העצמאות, אשר מקובל לכנותו "פסקת העקרונות", קובע כך:²²⁰

"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל

215 עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 248 (ההדגשות שהיו במקור הורדו, ההדגשה הקיימת הוספה).

216 טיעוני קהלת בעניין דסטה, לעיל ה"ש 62, בפס' 20; טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 23.

217 ראו עניין ירדור, לעיל ה"ש 183, בעמ' 386.

218 עניין חסון, לעיל ה"ש 11, בפס' 20 לפסק דינה של הנשיאה חיות. בעניין חסון אושרר כלל פרשני זה בידי כל אחד עשר שופטי ההרכב; ראו, נוסף על דברי הנשיאה חיות, גם שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט עמית, בפס' 13 לפסק דינו של השופט מינץ, בפס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל, בפס' 25 לפסק דינו של השופט סולברג, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, בפס' 11 לפסק דינו של השופט מזוז, בפס' 25 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון ובמשתמע גם בפס' 13 לפסק דינו של השופט קרא.

219 שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

220 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1 (ההדגשה הוספה).

אזרחיה בלי הברל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות."

מגילת האומות המאוחדות היא אמנה שמדינת ישראל צד לה, והכרזת העצמאות מפנה לסעיף 2 (סעיף העקרונות) לאמנה זו. תתי-סעיפיו של סעיף 2 האמור מחייבים את המדינות החברות באו"ם, כמו גם את האו"ם עצמו כארגון, לפעול בהתאם לנורמות משפט בינלאומי יסודיות שונות ("עקרונות האו"ם"), ובהן אלה: עקרון השוויון בין מדינות, עקרון ריבונות המדינה, איסור השימוש בכוח, החובה לפתור סכסוכים בינלאומיים בדרכי שלום והחובה לסייע לאורגנים של האו"ם.²²¹ כמו כן, הרישה של סעיף 2 מחייבת את המדינות החברות ואת האו"ם כארגון לשקוד גם על קיומן של נורמות משפט בינלאומי יסודיות נוספות, המפורטות בסעיף 1 לאמנה ("מטרות האו"ם"), ובהן אלה: חובה לשקוד על "פלייתו ועידודו של רגש הכבוד אל זכויות האדם וחירויות היסוד" וחובה כללית לשקוד לפעול "לפי עקרונות... [ה] משפט הבינלאומי".²²² לולי הרישה של סעיף 2, היה אפשר לסבור שרק האו"ם כארגון נדרש לקיים את "מטרות האו"ם", שכן סעיף 1 עצמו מנוסח באופן שעשוי להיות מובן כפונה רק לארגון ולא למדינות החברות.²²³

221 2' למגילת האומות המאוחדות וחוקת בית הדין הבינלאומי (24.10.1945), כ"א 1, 203.

222 שם, בס' 1(1) ר"1-3, בשילוב עם רישת ס' 2.

223 העובדה שמטרות האו"ם מחייבות לא רק את האו"ם אלא גם את המדינות החברות עולה בבירור מעמדת הוועדה שניסחה את ס' 1 ר"2; *Summary Report of Meeting of Commission and Committee Officers* (May 3, 1945), in *THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON INTERNATIONAL ORGANIZATION – SAN FRANCISCO, CALIFORNIA APRIL 25 TO JUNE 26, 1945 – SELECTED DOCUMENTS* 475, 478, (1946) (להלן: *Summary Report*). זו גם הייתה עמדת ה-ICJ: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia – Advisory Opinion*, [1971] ICJ REPORTS 16, 57. מנגד, קלזן סבר שלאור הברדלי הנוסח שבין ס' 1 לס' 2, מטרות האו"ם מחייבות רק את האו"ם כארגון. ראו: HANS KELSEN, *THE LAW OF THE UNITED NATIONS* 15, 18, 29 (1950). אך עמדת קלזן מתעלמת מכך שכוונת מנסחי מגילת האו"ם (כפי שהיא עולה מדברי הוועדה המנסחת) הייתה להחיל את החובה לפעול בהתאם למטרות האו"ם הן על האו"ם והן על המדינות החברות. עוד עולה מדברי הוועדה, שהבחירה להשתמש בס' 2 בנוסח שונה ("The Organization and its Members") מזה שבס' 1 ("The United Nations") נועדה להבהיר שהחובה לפעול בהתאם למטרות האו"ם חלה הן על האו"ם והן על המדינות החברות (ובזמנו נראה שעיקר החשש היה דווקא שלולי השימוש בשוני הניסוחי האמור כאמצעי הבהרה, יהיו מי שיסברו שס' 1 אינו מתייחס לאו"ם כאל ארגון); ראו: *Summary Report*, שם, בעמ' 483. אפילו קלזן עצמו (KELSEN, שם, בעמ' 18) מודה בחטף שעמדתו אינה מתיישבת עם רישת ס' 2, מבלי לספק הסבר כיצד עמדתו יכולה לעמוד בכל זאת (The postulate of) "Article 1, paragraph 1, to conform with the principles of justice and international law is directed... at the Organization, not the individual Members... [I]n Article 2... the Members... are obligated only to observe 'justice,' not 'international law,' although Article 2 says that the Members shall act in accordance with the Principles 'in pursuit of the Purposes'". לפיכך, לטעמי כל מה שניתן ללמוד (בעקיפין) מעמדת קלזן הוא, שרישת

אם כך בתמצית, המחויבות לנורמות המשפט הבינלאומי היסודיות הקבועות בסעיפים 1 ו-2 למגילת האו"ם, לרבות לחובה הכללית לשקוד לפעול לפי עקרונות המשפט הבינלאומי, היא אחד מעקרונות הכרזת העצמאות. כפועל יוצא מכך, נורמות משפט בינלאומי אלו הן מקור פרשני מחייב בהקשרם של חוקי היסוד. כך הם פני הדברים לא רק מתוקף הלכה פסוקה ותיקה ויסודית, אלא גם מתוקף הוראה מפורשת של המכונן. במילים אחרות, הסמכות – אם לא החובה – להחיל את חזקת ההתאמה בהקשרם של חוקי היסוד מעוגנת בדין החוקתי הישראלי עצמו.

אומנם, יותר משזכורה המחויבות המפורשת לנורמות יסוד ממגילת האו"ם שקיבלה על עצמה מדינת ישראל בהכרזת עצמאותה, זכורה האמירה המבטלת המיוחסת לבן-גוריון – "או"ם שמום". עם זאת כפי שביאר וביקר שר החוץ דאז, משה שרת, בפתק שכתב לבן-גוריון, מה שקובע היא "האמת ההיסטורית ולא הדיבורים שאתה מפלט בעידנא דריתחא על 'אום שמום'".²²⁴ לא זו אף זו, שלא בעידנא דריתחא אפילו בן-גוריון סבר ש"זו תהא טעות מכשילה אם מי שהוא יאמר שאין ממש וערך לאו"ם".²²⁵ עוד הוסיף בן-גוריון את הדברים הבאים:²²⁶

"קיומו של העם היהודי ובטחונה של מדינת ישראל, יותר מקיומו של עם אחר ויותר מביטחונה של כל מדינה אחרת תלויים בשלטון החוק והצדק ביחסי עמים. מדינת ישראל, המגלמת רצונו ומאוייו ההיסטוריים של העם היהודי, חייבת משום כך לעשות כל מאמץ אפשרי... [לסייע] להשליט חוק וצדק ביחסי עמים, ולקבוע חוק בינלאומי שיעמוד, להלכה ולמעשה, מעל החוקים הפנימיים של המדינות. האנרכיה הבינלאומית, שבה רשאית כל אומה ריבונית לפעול כעולה על רוחה מסכנת שלומם וקיומם לא רק של עמים קטנים וחלשים, אלא גם של מדינות אדירות ותקיפות".

חשוב להדגיש שהמונח "העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" אינו מתייחס רק לחלק השלישי של מגילת העצמאות; "גם חלקים אחרים של הכרזת העצמאות עשויים להיות חשובים לגיבוש עקרונותיה".²²⁷ עובדה זו חשובה משום שגם בחלקים אחרים אלו ישנה קבלה של כמות לא-מבוטלת של נורמות המשפט הבינלאומי, שכן הם כוללים הפניות להצהרת בלפור, לכתב המנדט ולהחלטת כ"ט בנובמבר של עצרת האומות המאוחדות.²²⁸ כמו כן, במגילת העצמאות מבוטאת הכרה בחשיבות המשפט הבינלאומי אף בדרך נוספת – עקיפה אך חשובה – שעליה ברצוני להרחיב; הכרה זו באה לידי ביטוי בהפניה של המגילה לתוכנית באזל (או, בנוסח המגילה, ההפניה לכך ש"בשנת תרנ"ז (1897) נתכנס הקונגרס

סעיף 2 היא המקור המשפטי שדרכו חלה על המדינות החברות החובה לשקוד לפעול בהתאם למטרות האו"ם.

224 פתק ממש שרת, שר החוץ, לדוד בן-גוריון, ראש הממשלה (13.4.1955). <http://bengurionblog.blogspot.com/2009/05/normal-0-false-false-false-en-us-x-none.html>

225 דוד בן-גוריון "האומות המאוחדות ובטחוננו" דבר 26.03.1954, 2.

226 שם.

227 ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 49, בעמ' 306. ראו גם עניין חסון, לעיל ה"ש 11, בפס' 25 ו-27 לפסק דינו של השופט סולברג.

228 ראו לעיל ה"ש 220.

הציוני לקול קריאתו של הוגה חזון המדינה היהודית תיאודור הרצל והכריז על זכות העם היהודי לתקומה לאומית בארצו".²²⁹

אף שמבחינה פורמלית אין ל"תוכנית באזל" מעמד משפטי עצמאי, קשה להגזים בחשיבותה, הן כללית והן ספציפית לצורך גיבוש עקרונות מגילת העצמאות. מדובר במצע היסודי והמאחד של התנועה הציונית, ובמידה רבה גם במסמך המכונן של הציונות כתנועה לאומית. בהתאם לחשיבות זו, תוכנית באזל היא לאמיתו של דבר המסמך הראשון אחרי התנ"ך המאוזכר בהכרזת העצמאות. מי שמעיין בתרגומים עכשוויים לעברית של תוכנית באזל (שנכתבה במקור בגרמנית) ימצא מגוון גרסאות למשפט הפותח והחשוב ביותר של התוכנית. גרסאות אלה נבדלות זו מזו בעיקר בצורת התרגום של הסיפה של המשפט, שעניינו סוג מסוים של דין שלפיו התנועה הציונית שואפת להקים את הבית הלאומי של העם היהודי.²³⁰

את חוסר האחידות הזה ניתן במידת מה לקבל בהבנה, שכן הוא נובע מהחלטה מודעת של התנועה הציונית להשתמש במונח גרמני עמום ("öffentlich-rechtlich").²³¹ הצרה היא שבמרבית התרגומים הללו אוברת המשמעות האמיתית של המשפט הפותח האמור שאליה כיוונו חברי התנועה הציונית. לאמיתו של דבר, התרגום המדויק ביותר של המונח "öffentlich-rechtlich", כפי שהסביר נתן פינברג (מאבות חקר המשפט הבינלאומי בישראל), הוא "המשפט הפומבי".²³² משמע, שאיפת הציונות הייתה להקים בית מולדת לעם היהודי בארץ ישראל על פי "המשפט הפומבי". המונח העמום "öffentlich-rechtlich" ("המשפט הפומבי") נבחר כנוסח פשרה שהציע הרצל, במטרה לאזן בין הרצון לבטא את מחויבות הציונות למשפט הבינלאומי (ששמו המלא הוא, כידוע, "המשפט הבינלאומי הפומבי") לבין החשש שהפניה מפורשת למשפט הבינלאומי, תרגיז את הטורקים ששלטו בארץ.²³³ לפיכך הבחירה במונח זה לא נועדה להצהיר על התנערות מהמחויבות למשפט הבינלאומי, ולכן כפי שהמשיך והסביר פינברג, המונח האמור במשמעותו הנכונה כולל בחובו הן "את המשפט הקונסטיטוציוני והאדמיניסטרטיבי של מדינה מן המדינות, והן את המשפט הבינלאומי".²³⁴ מחויבות עמוקה זו של הציונות למשפט הבינלאומי אינה צריכה להפגיע אותנו. מרבית הוגי הציונות ראו בה יישום של הפילוסופיה הלאומית-ליברלית בהקשר היהודי, ומעידה על כך הסתמכותם של רבים מהם – מימין ומשמאל – על ג'וזף מאציני (גדול הוגי הלאומיות

229 ש.ם.

230 ראו למשל יגאל משעול הלאומיות המודרנית וראשית הציונות 69 (2011) ("הציונות שואפת להקים לעם ישראל בית מולדת בארץ ישראל מובטח על-פי משפט הכלל"); "תוכנית בזל" המכלול: האנציקלופדיה היהודית https://www.hamichlol.org.il/%D7%AA%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA_%D7%91%D7%96%D7%9C להקים לעם היהודי מולדת חוקית בארץ ישראל"; "הציונות שואפת להקים בית מולדת לעם היהודי בארץ ישראל, המובטח לפי משפט הכלל".

231 נתן פינברג ארץ ישראל בתקופת המאנדאט ומדינת ישראל 7-9 (התשכ"ג).

232 ש.ם, בעמ' 8.

233 ש.ם, בעמ' 7-9.

234 ש.ם, בעמ' 9-10.

הליברלית).²³⁵ בשונה מהלאומנות, הלאומיות הליברלית סבורה שעל העמים לשתף פעולה באופן מכבד, כך שכל עם תורם את תרומתו לאנושות כ"נגן" ייחודי אך שווה מעמד ב"תזמורת העמים" (לפי המשל המפורסם המשווה למאציני).²³⁶ בהתאם לכך, הלאומיות הליברלית מייחסת חשיבות רבה למשפט הבינלאומי.²³⁷ בלשון ציורית ניתן לומר, שהלאומיות הליברלית רואה במשפט הבינלאומי את קובץ כללי ההתנהגות של "הנגנים", אם לא את "התווים" שלאורם "התזמורת" מנגנת.

לעובדות האמורות יש חשיבות מכיוון שהן מפריכות את הנחת פורום קהלת שלפיה יש לכאורה סתירה בין השאיפה לפרש את חוקי היסוד לאור המשפט הבינלאומי מחד, ולאור ערכי הציונות והלאומיות הליברלית מאידך.²³⁸ כמו כן, יש להן חשיבות לאור ההסכמה הרחבה הרווחת שלפיה פרשנות חוקתית בישראל צריכה לתת משקל ניכר לערכי הציונות.²³⁹

ז. נטילה שיפוטית של סמכות של הרשות המכוננת – הניסיון הישראלי והמשפט המשווה

הממשלה ופורום קהלת טענו לקיום אקסיומה המונעת החלה בדרך הפסיקה של חזקת ההתאמה במישור החוקתי, ולפיה "החוקה... היא המסמך העליון... ובאמצעותה קובע הריבון (משמע, המכונן) את יחסו אל המשפט הבין-לאומי".²⁴⁰ המסקנה בדבר קיומה של אקסיומה זו הוצגה כנסמכת על שני בסיסים חלופיים. הראשון, שעליו שמה את עיקר הדגש הממשלה בעניין סילוואד, נעוץ לכאורה במסורת המשפטית הישראלית הרלוונטית. השני, שבו התמקד פורום קהלת בעניין אדם, נעוץ לכאורה במשפט המשווה. פרק זה בוחן את שני הבסיסים הלכאוריים הללו.

הממשלה טענה, בהקשר זה, כי

"על-פי שיטתנו המשפטית... נורמה משפטית מן המשפט הבינלאומי חייבת להיקלט אל תוך מערכת המשפט הפנימית בהתאם לכלליה שלה... [ו] כוחה... יפה – ככל שהוא כזה – בתוך מערכת המשפט הישראלית, רק משום שהדין הישראלי עצמו התיר זאת... ולכן, הפה שאסר הוא הפה שהתיר. בכוחה

235 מיכאל וולצר לאומיות ואוניברסליזם 48-52 (אריאל שריד מתרגם 2009).

236 המשל משוויץ למאציני, ככל הנראה על סמך דברים שכתב במאמר הבא משנת 1836, שמהם המשל עולה במרומז: Joseph Mazzini, *The Philosophy of Music*, in 4 LIFE AND WRITINGS: OF JOSEPH MAZZINI 1, 3, 21-22, 36-37 (1891).

237 Stefano Recchia & Nadia Urbinati, *Introduction: Giuseppe Mazzini's International Political Thought*, in A COSMOPOLITANISM OF NATIONS 1, 12-13 (Stefano Recchia & Nadia Urbinati eds., 2009).

238 לדיון בכך, ראו להלן פרק ט'.

239 ראו לעיל ה"ש 11-12.

240 טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 25. ראו גם את עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 245.

של כנסת ישראל לעצב, לשנות או להתעלם מכל נורמה משפטית חיצונית לה.
היא אינה מחויבת לה כלל".²⁴¹

דא עקא שטענה זו שגויה עובדתית. עוד מראשית המדינה, הגורם המרכזי שעיצב במשפט הציבורי הישראלי את ההסדרים בדבר היחס המוענק לדיני המשפט הבינלאומי היה הרשות השופטת (בהובלת בית המשפט העליון), ולא הכנסת כרשות המכוננת או המחוקקת. הכללים בדבר מעמדו הנורמטיבי ואופן קליטתו של דין בינלאומי מנהגי אינם קבועים בחוק יסוד או בחוק; מדובר בכללים יצירי פסיקה, שאומצו כאמור בידי בתי המשפט הישראליים עוד בראשית המדינה.²⁴² באופן דומה, הייתה זו הפסיקה שעיצבה גם את עיקר הכללים בדבר אופן קליטתו ובדבר מעמדו הנורמטיבי של דין בינלאומי הסכמי. לא זו אף זו, עיגון הכלל שלפיו הממשלה היא הגורם העיקרי המוסמך לצרף את המדינה לאמנות דרש מבית המשפט לבצע (בעניין קמיאר) פרשנות חוקתית יצירתית ביותר; הפרשנות נדרשה לאור העובדה שהכנסת כרשות מכוננת אימצה הסדר בנושא שמפשט לשונו משתמע דווקא כלל שונה בתכלית, הדורש מעורבות משמעותית של נשיא המדינה ושל הכנסת בהליך כריתתן של האמנות (אך ספק אם ניתן לאתר ביקורת מצד הממשלה באשר ליצירתיות הרבה של המהלך הפרשני האמור, שכן מהלך זה היטיב עם הממשלה).²⁴³ הדבר חשוב ביותר לענייננו הוא שאף אימוץ חזקת ההתאמה היה מהלך שיפוטי.²⁴⁴ במילים אחרות, אין בסיס לטענה כאילו הייתה זו הכנסת כרשות מכוננת שעיצבה את ההסדר החוקתי בדבר יחסו של המשפט הישראלי למשפט הבינלאומי.²⁴⁵ זאת ועוד, ההתערבות (המעטה) בנושא של הכנסת כרשות מכוננת (בדמות סעיפי העקרונות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם) ושל קודמתה, מועצת המדינה הזמנית (כפי שעולה מהכרזת העצמאות), דווקא תומכת בהחלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי.²⁴⁶

אך מה באשר למשפט המשווה? האם הוא תומך בקיומה של האקסיומה הנטענת? הממשלה טענה בחטף בעניין סילוואד שכך הם פני הדברים, באומרה שבהקשר זה לכאורה "שיטתנו המשפטית... צועדת בעקבות מדינות רבות בעולם".²⁴⁷ פורום קהלת טען זאת ביתר פירוט בטיעונו בעניין אדם. אעבור אם כך לבחון את דברי פורום קהלת האמורים. למרות רתיעתו המוצהרת מהסתייעות במשפט משווה בפרשנות חוקתית, בחר פורום קהלת בטיעונו בעניין אדם להציג סקירת משפט משווה, וטען שסקירה זו תומכת בעמדתו ולפיה אל לו לבית המשפט להחיל את חזקת ההתאמה במישור החוקתי. חלק זה בטיעונו

241 עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 245 (ההדגשות שהיו במקור הורדו, ההדגשה הקיימת הוספה).

242 לעיל פרק א'.

243 לעיל פרק ה'.

244 לעיל פרק א'.

245 טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 25; עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 245.

246 לעיל פרק ו'.

247 עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 245.

פורום קהלת, שכותרתו "היחס בין החוק, החוקה והמשפט הבינלאומי במדינות העולם", פותח כך את דבריו:²⁴⁸

"המדרג הנורמטיבי... [לפיו החוקה נמצאת בראש פירמידת הנורמות] משליך על מעמדו של המשפט הבינלאומי גם במדינות אחרות. נציג להלן סקירה תמציתית. בארצות-הברית, 'אחותנו החוקתית הבכירה' (כדברי המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין עדאלה הנ"ל, ו'אחותנו הערכית הצעירה' כדברי השופט א' רובינשטיין שם), מקובלת חזקת התאמה פרשנית דומה לזו שבמשפט הישראלי, ולפיה במידה שישנה סתירה מהותית בין החוק או החוקה לנורמה בין-לאומית, יגברו הראשונים (ראו Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (of the United States) (1987), art. 114. ביחס לפרשנות חוקה חיונה השופט סקאליה (Scalia) את דעתו באחת ההזדמנויות כי "It is my opinion that modern foreign legal material can never be relevant to any interpretation of, that is to say, to the meaning of, the U.S. Constitution" (Anne Gearan, The "Washington Post (April 3, 2004)).

לאחר דיון קצר זה במשפט האמריקני, פורום קהלת מאזכר בחטף גם נורמות מהמשפט באנגליה, בגרמניה, בצרפת, בהולנד, בטורקיה וברפובליקה הדמוקרטית של קונגו,²⁴⁹ ובתום סקירה קצרה זו נחתם החלק האמור בטענה שלפיה²⁵⁰ "המשמעות, לענייננו, ברורה, והיא משותפת לכלל המדינות שנסקרו: המסמך בעל הסמכות העליונה הוא החוקה... יתר הנורמות כפופות לה, ובאמצעותה קובע הריבון את יחסו אל המשפט הבינלאומי. העמדה שמציעים העותרים, כי המשפט הבינלאומי ינחה את פרשנות החוקה, הופכת את היוצרות". אך המסקנה הנטענת האמורה רחוקה מלהיות נכונה. בארצות הברית, כפי שידון בהמשך המאמר, ישנם רבים החולקים על עמדת סקאליה השוללת הסתייעות במשפט הבינלאומי כאשר מפרשים את החוקה האמריקנית. כמו כן, כפי שעוד יידון שם, רכיבים משמעותיים בדין החוקתי האמריקני המסדיר את היחס שם למשפט הבינלאומי אינם קבועים בחוקת ארצות הברית, אלא הם יצירי הפסיקה. יתרה מכך, כפי שיפורט בפרק הנוכחי, בכל שאר המדינות הנסקרות, לאמיתו של דבר, הדין אינו תומך בטענות פורום קהלת. ראשית, במציאות, במרבית המדינות שסקר פורום קהלת קיים ההסדר המשפטי, אשר הפורום מתנגד לו נחרצות, של החלת חזקת התאמה פרשנית במישור החוקתי. זאת ועוד, במדינות הנתרות, שבהן אין החלה של החזקה (כמו גם בחלק מהמדינות שבהן ישנה החלה שכזו), קיים הסדר משפטי שלהשקפת פורום קהלת הוא רדיקלי באותה מידה אם לא אף יותר, הקובע שחקיקה ראשית תהיה בטלה כאשר היא סותרת דינים של המשפט הבינלאומי. שנית, יש אי-דיוק משמעותי גם בטענת פורום קהלת, כאילו המסקנה שלפיה ההסדרים בדבר יחס המשפט המדינתי למשפט הבינלאומי צריכים להיקבע בחוקה בידי הרשות המכוננת ולא בדרך הפסיקה היא "המשמעות... [ה]משותפת לכלל המדינות שנסקרו".²⁵¹ האמת היא, שברוב

248 טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 25.

249 שם, בפס' 25-26.

250 שם, בפס' 26.

251 שם.

המדינות האמורות חלק נכבד מן ההסדרים החוקתיים בדבר היחס המוענק לדיני המשפט הבינלאומי הם יצירי הפסיקה.

באנגליה חלה חוקת ההתאמה בהקשרן של נורמות חוקתיות ככל שאלו קיימות. כמו כן, כל עוד הייתה בריטניה חברה באיחוד האירופי, היה אפשר לבטל חקיקה ראשית בריטית במקרה שהיא סתרה דיני משפט בינלאומי מסוימים (דיני האיחוד האירופי). לא זו אף זו, ככלל ההסדרים הקיימים שם בנוגע ליחס המוענק לדיני המשפט הבינלאומי הם יצירי הפסיקה, וכך הם פני הדברים גם ספציפית בנוגע לחוקת ההתאמה.²⁵²

בגרמניה קיים כלל המחיל את חוקת ההתאמה בהקשרה של החוקה הגרמנית, וכלל זה הוא יציר הפסיקה. בית המשפט לחוקה הגרמני אימץ את הכלל האמור אף שהחוקה הגרמנית מעניקה מפורשות לדין בינלאומי – הן ההסכמי והן המנהגי – מעמד נורמטיבי נמוך ממעמדה של החוקה.²⁵³ בית המשפט עשה זאת למרות האמור, בקובעו שהצורך להחיל את החוקה במישור החוקתי משתמע מעצם קיומם של סעיפים בחוקה הגרמנית העוסקים במעמד הדין הבינלאומי וביחסים שבין גרמניה למדינות אחרות, כמו גם מהמבוא לחוקה המדבר על שאיפה לאינטגרציה מחודשת של גרמניה אל משפחת העמים.²⁵⁴

בצרפת אומנם לא אומצה מפורשות חוקת התאמה פרשנית, אף לא בנוגע לדינים בעלי מעמד נורמטיבי נמוך מהחוקה;²⁵⁵ עם זאת ישנם הסדרים אחרים בעלי השלכות משמעותיות אף יותר. ראשית, בצרפת ישנן כמה אמנות הנהנות בפועל ממעמד של נורמות חוקתיות, כך שחוקים הסותרים אותן בטלים, שכן מחויבות צרפת לאמנות אלו מעוגנת בחוקתה.²⁵⁶ שנית, סעיף נפרד בחוקה קובע עיקרון ולפיו גם דין בינלאומי הסכמי אחר החל על המדינה מעמדו עליון לעומת חקיקה ראשית, ומכוח סעיף זה חל איסור על בתי המשפט ועל שאר רשויות המדינה ליישם חוקים הסותרים דינים בינלאומיים הסכמיים, אף שפורמלית חוקים סותרים אלו אינם בטלים.²⁵⁷

זאת ועוד, אין להבין מקיומם של ההסדרים האמורים בחוקה הצרפתית שהמשפט הצרפתי תומך במסקנה הלכאורית של פורום קהלת, כאילו לא ראוי שהסדרים העוסקים ביחס למשפט הבינלאומי ייקבעו בידי בתי המשפט. במציאות, רכיב קרדינלי ביחסו של המשפט הצרפתי למשפט הבינלאומי נקבע דרך הפסיקה דווקא. מעמד הדין הבינלאומי המנהגי אינו מוסדר בחוקה הצרפתית התקפה כיום (משנת 1958), וחוקה זו (באופן אף יותר מפתיע) גם אינה כוללת פרק מפורט של זכויות אדם ואזרח (וההתייחסות לזכויות אלו בה הייתה אף דלה יותר עד לתיקון משנת 2008).²⁵⁸ היו אלו בתי המשפט בצרפת שהשלימו את החסר. לשם כך פנו השופטים למבוא של החוקה האמורה, הכולל הצהרה בדבר דבקות העם הצרפתי

252 ראו לעיל פרק ד'.

253 ראו BVerfG, 2 BvR 1481/04, Oct. 14, 2004, part C(I)(1)(b), http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104en.html (התרגום הרשמי לאנגלית של פסק הדין).

254 שם, בפס' C(I)(1)(b).

255 Raphaele Rivier, *France, in DUELLING FOR SUPREMACY*, לעיל ה"ש 55, 65, בעמ' 82.

256 שם, בעמ' 70.

257 שם, בעמ' 68-84.

258 שם, בעמ' 69.

בזכויות האדם ובעקרון ריבונות המדינה כפי שאלו עוגנו בהכרזה בדבר זכויות האדם מימי המהפכה הצרפתית, ואושררו והושלמו במבוא לחוקה הצרפתית שבוטלה משנת 1946. הגישה הרווחת בעולם נוטה להתייחס למבוא של חוקות כאל טקסט הצהרתי חסר מעמד משפטי מחייב. בניגוד לגישה זו, ואף שהמבוא לחוקה הצרפתית כפרט אפילו לא מציין זכויות אדם כלשהן מפורשות (אלא רק מפנה למסמכים אחרים שבהם מצוינות זכויות כאמור), קבעה הפסיקה הצרפתית שדי בהתייחסות עקיפה זו למסמכים הללו במבוא של החוקה הקיימת כדי להעניק לזכויות האדם ולעקרון הריבונות, כפי שהם קבועים במסמכים האמורים, מעמד של נורמות חוקתיות. כך אומץ בדרך של מהלך פסיקתי פרק זכויות אדם לתוך החוקה הצרפתית. חשוב מכך לענייננו, על יסוד אותה הלכה נקבע בפסיקה מאוחרת יותר שהדין הבינלאומי המנהגי נקלט ישירות לתוך המשפט הצרפתי (ולעיתים יהיה מעמדו עליון אף לעומת לחקיקה ראשית), משום שהמבוא לחוקה (המבוטלת) משנת 1946 קבע כי "The French Republic... shall respect the rules of public international law"²⁵⁹. במילים אחרות, אף שבמשפט הצרפתי אין חזקת התאמה פרשנית, הדין שם אינו מספק תמיכה לטענות פורום קהלת: הוא אינו מספק תמיכה להתנגדות הפורום להענקת מעמד עליון לדינים בינלאומיים על פני חוקים, שכן הדין החוקתי הצרפתי דווקא מעניק לדינים בינלאומיים רבים מעמד שכזה; הוא גם אינו מספק תמיכה לטענת פורום קהלת, שלפיה יחס המשפט המדינתי למשפט הבינלאומי בהכרח צריך להיקבע מפורשות בחוקה ולא בדרך הפסיקה, שכן היה זה מהלך פסיקתי דווקא שקבע את מעמדו במשפט הצרפתי של הדין הבינלאומי המנהגי.

בהולנד קיים כלל חוקתי הקובע שדין בינלאומי הסכמי שעליו חתומה הולנד מעמדו עליון לעומת חקיקה ראשית הולנדית, וברמה העקרונית אף (על פי העמדה רווחת) לעומת החוקה.²⁶⁰ ההשכלה של כלל זה בהקשר ההולנדי משמעותית במיוחד. החוקה ההולנדית אוסרת על בתי המשפט לבטל חקיקה ראשית הסותרת את החוקה. עם זאת הכלל החוקתי בדבר עליונות הדין הבינלאומי ההסכמי דורש מבתי המשפט בהולנד שלא ליישם חקיקה ראשית הסותרת דין בינלאומי הסכמי שעליו חתומה הולנד. לפיכך, בפועל הבסיס המרכזי לביקורת (מעין-)חוקתית על חקיקה ראשית בהולנד הוא הדין הבינלאומי ההסכמי שעליו חתומה הולנד (בדגש על אמנות בדבר זכויות אדם).²⁶¹

יצוין שהכלל המשפטי האמור בדבר מעמד הדין הבינלאומי ההסכמי מהווה עיקרון חוקתי לא־כתוב ותיק ויסודי, בהתאם לפסיקה של בית המשפט העליון ההולנדי עוד משנת 1911.²⁶² הסעיפים בחוקה העוסקים כיום במעמדו של דין בינלאומי זה התקבלו מאוחר יותר, בשנת 1953, ואימוצם לא נעשה מתוך כוונה להחליף את העיקרון החוקתי הלא־כתוב האמור, אלא דווקא מתוך רצון לאשרר ולחזק את המחויבות אליו, כתגובה למאורעות מלחמת

259 שם.

260 *André Nollkaemper & Rosanne van Alebeek, Netherlands, in DUELING FOR SUPREMACY* 260 לעיל ה"ש 55, 255, בעמ' 262-263.261 ראו יניב רוזנאי "חלופות לביקורת שיפוטית, או: 'מה, אנגליה והולנד הן דמוקרטיות?'" *IDC Law-Blog* (8.9.2020) <https://www.lawblog.idc.ac.il>262 *Nollkaemper & van Alebeek*, לעיל ה"ש 260, בעמ' 257.

העולם השנייה.²⁶³ ספק אף אם בכלל ניתן לשנות סעיפים אלו באופן שיפגע במעמד הדין הבינלאומי ההסכמי בהולנד, מכיוון שמבחינה מהותית מעמד זה נובע מהעיקרון החוקתי היסודי הלא-כתוב האמור, ואילו סעיפי החוקה הכתובים נועדו רק להיות שיקוף של עיקרון זה.²⁶⁴ עוד יצוין, שבאותה פסיקה משנת 1911 פותחה גם חוקת ההתאמה במשפט ההולנדי. תחילה הוחלה החוקה רק בנוגע לחוקים ורק ביחסים שביניהם לבין דין בינלאומי הסכמי. אך מאוחר יותר הרחיבו בתי המשפט את תחולתה ליחסים בין כל דין בינלאומי החל על הולנד (לא רק הסכמי, אלא גם מנהגי) לבין כל דין הולנדי (ולא רק חקיקת פרלמנט), לרבות, למיטב הבנתי, גם דין חוקתי הולנדי.²⁶⁵

בטורקיה היו לפני שנת 2004 חילוקי דעות בנוגע למעמדן הנורמטיבי של אמנות בינלאומיות. הסעיף הרלוונטי בחוקה קבע מחד שמעמדן של אמנות שטורקיה צד להן יהיה כשל חקיקה ראשית, ומאידך העניק לאמנות שכאלו הגנה מפני ביקורת חוקתית (הגנה שאין לחקיקה ראשית), בקובעו שאי-אפשר לעתור לבית המשפט החוקתי הטורקי בטענה שאמנה שכזו היא לא-חוקתית. לאור נוסח הסעיף האמור התעורר ויכוח בשאלה אם לאמנות יש מעמד נורמטיבי שווה או עליון לעומת חוקים, או, ברמה המעשית, אם חוק טורקי מאוחר לאמנה הסותר אותה גובר עליה, או שמא בטל מפאת הסתירה.²⁶⁶ בפועל בוויכוח זה ניתנה בטורקיה פסיקה סותרת ספציפית בנוגע לאמנות העוסקות בזכויות אדם. בחלק מפסקי הדין שניתנו לפני שנת 2004 נקבע, שלנורמות הקבועות באמנות העוסקות בזכויות אדם שטורקיה צד להן יש מעמד על-חוקתי. לעומת זאת, בפסקי דין אחרים נפסק שלכלל האמנות שטורקיה צד להן, לרבות אלו העוסקות בזכויות אדם, אין מעמד עליון לעומת חקיקה ראשית.²⁶⁷

בשנת 2004 תוקנה החוקה הטורקית, כך שנקבע מפורשות שהנורמות המעוגנות באמנות בינלאומיות בדבר זכויות אדם שטורקיה צד להן גוברות על חקיקה ראשית טורקית במקרה של סתירה.²⁶⁸ יתרה מכך, אף שהדבר לא נקבע במפורש בתיקון זה (או בכל מקום אחר בחוקה), בהשראת התיקון האמור אימצו בתי המשפט בטורקיה מדיניות ברורה שלפיה יש לשאוף ככל הניתן לפרש את הדין הטורקי – לרבות את סעיפי החוקה הטורקית – באופן המוביל להרמוניה עם הדין הבינלאומי החל על טורקיה, בדגש על אמנות העוסקות בזכויות

263 ש.ם.

264 ש.ם, בעמ' 264.

265 ראו Gerrit Betlem & Andre Nollkaemper, *Giving Effect to Public International Law and European Community Law Before Domestic Courts: A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation*, 14 EJIL 569, 575 (2003); Nollkaemper and Joseph Fleuren, *Application of Public*; 263-262 בעמ' 260, van Alebeek לעיל ה"ש 260, בעמ' 263-262; 260-61 (2010) *International Law by Dutch Courts*, 57 NETH. INT'L L. REV.

266 ראו Ikboljon Qoraboyev & Emre Turkut, *Turkey, in* DUELLING FOR SUPREMACY לעיל ה"ש 55, 336 בעמ' 337-340 (להלן: Qoraboyev & Turkut, *Turkey*).

267 ש.ם, בעמ' 342, 350; Ikboljon Qoraboyev & Emre Turkut, *International Law in the Turkish Legal Order: Transnational Judicial Dialogue and the Turkish Constitutional Court*, Qoraboyev & Turkut, *International*; 26 (להלן: ITALIAN Y.B. INT'L L. 41, 52-53 (2017)). (Law)

268 ראו תיקון לפס' 5 של ס' 90 לחוקה התורכית, כפי שנעשה ב-Act No. 5170 (May 7, 2004).

אדם.²⁶⁹ בה בעת קבעו בתי המשפט גם שהחוקה הטורקית מעמדה עליון לעומת המשפט הבינלאומי, לרבות לעומת אמנות העוסקות בזכויות אדם; לפיכך, במקרה שלא היה אפשר לדעת השופטים ליישב באופן פרשני סתירה בין השניים, העדיפו השופטים את מה שנקבע שבחוקה.²⁷⁰

במילים אחרות, בטורקיה כיום ישנה חזקת התאמה פרשנית החלה גם בהקשרם של סעיפי החוקה, לכל הפחות ככל שהדבר נוגע ליחס שבין סעיפי החוקה לבין האמנות בדבר זכויות אדם החלות על טורקיה. כמו כן, בטורקיה מוענק לאמנות שכאלו מעמד עליון לעומת חקיקה ראשית. לא זו אף זו, כפי שניתן לראות, לבתי המשפט היה חלק ניכר בגיבוש ההסדרים האמורים. החלת חזקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי בטורקיה היא תוצר של מהלך שיפוטי, ולא של קביעה מפורשת בחוקה. אפילו בנוגע לכלל בדבר עליונותן של האמנות בדבר זכויות אדם על פני חוקים, תחילה הובעה תמיכה בכלל זה בפסיקה (לצד פסיקה נוגדת), ורק לאחר מכן עוגן הכלל האמור מפורשות בחוקה. כלומר, במידה רבה כל מה שעשה בעצם בהקשר זה התיקון משנת 2004 הוא לאשרר שהעמדה שהייתה כבר קיימת אשר תמכה בכלל חוקתי שכזה – ולא העמדה הנגדית – היא העמדה החוקתית הנכונה.

לכסוף, באשר לרפובליקה הדמוקרטית של קונגו, המבוא לחוקה מצהיר שבאימוץ החוקה יש משום אשרור מחויבותו של העם הקונגולזי לנורמות משפט בינלאומי שונות העוסקות בזכויות אדם (והמפורטות במבוא).²⁷¹ חשוב מכך, סעיף 215 לחוקת הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו קובע, שדין בינלאומי הסכמי החל על המדינה מעמדו יהיה עליון לעומת חקיקה ראשית. לפיכך, המשפט החוקתי הקונגולזי תומך בביטול חקיקה ראשית הסותרת דין בינלאומי (הסכמי), בניגוד לפורום קהלת המתנגד לכך מכול וכול.²⁷²

אם כך, לאמיתו של דבר, המשפט החוקתי במדינות שסקר פורום קהלת רחוק מלתמוך במסקנות שהפורום ביקש להסיק. בכל המדינות הנסקרות (מלבד אולי בקונגו) חלקים נכבדים מהדין החוקתי המסדיר את יחס המשפט המדינתי למשפט הבינלאומי לא נקבעו מפורשות בחוקה בידי המכונן, אלא גובשו בידי בתי המשפט. יתרה מכך, בכל המדינות הללו, מלבד בארצות הברית, הדין החוקתי האמור כולל לפחות אחת משתי הנורמות הבאות, שלכל אחת מהן פורום קהלת מתנגד נחרצות: (1) נורמה המחילה את חזקת ההתאמה הפרשנית גם במישור החוקתי; (2) נורמה (אף רדיקלית יותר) המאפשרת ביטול חקיקה ראשית הסותרת דינים בינלאומיים. לא זו אף זו, כפי שיפורט בהמשך המאמר, גם בארצות הברית קיימות עמדות אחרות, שונות בתכלית מעמדתו של השופט סקאליה שהוצגה בידי פורום קהלת.²⁷³ לא מפתיע, אם כך, שהמקור היחיד שהובא בסקירת המשפט המשווה של פורום קהלת שאכן מביע מפורשות עמדה דומה לזו של הפורום הוא ריאיון עם השופט סקאליה.

269 ראו Qoraboyev & Turkut, *Turkey*, לעיל ה"ש 266, בעמ' 345-351.

270 ראו שם, בעמ' 344, 351-352, Qoraboyev & Turkut, *International Law*; לעיל ה"ש 267, בעמ' 59.

271 ראו Constitution of The Democratic Republic of Congo, Dec 19, 2005, https://www.constituteproject.org/constitution/Democratic_Republic_of_the_Congo_2011.pdf?lang=en.

272 שם.

273 לעיל פרק ט'.

ח. היפוך חזקות קיימות

טענה פורמלית נוספת שטענו הממשלה ופורום קהלת כנגד החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי היא שאימוץ החזקה כאמור,²⁷⁴

"אפילו כחזקה פרשנית הניתנת לסתירה, משמעה סתירת חזקת ההתאמה הקיימת היום. שהרי אם הנורמה הגבוהה יותר (חוקי היסוד) אמורה להתפרש בהתאם למשפט הבינלאומי הרי שנורמה נמוכה יותר (חוק רגיל של הכנסת) חייבת תהא להיות נסוגה מפני הנורמה מן המשפט הבין-לאומי שנשאבה אל הדין הישראלי בעקיפין, למעמד על-חוקי, ללא הסכמה ציבורית. וזו בדיוק מסקנה הפוכה מכללי המשפט החוקתי שלנו, אשר על פיו חוק רגיל לעולם גובר על נורמה של המשפט הבינלאומי".

זאת ועוד,²⁷⁵

"אין מפרשים נורמה חוקתית הנמצאת בקודקוד הפירמידה הנורמטיבית לאורה של נורמה נחותה ממנה... כך נפסק ... [ש]חוק רגיל אינו קובע את פירושו של חוק יסוד, כשם שחקיקת משנה אינה קובעת את פירושה של חקיקה ראשית... קל וחומר שזה המצב כעת גם ביחס לנורמות בין-לאומיות, אשר חוק רגיל הסותר אותן גובר עליהן".

כעיקרון הממשלה ופורום קהלת מניחים (באופן שגוי כאמור), שכלל המחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי וכלל המעניק לנורמות מהמשפט הבינלאומי מעמד של נורמות חוקתיות חד הם; אך לצורך הטענה הפורמלית המובאת בציטוטים שלעיל מוכנים אף הם להניח שלא כך הם פני הדברים, וכי אכן יש בהחלה זו של חזקת ההתאמה הפרשנית רק משום החלה של חזקה פרשנית הניתנת לסתירה. למעשה משמעות טענתם הפורמלית האמורה היא, שאף אם מדובר רק בהחלה של כלל פרשני (כפי שאכן מדובר), עדיין אין להחיל את חזקת ההתאמה בהקשרם של חוקי היסוד, שכן (לכאורה) החלטה בהקשר זה תסתור נורמה משפטית קיימת (שניתן לתארה במידת מה כפי שתיארה אותה הממשלה – כחזקה חלוטה) ולפיה מעמדו הנורמטיבי בישראל של משפט בינלאומי נמוך ממעמדה של חקיקה ראשית ישראלית. כמו כן, במשתמע הם טוענים ככל הנראה גם שהחלת החזקה כאמור תסתור עוד חזקה משפטית קיימת, היא חזקת החוקתיות של החקיקה הראשית (שלפיה על בית המשפט להניח כל עוד לא הוכיחו העותרים אחרת, שחקיקה ראשית אינה סותרת את חוקי היסוד); שכן אני מתקשה למצוא משמעות אחרת לטענת הממשלה שלפיה החלת חזקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי "משמעה סתירת חזקת ההתאמה הקיימת היום".²⁷⁶ פרק זה מטרתו להסביר מדוע – בניגוד לטענתם הפורמלית של הממשלה ושל פורום קהלת – אין סתירה בין החלת חזקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי לבין החזקות הקיימות האמורות. כמו כן, כחלק מהדיון בטענה האמורה ייחשפו אי-דיוקים שישנם באופן

274 עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 250 (ההדגשות שהיו במקור הוסרו).

275 טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 18. ראו גם: כתב תשובה מטעם המדינה בעניין אדם, לעיל ה"ש 59, בפס' 110.

276 עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 250 (ההדגשות שהיו במקור הוסרו).

הצגת הדין הישראלי בידי פורום קהלת והממשלה. לחשיפת אי-דיוקים אלו, כפי שיתבהר בהמשך המאמר, יש חשיבות בפני עצמה.

את העובדה שחזקת חוקתיות החקיקה הראשית אינה מונעת את החלת חזקת ההתאמה הפרשנית בהקשרם של חוקי היסוד ניתן ללמוד – בדרך ההיקש – מעובדת החלת חזקת ההתאמה בהקשר אחר. ראשית, כשם שחקיקה ראשית נהנית מחזקת חוקתיות, כך חקיקת משנה נהנית מחזקת חוקיות (המורה לבית המשפט להניח כברירת מחדל שחקיקת המשנה אינה סותרת את החקיקה הראשית).²⁷⁷ שנית, במשפט הישראלי, כשם שמעמדם הנורמטיבי של דיני המשפט הבינלאומי בכללותם נמוך מזה של חקיקה ראשית, כך מעמדן הנורמטיבי של אמנות ישראל צד להן ושלא "נקלטו" בחיקוק ישראלי נמוך מזה של חקיקת משנה (שכן מבחינה פורמלית דינים בינלאומיים הסכמיים הם חסרי כל מעמד נורמטיבי במשפט הישראלי).²⁷⁸ שלישית, כשם שהחלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי יכולה להוביל את בית המשפט לאמץ פרשנות לחוק יסוד שלא הייתה מאומצת ללא החזקה ופרשנות זו עשויה לחייבו להכריז על בטלותה של חקיקה ראשית, כך גם החלת חזקת ההתאמה בהקשרה של חקיקה ראשית יכולה להוביל את בית המשפט לאמץ פרשנות לחוק שלא הייתה מתקבלת ללא החזקה, ופרשנות זו עשויה לחייבו להגיע למסקנה שחקיקת משנה שהוצאה על סמך החוק האמור חרגה מהקבוע בו ולכן היא בטלה.²⁷⁹ אך למרות כל זאת, הכלל המחיל את חזקת ההתאמה בהקשרה של חקיקה ראשית מורה לבתי המשפט לפרש חקיקה שכזו, ככלל שניתן, בהתאם לדין הבינלאומי החל על מדינת ישראל – לא רק כשמדובר בדין בינלאומי מנהגי, אלא גם כשמדובר בדין בינלאומי הסכמי; זהו הכלל במשפט הישראלי מקדמת דנא.²⁸⁰ זה גם הכלל במערכות משפט רבות אחרות, כגון המשפט האנגלי והמשפט הקנדי.²⁸¹ מבחינה פורמלית ההסבר לכך פשוט; חזקת החוקיות החלה על חקיקת משנה אינה חזקה חלוטה,²⁸² וכך גם חזקת החוקתיות של החקיקה הראשית.²⁸³ לפיכך ניתן להחיל במקביל להן גם חזקות אחרות, הפוכות (ובתנאי שגם הן אינן חלוטות). כגון חזקת ההתאמה הפרשנית.²⁸⁴ גם מבחינה מהותית ההסבר פשוט; העובדה שמדובר בחזקות שאינן חלוטות נובעת מכך שהשיקולים הנורמטיביים העומדים בבסיס כל אחת משלוש החזקות האמורות אינם אבסולוטיים. לפיכך ניתן ואף ראוי לאזן בין השיקולים הללו.²⁸⁵ זאת ועוד, חזקת

277 ראו למשל: בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 433, 446-445 (2000).

278 עניין עפו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 37-38.

279 ראו לעיל ה"ש 34-35 ואת הדיון בגוף הטקסט הסמוך.

280 ראו לעיל ה"ש 32 ואת הדיון בגוף הטקסט הסמוך.

281 לעיל פרק ד.

282 יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המינהלי" ספר אור, לעיל ה"ש 38, 741, 757-769.

283 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 28, בעמ' 543-545.

284 לכך שחזקת ההתאמה הפרשנית אינה חזקה חלוטה ולכן ניתן ליישב בינה לבין חזקות אחרות נוגדות, ראו: ברק פרשנות במשפט – פרשנות חקיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 577; עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1065-1066.

285 ברק פרשנות במשפט – פרשנות חקיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 577.

ההתאמה היא כאמור כלל פרשני שכלל אינו מניח עליונות של הדין הבינלאומי על פני הדין המדינתי.

כפי שהדיון שלעיל כבר מרמז, לאמיתו של דבר גם הכלל (שהממשלה דימתה לחוקה חלוטה) שלפיו מעמדו הנורמטיבי של דין בינלאומי נמוך תמיד משל חקיקה ראשית אינו מונע את החלת חוקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי. במבט ראשון טיעון האמור של הממשלה ושל פורום קהלת נשמע משכנע. ההיגיון הפשוט מנחה אותנו, כי לא ראוי שפרשנות של נורמה משפטית תהיה מושפעת ממה שקבוע בנורמה משפטית בעלת מעמד נורמטיבי נמוך יותר. לכן אין לפרש מונחים בחוקי יסוד לאור המשמעות שהוענקה למונחים אלו בחוקים,²⁸⁶ ומסיבה זו רבים גם סבורים ש"אין בדרך כלל ללמוד מחקיקת-משנה על פרשנותה של חקיקה ראשית".²⁸⁷ אך אילו אכן מנע מעמדן הנורמטיבי בישראל של דיני המשפט הבינלאומי את החלת חוקת ההתאמה בהקשרם של חוקי יסוד, היה עליו למנוע את החלת חוקה גם בנוגע לחקיקה ראשית, שכן גם המעמד הנורמטיבי שלה גבוה משל דיני המשפט הבינלאומי (הן המנהגיים והן ההסכמיים). כיצד אם כך מהוות נורמות אלו מקור נורמטיבי המנחה את פרשנותן של נורמות בעלות מעמד נורמטיבי גבוה יותר (כגון חקיקה ראשית)?

התשובה נגלית ברגע שאנו מפנים את שימת ליבנו אל סוגיה אחרת – לא קשורה לכאורה – והיא הכלל הפרשני שהיה קיים קודם ל"מהפכה החוקתית" בדבר ההשפעה של זכויות אדם על הפרשנות המוענקה לחיקוקי הכנסת, ושעדיין קיים כיום בנוגע לזכויות אדם שטרם עוגנו מפורשות בחוקי היסוד. לפני עיגונן של חלק מזכויות האדם בחוקי היסוד, כלל זכויות האדם עוגנו במשפט הישראלי רק כנורמות שהן חלק מערכי היסוד של השיטה – נורמות של המשפט הציבורי הישראלי המקובל (יציר הפסיקה).²⁸⁸ מבחינה פורמלית מעמדם של דיני המשפט המקובל הישראלי נמוך ממעמדם של חקיקה ראשית ושל חוקי יסוד, ומעמדם עליון לעומת חקיקת משנה והחלטות מנהל. למרות זאת, גם לפני עיגון חלק מזכויות האדם בחוקי היסוד שימשו נורמות אלו, כמו גם ערכי היסוד האחרים של השיטה, גורם מנחה בפרשנות חוקים וחוקי יסוד, ולא רק של חקיקת משנה ושל החלטות מנהל.²⁸⁹ לא זו אף זו, גם כיום משמשים ערכי היסוד של השיטה שטרם זכו לעיגון בחוקי יסוד (כגון זכויות אדם שלא עוגנו בחוקי היסוד מפורשות) גורם מנחה בפרשנות חוקים וחוקי יסוד.²⁹⁰ כך למשל, הזכות לשוויון אינה מעוגנת מפורשות בחוקי היסוד. לפיכך, כפי שהיה לפני "המהפכה החוקתית", גם כיום אי-אפשר לבטל חוק של הכנסת מפאת פגיעה בזכות לשוויון

286 ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 49, בעמ' 291; בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 210 (1998).

287 ע"א 680/80 עיבון המנוח צבי פריימן ז"ל נ' קצא"א, פ"ד לו(2) 578, 589 (1982). ראו גם עניין אבני, לעיל ה"ש 286. אבל ראו: בג"ץ 282/51 הסתדרות העובדים הלאומית בא"י נ' שר העבודה, פ"ד ו 237, 246 (1952).

288 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 28, בעמ' 417-424; בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 330 (1988).

289 ראו למשל: בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953); עניין פורז, לעיל ה"ש 288, בעמ' 329-331.

290 עניין חסון, לעיל ה"ש 11, בפס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.

גרידא.²⁹¹ בה בעת, מפאת היות הזכות לשוויון נורמה של המשפט הציבורי הישראלי המקובל, כיום כבעבר חקיקת משנה שתפר זכות זו תהיה בטלה.²⁹² לא זו אף זו, הזכות לשוויון, גם כן מפאת היותה נורמה של המשפט הציבורי הישראלי המקובל ("ערך יסוד של השיטה"), כיום כבעבר היא מקור מנחה בעת שבית המשפט נדרש לפרש חקיקה ראשית²⁹³ ואף את חוקי היסוד.²⁹⁴ בהתאם נפסק שיש לפרש את המונח "כבוד האדם" לאור הזכות לשוויון, כך שחוק הפוגע בזכות לשוויון יוכרז כלא-חוקתי וכבטל כאשר פגיעתו בזכות זו היא פגיעה לא-מידתית ב"כבוד האדם".²⁹⁵ עוד נפסק בהתאם, שכאשר סעיף בחוק יסוד כלשהו עלול להתפרש באופן שהוא פוגעני לזכות לשוויון, יש לעשות ככל שניתן כדי להימנע מאימוץ פירוש זה, ולבכר פירוש אחר לסעיף, המתיישב עם הזכות לשוויון בהיותה ערך יסוד של השיטה.²⁹⁶

במילים אחרות, במשפט הישראלי יש לנורמות המשפט הציבורי הישראלי המקובל מעמד נורמטיבי מיוחד, שאינו מסתכם במיקומן הפורמלי בפירמידת הנורמות (הנמוך מחוקי היסוד ומחקיקה ראשית). נוסף על מעמדן הפורמלי האמור, מפאת אופיין הערכי נורמות אלו הן ערכי היסוד של השיטה שצריכים להנחות את פעולת כלל רשויות השלטון; ובהתאם, בית המשפט רואה את עצמו מונחה בידיהן כאשר הוא נדרש לפרש דינים ישראלים מכל סוג, לרבות חקיקה ראשית וחוקי יסוד.²⁹⁷

יש לזכור שדרך התפתחותו של המשפט הציבורי הישראלי הייתה שונה מהדרך שבה נוטה להתפתח משפט ציבורי במדינות כגון ארצות הברית, שבהן הייתה חוקה פורמלית שלמה למדי כבר מראשית ימיה של המדינה. במדינות שכאלו נורמות המשפט הציבורי נוטות לנובע בעיקר מכללים הקבועים בחוקה.²⁹⁸ החוקה הישראלית לעומת זאת, מכוננת בהדרגה לאור "החלטת הררי" לאורך עשורים רבים "פרקים-פרקים",²⁹⁹ והדעה הרווחת היא שמלאכת הכינון "טרם הושלמה".³⁰⁰ עקב החוסר האמור בדין חוקתי פורמלי ובהשראת המשפט האנגלי (שגם בו המצב דומה), התפתח המשפט הציבורי הישראלי, בעיקר בדרך הפסיקה, באמצעות יצירת נורמות משפט מקובל. במילים אחרות, "בהיעדר מקורות חקוקים

291 אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 685-697 (2014).

292 דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 678-680 (2010).

293 שם, בעמ' 674; בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 612 (1964).

294 ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 49, בעמ' 301-302.

295 ראו למשל בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 44-45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (אר"ש 22.5.2012).

296 ראו את עניין חסון, לעיל ה"ש 11, בפס' 49, 59, 63, 86 ו-90 לפסק דינה של הנשיאה חיות, בפס' 4-5 לפסק דינו של השופט עמית, בפס' 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן, בפס' 1-4 לפסק דינו של השופט הנדל, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, בפס' 25-26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר ובפס' 1 ו-7 לפסק דינה של השופטת ברון.

297 ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 49, בעמ' 301.

298 Susan Rose-Ackerman & Peter Lindseth, *Comparative Administrative Law: Outlining a Field of Study*, 28 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 435, 448 (2010).

299 ד"כ 13.6.1950, 1748.

300 טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 10.

מובהקים... המשפט הציבורי [הישראלי] היה, ונשאר, בעיקרו דין יציר פסיקה".³⁰¹ זאת ועוד, כפי שהסביר השופט לנדוי, איתורם ופיתוחם של ערכי היסוד של השיטה במשפט הישראלי נעוץ בהנחה כי³⁰²

"שלטון החוק אין לו משמעות ללא הנחות יסוד העומדות מעל לשיטה המשפטית הנוהגת... תפקידו של המשפטן, והוא בעל הידע וההכשרה הדרושים לשם כך, הוא ליישם את העיקרון העל-משפטי ולהפעילו באמצעות השיטות הדרוקטיביות שהטכניקה המשפטית נותנת בידיו. הנה לפנינו תפקידו של שקול הרעת השיפוטית כמפרש המשפט, על מנת להביאו לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה... פסקי-הדין המנחים שניתנו... ברוח זו – ומספרם ניכר – הם אשר נתנו למשטרנו החוקתי את צביונו המיוחד לא פחות ממעשי החקיקה של הכנסת, ודרך מחשבה זו היא-היא הירושה העיקרית שקבלנו מעולם המשפט המקובל והמשייכת את שיטתנו המשפטית לעולם זה".

לפיכך, לאור אופייה של שיטת המשפט הישראלי, כשכבת המשפט נדרש לפרש "חקיקה בעלת משמעות חוקתית חייבת פרשנות זו לשאוב את השראתה מרעיונות היסוד שעליהם מושתת המשטר החוקתי שלנו" (משמע, מערכי היסוד של השיטה כפי שאלו אותרו בפסיקה).³⁰³ לא זו אף זו, הכנסת כרשות מכוונת, בעת שהוסיפה כל אחד מפרקי החוקה הישראלית, כוננה נורמות חוקתיות אלו על רקע הפרקטיקה החוקתית הנוהגת, ולכן בהיעדר אינדיקציה אחרת יש להניח שכוונתה הייתה להסתמך על פרקטיקה זו.³⁰⁴ יתרה מכך, בפרט בהקשרם של חוקי היסוד שעניינם זכויות האדם, ישנן אינדיקציות פוזיטיביות לכך שהכנסת לא התכוונה לגרוע פרקטיקה זו, אלא דווקא להיבנות עליה.³⁰⁵ בדומה לזכויות האדם שפותחו בפסיקה ולעקרון שלטון החוק, גם חוקת ההתאמה הפרשנית היא נורמה של המשפט הציבורי הישראלי המקובל (וכמוה גם הנורמות הקובעות את מעמדם ואת אופן קליטתם של דיני המשפט הבינלאומי). יתרה מכך, מבחינה היסטורית התפתחה חוקת ההתאמה במשפט האנגלי (שממנו כאמור שאב המשפט הישראלי השראה) במידה רבה כנגזרת של חוקה פרשנית רחבה יותר, הקובעת שיש לפרש חיקוקים (לרבות חקיקה ראשית) ככל האפשר כך שהם יהיו בהלימה עם נורמות המשפט המקובל.³⁰⁶ לא זו

301 יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית-המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז 243, 276 (2004).

302 משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 306 (התשכ"ח-התשכ"ט).

303 שם, בעמ' 307.

304 ראו בהקשר זה את עניין קמיאר, לעיל ה"ש 21165, בעמ' 103-105.

305 ראו למשל את דברי ההסבר של שר המשפטים דאז, דן מרידור, להצעת חוקיסוד: כבוד האדם וחירותו, בדיון בכנסת לקראת ההצבעה בקריאה ראשונה: ד"כ 24.12.1991, 1531.

306 T.E. Holland, *International Law and Acts of Parliament*, 9 L.Q.R. 136, 149 (1893). בישראל ניתן אף למצוא בפסיקה עמדה שלפיה ישנו קשר בכיוון הפוך בין המעמד הנורמטיבי המוענק בדיון הישראלי לזכויות האדם לבין המעמד הנורמטיבי המוענק למשפט הבינלאומי (המנהגי): בעניין "דה אמריקן ארופין בית-אל מישן", לעיל ה"ש 39, בעמ' 333, סבר השופט חיים כהן "שתקנה הסותרת... זכות... מזכויות האדם המוכרות בתורת שכאלה במשפט העמים, תיראה בעיני בית-משפט זה כבלתי סבירה, ואחת דינה להתבטל על-ידי. אין אני זקוק לאסמכתאות

אף זו, מבחינה מהותית, בדומה לנורמות אחרות של המשפט הציבורי הישראלי המקובל, בבסיס חזקת ההתאמה עומדים שיקולים ערכיים עמוקים, כגון ההכרה שבפועל "עם לא בדרך ישכון", שלטון החוק וההכרה בקיומם של ערכים אוניברסליים משותפים.³⁰⁷ לפיכך, הן מבחינה פורמלית והן מבחינה מהותית אין כל יסוד להניח שחזקת ההתאמה אינה זכאית לאותו מעמד מיוחד שלו זוכות שאר נורמות המשפט הציבורי הישראלי המקובל, בהיותן ערכי היסוד של השיטה. נראה אם כך שבטיעון של הממשלה ושל פורום קהלת בעניין זה טמונה אי-הבנה בדבר אופיין המיוחד של נורמות המשפט הציבורי הישראלי המקובל. מעניין לציין שאי-ההבנה האמורה אף מופיעה מפורשות בטיעוני פורום קהלת בעניין איתן ובעניין דסטה. בעניין אדם, שקדם לשני ההליכים הללו, קבעה השופטת נאור ש"במונחים חוקתיים ניתן לומר... כי האמצעי שננקט [בחוק]... אינו מידתי. אמצעי זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית שלנו, ואף לא... עם המקובל בעולם",³⁰⁸ וש"מותר למדינה לחפש [רק]... דרכים התואמות את פסיקתו של בית-משפט זה ואת המקובל במשפט הבינלאומי".³⁰⁹ דברים דומים נקבעו גם בעתירות המאוחרות יותר נגד התיקונים לחוק ההסתגנות.³¹⁰ קביעות שכאלו מתבקשות לאור הפונקציה של ערכי היסוד של השיטה (משמע, של נורמות המשפט הציבורי הישראלי המקובל) כמקור מנחה פרשני באשר לכל שלבי פירמידת הנורמות, לרבות השלב החוקתי, ולאור היותה של השאיפה לצמצום פוטנציאל החיכוך שבין הדין הישראלי והבינלאומי (משמע, חזקת ההתאמה) נורמה של המשפט הציבורי הישראלי המקובל (ערך מערכי היסוד של השיטה). למרות זאת, בטיעוניו בעניין איתן ובעניין דסטה ביקש פורום קהלת מבית המשפט העליון לחזור בו מקביעות אלו, שכן לטענתו "עלול להשתמע [מהן] לכאורה כי בית-המשפט העליון בישראל רשאי לפסול חוק של הכנסת על סמך 'עקרונות יסוד של השיטה', על סמך 'פסיקתו של בית-משפט זה' ועל סמך 'המקובל במשפט הבינלאומי'".³¹¹

אך הטיעון האמור בשתי שגגות יסודו. ראשית, טיעון זה מניח שכלל המורה להסתמך על נורמות מסוימות כמקור פרשני מנחה במישור החוקתי כמוהו ככלל המורה לראות בנורמות הללו נורמות חוקתיות היכולות לשמש בסיס עצמאי לביקורת חוקתית. אך הן מבחינה עקרונית והן מבחינה מעשית מדובר כאמור בשני כללים שונים בתכלית. שנית,

מפורשות לקיום כלל זה: דייני בהלכה הפסוקה שכללי המשפט הבינלאומי, במידה שנתקבלו על דעת רוב אומות העולם ואינם עומדים בסתירה לחוק החקוק בידי הכנסת, מהווים חלק מן הדין השורר בישראל".

307 ברק פרשנות במשפט – פרשנות חקיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 577; ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 49, בעמ' 237; הוסטובסקי-ברנדס "משפט זכויות האדם", לעיל ה"ש 32, בעמ' 948.

308 עניין אדם, לעיל ה"ש 56, בעמ' 106.

309 שם.

310 ראו למשל את עניין איתן, לעיל ה"ש 60, בפס' 56 לפסק דינו של השופט פוגלמן ובפס' 1 לפסק דינה של השופטת נאור; עניין דסטה, לעיל ה"ש 61, בפס' 41 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

311 טיעוני קהלת בעניין איתן, לעיל ה"ש 62, בפס' 26. ראו גם: טיעוני קהלת בעניין דסטה, לעיל ה"ש 62, בפס' 11.

טיעון זה מגיח בשוגג שיש פסול בהתייחסות לנורמות המשפט הציבורי הישראלי המקובל כאל מקור פרשני מנחה במישור החוקתי. אך לאמיתו של דבר זוהי פונקציה מרכזית של הנורמות הללו במשפט הישראלי.

ט. סטייה מהמסורת המשפטית הקיימת והחלפת ערכי היסוד הישראליים בערכים זרים

הממשלה, הכנסת ופורום קהלת הוסיפו וטענו שבהחלת חוקת ההתאמה במישור החוקתי יהיה משום מעשה לא-לגיטימי ומהפכני, המהווה סטייה בוטה מהמסורת המשפטית שהתעצבה "במשטר החוקתי שלנו", תוך נטישה של "ערכי הליבה של החברה הישראלית", "ערכי היסוד של הדמוקרטיה הישראלית", "רצונו העמוק של העם בישראל" ו"עקרונות היסוד של השיטה" (שחוקי היסוד שהתקבלו "באופן דמוקרטי ובהסכמה אזרחית" נועדו לשקף), והעדפה על פניהם של "נורמות חיצוניות וזרות", "שכמו 'נכפו' על הכנסת ללא ידיעתה או הסכמתה וללא ידיעת הציבור".³¹² אך כפי שיתברר להלן, לאמיתו של דבר אלו הם דווקא טיעוני הממשלה, הכנסת ופורום קהלת עצמם שהועתקו ממקור זר, ושאימוצם יהיה סטייה בוטה מהמסורת המשפטית הקיימת. מסיבות שיתבהרו להלן, יש בכמה הטיות ושגגות שכבר נחשפו בפרק ז ובפרק ח כדי לחשוף את זהותו של מקור ההשראה העיקרי לטיעוני הממשלה, הכנסת ופורום קהלת. מקור זה, כפי שיוסבר להלן, הוא עמדה אמריקנית באשר למשפט הבינלאומי שמביעים בשנים האחרונות שופטי המחנה השמרני בבית המשפט העליון האמריקני, ושהשופט סקאליה היה ממוביליה.³¹³

על אף שבאופן כללי מערכת המשפט האמריקנית שאבה השראה ממערכת המשפט האנגלי, ישנם הבדלים בין שתי המערכות הללו בנושאים משפטיים רבים. חלק מההבדלים הללו נובעים מכך שבמערכת המשפט האמריקנית קיימת עוד מראשית דרכה חוקה פורמלית, וחלק מההסדרים שאומצו בחוקה זו שונים במהותם מהמסורת האנגלית. כך הוא הדבר, למשל, בנוגע להסדר הקבוע במשפט האמריקני בדבר אופן הקליטה והמעמד של דיני המשפט הבינלאומי. במילים אחרות, בכל הנוגע לסוגיה זו, מערכת המשפט האמריקנית אינה נחשבת לחברה במשפחת המדינות בעלות המסורת האנגלית. כך, בנוגע לדין בינלאומי הסכמי החוקה האמריקנית קובעת שהגורם המוסמך לצרף את ארצות הברית לאמנה הוא הבית העליון של הקונגרס (הסנאט), בשונה מאנגליה ומישראל שבהן סמכות זו נמצאת בידי הרשות המבצעת.³¹⁴ מעמדה במשפט האמריקני של אמנה שהסנאט החליט לצרף את ארצות הברית אליה (ברוב מיוחד של שני שלישים מחברי הסנאט בהצבעה אחת) הוא של חוק פדרלי אמריקני, למרות ההבדל שבין ההליך שבו אמנה מאומצת לבין ההליך שבו חוק

312 עמדת הממשלה בעניין סילוואד, לעיל ה"ש 63, בפס' 245-247. ראו גם: טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 12, 17 ו-23; טיעוני קהלת בעניין דסטה, לעיל ה"ש 62, בפס' 20; טיעוני קהלת בעניין איתן, לעיל ה"ש 62, בפס' 30 ו-63.

313 Harold H. Koh, *International Law as Part of Our Law*, 98(1) AJIL 43, 52 (2004).

314 Shaw, לעיל ה"ש 84, בעמ' 161-162; David Sloss, *United States, in DUELLING FOR SUPREMACY*, לעיל ה"ש 55, 378, בעמ' 379.

פדרלי נחקק.³¹⁵ באשר לדין הבינלאומי המנהגי, החוקה האמריקנית אינה מתייחסת מפורשות לסוגיית מעמדו ואופן קליטתו, מלבד סעיף הקובע שהקונגרס האמריקני מוסמך לחוקק בנוגע לעבירות על פי משפט העמים.³¹⁶

בעשורים האחרונים מתנהל ויכוח בקרב שופטי בית המשפט העליון האמריקני בשני נושאים הנוגעים ליחסו של המשפט החוקתי האמריקני לדין הבינלאומי. הוויכוח הראשון סובב סביב שאלת לגיטימיות הפנייה לנורמות מהמשפט הבינלאומי כמקורות השראה, כאשר מפרשים הסדרים בחוקה האמריקנית.³¹⁷ הוויכוח השני סובב סביב שאלת מעמד הדין הבינלאומי המנהגי במשפט האמריקני.³¹⁸

בנוגע לוויכוח הראשון, שופטי המחנה השמרני מתנגדים להסתייעות במשפט הבינלאומי כמקור השראה פרשני במישור חוקתי.³¹⁹ את ההתנגדות האמורה הוביל השופט המנוח סקאליה,³²⁰ שהחזיק בגישה פרשנית מקורנית.³²¹ גישה זו סבורה שיש לשמור על יציבות בפרשנות החוקה באמצעות היצמדות לכוונת האבות המייסדים שניסחו את החוקה. כוונה זו של האבות המייסדים משקפת, לידם של המקורנים, את המסורת החוקתית המשותפת ואת ערכי העומק המאחדים והקבועים של החברה; כפי שניסח זאת סקאליה בלשונו הציורית, "החוקה היא [מסמך] מת, מת, מת".³²² בהתאם לעמדה מקורנית זו התנגד סקאליה נחרצות להסתייעות במשפט הבינלאומי כמקור השראה פרשני במישור החוקתי; כפי שהסביר זאת השופט בסיג ושיח אקדמי בנושא:³²³

"Now, my theory of what to do when interpreting the American Constitution is to try to understand what it meant, what it was understood by the society to mean when it was adopted. And I don't think it has

315 Shaw, לעיל ה"ש 84, בעמ' 161-162. עם זאת כפי שעולה מהדיון אצל Shaw, הברל זה בין המשפט האמריקני למשפט האנגלי (הישראלי) צומצם בחלקו בדרכים שונות בפסיקה האמריקנית.

316 Sloss, לעיל ה"ש 314, בעמ' 379; Curtis Bradley & Jack Goldsmith, *Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position*, 110(4) HARV. L. REV. 815, 819-20 (1997).

317 Martha Minow, *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*, 52 HARV. L.J. ONLINE 1, 2-8 (2010); Koh, לעיל ה"ש 313, בעמ' 52-57.

318 Gary Born, *Customary International Law in United States Courts*, 92 WASH. L. REV. 1641, 1645-55 (2017).

319 Minow, לעיל ה"ש 317, בעמ' 3-4; Koh, לעיל ה"ש 313, בעמ' 52.
320 ראו שם; *Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, 3 INT'L J. CONST. L. 519, 521-22 (להלן: *Scalia & Breyer*). (2005)

321 שם, בעמ' 8.
322 Clare Kim, *Justice Scalia: Constitution Is "Dead"*, MSNBC (Oct. 2, 2013), <http://www.msnbc.com/the-last-word/justice-scalia-constitution-dead>

323 *Scalia & Breyer*, לעיל ה"ש 320, בעמ' 525.

changed since then... If you have that philosophy, obviously foreign law [such as international law] is irrelevant".

מנגד, שופטים אמריקנים שאינם משתייכים למחנה השמרני סבורים שחוקה היא "מסמך חי", ושלצורך שמירה על פרשנות מעודכנת שלה ראוי להסתייע במקורות הראיה שונים, ובכלל זה – במקרים הרלוונטיים – בדיני המשפט הבינלאומי. בפרט, הסתייעות פרשנית במשפט הבינלאומי ראויה לטעמם מסיבות רבות, כגון אלה: הקטנת חיכוך בין ארצות הברית לבין מדינות אחרות ומוסדות בינלאומיים; שותפות ערכים בין המשפט האמריקני והבינלאומי; שותפות גורל בין העם האמריקני ועמי העולם; האפשרות ללמוד מניסיונם של אחרים.³²⁴ אשר לוויכוח השני, החוקה האמריקנית אינה מתייחסת מפורשות לסוגיית מעמדו ואופן קליטתו של דין בינלאומי מנהגי. עם זאת אפשר לומר בהכללה, כי האבות המייסדים הכירו בדין בינלאומי מנהגי כבעל מעמד משפטי מחייב.³²⁵ יתרה מכך, מאז ראשיתה של ארצות הברית ועד לשנת 1938 – בדומה למצב המשפטי בישראל ובאנגליה – הכיר המשפט החוקתי האמריקני בקיומן של נורמות משפט מקובל פדרלי, ודיני המשפט הבינלאומי המנהגי נקלטו ישירות למשפט האמריקני כיוון שהם נחשבו לחלק מהמשפט המקובל הפדרלי.³²⁶ דא עקא שבשנת 1938 פסק בית המשפט העליון האמריקני בפסק הדין בעניין *Erie*, שמשפט מקובל פדרלי אינו קיים.³²⁷ פסק הדין לא עסק בדין בינלאומי מנהגי, אלא בנורמות אחרות שהיו חלק מהמשפט המקובל הפדרלי (קודם לביטולו), ואילו פסיקה אחרת מאותה התקופה מעידה דווקא שההנחה הרווחת בזמנו הייתה שהלכת *Erie* לא נועדה להשפיע על מעמד הדין הבינלאומי המנהגי.³²⁸ עם זאת בעשורים האחרונים החלו גוברים הקולות המערערים על הנחה זו, והטוענים שלאור הלכת *Erie* דין בינלאומי מנהגי הוא חסר מעמד נורמטיבי במשפט האמריקני. מעניין לציין שהשופט סקאליה היה ממובילי מחנה זה, למרות מחויבותו המוצהרת לגישה המקורנית והכרתו בעובדה הבלתי־ניתנת לערעור שהאבות המייסדים של ארצות הברית ראו בדין הבינלאומי המנהגי בעל מעמד משפטי מחייב.³²⁹ מטרתו של מאמר זה אינה לדון ביחס שבין המשפט האמריקני והבינלאומי, אלא ביחס שבין המשפט הישראלי והבינלאומי. לפיכך אניח בצד את האלמנט המשמעותי של חוסר קוהרנטיות הקיים בין עמדתו של השופט סקאליה בוויכוח השני לבין טענתו לנאמנות לגישה הפרשנית המקורנית (שעליה נסמכת עמדתו בוויכוח הראשון). הוויכוחים האמריקניים הללו נדונו כאן אך ורק כדי להפנות את תשומת הלב לעובדה שטיעוני הממשלה, הכנסת ופורום קהלת כנגד החלת חוקת ההתאמה הפרשנית במישור החוקתי בישראל הם בפועל העתקה של טיעוני השופט סקאליה.

324 Minow, לעיל ה"ש 317, בעמ' 5-8; Koh, לעיל ה"ש 313, בעמ' 52-57.

325 Bradley & Goldsmith, לעיל ה"ש 316, בעמ' 819-820.

326 שם, בעמ' 823-824.

327 *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 78 (1938).

328 *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 768-77 (1950); *Banco Nacional de Cuba v.*

Sabbatino, 376 U.S. 398, 425 (1964); Bradley & Goldsmith, לעיל ה"ש 316, בעמ' 830-

827.

329 *Jose Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 739-42 (2004).

עובדה זו עולה כבירור מההנחה (שכטיעון שנדרון בפרק ז') שלפיה הרשות המכוננת (הכנסת) ולא הרשות השופטת היא שעיצבה את ההסדרים המשפטיים בנוגע ליחס המוענק לדיני המשפט הבינלאומי. הנחה זו נכונה בהקשר האמריקני, ובלבד שנאמץ את נקודת מבטו המקורנית של השופט סקאליה, אך היא אינה נכונה כלל ועיקר בהקשר הישראלי. העובדה שמדובר בהעתקה של טיעוני השופט סקאליה עולה גם מההתעלמות מאופיין הייחודי של נורמות המשפט המקובל יציר הפסיקה (שישנה בטיעון שנדרון בפרק ח'). התעלמות שכזו ייתכן שתהיה מוצדקת במשפט האמריקני כפי שהוא התגבש לאחר פסק הדין בעניין *Erie*, לבטח אם נקבל את עמדת השופט סקאליה בנושא. אך בהקשר הישראלי התעלמות שכזו היא פשוט שגויה. במילים אחרות, בטיעוני הממשלה, הכנסת ופורום קהלת יש משום העתקה כה גסה של טיעוני השופט סקאליה, עד שנראה שאפילו לא בוצעו בעת ההעתקה כל ההתאמות האלמנטריות הנדרשות מפאת ההבדלים שבין המשפט האמריקני והישראלי. ההעתקה בפועל של טיעוני השופט סקאליה גם עולה כבירור מסקירת המשפט המשווה המוטה שהציג פורום קהלת (שנדרונה בפרק ז'). בסקירה זו העניק הפורום מפורשות יחס בכורה למשפט האמריקני (תוך שהוא מתעלם מכך שדווקא המשפט האנגלי היה מקור ההשראה המרכזי למשפט הישראלי בהקשרים כגון זה), והציג את עמדת השופט סקאליה כאילו ייצגה בבירור את עמדת המשפט החוקתי האמריקני (מבלי לציין את דבר קיומן של עמדות אחרות בשיח החוקתי האמריקני). יתרה מכך, ריאיון עם השופט סקאליה היה למעשה במידה רבה המקור היחיד שהובא בסקירה שאכן תמך במובהק במסקנות שהפורום התיימר להסיק מהמשפט המשווה בכללותו (שכן במציאות, הדין בשאר המדינות שסקר הפורום אינו תומך כל כך במסקנות הללו).³³⁰

קשה גם שלא לזהות את טביעות האצבע של השופט סקאליה בדברי התוכחה מצד הממשלה, הכנסת ופורום קהלת (שהובאו בראשית הפרק הנוכחי), שלפיהם יהיה בהחלט חזקת ההתאמה במישור החוקתי משום מעשה לא-לגיטימי של אימוץ נורמות וערכים זרים, תוך סטייה מהמסורת המשפטית הקיימת. השופט סקאליה לא הסתפק בהצגת טיעונים בדבר היתרונות הקיימים לטעמו בפרשנות חוקתית מקורנית לאור כוונת האבות המייסדים על פני הסתייעות במקורות אחרים, כגון משפט משווה והמשפט הבינלאומי; בניסיונו למנוע הסתייעות פרשנית במקורות אחרים, הוסיף והאשים השופט סקאליה בלשונו החדה את השופטים המסתייעים במשפט הבינלאומי (ובמשפט משווה) בפרשם את החוקה האמריקנית בביצוע מעשה אנטי-דמוקרטי שבו הם נוטלים סמכות המצויה בידי הרשות המכוננת, תוך המרה של ערכי החברה האמריקנית בערכים זרים.³³¹ קשה שלא לזהות שטענות הממשלה, הכנסת ופורום קהלת הן העתקה ותרגום – אחת לאחת כמעט – של האשמותיו הבוטות של השופט סקאליה.

גם מבחינה פוזיטיבית הציג פורום קהלת, בדומה לשופט סקאליה, גישה מקורנית לכאורה בדבר המקורות הנורמטיביים שצריכים להנחות את בית המשפט הבא לבצע פרשנות חוקתית. בעתירות כנגד התיקונים לחוק למניעת הסתננות טען הפורום, שבמקום להסתייע במשפט הבינלאומי יש לפרש את חוקי היסוד לאור העיקרון החוקתי שלפיו ישראל היא מדינת לאום

330 טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 25.

331 ראו למשל *Scalia & Breyer*, לעיל ה"ש 320, בעמ' 521-522.

יהודי, שכן עיקרון זה "מעוגן" היטב בחוקי היסוד של ישראל, המפנים למגילת העצמאות... ומוש[ר] עמוק בפסיקת בית-המשפט העליון מקדמא-דנא".³³² עוד סבר פרום קהלת, שאת תוכן העיקרון האמור יש ללמוד גם מן ההגות העוסקת בפילוסופיה הלאומית-ליברלית ומביטוייה בהקשר היהודי. משמע מן "ההגות הציונית, זו שהטרימה את הקמת המדינה וזו שליוותה אותה".³³³ פרום קהלת אף רמז, שטיעוני העותרים נטועים ב"עמדות פוסט-ציוניות [ה]עוטות מעטה ליברלי בניסיון לסתור את זהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית".³³⁴ אך ההסתמכות הלכאורית של פרום קהלת על הנימוקים הללו כבסיס המשפטי לפניה לעיקרון החוקתי האמור יש בה רק כדי לחשוף, שההתנגדות להחלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי נטועה לאמיתו של דבר בהעתיקה גסה של עמדת השופט סקאליה, העתיקה שנעשתה תוך התעלמות בוטה מן ההבדלים הקיימים בין ההקשר האמריקני (כפי שמפרשו השופט סקאליה) לבין ההקשר הישראלי-ציוני. והרי אילו נסמך פרום קהלת באמת ובתמים על הנימוקים הללו, הוא היה נוכח שאותם נימוקים עצמם מחייבים אותו – באותה מידה – לפרש את חוקי היסוד גם לאור חזקת ההתאמה. כפי שהודגם לאורך המאמר, ערכי היסוד ורצונות העומק של החברה הישראלית – כפי שהם באים לידי ביטוי במגילת העצמאות, בתוכנית באזל ובנאמנות התורה הציונית לפילוסופיה הלאומית-ליברלית – מצדדים כולם בהוקרה עמוקה של המשפט הבינלאומי, ובהתאם לכך תומכים בהחלת חזקת ההתאמה בהקשר החוקתי. יתרה מכך, גם הטענה כאילו החלת החזקה בהקשר זה נעדרת הסמכה מצד הרשות המכוננת היא טענה שגויה בהקשר הישראלי, שכן הסמכה שכזו ניתנה בסעיף הראשון של כל אחד משני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. בקצרה ובתמצית, נוסח החוקה שלנו, המסורת המשפטית שלנו ועמדות האבות המייסדים שלנו כולם תומכים בהחלת חזקת ההתאמה בהקשרם של חוקי היסוד. דווקא בקבלת עמדת הממשלה, הכנסת ופרוום קהלת יש משום העתיקה גסה של עמדה משפטית זוה.

סיכום

אדם שאינו מתהדר בתואר "ציוני" סתם ככנוצות של טווס, אלא עושה זאת כיוון שאימץ לחיקו את כתבי הציונות, מרגיש נאמן למסמך המכונן של התנועה הציונית – "תכנית באזל". מסמך זה הוא חשוב עד כדי כך, שהוא הראשון להיות מאוזכר בהכרזת העצמאות לאחר התנ"ך. ישנם ציונים שאף זוכרים בעל פה את המשפט הפותח של התוכנית: "הציונות שואפת להקים בית-מולדת לעם היהודי בארץ-ישראל, המובטח על-פי המשפט הפומבי", ואינם שוכחים שהמונח "המשפט הפומבי" (שהציע הרצל עצמו) מתייחס במשולב גם למשפט החוקתי המדינתי וגם למשפט הבינלאומי. אכן, הציונות, בהיותה יישום של הפילוסופיה הלאומית-ליברלית, מחויבת עמוקות למשפט הבינלאומי. מחויבות זו נובעת מכך שהלאומיות

332 טיעוני קהלת בעניין דסטה, לעיל ה"ש 62, בפס' 59. ראו גם: טיעוני קהלת בעניין איתן, לעיל ה"ש 62, בפס' 45-48; טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 68-71.

333 טיעוני קהלת בעניין איתן, לעיל ה"ש 62, בפס' 50-55; טיעוני קהלת בעניין אדם, לעיל ה"ש 58, בפס' 73-90.

334 טיעוני קהלת בעניין דסטה, לעיל ה"ש 62, בפס' 60.

הליברלית, בשונה מהלאומנות, סבורה שעל העמים לשתף פעולה באופן מכבד, ולכן רואה במשפט הבינלאומי את גוף הנורמות המסדיר את האינטראקציות שבין העמים. המחויבות הציונית למשפט הבינלאומי משתקפת בדרכים רבות במגילת העצמאות, ובייחוד בפסקת העקרונות שבמגילה, הכוללת התחייבות שמדינת ישראל תהיה נאמנה לעקרונות מגילת האו"ם. עקרונות אלו, המפורטים בסעיף 2 (וסעיף 1) למגילת האו"ם, כוללים נורמות יסוד של המשפט הבינלאומי, לרבות חובה כללית לשקוד לפעול בהתאם למשפט הבינלאומי. לא זו אף זו, כארבעה עשורים לאחר הכרזת העצמאות קבעה הכנסת כרשות מכוננת בחוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם, שזכויות אלו יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות. כך זכו עקרונות הכרזת העצמאות – ובהם אלה המחייבים לכבד את נורמות המשפט הבינלאומי – אף מפורשות בידי המכונן למעמד ייחודי כמקור ראשי שצריך להנחות את פרשנות חוקי היסוד.

והנה, בעשור האחרון וביתר שאת ממש לאחרונה בעניין סילוואד החלו הממשלה והכנסת, בהשראת פורום קהלת, לטעון שאין לפרש את חוקי היסוד לאור דיני המשפט הבינלאומי. לטעמן מהלך פרשני שכזה לוקה בחוסר סמכות, ויש בו משום התנערות מערכי היסוד ומרצונות העומק של החברה הישראלית, תוך העדפתן של נורמות זרות. טענות נחרצות אלו תרמו ככל הנראה ליצירת אפקט מצנן על מגמת הפסיקה, שקודם לכך נטתה לראות במשפט הבינלאומי מקור פרשני מחייב במישור החוקתי. בשונה מפסקי הדין שניתנו בהליכים שקדמו לכך, בפסקי הדין שניתנו בהליכים שבהם החלו פורום קהלת, הממשלה והכנסת לטעון כנגד החלת חזקת ההתאמה במישור החוקתי נמנעו השופטים מלדרוך – לא כל שכן לקבוע הלכה ברורה – בנושא.

הימנעות זו של בית המשפט מצערת, שכן יש בטיעוני הממשלה, הכנסת ופורום קהלת משום התעלמות בוטה מנוסח חוקי היסוד ומגילת העצמאות, כמו גם ממושכלות יסוד של הציונות. יתרה מכך, לאמיתו של דבר דווקא הטיעונים שלהם עצמם כלל אינם טיעונים ישראליים אותנטיים. מדובר בטיעונים שיובאו מבית מדרשו של השופט האמריקני סקאליה, שפיתחם כחלק מעמדה הסבורה שאת החוקה האמריקנית יש לפרש אך ורק לאור כוונת האבות המייסדים האמריקניים, ובהתאם מתנגדת לייבוא טיעונים משפטיים ממערכות משפט אחרות. חמקה מהממשלה, מהכנסת ומפורום קהלת האירוניה שישנה בייבוא ממערכת משפט זרה של טיעונים משפטיים שכל מהותם היא התנגדות לייבוא טיעונים משפטיים ממערכות זרות. חשוב מכך, בהקשר הישראלי-ציוני הענקת מקום של כבוד למשפט הבינלאומי מתחייבת, משום שכך לימדונו האבות המייסדים שלנו. לפיכך ראוי שבית המשפט יעשה את מה שמתבקש מנוסח החוקה הישראלית ומערכי היסוד של החברה הישראלית, ויקבע הלכה ברורה שלפיה יש לפרש ככל שניתן את חוקי היסוד בהלימה עם המשפט הבינלאומי.