

פתח־דבר: מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל

מאת

יוסף ויילר* ודורין לוסטיג**

תקציר

פתח הדבר מאתגר את ההבנה המקובלת של המשפט החוקתי הישראלי כפרי של תהליכים פנים־ישראליים, ומצביע על זיקות אפשריות בין תהליכים חוקתיים בישראל לתמורות במשפט החוקתי במדינות אחרות בעולם ולתהליכי עומק במערכות ההסדרה הבינלאומיות (תהליך ה"חוקתיזציה" הבינלאומי). בהשראת מחקרו ההשוואתי פורץ הדרך של מאורו קאפלטי על אודות מוסד הביקורת השיפוטית במאה העשרים, המטפורה המרכזית למסגרת הקרטוגרפית וההסברית שאנו מסרטטים לתהליכי החוקתיזציה בישראל היא מטאפורת שלושת הגלים. הגל הראשון נוגע לתהליך שבו, במשך המאה העשרים, אימצו מדינות השונות במרקמן החברתי, התרבותי, הכלכלי והגאופוליטי את הנחת המוצא של המשפט החוקתי כמשפט־על ואת הנגזרת המוסדית של בתי המשפט כמי שאמונים על הגנתו. בתוך שישים שנה נהפך החריג ויוצא־הדופן לנורמלי ונורמטיבי. הגל השני נוגע לאימוץ המקביל של התפיסה שלפיה נורמות של משטרי אמנות בינלאומיים (כמו בית הדין האירופי לזכויות אדם או בית הדין הבין־אמריקני לזכויות אדם) וארגונים בינלאומיים (כמו האיחוד האירופי) יכולות לבסס משפט־על בעל מעמד חוקתי במשפט המדינתי. בתקופה זו – שהחלוקה האנליטית שלנו מתארת כשני גלים – בתי משפט מדינתיים ובינלאומיים מבססים את מעמדם כמוסדות של ביקורת שיפוטית. פעולת הביקורת השיפוטית נסמכת לפרקים, לחלופין או בד בבד על נורמה מדינתית או על נורמה בינלאומית. ככל שהגל השני מחדיר נורמות בינלאומיות למשפט המדינתי, והן זוכות למעמד שווה לחקיקה או למעמד חוקתי, הצורך להתמודד עם מידת הלגיטימיות של הנורמות הללו גובר. הגל השלישי הוא הניסיון לתת מענה לאתגר הלגיטימציה הזה, והוא נוגע לתהליך שבאמצעותו ארגונים בינלאומיים ונורמות בינלאומיות נתונים לביקורת שיפוטית. מטאפורת הגלים מאירה את האופנים שבהם ההיסטוריה של התהליכים החוקתיים הללו כרוכה בדיאלקטיקה רעיונית ומוסדית של מהפכות ומהפכות־

* נשיא האוניברסיטה האירופית (European University Institute, EUI), פרופסור, בית הספר למשפטים של אוניברסיטת ניו יורק (NYU).

** מרצה, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל־אביב. אנו מודים לכל מי שסייעו בידנו בכתיבת המחקר והעירו על גרסאות קודמות. מחקר זה (מס' 1027/13) נתמך על־ידי הקרן הלאומית למדע ובסיועם הנדיב של המכון למשפט והיסטוריה על שם קרן דיוויד ברג ומרכז־על על שם צגלה למחקר בינתחומי של המשפט.

נגד. בצד ההיבט הקרטוגרפי, המאמר מציע דרכים לחשוב על יחסי הגומלין ונקודות המפגש בתוך ובין שלושת הגלים שתיארנו.

מקומו של המשפט בישראל לא נפקד בתהליך זה. בסיפור הישראלי, כמו בסיפורן של מהפכות חוקתיות במקומות אחרים, היו הרגע שלאחר מלחמת העולם השנייה (1948) והשנים שלאחר תום המלחמה הקרה (סוף שנות השמונים ושנות התשעים) צומתי הכרעה מרכזיים בעיצוב הסדר החוקתי הישראלי. לא כך המקרה בגל השני. התחזקות מוסדות המשפט הבינלאומי, ובכלל זה הממשל הגלובלי, מעצבים במידה ניכרת את סדר היום של מערכת המשפט הישראלית, אך התפתחויות אלו לא הניבו תמורה עמוקה בהשוואה למשפט הבינלאומי כמקור-על נורמטיבי לביקורת שיפוטית על חקיקה או על רשויות המנהל. אתגר הגל השלישי רובץ לפתחם של בתי המשפט המדינתיים והבינלאומיים ומחייב חשיבה מחודשת על מוסד הביקורת השיפוטית ומושאי ההגנה שלו. כך ברחבי העולם, כך גם בישראל. המפה המורכבת של הביקורת השיפוטית המסורטטת כאן מספרת את סיפורה של מציאות מפורקת שבה המשמעות של ה"ציבורי" (או המרחב הציבורי) השתנתה והתפרקה ממשמעויותיה הקודמות. כיצד בכל זאת אפשר לעצב מערכת משפטית לגיטימית במציאות של שלושת הגלים? ראשית התשובה שנציע קשורה בשמירה על עקרונות שלטון החוק ובבתי המשפט המדינתיים כשחקנים מרכזיים בעיצובו ומימושו של שלטון החוק בעידן של דמוקרטיה מבוזרת בין כמה רמות ממשל.

הקדמה

א. המסגרת המושגית: חוקתיזציה בשלושת הגלים

1. הגל הראשון

2. הגל השני

3. הגל השלישי

ב. יחסי הגומלין כמסגרת הסברית משלימה

ג. ישראל בשלושה גלים

1. המהפכה החוקתית בישראל: הגל הראשון

(א) החוקה הישראלית: ילדות

(ב) עלומים: סיפור חוקי היסוד

2. ישראל והגל השני

(א) המשפט הבינלאומי ההומניטרי בישראל

(ב) זכויות אדם

3. ישראל והגל השלישי

סיכום

הקדמה

מדפי הספרייה המוקדשים לדיון במהפכה החוקתית בישראל התמלאו בעיקר בעשור שלאחר חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992. כן או לא מהפכה? כן או לא חוקה? מה גרם לחקיקת חוקי היסוד דווקא בראשית שנות התשעים? כיצד השפיע התהליך הזה על מעמדו של בית המשפט העליון? מי המרוויחים והמפסידים העיקריים שלו? דיון נוקב, מעמיק ורב־קולי התקיים במרחב הציבורי הישראלי ובמסדרונות האקדמיים. ואז – אולי לא ביום אחד, אבל אי אז בעשור הראשון של שנות האלפיים – השתתקה המקלדת. מדי פעם ביקשו מלומדת או שופט להעיר סוגיה זו מרבצה הנינוח אך לשווא; אין לאיש חפץ להמשיך ולהפוך בנושא החבוט.

חרף התדלדלות השורות בספרות על אודות המהפכה, היא ממשיכה למלא תפקיד בשיח הציבורי בישראל ולהוות נושא פוליטי חם. במלאת עשרים שנה להחלטה בעניין בנק המזרחי בחרנו להקדיש את ההקדמה החגיגית לעיוני משפט לעיון מחודש בכל אותם דיונים במהפכה. החידוש שנבקש להציע נעוץ בהקשר. נבקש להתבונן בסיפור מתוך אספקלריה רחבה – ההקשר ההשוואתי והבינלאומי – שלמעט חריגים מעטים¹ נזנחה בדיון על אודות המהפכה החוקתית בישראל. בתוך כך נבקש לתרום תרומה קטגורית, היסטוריוגרפית ורעיונית לדיסציפלינה הרחבה יותר של "חוקתיזציה" השוואתית וגלובלית (Comparative and Global Constitutionalism). אנו מקווים שמיפוי הסיפור הישראלי בתוך ההקשר הרחב יותר ירים תרומה לדיון הציבורי והאקדמי בישראל ומחוצה לה. במיוחד נרצה לחדד את התובנות שמחקר משפטי השוואתי קלאסי נועד להניב: מה שנדמה כתוצר מקומי ואפילו ייחודי הוא למעשה חלק מסיפור אוניברסלי.²

בשנת 1971 פרסם מאורו קאפלטי (Mauro Cappelletti) ספרון קטן בצבע ירוק שכותרתו: *ביקורת שיפוטית בעולם העכשווי* (Judicial Review in the Contemporary World).³ הספר מספר את סיפורה של מהפכה חוקתית עולמית ששטפה את העולם המערבי במאה העשרים. הסיפור מתחיל בתום מלחמת העולם השנייה. בתמונת הפתיחה עדשת המצלמה לוכדת תובנה מרכזית אחת: התפכחות. אחריה תעקוב המצלמה ביד בוטחת אחר מצעד המשטרים החוקתיים שנוצרו בשנים שלאחר המלחמה; בתפקיד הגיבורה הראשית תופיע הביקורת השיפוטית.

לאורך המפה ההשוואתית המהודקת שסרטט קאפלטי בספרו נמתח ציר זמן שכיוונו ברור: קדימה. סיפור התפשטותה של הביקורת השיפוטית מתואר במחקרו כמעבר הדרגתי לקראת עתיד טוב יותר; טוב יותר מבחינה אמפירית וראוי יותר נורמטיבית. זהו סיפור

1 ראו, למשל, מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח 211 (1997); כן ראו אסף לחובסקי "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת: הערות על ספרו של מנחם מאוטנר" המשפט יד 715, 722 (2010).

2 לדיון רחב יותר בחשיבותה של המתודולוגיה ההשוואתית ראו RAN HIRSCHL, COMPARATIVE MATTERS (2014). לדיון בחשיבותו של מחקר השוואתי בישראל ראו רון חריס "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל?" עיוני משפט כה 443 (2001).

3 MAURO CAPPELLETTI, JUDICIAL REVIEW IN THE CONTEMPORARY WORLD (1971)

ניצחונה של הביקורת השיפוטית, זו שקנתה לה שביתת קבע במשטר הדמוקרטי ונהפכה לחלק אינהרנטי, כמעט אינטואיטיבי, בהבנה שלנו את משמעותו.

חזון הביקורת השיפוטית בנרטיב הזה מורכב משני ממדים. הממד הראשון הוא אמונה ב"משפט-על" הכולל נורמות שנועדו להגן על זכויות וחירויות של יחידים מפני עריצות, ובכלל זה עריצותו של הרוב במשטר דמוקרטי. הממד השני הוא אמונה בבתי משפט, חוקתיים או אחרים, עליונים או "רגילים", כמוסדות האפקטיביים ביותר לשמור ולאכוף את משפט-העל. האתגר הקלאסי של מוסד הביקורת השיפוטית הוא הקושי האנטי-רובני: איך אפשר להצדיק את הסמכות של קומץ אנשים לא-נבחר לבטל חוקים פרי הליך דמוקרטי? אתגר זה זכה לפתרונות מגוונים בספרות ובפרקטיקה, אולם חרף האתגרים הגלומים בקושי האנטי-רובני נהפך מוסד הביקורת השיפוטית מאורתודוקסיה לדוקסה. מרבית החוקות שנחקקו במחצית השנייה של המאה העשרים כללו מודל מסוים של ביקורת שיפוטית. החלטת בית הדין האירופי לצדק בעניין *Les Verts*, שבה הגדיר בית המשפט את מוסד הביקורת השיפוטית כרכיב הכרחי בהגדרה של שלטון החוק, היא אחד הביטויים המובהקים לכך.⁴ סיפור ההצלחה של מוסד הביקורת השיפוטית, על מופעיו המגוונים, הוא הנרטיב המרכזי בכתיבתו של קאפלטי. עבודתו הציעה אספקלריה חלופית למבט המקומי ותלוי-ההקשר של המערכת החוקתית לטובת ריעה רחבה וחובקת עולם. אם נפסע כמה צעדים לאחור, הציע לנו קאפלטי בספרו הירוק, אם נשאף לראות יותר, אולי אפילו למבט רואה-כול, נגלה דברים שלא ידענו. ברי כי פרטים והקשרים יאבדו לנו לבלי שוב, אך יהיו תוכנות ופרטים חדשים שרק מבט-עשירים-אלף-הרגל עשוי לחשוף; באמצעותו נזכה להבנה הקשרית שונה – היכן למקם את עצמנו ביחס לאחרים (היכן אנחנו על ציר הזמן ובמרחב?) בתוך כך ייתכן שנגלה ענווה ביחסנו לעצמנו.

יתרה מזו: האספקלריה ההשוואתית של קאפלטי הזינה והאירה את מגמות ההפריה ההדדית בין מערכות חוקתיות שונות. אחת הדוגמאות המובהקות של תוצרי הדיאלוג הביין-מערכתי הזה היא השימוש הנרחב במבחן המידתיות בהקשרים חוקתיים. הדי המחקר של קאפלטי ניכרים גם במחקרים מתחום מדעי החברה על אודות הגורמים להיווצרות של מוסד הביקורת השיפוטית במשטרים שונים. ברבות השנים נהפכו המחקרים הללו לנכסי צאן ברזל של התאוריה החוקתית על כל גווניה. כתיבתו של קאפלטי הטביעה חותמה גם בדיונים מאוחרים יותר, כמו הדיון בפלורליזם חוקתי. המסגרת התאורטית ששרטט אפשרה לראות, ולנסות להסביר ולהעריך, את קיומם ברזומנית של סדרים חוקתיים שונים, דומים ולעתים חופפים. ייתכן שיותר מכל דבר אחר נשאה עבודתו של קאפלטי מסר של הרגעה אל הרוחות הסוערות סביב הקושי האנטי-הרובני. הסיפור שסיפר – על אודות התפשטותו העקבית של מוסד הביקורת השיפוטית ואחיזתו הנמרצת ברוב המערכות המשפטיות שאליהן

Case 294/83 Parti Ecologiste Les Verts v. European Parliament [1986] ECR 1339, at 4 para. 23: "[T]he European Economic Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither the Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty."

.WALTER HALLSTEIN, DIE EUROPÄISCHE GEMEINSCHAFT 51 (5th ed. 1979)

חדר – חתר תחת האפשרות שכולם טועים, כל הזמן וכמעט בכל מקום. המודל הבסיסי של הביקורת השיפוטית כנראה עובד; אין הכרח שהדמוקרטיה תאבד בעקבותיו. החשיבות שאנו מייחסים למחקריו של קאפלטי היא הרקע המרכזי לכתובת המאמר הזה. ההתפתחויות שחלו במוסד הביקורת השיפוטית לפני ומאז שנות השבעים לא היו לינאריות. השפעת הביקורת השיפוטית, ובתי משפט בכלל, התפתחה הרבה מעבר לרמה המדינית. העולם חווה מפץ של ממש בהתפתחות הסדר המשפטי בין מדינות ומעבר למדינות במגוון תצורות של משטרים בינלאומיים – אזוריים וגלובליים, בילטרליים ומולטילטרליים. המערכת הזו נוצרה והתהוותה מתוך אתוס ליברלי. המשפט הבינלאומי בימיו הראשונים של הסיפור הזה נתפס לא אחת כפרי הסכמה להסדרה בין מדינות, החותרות להסדר שישיע למקסם את האינטרס הלאומי שלהן; זאת ותו לא. התפיסה הרזה הזו של הסדר הבינלאומי נדחקה זה מכבר לשולי הבמה. אל האתוס של האינטרס המדינתי הצר הצטרפה תפיסה עבה יותר, כזו החותרת להכרה בקיומה ובחשיבותה של הקהילה הבינלאומית, בקיומו של אינטרס ציבורי רחב משל המדינה היחידה, או כזו המייחסת משקל מיוחד לשיקולים אזוריים או קהילתיים מיוחדים, או כאלה הנובעים מזכויותיו של היחיד – ולא כנתין של מדינה אלא מתוקף היותו אדם.

המשפט הבינלאומי כבר לא נשלט על ידי אמנות שנכתרו בין מדינות, אושרו על ידי בתי הנבחרים שלהן ונהפכו בתוך כך לכללי המשחק המחייבים ביניהן. המטריצה של עולם ההסדרה הבינלאומי כוללת מאות ארגונים בינלאומיים ואזוריים, פונקציונליים או מבוססי־זהות, שמייצרים כללים משפטיים "חוקתיים", חוקיים ורגולטורים. רמת התיאום ביניהם מינימלית עד לא קיימת; פוטנציאל ההתנגשות, לעומת זאת, אפשרי ולא אחת מתממש. העולם שסרטט קאפלטי הוא עולם ניוטוני: אובייקטים גדולים נעים בנתיבים סלולים וקבועים, במהירות מתונה וצפויה; האיום האפשרי היחיד היה מעופו האקראי של כוכב שביט. מלבדו נעשתה המלאכה של חוקר המשפט החוקתי ההשוואתי, כפי שהוא תפס אותה, ללא מפריע. העולם כפי שאנו רואים אותו, גם בתקופתו של קאפלטי, הוא עולמו של איינשטיין. אובייקטים גדולים וקטנים נעים בו במהירות מואצת, ללא סדר ברור, קרבים ומתרחקים בזמנית, מתנגשים, מתפרקים, מתמוססים ומתפצלים. האקראיות היא חלק מהלוגיקה המולקולרית שלו.

אם כן, המשימה הניצבת לפנינו היא משימה קרטוגרפית: מיפוי של עולם חוקתי מורכב יותר מזה שעמד לנגד עיניו האמונות של קאפלטי. תכלית המחקר שלנו היא משולשת. ראשית, נבקש להציע גרסה עדכנית וגם שונה לתזת הספרון הירוק. את ההיגיון הלינארי של קאפלטי נחליף בהיגיון דיאלקטי ובמבט רב־ממדי על אודות יחסי הגומלין בין תהליכים מקומיים, השוואתיים וגלובליים, ונעמוד על הפוטנציאל ההסברי הטמון בהם. שנית, ההיסטוריוגרפיה הדיאלקטית שנסרטט מאתגרת את העמדה הנורמטיבית של קאפלטי, שלפיה אימוץ ביקורת שיפוטית בהכרח מקדם ערכים דמוקרטיים ומבשר קדמה והתקדמות. נציע מבט מורכב על אודות תהליכי האימוץ של ביקורת שיפוטית בעולם; נתייחס אליהם באופן פוליטי וציני יותר. שלישית ולבסוף, נבקש למקם את המקרה הישראלי בהקשר ההשוואתי וההיסטורי שאנו מציעים.

המנגנון הקרטוגרפי שבחרנו לעדכן ולאתגר באמצעותו את קאפלטי, השואב השראה ממקורות אחרים בהגותו, הוא מטאפורת הגלים.⁵ בדימוי הגלים נבקש לייצג שינויים בזמן ובמרחב. נמפה שלושה גלים עוקבים – ולא אחת חופפים – שהתרחשו במרחב הגלובלי של תהליך החוקתיזציה. המונח "חוקתיזציה" יופיע בדיון לעתים קרובות; מובנו יהיה ברובו צר: אימוץ מודל של ביקורת שיפוטית לתוך הסדר החוקתי.

הגל הראשון של תהליך החוקתיזציה הוא צונאמי של ממש. זהו גל של "מהפכות חוקתיות" במשפט המדינתי, שמקורותיהן הרעיוניים מזוהים עם המהפכה החוקתית האמריקנית ועם פסק הדין בעניין *Marbury v. Madison*. זו אחר זו אימצו מדינות שונות זו מזו במרקמן החברתי, בתרבותן, במבנה הכלכלי שלהן ובמצבן הגאופוליטי את הנחת המוצא של המשפט החוקתי כמשפט על ואת הנגזרת המוסדית של בתי המשפט כמי שאמונים על הגנתו. בתוך שישים שנה נהפך החריג ויוצא הדופן לנורמלי ונורמטיבי.

קאפלטי תיאר את המעבר ההדרגתי והעקבי של מדינות ברחבי העולם לקראת אימוץ של חוקות – ובמיוחד אימוץ של מוסד הביקורת השיפוטית – כתהליך רצוי. עבורו סיפור הביקורת השיפוטית הוא סיפור אבולוציוני. נתקשה לבטל את דבריו כלאחר יד. מבט נוקב יחשוף כיצד הצל הנורמטיבי-המרכזי שאפף את התהליך הזה – הקושי האנטי-רובני – נענה במרוצת הזמן בדרכים שונות עד שנהפך פחות דומיננטי ופחות מאיים. עם זאת, חלק מרכזי בתזה שלנו יחתור תחת הטיעון הלינארי – הנחת ההתקדמות של קאפלטי – לטובת המחשת הדיאלקטיקה הגלומה בתהליך זה. המהפכה והרפורמציה המתועדות בתהליך כרוכות ומשולבות במהפכות וברפורמציות נגד. יתרה מזו: מהלכים חוקתיים, כפי שנדון בהם בהמשך, מאופיינים בדיאלקטיקות רעיוניות גם בעת התרחשותם; הם מושפעים מהלכי הרוח האידאולוגיים של תקופתם ומהמסורות הרעיוניות שבתוכן נטועה החברה שחווה את התהליך החוקתי. האתגרים הנורמטיביים המרכזיים של תהליך זה מחייבים גם הם ריענון וחשיבה מחודשת. מאבק הרשויות העכשווי כבר לא ניטש (רק או בעיקר) בין מחוקקים, בירוקרטים ושופטים. זירות ההסדרה המשפטית במישור הטרנס-לאומי והגלובלי חושפות יחסי כוחות מורכבים יותר, והללו חוללו שינוי יסודי בזהותם ובמידת השפעתם של מחוקקים, בירוקרטים ושופטים. אנו נטען שהם גם מחייבים שינוי נורמטיבי בהבנת תפקידם. הדברים ייהפכו ברורים יותר בתיאור הגל השני, וביתר שאת בדיון על אודות היחסים בין הגל הראשון לגל השני.

בתודעה ההיסטורית של משפטנים רבים, התהליך שנוזהה עם הגל השני צובר תאוצה בסצנת הפתיחה של קאפלטי: תום מלחמת העולם השנייה. עבור רבים זו התקופה שבה החלו מוסדות מרכזיים של המשפט הבינלאומי מקבלים משמעות דרמטית בעיצוב המשפט הציבורי.⁶ ההסדרה הבינלאומית באמצעות אמנות כבר לא מתמקדת ביחסים שבין המדינות

5 ACCESS TO JUSTICE AND THE WELFARE STATE (Mauro Cappelletti ed., 1981) מטאפורת הגלים שימשה גם את סמואל האנטינגטון בניתוח של תהליכי דמוקרטיזציה מפרספקטיבה היסטורית, אך אנו מציעים המשגה ותיקוף שונים; ראו SAMUEL P. HUNTINGTON, THE THIRD WAVE: DEMOCRATIZATION IN THE LATE TWENTIETH CENTURY (1991).

6 להרחבה ראו A. W. BRIAN SIMPSON, HUMAN RIGHTS AND THE END OF EMPIRE (2004); MARK MAZOWER, GOVERNING THE WORLD (2012); David Kennedy, *The Move to Institutions*, 8 CARDOZO L. REV. 841 (1987).

ועוברת להסדרה תוך־מדינתית. אמנות בתחום זכויות האדם או אמנות כלכליות בנוגע לסחר הן דוגמאות מרכזיות. בתקופה זו התבססה התפיסה שלפיה נורמות של משטרי אמנות בינלאומיים (כמו בית הדין האירופי לזכויות אדם או בית הדין הבינ־אמריקני לזכויות אדם) וארגונים בינלאומיים (כמו האיחוד האירופי) יכולים לשמש בסיס למשפט־על בעל מעמד חוקתי במשפט המדינתי. במובן זה חשוב לקרוא את הגל השני כההליך מקביל לגל הראשון: הם חופפים בזמן ובמהות. באותה תקופה – שהחלוקה האנליטית שלנו מתארת כשני גלים – ביססו בתי משפט מדינתיים ובינלאומיים את מעמדם כמוסדות של ביקורת שיפוטית. פעולת הביקורת השיפוטית נסמכת לפרקים, לחלופין או בו־זמנית על נורמה מדינתית או על נורמה בינלאומית. הבחירה משתנה ממדינה למדינה, מזמן לזמן, ולעתים באותו מקום ובאותו זמן לנוכח שינויים תלויי־הקשר. במדינות רבות הגל השני סולל את הדרך למהפכה חוקתית מדינתית מבית המדרש של הגל הראשון; בריטניה היא אולי הדוגמה המובהקת ביותר לתהליך כזה. נשוב לנקודה זו בדיון על יחסי הגומלין.

בד בבד עם עולם הטריבונלים הבינלאומיים התפתח עולם רגולטורי ובירוקרטי טרנס־לאומי עשיר ומסועף.⁷ המערך הרגולטורי־ממשלי הזה נועד להתמודד עם גידול ניכר בתלות ההדרית בתחומים כמו ביטחון, הגנת הסביבה, רגולציה פיננסית, טלקומוניקציה, סחר, שירותים ועוד. יכולתן המוגבלת (עד לא קיימת) של מערכות מקומיות ומדינתיות להתמודד עם האתגרים הללו היא אחד ההסברים הבולטים לצמיחה ולהתעצמות של הממשל הגלובלי. עליית כוחם של גורמים רגולטוריים טרנס־לאומיים העבירה את זירת ההכרעה בשאלות יסוד של מדיניות חברתית מההקשר המקומי להקשר הבינלאומי. התוכן והמאפיינים של האתגר שהגל השני מציב אינם אחידים. התקופה המוקדמת יותר של הגל השני, המאופיינת בהתחזקות של המערכת הבינלאומית המסורתית, הציבה אתגרים שונים מאלו שהציבה התקופה המאוחרת יותר של המרחב המנהלי הגלובלי. שניהם מרטיבים אותנו, אבל אחרת. חשוב להדגיש שהמשפט הבינלאומי מבין את עצמו כמשפט־על. על פי סעיף 46 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות, 1969, קיומו של כלל סותר במשפט המדינתי לא מצדיק הפרה של המשפט הבינלאומי; הכלל הבינלאומי גובר בהתנגשות ביניהם.⁸ עם זאת, המשפט הבינלאומי נותר על פי רוב אגנוסטי לאופן היישום של הוראותיו על ידי המדינה. ברוב המקרים יש למדינה אפשרות להפר את החיוב הבינלאומי והתוצאה היא סעד במישור הבינלאומי. מכך מתחייב שמרכז הכובד עובר למדינה ולבתי המשפט של המדינה, הנדרשים לממש, לאכוף ולפרש את החיובים של המשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי הוא חוקתי בתפיסה העצמית שלו כמשפט־על אך מממש את מעמדו החוקתי באמצעות המדינה. משכך, ובניגוד לרושם הרווח והמוטעה, שחקני המפתח של הגל השני הם לא הטריבונלים הבינלאומיים אלא בתי המשפט המדינתיים. כפי שהדגימו איל בנבנישתי וג'ורג' דאונס במחקריהם, בתי משפט מדינתיים משתמשים במשפט בינלאומי בהקשרים שונים ומגוונים כמקור לחובות משפטיות

7 על יחס בין שני הרבדים הללו בהסדרה הבינלאומית ראו J.H.H. Weiler, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, 64 HEIDELBERG J. INT'L L. (HJIL) 547 (2004).

8 Vienna Convention on the Law of Treaties art. 46, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331

של המדינה ליחיד.⁹ נגישותם הגבוהה יחסית מעצימה את כוחם בהשוואה לטריבונלים הבינלאומיים. ההרגל לציית להם ויכולתם המבוססת לאכוף את החלטותיהם הופכת אותם לסוכני האכיפה הרלוונטיים והאפקטיביים ביותר של המשפט הבינלאומי.¹⁰ גורמים בממשלה הישראלית עשויים להחליט שלא לפעול על פי הכרעת בית הדין הבינלאומי בהאג, אך הם יתקשו הרבה יותר לפעול בניגוד להכרעותיו של בית המשפט העליון. כל אלה מציבים את בתי המשפט המדינתיים בעמדת מפתח ייחודית להתמודד עם התופעות שמנינו תחת הגל השני. ההצדקות והאפשרויות לכך כרוכות ומובילות אותנו הישר לדיון בגל השלישי. הספרות העוסקת בחוקתיזציה במשפט הבינלאומי עצמו נוטה להתמקד בגידול הדרמטי במספר הארגונים הבינלאומיים ובהשפעתם ככאלה שהופכים בעצמם למנגנונים חוקתיים או שמסייעים בהפיכתו של הסדר הבינלאומי לסדר חוקתי.¹¹ התפיסה של התרחבות ההשפעה וכוח ההסדרה של מנגנונים בינלאומיים, אפילו לכדי סדרים משפטיים סמיי-חוקתיים, אינה מובחנת לדעתנו מהתופעות שתיארנו בגל השני; לכל היותר מדובר בהתרחבות שלהן. לחלופין, הגל השלישי שנבקש לטעון לו (הנמצא בשלב זה בראשיתו) נוצר כמענה לגל השני. ככל שהגל השני מחדיר נורמות בינלאומיות למשפט המדינתי, הזוכות למעמד שווה לחקיקה או למעמד חוקתי, הצורך להתמודד עם מידת הלגיטימיות של הנורמות הללו גובר. הגל השלישי הוא הניסיון לתת מענה לאתגר הלגיטימציה הזה. במסגרת הגל השלישי בתי המשפט מחילים ביקורת שיפוטית על נורמות של המשפט הבינלאומי עצמו, בהתבסס על נורמות בינלאומיות; זה התהליך שבאמצעותו ארגונים בינלאומיים ונורמות בינלאומיות נתונים לביקורת שיפוטית. הצורך בכינונה של ביקורת שיפוטית מסוג זה הוא כמעט מובן מאליו. שלטון החוק מבוסס על כך שפעולות המדינה וחוקיה נתונים לביקורת שיפוטית; ביקורת שיפוטית באשר לדרישות הפורמליות של החוק עצמו (אולטרה וירס) או, חשוב מכך, באשר לזכויות יסודיות או לנורמות של צדק, פרוצדורלי או מהותי. נוסף על כך,

9 Eyal Benvenisti & George W. Downs, *National Courts, Domestic Democracy and the Evolution of International Law*, 20 EJIL 59 (2009)

10 Richard Falk, *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, 39 IND. L.J. 429 (1964); J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, 100 YALE L.J. 2403 (1991). על ההרגל לציית וחשיבותו ראו: H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* chs. IV & X (1961).

11 אנו מסתייגים מהמשגת התהליכים הללו עצמם כתהליך חוקתי. יש הוגים המציעים להתייחס לארגונים בינלאומיים מרכזיים כמכונני סדר חוקתי; ראו, למשל, BARDI FASSBENDER, *THE UNITED NATIONS CHARTER AS THE CONSTITUTION OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY* (2009); J.H. Jackson, *The WTO "Constitution" and Proposed Reforms: Seven "mantras" revisited*, 4 JIEL 67 (2001). לדיון מורכב יותר בחשיבה על הסדר הבינלאומי כסדר חוקתי ראו Mattias Kumm, *The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia*, in *THE TWILIGHT OF CONSTITUTIONALISM?* 201 (Petra Dobner & Martin Loughlin eds., 2010); LABBERS, ANNE PETERS & GEIR ULFSTEIN, *THE CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL LAW* (2009); GUNTHER TEUBNER, *CONSTITUTIONAL FRAGMENTS: SOCIETAL CONSTITUTIONALISM AND GLOBALIZATION* (2012); Ernest A. Young, *The Trouble with Global Constitutionalism*, 38 TEX. INT'L L.J. 527, 544-545 (2003)

רעיון שלטון החוק כולל כמה עקרונות יסוד דמוקרטיים כמו שקיפות, השתתפות וקיומו של דיון ציבורי. מוסדותיו הקלאסיים של המשפט הבינלאומי מעולם לא הצטיינו בשמירה על ערכי שלטון החוק, בעיקר לא על אלו הכוללים צדק פרוצדורלי ועקרונות דמוקרטיים. הגידול במספר המוסדות הבינלאומיים והיווצרותם של מרחב מנהלי גלובלי מבוזר מהסוג שתיארנו, העמיקו את הגירעון בשלטון החוק. מתוך הגירעון האמור אפשר לראות סימנים להתהוות הגל השלישי ולזהות הגות העוסקת בחשיבות של החלת ביקורת שיפוטית על ארגונים ונורמות בינלאומיות.

מטאפורת הגלים תסייע לנו להאיר את האופנים שבהם ההתקדמות ההיסטורית שתיארנו אינה בהכרח סיפורה של קדמה; לא מדובר במהלך שכיוונו ברור או בכזה שכולו טוב או מוביל לטוב. ברוח זו נעמוד לאורך המאמר על המהפכות ומהפכות־הנגד שאפיינו את תהליכי החוקתיזציה בשלושת הגלים.

השאיפה שלנו במאמר אינה רק תיאורית (קרטוגרפית) אלא גם הסברית. איננו ממעיטים בחשיבות הסינתזה; עם מפה שגויה לא נוכל לנווט. עם זאת, הבנת כל גל לכשעצמו היא רק נקודת מוצא. מעבר לה נציע דרכים לחשוב על יחסי הגומלין ועל נקודות המפגש בתוך ובין שלושת הגלים שתיארנו. ניתוח יחסי הגומלין ייערך בשני צירים. הציר האופקי יעסוק באופן שבו מערכות משפטיות הפועלות במישורים מקבילים משפיעות זו על זו; הציר האנכי יתייחס ליחסים שבין הגלים, כלומר: באופן שבו גל אחד משפיע על תהליכים בגל אחר. חשיפת הקשרים הסיבתיים אינה המטרה המרכזית שלנו בדיון על יחסי הגומלין. נוסף על כך, אנו סבורים כי קשרי הגומלין הללו מאירים באופן ברור יותר את המשמעות של חוקתיות בעולמנו המשתנה. בעזרת הדיון בהם נבקש לעמוד על מאפייניו של השינוי העמוק שמתחולל כיום באבני הבניין היסודיות של המשפט הציבורי. מהו ה"ציבורי" במשפט הציבורי כיום? מה הם האתגרים החדשים לכינונו של משטר דמוקרטי לגיטימי? כיצד השינויים הקרטוגרפיים מעצבים מחדש את שאלות היסוד של הסולידריות החברתית והמצב האנושי?

לאור המסגרת התיאורית וההסברית שנפרש בחלקיו הראשונים של המאמר נבחן את ההיסטוריה החוקתית בישראל.

אם כן, הפרק הראשון במאמר מוקדש למאפיינים של שלושת הגלים. בפרק שאחריו נדון ביחסי הגומלין האפשריים בין שלושת הגלים (פרק ב'). לאור המסגרת המושגית וההסברית הזו נקדיש את הפרק השלישי של המאמר לישראל: נבחן את המשפט החוקתי הישראלי בראי שלושת הגלים ונאיר באמצעות יחסי הגומלין שהצענו הסברים חדשים להתפתחותו (פרק ג'). מעבר לכך, נבקש לעמוד על הבעיות הגלומות בתהליכי החוקתיזציה שתיארנו. נחתום את המאמר עם צדו האפל של היסוד.

א. המסגרת המושגית: חוקתיזציה בשלושת הגלים

1. הגל הראשון

ראשיתו של מוסד הביקורת השיפוטית מזוהה יותר מכל עם פסק הדין בעניין *Marbury (v. Madison)* (1803). בדומה לפסקי דין מכווננים אחרים, ערכו המהפכני שנוי במחלוקת היסטורית. חלק מהחוקרים מוצאים תקדימים מוקדמים ממנו לשימוש במוסד הביקורת

השיפוטית בקולוניות הבריטיות;¹² אחרים סבורים שמוסד הביקורת השיפוטית התפתח מאוחר יותר.¹³ כמשך המאה התשע-עשרה נמצאו דוגמאות למדינות שאימצו את מוסד הביקורת השיפוטית מחוץ לארצות-הברית, במיוחד באמריקה הלטינית¹⁴ אך גם באירופה.¹⁵ עם זאת, השפעתו על חיי המשפט במקומות הללו נותרה זניחה.

כאמור, הסיפור המוכר על מוסד הביקורת השיפוטית במאה העשרים, השאוב במידה רבה מהנרטיב המכונן של קאפלטי, הוא סיפור אבולוציוני של קדמה. נקודת המפנה ההיסטורית הראשונה בנרטיב השגור היא 1945 – תום מלחמת העולם השנייה. נקודת המפנה השנייה היא תום המלחמה הקרה, 1989.¹⁶ אמנם, כפי שנדגים מיד, שתי נקודות הציון הללו התאפיינו בתמורות דרמטיות בהתהוותן והתפשטותן של חוקות בעולם. עם זאת, חשוב להדגיש את מה שהנרטיב המוכר נוטה להשמיט – גם תקופות אחרות במאה העשרים ידעו עדנה חוקתית תוססת. התקופה שבין מלחמות העולם, למשל, הייתה תקופה של פריחה מרתקת במסורת החוקתית של מוסד הביקורת השיפוטית באירופה, לפחות ברמה הרעיונית. כמה מדינות באמריקה הלטינית עברו שינויים חוקתיים בתקופה זו (גם אם ללא השפעה מעשית מרחיקת-לכת), בהן מקסיקו, ברזיל וקובה.¹⁷ מדינות אחרות אימצו בתקופה זו חוקות

12 קולוניות באימפריה הבריטית חתמו על חוקות שאפשרו לבתי משפט קולוניאליים לבצע ביקורת שיפוטית. לאחר מכן, מדינות חבר העמים כמו קנדה ואוסטרליה ירשו את המסורת הזו. במקרה הקנדי בוצעה הביקורת השיפוטית בעיקר על ידי מוסד המלוכה (Privy Council). להרחבה נוספת ראו, למשל, Philip Hamburger, *Law and Judicial Duty*, 72 G. WASHINGTON L. REV. 1 (2003). המבורגר דן בדוגמאות מוקדמות של ביקורת שיפוטית באנגליה ובקולוניות שלה ובמדינות אמריקה. כן ראו, William Michael Treanor, *Judicial Review before Marbury*, 58 STANFORD L. REV. 455 (2005)

Marbury v. Madison

13 לדיון בהקשר ההיסטורי ראו, Gordon S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited*, 56 WASH. & LEE L. REV. 787 (1999) .or *How the Marshal Court Made More out of Less*

14 ניסיונות לקיים ביקורת שיפוטית במדינות אמריקה הלטינית התקיימו כבר במאה התשע-עשרה – ללא הצלחה; מערכות השלטון הרודניות של שנות השישים והשבעים חתרו תחת אפשרות קיומה של ביקורת שיפוטית משמעותית. משכך, הספרות נוטה למקם את ההתבססות של מודל הביקורת השיפוטית בדרום אמריקה בשנות התשעים של המאה העשרים. ראו Patricia Navia & Julio Rios-Figueroa, *The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America*, 38 COMP. POL. STUD. 189, 193 (2005)

15 לעומת זאת, המדינות נורדיות כמו שוודיה, דנמרק ונורווגיה חולקות מסורת של הכרה בביקורת שיפוטית באופן תאורטי בצד יישום מוגבל מאוד בפן המעשי; ראו Jaakko Husa, *Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective*, 48 AM. J. COMP. L. 345 (2000)

16 Stephan Gardbaum, *Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why has the Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn From Sale?)*, 62 AM. J. COMP. L. 613, 613-614, 619-627 (2014)

17 החוקה הנוכחית של מקסיקו, שאושרה ב-1917 (THE POLITICAL CONSTITUTION OF THE MEXICAN UNITED STATES, 2005), היא תוצאה של המהפכה המקסיקנית. ראו גם את חוקת

שכללו ביקורת שיפוטית: עירק, טורקיה, סין והפיליפינים הן דוגמאות מרכזיות.¹⁸ בצרפת של ראשית המאה, ובמיוחד לקראת 1925, התנהל דיון סוער על אודות הצורך לכוון מוסד ביקורת שיפוטית ברוח המודל האמריקני. באותה שנה ממש (1925) קיבלו על עצמם בתי המשפט בגרמניה את האחריות לביקורת שיפוטית מכוח סעיף 102 לחוקת ויימאר.¹⁹ בשני המקרים לא נתגבשה מסורת של ביקורת שיפוטית.²⁰

בתקופה שקדמה למלחמת העולם הראשונה עוצב מוסד הביקורת השיפוטית ברוח המודל האמריקני המבוזר, שבו לכל בית משפט יש סמכות להכריז על חוק כבלתי־חוקתי. לאחר המלחמה הוקם בית המשפט האוסטרי לחוקה (1920–1933), לאור המודל הריכוזי החלופי של הנס קלזן.²¹ על פי המודל הריכוזי, ביקורת שיפוטית תבוצע רק על ידי בית משפט בעל הסמכות הבלבדית לכך. בכמה מדינות בית המשפט החוקתי מוסמך להעביר ביקורת שיפוטית בשלבים מסוימים של תהליך החקיקה²² ובאמצעות גורמים מסוימים (יש הברל בין מדינה למדינה באשר לזהות הגורמים שיש להם גישה לבית המשפט החוקתי).²³

-
- ברזיל (The Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988) שעודכנה בשנת 1934 ואת חוקת קובה (Constitution of Cuba, 1992) שעברה שינויים בשנת 1940.
- 18 לדיון בתקופה זו ראו, David Deener, *Judicial Review in Modern Constitutional Systems*, 46 AM. POL. SCI. REV. 1079, 1086-1090 (1952).
- 19 על כישלון הביקורת השיפוטית ברפובליקת ויימאר, נוכח אי־המוכנות של הציבור והמוסדות המשפטיים לקבל את העליונות של מוסד זה, ראו, Michael Stolleis, *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, 16 RATIO JURIS 266, 277 (2003).
- 20 Louis Favoreu, *Constitutional Review in Europe*, in CONSTITUTIONALISM AND RIGHTS: THE INFLUENCE OF THE UNITED STATES CONSTITUTION ABROAD 38 (Louis Henkin & Albert J. Rosenthal eds., 1990). להרחבה על הגורמים לכישלון ההטמעה של מודל הביקורת השיפוטית בתקופה שבין המלחמות ראו Cappelletti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 53–66.
- 21 בית המשפט החוקתי האוסטרי עוצב על פי המודל שניסח הנס קלזן בחוקת 1920. במאמר שפרסם בשנת 1928, וזכה לתרגומים רבים, פיתח קלזן תאוריה מקיפה התומכת במודל ריכוזי של ביקורת שיפוטית. במאמרו טען קלזן שהקוהרנטיות הפנימית של המערכת המשפטית תהיה מובטחת רק אם מעמדה העל של החוקה יובטח באמצעות גוף שיפוטי. ראו, Hans Kelsen, *La Garantie Jurisdictionelle de la Constitution*, in REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET À L'ÉTRANGER 250 (1982). להרחבה בנושא משנתו של קלזן ראו, Sara Lagi, *Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)*, 9 Co-herencia 273 (2012).
- 22 לדיון מקיף ראו Alec Stone, *The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts and Policymaking in Western Europe*, 19 POL'Y STUD. J. 81 (1990).
- 23 באירופה, למשל, אפשר להציב את המודל הצרפתי והגרמני כשני מודלים קוטביים, כשהמודל האיטלקי ממוקם אי־שם ביניהם. באופן מסורתי, במודל הצרפתי רק למוסדות פוליטיים יש סמכות לאתגר ולבקר חקיקה; בגרמניה, לעומת זאת, מקורם של מרבית הדיונים החוקתיים בבית המשפט הוא תלונות של יחידים הטוענים להפרת זכויותיהם על ידי רשויות ציבוריות. באיטליה אין ליחידים גישה ישירה לבית המשפט, אבל שופטים בערכאות רגילות שאינן חוקתיות יכולים לעתור לבית המשפט לעניין התוקף החוקתי של חקיקה מסוימת. לניתוח

יש גם מערכות מעורבות או היברידיות הכוללות מאפיינים של שני המודלים.²⁴ המודל הריכוזי של קלזון השפיע על העיצוב של מוסד הביקורת השיפוטית בתקופה שבין מלחמות העולם. בית המשפט החוקתי המיוחד של צ'כוסלובקיה (1920-1938) ובית המשפט החוקתי הספרדי (1933-1936) הן דוגמאות מרכזיות לכך. ערכאות אלה נדחקו לשולי הזיכרון ההיסטורי בשל תקופות קיומן הקצרות, המחלוקות שעוררו וכישלונן המהדהד.²⁵ על פי ההסבר המקובל, נקודת המפנה המשמעותית לתהליך החוקתיזציה בעולם חלה אחרי 1945. המחקרים האמפיריים שביקשו להתחקות אחר תהליך זה מסרטטים גרף של עלייה וצמיחה מתמדת שהתרחש בשתי פעימות.²⁶ הפעימה הראשונה אירעה בשנים שלאחר מלחמת העולם השנייה, שבמהלכן אפשר לזהות העמקה והתרחבות ניכרת של השימוש בביקורת שיפוטית ואימוץ של חוקות, על פי רוב ברוח המודל הריכוזי של קלזון, בעיקר באירופה.²⁷ הפעימה השנייה, לאחר נפילת חומת ברלין, מזוהה יותר מכול עם תהליכים במרכז אירופה ובמזרח, אף שהתחוללה בזירות גאוגרפיות נוספות.²⁸ אם כן, לפי הנרטיב הקלאסי, נקודת המפנה המרכזית היא 1945. לפני תקופה זו היה המודל של עליונות הפרלמנט נפוץ ודומיננטי יותר.²⁹ על פי הנרטיב המקובל, מלחמת העולם השנייה

-
- מפורט ראו John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *Constitutional Adjudication: Lessons* ; Victor Ferreres Comella, *The Rise of from Europe*, 82 TEXAS L. REV. 1671 (2004) *Specialized Constitutional Courts*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 265 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011)
- VICKI C. JACKSON & MARK TUSHNET, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 466-467 (2nd ed. 2006) 24
- Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707, 713-714 (2001) 25
- לצפייה בנתונים סטטיסטיים ראו אתר האינטרנט של פרויקט Constitutions Project) <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-visualizations/> 26
- Tom Ginsburg & Zachary Elkins, *Ancillary Powers of Constitutional Courts*, 87 TEX. L. REV. 1431, 1433 (2009) 27
- Martin Shapiro & Alec Stone, *The New Constitutional Politics in Europe*, 26 COMP. POL. STUD. 397 (1994)
- זו גם נקודת ציון מרכזית במקראות המרכזיות במשפט חוקתי השוואתי. ראו, למשל, MAURO, CAPPELLETTI & WILLIAM COHEN, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW: CASES AND MATERIALS 12-16 (1979); JACKSON & TUSHNET, 24 בעמ' 251-287; Gardbaum, 25 (גארדבאום מבקש להוסיף לנרטיב זה את ההתפתחות של מודל חוקתי נוסף במדינות קנדה, ניוזילנד ובריטניה, אבל סיפור זה טרם חדר לנרטיב הדומיננטי בהיסטוריה זו.) 28
- מודל זה בא לידי ביטוי בדוקטרינה הבריטית של עליונות הפרלמנט, ובדוקטרינה הצרפתית שלפיה המחוקק הוא הביטוי העליון לרצון הכללי של העם. ראו ס' 6 להצהרת זכויות האדם הצרפתית משנת 1789 (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789), art. 6 (France): "Law is the expression of the general will. Every citizen has a right to participate personally, or through his representative, in its foundation. It must be the same for all, whether it protects or punishes. All citizens, being equal in the eyes of the law, are equally eligible to all dignities and to all public positions and occupations,

והמשטרים הטוטליטריים שאפיינו את התקופה שקדמה לה הובילו לאבדן אמון במחוקק ובשלטון רוב לא מבוקר. משבר האמון הזה סלל את הדרך לאימוץ מודל של משטר חוקתי הכולל ביקורת שיפוטית. עבור קאפלטי ואחרים, הדינמיקה כללה שינויי עומק אידאולוגיים (לקראת הסכמה גוברת על אודות חשיבותן של נורמות חוקתיות מסוימות), ואלה הובילו לשינויים מבניים (יצירת מבנה חוקתי היררכי באמצעות מוסד הביקורת השיפוטית). הבסיס הרעיוני של מוסד הביקורת השיפוטית נותר המסורת החוקתית האמריקאית;³⁰ ניצחונה של ארצות־הברית ומעורבותה בשיקום אירופה תרם להחדרתו למערכות המשפט האירופיות הנתונות להשפעתה. חרף כך, המודל המוסדי שאומץ היה על־פירוב המודל הקלזניאני, נצר להתפתחויות החוקתיות באירופה שלפני המלחמה. זכויות האדם נהפכו לרכיב חוקתי מרכזי בתהליך זה.³¹ ביקורת שיפוטית־חוקתית נכללה במשטרן החוקתי של מדינות הציר לאחר המלחמה – גרמניה (1949),³² איטליה (1948)³³ ויפן (1947).³⁴ באוסטריה חזרו לתפקד בית המשפט החוקתי והחוקה של 1929, לאחר כמה תיקונים, בשנת 1945.³⁵ המודל הריכוזי

- 30 according to their abilities, and without distinction except that of their virtues and talents”
Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 Va. L. Rev. 771, 772-773 (1997). עם זאת אקרמן מבקר את נטיית־היתר להתמקד בניסיון האמריקני כביטוי לפרובינציאליות של ההגות החוקתית בארצות־הברית. לעמדה המייחסת חשיבות פחותה להשפעה האמריקנית ראו DONALD P. KOMMERS & RUSSELL A. MILLER, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* (3rd ed. 2012).
- 31 אהרן ברק מתאר בספרו את נקודת המפנה הזו כנקודת מפנה בזכויות האדם ובהיסטוריה של כבוד האדם: “עד אמצע המאה העשרים הייתה ההיסטוריה של כבוד האדם חלק מההיסטוריה של הרעיונות. מאמצע המאה העשרים היא הפכה להיות גם חלק בלתי נפרד מההיסטוריה המשפטית. היא הפכה רכיב מרכזי בשיח הזכויות – הן במישור הבינ־לאומי והן במישור הלאומי [...] מה גרם לשינוי הזה? התשובה היא כי זוועות מלחמת העולם השנייה בכלל והשוואה של האם היהודי בפרט הן הגורמים העיקריים [...] גברה ההכרה כי המבקש להגן על הדמוקרטיה צריך להגן על זכויות האדם, והמבקש להגן על זכויות האדם צריך להכיר בכבוד האדם. מלחמת העולם השנייה הביאה בעקבותיה את מהפכת זכויות האדם, ובגדרה של זו התרחשה מהפכת כבוד האדם”. מתוך: אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך א (2014).
- 32 KOMMERS & MILLER, לעיל ה”ש 30, בעמ’ 3-29: קומרס ומילר מתארים את ההיסטוריה של ייסוד בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה ומדגישים את התפקיד וההשפעה של ההיסטוריה המשפטית בגרמניה על עיצובו.
- 33 CONSTITUTION OF THE ITALIAN REPUBLIC 1948, art. 134; CHRIS THORNHILL, *A SOCIOLOGY OF CONSTITUTIONS: CONSTITUTIONS AND STATE LEGITIMACY IN HISTORICAL-SOCIOLOGICAL PERSPECTIVE* 332 (2011).
- 34 לאחר מלחמת העולם השנייה כפו בעלות הברית על יפן לעצב מחדש את הסדר הפוליטי והמשפטי שלה וליצור תהליך של דמוקרטיזציה. האליטה המושלת ביפן העדיפה לכונן רפורמה עם שינויים מעטים יחסית לחוקת Meiji שהתקיימה בה עובר למלחמה, אך נאלצה להיכנע לתכתיבים הזרים ולהסכין עם כינונה של חוקה חדשה אחרת. לדיון נרחב ראו Norikazu Kawagishi, *The Birth of Judicial Review in Japan*, 5 INT’L J. CONST. L. 308 (2007).
- 35 ראו ה”ש 11 אצל THORNHILL, לעיל ה”ש 33, בעמ’ 337.

אומץ גם בקפריסין (1960), בטורקיה (1961) וברפובליקה הפדרלית הסוציאליסטית של יוגוסלביה (1963).³⁶

פעימת ביניים נוספת של תהליכים חוקתיים שחשוב לעמוד עליה אירעה בשנות השבעים של המאה הקודמת. בתקופה זו מדינות כמו ספרד (1978), פורטוגל (1982) ויוון (1975) עברו ממשטרים רודניים למערכות ממשל דמוקרטיות.³⁷ למרות ביסוס מוקדם של החוקה (1958), בית המשפט החוקתי של צרפת (conseil constitutionnel) לא השתמש בביקורת שיפוטית להגנה על זכויות של יחידים לפני 1971.³⁸ אפשר לכלול גם את התהליכים החוקתיים בבלגיה כחלק מפעימת הביניים הזו (1988).³⁹

מחוץ לאירופה סללו תהליכי דקלונליזציה וגורמים נוספים את הדרך לתמורות חוקתיות משמעותיות. החוקה ההודית (the National Charter of Liberties) אומצה בשנת 1950. בשנות החמישים המאוחרות, במהלך ההכרזה על תקופת חירום, הרחיב בית המשפט החוקתי בהודו את היקף ההגנה על זכויות וחירויות יסודיות.⁴⁰ בתי משפט נוספים, שפעלו בהקשרים משטריים יציבים פחות, פעלו אף הם כגורם מאזן ומבקר כלפי האליטות השלטוניות במדינתן. אינדונזיה ופקיסטן הן דוגמאות מרכזיות לביקורת שיפוטית בהקשרים כאלה.

הנפילה של חומת ברלין בשנת 1989 מסמלת את הפעימה השנייה, הכוללת את המעבר של משטרים חוקתיים דמוקרטיים ממערב אירופה למזרח.⁴¹ נפילת הקומוניזם והמעבר

36 בית המשפט היוגוסלבי החוקתי של שנים אלה התאפיין בהשפעה מועטה למדי; ראו Mauro Cappelletti, *Judicial Review in Comparative Perspective*, 58 CAL. L. REV. 1017, 1039 (1970).

37 Ackerman, לעיל ה"ש 30, בעמ' 778-779. [לא פורסם עדיין] כאן], article institutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective

38 בית המשפט החוקתי פירש את המבוא לחוקת 1958 כשילוב של הצהרת זכויות האדם מ-1789 עם הזכויות הכלולות במבוא לחוקת 1946 של הרפובליקה הרביעית. להרחבה נוספת על בית המשפט החוקתי בצרפת ראו ALEC STONE, *THE BIRTH OF JUDICIAL POLITICS IN FRANCE: THE CONSTITUTIONAL COUNCIL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* (1992).

39 בבלגיה אירע התהליך בשתי פעימות מרכזיות: בשנת 1988 שונתה החוקה והתאפשרה ביקורת שיפוטית לגבי הפרה של חלק מהזכויות במגילת הזכויות בחוקה ובשנת 2003 הורחבה ביקורת זו לכלל הזכויות; ראו Gardbaum, *Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why has the Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn From Sale?)*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 619.

40 Vijayashri Sripati, *Toward Fifty Years of Constitutionalism and Fundamental Rights in India: Looking Back to See Ahead (1950-2000)*, 14. AM. U. INT'L REV. 413 (1998); HANNA LERNER, *MAKING CONSTITUTIONS IN DEEPLY DIVIDED SOCIETIES* 109-151 (2011)

41 ראו WJCIECH SADURSKI, *RIGHTS BEFORE COURTS* (2nd ed. 2014); Stephen Holmes & Cass Sunstein, *The politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*, in *RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT* 275 (Sanford Levinson ed., 1995); לעיל ה"ש 30. חלק מהחוקרים רואים במהפכות האמריקנית והצרפתית את הגל הראשון של המהפכה החוקתית; ראו, למשל, Tom Ginsburg, *The Global Spread of Constitutional Review*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND POLITICS* 82 (Gregory A. Caldeire, R. Daniel Kelemen & Keith E. Whittington eds., 2008).

לדמוקרטיה הוביל לקבלת חוקות חדשות – ובהן פרקים על זכויות אדם – במדינות שהשתייכו לגוש הסובייטי.⁴² המודל הדומיננטי לביקורת שיפוטית שאומץ במדינות אלה הוא המודל הריכוזי של קלזן.⁴³ פולין (אימצה ביקורת שיפוטית במסגרת החקיקה של 1985),⁴⁴ הונגריה (בית משפט חוקתי הוקם ב-1989),⁴⁵ הרפובליקה הסלובקית (1991),⁴⁶ הרפובליקה הצ'כית (1993),⁴⁷ ליטא (1992),⁴⁸ אסטוניה (מודל ביקורת שיפוטית דומה לישראל, המפקיד את הסמכות בידי בית המשפט העליון, נכנס לתוקף ב-1993),⁴⁹ בולגריה (בית משפט חוקתי החל לפעול ב-1991),⁵⁰ רומניה (בית משפט חוקתי הוקם ב-1991),⁵¹ אוקראינה (חרף ניסיונות

-
- CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF CROATIA 1990, ch. 3; CONSTITUTION OF THE REPUBLIC 42
OF ALBANIA 1998, part 2; CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF BULGARIA 1991, ch. Two;
CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SLOVENIA 1991, ch. II; CONSTITUTION OF THE FORMER
YUGOSLAV REPUBLIC OF MACEDONIA 1991, ch. II; CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF ESTONIA
1992, ch. II; CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA 1992, chs. II-III; CONSTITUTION
OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA 1994, Title II; CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF ARMENIA
1995, ch. 2; CONSTITUTION OF THE SLOVAK REPUBLIC 1992, Title Two; CONSTITUTION OF
THE CZECH REPUBLIC 1993, ch. one; CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN 1995,
ch. III; CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 1995, art. II; CONSTITUTION OF UKRAINE
CHAP. 1996, ch. II; CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND 1997, ch. II
- Nancy Maveety & Vello Pettai, *Government* 43
Lawyers and Non-judicial Constitutional Review in Estonia, 57 EUROPE-ASIA STUD. 93,
.99 (2005)
- Mark F. Brzezinski & Leszek Garlicki, *Judicial Review in Post-Communist Poland:* 44
The Emergence of a Rechtsstaat?, 31 STAN. J. INT'L L. 13 (1995)
- András Sajó, *Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary*, 15 OXFORD 45
J. LEGAL STUD. 253, 254-255 (1995); Gábor Halmai, *The Reform of The Constitutional*
Law in Hungary after the Transition, 18 LEGAL STUD. 188, 188-189 (1998)
- Darina Malová, *The Role and Experience of the Slovakian Constitutional Court*, in 46
.CONSTITUTIONAL JUSTICE, EAST AND WEST 349 (Wojciech Sadurski ed., 2002)
- הביקורת השיפוטית בצ'כיה לפני מלחמת העולם הראשונה התאפשרה, אך באופן מוגבל. ראו 47
Sadurski, *לעיל* ה"ש 41, בעמ' 4-5.
- Leonas Sabaliūnas, *Comparative Perspective on Judicial Review in Lithuania*, 48 48
.EUROPE-ASIA STUD. 783, 784 (1996)
- Rait Maruste & Heinrich Schneider, *Constitutional Review in Estonia – Its Principal* 49
Scheme, Practice and Evaluation, in CONSTITUTIONAL REFORM AND INTERNATIONAL LAW
IN CENTRAL AND EASTERN EUROPE 91, 91-92 (Rejn Müllerson, Malgosia Fitzmaurice &
.Mads Andenas eds., 1998)
- HERMAN SCHWARTZ, *THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONAL JUSTICE IN POST-COMMUNIST* 50
.EUROPE 172 (2000)
- Paul Blokker, *Constitution-Making in Romania: From Reiterative Crises to Constitutional* 51
Moment?, 3 ROMANIAN J. COMP. L. 187, 189-190 (2012)

מוקדמים יותר התקבלה החקיקה על הקמת בית המשפט החוקתי ב־1996).⁵² רוסיה היא דוגמה למקרה מורכב ומוצלח הרבה פחות.⁵³ זירה מרכזית נוספת של שינויים חוקתיים בתקופה זו היא מזרח־אסיה, עם שינויים דרמטיים באינדונזיה, בתאילנד, בדרום קוריאה, בטאיוואן ובמונגוליה מאמצע שנות השמונים ואילך.⁵⁴ דרום אפריקה היא זירה מרכזית ומשפיעה נוספת (חוקת הרפובליקה של דרום אפריקה משנת 1996 נכנסה לתוקפה בשנת 1997).⁵⁵ מובן שהתאריכים שבהם אומצו חוקה או מוסד לביקורת שיפוטית אינם בהכרח סמנים אמינים לתהליכי חוקתיזציה ויש להתייחס אליהם בזהירות המתבקשת. התהליכים הללו סבוכים, מורכבים ולא בהכרח יציבים.⁵⁶ עם זאת, קשה להתעלם מקיומה של מגמה לקראת אימוץ הולך וגובר של מודל חוקתי הכולל מוסד של ביקורת שיפוטית מאז המחצית השנייה של המאה העשרים.⁵⁷ זו מגמה שנוהגים להתייחס אליה בחיוב, כאל מהלך של שינוי לקראת עולם טוב יותר. המחלוקת המרכזית שמעוררת המגמה הזו לא נוגעת לעצם קיומה אלא לסיבות ולגורמים שהובילו אליה: מדוע קרתה, באלו דרכים מומש התהליך החוקתי במדינות והאם

Kataryna Wolczuk, *The Constitutional Court of Ukraine: The Politics of Survival*, in 52
CONSTITUTIONAL JUSTICE, EAST AND WEST: DEMOCRATIC LEGITIMACY AND CONSTITUTIONAL
COURTS IN POST-COMMUNIST EUROPE IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE 327, 329 (Wojciech
Sadurski ed., 2002)

Alexei Trochev, *Less Democracy, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia*, 53
38 L. & SOC'Y REV. 513 (2004). לדיון בתהליכים חוקתיים במדינות נוספות במרכז
אירופה ובמזרח, ולביקורת על התפתחות הביקורת השיפוטית בתחום זה ראו,
Wojciech Sadurski & Roberto Toniatti, *Central and Eastern European Constitutionalism
a Quarter Century After the Fall of the Berlin Wall: Introduction to the Symposium*, 13
INT. J. CONST. L. 119 (2015)

Tom Ginsburg, *Constitutional Courts in East Asia: Understanding Variation*, 3 J. COMP. 54
L. 80 (2008); Jou-Jou Chu, *Global Constitutionalism and Judicial Activism in Taiwan*,
38 J. CONTEMP. ASIA 515 (2008); Tom Ginsburg, *Confucian Constitutionalism? The
Emergence of Constitutional Review in Korea and Taiwan*, 27 L. & SOC. INQUIRY 763
(2002).

55 למעשה, הפסיקה והספרות בדרום אפריקה הנוגעות לזכות החוקתית של כבוד האדם (המוגדרת
בסעיף 10 לחוקה של דרום אפריקה (1996)) הן המפותחות ביותר מחוץ לגרמניה; ראו אהרן
ברק, לעיל ה"ש 31, בעמ' 467. בקצה השני של הסקאלה נמצא הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות
וחירויות (Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982), שכלל אינו מכיר בזכות
חוקתית זו (ראו שם, בעמ' 433).

56 על שינוי בהלך הרוח של מלומדים ממזרח־אירופה וממרכז ביחס לתהליכים החוקתיים
במדינותיהם, מהתלהבות ואופטימיות לריאליזם ספקני, ראו Rosenfeld, Sadurski & Toniatti,
לעיל ה"ש 53.

57 טום גינצבורג (Tom Ginsburg) תיעד את המגמות הללו בפירוט רב במאגר הנתונים CCP
(Comparative Constitutions Project) שיצר בזמן שלימד באוניברסיטת אילינוי; ראו <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-visualizations>
(Law) וורסטיג (Versteeg). לאו David S. Law & Mila Versteeg, עמדו על כמה ממגמות־המשנה שמאפיינות תהליך זה. ראו
The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism, 99 CALIF. L. REV. 1163 (2011)

כשמביטים בתהליך ממעוף הציפור מדובר במהלך של האחדה ומיזוג לקראת מודל חוקתי זהה (תזת המיזוג) או שמא עסקינן בתהליך מורכב יותר, עם שונות משמעותית בין מדינה למדינה (תזת הקמעונאות).⁵⁸ בצד המאפיינים הללו חשוב לנו להדגיש היסוד הדיאלקטי בתהליך הזה ולאטגר את הממד הפרוגרסיבי שמאפיין את סיפורו. ההגבלה הניכרת בסמכויות בית המשפט החוקתי בהונגריה בשנת 2012 היא דוגמה מרכזית, ובצדה רבות נוספות.⁵⁹

2. הגל השני

הגל השני נובע מהתהליך ההדרגתי של התחזקות מוסדות המשפט הבינלאומי והתרחבות ההשפעה של הדין הבינלאומי על חיינו. התהליך הזה צבר תאוצה ביתר שאת בד בבד עם מגמות מרכזיות בגל הראשון, בתקופה שבין מלחמות העולם ובזו שאחרי מלחמת העולם השנייה. המודל המסורתי של המשפט הבינלאומי התבסס על יחסים בילטרליים מבוססי הסכמה, שלעיתים קרובות נועדו לקיים תכליות פונקציונליות רזות. ארגון הדואר הבינלאומי הוא דוגמה טיפוסית למודל זה. התפיסה ההסכמית של המשפט הבינלאומי נשתמרה במשך השנים ועדיין משמשת אותנו כיום. עם זאת, בצדה החלו להתפתח מנגנוני הסדרה עם אתוס חלופי. ארגונים כמו חבר הלאומים וארגון העבודה העולמי הציעו חזון של קהילה בינלאומית ותפיסה של הארגון הבינלאומי כמקור אוטונומי לנורמות חקיקתיות. הנומוס הקהילתי נהפך דומיננטי יותר לאחר מלחמת העולם, עם ייסודם של ארגון האומות המאוחדות, בית הדין האירופי לזכויות אדם, מוסדות הבנק העולמי וארגונים רבים נוספים בעשורים שיבואו. האמנות לזכויות אדם בינלאומיות בשלהי שנות השישים, כמו גם התבססותם של מושגים כמו "המורשת המשותפת למין האנושי" (common heritage of mankind) בהקשרים סביבתיים הן דוגמאות בולטות לכינונו של עולם מושגים נורמטיבי שאינו שייך במובהק לאף אחת מהמדינות ומהווה בסיס אפשרי לרעיון הקהילה הבינלאומית.⁶⁰ עבורנו חשוב במיוחד להמחיש כיצד התבססה בתקופה זו התפיסה שלפיה נורמות של משטרי אמנות בינלאומיים וארגונים בינלאומיים יכולות לשמש בסיס למשפט-על בעל מעמד חוקתי במשפט המדינתי.

ברמה הפנימית (מנקודת המבט הבינלאומית), פעולה מנהלית או חקיקתית של מדינה יכולה להיות נתונה לביקורת השיפוטית של טריבונלים בינלאומיים כמו בית הדין הבינלאומי בהאג, בית הדין האירופי לזכויות אדם, בית הדין הבין-אמריקני לזכויות אדם, הערכאות של ארגון הסחר העולמי, בית הדין הבינלאומי לדיני ים, בית הדין הבינלאומי הפלילי ואחרים.

58 לדיון מקיף במחקרים העוסקים במגמות האחדה והמיזוג ולביקורות עליהן ראו Rosalind Dixon & Eric A. Posner, *The Limits of Constitutional Convergence*, 329 U. CHICAGO .PUB. L. WORKING PAPER (2010).

59 לדיון במקרה ההונגרי ובתנועות נגד (backlash) בהקשרים נוספים ראו Stephen Gardbaum, *Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?*, 53 .COLUM. J. TRANSNAT'L L. 285 (2015).

60 לדיון נרחב יותר במשפט הבינלאומי כקהילה ראו Weiler, *The Geology of International Law: Governance, Democracy and Legitimacy* Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, 250 REC. DES COURS 217 (1994).

הטריבונלים הללו דנים במספר קטן יחסית של מקרים. ההכרעות המשפטיות שלהם משפיעות בעיקר על עיצובן של הנורמות הבינלאומיות, ובתוך כך משפיעות בעקיפין על המערכת המשפטית הבינלאומית והמדינתית (מעין spillover effect). הם ממלאים תפקיד משני יחסית בניהול היומיומי של הצדק (administration of justice) והשפעתם על גורלם של יחידים במקרים קונקרטיים (ולחלופין, השפעתם של יחידים על המתרחש בין כותליהם) עורנה שולית. הנגישות של יחידים לערכאות הללו כמעט שאינה קיימת או שהיא מתקיימת במידה מוגבלת למדי. גם בהקשר הזה בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית הדין הבין-אמריקני הם חריגים יחסית: בחינה של מספר המקרים המובאים להכרעתם ברגע נתון, בהשוואה למידת מעורבותם של מרבית בתי המשפט החוקתיים ברמה המדינתית, ממחישה את ההבדל ביניהם.⁶¹ באופן מסורתי, נורמות בינלאומיות חודרות לסדר המשפטי המדינתי דרך קליטתן הישירה (מכוח אשרורן של אמנות בשיטות משפט מוניסטיות) או רק לאחר מעורבות המחוקק (בגישות דואליסטיות). בתי משפט משמשים לא אחת צינור קליטה עקיף להחלת המשפט הבינלאומי באמצעות חזקת ההתאמה הפרשנית (charming betsy). העניין שלנו בשימוש בנורמות הבינלאומיות על ידי ערכאות שיפוטיות חורג מצניורות הקליטה המסורתיות הללו. אנו מעוניינים להדגיש את השימוש במשפט בינלאומי בבתי משפט לאומיים כמשפט-על, כבסיס לביקורת שיפוטית בעלת אופי חוקתי.⁶² אחד ההקשרים הבולטים שבהם המשפט הבינלאומי משמש משפט-על בהקשר המדינתי הוא זכויות האדם. במקרים מסוימים יש חפיפה ניכרת, או אפילו זהות, בין תוכן הנורמות החוקתיות לאלו הבינלאומיות, באופן שמאפשר לבתי משפט לבסס את מעמד הנורמות הללו בשני ההקשרים: הלאומי והבינלאומי.⁶³

61 כבית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) נפתחו עד כה כ-160 תיקים (ממוצע של כשני תיקים בשנה מאז 1945); <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&sort=1&p3=0>; כבית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) נדונו עד כה 21 תיקים מאז תחילתו פעולתו בשנת 2002: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx; בטריבונל דיני הים (ITLOS) נפתחו מאז הקמתו בשנת 1994 23 תיקים: <https://www.itlos.org/index.php?id=35&L=0>; בארגון הסחר העולמי (WTO) נפתחו עד כה כ-500 תיקים מאז הקמתו בשנת 1995: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/; https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm. חריגים לכך הם בית הדין האירופי לצדק (CJEU), שבו נפתחו עד כה כ-20,383 תיקים מאז הקמתו בשנת 1952: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/. חריג משמעותי הוא בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECHR), שבו נפתחו כ-18,000 תיקים מאז הקמתו ב-1959: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c>.

62 אנדרה נולקאמפר מתייחס במאמריו לתהליכים הללו, אך המסגרת התאורטית וההסברית שלו שונה: "The picture that emerges is one in which international law, on the one hand, increasingly reaches down to national courts, and on the other hand, many states and their courts increasingly reach up to allow international law to guide their judicial practices". Michael Zurn, Andre Nollkaemper & Randall Peerenboom, *Introduction: rule of law dynamics in an era of international and transnational governance*, in *RULE OF LAW DYNAMICS* 1, 8 (Michael Zurn, Andre Nollkaemper & Randall Peerenboom eds., 2014).

63 Wen-Chen Chang & Jiunn-Rong Yeh, *Internationalization of Constitutional Law*, In *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 1165, 1167 (Michel

במקרים אחרים בתי משפט מבססים את הביקורת השיפוטית שלהם על הנורמה הבינלאומית באמצעות פרשנות בלי שזו נקלטה, בהכרח, במשפט המדינתי.⁶⁴ דוגמה מרתקת נוספת היא תהליך האימוץ של הביקורת השיפוטית במדינות אמריקה הלטינית.⁶⁵ לעתים ההידרשות לפרשנות בערכאה הבינלאומית מתחייבת כחלק ממסגרת היחסים הנורמטיבית שבין הרמה הבינלאומית לזו המדינתית; יחסם של בתי המשפט המדינתיים לפסיקת בית הדין האירופי לצדק היא דוגמה מובהקת לכך.⁶⁶ במקרים אחרים מדובר ביחסים מורכבים יותר והגורמים לכיסוס הביקורת השיפוטית על הנורמה הבינלאומית קלים לאיתור פחות. מטרתנו כאן היא להאיר בעיקר את הפוטנציאל ההסברי של יחסי הגומלין האופקיים והאנכיים בהקשר הזה. המעורבות הכוללת ביותר של בתי משפט בינלאומיים במדיניות הפנימית של מדינות שמורה לעולם הבוררות של דיני ההשקעות הבינלאומיים.⁶⁷ זהו יקום משפטי שחווה גידול ניכר – שלא לומר: התפוצצות – מאז שנות השישים.⁶⁸ שדה ההתדיינות של דיני ההשקעות הבינלאומיות כולל היום אלפי חוזי השקעה בינלאומיים ומאות מקרים המובאים בפני ערכאות בורות. אל תתנו למסגרת הדוקטרינרית של "חוזי השקעה" להטעות אתכם: נושאי ההתדיינות בהם אינם מוגבלים לשאלות של הפקעה. למעשה, במוקד של רבים מהסכסוכים הללו עומדת שאלה של מדיניות ממשלתית בסוגיות סביבתיות כגון אספקת

Rosenfeld & Andras Sajo eds., 2012)

André Nollkaemper, *The Duality of Direct Effect of International Law*, 25 EJIL 106, 64
(2014). 110

Symposium, *The Constitutionalization of International Law in Latin America*, 109 AJIL 65
UNBOUND 89 (Nov. 11, 2015), <http://www.iconnectblog.com/2015/11/symposium-on-the-constitutionalization-of-international-law-in-latin-america>

THE EUROPEAN COURTS AND NATIONAL COURTS: DOCTRINE AND JURISPRUDENCE (Anne-Marie 66
.Slaughter, Alex Stone Sweet & Joseph H. H. Weiler eds., 1998)

Bruno Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, 60 INT'L. 67
& COMP. L. Q. 573 (2011)

68 הסכמי ההשקעה הבינלאומיים החלו להופיע בשנות החמישים. ההסכם הראשון נכרת בין גרמניה לפקיסטן בשנת 1959. מאז, קצב ההצטרפות למנגנון ההסדרה הזה נמצא בצמיחה מתמדת. ועידת האו"ם לסחר ופיתוח (UNCTAD) דיווחה שמספר ההסכמים בשנת 1997 עמד על 165 והגיע ל-1,857 הסכמים עד לסוף שנת 1999. בהמשך, כמעט 2,500 הסכמים כאלו נחתמו עד סוף שנת 2005. בשנת 2006 נכרת הסכם אחד כזה בממוצע בכל שבוע ובסוף שנת 2007 האמיר מספר ההסכמים ל-2,608. נתון מעניין נוסף הוא העובדה שבשנת 2007 היו מדינות שכרתו יותר ממאה הסכמים בינלאומיים כאלה. ראו Karl P. Sauvent, *The Rise of International Investment, Investment Agreements and Investment Disputes*, in APPEALS MECHANISM IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES 3 (Karl P. Sauvent & Michael Chiswick-Patterson eds., 2008); Peter Egger & Valeria Merlo, *BITs Bite: An Anatomy of the Impact of Bilateral Investment Treaties on Multinational Firms*, 114 SCANDINAVIAN J. ECON. 1240 (2012). לנתונים נוספים על אודות הצטרפותן של מדינות ל-BITs ראו באתר האינטרנט של ועידת UNCTAD: investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu

מים, תשתיות וחומרים רעילים.⁶⁹ עם זאת, עולם הבוררות הבינלאומיות הוא חלק מהגל השני רק בעקיפין. אמנם, ערכאות הבוררות על סכסוכי השקעה מפעילות הלכה למעשה ביקורת שיפוטית בינלאומית על מדיניותן הציבורית של מדינות; הכרעותיהן מצמצמות את החשיבות של המרחב הציבורי המקומי ודוחקות את האינטרס הציבורי כפי שהוא נתפס בעיני הקהילה המקומית.⁷⁰ אולם, עם זאת, עילת התביעה במנגנוני הבוררות הללו היא של נתין זר, הטריבוטל שדן בהם הוא בוררות והסעד הניתן בהם הוא של פיצויים ולא של שינוי חוק. בשלושת המובנים הללו מדובר בעולם שונה לגמרי מהנרטיב החוקתי המדגיש את הביטול, הפרשנות והשינוי של החוק המדינתי או את הביקורת על מעשי המנהל לאור הנורמה הבינלאומית. למעשה, ההליך השיפוטי של הבוררות הבינלאומיות בתחום ההשקעות הבינלאומיות הוא תמונת ראי של הביקורת השיפוטית הקלאסית: אמנם הבוררות מגנה על היחיד מפני המדינה, אך במקרה הזה היחיד הוא לרוב גורם פרטי וחזק החוסה בצלה של הגנה מדינתית מכוח האמנה הביטורלית (BIT), אל מול מדינה שבמקרים רבים נמצאת בעמדת נחיתות משפטית ואפילו כלכלית אל מול היחיד. במובן זה יש כאן היפוך של יחסי הכוח. יתרה מזו: הפסיקה הקיימת של הבוררים בתחום דיני ההשקעות הבינלאומיות משקפת על פי רוב הטיה לטובת משקיעים, ורדאי לא מבטאת זהות מוסרית עם בתי המשפט החוקתיים הרואים את תפקידם כמגני החלשים והמודרים מהשיח הציבורי. עם זאת, במסגרת הביקורת על מנגנוני הבוררות, מלומדים מקדמים הצעות להפנמת ערכים ציבוריים ולשימוש בהליך השיפוטי כדי לקיים דיון ציבורי ברוח עקרונות הביקורת השיפוטית של המשפט הציבורי הקלאסי – במסגרת הליך הבוררות הבינלאומית בתחום ההשקעות. חלק מהתובנות הללו קנו שביטה בהסדרים חדשים בתחום ההשקעות הבינלאומיות.⁷¹

GUS VAN HARTEN, INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW (2007); DAVID SCHNEIDERMAN, CONSTITUTIONALIZING ECONOMIC GLOBALIZATION: INVESTMENT RULES AND DEMOCRACY'S PROMISE (2008); Benedict Kingsbury & Stephan W. Schill, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, in 50 YEARS OF THE NEW YORK CONVENTION:

.ICCA INTERNATIONAL ARBITRATION CONFERENCE (Albert Jan van den Berg ed., 2009) Doreen Lustig & Eyal Benvenisti, *The Multinational Corporation as "the Good Despot": The Democratic Costs of Privatization in Global Settings*, 15 THEORETICAL INQUIRIES IN L. Stefano, למשל, 125, 146-152 (2014) לדיון נוסף בנושא רחיקת האינטרסים המקומיים ראו, למשל, Battini, *The Procedural Side of Legal Globalization: The Case of the World Heritage Convention*, 9 INT'L J. CONST. L. 340 (2011); Eyal Benvenisti & George W. Downs,

Democratizing Courts: How National and International Courts Promote Democracy in an Era of Global Governance, 46 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 741, 745-752 (2014) ראו, למשל, את המקרה הקנדי: Government of Canada, Department of Global Affairs, Trade, and Investment, *Canada's Enhanced Corporate Social Responsibility Strategy (CSR) to Strengthen Canada's Extractive Sector Abroad* (June 8, 2015), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/csr-strat-rse.aspx?lang=eng>

71

הליכה של הגל השני לא נעוצה בהתחזקות הממד הבינלאומי עצמו אלא בקליטת הנורמות הבינלאומיות במשפט המדינתי והפיכתן לחלק מהמרקם של המשפט המקומי; השימוש שבתי המשפט המדינתיים יכולים לעשות בנורמות הבינלאומיות כדי לתת סעד ליחיד. נורמות בינלאומיות שאפיינו את הגל השני בתצורתו המוקדמת והמוכרת יותר שאבו את תוקפן מהסכמים בינלאומיים שאשררו המדינות החברות בהם. אולם, במחצית השנייה של המאה העשרים, וביתר שאת אחרי המלחמה הקרה, חל גידול ניכר במספר ההסכמים הללו, בתחומי ההסדרה ובהיקף התחולה שלהם. בה בעת התעצם חלקו של עולם ההסדרה הרגולטורי המכונה לפרקים "ממשל גלובלי". במסגרת הממשל הגלובלי התעצמה חשיבותם של ההיבטים הרגולטוריים והמנהליים של המשטרים הבינלאומיים; הרגולציה הבינלאומית אינה עוסקת רק בהתנהלות הכללית של מדינות אלא מעצבת את אופן ההתנהלות של הרגולטור ושל הרשות המבצעת בתוך המדינה. הנורמות הרגולטוריות לא בהכרח מחליפות את הנורמות המדינתיות אבל מגבילות מאוד את מרחב שיקול הדעת בתוך המדינה; דוגמה בולטת לכך היא איסור האפליה בהסכמי סחר. לעתים ההשפעה של הנורמות הרגולטוריות נעשית באמצעות תמריצים כלכליים (כגון תניות במענקי סיוע והלוואה של הבנק העולמי) או מכשירים של ביוש ותיוג (שימוש ב"רשימות שחורות" או יצירת "מועדון" נחשק); נעמוד על חלק מהטכניקות הללו בהמשך.

גם זהותם של סוכני השינוי והאכיפה משתנה עם התחזקות הממשל הגלובלי. מוקדי הכוח הם נחלתם של מומחים, מנהלים, פקידים, שופטים, ארגונים בינלאומיים ומקומיים, ממשלתיים ושאינם כאלה, הפועלים במסגרת גופים מנהליים טרנס־לאומיים או, לפחות, במה שמכונה "המרחב המנהלי הגלובלי" (The Global Administrative Space). אחד המאפיינים הבולטים של ההתפתחות הזו הוא השימוש ברגולציה שאינה ציבורית כמוכהק. מעורבים בה גורמים פרטיים או היברידיים שמשתמשים בסטנדרטים רכים ומעורבים שחקנים מגוונים כמו תאגידים או ארגונים לא ממשלתיים בתהליך העיצוב של הנורמות ובאכיפתן.⁷² החלטותיהם אינן נתונות בהכרח לביקורת של מערכות הסדרה מדינתיות או בינלאומיות, ומשום כך הן מעוררות שאלות פוליטיות ונורמטיביות כבדות־משקל. גורמים אלה מעוררים בעיות נוקבות גם כשמשתמשים בהחלטותיהם כבסיס לביקורת שיפוטית וגם כשנמנעים מכך.⁷³ הממד הדיאלקטי של הגל השני – תנועת הנגד שהוא מעורר – שונה מהקושי האנטי־רובני שאפיין את הגל הראשון. בעוד שהקושי האנטי־רובני ביחס לגל הראשון קשור בהתנגדות ליכולת של שופטים שאינם נבחרים לעצב מדיניות בניגוד להכרעת הרוב, הקושי הרובני של הגל השני נוגע למתח שבין היסוד האוניברסלי של הנורמה הבינלאומית ליסוד

72 תיאור זה מבוסס במידה רבה על תיאור ה"שכבה הרגולטורית" Weiler, *The Geology of International Law: Governance, Democracy and Legitimacy* (Global Administrative Law), ed. Benedict Kingsbury, Nico Krisch & Richard B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 L. & CONTEMP. PROBS. 15 (2005).

73 ראו את הסימפוזיון שפורסם במלאת עשור לפרספקטיבת המשפט המנהלי הגלובלי (GAL): Symposium, *Through the Lens of Time: Global Administrative Law after Ten Years*, 13 INT'L J. CONST. L. 463-506 (2015).

הזהותי של הנורמה המדינתית. הגל השני ליבה התנגדות והניב תנועות-נגד מכיוון שהוא נתפס בעיני רבים כאיום על הזהות הערכית של קהילת הלאום המדינתית. יש הרואים בהתפתחויות של הגל השני מאפיינים של חוקתיות גלובלית, מובחנת במהותה בהשוואה להתפתחויות קודמות. המונח "חוקתיות גלובלית" (global constitutionalism) משמש למטרות תיאוריות⁷⁴ וכמסגרת נורמטיבית להעריך את התהליכים הללו ואת אלו הקשורים בממשל הגלובלי.⁷⁵ בקצה אחד של הספקטרום נמצאת הספרות המדמינת את מכלול התהליכים שתיארנו כרכיבים פוטנציאליים בכינונו של סדר עולמי חוקתי.⁷⁶ הרוח האופטימית הזו הובילה חוקרים לבחון את ההיבטים החוקתיים בתהליכים הבינלאומיים ליצירת נורמות,⁷⁷ בסכסוכים משפטיים⁷⁸ וביחס לשאלות של חברות בקהילה הבינלאומית. מבקריה החריפים של החוקתיות הגלובלית רואים בה איום על המשמעות של הסדר החוקתי שצריך, לדידם, להיות כרוך ומבוסס על הסדר המשפטי המדינתי.⁷⁹ בין עמדות הקצה הללו נמצא חוקרים הטוענים לחוקתיות כצורת השיבה⁸⁰ ואת מצדדי הפלורליזם החוקתי, שמבקרים את ההתעקשות על היררכיה וקוהרנטיות כתנאים לכינונו של סדר משפטי חוקתי ראוי.⁸¹ הטענות הביקורתיות הללו מסבירות את הרציונל שביסוד הגל השלישי. לדעתנו, הגל השלישי הוא התגובה לתהליכים הללו. זהו תהליך של החלת ביקורת שיפוטית על נורמות של המשפט הבינלאומי עצמו; כלומר: התהליך שבאמצעותו ארגונים בינלאומיים נתונים לביקורת שיפוטית לאורך של נורמות ממעמד גבוה יותר.

-
- 74 על ההיבטים החוקתיים המגבילים את תפקודם של ארגונים בינלאומיים ראו מאמרו הביקורתי של ג'וליאן אראטו, המציע גישה של הערכת החוקתיות של ארגונים בינלאומיים: Julian Arato, *Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations*, 10 INT'L J. CONST. L. 627 (2012).
- 75 The CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL LAW, לעיל ה"ש 11, בעמ' 10.
- 76 Kumm, לעיל ה"ש 11.
- 77 Jan Kalabbers, *Law-making and Constitutionalism*, in THE CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL LAW 81 (2009).
- 78 Geir Ulfstein, *The International Judiciary*, in THE CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL LAW 126 (2009).
- 79 THE TWILIGHT OF CONSTITUTIONALISM?, לעיל ה"ש 11.
- 80 Martti Koskeniemi, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization*, 8 THEORETICAL INQUIRIES L. 9 (2006).
- 81 NICO KRISCH, BEYOND CONSTITUTIONALISM: THE PLURALIST STRUCTURE OF POSTNATIONAL LAW 69 (2010); Miguel Poiras Maduro, *Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism*, in RULING THE WORLD? CONSTITUTIONALISM, INTERNATIONAL LAW, AND GLOBAL GOVERNANCE 356 (Jeffery L. Dunoff & Joel P. Trachtman eds., 2009); Neil Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, 65 MOD. L. REV. 317 (2002).

3. הגל השלישי

התאוריה המוסדית ביחסים בינלאומיים מייחסת את צמיחתם של ארגונים בינלאומיים במחצית השנייה של המאה העשרים, וביתר שאת משנות השבעים שלה, לגידול בתלות ההדרית ברמה הבינלאומית ובצורך בשיתוף פעולה.⁸² על פי גישת הניתוח המוסדי, הארגון הבינלאומי מצמצם את עלויות העסקה הכרוכות ביצירת הסכמות אד הוק לצורך שיתופי פעולה ממוקדים ומאפשר צבירה של ידע וניסיון המשכללים את שיתוף הפעולה המקורי שלשמו נוסדו.⁸³ הפנייה להסדרה בינלאומית בתחום כמו מאבק במימון הטרור קשורה לטיב האתגרים הרגולטוריים שהתחום מציב: ללא שיתוף פעולה הדוק בין המדינות אי־אפשר להתמודד עם הבעיה של מימון טרור.⁸⁴ על כך אפשר להוסיף תמורות אידאולוגיות (במקרה של מימון טרור – עוצמתה הרעיונית של "המלחמה בטרור" בשנים שבהן התעצב המנגנון הזה) ואת השינוי ביחסי הכוחות בין המדינות שהובילו את המהלך הזה, ומהלכים דומים, לכינון ארגונים בינלאומיים.⁸⁵ תהליך זה הביא לכך שמדינות איבדו חלק מכוחן לטובת ארגונים בינלאומיים בתחומים מרכזיים מאוד של עיצוב מדיניות.⁸⁶ המדינה לכדה אינה יכולה להסדיר בעילות תחומים רבים כמו זיהום אויר שוק ההון, טרור, סחר ואינטרנט. כמו כן, הפעילות הרגולטורית מאופיינת כיום בכיזור ובשילוב של מקורות וארגונים בינלאומיים במערך ההסדרה המדינית. דפנה ברק־ארו ואורן פרו היטיבו לתאר את התהליך הזה:

האינטנסיביות של קביעת סטנדרטים במישור הבין־לאומי וההשפעה רבת הפנים שלהם על המשפט הפנימי בישראל מעוררות את השאלה מה נותר משיקול־הדעת של רשויות המנהל, ובאיזו מידה המשפט המנהלי משקף את השינוי המשמעותי שחל בדרגת החופש של רשויות המנהל ושל בתי־המשפט המפקחים עליהן [...] ⁸⁷

לכאורה אפשר להצדיק את המדיניות של ארגונים בינלאומיים המבוססים על הסכמה (כמו אמנות) כמייצגי האינטרסים של המדינות החברות בהם (יחסים של principal/agent) ובתוך כך לפתור את בעיית הגירעון הדמוקרטי. אולם, השפעתן של קבוצות אינטרס והדומיננטיות של הרשות המבצעת בכריתת אמנות בינלאומיות מטילות ספקות כבדים במימוש אידאל ההסכמה בעולם המעשה. נוסף על כך, ההסכמה הראשונית לכינון הסדרים

82 לסקירה היסטורית ראו Grainne de Burca, Robert O. Keohane & Charles Sabel, *New Modes of Pluralist Global Governance*, 45 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 723, 730-738 (2013).

83 ROBERT O. KOEHANE & JOSEPH S. NYE JR., *POWER AND INTERDEPENDENCE: WORLD POLITICS IN TRANSITION* (3rd ed. 2000).

84 בעיות שמחייבות גישה דומה הן, למשל, שינויי אקלים, פליטים והגירה, הפרה של זכויות אדם על ידי תאגידים, סחר בסמים וכיוצא באלה.

85 גישת ההסבר הריאליסטי תפנה לעוצמה היחסית של ארצות־הברית והאיחוד האירופי בשנים שבהן התעצם השימוש בארגונים בינלאומיים, ועשויה להסביר חלק מהתהליך הזה.

86 Kingsbury, Krisch & Stewart, לעיל ה"ש 72, בעמ' 16; EYAL BENVENISTI, *THE LAW OF GLOBAL GOVERNANCE* 25-86 (2014).

87 דפנה ברק־ארו ואורן פרו "המשפט המנהלי בישראל והאתגר הגלובלי" עיוני משפט לד 93, 98 (2011).

ומנגנונים בינלאומיים עשויה להיות מושפעת מלחצים פוליטיים ניכרים בעת גיבושה⁸⁸ – משחיקה ניכרת לנוכח אוטונומיה ועצמאות מוסדית (כמו בדוגמה של מועצת הביטחון)⁸⁹ או מהשפעה של גורמים אינטרסנטיים או של מדינות חזקות ברמה הגלובלית. כמו כן, ארגונים בינלאומיים עשויים להשפיע על עיצוב המדיניות המקומית גם ללא שיתוף פעולה של גורמי אסדרה מדינתיים.⁹⁰ מדיניות מועצת הביטחון בתחום מימון הטרור היא מקרה די ברור של ארגון בינלאומי המשפיע ישירות, כמעט בלי תיווך, על יהודים ועל זכויותיהם.⁹¹ כפי שננסה להדגים בשורות הבאות, כוחן של רשויות המנהל והחקיקה המדינתיות נשחק בתהליך הזה לטובת מערך בירוקרטי בינלאומי וטרנס-לאומי. גם כשהסדרה הבינלאומית מתווכת באמצעות מסגרת תחיקתית מקומית, תהליך קבלת החלטות המסורתי מתערער לטובת רשת הנוצרת בין רגולטורים, מומחים ואחרים המעצבים את המדיניות או מפקחים על עיצובה. כנבנישתי ודאונס הדגימו כיצד תהליך זה מחליש את מערך האיזונים והבלמים הפנים-מדינתי לטובת חיזוק הרשות המבצעת.⁹² הפרקטיקה הדמוקרטית של אזרחים המעורבים בעיצוב סדר היום הפוליטי – הגם שיישומה לא היה אידאלי גם עובר לגידול בהשפעה של מסגרות ההסדרה הגלובליות – נהפכת בתהליך זה למוגבלת אף יותר. האם המסקנה המתבקשת אפוא היא שהתחזקות הממשל הגלובלי (שחלק מהחוקרים מזהים כ"חוקתיות גלובלית") מחייבת את דעיכת המסגרת החוקתית המדינתית? זו בהחלט הנחת מוצא רווחת בקרב חוקרים רבים, כפי שציין יאן קלאברס (Jan Klabbers):

Domestic Societies, one could argue, are undergoing a process of de-constitutionalization, partly no doubt as a result of globalization [...] the standard witticism about constitutional law professors, at least in Europe, is that they have nothing left to do: law-making has become the province of the EU, whereas rights protection has become captured by the European Court of Human Rights, and the effect of external sources in the domestic legal order is a topic increasingly left to international lawyers.⁹³

- Benedict Kingsbury & Kelvin E. Davis, *Obligation Overload: Adjusting the Obligations of Fragile or Failed States*, HAUSER GLOBALIZATION COLLOQUIUM I (Fall 2010) 88
- בתי המשפט הבינלאומיים הם דוגמה פרדיגמטית לכך; דוגמאות מרכזיות נוספות הן ארגון הסחר העולמי ומוסדות הבנק העולמי. 89
- כמו, למשל, ההסדר שנוצר בעקבות הסכם הסחר החופשי של צפון אמריקה (North America Free Trade Agreement, U.S.-Can.-Mex., Jan. 1, 1994) שנחתם כמטרה ליצור אזור סחר חופשי בין ארצות-הברית, קנדה ומקסיקו על ידי הסרת מגבלות מסחר ומכסים בענפים כמו חקלאות, טקסטיל ורכב. 90
- פעילותם של הטריבונלים הפלייליים הבינלאומיים מתאפיינת בפוטנציאל התערבות בגורלו של היחיד ללא תיווכה ההכרחי של המדינה. גם הערכאות הנוגעות לזכויות אדם – בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית הדין הבין-אמריקני – מאופיינים בתצורת השפעה דומה. 91
- Eyal Benvenisti, *Exit and Voice in the Age of Globalization*, 98 MICH. L. REV. 167 (1999); Eyal Benvenisti & George Downs, *The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law*, 60 STAN. L. REV. 795 (2007) 92
- The CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL LAW, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1, 7. לטענות 93

טענתנו שונה: אנו סבורים שהתהליך של שלושת הגלים מחייב אותנו לחשיבה מחודשת על המסגרת החוקתית המדינתית.⁹⁴ הגל השלישי נוגע לנקודה זו ממש. הגל השלישי, שעורנו בראשית דרכו ובשלב זה עיקר מופעיו בספרות ולא בפרקטיקה המשפטית, הוא הניסיון ליצור מענה חוקתי לגירעון שלטון החוק שיצר הגל השני. אחד המקורות האפשריים להיווצרותו של משפט על-על כזה (כלומר: מעל המשפט הבינלאומי) הוא רעיון הזכויות הקוגנטיות (jus cogens), שהגיח למרכז השיח המשפטי הבינלאומי בקול תרועה רמה בשנות השישים. עם זאת, בפועל נתקל יישומן של הנורמות הקוגנטיות בבעיות יסודיות ביחס לנושאי הזכויות (על מי אפשר להחיל את רעיון הנורמות הקוגנטיות?) וביחס לגורמי האכיפה (על מי מוטלת החובה המוסדית לאכוף אותן?). יתרה מזו: התוכן של הזכויות הקוגנטיות הוא מצומצם למדי ומתמקד בכמה זכויות יסודיות מאוד. המסגרת המינימליסטית הזו לא יכולה לשמש בסיס מספק לביקורת שיפוטית אפקטיבית, ודאי שלא ביחס להחלטות במרחב המנהלי הגלובלי. בסיס מהותי אחר לביקורת שיפוטית הם עקרונות המשפט הבינלאומי (general principles of law) המעוגנים בסעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי בהאג, אלא שבמקרה שלנו הם חלים על הנורמות הבינלאומיות ועל הארגונים הבינלאומיים עצמם.⁹⁵

אפשר לנסח את אתגר הגל השלישי כבעיית שלטון החוק והגירעון הדמוקרטי של המרחב הבינלאומי. מציאת המנגנונים המוסדיים המתאימים להתמודד עם אתגר זה עשויה לסמן חלק מהפתרון, אולם מענה מלא לבעיה מחייב מסגרת נורמטיבית שתהלוך את הסטנדרטים של ביקורת שיפוטית ברמה המדינתית. התקתן של שאלות מפתח ביחס לגורלם של יחידים, קבוצות וחברות מהמרחב הציבורי המדינתי למרחב ציבורי רב-ממדי ומורכב יותר מציבה אתגרים משמעותיים למוסד הביקורת השיפוטית במישור המדינתי ובמישור הבינלאומי. מושאי הביקורת השיפוטית בגל השלישי הם תהליכי ייצור הנורמות של ארגונים בינלאומיים ומערכות הסדרה בינלאומיות. מדובר עדיין בתופעה כאוטית, לא מתואמת וספונטנית שמשתתפים בה שחקנים משני סוגים מרכזיים. שחקנים מהסוג הראשון הם טריבונלים בינלאומיים המפעילים ביקורת שיפוטית אופקית, מקבילה ולעתים מתנגשת. הגידול בטריבונלים בינלאומיים של ארגונים בינלאומיים בעלי תחומי הסדרה חופפים הביאה לכך שלעתים יצירת הנורמות על ידי גורם הסדרה אחד נתונה לביקורת שיפוטית של טריבונל

ברוך זו ראו Ernest A. Young, לעיל ה"ש 11; "The Twilight of Constitutionalism?", לעיל ה"ש 11.

94 ראו את הציטוט להלן מתוך Teubner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 7, המתיחס לארגונים בינלאומיים כמו האיחוד האירופי, הסכמי GATT, הבנק העולמי, ארגון הסחר הבינלאומי וכיוצא באלה: "The new constitutional question must be reformulated [...] not only have social sub-areas in nation states already developed independent constitutions, but it is also the case that genuine constitutional structures have long existed in the transnational sphere [...]".

95 Statute of the International Court of Justice, art. 38, sec 1. לדעתנו כאן טמונה הטעות של הערכאה הראשונה של בית הדין האירופי בפרשת קאדי: בית הדין צדק כשביסס את הנמקתו על נורמות בינלאומיות, אך שגה כשזיהה את המקור הנורמטיבי הבלעדי לביקורת שיפוטית על ארגונים בינלאומיים עם הנורמות הקוגנטיות, שעה שיכול היה לבסס את הביקורת השיפוטית על עקרונות בינלאומיים כלליים בדבר הליך הוגן.

השייך למערכת הסדרה אחרת (מערכת אופקית של יחסי השפעה).⁹⁶ שחקני המפתח מהסוג השני הם בתי המשפט המדינתיים המעבירים תחת ביקורתם החלטות של ארגונים ומערכות הסדרה בינלאומיות. ניסיון העבר מלמד שהסיכויים של מערכת הטריבונלים הבינלאומיים להיפך למסגרת אפקטיבית של ביקורת שיפוטית על המרחב המנהלי הגלובלי אינם רבים. גם בהקשר הזה, ולמרות הבעיות הכרוכות בכך, נראה שעיקר נטל הביקורת השיפוטית מונח על כתפיהם של בתי המשפט המדינתיים.

ההתמקדות בבתי המשפט המדינתיים מחייבת שינוי פנים-תודעתי באשר לתפקיד בית המשפט ויחסו למערכות ההסדרה. בית המשפט המדינתי נדרש לכמה כובעים. בתפקידו הקלאסי ימשיך בית המשפט להבטיח את חוקתיות החלטותיה המנהליות של המדינה ואת חוקתיות החוקים של בית הנבחרים. ככובעו השני נדרש בית המשפט לביקורת שיפוטית היברידית (בין הבינלאומי למדינתי) כמנגנון אכיפה של המשפט הבינלאומי כלפי פנים – ביקורת על עמידת המדינה בהתחייבותיה הבינלאומיות. כוונתנו בעיקר לביקורת שיפוטית על מקרים הנושאים אופי חוקתי כמו זכויות אדם. הביקורת השיפוטית במשמעות של הכובע השלישי נמצאת עדיין בראשית דרכה. בית המשפט ידרש לכובע השלישי בעיקר במקרים של *Loco Parentis*, קרי: בהיעדר סמכות שיפוט בינלאומית מתאימה לדון במקרה. מלומדים חולקים על ההקשר הנורמטיבי המתאים לבחון את חוקתיות ההסדרה הבינלאומית: האם המסגרת הנורמטיבית המחייבת את בית המשפט ככובעו השלישי היא זו של המערכת הבינלאומית עצמה, האם היא זו המייחדת את המסגרת המדינתית שבתוכה בית המשפט פועל או שילוב של השתיים.⁹⁷ אפשר לחשוב על הביקורת השיפוטית של בית המשפט החוקתי הגרמני והאיטלקי בשנות השבעים כאדוות ראשוניות של הגל השלישי;⁹⁸ בצדן חשוב לציין תקדימים נוספים.⁹⁹ אולם הפרשה המייצגת עד כה את הגל החוקתי השלישי

Int'l Law Comm'n, Rep. on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law (Finalized by M. Koskeniemi), U.N. Doc. A/CN.4/L.682, at 85-91 (2006) 96

Grainne de Burca, *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*, 51 HARV. INT'L L. J. 1, 1-2 (2010) 97

בית המשפט החוקתי הגרמני קבע שכל עוד קהילה האירופית לא יכולה להגן באופן ראוי על הזכויות הבסיסיות של הנתונים לסמכותה יערוך להן בית המשפט החוקתי הגרמני. דברים ברוח דומה כתב בית המשפט החוקתי האיטלקי; ראו *Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] May 5, 1974, 37 NTSCHIEDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS* Corte Cost., 27 Dicembre 1973, 2 CMLR 372 (It.); [BVERFGE] 279, 1974 (Ger.) 98

דוגמאות לגל השלישי אפשר למצוא גם בהחלטות בית הדין האירופי בשטרסבורג ובהחלטות בית המשפט החוקתי האיטלקי באשר לחסינות מדינה, כפי שנונה על ידי בית הדין הבינלאומי בהאג. להחלטות בית המשפט בשטרסבורג ראו *Al-Adsani v The United Kingdom, 2001-XI-Eur. Ct. H.R.*; *Jones and Others v. The United Kingdom, 2014 Eur. Ct. H.R.* בית הדין הבינלאומי בהאג ראו: *Germany v. Italy: Greece intervening*) Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 99 (Feb. 3) http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf 99

היא פרשת קאדי שנדונה בבית הדין האירופי לצדק. בפרשה זו קיים בית הדין האירופי הליך של ביקורת שיפוטית (בכמה סבבים) על החלטות מועצת הביטחון של האו"ם.

קאדי זוהה כתומך אל־קאעידה ונכלל ברשימה השחורה שמנהלת ועדת הסנקציות של מועצת הביטחון. האיחוד האירופי יישם את הסנקציה באמצעות רגולציה פנימית שהביאה להקפאת כל נכסיו של קאדי שבתחומי האיחוד האירופי.¹⁰⁰ קאדי עתר נגד הקפאת נכסיו בבתי המשפט של האיחוד האירופי. ערכאת הערעור הכריעה כי הפגיעה בזכויות של חשודים בפעולות טרור, מכוח החלטות של מועצת הביטחון, צריכה להיעשות בכפוף לכללים האירופיים לשמירה על הליך נאות ועל זכויותיהם הבסיסיות. נקבע כי הביקורת השיפוטית על אמצעים תחיקתיים של האיחוד האירופי לאור זכויות יסוד היא ביטוי לערובה החוקתית הנובעת מאמנת הקהילה האירופית כמערכת משפטית אוטונומית, שכלליה לא יכולים לסגת מפני הסכם בינלאומי.¹⁰¹ לפיכך הכריז בית המשפט על בטלות התקנה האירופית העוסקת ברישום בני אדם וארגוני טרור (להלן: פרשת קאדי 1).¹⁰²

ההחלטה בעניין קאדי 1 התפרסמה בשנת 2008. בשנה זו החלה מועצת הביטחון לפרסם תמצית (Narrative Summary) ובה פירוט הסיבות המרכזיות להכללת אדם ברשימה;¹⁰³ הוקמה נציבות קבילות מיוחדת והוחלט על חריגים הומניטריים וצדדים נוספים להגברת השקיפות של החלטות ועדת הסנקציות.¹⁰⁴ צדדים אלה – ובעיקר המנגנון החדש שקבעה מועצת הביטחון: פרסום השמות והסיבות להכללתם ברשימה – עמדו במוקד ההתדיינות השנייה בעניין קאדי (להלן: קאדי 2).¹⁰⁵ גם הפעם קבע בית המשפט כי נמנעה ממר קאדי הזכות לטעון ולאתגר באופן אפקטיבי את הטענות המיוחדות לו משום שההנמקות להחלטה היו חלקיות כמו גם המידע והראיות שהובאו כדי להצדיקה.¹⁰⁶ הדרמה של פרשת קאדי נעוצה בכך שבית הדין האירופי לצדק כפף את אחד הארגונים החזקים ביותר במשפט הבינלאומי – מועצת הביטחון – לביקורת שיפוטית־חוקתית, ובכך קבע הלכה למעשה שגם מועצת הביטחון של האו"ם אינה חסינה מביקורת שיפוטית.

-
- (visited 8 October 2015). דוגמאות נוספות אפשר למצוא בדיון על מנגנון היציבות האירופי: Supreme Court of Estonia, Judgment *en banc*, case no. 3-4-1-6-12 of 12 July 2012; Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] Sep. 12, 2012, 2 .BvR 1390/12; Pringle v. The Government of Ireland [2012] IESC 47 (Ir.)
- 100 Case T-315/01, Kadi v. Council and Commission, 2005 E.C.R. II-3659
- 101 שם, בפסקאות 281–286, 316.
- 102 European Court of Justice Press Release No. 60/08, Judgment of the Court of Justice .in Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P (Sep. 3, 2008)
- 103 .S.C. Res. 1822 (Jun. 30, 2008)
- 104 ראו את החלטת מועצת הביטחון בנושא: S.C. Res. 1904 (Dec. 17, 2009). כן ראו את האתר המיוחד שהקים האו"ם, המרכז את כלל ההחלטות והמסמכים של הגופים הרלוונטיים לפעילות מועצת הביטחון בתחום המאבק בטרור: <http://www.un.org/en/terrorism/sc-res.shtml>
- 105 Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, Commission and Others v. Kadi, 2013 E.C.R.
- 106 לעיקרי ההכרעה ראו שם, בפסקאות 130–139, 141–142, 163–164.

עם זאת, המקורות המשפטיים ששימשו את בית הדין האירופי כדי לבסס את הביקורת השיפוטית על יישום ההחלטות של מועצת הביטחון היו מקורות אירופיים. בהסתמכות עליהם ביטאה ההחלטה בעניין קאדי עמדה דואליסטית הממקמת את הדין החוקתי המדינתי (במקרה הזה: האירופי) כעליון ומכריע, ובתוך כך חותרת תחת תפיסה היררכית של המשפט הבינלאומי.¹⁰⁷ פרשת קאדי מבטאת רגע חוקתי משמעותי מבחינה פרוצדורלית, רגע שלפיו מערכת הסדרה בינלאומית (מועצת הביטחון) נהפכה מחויבת לכללי המשפט המנהלי הגלובלי ולזכויות היחיד מכוח הביקורת השיפוטית של בית הדין האירופי. מבחינה מהותית פעל בית המשפט של האיחוד בניגוד לעקרונות היסוד של ביקורת שיפוטית כשהחיל את אמות-המידה של המשפט האירופי – ולא את הנורמה הבינלאומית – במסגרת ביקורת שיפוטית על אורגן בינלאומי. לדעתנו, בנקודה זו עדיפה החלטת הערכאה הראשונה, שביססה את הביקורת השיפוטית על עקרונות של המשפט הבינלאומי, הגם שלשיטתנו מוטב היה לבסס את הביקורת השיפוטית על העקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי בדבר הליך הוגן ולא על נורמות קונגנטיות. בהמשך נדון בהתמודדות של בית המשפט העליון בישראל עם הכרעת בית הדין הבינלאומי בהאג בעניין החומה: הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון התבססה על הנורמה הבינלאומית, ובמובן זה היא מבטאת לדעתנו את הרציונל היסודי של ביקורת שיפוטית בגל השלישי.

במובן זה, המכלול גדול מסכום חלקיו. המהפכה החוקתית באיחוד האירופי קרתה כחלק מתהליך של התחזקות המשפט החוקתי המדינתי (שרשרת המהפכות החוקתיות) שמרכיבות את הגל הראשון. מעמדו החוקתי של המשפט הבינלאומי במסגרת החוקתית המדינתית והאזורית עומדת במרכז הדיון בפרשת קאדי (הגל השני), אך הקונפליקט מגיע לממדים של עימות חזיתי ישיר רק לנוכח הגידול הדרמטי בכוחם המשפטי של הגופים הבינלאומיים, ובכלל זה מועצת הביטחון ואמצעי ההסדרה שהיא מפעילה – החלטות (resolutions) כמו גם רשתות האכיפה ומנגנונים של משפט רך, שהם חלק מהמערך הרגולטורי למאבק בטרור ומשלימים את פעילותה. כל אלו אינם חלק ממסגרת ההסדרה המסורתית של המשפט הבינלאומי (אמנה ומנהג). חלקם של בתי המשפט (המדינתיים והבינלאומיים) ביצירת מסגרת חוקתית שתטיל מגבלות על התעצמות מנגנוני ההסדרה הבינלאומיים הללו היא ליבת הדיון באתגר הגל השלישי.

ב. יחסי הגומלין כמסגרת הסברית משלימה

ההסבר הקלאסי להתפשטות של מודל הביקורת השיפוטית ברחבי העולם במחצית השנייה של המאה העשרים כרוך בהכרח בערכו הרעיוני של מוסד הביקורת השיפוטית.¹⁰⁸ העידן הנאצי-פשיסטי של מלחמת העולם השנייה ערער באופן יסודי את האמון בבתי המחוקקים; אימוץ מוסד הביקורת החוקתית נועד אפוא לרפא, לאזן ולכלום את המחוקק

107 להקבלה בין פסק הדין בעניין קאדי לבין העמדה הבדלנית של בית המשפט העליון בארצות-הברית בפרשת *Medellin v. Texas* (<http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-984>) Joseph H. H. Weiler, *Editorial*, 19 EJIL 895 (2008/ ראו pdf)

108 Ran Hirschl, *From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies*, 11 INT'L J. CONST. L. 1 (2013)

מפני שימוש בכוחו בניגוד לעקרונות יסודיים של זכויות אדם.¹⁰⁹ הרגע של "אחרי המלחמה" ב-1945 נוגע ברובו למדינות הפוסט־פשיסטיות כגון אוסטריה, גרמניה, איטליה, פורטוגל וספרד. זהו רגע השינוי החוקתי במדינות הללו, שאימצו בר־זמנית – בשינויים מסוימים זו מזו – את המודל הריכוזי של ביקורת שיפוטית על ידי בתי משפט לחוקה. המלומדים ג'ון פרג'ון ופסקל פסקינו מסבירים כיצד הכישלון הכפול – של הרשות המחוקקת ושל הרשות השופטת – בגרמניה ואיטליה סלל את הדרך להתבססות המודל הריכוזי של בית משפט לחוקה, המתאפייני בסמכות לבטל חוקים (עליונות ביחס לפרלמנט) ובהיותו נפרד ממערכת בתי המשפט הרגילה (אי־תלות ברשות השופטת).¹¹⁰ במידה רבה, גרמניה ואיטליה הן שהובילו את המגמה (שאותה כינה לוריין ויינריב "הפרדיגמה החוקתית של "אחרי המלחמה"");¹¹¹ אחריהן התפשט השינוי החוקתי למדינות נוספות באירופה ומחוצה לה. כפי שציינו קודם לכן, רגע נוסף ברוח זו אירע בשנות השבעים בספרד ובמקומות רבים נוספים עם תום המלחמה הקרה.¹¹²

סטיבן גרדבאום (Stephen Gardbaum) הציע ניסוח די מהורק של התהליך הזה:

The obvious and catastrophic failure of the legislative supremacy model of constitutionalism to prevent totalitarian takeovers, and the sheer scale of human rights violations before and during World War II, meant that, almost without exception, when the occasion arose for a country to make a fresh start and enact a new constitution, the essentials of the polar opposite American model were adopted... country after country abandoned legislative supremacy and switched to an entrenched, supreme law bill of rights that was judicially (or quasi judicially) enforced.¹¹³

היסטוריית האימוץ הכמעט־אוניברסלי של הרעיון בדבר עליונות זכויות האדם, ביום שלאחר מלחמת העולם השנייה, מסופרת כסיפור ניצחונה של הדמוקרטיה הליברלית. כפי שציינו טום גינזבורג, "אין ספק שהיישום של מודל הביקורת השיפוטית שונה ממקום למקום,

RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW 109
CONSTITUTIONALISM (2007); MAURO Cappelletti, THE JUDICIAL REVIEW PROCESS IN
BETH SIMMONS, MOBILIZING ;30 לעיל ה"ש Ackerman ;COMPARATIVE PERSPECTIVE (1989)
,KOMMERS & MILLER ;FOR HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL LAW IN DOMESTIC POLITICS (2009)
לעיל ה"ש 30.

John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *Constitutional Courts as Deliberative Institutions:* 110
Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice, in CONSTITUTIONAL JUSTICE,
.EAST AND WEST 21 (Wojciech Sadurski ed., 2002)

Lorraine E. Weinrib, *The Post-War Paradigm and American Exceptionalism*, in THE 111
.MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 84, 89-90 (Sujit Choudhry ed., 2006)

.23 לעיל ה"ש Ferejohn & Pasquino 112

.715-714 לעיל ה"ש 25 בעמ' Gardbaum 113

בהתאם לנסיבות הפוליטיות המקומיות, אבל בתי המשפט המוצלחים שנסודו לאחר המלחמה נהפכו מודל לחיקוי ומטרה לשאוף אליה".¹¹⁴

הסברים רעיוניים לצמיחתם של מוסדות מורכבים כמו חוקה וביקורת שיפוטית נוטים להיות רומנטיים. הם מספרים את סיפור ניצחונם של הערכים הטובים על כוחות החותרים להחלישם. יש החולקים על רציונל הקדמה ההכרחית, הרציונל האבולוציוני שמזהה את אימוץ הביקורת השיפוטית כחלק מהלקח של המלחמה והמשטרים הטוטליטריים שגרמו לה. במקומם, הם מדגישים תהליכים ישירים פחות כמו דיפוזיה חוצת-גבולות של רעיונות חוקתיים¹¹⁵ או דיאלוג טרנס-שיפוטי.¹¹⁶ ההסברים הללו משתלבים היטב עם טענתנו בדבר יחסי הגומלין האופקיים בגל הראשון ונשוב אליהם בהמשך; בצדם מובאים הסברים מסוג אחר: אלו המדגישים את הפונקציה והמטרה שלשמה התחוללו התמורות החוקתיות שבמרכז הדיון שלנו.

מדוע יאמץ המחוקק מודל שיקנה לגורם שלישי – בתי המשפט – סמכות לשנות את החלטותיו ולהצר את צעדיו? חידה זו – חידת הקושי האנטי-רובני – היא אחת הסוגיות הנחקרות ביותר בספרות על המשפט החוקתי. ההסבר המרכזי שהגישה הפונקציונליסטית מציעה לקושי האנטי-הרובני קושר בין חוסר האחידות והמתחים בין חלקים שונים בהנהגה הפוליטית לבין הצמיחה של מוסד הביקורת השיפוטית.¹¹⁷ יישום הרציונל ההסברי הזה לפני מלחמת העולם השנייה קשר בין מוסד הביקורת השיפוטית בארצות-הברית לבין המבנה הפדרלי של המשטר. מבנה משטרי כזה, נהגו לטעון, זקוק לביקורת שיפוטית כדי לתפקד באופן קוהרנטי ויעיל.¹¹⁸ וריאציות על ההסבר הזה מדגישות את עליית המדינה הרגולטורית ואת התגברות פערי המידע והמתחים בין גורמים בשלטון כהסבר נוסף להתבססותה של ביקורת שיפוטית. על פי הסבר זה, מוסד הביקורת השיפוטית נועד לרפא את פערי המידע ואת המתחים בין הרשויות על ידי חשיפה של השפעות החקיקה, המחלוקות הפנימיות,

114 “No doubt the actual performance of review varied, depending on local political circumstances, but the successful courts were emulated and became an ideal to which others aspired.” (תורגם על ידי המחבר; מתוך Ginsburg, *The Global Spread of Constitutional*

Review, לעיל ה"ש 41, בעמ' 87).

115 A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS (Helen Keller & Alec Stone Sweet eds., 2008).

116 Christopher McCrudden, *Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 OXFORD J. LEGAL STUD. 499 (2000); Anne Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. RICH. L. REV. 99 (1994).

117 John Ferejohn מכנה תופעה זו "היפותוזת הפרגמנטציה" (the fragmentation hypothesis); John Ferejohn, *Judicializing Politics, Politicizing Law*, 65 L. & Contemp. Probs. 41, 55-60 (2002).

118 Martin Shapiro, *The Success of Judicial Review in Constitutional Dialogues in comparative Perspective*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 193 (Sally J. Kenney, William M. Reisinger & John C. Reitz eds., 1999)

היישום הלקוי או היעדר התיאום הנדרש בין חלקי הממשל.¹¹⁹ במובן זה נועד מוסד הביקורת החוקתית להתמודד עם תחלואי המדינה הביורוקרטית המבוזרת.¹²⁰ הסבר אנדרוגני פונקציונליסטי נוסף מדגים כיצד ביקורת שיפוטית משמשת תשובה מוסדית יעילה לבעיה של התחייבויות מהימנות (credible commitments).¹²¹ הסברים פונקציונליסטיים מסוימים מתייחסים גם לרכיבים אקסוגניים. כך למשל, הדגים דייוויד לאו (David Law) כיצד מדינות עשויות להשתמש במבנה החוקתי שלהן ובמוסד הביקורת השיפוטית כסמן להגנה על הקניין, ועל ידי כך למשוך משקיעים זרים.¹²² לטענתו, משטר חוקתי עשוי להוות סמן ליציבות בעיני משקיעים, למשוך אליו עובדים ולבטא שמירה על זכויות אדם כבסיס למוניטין המדינתי בהקשרים נוספים.¹²³ כל ההסברים הללו מתמצים ברעיון שביטא פסק הדין בעניין *Les Verts*:

Vertes: שלטון חוק מחייב ביקורת שיפוטית.¹²⁴

ברומה לדוגלים בהסברים פונקציונליסטיים מהסוג שמנינו, גם אנשי האסכולה האסטרטגית-ליברלית מבקרים את ההסבר הרעיוני – של שינוי בשל שינוי רעיוני – ומייחסים לו נאיביות ותלישות מהמציאות הפוליטית. עבורם, מוסד הביקורת השיפוטית הוא חלק מתבנית נוף הפוליטיקה שבתוכה ומתוכה הוא פועל. לדידם אי-אפשר להבין שינוי חוקתי בלי להפשיל שרוולים ולהביט מקרוב על הנסיבות הפוליטיות שמתוכן צמח.¹²⁵ באספקלריה ההסברית שלהם, מוסד הביקורת השיפוטית הוא בחירה אסטרטגית: הוא התפתח במקרים שבהם סברו אליטות משפיעות שייסודו הולם את האינטרסים הפוליטיים שלהן.¹²⁶ בחלק מהמקרים שימש מוסד הביקורת השיפוטית כלי בידי מיעוטים מאורגנים לשמר ולבצר את השפעתם על סדר היום הערכי והפוליטי.¹²⁷ ביקורת שיפוטית מתוארת בספרות הזו ככלי אסטרטגי יעיל לשימור הכוח של אליטות החוששות מאיבוד השפעתן ההגמונית.¹²⁸

-
- .MARTIN SHAPIRO & ALEX STONE-SWEET, ON LAW, POLITICS AND JUDICIALIZATION (2002) 119
 Matthew McCubbins & Thomas Schwartz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*, 28 AM. J. POL. SCI. 165 (1984) 120
 Barry Weingast, *Constitutions as Governance Structures: The Political Foundations of Secure Markets*, 149 J. INST. AND THEORETICAL ECON. 286 (1993) 121
 David Law, *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, 102 NW. L. REV. 1277 (2008) 122
 שם, בעמ' 1307-1342. 123
 ראו CAPPELLETTI, לעיל ה"ש 3. 124
 Ran Hirschl, *The strategic Foundations of Constitutions*, in SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS 157, 162-163 (Dennis J. Galligan & Mila Versteeg eds., 2013) 125
 שם. 126
 MARTIN M. SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS (1981); Shapiro, John Elster, *Forces and Mechanisms*; לעיל ה"ש 118, *The Success of Judicial Review* .in *Constitution Making Process*, 45 DUKE L. J. 364 (1995) 127
 TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES (2003); Tom Ginsburg, *Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts*, 3 THEORETICAL INQUIRIES L. 49 (2001) 128

מרבית ההסברים שדנו בהם עד כה מתמקדים בתהליכים פנימיים כדי לאתר את הגורם לאימוץ ביקורת שיפוטית חוקתית במדינה נתונה. כפי שמלמדת הספרות האמפירית המקיפה בנושא, חלקם מהתהליכים האלה חשוב; עם זאת, אנו סבורים שיש משקל גם ליחסי הגומלין האופייניים בין סמכות שיפוט אחת לאחרת. לדעתנו, הללו מהווים הסבר חשוב נוסף לתהליכים שציינו תחת הגל הראשון. המסגרת התאורטית והתימוכין האמפיריים להסבר זה מופיעים בספרות העוסקת בתהליכי מיזוג והאחדה גלובליים (global convergence). ספרות זו מתייחסת לתהליך החוקתי כתהליך טרנס-לאומי ובתוך כך מרחיבה את הגורמים האפשריים להתהוות מעבר לנסיבות הפוליטיות והמשפטיות של מדינה אחת. ניתוחים ברוח זו מתחקים אחר אימוץ של חוקות כתהליכים של חיקוי ודיפוזיציה. מדינות עשויות לאמץ מודל של ביקורת שיפוטית כחלק מתהליך של למידה ממדינות אחרות. התהליכים הללו עשויים להיות רציונליים, לשקף הטיות קוגניטיביות או להיעשות עם מידת מודעות מוגבלת למדי;¹²⁹ הן עשויות לבחור במודל כזה כדי להתקבל למועדון הדמוקרטיה החוקתיות ולבסס את הלגיטימציה שלהן בעיני גורמים שונים (acculturation).¹³⁰ בחלק מהמקרים מודל הביקורת השיפוטית ותהליך אימוץ של חוקות נכפה על מדינות; דוגמאות בולטות לכך הם משטרים פוסט-קולוניאליים או משטרים לאחר כיבוש.¹³¹ גם תמריצי שוק יכולים להוות סיבה לאימוץ מודל חוקתי שאולי לא היה מתקבל אלמלא התקיימו. חלק מהמחקרים האמפיריים על השפעות טרנס-לאומיות מראים שההשפעות הללו הן אמנם נרחבות – אך מאפיינות קבוצות מסוימות של מדינות. גודריס וורסטיג הסיקו מכך שחרף הממצאים הרבים התומכים בכך שחוקות מודרניות הן חוקות טרנס-לאומיות, אי-אפשר לטעון לאימוצו של מודל אחיד ברמה הגלובלית.¹³² ספקות

בשיתוף עם אליטות כלכליות ושיפוטיות, יש אינטרס לקבוע את התזמון, את ההיקף ואת המהות של מהפכה חוקתית. התזה של הירשל בדבר השימור ההגמוני מראה כיצד הביסוס של ביקורת שיפוטית והתפיסה החוקתית של זכויות מאפשר לאותן אליטות לחזק את עמדתן, במיוחד לאור אימונים צפויים; ראו HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM, לעיל ה"ש 109.

Beth A. Simmons & Zachary Elkins, *The Globalization of Liberalization: Policy Diffusion in the International Political Economy*, 98 AM. POL. SCI. REV. 171, 184 (2004); David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution of the Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CAL. L. REV. 1163, 1173-1174 (2011); Zachary Elkins & Beth Simmons, *On Waves, Clusters and Diffusion: A Conceptual Framework*, 598 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 33, 43-44 (2005).

130 Goodman ו-Jinks מסבירים כיצד תהליכים אלו עשויים לפעול באמצעות מקבלי החלטות בממשלה, קבוצות אינטרס והציבור הרחב. ראו Ryan Goodman & Derek Jinks, *How to Influence States: Socialization and International Human Rights*, 54 DUKE L. J. 621, 630-638 (2004).

131 כמו במקרה של עיראק ואפגניסטן; ראו Benedikt Goderis & Mila Versteeg, *Transnational Constitutions: A Conceptual Framework*, in SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS 103, 105-122 (Dennis Galligan & Mila Versteeg, eds., 2014).

132 שם, בעמ' 125; Dixon & Posner, לעיל ה"ש 58.

נוספים עולים ממחקרים שמראים השפעה אופקית ברורה בתהליכים של אימוץ נורמות חוקתיות בלי לאמץ את מודל הביקורת השיפוטית עצמו.¹³³

מיוזג גלובלי הוא כמעט מטרה אבודה ביחס לנושאים – כמו חוקה – הכרוכים כל כך בשאלות של זהות קהילתית. אולם, דווקא בשל הנטייה האינטואיטיבית לראות בתהליכים הללו תוצרים של המקומי, לדעתנו יש משקל מיוחד לקיומן של מגמות האחדה והעתקה בין מדינות בהקשר הזה. בחלק מהמקרים תהליכי ההשפעה ההדרית ברורים וכולטים; במקרים אחרים קשה יותר להצביע על תהליך ברור – אבל בכל זאת קשה לערער על כוח ההשפעה של "רוח הזמן". מדינות שעמלו על אימוץ חוקה דמוקרטית באירופה של שנות התשעים לא יכלו להעלות על דעתן לעשות כן בלי ביקורת שיפוטית. הדבר קשור, מן הסתם, במעורבותם של סוכני שינוי ששימשו שחקנים חוזרים בתהליך עיצוב הרפורמות החוקתיות בעידן של תום המלחמה הקרה. בדומה לכך, קשה לנו לקבל את ההנחה שאימוצו העקבי של מודל הביקורת השיפוטית של קלזן – במדינות שעברו למשטר דמוקרטי חוקתי באירופה שלאחר מלחמת העולם השנייה – הוא תהליך מקרי ותלוי הקשר מקומי-מדינתי בלבד.¹³⁴ גם בהקשרים אחרים בעולם, במידה רבה בשל הסוציולוגיה של תהליכי גיבוש חוקות בעולם ובשל זהותם של סוכני השינוי האמונים על כך, נהפכה הביקורת השיפוטית לבררת המחדל השכיחה יותר למודל הראוי של מערכת חוקתית מודרנית. ברי כי אימוצה בפועל של ביקורת שיפוטית יהיה נתון בסופו של יום לתנאים החברתיים והפוליטיים המאפיינים כל מדינה ומדינה בנפרד ברגעים החוקתיים שלה.

המסגרת ההסברית שאנו מציעים שואבת השראה מהספרות הסוציולוגית העוסקת בתהליכי השפעה טרנס-לאומיים, אך מהווה מסגרת אנליטית נפרדת להם, שלפיה השפעות אלו מאופיינות ביחסי גומלין בין הגלים בשני צירים. הציר האופקי נוגע להשפעה תוך-גלית, קרי: האופן שבו מערכות משפטיות הפועלות במישורים מקבילים משפיעות זו על זו; הציר האנכי הוא בין-גלי ועניינו האופן שבו גל אחד משפיע על תהליכים בגל אחר. המסגרת ההסברית של יחסי הגומלין מציבה את שלושת הגלים בקשר דינמי שכיווני ההתפתחות שלו רבים ולעתים מנוגדים.

ההשפעה האופקית בגל הראשון נוגעת להשפעת אימוצה של ביקורת שיפוטית במערכת מדינתית אחת על מערכת מדינתית אחרת. קשה לחשוב על תהליך אימוץ בריזמי של ביקורת שיפוטית במדינות רבות כל כך – למשל: אחרי נפילת חומת ברלין – כתהליך שקרה בכל מדינה במנותק מהמתרחש סביבה. באירופה של שנות החמישים היה רק קומץ מדינות שאימצו את מוסד הביקורת השיפוטית למערכת החוקתית שלהן; באירופה של שנות האלפיים יש רק קומץ של מדינות שלא אימצו את מוסד הביקורת השיפוטית למערכת החוקתית שלהן. יחסי הגומלין האופקיים בין דמוקרטיה חוקתית מתקיימים גם בשלבים מאוחרים לתהליך אימוצן של חוקות במסגרת הביקורת השיפוטית של בתי המשפט בכובעם כבתי משפט

133 "Rights may represent 'cheap talk,' while institutions are likely to develop a self-enforcing quality so that constitutional designers must treat them as involving higher stakes."

(Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *Why do Countries Adopt Constitutional Review?*, 30

J. L., *ECON. & ORG.* 587 (2014))

134 מובן שבהקשר זה ההתמקדות בדוגמאות של מדינות האיחוד האירופי קלה יותר.

חוקתיים. בעשורים האחרונים גבר השימוש בהפניה למשפט חוקתי השוואתי בהנמקה של בתי משפט.¹³⁵ מגמה זו עוררה פרץ של יצירתיות בבחירת עולם המושגים המתאים לה: דיאלוג טרנס-שיפוטי,¹³⁶ ביטוי נוסף לתופעת השתלים המשפטיים¹³⁷ והגירה של רעיונות חוקתיים.¹³⁸ בגרסתה המורחבת, מגמה זו כוללת את רשת השחקנים הרלוונטיים עצמם: המפגשים והאינטרקציות הווירטואליות והפיזיות בין שופטים. הפרקטיקה הדיאלוגית הזו מעצימה את בתי המשפט; איל כנבנישתי וג'ורג' דאונס הדגימו את האופנים שבהם בתי המשפט שואבים כוח ו"אומץ" מפעולתם המשותפת.¹³⁹ חלק מהחוקרים חוגגים את האפשרויות הגלומות ברשתות הללו;¹⁴⁰ אחרים נזהרים מהסקת מסקנות מרחיקות-לכת מאפשרות קיומן.¹⁴¹ שילוב בין המסגרת ההסברית הרעיונית והדיון בדיאלוג טרנס-שיפוטי מאפשר להתייחס ליחסי הגומלין שבין התפשטות הביקורת השיפוטית המנהלית ממדינה אחת לאחרת לבין הביקורת השיפוטית החוקתית. לא אחת, התבססותה של ביקורת שיפוטית מנהלית היא כר פורה לפיתוח ביקורת שיפוטית חוקתית. הגל השני משתלב בתהליך הזה עם הרחבת עילות הפסילה והביקורת על הרשות המנהלית ועם פיתוח פרשנות של הדין המדינתי על בסיס המשפט הבינלאומי. במובן זה, יחסי הגומלין בין הגל הראשון לגל השני מניבים הרחבה של עילות הפסילה והביקורת על המשפט המדינתי מכוח המשפט הבינלאומי. התהליכים שמנינו תחת הגל השני מקיימים אף הם יחסי גומלין אופייניים די ברורים, בעיקר בתחום הבורריות של דיני ההשקעות הבינלאומיות ובתחום הסכמי הסחר האזוריים. לכאורה, תחום ההשקעות הבינלאומיות הוא בילטרלי לחלוטין. כל הסכם השקעה בילטרלי

- Vicky C. Jackson, *Comparative Constitutional Federalism and Transnational Judicial Discourse*, 2 INT'L J. CONST. L. 91 (2004); Lorraine E. Weinrib, *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism*, in DEFINING THE FIELD OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 3 (Vicki C. Jackson & Mark Tushnet eds., 2002) 135
- , Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*; לעיל ה"ש 116, McCrudden 136 לעיל ה"ש 116.
- .ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* (2nd ed. 1993) 137
- Sujit Choudry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 INDIANA L. J. 819 (1999) 138
- Vicki C. Jackson, *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 54, 58-60 (Michel Rosenfeld & Andras Sajó eds., 2012)
- Benvenisti & Downs, *National Courts, Domestic Democracy and the Evolution of International Law*, לעיל ה"ש 9, Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication* 139 לעיל ה"ש 116.
- Antje Wiener & Philip Liste, *Lost Without Translation? Cross Referencing and a New Global Community of Courts*, 21 INDIANA J. GLOBAL LEGAL STUD. 263 (2014) 141
- David S. Law & Wen-Chen Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, 86 WASH. L. REV. 523, 534 (2011): "At least for now, efforts to characterize judicial comparativism as a form of dialogue are better understood as the expression of a hope for the future than as a descriptively accurate assessment of actual practice"

(Bilateral Investment Treaty) הוא אמנה בין שתי מדינות וביניהן בלבד; אולם התוכן והמנגנונים המוסדיים המשמשים כל הסכם כזה נראים כאילו נכתבו באותה מקלדת והופקו באותה מדפסת ("גזור והדבק", בכפוף לכמה שינויים). דפוס דומה מאפיין גם את התחום של הסדרי הסחר האזוריים. כ־500 הסכמי סחר כאלה פועלים היום בעולם ומשמשים צינור להחלה של כללי משפט בינלאומי על מערכות מדינתיות.¹⁴² הם נדונים בגופים אזוריים ובבתי משפט מדינתיים. גם בהסדרים הללו אנו מוצאים תופעה דומה של "גזור והדבק". בשני המקרים – הסכמי השקעה והסכמי סחר אזוריים – בררת המחדל היא לכלול הליך ברור ליישוב סכסוכים על ידי צד שלישי. במקרה של הסכמי השקעה, הכרעת הסכסוך מחייבת את הצדדים; בהסדרי סחר ההליך נוקשה פחות.

היחס של בתי משפט מדינתיים למשפט הבינלאומי כבסיס לביקורת שיפוטית חוקתית מושפע אף הוא מיחסי הגומלין האופקיים. אנתיאה רוברטס (Anthea Roberts) כינתה את התופעה שבה בתי משפט מדינתיים מפנים לאופן שבו בתי משפט מדינתיים אחרים מפרשים את הדין הבינלאומי "משפט בינלאומי השוואתי".¹⁴³ הדיון במשפט בינלאומי השוואתי משמש את בתי המשפט ככלי פרשני לביסוס הנורמה שהם מעוניינים לקדם,¹⁴⁴ מאפשר להם להשפיע ולעצב גישה משותפת או דיאלוג על אודות הנורמה הבינלאומית, ובתוך כך מחזק את הביקורת השיפוטית המדינתית המבוססת על הנורמה הבינלאומית בכל מדינה בנפרד. איל כנבנישתי הסביר כיצד יכולה הפנייה ההדדית הזו של פרשנות הדין הבינלאומי לאותת לבתי משפט על נכונות לשתף פעולה ולשמש בטוחה לכך שבתי המשפט הלאומיים לא ייוותרו בודדים במערכה על ביסוס הנורמות הבינלאומיות.¹⁴⁵

אתגר הגל השלישי הוא תופעה חדשה יותר. אפשר למצוא את ההשפעה האופקית בגל הזה בהיבט חשוב של תופעת הפרגמנטציה במשפט הבינלאומי.¹⁴⁶ אפשר לחשוב

142 למספר הסכמי הסחר האזוריים בעולם ראו את אתר האינטרנט של הארגון: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm

143 Anthea Roberts, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, 60 INT'L & COMP. L. Q. 57, 73-74 (2011)

144 איל כנבנישתי הדגים כיצד שימוש במשפט בינלאומי השוואתי באופן הזה מסמל שינוי ביחס של בתי המשפט הלאומיים למשפט הבינלאומי – מאכן נגף ומכשול בדרך להשגת מטרותם כלכלי שרת בהשגת יעדיהם; ראו Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: the Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, 102 AJIL 241 (2008).
בגורמים לתופעה זו ראו Helmut Philipp Aust, Alejandro Rodiles & Peter Staubach, *Unity or Uniformity? Domestic Courts and Treaty Interpretation*, 27 LEIDEN J. INT'L L. 75 (2014). תופעה זו מעידה על כך ששופטים רואים את עצמם כחלק מקהילה חיצונית לקהילת הלאום שלהם (קהילה קוסמופוליטית), אך עדיין אין בה כדי ללמד על היעדר התלות שלהם כלגיטימציה פנימית כדי לשמר את כוחם המוסדי.

145 Benvenisti, *Reclaiming Democracy: the Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, לעיל ה"ש 144.

146 Tomer Broude, *Keep Calm and Carry on: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of Int'l Law Comm'n*, *International Law*, 27 TEMPLE INT'L & COMP. L. J. 279, 280-283 (2013)
Rep. on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification

על נכונותם של טריבונלים בינלאומיים לרון, ולו במרומז, בהכרעותיהם של טריבונלים בינלאומיים אחרים – או מעניין מכך: לפרש, ליישם או לבקר נורמות בינלאומיות שלא מהוות במובהק חלק מסמכות השיפוט שלהם כביקורת שיפוטית. העולם שאנו מתמודדים אתו בגל השלישי כולל מקרים של חפיפה בדרישות המהותיות החלות על מערכות הסדרה שונות. טלו, לדוגמה, את החפיפה בין הנורמות המחייבות של WTO/GATT/GATS לבין אלו החלות על הסדרים אזוריים כמו, למשל, Mercosur. דוגמה אחרת נוגעת לערכאות המקבילות הדנות במשמעותו של רצח עם במשפט הבינלאומי, הכוללות את בית המשפט הבינלאומי בהאג, את בית הדין הפלילי הבינלאומי ביוגוסלביה ואת בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג. הבחינה המקבילה של אותן נורמות על ידי ערכאות מקבילות מניבה את יחסי הגומלין ביניהן וגם נושאת ממד של ביקורת שיפוטית מסוג חדש (של טריבונל בינלאומי אחד על החלטותיו של אחר).¹⁴⁷

יחסי הגומלין האנכיים הם יחסי השפעה של גל אחד על גל אחר. יחסי הגומלין בין הגל השני לשלישי כמעט מובנים מאליהם; הביקורת השיפוטית שחוסה תחת הגל השלישי נועדה לתת מענה לבעיות שעורר הגל השני. יחסי הגומלין האנכיים בין הגל הראשון לגל השני נעים בציר דר-כיווני. בין הגל הראשון לגל השני אפשר להראות כיצד ההתבססות של מודל הביקורת השיפוטית ברמה המדינתית, במספר רב של מדינות, הזינה והשפיעה על אימוץ מודל כזה ברמה הבינלאומית. השפעה זו מתקיימת גם בכיוון ההפוך, כשביסוס מודל ביקורת שיפוטית ברמה הבינלאומית משפיע על הפתיחות למודל כזה ברמה המדינתית.¹⁴⁸ בריטניה היא דוגמה למדינה שבה התקיים מודל הביקורת השיפוטית במובנו החוקתי המובהק ברמה הבינלאומית (במסגרת בית הדין האירופי לזכויות אדם) בטרם אומץ כמודל פנים-מדינתי;

and Expansion of International Law (Finalized by M. Koskeniemi), U.N. Doc. A/ Margaret A. Young, *Fragmentation*, OXFORD BIBLIOGRAPHIES (July ;CN.4/L.682, (2006) 31, 2014), <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0113.xml>

147 ראו, למשל, פרשת טאדיץ' שנדונה בבית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY): Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-I-I, Decision on Defence Motion for Interlocutory ;Appeal on Jurisdiction, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Oct. 2, 1995) ראו גם את פרשת רצח העם (ג'נוסייד) שנדונה בבית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 43 (Feb. 26).

148 לדיון בהשפעה של האיחוד האירופי ושל בית הדין האירופי לזכויות אדם על מיסוד הביקורת השיפוטית ברמה המדינתית ראו: Alec Stone Sweet, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, 1 GLOBAL CONSTITUTIONALISM 53-90 (2012); Alec Stone Sweet, *Trustee Courts and the Judicialization of International Regimes*, J. L. & COURTS 61-88 (2013).

אפשר לשער שהרמה הבינלאומית השפיעה על המדינתית.¹⁴⁹ כך גם במקרה של הולנד¹⁵⁰ ובמקרה של מדינות אמריקה הלטינית.¹⁵¹ המקרה של איטליה הוא מקרה קלאסי של תהליך הפוך: שם התקיימה מסורת ארוכה ומבוססת של ביקורת שיפוטית פנים־מדינתית ורק אחריה נוצרה נכונות לביקורת שיפוטית מטעם ערכאות בינלאומיות.¹⁵²

ג. ישראל בשלושה גלים

1. המהפכה החוקתית בישראל: הגל הראשון

(א) החוקה הישראלית: ילדות

בראשית נראה היה כי גם ישראל מצטרפת לגל החוקתיוציה ששטף את העולם בין מלחמות העולם ולאחר מלחמת העולם השנייה. החלטה 181 של עצרת האומות המאוחדות מיום 29.11.1947 הורתה, בין השאר, שכל אחת מהמדינות (הערבית והיהודית) תעבד חוקה בהתאם למתווה מפורט ובפיקוח ועדת חמישה שתמנה העצרת. ההחלטה כללה הנחיות

-
- 149 התפתחות משמעותית במוסד הביקורת השיפוטית השמרני של אנגליה חלה רק אחרי יותר מעשר מהחתימה על האמנה האירופית לזכויות אדם, European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed Nov. 4, 1950, CETS No. 5 (entered into force Sep. 3, 1953); Susan Sterett, *Judicial Review in Britain*, 26 COMP. POL. STUD. 421, 428-429 (1994). כמעט יובל שנים מאוחר יותר, בשנת 1998, נחקק חוק זכויות האדם Human Rights Act 1998 (שנכנס לתוקפו ב־2.10.2000). החוק נועד להפנים את הוראות האמנה לסדר המשפטי המדינתי של בריטניה; מכוחו יחידים וארגונים יכולים לפנות ישירות לבתי המשפט באנגליה – ולא רק לבית המשפט בטרסבורג – כדי לאכוף את הוראות האמנה. לדיון ראו JACK BEATSON, STEPHEN GROSZ, TOM HICKMAN, STEPHANIE PALMER & RABINDER SINGH, *HUMAN RIGHTS: JUDICIAL PROTECTION IN THE UNITED KINGDOM* (2008); RICHARD CLAYTON & HUGH TOMLINSON, *THE LAW OF HUMAN RIGHTS* (2nd ed. 2009); BRICE DICKSON, *HUMAN RIGHTS AND THE UNITED KINGDOM SUPREME COURT* (2013).
- 150 ברומה למקרה האנגלי, בשנת 1953, עם תיקון החוקה ושנים מספר לאחר החתימה על האמנה האירופית לזכויות אדם בשנת 1950, ניתן לגוף השיפוטי ההולנדי הכוח לבקר חקיקה ראשית לאור אמנות בינלאומיות; ראו Maurice Adams & Gerbard van der Schyff, *Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?*, 66 HEIDELBERG J. INT'L L. (HJIL) 399, 400-401 (2006).
- 151 ראו Symposium, *The Constitutionalization of International Law in Latin America* לעיל ה"ש 65.
- 152 איטליה הקדימה מדינות אירופיות רבות והחליטה להקים בית משפט מיוחד לחוקה כבר בשנת 1948, לפני החתימה על האמנה האירופית לזכויות האדם בשנת 1950; ראו Louis F. Del Duca, *Introduction of Judicial Review in Italy – Transition from Decentralized to Centralized Review (1948-1956) – A Successful Transplant Case Study*, 28 PENN STATE INT'L L. REV. 357 (2010).

מפורשות באשר לרכיבים שיש לכלול באותה חוקה ובהכרזה שתקדם לה.¹⁵³ הכרזת העצמאות ממאי 1948 כוללת התייחסויות משמעותיות לזכויות האדם:

שארית הפליטה שניצלה מהטבח הנאצי האיום באירופה ויהודי ארצות אחרות לא חדלו להעפיל לארץ-ישראל, על אף כל קושי, מניעה וסכנה, ולא פסקו לתבוע את זכותם לחיי כבוד, חירות ועמל-ישרים במולדת עמם [...].
מדינת ישראל [...] תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הברדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות. מדינת ישראל תהא מוכנה לשתף פעולה עם המוסדות והנציגים של האומות המאוחדות בהגשמת החלטת העצרת מיום 29 בנובמבר 1947 ותפעל להקמת האחדות הכלכלית של ארץ-ישראל בשלמותה.¹⁵⁴

ההכרזה עוסקת מפורשות בבחירות לאספה מכוונת ובאימוץ חוקה כתובה:

אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוונת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל.

ההכרזה מבטאת אפוא הכרעה לטובת חוקה פורמלית בעלת תוקף על-חוקי. הספרות העוסקת בהיסטוריה החוקתית הישראלית בתקופה זו לא כוללת דיון סדור ומקיף בהשפעות ההשוואתיות והבינלאומיות על התהליכים הקשורים בכינון החוקה בשנים הראשונות של המדינה; עם זאת, יש כמה ממצאים ודיונים שלפיהם הדיון החוקתי הישראלי הושפע מתהליכים משפטיים במישור הבינלאומי (יחסי גומלין אנכיים בין הגל שני לגל הראשון). הדים לחשיבותה של החלטת החלוקה בעיצוב סדר היום החוקתי אפשר למצוא בדבריו של שר המשפטים רוזן לוועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית, שלפיהם "חבר משלחת ישראל ללייק סאקס, מרדכי עליאש, טען כי האו"ם אינו מקבל לשורותיו מדינות חדשות ללא

G.A. Res. 181 (Nov. 29, 1947): "The Constituent Assembly of each State shall draft a democratic constitution for its State and choose a provisional government to succeed the Provisional Council of Government appointed by the Commission"

ראו יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" משפט וממשל 1 ו 427 (2000); יורם שחר "הטיטות המוקדמות של מגילת העצמאות" עיוני משפט כו 523 (2002); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד 43 (מהדורה שישית, 2005). על מעורבותו של הרש לאוטרפאכט – אחד מההוגים המרכזיים של משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט הבינלאומי בכלל בעיצוב המגילה – ראו Eliav Lieblich & Yoram Sachar, *Cosmopolitanism at a Crossroads: Hersch Lauterpacht and the Israeli Declaration of Independence*, 84 BRITISH YEARBOOK OF INT'L L. 1 (2014)

חוקה קבועה".¹⁵⁵ מחקרים נוספים מצביעים על האופנים שבהם השפיעה החלטת החלוקה על ניסוח הצעות החוקה הראשונות.¹⁵⁶ כך, למשל, מסמך המבוא הראשון להצעת החוקה למדינה היהודית, שהגיש ליאו כהן בינואר 1948, צופה כי מהלכי הקמת המדינה ייעשו בהתאם לסדר שנקבע בהחלטה של עצרת האומות המאוחדות.¹⁵⁷ מן הזווית הבינלאומית, החשיבות שייחסה העצרת לעקרונות חוקתיים ניכרת בפרטים הרבים שכללה החלטת החלוקה על אודות אופן כינונה ותוכנה של החוקה.

בשבועות שלאחר הכרזת העצמאות הועלו על הכתב הצעות שונות לחוקה. בחלק מההצעות הללו יובאו כלשונם חלקים משמעותיים מהחלטת החלוקה לנוסח החוקה המוצע.¹⁵⁸ הרב הראשי, יצחק אייזיק הלוי הרצוג מתאר בהצעת החוקה שניסח את השפעת הוראות ההחלטה מ־29 בנובמבר בנוגע למקומות הקדושים, למבנה הפנימי (שלטוני) של המדינה וכן הוראות בדבר "יישוב סכסוכים בינלאומיים בדרכי שלום, בדבר הימנעות ממדיניות תוקפנית ובנוגע להבטחת חופש המעבר והביקור לתושבים ולאזרחים של המדינה הערבית וקרית־ירושלים" על נוסח החוקה שהציע. הוא מסכם כי "נוסח החוקה המוצע ככאן אינו סוטה מן ההוראות האלו אלא במידה שניטל ערכן מחמת המאורעות שאירעו בינתיים".¹⁵⁹ כמה סעיפים בהצעתו של הרצוג מנוסחים בהתאם להחלטת האו"ם. בסעיף 11, שכותרתו "קשרים בינלאומיים", נכתב כי "עקרונות המשפט הבינלאומי המוכרים על ידי כלל האומות יהיו חלק של משפט ישראל". לפי דברי ההסבר שכתב הרצוג סעיף זה "מנוסח על פי הדוגמא של חוקות חדשות אחרות (כגון החוקה הגרמנית משנת 1919, חוקת אסטוניה, חוקת אייר)". יצחק הלוי הרצוג שימש רב באירלנד בין 1915 ל־1936 ורב ראשי של יהדות אירלנד משנת 1925. בתקופה זו חוותה אירלנד תהליכים דרמטיים בעיצוב המשפט החוקתי שלה, שבמהלכם עוגן מוסד

155 ראו פרטי־כל ישיבת ועדת החוקה, עמ' 2, 3.8.1948, ג"מ, תיק 688/1 (תיקי זמורה, חוקה לישראל): מצוטט על ידי ניר קידר בן גוריון והחוקה ה"ש 5 פרק ראשון, 233 (2015).

156 ראו, למשל, Amihai Radzyner, *A Constitution for Israel: The Design of the Leo Kohn*, Proposal, 1948, 15 ISRAEL STUD. 1, 5 (2010). כך כתב ליאו כהן בדברי ההסבר לטיטה השנייה: "הבא לנסח חוקה לישראל, אינו עושה מלאכתו בחלל ריק. החלטת עצרת האומות מן ה־29 בנובמבר מחייבת שכמה וכמה תקנות ייכללו בפירוש החוקה. הללו מתייחסות בראש ובראשונה למקומות הקדושים, לבניינים ולחקלו, המשמשים צרכי דת, ולזכויות הדתיות והמיעוטים. מלבד זה מכילה החלטת עצרת האומות הוראות מפורשות בנוגע למבנה הפנימי של המדינה" (מצוטט על ידי אבירם שחל החוקה שנסכחה: הצעת החוקה של ליאו כהן והבעיה הערבית 51 (עבודת גמר לקראת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל־אביב – הפקולטה למשפטים, 2014).

157 ראו שחר, לעיל ה"ש 154, בעמ' 551.

158 ראו, למשל, נוסח החוקה שהציע ליאו כהן: Amihai Radzyner, *The Irish Influence on the Israeli Constitution Proposal, 1948*, in THE CONSTITUTION OF IRELAND: PERSPECTIVES AND PROSPECTS 69, 74-75 (Eoin Carolan ed., 2012).

159 הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג תחוקה לישראל על-פי התורה כך א: סדרי שלטון ומשפט במדינה היהודית (1948).

הביקורת השיפוטית בחוקה, בשונה מהמסורת הבריטית.¹⁶⁰ דברי ההסבר של הרצוג מבטאים את יחסי הגומלין המורכבים שבין הגל הראשון לגל השני ואת המשמעות של תהליכי החוקתיות שהתרחשו בהם. לא אחת, חיזוק הממד הבינלאומי הוא פרי של תהליך חוקתי, גם אם התאפשר עקב השפעתם של מוסדות בינלאומיים על אימוץ חוקות שנועדו להבטיח את מעמדו הנורמטיבי העליון של המשפט הבינלאומי במסגרת חוקתית. הרצוג מבאר כי כוונתה של תקנה זו היא "למנוע בעד השופט מלהתעטף באצטלה של אי-קבלת המשפט הבינלאומי כחוק המחייב אותו, כפי שקרה הדבר בארצות שונות". בית הנבחרים יוכל לחוקק חוק שיגבר על עקרונות המשפט הבינלאומי, אולם אם עיקרון מסוים נכלל בהסכם בינלאומי שנחתם לאחר חקיקת החוק – יהיה להסכם תוקף מחייב; במילים אחרות: מעמדו של הסכם בינלאומי יהיה כשל חוק מחייב. עמדה זו לא התקבלה בישראל אך קנתה שביתה במקומות רבים אחרים. נשוב לנקודה זו בדיון על אודות הגל השני.

קצרה היריעה מלהתעמק בהשפעות האופקיות על התהליך החוקתי בישראל בשנים אלה; מטרתנו במאמר צנועה יותר – לסרטט מסגרת אנליטית לחשיבה על אודות מחקר השוואתי ברוח זו. עם זאת, נציע כמה דוגמאות. במסמך מיום 27.6.1948 סיכם צבי ברנזון – שהיה אז היועץ המשפטי של ההסתדרות ואף היה מעורב בניסוח מגילת העצמאות¹⁶¹ – את עבודת הוועדה מטעם מפא"י שעמד בראשה "להכנת יסודות לתחוקת המדינה והשלטון המקומי". רכיבים שונים במסמך מעידים על השפעתה של בחינה השוואתית של חוקות אחרות על המלצות הוועדה.¹⁶² ברנזון מביע תקווה כי המלצות הוועדה יסייעו לקבלת חוקה "שתכון על יסודות דמוקרטיים וסוציאליסטיים". כפי שהראתה אורית רוזין, שאלת הזהות הקולקטיבית הייתה מרכזית לדיונים בחוקה, בצד היבטים פוליטיים והמתחיות שבין דתיים לחילוניים.¹⁶³ מנוסח החוקה של ברנזון ניכרת חשיבותם של ערכים סוציאליסטיים וחלוציים. גם בן-גוריון הדגיש את עדיפותן הגדולה של חובות על פני זכויות כנימוק נגד כינונה של חוקה באותה עת: "במדינה חופשית כמדינת ישראל אין כלל צורך בהכרזת חירויות [...] בארצות החופשיות, בארצות הדמוקראטיה, שבהן שליט העם, יש צורך במגילת החובות ופירושה אצלנו – חובות למולדת, לעם, לעליה, לקיבוץ גלויות, לבנין הארץ, לבטחון ולזולת, לחלש".¹⁶⁴ אל מולם, כפי שנדגים מיד, טענו נציגי חירות ומפ"ם בעד עיגון הזכויות

Dermot Keogh, *The Irish Constitutional Revolution: An Analysis of the Making of the Constitution*, in *THE CONSTITUTION OF IRELAND 1937-1987* (Frank Litton ed., 1988);

.GERARD HOGAN, *THE ORIGINS OF THE IRISH CONSTITUTION 1928-1941* (2012)

161 שחל, לעיל ה"ש 156, בעמ' 559-568.

162 כך, למשל, "בדיקת הקונסטיטוציות של מדינות שונות מראה שרבות מהן מכילות מבוא [...] יש להניח שגם הקונסטיטוציה שלנו תכיל מבוא [...]". בדומה, דרישת הקוורום עוצבה באופן ייחודי הגם ש"נהוג בהרבה פרלמנטים לקבע קוורום קטן בהרבה מזה שמוצע כאן [...]". מתוך פרוטוקול ישיבת הוועדה ליסודות התחוקה של המדינה והשלטון המקומי (27.6.1948).

163 Orit Rozin, *Forming a Collective Identity: the Debate over the Proposed Constitution, 1948-1950*, 26 J. ISRAELI HISTORY 251 (2007)

164 חוקת המדינה: הדין וחשבון של ועדת החוקה חוק ומשפט בדבר חוקת המדינה והדיונים במליאת הכנסת הראשונה, פרוטוקול ישיבה מס' 117 של הכנסת ה-1, דבריו של ראש הממשלה דוד בן-גוריון (20.2.1950).

בחוקה; בלשונו של בגין: "צו השעה הוא לחוקק חוק על זכויות האדם והאזרח במדינת ישראל [...]".¹⁶⁵ הדיון על החוקה מדגים אפוא מתח שבין תפיסות קולקטיביסטיות לתפיסות אינדיבידואליסטיות; המבט ההשוואתי מאפשר לחשוב על המתח הזה בהקשר רחב יותר, כחלק מהדיאלקטיקה הרעיונית של התקופה.

ההקשר ההיסטורי וההשוואתי ניכר בהצעת החוקה של הרב הרצוג. הרצוג דן בהשפעתו של "המשבר שעבר על הממשל הרמוקראטי בשלושים השנים האחרונות"¹⁶⁶ על תהליך עיצוב החוקה. בעוד ש"התקופה שלאחר מלחמת העולם הראשונה היתה שוקקת ניסויים והצעות בעריכת חוקות [...] רק מעטות מן החוקות החדשות האלה נתקיימו עד היום". פרשנותו ההיסטורית של הרצוג חותרת תחת נרטיב הקדמה של קאפלטי ומעידה על האופן שבו מהלכים חוקתיים שלאחר מלחמת העולם השנייה יכולים להתפרש דווקא כתנועת־נגד למהלך החוקתי של התקופה שבין המלחמות. הרצוג מתאר את "המשבר הכללי ורפיונו של הבטחון הבינלאומי בשנים שבין שתי מלחמות העולם [אשר] קעקעו בהדרגה את יסודות האמון במסודות הדמוקרטיים [...] ונבעו מהתקנת 'חוקות בלתי מנוסות' כהנמקות לכך שהחוקה בישראל צריכה להיות מושרשת במסורת המוסרית והמדינית של העם עצמו". אמנם, ההקשר ההיסטורי וההשוואתי מביא אותו בהמשך "לפקפק בערכו של הנוהג לכלול בחוקה הכרזה של זכויות יסוד כפי שמוצאים אותם בחוקות אמריקה, צרפת וכמה ארצות", אך מסקנתו לבסוף היא שיש לכלול את הזכויות הללו לנוכח החלטת עצרת האומות ולאור ההשפעה החינוכית שתצמח מהכרזה כזו במסגרת חוקה. בצד החשיבות שהרצוג מייחס למחויבות הבינלאומית ולהקשר ההיסטורי ההשוואתי הוא מרגיש את ההקשר ההיסטורי הייחודי של ישראל: "כבואנו לכלול בחוקתנו הכרזה על זכויות־יסוד, אין אנו נגררים בפשטות אחרי הדוגמאות של חוקות מודרניות, אלא אנו מחדשים מסורת עברית עתיקה".

לבסוף הטילה מועצת המדינה הזמנית את מלאכת הכנת החוקה על ועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית בראשות ח"כ זרח ורהפטיג. הוועדה החלה את עבודתה ב־3.8.1948 ופעלה עד סוף ינואר 1949. ועדת החוקה נבחרה בישיבה התשיעית של מועצת המדינה הזמנית, ביום 8.7.1948, במטרה לגבש טיוטת הצעה לחוקה שתובא לאישור האספה המכוננת.¹⁶⁷ הוגשו לוועדה חמש הצעות ראשוניות לחוקה, והיא בחרה בטיטה השנייה להצעתו של יהודה פנחס (ליאו) כהן כבסיס לעבודתה.¹⁶⁸ כהן היה חוקר בעל מוניטין עולמי במשפט חוקתי השוואתי ומומחה בתחום המשפט החוקתי האירי. עמיחי רדזינר מתאר כיצד שאב כהן השראה מחוקות כגון החוקה האמריקנית והחוקה של רפובליקת ויימאר, ועומד על השפעתה המיוחדת של החוקה האירית על נוסח החוקה שהציע לישראל. נוסף על כך רדזינר מתאר

165 שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 113 של הכנסת ה־1, דבריו של חבר הכנסת מנחם בגין מטעם תנועת החירות (7.2.1950).

166 כל הציטוטים בפסקה זו לקוחים מדברי הרב הרצוג, לעיל ה"ש 159, בעמ' 18-19.

167 מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה ט. הוועדה קיימה כ־26 ישיבות עד לפירוקה של מועצת המדינה הזמנית. חברי הוועדה היו שר המשפטים פנחס רוזן, זרח ורהפטיג, מאיר גרובובסקי, יזהר הררי, שמועל מיקוניס, ברוך וינשטיין, מאיר דוד לוינשטיין וצבי לוריא.

168 הצעות החוקה האחרות היו פרי עטם של איתמר פרוינד, ורנר פראושטר, שמואל רולבלנד וזאב פלק (מועצת המדינה הזמנית ב, ישיבה מ"ד).

את חילופי המכתבים וההערות שקיבל כהן ממומחים למשפט חוקתי מרחבי העולם.¹⁶⁹ בצד מנסחי חוקה שהעמידו על נס את חשיבותם של תהליכים חוקתיים במדינות אחרות היו אחרים שתמכו בגישה ברלנית: "כשם שישראל שונה מכל העמים כך שונה חוקתו ונתינתו מחוקת הגויים", כתב דב רוזן בנוסח החוקה שהציע, "חוקת ישראל אינה מחקה ולא מעתיקה חוקות אחרות אלא דוגמא היא ושוורש לצמיחת חוקות אחרות".¹⁷⁰

במסגרת הדיונים בנוסח החוקה, ולאחריהם, נדונה גם שאלת הביקורת השיפוטית. ההיסטוריה של מוסד הביקורת השיפוטית בישראל בתקופת המנדט היא ביטוי להשפעה של מערכת הסדרה קולוניאלית על מוסד הביקורת השיפוטית בהקשר מדינתי. הפסקה השנייה לסימן 43 לדבר המלך במועצתו משנת 1922 מיקמה את מושבו של בית הדין הגבוה לצדק בבית המשפט העליון וסמכויותיו התעצבו בהוראות מנדטוריות נוספות.¹⁷¹ ההיסטוריה המוסדית של בג"ץ לא מצביעה על שמירה על זכויות אדם כמוטיבציה מרכזית למעורבים בהקמתו;¹⁷² עם זאת, פסיקת בית המשפט העליון של ארץ ישראל הכירה במערכת זכויות חוקתיות המגבילה את כוחו של השלטון.¹⁷³ אסף לחובסקי תיאר את ההכרה בקיומם של עקרונות יסוד (fundamental principles) או של משפט יסודי (fundamental law) בשנות העשרים והשלושים וביתר שאת בשנות הארבעים. ההשפעה של המורשת הקולוניאליסטית של משפט המנדט הבריטי על כינון תפיסות ליברליות ואחרות בשיטת המשפט הישראלית אינה אחידה.¹⁷⁴

בנוסחי החוקה השונים אפשר למצוא עמדות שונות באשר למוסד הביקורת השיפוטית. נוסח הוועדה בראשות ברנזון הציע לכלול סעיף המוקדש להקמתו של בית דין קונסטיטוציוני ובתי משפט אדמיניסטרטיביים בצד הקמתם של בתי משפט חוקתיים ברוח המודל הקלזיאני.¹⁷⁵

169 Radzyner, *A Constitution for Israel*, לעיל ה"ש 156, בעמ' 1-24. למחקרים נוספים על אודות השפעתו של כהן על הכרות העצמאות ועל זהות המדינה ראו שחר, לעיל ה"ש 154; אורית רוזין "הזהות הקולקטיבית בהצעת החוקה: עיון היסטורי ותרבותי" היהודים בהווה: כינוס ופיוזר 138 (אליעזר בן רפאל ואח' עורכים, 2009). לעיון מעמיק בהיסטוריה הנוגעת להצעת החוקה של כהן ובמשמעותה בסוגיית המיעוט הערבי במדינה ראו שחל, לעיל ה"ש 156.

170 דב רוזן חוקת יובל לישראל (1950).

171 לדיון היסטורי בהקמת בית המשפט העליון ראו יאיר שגיא "הסמכות והרשות: על הקמת בית המשפט העליון במדינת ישראל" משפטים מד 7 (2013).

172 יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כח 225 (2004).

173 אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689, 704-713 (1998).

174 לחובסקי "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת: הערות על ספרו של מנחם מאוטנר", לעיל ה"ש 1, בעמ' 719-721.

175 ראו, למשל, סעיף 7: "בית דין קונסטיטוציוני יקבע אם חוק פרלמנטרי מסוים נוגד את הוראות הקונסטיטוציה. בית הדין ייבחר ע"י כל פרלמנט מחדש לתקופת כהונת הפרלמנט"; סעיף 8: "בית הדין יורכב מ-7 חברים: 2 מתוך שופטי ביה"ד הגדול, 2 מתוך חברי ביה"ד האדמיניסטרטיבי ושלושה אחרים שימונו על ידי הפרלמנט"; סעיף 9: "חוק מיוחד יקבע את אופן פעולתו של

בשונה מכך, הציע הרב הרצוג כי בית הדין הגבוה ישמש בית דין לערעורים לכל המשפטים הרגילים ובית דין ראשון ל"שאלות הכרוכות בכשרותה החוקית של התחיקה". כמקור השראה הוא מזכיר את מועצת המלך ואת בית הלורדים בבריטניה. הרצוג דן בהרחבה במשמעות של הפיכת המנגנון המשפטי לשומר־החוקה (סעיף 76). הוא מתאר כיצד מוסד הביקורת השיפוטית התפתח "בעיקר בארצות הברית. ביבשת אירופה כמעט אינו מקובל ואין לו גם מקום בשיטה הבריטית [...]". והוא מנתח בבהירות את הקושי האנטי־רובני (כלי להשתמש במושג זה). לדעתו, הפתרון הרצוי נעוץ באיזון שבין מתן סמכות לביקורת שיפוטית לבין הליך פשוט יחסית של הכנסת תיקונים בחוקה. בשולי הדברים הוא דוחה מודל של מוסד מיוחד בעל אופי מדיני־משפטי שישמש לביקורת שיפוטית על החוקה. גם בהצעתו המשפיעה של ליאו כהן נכללו סעיפים המקנים ל"בית הדין גבוה" סמכות ביקורת שיפוטית "לבדוק את תוקפו של כל חוק לאור העקרונות שנקבעו בחוקה" ולבטל חוק או אחת מהוראותיו אם "החוק, או אחת מהוראותיו, סותרים את דברי החוקה [...]".¹⁷⁶

יוחנן בדר ניסח את עקרון הפרדת הרשויות במבוא להצעת החוקה מטעמה של חירות:

כי כדי שהעם, מאין לו מוצא אחר, לא ייאלץ להתקומם נגד רודן ועריץ – יש ליצור חומת מגן לזכויות האדם והאזרח, ולשם כך חייב משטר המדינה להשען על השתתפותו הרחבה והישירה של העם בשלטון ועל השפעתו המכרעת בהרכב הממשלה ופעולותיה; על שמירת זכויות המיעוטים והגויים ועל הפרדת הסמכויות של הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת, וכי רק בדרך הפרדת־רשויות זו והגבלתה של הרשות האחת על ידי חברתה בתוקף החוקה, הקודמת לכל חוק אחר – יובטח במדינה ממשל צדק [...].¹⁷⁷

לאחר הקמת המדינה זכה תהליך המיסוד של בתי המשפט, ובכלל זה הערכאה העליונה, לעדיפות משנית בהשוואה לרשויות אחרות.¹⁷⁸ יאיר שגיא תיאר מהלך מוקדם לביטול סמכותו של בית המשפט העליון לשבת כבג"ץ בחורף 1950. שופטי בית המשפט העליון ראו באפשרות ביטולו של בג"ץ "חיקוי לאנגליה" ותמכו בהמשכיות המודל האנגלי־מנדטורי. השיחה שקיימו על אודות הצעת החוק מלמדת על חשש עמוק מפני הפקעה של סמכות הבג"ץ מידי בית המשפט העליון. השופטים הזכירו את עול ימי המדינה, המנהל הבלתי־מנוסה שלה והעובדה ש"יש ביננו עוד אנשים שהם אינם יודעים את היסודות אשר

בית־הדין ושאר הפרטים"; סעיף 10: "לצרכי הגנה על זכויות ועניינים פרטיים של אזרחי המדינה ותושביה היכולים להפגע על ידי פעולות, צוים, פקודות וכו' של השלטונות האדמיניסטרטיביים יוקמו בתי דין מיוחדים שיקראו בתי משפט אדמיניסטרטיביים. בתי המשפט האדמיניסטרטיביים ידונו בתיבועות ובקובלנות שתובאנה בפניהם ע"י אזרחים ותושבים פרטיים ללא צורך בנטילת רשות מוקדמת משלטונות המדינה."; סעיף 11: "חוק מיוחד יקבע את פרטי בתי המשפט האדמיניסטרטיביים" (מתוך פרוטוקול ישיבת הוועדה ליסודות התחוקה של המדינה והשלטון המקומי (27.6.1948)).

176 הרב הרצוג, לעיל ה"ש 159, בעמ' 35; ליאו כהן **הצעת חוקה ס' 70, 76** (1949).

177 יוחנן בדר **הצעת תנועת החירות לחוקת יסוד למדינת ישראל** (ללא תאריך). זמין באתר האינטרנט של הכנסת: <http://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstProposals.aspx>.

178 רון חריס **המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948-1977** (73-69 (2014)).

עליהם מושתתת מדינה דמוקרטית" כטעמים מרכזיים להותרת מנגנון בג"ץ המנדטורי על כנו.¹⁷⁹ בסופו של דבר נותרה סמכות בג"ץ בידי בית המשפט העליון. הצעות לפצל את בית המשפט העליון לשניים – חלקו האחד ישמש בית משפט לערעורים וחלקו האחר ל"שיפוט אדמיניסטרטיבי"¹⁸⁰ – עלו במסגרת חליפת הנוסחים על החוקה ובדיונים שקדמו לחוק בתי המשפט, אך לא התקבלו. עם זאת, לפחות היבט מרכזי אחד מתוך הצעתו של כהן שרד את המשבר החוקתי של החלטת הררי והשפיע על עיצוב הרשות השופטת בשנים שיבואו: הליך המינוי של שופטים בישראל.¹⁸¹ שר המשפטים פנחס רוזן יזם את יישום הצעתו של כהן בשנת 1951. ביצור מעמד השופטים לא הושג בנקל;¹⁸² רוזן בחר לאפיין את שיטת המינויים המוצעת בחוק כהמשך לשיטה הבריטית וביטוי לכלל "שהוא נחלת העמים הנאורים".¹⁸³ כהן, לעומת זאת, ראה במודל שהציע "ניסיון חדש".¹⁸⁴

הדוגמאות הללו מאירות כמה מהאופנים שבהם הושפע הדיון החוקתי בישראל מתהליכים חוקתיים במדינות אחרות בשנים הראשונות של המדינה. ספרות חוקתית השוואתית נוטה להתייחס לשנת 1945 כנקודת שבר עמוק שהניבה סדר משפטי חוקתי חדש. בנאום שנשא סר

179 ראו שגיא "הסמכות והרשות: על הקמת בית המשפט העליון במדינת ישראל", לעיל ה"ש 171, בעמ' 43. ראו גם דברי השופט חשין שהביא שגיא: "סעיף 49 עשה עליי רושם של מערכה אחרונה בטרגדיה [...] אם לא נוכל להעביר את רוע הגזירה, הייתי מציע לנסח זאת אחרת [...] אבל אל תהיה לנו הנימה הנוגה האת, שאנחנו לא נוסיף לשבת כבית משפט גבוה לצדק" (שם, בעמ' 50).

180 שם, בעמ' 56. ראו גם ד"כ 19, 332-333 (התש"ז).

181 על תרומתו הייחודית של כהן לעיצוב הוועדה למינוי שופטים ראו שחל, לעיל ה"ש 156, בעמ' 40-43. שחל מתאר את התייחסותו של כהן למנגנון שיצר כ"יצירה חדשה" וייחודית בהשוואה לשיטות משפט אחרות. עם זאת, בדיוני הכנסת התייחסו החברים למנגנון המוצע כמודל מבוסס מומחיות, השואב השראה ממדינות שבהן נהוג מודל כזה, והשוו אותו למודל המבוסס על בחירה. ראו גם אליקים רובינשטיין שופטי ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל 103 (1980).

182 פנינה להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית 127-128 (2002).

183 "הרי הנהיגו אצלנו בתקופת המאנדאט את כללי המשפט המקובל האנגלי (בלעז "קומון לאו"), ובין כללים אלה תופס מקום בראש הכלל שהוא נחלת העמים הנאורים, שכל שופט הוא בלתי תלוי ואינו עתיד ליתן דין וחשבון על פסקיו אלא למצפוננו בלבד". גם בהצגת שיטת המינויים לחברי הכנסת טען פנחס רוזן כי "לגבי עיקרו של מינוי השופטים הולכים אנו בעקבות השיטה המקובלת ברוב הארצות – כיצד? כוונתי לעובדה שאנו ממנים את שופטנו ולא בוחרים בהם"; ד"כ 8, 1178 (התשי"א), בדיון על חוק השופטים תשי"א-1951 (קריאה ראשונה). קודם לכן כחן רוזן את שיטת המינויים באנגליה, בארצות-הברית ובמדינות אירופה, וטען בזכותו של המודל האנגלי ("אין להכחיש שיש לה למסורת הבריטית על מה להישען: השופטים שהעמידו הפרקליטים משורותיהם במשך דורות רבים העלו את רמתו של השיפוט לשיאים גבוהים. על כן גברה גם בתוך הממשלה, בהציעה לבית את החוק הזה, הנטייה ללכת בעקבות מסורת זו [...]").

184 מתוך דברי ההסבר לטיטוטה השנייה להצעתו של כהן (ששימשה בסיס לדיוני ועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית). ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 181, בעמ' 103-104; שחל, לעיל ה"ש 156, בעמ' 41.

וויליאם פיצג'רלד, אחד מגיבורי סיפורו של לחובסקי על אודות המשפט הישראלי בשנות הארבעים,¹⁸⁵ מובאים קווי המתאר של אתוס השבר: "יש לציין את תקופת 20 השנים האחרונות כזמן שלא היה כמוהו אפילו בליל החשך של ימי הבינים, מאז נתן יוסטיניאן לעולם את האינסטיטוציות שלו לפני 1500 שנים. זו היתה תקופת העריצים כשרודנים בין לאומיים שהעמידו עצמם מעל החוק, הופיעו על הבמה".¹⁸⁶ באותה רוח ציין פיצג'רלד, בנאום אחר, כי "המשפט שימש תפקיד מכריע בהגנה על הציביליזציה המערבית "מאבני הנגף והמכשולים האיומים, שבהם נפלו אומות אחרות" – ויתרה מזו: "המשפט בנוי על ההנחה של שוויון בין כל בני האדם כל אחד רשאי לבוא ולא רק לבקש את הזכויות אלא גם לדרוש את הזכויות הנובעות מכבוד האדם והכרת ערכו".¹⁸⁷ אכן, אפשר לקרוא בנוסחי החוקה השונים את הצורך בכינון חוקה כחלק מהלך הרוח שנבע מהלקח של "אחרי המלחמה". מבט השוואתי כזה מאפשר גם להבין את הנסיגה מחוקה כתובה – כסמן לשינוי בדבר משקלם או פירושם של שיקולים הנוגעים למעמד הבינלאומי ישראל או לדימויה כדמוקרטיה מערבית – לטובת שיקולים אחרים בקרב מקבלי ההחלטות. בחינת יחסי הגומלין דרך סוכני השינוי – נשאי השפעות הגומלין – חושפת טווח השפעה רחב ומורכב יותר. השחקנים המעורבים בתהליך החוקתי היו ברובם מהגרים משיטות משפט שונות ומגוונות; על פי רוב, תפיסת המשפטית של מנסחי החוקה שבדרך התעצבה בשנים שבין המלחמות ועל כן בחינת יחסי הגומלין האופקית מחייבת אותנו להסב מבט אחורה, למקורות ההשפעה שלהם בעת עיצוב תפיסת המשפטית בתקופות מוקדמות יותר, בצד ההקשר המידי-עכשווי של התקופה שבה החוקה מעוצבת. השפעתן של מסורות חוקתיות מתחרות על שחקני מפתח ניכרת בוויכוח על אודות החוקה באותם ימים ראשונים. יורם שחר תיאר את מצב המעורבים בתהליך הניסוח של מגילת העצמאות: "הרעיונות מאחורי המילים והצורות בהכרזה הם רעיונותיהם של האנשים שכתבו אותה, וכי מצבורם הכולל מבטא את האני מאמין של דור מקימי המדינה באותו אופן מסובך ומורכב שבו מתגבש רצונה של קהילה באמצעות פעולה של יחידים בתוכה".¹⁸⁸ לקראת סיום מלחמת העצמאות והבחירות הדמוקרטיות לאספה המכוננת חלה תפנית בעמדה של בן-גוריון ושל מדינאים נוספים.¹⁸⁹ התפנית הזו הביאה בסופו של דבר לכך שבשונה ממדינות אחרות שמשטרן החוקתי עוצב לאחר מלחמת העולם השנייה – וכלל חוקה כתובה המעגנת הליך ממוסד של ביקורת שיפוטית – הניסיונות לכוון חוקה בשנה הראשונה של הכנסת הראשונה (מאי 1949 – יוני 1950) העלו חרס. אם בשלבים מוקדמים יותר לא הוטל כינון החוקה בספק והדיון החוקתי התאפיין בפתיחות וברצון ללמוד וליטול

185 ראו Assaf Likhovski, *Law and Identity in Mandate Palestine* 75 (2006).

186 סר ויליאם פיצג'רלד "המשפט בתקופת השיקום" הפרקליט א(6) 5 (1944).

187 "קבלת פנים לזקן השופטים" הפרקליט א(7) 26, 27 (1944).

188 שחר, לעיל ה"ש 154, בעמ' 525.

189 לדיון בתהליך זה ראו קידר, לעיל ה"ש 155, בעמ' 27-121. קידר מכנה את התנגדותו של בן-גוריון לחוקה "המהלך החוקתי הבולם" ומתאר אותו כמאבק לבלום תופעות מגזריות-מפלגתיות המאיימות על יכולתה של המדינה החדשה לפתח מוסדות ממלכתיים. פנינה להב מייחסת את האמביוולנטיות ביחס לשלטון החוק בקרב אנשי התנועה הציונית לתרבות הפוליטית של התקופה, שהתאפיינה בזרמים "תת קרקעיים של אי-לגליזם"; ראו להב, לעיל ה"ש 182, בעמ' 128-132. ראו גם Rozin, לעיל ה"ש 163.

ממסורות חוקתיות אחרות, נראה כי כעת הוטל ספק ממשי בעצם כינונה של החוקה ומהלך הטיעון נהפך בדלני ומתריס יותר כנגד המשפט הבינלאומי ונגד האפשרות ליטול ממסורות חוקתיות אחרות. בתקופה הזו איבדה המחויבות לפעול על פי החלטת החלוקה מתוקפה;¹⁹⁰ בלשונו של דוד בר-רב-האי:

אז היתה מציאות אחרת ומצב אחר. דומה היה אז שהמדינה הולכת ומוקמת מתוך שיתוף פעולה עם גורמי האו"ם [...] מצב זה נשתנה לגמרי [...] ולא האו"ם יכתיב לנו אימתי יחוקו לעצמם אזרחי המדינה הזאת חוקת יסוד. הבית הזה הוא סוברן יחיד, והוא יחליט אימתי יגיע זמנה של קונסטיטוציה כזו.¹⁹¹

נוסף על כך, הממד ההשוואתי נהפך בסיס לטיעונים נגד כינון החוקה בעת הזו: "הייתי מזמן את חברי הבית הזה לטיול בחוקי המדינות השונות", טען דוד בר-רב-האי במסגרת דיוני הכנסת הראשונה, "וודאי היו משתאים לראות שאותן המדינות שזכו אצלנו וכיבוד הרחב בעולם הגדול לרפוטאציה של מדינות לא-דמוקרטיות ביותר – הקונסטיטוציות שלהן הן דוקא דמוקרטיות ביותר [...]".¹⁹² זרח ורהפטיג, חרף תמיכתו המוקדמת בחוקה, טען ברוח דומה: "אם הכוונה לחבר חוקה על יסוד כמה חוקות אחרות, – הרי היא מיותרת [...] לא יהיה בזה משום הוספת כבוד לישראל – לא בעיננו ולא בעיני העמים [...]".¹⁹³ אפרים תבורי אפיין את הטענה שלפיה "לכל מדינות העולם, חוץ מאנגליה, ישנה קונסטיטוציה שהיא חוקת יסוד אחת כוללת" כ"נימוק גלותי".¹⁹⁴ גם דוד בן-גוריון דן באריכות בניסיון החוקתי של מדינות אחרות בעולם: "חוקה במובן זה היא ככללה המצאה פוליטית חדשה", קבע, "שלא מלאו לה עדיין מאתיים שנה, ונתחדשה מתוך מאורעות פוליטיים מסויימים, ויש לברוק ולבחון אם מדינתנו זקוקה לחידוש זה". החוקה האידאלית לטעמו היא זו של אמריקה הצפונית: "הדרושה לנו חוקה מיוחסת, נוקשה, הכובלת ידי המחוקק והעם הריבוני, ומטילה על השופטים להכריע אם החוק שרוצה בו העם כשר או פסול? התשובה שלילית: "הנסיבות שהצריכו והצדיקו חוקה עלינוה ומיוחסת באמריקה או אפילו בצרפת, אינן קיימות בארץ,

190 יצחק הנס קלינגהופר תיאר את היעדר העניין של המעצמה האנגלית ליטול חלק בתהליך שנגע לביסוס משטר חדש בארץ, את המאבק הצבאי ואת שיתוקה של הוועדה הבינלאומית כגורמים מרכזיים בעיצוב תהליך מעברי שונה מזה שנדרש בהחלטת החלוקה. ראו הנס קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית-חוקתית" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 58-72 (יצחק זמיר עורך, 1993). על תהליך ההתפוררות של המחויבות לפעול על פי החלטת החלוקה כבר בשלבי הכתיבה של הכרזת העצמאות ראו שחר, לעיל ה"ש 154, בעמ' 569-570, 577.

191 חוקת המדינה: הדין וחשבון של ועדת החוקה חוק ומשפט בדבר חוקת המדינה והדיונים במליאת הכנסת הראשונה, פרוטוקול ישיבה מס' 113 של הכנסת ה-1, דבריו של חבר הכנסת דוד בר-רב-האי מטעם מפא"י (7.2.1950).

192 ש.ם.

193 ש.ם.

194 ש.ם, בפרוטוקול ישיבה מס' 115 של הכנסת ה-1, דבריו של חבר הכנסת אפרים תבורי מטעם מפא"י (13.2.1950). תבורי הוסיף וציין כי לאור חקיקת חוקי היסוד שנחקקו עד אותה עת (ביטחון, חינוך חובה, מעבר ומבקר המדינה) "אין לנו במה להתבייש, לא מפני סוריה, שיש לה קונסטיטוציה, וגם לא מפני רוסיה, בלגיה וכל אותן הדרוגמות שהביאו לנו בשיבות המרובות של ועדת חוק, חוקה ומשפט, וגם בויכוח כאן בכנסת" (ש.ם).

ונהפוך הוא. הרגע החוקתי המשמעותי בעיני בן־גוריון – "מעמד הר סיני" – אירע בהכרות העצמאות: "[...] בתעודה שהיא חשובה לדעתי אפילו מחוקה [...] אם גם לנאמר באותו יום אין תוקף חוקי פורמאלי [...] מעמד כזה לא מתרחש כל יום, עד אז – עשה נעשה מלאכתנו יום יום באמונה, בענווה, בהתמדה, ובלי רתיעה [...]".¹⁹⁵ השינוי בעמדה של בן גוריון ושל אחרים חושף את האופנים שבהם שימשו הדיון ההשוואתי והרטוריקה הנורמטיבית לקידום אינטרסים פוליטיים צרים יותר. הצרת כוחה של מפלגת השלטון – באמצעות חוקה ועיגון מוסדי של הביקורת השיפוטית – לא עלו בקנה אחד עם האינטרסים הפוליטיים של מפא"י במרחב תמרון רחב ככל האפשר.¹⁹⁶ היטיב לנסח את הנימוק הברדלני הרב יצחק מאיר לוין:

נקרא לעורך־דין שגמר אוניברסיטה והוא יקח 10 מביין 80-70 החוקות הקיימות בעולם, ויחבר מתוכן חוקה – וחסל. ואנו, העם עתיק היומין, העם שהיה בעל תרבות גבוהה בשעה ששאר האומות היו עדין ברברים, העם הזה יחבר את חוקתו מפירוורים שילוקטו מעמים אחרים. הבאמת לשם כך סבלנו אלפיים שנה בגלות, האם לזאת ציפינו, שניהפך בסופו של דבר לעם קטן בין כל העמים?¹⁹⁷

עבור חלק מחברי הכנסת שימש הניסיון של מלחמת העולם השנייה נימוק נגד אימוצה של חוקה: "איך אפשר להסביר שעל אף כל החוקות האלה, השלמות, והמשוכללות בתכלית השלמות והמצוינות בכל פינה בתבל, יכול היה לקרות מה שקרה בדורנו", שאל אליהו כרמלי ממפא"י את חברי הבית.¹⁹⁸ אחרים, כמו יוחנן בדר, סברו שהניסיון ההיסטורי הזה מוכיח את הכרחיותה של חוקה:

דיברו כאן על תקופה טוטאליטארית. מגילת החובות, רבותי, היא הסיסמה של התקופה הטוטאליטרית. לאדם יש חובות, אולם זכויות אין לו. מהו הפארלאמנט שאין גבול לרצונו? פארלאמנט כזה אינו אלא עריץ קיבוצי; ובני אדם חופשיים

195 שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 117 של הכנסת ה־1, דבריו של ראש הממשלה דוד בן־גוריון (20.2.1950). חברי כנסת נוספים תמכו במהלך הדרגתי. כך, למשל, אמר יוסף בורג, מטעם החזית הדתית המאוחדת: "סבורני שמבחינה מתודית מן הראוי לבצע את יצירת החוקה בדרך של מגילת מגילות, צעד, צעד [...]". (שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 136 של הכנסת ה־1, דבריו של חבר הכנסת יוסף בורג מטעם החזית הדתית המאוחדת (8.2.1950)).

196 מנחם מאוטנר מתאר התפתחות מאוחרת יותר, שבה פנתה אותה אליטה לעגן את מוסד הביקורת השיפוטית לנוכח דעיכת מעמדה ההגמוני; ראו MENACHEM MAUTNER, LAW AND THE CULTURE OF ISRAEL 99-158 (2011). בדומה, מנהיגות הליכוד של שנות האלפיים, הפעם במעמד הגמוני, ביקשה להצר ולהגביל את סמכויות הביקורת השיפוטית.

197 חוקת המדינה: הדין וחשבון של ועדת החוקה חוק ומשפט בדבר חוקת המדינה והדיונים במליאת הכנסת הראשונה, פרוטוקול ישיבה מס' 117 של הכנסת ה־1, דבריו של שר הסעד הרב יצחק מאיר לוין (20.2.1950). ראו גם את נאומו של חבר הכנסת צבי פנקס: שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 134 של הכנסת ה־1, דבריו של חבר הכנסת דוד צבי פנקס מטעם החזית הדתית המאוחדת (2.5.1950).

198 שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 134 של הכנסת ה־1, דבריו של חבר הכנסת אליהו כרמלי מטעם מפא"י (2.2.1950).

יש להם תכונה אחת – הם מוכנים להיכבל על ידי החוק, אך לעולם לא יסכימו להיכבל על ידי רצונה של אדם אחד, או על ידי רצונה של קבוצת שליטים.¹⁹⁹

טיעונים ברוח דומה עלו גם מספסלי מפא"י, למשל מפי יוסף לם:

ואני שואל: איך הגיע היטלר לשלטון? איך הגיע פילסודסקי בפולין לשלטון? איך נשברה החוקה בלאטביה, איך נשברה החוקה על ידי הפאשיזם באיטליה [...] לפני ואחרי מלחמת העולם הראשונה חשבנו כולנו שדמוקראטיה פורמלית נותנת וצריכה לתת שוויון פורמאלי לכל אדם. בינתיים למדנו שהשוויון הזה נוצל לשבירת הדמוקרטיה [...] ואם יש צורך בחוקה, הרי זה רק כדי להבטיח זכויות המיעוטים הדמוקראטיים נגד כוונת הרוב, העלול אולי לבגוד בשליחותו הדמוקראטית.²⁰⁰

אל מול הטוענים לברלנות המשיכו חברי כנסת אחרים להדגיש את החשיבות של הבנת "המצב אצל הגויים" לעיצוב החוקה הישראלית.²⁰¹ טיעון אבולוציוני מובהק עולה מדבריו של יעקב קליבנוב (הציונים הכלליים):

קונסטיטוציות נוצרות והולכות באירופה מזה 150 שנה ויותר [...] אשאל את המתנגדים לחוקת היסוד: כמה מדינות חדשות ומשטרים חדשים קמו במשך התקופה הזאת ולא יצרו לעצמם חוקות יסוד מיד עם תקומתם? אמנם עם נבחר אנחנו; אבל האם חכמים ונבונים אנו בעיני מדינה מכל עמי העולם? מניין לנו ההתנשאות הזאת על אחרים, מניין הבטחון הקרני הזה, שאין לנו מה ללמוד מנסיונם הממושך של עמים אחרים?²⁰²

דברים דומים השמיע יוחנן בדר: "אך פתאום נתגלה בקרבנו רצון להיות 'מקוריים', שדוקא אצלנו לא תהיה חוקה".²⁰³ טיעונים ברוח זו לא הצליחו לשנות את כיוון כנפי

-
- 199 שם, דבריו של חבר הכנסת יוחנן בדר מטעם תנועת החירות.
- 200 שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 116 של הכנסת ה-1, דבריו של חבר הכנסת יוסף לם מטעם מפא"י (14.2.1950). ראו גם דברי רחל כהן, חברת כנסת מטעם ויצ"ו: "אני מתבוננת באזרחי הארצות הדמוקראטיות שיש להם חוקה. איזה בטחון עצמי יש להם! יאמרו לי שגם לאנגלים יש בטחון עצמי, אבל גם להם יש חוקה, אלא שהיא כתובה בדם ולא בדיו – ואני בוחרת בחוקה כתובה בדיו" (שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 117 של הכנסת ה-1, דבריה של חברת הכנסת רחל כהן מטעם ויצ"ו (20.2.1950)).
- 201 ראו, למשל, נאומו של חבר הכנסת קוסוי, שהקדיש את נאומו לדין במסורות חוקתיות אחרות ובמשמעותן לעיצוב החוקה בישראל: שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 115 של הכנסת ה-1, דבריו של חבר הכנסת יונה קוסוי מטעם מפא"י (13.2.1950).
- 202 שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 117 של הכנסת ה-1, דבריו של חבר הכנסת יעקב קליבנוב מטעם הציונים הכלליים (20.2.1950).
- 203 שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 134 של הכנסת ה-1, דבריו של חבר הכנסת יוחנן בדר מטעם תנועת החירות (2.2.1950).

ההיסטוריה לטובת כינון החוקה; הם נחלשו אל מול טענות בדבר סכנות ביטחוניות וערכיות בכלל, ובמיוחד אל מול סכנות התפרצותה של "מלחמת־דעות חריפה [...] קולטורקאמפף".²⁰⁴ חברי אופוזיציה העלו ביקורות נוקבות נגד מתנגדי החוקה. עמדתם הרעיונית עלתה בקנה אחד עם האינטרסים הפוליטיים המובהקים שלהם, שהרי מפלגות האופוזיציה ביקשו ליצור תנאים מוסדיים להרחבה של ערוצי השיח הציבורי והביקורת על השלטון ושל הצרת חופש פעולתו ככל שאפשר. מנחם בגין טען בתוקף:

[ש]צו השעה הוא לחוקק חוק על זכויות האדם והאזרח במדינת ישראל, כאשר הזכויות האלה נרמסות ברגל גאווה של בעלי השררה המתנשאים מעל לעם. הזכויות האלה לא נכתבו עדין בשום חוק, אבל בינתיים נכתבת המציאות [...] דבר אחד אתם רוצים למנוע: שיהיה חוק חופש, חוק צדק, שיהיה קודם לכל שאר החוקים, ושאתם על ידי רוב מכאני לא תוכלו בבוקר לא־עבות לבטלו [...] יש כאן כת שלטת העומדת מעל לכל חוק, משום שאין חוקה שתגביל אותה. אתם רוצים להמשיך בכך, ושהוא הנימוק האמיתי של התנגדותכם לחוקה, שאינכם מגלים אותו לעם.²⁰⁵

בגין אף כרך בנאומו את כינון החוקה עם הליך ההפנמה של הדין הבינלאומי בישראל:

נכון הוא שהממשלה יכולה להכניס ידה למגירה הבריטית, להוציא משם את "דבר המלך במועצתו" ולטעון: אין עלינו חובה להביא את החוזים הבינלאומיים בפני הכנסת, לאישורה. לנוכח העובדות הללו מתעוררת ומתבהרת לחלוטין השאלה היסודית במשפט המדינה: האם דרוש למדינה חוק, שיהיה קודם לכל חוק אחר, חוק עליון, או במלה קצרה: חוקה.²⁰⁶

דברים דומים השמיע מאיר יערי מטעם מפ"ם:

שתי המפלגות העיקריות של הקואליציה הממשלתית חברו יחד נגד החוקה [...] והשאלה הנשאלת: היכן תמצא היום מדינה דמוקרטית, ותהא זאת אפילו דמוקרטיה בורגנית, ששם תצליח המפלגה הקלריקאלית החזקה ביותר למנוע חוקה מן העם [...] ותירתע ממתן חוקת יסוד בשל איומי "קולטור־קאמפף"?²⁰⁷

204 "אנו נראה בחוקה חילונית, נסיון לתת גט־כריתות לתורתנו הקדושה". התומכים והמתנגדים מדגישים תדיר את החשיבות החינוכית של החוקה לאור הרקע ההיסטורי הייחודי של העם היהודי: "האם כל העולים הבאים עתה יודעים מה הם חיי מדינה? אינני בטוח בכך, שכל היושבים הוותיקים בארץ יודעים מהם חיי מדינה [...] האם כל יהודי יודע, מה הן הזכויות ומה הן החובות שמדינה מטילה על אזרח?" (שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 113 של הכנסת ה־1, דבריו של חבר הכנסת בן־ציון דינבורג מטעם מפא"י (7.2.1950)).

205 שם.

206 שם.

207 שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 115 של הכנסת ה־1, דבריו של חבר הכנסת מאיר יערי מטעם מפ"ם (13.2.1950). לביקורת ברוח דומה על אודות התחמקות השלטון מחוקה כדי לפגוע בחירויות האזרח ולבסס את כוחו, ראו שם, בפרוטוקול ישיבה מס' 134 של הכנסת ה־1, דבריו של חבר הכנסת תופיק טובי מטעם מטעם מק"י (2.5.1950). יהושע פרוידנהיים תיאר בספרו את המתח המפלגתי כמרכזי לוויכוח בין באי הבית; ראו יהושע פרוידנהיים השלטון במדינת

לכסוף נתקבלה הצעת הפשרה של חבר הכנסת יזהר הררי (החלטת הררי), שלפיה תהליך הכינון של החוקה ייעשה בשלבים, במתכונת של חוקי יסוד שיאוחדו עם השלמת התהליך לכדי חוקה אחת.²⁰⁸ אם נוסחי החוקה הראשונים הפנימו רכיבים מרכזיים מהחלטת החלוקה, ובכלל זה ביצור מעמדו של המשפט הבינלאומי כמשפט-על נורמטיבי בישראל, ההתנתקות מהחלטת החלוקה הטתה את הכף לטובת הגישה הדואליסטית. העובדה שהנסיגה במידת המחויבות למשפט הבינלאומי אירעה בד בבד עם התנערות מהצורך ללכת בדרכן של חוקות העולם, הולמת את טענתנו בדבר יחסי הגומלין שבין תהליכים (תנועות ותנועות-נגד) במישור החוקתי ובמישור הבינלאומי.

שיטת המשפט הישראלית החלה את דרכה אפוא בלא חוקה, והתאפיינה בעליונות הפרלמנט. עליונות זו לא הייתה ייחודית לישראל; במובנים רבים היא הייתה המשך של שיטת המשפט הבריטית שממנה הושפעה רבות השיטה הישראלית בשנותיה הראשונות.²⁰⁹ עם זאת, הייתה זו תפיסה חריגה בנוף המשטרים הדמוקרטיים שנוצרו בעשורים הראשונים שלאחר מלחמת העולם השנייה.²¹⁰ יתרה מזו: ישראל שלאחר הכרזת העצמאות הייתה רחוקה מהמושבה הבריטית של תקופת המנדט או מבריטניה עצמה.²¹¹ מאפייניה הייחודיים כמדינה "יהודית ודמוקרטית", המורכבות הדמוגרפית שלה והמתיחות הביטחונית שבה הייתה נתונה חייבה והניבה סדר יום חוקתי ייחודי.²¹²

רוחות השעה של הגל הראשון נתנו סימנים בניסיונות הראשונים לכונן חוקה בישראל, ונכשלו מהסיבות שמנינו. חוקי היסוד התמקדו בנהלים משטריים המשקפים את סדרי השלטון הקיימים.²¹³ הניסיונות לחוקק חקיקת יסוד בתחום זכויות האדם או לכונן חוקה לא

208 ד"כ 5, 1743 (התש"י).
 209 המתמקד בדיון על החוקה כוויכוח על הזהות הקולקטיבית בארץ ראו Rozin, לעיל ה"ש 163.

210 Claude Klein, *A New Era in Israel's Constitutional Law*, 6 ISR. L. REV. 376, 382-383 (1971); לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות", לעיל ה"ש 173, בעמ' 716-719; MENACHEM MAUTNER, *LAW AND THE CULTURE OF ISRAEL* (2011) 35-41.

211 ראו פרק א במאמר זה, בחלק העוסק בגל הראשון.
 212 Assaf Likhovski, *In Our Image: Colonial Discourse and the Anglicization of the Law of Mandatory Palestine*, 29 ISR. L. REV. 291 (1995); לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" לעיל ה"ש 173, בעמ' 694.

212 פנינה להב טוענת כי "תפישת אי התלות של הרשות השופטת, המקובלת במערב, לא היתה חלק מהתרבות המשפטית" של החברה הישראלית בעשור הראשון לקיום המדינה. פנינה להב "העז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479, 480-481 (1989).

213 חוק יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69; חוק יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח התש"ך 56; חוק יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118; חוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158; חוק יסוד: משק המדינה, ס"ח התשל"ה 206; חוק יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154; חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח התש"ם 186; חוק יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78; חוק יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30.

הבשילו בעשורים הראשונים למדינה,²¹⁴ ומרבית פסיקתו של בית המשפט העליון בשנים הראשונות נרתעה מהסגת גבולותיהן של רשויות אחרות.²¹⁵ אולם, חרף היעדר חוקה עלי ספר לא נפקד מקומן של זכויות מספר החוקים הישראלי.²¹⁶ זכויות סוציאליות עוגנו במשפט העבודה הישראלי ובתחומים נוספים.²¹⁷ שיח הזכויות החוקיות, שאפיין את הפסיקה בתקופת המנדט, זכה להכרה גם בפסיקת בית המשפט העליון שלאחר קום המדינה.²¹⁸ זכויות אדם במובנן החוקתי הוכרו גם בחקיקה.²¹⁹ פסיקת בית המשפט כללה החלטות להגן על זכויות הפרט כנגד פגיעה על ידי השלטונות. בית המשפט העליון, בדומה לפסיקת זכויות האדם בבריטניה, פיתח מגילת זכויות שיפוטיות (common law bill of rights),²²⁰ ובמסגרתה הכיר בשורה ארוכה של זכויות הלכתיות.²²¹ ציון דרך בסיפור התהוותה של מגילת הזכויות

214 ראו, למשל, את הצעתו המקיפה של פרופ' קלינגהופר למגילת זכויות אדם: יצחק הנס קלינגהופר "מגילת זכויות האדם: הקפאון בחקיקה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 137 (יצחק זמיר עורך, 1993); כן ראו את הצעת החוקה של אקצין: בנימין אקצין הצעת חוקה למדינת ישראל (1965).

215 לדיון בפסיקה בשנים הראשונות של המדינה, המשקפת תפיסה שיפוטית זו, ראו דוד קרצ'מר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט 501, 555-559 (1989): "תפקידו של בית המשפט במערכת מוסדות השלטון ובתקופה מוקדמת זו הוא לרונן בסכסוכים בין אזרח ואזרח ובין אזרחים ורשויות־ממשל. ברוננו בסכסוכים על בית המשפט לפרש את החוק הקיים ולהחילו; אך אין זה מתפקידו לתת את דעתו לרציותם של החוקים: עליו להזהר שמא יסיג גבולה של רשות אחרת, ובראש ובראשונה – של הרשות המחוקקת" (שם, בעמ' 557).

216 ראו, למשל, חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, ס"ח 248. לדיון ביקורתי ראו פנינה להב "כשהפליאטיב רק מקלקל: הדיון בכנסת על חוק שיווי זכויות האישה" זמנים 46-47, 149 (1993); ליאורה בילסקי "ייבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" עיוני משפט כה 523 (2001).

217 על הציפיות ביצירת משפט עבודה מודרני מתקופת המנדט לשנותיה הראשונות של המדינה ראו לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות", לעיל ה"ש 173, בעמ' 696-704.

218 שם, בעמ' 704-712.

219 לסקירה מקיפה של המקורות הסטוטוריים והפסיקתיים של זכויות האדם לפני חקיקת חוקי היסוד ראו ברק, לעיל ה"ש 31, בעמ' 109-120.

220 לביטוי "מגילת זכויות שיפוטיות" ראו את פסק דינו של מ"מ הנשיא מ' לנדוי בבג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 657, 664 (1977). לדיון בחשיבותה של מגילת הזכויות ראו, למשל, מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 253 (1995).

221 בפסק הדין בעניין אל-כרבוטלי, שניתן בתחילת 1949, הרגיש בית המשפט: "השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה, ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של כל מדינה. יהיה בזה נזק חמור לציבור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק ואף באופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסייגים המובאים על ידי המחוקק על דרך השימוש בכוח הזה [...]". בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הבטחון, פ"ד ב 5, 15 (1949). בפסק הדין בעניין בורדנו פסק השופט שניאור זלמן חשין כי "לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח יד אשר יבחר לעצמו". חשין הבהיר את משמעותה ומעמדה של הזכות ההלכתית:

ההלכתיות הוא פסק דינו של השופט אגרנט בפרשת קול העם:²²² "פסקי הדין הללו, ובראשם קול העם, היו כשושנה בין החוחים", כתבה פנינה להב כמה עשורים מאוחר יותר.²²³ סתימת הגולל על החוקה בהחלטת הררי לא הכריעה את הדיון החוקתי בישראלי לטובת תפיסה קולקטיביסטית או חלוצית, המדגישה חובות על פני זכויות. כמו במקומות אחרים, התהליך החוקתי לא היה קוהרנטי אלא התאפיין בדיאלקטיקה פנימית. חלף ההבנה החד-ממדית של ההכרעה בהחלטת הררי, אפשר להתבונן ברגעים הראשונים של המשפט החוקתי בישראל מתוך פרספקטיבה רב-קולית, המפרקת את המדינה לרשויות, מוסדות ושחקנים.²²⁴ אל מול עמדת המחוקק בהחלטת הררי קידמו חלק מהשופטים, חלק מהזמן, תפיסה חוקתית מתחרה ומאתגרת בהשוואה לעמדתם של מוסדות השלטון. סופר זה מכבר על השפעת המשפט החוקתי האמריקני על אגרנט ועל השפעות המסורת החוקתית והמשפטית של גרמניה שלפני המלחמה על השופטים היקים בשנים הראשונות של בית המשפט העליון.²²⁵ מסורות אלו הלחלו אל השיח החוקתי בישראל, כפי שמבטאים היטב פסקי הדין בעניין קול העם וירדור,²²⁶ ועיצבו את גררי המחלוקת האידאולוגיים בין תפיסות קולקטיביסטיות לתפיסות המדגישות את חירויות הפרט ושלטון החוק.

כרבות הזמן, עם שינוי כיוון המטוטלת לטובת המסורת הרעיונית הליברלית, התפתח הסיפור החוקתי של ישראל כסיפור הדרגתי של פיתוח מגילת זכויות אדם הלכתיות, שכללה הגנה על ערכים רבים: חופש הביטוי,²²⁷ חופש הדת והמצפון,²²⁸ כללי הצדק הטבעי,²²⁹ חופש

-
- זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה". עוד נקבעו בפסק הדין הלכות יסוד בעניין זכות הפרט להישמע טרם פגיעה בזכויותיו וכן חובת הבירור של הרשות טרם קבלת החלטה הפוגעת בזכות הפרט. ראו בג"ץ 1/49 ב'ורנו נ' שר המשטרה, פ"ד 80, 125-127 (1949).
- 222 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953). להרחבה ראו להב, לעיל ה"ש 182; להב, לעיל ה"ש 212; אורית רוזין "קול העם" – דיוקנו של מאבק שקט, מדברים! – התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 71 (משפט, חברה ותרבות, מיכאל בירנהק עורך, 2006).
- 223 להב, לעיל ה"ש 212, בעמ' 501.
- 224 ANNE MARIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER (2004).
- 225 להב, לעיל ה"ש 182; עלי זלצברגר ופנינה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259 (1998).
- 226 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט(3) 365 (1965).
- 227 עניין "קול העם", לעיל ה"ש 222; רוזין "קול העם" – דיוקנו של מאבק", לעיל ה"ש 222.
- 228 בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962); בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661, 692 (1989); בג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3) 377, 381 (1988).
- 229 בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493 (1958); בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(1) 757, 765 (1976); בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, לר(2) 566, 569 (1980); בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 654 (1981).

התנועה,²³⁰ השוויון,²³¹ זכות הקניין,²³² חופש ההתאגדות והשבייתה,²³³ השם הטוב²³⁴ וחופש העיסוק.²³⁵ למגילת זכויות האדם ההלכתיות נוספה ביקורת שיפוטית על פעולות מנהליות ופרשנות חקיקה באמצעות כלים פורמליים ומהותיים.²³⁶ בשנות השבעים והשמונים הורחבו עילות הביקורת השיפוטית על המנהל²³⁷ וזכות העמידה בבית המשפט.²³⁸ תקופה זו התאפיינה בגידול במספר העתירות שהוגשו לבית המשפט על ידי ארגונים לא ממשלתיים וקבוצות נוספות.²³⁹

- 230 בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1486, 1480 (1951); בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 712 (1986); בג"ץ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708, 709 (1988); בג"ץ 386/85 בדיר נ' יוסף טוב, פ"ד לט(3) 54, 55 (1985); ב"ש 1064/86 הארכיגמון שאהה אג'מיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 83, 84 (1987).
- 231 בג"ץ 98/69 ברנגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 698, 693 (1969); בג"ץ 153/87 שקריאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 274 (1988); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 331-332 (1988); בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 806, 800 (1978).
- 232 בג"ץ שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לר(1) 281, 285 (1979); בג"ץ 249/64 ברוך נ' מנהל המכס והבלו, פ"ד יט(1) 489, 486 (1965); ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן, פ"ד לה(3) 651, 645 (1981).
- 233 בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673, 679 (1964); ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, 1220 (1962); ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק ז"ל, פ"ד מא(3) 169, 190 (1987); בג"צ 124/70 שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה(1) 509, 505 (1971).
- 234 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 856 (1989); ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 218 (1985); ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1, 10 (1993).
- 235 פרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 221; ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים, פ"ד מה(4) 529, 561 (1991); בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד יב 264, 268 (1957); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 353 (1983).
- 236 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 79-81 (מהדורה ראשונה, 1996); מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 543 (1993).
- 237 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 236, בעמ' 81-83; יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי" ספר גבריאל בכ 383, 401-402, 405-413 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים, 2011); יצחק גל-נור "על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל" משפט וממשל ז 355, 368 (התשס"ד); קרצ'מר "ארבעים שנה למשפט הציבורי", לעיל ה"ש 215; רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994).
- 238 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 236, בעמ' 81-83; זמיר "הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי", לעיל ה"ש 237, בעמ' 401-405; קרצ'מר "ארבעים שנה למשפט הציבורי", לעיל ה"ש 215.
- 239 לנתונים ראו הופנונג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 224-225.

עם זאת, נשמר כוחו "הכול-יכול" של המחוקק לפגוע בזכויות בחוק מפורש, חד-משמעי
 וברור.²⁴⁰

תיאור הסוכם ב"רשימה" את הזכויות שזכו להכרה בפסיקת בית המשפט העליון בעשורים שחלפו מאז הקמתו, מופיע תדיר בדיון החוקתי בישראל. זהו נרטיב המתיישב היטב עם המהלך האבולוציוני של קאפלטי בדבר הכרה גוברת בזכויות האדם והאזרח במחצית השנייה של המאה העשרים. שניהם מתארים מהלך לינארי וחד-כיווני, ללא התייחסות לתנועות-נגד, לשינויי דפוס ולמורכבות פנימית בהיקף ובאופן התפקוד של מוסד הביקורת השיפוטית. תיאור ההיסטוריה החוקתית של ישראל באופן זה הוא בעייתי בכמה מישורים. ראשית, תיאור כזה מתמקד בחצי הכוס המלאה – בזכויות שזכו להכרה. מנייתן יחד מתארת את ההכרה בהן כמהלך מצטבר ומבטאת נרטיב של התפתחות אבולוציונית לקראת עתיד טוב יותר. מהלך כזה נוטה להתעלם מהתוכן ומההיקף של הזכות המוגנת ומשינויים במשמעותה המשפטית לטובת רשימה מצטברת של הישגים. את הנרטיב הזה מאתגרים מחקרים על אודות ההבדלים בהגנה החוקתית שניתנה לערבים בהשוואה לזו שניתנה ליהודים בישראל. קרצ'מר דן באופנים שבהם הגן הפורמליזם המשפטי של ראשית שנות המדינה בצורה טובה יותר על זכויות המיעוט הערבי בהשוואה לעשורים מאוחרים יותר. רון חריס מתאר את ההתמודדות של בית המשפט העליון בפרשת אל-ארד כתפנית של בית המשפט העליון, "שבאמצע העשור השני איזן בין חופש הביטוי לסכנה לכיטחון המדינה באופן שונה מאשר באמצע העשור הראשון – באופן המייחס משקל רב יותר לצורכי בטחון המדינה [...]".²⁴¹ פרשה זו היא דוגמה טובה לתנועת המוטלת שמאפיינת לדעתנו יותר את דרכו של המשפט החוקתי (תנועה ותנועת-נגד, ולא תנועה קוהרנטית בכיוון אחד). נרטיב "הרשימה" אף נוטה לעיוורון מרחבי. כך, למשל, ערער לאון שלף על קריאה אחידה של פסיקת בית המשפט העליון והצביע על פער בין ההגנה על זכויות האזרח בתחומי הקו הירוק לבין ההגנה המוגבלת יותר כשמדובר בתושבי השטחים.²⁴² מחקרים אלה ושכמותם אתגרו את תפיסת הקדמה של הסיפור החוקתי המרכזי של ישראל. נוסף על כך, עצם קריאת התהליך שאנו מתארים לאורם של יחסי גומלין אופקיים או אנכיים לא נושאת ערך חיובי הכרחי. כך, למשל, השפעת המסורת הקולוניאלית על המשטר החוקתי הישראלי היא היבט השוואתי מרכזי שנחקר בספרות על המשפט הישראלי ותוצריו מורכבים.²⁴³

240 פרשת מיטרני, לעיל ה"ש 235; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 558-553 (1993).

241 חריס, לעיל ה"ש 178, בעמ' 150.

242 David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (1990). קרצ'מר טוען כי הפורמליזם המשפטי של ראשית שנות המדינה הגן בצורה טובה יותר על זכויות המיעוט הערבי בהשוואה לעשורים מאוחרים יותר; לאון שלף "גבול האקטיביזם השיפוטי הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" עיוני משפט יז 757, 758 (1993); שמיר, לעיל ה"ש 237, בעמ' 14-15.

243 Yoram Shachar, *The Dialectics of Zionism and Democracy in the Law of Mandatory Palestine, in The History of Law in a Multi-Cultural Society: Israel 1917-1967* 95 (Ron Harris et al. eds., 2002).

(ב) עלומים: סיפור חוקי היסוד

בניגוד לסגנון המאופק שנוטים לייחס להתפתחות של מגילת הזכויות ההלכתיות בישראל, סיפורה של חקיקת חוקי היסוד הוא דרמטי; תוארו המרכזי – "מהפכה". חוקי היסוד מבטאים שינוי משמעותי ביחס לחקיקה שקדמה להם הן בכך שהם כוללים דרישת רוב מוחלט של כל חברי הכנסת לשינויים והן בשל פסקת ההגבלה הכלולה בשני החוקים הנוגעים לזכויות האדם. המונח "מהפכה" נקשר בעיקר לעיגון החוקתי של מוסד הביקורת השיפוטית – הקניית מעמד על־חוקי ומשוריין לחוקי היסוד ביחס לחקיקה רגילה בכנסת. בניגוד לדיון בזכויות ההלכתיות, שאלת הביקורת השיפוטית – מנגנון ההגנה המוסדית על הסדרים חוקתיים מפני חקיקה רגילה – הייתה מרכזית פחות בדיון החוקתי הישראלי עובר לחקיקת היסוד של 1992.

את הסדק הראשון בתפיסת המחוקק כ"כול־יכול" נוהגים לסמן בשלהי שנות השישים (1969), עם פרשת ברגמן.²⁴⁴ פרשנותה ומשמעויותיה של פרשה זו נותרו שנויות במחלוקת. הקריאה האוהדת ביותר על אודות חשיבותה מופיעה בפסק דינו של השופט יצחק זמיר בפרשת בנק המזרחי המאוחד, ולפיה חולל פסק הדין של לנדוי "מהפכה" משום "שנחת על הקהילה המשפטית בהפתעה מוחלטת ושינה סדרי בראשית".²⁴⁵ בפסיקה מאוחרת לפרשת ברגמן הכיר בית המשפט העליון במעמד החוקתי של הרכיבים המשוריינים בחוקי יסוד.²⁴⁶ כפי שצינו, חוקי היסוד שנתקבלו עד 1992 שיקפו מציאות משטרית קיימת. הצעות חוק של מגילות זכויות הוגשו אף הן לכנסת בשנות השבעים והשמונים והצליחו לעבור הליכי חקיקה ראשוניים, אך לא מעבר לכך.²⁴⁷ בה בעת נדונו הצעות לחוק יסוד: חקיקה שכללו מנגנונים שונים של ביקורת שיפוטית בלי להבשיל לכדי חקיקה מחייבת.²⁴⁸

הפעימה המשמעותית והמזוהה ביותר עם המהפכה החוקתית אירעה עם חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992. הקבוצה שהובילה את מהלך המהפכה כללה, בין השאר, את תנועת "חוקה לישראל" שייסדה קבוצת פרופסורים מאוניברסיטת תל־אביב (אוריאל רייכמן, ברוך ברכה, אוריאל רוזן־צבי, אביגדור קלגסבלד, עמוס שפירא, אשר מעוז, דניאל פרידמן

244 מר ברגמן עתר לבג"ץ בטענה שחוק מימון מפלגות פוגע בעקרון השוויון משום שהוא מפלה לרעה מפלגות חדשות המבקשות להיבחר לכנסת. לטענתו, החוק לא נתקבל ברוב מוחלט כמתבקש מחוק יסוד: הכנסת ומשום כך אינו חוקי. בג"ץ הכריז על בטלות החוק ובכך הכריע כי בית המשפט מוסמך לפסול חוק רגיל הנוגד רכיבים משוריינים בחוק יסוד בלי לדון בנימוקים הנורמטיביים להכרעתו זו. עניין ברגמן, לעיל ה"ש 231.

245 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 468 (1995) (להלן: עניין חוק גל); פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 231. פרשת ברגמן עוררה מחלוקת רבות ביחס למשמעות החוקתית, ראו גרעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד 41-47 (2010).

246 ראו, למשל, בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141, 147-148 (1983); בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מב(4) 868, 874 (1989); דוד קרצ'מר "מברגמן וקול־העם לבנק המזרחי" משפטים כח 359, 361-367 (1997).

247 לדיון בהתפתחות הזו ובמשמעויותיה ראו את פסק דינו של הנשיא ברק בעניין חוק גל, לעיל ה"ש 245, בעמ' 373-383.

248 רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה שמגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 83-84 (1997).

ואחרים). הקבוצה הציעה שינוי יסודי בשיטת המשטר והבחירות לכנסת בצד חקיקת חוקי היסוד. חקיקת היסוד לשינוי שיטת המשטר והבחירות לא הניבה את התוצאות הרצויות, ובמאי 2002 החליט הרוב בכנסת לחזור לשיטת המשטר הפרלמנטרית. השינוי היסודי שנתר על כנו הוא החקיקה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק.²⁴⁹ ח"כ אמנון רובינשטיין יזם את פיצול חוק היסוד וכך אפשר להשיג תמיכה של רוב חברי הכנסת בעיגון החוקתית של זכויות יסוד מסוימות.²⁵⁰ ליבת המהפכה של חוקי היסוד לא נקשרה אך בהגנה שניתנה בהן לזכויות האדם; הללו כבר הוכרו במרוצת התפתחותה של מגילת הזכויות ההלכתיות. החידוש שהובא בחוקים אלה נגע לסמכות השיפוטית לבטל חקיקה המנוגדת לחוקי היסוד. במסגרת הקריאה הראשונה על חוק יסוד: חופש העיסוק תיאר חבר הכנסת רובינשטיין את ההקשר החוקתי-השוואתי: "רבותי חברי הכנסת, אין היום כמעט מדינה שאין בה הגנה חוקתית כזו על זכויות האדם [...]"²⁵¹.

בשנת 1995 התפרסם פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, שבמסגרתו דנו שופטי בית המשפט העליון במשמעויות החוקתיות של חוקי היסוד. פסק הדין עיגן באופן מפורש את מוסד הביקורת השיפוטית מכוח עליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד על חקיקה רגילה בישראל.²⁵² כוחה של הכנסת לפגוע בזכויות המוגנות בחוקי היסוד הללו הוגבל; פגיעה כזו תהא חוקתית רק אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה (ובמקרה של חופש העיסוק – גם את דרישותיה של פסקת ההתגברות). בשנים שלאחר פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** הורחבו תוצאותיו, ונקבע כי כל חוק יסוד (באשר הוא) נהנה מעליונות נורמטיבית ביחס לחקיקה רגילה.²⁵³ הדרך שבה נוצרה המהפכה החוקתית, מהותה ותוכנה עוררו מחלוקת נוקבת בקהיליית המשפטנים בישראל.²⁵⁴ הזכות לכבוד האדם הוגדרה כזכות מסגרת וכאגד

249 על הסיבות לכך שהכנסת לא ביטלה ולא שינתה את חוקי היסוד הללו ראו אורי אהרונוסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס קוו כקושי אנטי רובני" **עיוני משפט** לז 509 (2016).

250 ראו, למשל, אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3 (2004); הלל סומר "הזכויות הבלתי־מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257, 269 (1997); יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323, 338–340 (1993).

251 ד"כ 124, 2595 (התשנ"ב).
252 עניין **חוק גל**, לעיל ה"ש 245, בעמ' 254–265. ראו גם משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" **משפט וממשל** ג 697 (1996); גביוון, לעיל ה"ש 248; הלל סומר "ריצ'רד פוזנר על אהרן ברק: 'דברים שרואים משם – לא רואים מכאן'?" **הפרקליט** מט 523, 529 (2007).

253 בג"ץ 1384/98 **גלעד אבני נ' ראש הממשלה** – בנימין נתניהו, פ"ד (5) 206, 209 (1998); בג"ץ 202/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות**, פ"ד (1) 750 (2003); אריאל בנדר "ארבע מהפכות חוקתיות?" **משפט וממשל** ו 305, 307 (2003).

254 ראו, למשל, את פסק דינו של השופט חשין בעניין **חוק גל**, לעיל ה"ש 245, בעמ' 567; משה לנדוי "מחשבות על המהפכה החוקתית" **משפט וממשל** ג 697 (1996); גביוון, לעיל ה"ש 248. לביקורת על הדרך (ולא בהכרח על התוכן) ראו אמנון רייכמן "ככה לא בונים חוקה" **עורך הדין** 35, 42 (2003); בנדר, לעיל ה"ש 253.

של זכויות.²⁵⁵ אהרן ברק כינה את הזכות לכבוד האדם "זכות אם": "זכויות הבת הנגזרות מכבוד האדם או הזכויות הפרטיקולריות הנגזרות מהן אינן זכויות משתמעות [...] הן זכויות מפורשות [...] חלק בלתי נפרד מכבוד האדם".²⁵⁶ בעקבות חקיקת חוקי היסוד פסל בית המשפט כמה דברי חקיקה שלא עמדו בדרישות החוקתיות של חוקי היסוד,²⁵⁷ ובאמצעות פסילה זו פיתח עולם מושגי ונורמטיבי נרחב שלאורו נערכת הביקורת השיפוטית על מעשי המדינה וחוקיה. הסמכות לפסילת חקיקה לא הייתה הבשורה היחידה של חוקי היסוד; היא הפיחה רוח חדשה בסדר היום החוקתי של ישראל והעמיקה את מגילת זכויות האדם. סיפור החוקה הישראלי עוזר למפות בצורה מדויקת יותר את הסיפור ההשוואתי של קאפלטי. בשנים שחלפו מאז חקיקת חוקי היסוד ופרשת בנק המזרחי ניטש ויכוח על אודות הלגיטימיות של המהלך החוקתי, ויכוח שהניב, בין השאר, אתגרים באשר להיקף סמכותו של בית המשפט העליון מחוץ לכתליו.²⁵⁸ מגמות מצמצמות ברוח זו עולות גם מפסיקת בית המשפט ומדיניותו. השימוש הגובר בעילות סף²⁵⁹

255 סומר, לעיל ה"ש 250, בעמ' 261-263.

256 ברק, לעיל ה"ש 31, בעמ' 304-328.

257 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 1030/99 חברה-הכנסת חיים אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009); בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013); בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014).

258 ראו דני גוטוויין 'מ'מהפכה חוקתית' ל'הפיכת נגד': ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי" מעשי משפט א 47 (2008).

259 ראו, למשל, בג"ץ 4146/11 הס נ' ראש המטה הכללי, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 9.7.2013), בעתירה על רקע מבצע עופרת יצוקה: "כידוע, בחירת אמצעי הלחימה אשר הצבא עושה בהם שימוש ככלל אינה עניין לבחינתו של בית משפט זה. עם זאת, לא ניתן לומר כי בכל מקרה בו עולות סוגיות הקשורות לשימוש באמצעי לחימה כזה או אחר ימשוך בית המשפט את ידיו מבחינת העניין. מובן כי כאשר עולות טענות לשימוש באמצעים צבאיים באופן המנוגד לדיני המלחמה, יאלץ בית המשפט לרדת 'לזירת הקרב' ולבחון את הטענות שהועלו בפניו. גרדי התערבותו של בית משפט זה בסוגיות מעין אלה מצומצמת היא ביותר, אך היא שמורה וקיימת במקרים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת, כאשר יש חשש לפגיעה בנורמות משפטיות מבוססות. התערבותו של בית משפט זה נעשית לא אחת בעתירות אף אם הן בעלות השלכות מדיניות או צבאיות, זאת כל עוד ההיבט הדומיננטי שנידון בהן הוא ההיבט המשפטי" (ההדגשות הוספו). על סממני חזרתה של עילת השיטות ראו בהמשך פסק הדין, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל: "ראשית יש לבחון האם העתירות על פניהן מעלות טענות בעלות אופי משפטי כלשהו המאפשר לבית המשפט לבחון אותן, מבלי שתהיה זו התערבות בשיקול דעת מקצועי מובהק של גורמי הצבא. תשובה שלילית תביא לדחיית העתירה על הסף. תשובה חיובית תצריך בחינה לכאורית נוספת של התשתית עליה מבוססת העתירה [...] (ההדגשות הוספו). בבג"ץ 1169/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל – ע.ר. נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 15.6.2009) דנה השופטת פרוקצ'יה בהחלטת הממשלה לאפשר העברת כספים מיהודה ושומרון וחבל עזה דרך ישראל. העותרים טענו שמדובר בהפרה של חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 ס"ח 76. השופטת דנה בעתירה לגופה אך גם קבעה

ובכללן בדוקטרינת הבשלות,²⁶⁰ פסיקת הוצאות לעותרים ציבוריים²⁶¹ ושינוי עמדות במחלוקות ערכיות הן דוגמאות לדיאלקטיקה האמורה.²⁶²

הספרות הסוקרת את המהפכה החוקתית של שנות התשעים נוטה להתמקד בגורמים הפנימיים להיווצרותה ובמשמעויותיה הנורמטיביות והפוליטיות.²⁶³ גורמים פוליטיים דוגמת השינויים הפוליטיים בישראל, ובמרכזם המהפך של שנת 1977, יצרו חוסר יציבות פוליטי ומשבר אמון של הציבור ככנסת ובמשלה.²⁶⁴ הקיטוב הפוליטי בין ימין לשמאל לאחר 1977 והקושי של הממסד הפוליטי לקדם מדיניות אפקטיבית הניבו לחץ ציבורי לשינויים מבניים בשיטת הממשל בישראל ולהתחזקות החברה האזרחית ומעורבותה בשאלות חוקתיות.²⁶⁵ שינויים אלה עשויים להשתלב עם התאוריה של ברוס אקרמן בדבר שינוי היסטורי מכוון שאפיינ את רגע המהפכה החוקתית.²⁶⁶ הקשרים חברתיים רחבים יותר הנוגעים למהפך של 1977 – כמו מדיניות ההפרטה – נדונים אף הם כגורמים מרכזיים בהיתכנותה של המהפכה

-
- כי אין מקום להתערבות בית המשפט על פי עילות הביקורת השיפוטית הכלליות, וזאת מאחר שמדובר בעניין מדיני מובהק (ראו פס' 20-22 לפסק דינה).
- 260 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012); בג"ץ 5440/11 חננאל (חזן) נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 11.3.2012); בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פס' 6 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 18.1.2006); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 11.1.2012); ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות: בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419, 439-447 (2012); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לו 45 (2014).
- 261 ראו, למשל, בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.8.2012); בג"ץ 4567/12 תנועת אומ"ץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 15.7.2012); בג"ץ 112/12 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012).
- 262 דוגמה בולטת היא פסיקת בית המשפט העליון בתחום האפליה כדיוור; ראו בג"ץ 2311/11 אורי סבא נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014).
- 263 HIRSCHL, לעיל ה"ש 109 MAUTNER, לעיל ה"ש 209; ספיר, לעיל ה"ש 245, בעמ' 59-85; Adam Shinar, *Accidental Constitutionalism: The Political Foundations and Implications of Constitution-Making in Israel*, in THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS (Dennis Galligan & Mila Versteeg eds., 2013) 217-233, 207. חריג חשוב שיש להזכיר בהקשר זה הוא מאמרו של הופנונג, לעיל ה"ש 1.
- 264 זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר המישים שנה" משפט וממשל ה 235, 245 (1999).
- 265 גביון, לעיל ה"ש 248, בעמ' 86-89; Menachem Hofnung, *The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel*, 44 AM. J. COMP. L. 585, 592-4 (1996).
- 266 לדיון ברלוונטיות של ההסבר האקרמני למהפכה החוקתית בישראל ראו ספיר, לעיל ה"ש 245, בעמ' 62-67.

החוקתית.²⁶⁷ שינויים מוסדיים-פרסונליים בהרכב בית המשפט ככלל, ומשנתו ומעורבותו של אהרן ברק כפרט, תרמו להבשלת התנאים שאפשרו את חקיקת היסוד דווקא בתקופה זו.²⁶⁸ בצד הסברים אלה יש המייחסים את היתכנות החקיקה לפשרה המגולמת בחוקי היסוד או להטעיה של יוזמי החקיקה באשר לעומק השינוי שהם מחוללים.²⁶⁹ מחקרו של רן הירשל משלב בין הרכיבים הללו ומראה כיצד המאבק למהפכה חוקתית נועד לחזק ולשמר את מעמדה ההגמוני של האליטה האשכנזית נוכח תהליכים של ערעור מעמדה.²⁷⁰ מנחם מאוטנר מתאר בספרו את הקשר בין המעבר בישראל לשלב "הפוסט-הגמוני" בשלהי שנות השבעים – ירידת כוחה של ההגמוניה הליברלית של מפלגת העבודה – והשינויים החוקתיים בישראל. מאוטנר מזהה את בני המעמד הפוסט-הגמוני כמוכי חרדה לנוכח עליית כוחות חדשים בחברה הישראלית – מזרחים, דתיים, לאומניים – החותרים תחת הזוהר המונוליטית שהכתיב דור המייסדים של מפא"י ונגדה. כישלונה של האליטה המדשדשת לשקם את מעמדה בכנסת הוביל את אנשיה לשינוי זירת המאבק שלהם – מהכנסת אל בית המשפט העליון.²⁷¹ הסברים נוספים בספרות נוגעים לשינויים פנימיים בתרבות ובמערכת המשפט עצמה: תמורות בתפיסת בית המשפט את תפקידו – ממנגנון ליישוב סכסוכים למוסד פוליטי הנוטל חלק בעיצוב שאלות חלוקתיות ונורמטיביות הנוגעות למדינה;²⁷² וכן שינויים ברדוק הפנימי של בית המשפט העליון כמו זניחת מדיניות האיפוק המשפטי לטובת גישה מתערבת יותר²⁷³ ושימוש בהנמקה שיפוטית הכוללת התייחסות ישירה לתכליות חלוקתיות ונורמטיביות.²⁷⁴

אסף לחובסקי ביקר את הנטייה להתמקד בהסברים פנימיים לשינויים החוקתיים בישראל:

- 267 גוטוויין, לעיל ה"ש 258.
- 268 להרחבה ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1987); רות גבזון, מרכזי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2001); Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, in THE NEW REPUBLIC, Apr. 23, 2007 (reviewing AHARON BARAK, THE JUDGE IN A DEMOCRACY (2006)).
- 269 ספיר, לעיל ה"ש 245, בעמ' 76-80.
- 270 ראו HIRSCHL, לעיל ה"ש 109, בעמ' 50-65.
- 271 MAUTNER, לעיל ה"ש 209, בעמ' 127-158. לדיון מקיף בהסברים השונים ובניסיון ליצור הסבר המאחד אותם ראו ספיר, לעיל ה"ש 245, בעמ' 59-85.
- 272 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).
- 273 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 149-160, 169-181, 191-201 (2008); קרצ'מר "ארבעים שנה למשפט הציבורי", לעיל ה"ש 215, בעמ' 551-555. Yoav Dotan, *Judicial Accountability in Israel: The High Court of Justice and the Phenomena of Judicial Hyperactivism*, 8 ISRAELI AFF. 87 (2002).
- 274 בית המשפט שינה את עמדתו ביחס לשאלת השפיטות ואולי גם בעניין הגשת עתירות ודיון בפעולות מנהליות ללא קשר למשמעויותיהן הפוליטיות; ראו, למשל, בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 472-498 (1988). ראו גם ניתוח של הגידול במספר העתירות שהוגשו לבית המשפט העליון על ידי ארגונים לא ממשלתיים: Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Interest Group in the High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements*, 23 L. & POL'Y 1, 7-11 (2001).

ברגע שנרחיב את מסגרת הדיון ונבחן את מה שקרה לבית המשפט הישראלי בהיבט השווואתי, נגלה שאותה תופעה שהתרחשה במשפט הישראלי של שנות השמונים התרחשה במקביל גם במדינות אחרות בעולם [...] לכן ייתכן שהדיון [...] בשינויים תרבותיים פנים ישראליים [...] אינו באמת רלוונטי להסביר את השינוי בעולם המשפט.²⁷⁵

התבוננות בהיסטוריה החוקתית-ישראלית על רקע תהליכים חוקתיים אחרים בעולם היא צוהר אפשרי אחד להסבר חיצוני כזה. מבט תלוי-הקשר חושף כיצד תהליכי החוקתיזציה המרכזיים של ישראל מתרחשים אף הם (לפחות) בשתי פעימות מקבילות לנרטיב הגל הראשון: ההחלטה על כינון החוקה בישראל וכישלונה עם החלטת הררי (1951-1948), והמהפכה החוקתית של חוקי היסוד ופרשת בנק המזרחי (1992-1995). ניסיונות נוספים שנכשלו בשנות השישים והשבעים יכולים אף הם להיקרא על רקע תהליכים דומים בעולם, ובמיוחד על רקע התחזקות זכויות האדם בתקופה זו.²⁷⁶ גורמים מרכזיים בישראל כמעט מצליחים להביא לכינונה של חוקה בסמוך לקום המדינה ב-זמנית עם כינון של חוקות בגרמניה, באיטליה, בהודו ובמדינות נוספות. יתרה מזו: אפשר להרחיק לכת ולטעון שמרכזיותם של תהליכים חוקתיים אלו בשנים שבין המלחמות ולאחר מלחמת העולם השנייה, כמו גם השפעתה של אידאולוגיה סוציאליסטית, הדהדו והזינו את ההתפתחות של מגילת הזכויות החוקות וההלכתיות בישראל.

בדומה לכך, במקביל להונגריה, רומניה, צ'כיה ועוד מדינות במזרח אירופה, באסיה ובמקומות נוספים בעולם, ישראל מבססת את מעמדה כדמוקרטיה חוקתית זמן קצר מאוד לאחר נפילת מסך הברזל. אפשר לראות בחלק מסוכני השינוי שלה את סממני התקופה: עליית כוחה של אליטה ותפיסה רעיונית המזוהה עם מדיניות ההפרטה של מרגרט תאצ'ר ורונלד רייגן בשלהי המלחמה הקרה.²⁷⁷ אי-אפשר לאתר קשר סיבתי בין הלכי הרוח הרעיוניים והתהליכים החוקתיים הללו לבין עמדותיהם של חברי הכנסת ו"רוח הזמן" שאפשרה את חקיקת חוקי היסוד בה בעת עם תהליכים דומים ברחבי העולם. עם זאת, אפשר להצביע על אפיקי השפעה אפשריים. קבוצת החוקרים שהרכיבה את תנועת "חוקה לישראל" קיימה דיאלוג עם משפטנים ברחבי העולם ובעבודתה ניכרות השפעות חוקתיות השוואתיות.²⁷⁸ באותה עת היו חברי כנסת שהשתתפו במשלחות פרלמנטריות באיחוד האירופי, במועצת אירופה, בוועדת ונציה ובנאט"ו.²⁷⁹ היקף המעורבות שלהם בתהליכים הללו יכול ללמד על דיאלוג שקיימו עם חברי פרלמנט ומשפטנים ברחבי העולם. במאמר מאוחר תיאר אמנון רובינשטיין את השתתפותם של חברי כנסת רבים כמשקיפים בגופים אירופים מגוונים, "שם

275 לחובסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 722.

276 לדיון במרכזיות של שנות השבעים לצמיחה של תנועת זכויות האדם הבינלאומית ראו SAMUEL MOYN, THE LAST UTOPIA (2010).

277 גוטוויין, לעיל ה"ש 258.

278 לתיאור של שלבי ניסוח החוקה ראו גיא בכור חוקה לישראל: סיפורו של מאבק 47-68 (1996).

279 דואר אלקטרוני מפרופ' אמנון רובינשטיין (30.12.2015).

נוכחו לדעת כיצד ביקורת שיפוטית על חוקים הולכת וכובשת את העולם הדמוקרטי.²⁸⁰ רובינשטיין ציטט במאמרו מחקר על הסמכה מפורשת לביקורת שיפוטית במרבית החוקות בעולם – הסמכה שהוכנסה אליהן בשנים שקדמו לשנת 1992: "אם מוסיפים על כך מדינות שבהן נהוגה ביקורת שיפוטית בפועל חרף אי־הסמכה בחוקה, מגיעים לנתון מדהים: מספרן של המדינות שמתקיימת בהן ביקורת שיפוטית עלה מ־35% בשנת 1946 ל־87% (!) בשנת 2006". תהליך זה משמעותי עד כדי כך שחברי הכנסת לא יכלו להתעלם ממנו: "יש לשער", הוא ממשיך בזהירות, "שרבים מהם לא רצו לכווד את ישראל מהעולם הדמוקרטי ולהמשיך להיחשב מדינה נכה מבחינת זכויות האדם בקהילה האירופית".

דברים דומים השמיע רובינשטיין בדיונים על חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק:

[...] כשמעתי את דברי ההתנגדות לחוק צנוע והחיוני הזה, שאלתי את עצמי, האם תיתכן ההתנגדות כזאת באיזה פרלמנט עולם במדינה דמוקרטית שאני מכיר. אני רוצה לומר לכם, שבימינו אלה יש הכרה אוניברסלית בכך, שמעל כוחו של פרלמנט חייב לעמוד איזה מוסד מגביל גם את הכוח של הרוב. זוהי הנקודה המרכזית שבחוקה.²⁸¹

גם בפסק הדין בפרשת בנק המזרחי התייחס השופט ברק (כתוארו אז) לחשיבות ההקשר ההשוואתי למהלך החוקתי בישראל, ושילב אותה בתהליכי הגל הראשון והשני:

ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות (ובהן ארצות־הברית, קנדה, גרמניה, איטליה, דרום־אפריקה) אשר להן מגילת זכויות אדם (bill of rights) חוקתית. הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים. אכן, לקחי מלחמת העולם השנייה, ובמרכזם השואה של העם היהודי, וכן דיכוי זכויות האדם במדינות טוטליטריות, העלו את זכויות האדם על ראש סדר היום העולמי. מסמכים בינלאומיים בדבר זכויות האדם נכרתו. ישראל הצטרפה אליהם. בתי־דין בינלאומיים בדבר זכויות אדם הוקמו. החוקות החדשות כוללות פרקים נרחבים – לרוב בראש החוקה, ותוך שריון מיוחד במינו של חלק מהזכויות – בדבר זכויות אדם. הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים הפוגעים בזכויות האדם הפכה לנחלת רוב רובן של המדינות. מהפכה זו לא פסחה גם עלינו. הצטרפנו אליה במרץ 1992.²⁸²

מיעוט האמירות הללו בדברי הכנסת, בספרות ובפסיקה מעיד על השוליות של הממד ההשוואתי בשיח החוקתי על עצם חקיקת חוקי היסוד בישראל לקראת שנות התשעים ובמהלכן. העובדה שהמעורבים בתהליך החוקתי בשנים אלה לא התמקדו בממד ההשוואתי עשויה להעיד על חולשתו כנימוק משכנע לאמץ חוקה באותה עת. אולם, שוליות הגורם ההשוואתי מהשיח החוקתי לא שוללת את היותו גורם משפיע על התהליך החוקתי. היעדר הממד ההשוואתי מהדיונים הפורמליים לא מובילה בהכרח למסקנה שתהליכי הגל הראשון

280 כל הציטוטים של רובינשטיין בפסקה זו לקוחים מתוך אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי־היסוד" משפט ועסקים יד 79, 86–87 (2012).

281 ד"כ 124, 2610 (התשנ"ב).

282 עניין חוק גל, לעיל ה"ש 245, ההקדמה לפסק דינו של הנשיא ברק.

והשני – שהתעצמו ביתר שאת אחרי נפילת חומת ברלין – לא השפיעו על אימוץ חוקי היסוד בישראל באותה עת ממש. רוחות השעה הן ממד חמקמק וספק אם אפשר לעמוד על השפעתו בכלים אמפיריים; השפעתן יכולה להיות לא מודעת ובוודאי לא מוצהרת. הדוגמאות שהובאו כאן נועדו להטיל ספק בכך שסוכני השינוי המרכזיים שנטלו חלק במהפכה החוקתית לא הושפעו מרוחות החוקתיות ששנשו ברחבי העולם בשלהי שנות השמונים והתשעים. במובן זה, המאמר שלנו מבקש לקרוא תיגר על הנרטיב הפרטיקולרי, ולאגור את הגישה שנוטה להתמקד במאפיינים הייחודיים ובנסיבות המקומיות כדי להסביר את המהלך החוקתי של שנות התשעים ואין בלתם. לחלופין, האספקלריה שאנו מציעים כאן קוראת להוסיף (ולא להחליף) להבנת המהלך הזה את השפעתם של תהליכים השוואתיים וגלובליים.

2. ישראל והגל השני

הגל השני נוגע לתהליך שבו נורמות של משטרי אמנות בינלאומיים וארגונים בינלאומיים משמשות בסיס למשפט-על בעל מעמד חוקתי במשפט המדינתי, ואכיפתן (במסגרת ביקורת שיפוטית) נעשית על פי רוב על ידי בתי המשפט המדינתיים. בעוד שבגל הראשון התבסס מודל הביקורת השיפוטית על משפט חוקתי מדינתי, ובא לידי ביטוי בעליונות מובהקת של החוקה ובסמכותו של בית המשפט להפעיל לאורה ביקורת שיפוטית, הגל השני מבסס ביקורת שיפוטית על עליונותו הנורמטיבית של המשפט הבינלאומי, והוא מאופיין בספקטרום של גישות ביחס לביקורת שיפוטית. ספקטרום זה כולל עליונות מובהקת של הדין הבינלאומי על פני הדין המדינתי, התייחסות אל הדין הבינלאומי כמקור נורמטיבי מחייב בתחומי המשפט הבינלאומי, התייחסות לדין הבינלאומי כמקור פרשני מחייב, או כמקור פרשני מחייב רק בתחומים שאינם מוסדרים בהקשר המדינתי.

בישראל נהוגה הגישה הדואליסטית למשפט הבינלאומי, מורשת המשפט הבריטי, שלפיה נורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי ייחשבו דין המקום אלא אם נסותרו בחקיקה ראשית של הכנסת. הכללים המנויים באמנות שישראל התחייבה אליהן – שאינם נהנים ממעמד של משפט בינלאומי מנהגי – לא ייאכפו על ידי בית המשפט אלא אם זכו למעמד מנהגי או אם עוגנו בחקיקה ראשית של הכנסת.²⁸³ עם זאת, בתי המשפט בישראל מחויבים לפרשנות העולה

283 ע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1825 (1956). לדיון מעמיק ראו רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט 807 (1990); איל בנבנישתי "השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ" משפטים כא 221 (1992): בנבנישתי טוען כי הגורם המכריע למעשה, העומד ביסוד העמדה של בית המשפט, הוא נטייתו להימנע מהצרת צעדי הממשלה בניהול מדיניות החוץ והביטחון של המדינה, וזאת בלי לקבוע שהממשלה עומדת מעל לחוק או מעבר לו. התופעה של צמצום הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת בענייני חוץ וביטחון אינה מייחדת את בית המשפט הישראלי והיא מאפיינת גם בתי משפט לאומיים אחרים; עמיחי כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי: מבט מן המשפט הבינלאומי" קרית המשפט 6 263 (2006): בדומה לבנבנישתי, כהן סבור כי המטרה הראשונית בעיצוב כללי הקליטה של המשפט הבינלאומי הייתה לאפשר לבית המשפט גמישות מרבית בהתעמתות שלו מול הממשלה, והדיון שערך במשפט הבינלאומי היה בתחום של סמכויות המדינה.

בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל מכוח חזקת ההתאמה הפרשנית.²⁸⁴ במקרה של התנגשות ישירה בין חקיקה ראשית של הכנסת לכלל של המשפט המנהגי או ההסכמי, תגבר ההוראה בחקיקה הראשית על הנורמה הבינלאומית.²⁸⁵ כיצד אפשר לאפיין את השתלבותה של ישראל בתהליכי הגל השני? הניתוח שאנו מציעים עומד על האופנים שבהם יחסו של בית המשפט הישראלי למשפט הבינלאומי משקף בחירה בנתיב ביניים בין אימוץ ישיר של הדין הבינלאומי ופרשנותו בערכאות בינלאומיות לבין בדלנות מוחלטת. נדגים כיצד שמר לעצמו בית המשפט העליון את האפשרות לפרש את הדין הבינלאומי במהודק על פי המקורות הבינלאומיים (למשל בהקשרים של הסדרת לחימה בזמן אמת) – וגם את האפשרות לפרש לאורם ובאמצעותם בהקשרים אחרים.

ישראל נתפסת על ידי חברים רבים בקהילייה המשפטית, הפנימית והחיצונית, כנוקטת מדיניות בדלנית ביחסה למשפט הבינלאומי.²⁸⁶ החריג המרכזי והחשוב לאפיונה הבדלני נמצא בפסיקת בית המשפט העליון בתחום המשפט הבינלאומי ההומניטרי בהקשרים ביטחוניים, בעיקר מאז שלהי שנות התשעים. על מעורבותו של בית המשפט העליון בתחום זה נבקש לעמוד כעת.

(א) המשפט הבינלאומי ההומניטרי בישראל

נסיבות החיים שבהן בית המשפט העליון בישראל פועל – בעיקר בעשורים שחלפו מאז מלחמת ששת הימים (1967) וכיבושם של שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה – גלגלו לפתחו שאלות רבות הכרוכות בדיני התפיסה הלוחמתית והדין ההומניטרי. נכונותו לעסוק בהן הפכה אותו לאחת הערכאות הפורות ביותר בתחום זה;²⁸⁷ היא גם יצרה פרדוקס מעניין בשאלת היחס של המשפט הישראלי למשפט הבינלאומי. מחד גיסא, מקורות המשפט הבינלאומי הם אדן מרכזי ולעתים בלבדי לדין בעתירות הנוגעות לשטחים, ובשל כך הם חייבו את בית המשפט העליון להידרש ולהכריע תדיר בשאלות הנוגעות לפרשנות ולהיקף התחולה של המשפט הבינלאומי (ההומניטרי). מאידך גיסא, מכיוון שהדיון ביחס שבין המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי ממוקד על פי רוב בדיני הכיבוש ובהתמודדות של

284 דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 767 (2000); ע"פ 3112/94 אבו־חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 430, 422 (1999); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008).

285 פרשת סמרה, לעיל ה"ש 283, בעמ' 1829; בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 1, 35–36 (1988).

286 עיקר העניין שלנו טמון בתיאום שבין המהלך החוקתי של הגל הראשון לגל השני. לתיאום מסוג אחר, המתמקד בשילוב בין מדיניות אקטיביסטית לבין הפניה למשפט הבינלאומי, ראו אסנת גריידי־שורץ "המשפט הבין־לאומי בפסיקת השופט המדינתי: על הקשר שבין תפיסת תפקיד רחבה לבין נטייה משב"לית חזקה" עיוני משפט לד 475 (2011). גריידי־שורץ מראה ששופטים בעלי נטייה אקטיביסטית הם אלו שמחזקים את מעמד המשפט הבינלאומי בפסיקה המדינתית.

287 ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פס' 14 לפסק דין דעת הרוב (פורסם בנבו, 9.6.2005), ראו David Kretzmer, *The Law of Belligerent Occupation in the* Supreme Court of Israel, 94 INT'L REV. RED CROSS 207, 211 (2012).

בית המשפט הישראלי עם הסכסוך הישראלי-פלסטיני, נדחקו לקרן זווית היבטים אחרים של הקשר בין מערכות הדינים הללו.

שתי נקודות ציון מרכזיות על הציר ההיסטורי משמשות את הדיון בפסיקתו של בית המשפט בדיון ההומניטרי: הראשונה היא 1967 והשנייה היא שלהי שנות התשעים ותחילת שנות האלפיים.²⁸⁸

בתקופה שבין 1967 לבין שנות האלפיים התייחס בית המשפט לתקנות האג 1907 כדיון מנהגי מחייב, אך קבע שהוראותיה של אמנת ז'נבה הרביעית אינן מנהגיות.²⁸⁹ לפיכך לא נאכפו הוראות האמנה²⁹⁰ אלא במקרים שבהם הביעה המדינה הסכמה אד-הוק לדון בעתירה לאור הוראות האמנה.²⁹¹ בצד זאת נפתחו שערי בית המשפט לעתירות של פלסטינים תושבי השטחים: ניתן להם קול וייצוג²⁹² ובתוך כך התבססו זכויותיהם הפרוצדורליות.²⁹³ הנמקת

288 על יחסה המורכב של ממשלת ישראל (והלאו דווקא בלני) לדיון הבינלאומי בשנים שלפני מלחמת ששת הימים ראו Amichai Cohen & Stuart A. Cohen, *Israel and International Humanitarian Law: Between the Neo-Realism of State Security and the soft power of legal Acceptability*, 16 ISR. STUD. 1, 1-6 (2011).

289 ישראל אשררה את אמנת ז'נבה הרביעית כבר בסוף שנת 1951, עם שלוש האמנות הראשונות, אך לא הפנימה את הוראותיה בחקיקה ראשית. ראו אמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 30.6, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949); תומר ברודי "כריתת אמנות בישראל – הלכה למעשה" הסמכות לכרות אמנות במדינת ישראל: ניתוח ביקורתי והצעה לרפורמה 47, 49-53 (משה הירש עורך, 2009).

290 כבג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לר" (1) 1, 29 (1979) (להלן: פרשת אלון מורה) קבע מ"מ הנשיא גנדי: "טעות היא לחשוב (כפי שקראתי לא מזמן באחד העיתונים) כי אמנת ג'נבה אינה חלה על יהודה ושומרון. היא חלה, אף כי, כאמור לעיל, אין היא 'שפיטה' בבית משפט זה". במקרים נוספים, כגון בג"ץ 500/72 אבו אל טין נ' שר הביטחון, פ"ד כז (1) 481 (1973) ובג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (1) 617 (1980), נדחו על הסף טענות של עותרים הנסמכות על הפרה של אמנת ז'נבה הרביעית, בטענה כי הוראותיה מחייבות את המדינות הקשורות בה בינן לבין עצמן אך אינן מהוות דין פנימי-מדינתי.

291 ראו, למשל, בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז (2) 169 (1973); בג"ץ 337/71 האגודה הנוצרית למקומות הקדושים נ' שר הביטחון, פ"ד כו (1) 574 (1972); בג"ץ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג (3) 309 (1979). גם על התנהלות זו של הסכמת המדינה אד-הוק להחלת הוראות אמנת ז'נבה נמתחה ביקורת; ראו את דברי השופט ויתקון בפרשת אבו חילו.

292 יובל שני וגיא הרפז מכנים פסיקה מוקדמת זו "פסיקת הדור הראשון", את פסיקת שנות התשעים הם מכנים "פסיקת הדור השני" ואת פסיקת שנות האלפיים – "פסיקת הדור השלישי". ראו Guy Harpaz & Yuval Shany, *The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion Under Belligerent Occupation Law*, 43 ISR. L. REV. 514 (2010).

293 בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג (2) 529 (1989); פרשת קוואסמה, לעיל ה"ש 290; עמיחי כהן "שותפות בלתי שווה? קליטתם של כללי המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי על ידי בית המשפט העליון: המקרה של השטחים" מאוני משפט ו 157, 183-188 (2007): כהן טוען כי ביסוס הזכויות הפרוצדורליות של תושבי השטחים נועד לפצות על היעדר ייצוגם במערכת קבלת ההחלטות בישראל.

בית המשפט בתקופה זו נסמכה בעיקר על טענות של חוסר סמכות ועל כחינת המניעים שבבסיס הפעולה הצבאית (האם הם ביטחוניים או אחרים).²⁹⁴ מקרים מעניינים במיוחד עבורנו, וחרגיגים יחסית, היו אלו שבהם העדיף בית המשפט את נורמות המשפט הבינלאומי על פני הצווים של אלוף הפיקוד ותקנות ההגנה (שעת חירום).²⁹⁵ במרבית המקרים נטה בית המשפט לזהות את חובת הכובש לשמירה על הסדר הציבורי עם צורכי הצבא, ובאיוזן בינם לבין האינטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית כמעט תמיד גברו האינטרסים הביטחוניים.²⁹⁶ ההסברים לגישת בית המשפט העליון בתקופה זו הם לרוב הסברים מוסדיים, שלפיהם בית המשפט ככלל נמנע מהתערבות בצעדי הממשלה בתחום הביטחון,²⁹⁷ ומנסה לאזן בין הרצון לעמוד בסטנדרטים בינלאומיים, הרצון להעניק לפעולות הרשות המבצעת לגיטימציה תחת המשפט הבינלאומי והרצון שלא להגביל את הרשות המבצעת באופן שעלול לפגוע באינטרסים לאומיים.²⁹⁸ חלק מהחוקרים סבורים כי זו בהכרח תקופה של יישום מצומצם של הדין ההומניטרי, ותולים זאת בהיותו מקור בעל לגיטימציה פחותה מזו של הדין הלאומי.²⁹⁹ אחרים סבורים שההתייחסות למשפט הבינלאומי והדין ההומניטרי בתקופה זו, גם אם הייתה מצומצמת, שיקפה עמדה ערכית הרואה בבית המשפט זירה הכרחית להגנה ולייצוג של זכויות הפלסטינים תושבי השטחים.³⁰⁰

- 294 ראו, למשל, פרשת אבו חילו, לעיל ה"ש 291; בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124 (1872); בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).
- 295 פרשת אבו חילו, לעיל ה"ש 291; בפרשת אלון מורה, לעיל ה"ש 290, הפנה בית המשפט העליון למנהג הבינלאומי כדי לבקר את פעילותה של ממשלת ישראל ולקבוע כי יישוב ארץ ישראל אינו צורך צבאי; בג"ץ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתיות, פ"ד לה(2) 673 (1981).
- 296 בפרשת עפו, לעיל ה"ש 285, אישר השופט שמגר את מדיניות הגירוש של פעילי טרור מהשטחים למדינות אחרות אף שמדיניות זו הייתה מנוגדת ללשון הפשוטה של סעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית. באותה שנה, בבג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 803 (1988), טען השופט שמגר כי האמנה מתייחסת רק לעצורים פליליים ולא לעצורים מנהליים. לדוגמאות נוספות ראו, למשל, בג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536 (1990); בג"ץ 2209/90 שואהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד מד(3) 875 (1990); בג"ץ 3089/90 שאער נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (פורסם בבנו, 9.10.1990).
- 297 כנבנישתי, לעיל ה"ש 283, בעמ' 226-227.
- 298 Eyal Benvenisti, *Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts*, 4 EJIL 159, 182 (1993).
- 299 כנבנישתי, לעיל ה"ש 283, בעמ' 243.
- 300 כהן "שותפות בלתי שווה? קליטתם של כללי המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי על ידי בית המשפט העליון: המקרה של השטחים", לעיל ה"ש 293.

בשנות התשעים הסתמן שינוי בגישת בית המשפט למשפט הבינלאומי.³⁰¹ אחד מסמליו המובהקים של השינוי הוא בג"ץ העינויים משנת 1999³⁰² וביתר שאת בג"ץ עג'ורי, שבהם קבע בית המשפט שישראל רואה את עצמה מחויבת לחלקים ההומניטריים של אמנת ז'נבה הרביעית.³⁰³

סמיכות הזמנים בין המהפכה החוקתית בדין הישראלי לבין השינוי ביחס בית המשפט (ורשויות נוספות) לדין הבינלאומי (גם בשנות התשעים ובשנות האלפיים) משתלבת היטב עם ראיית היחסים שבין הדין הבינלאומי לדין המדינתי כמהלך חוקתי מסדר נוסף. אלו שני צדיו של אותו מטבע. שתי הטכניקות החוקתיות – ביקורת שיפוטית הנסמכת על המשפט החוקתי המקומי וזו הנשענת על הדין הבינלאומי – נהפכו זמינות בארגו הכלים השיפוטי של בית המשפט העליון הישראלי פחות או יותר באותה תקופה. אולם, השילוב של השנים עם המציאות הישראלית המורכבת של הכיבוש חייבה הכרעה בקונפליקט היסודי של המשפט הבינלאומי: בין האינטרסים הרמוקרטיים של הקהילה המדינתית לאלו של הקהילה הבינלאומית.

301 יואב דותן טוען כי לחצים מטעמו של בית המשפט, שהופעלו על גורמי צבא כבר במהלך האינתיפאדה במטרה שאלו יפעלו בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, אפיינו את פועלו בתקופה זו. ראו Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada*, 33 L. & Soc'y Rev. 319, 356-358 (1999).

302 בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 836 (1999) יש הפניה ישירה ומצומצמת למקורות של המשפט הבינלאומי: "חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו [...] מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי – אשר ישראל צד לו – האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב'יחס אכזרי ולא אנושי' (cruel, inhuman treatment) וב'יחס משפיל' (degrading treatment)."

303 בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 362-364 (2002) ביסס בית המשפט את פסיקתו על אמנת ז'נבה הרביעית לנוכח הצהרת באי-כוח המדינה כי זו פעלה בהתאם להוראותיה. למקרים נוספים ראו, למשל, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 827 (2004); בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נו(1) 403, 413 (2003). ראו גם את דברי נשיאת בית המשפט העליון לשעבר, דורית ביניש, בבג"ץ 2690/09 "יש דיין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.3.2010): "אשר לתחולת הוראות אמנת ג'נבה, הרי מאז החלת דיני הכיבוש על האזור ב-1967 טענה המדינה בפני בית המשפט שמדובר באמנה הסכמית, ולפי גישתה הביקורת השיפוטית על יישום הוראות האמנה היא מכוח המחויבות שהמדינה קיבלה על עצמה, כעניין שבמדיניות, לכיבוד ההוראות ההומניטריות שבאמנה. בהתאם לכך, כחן בית המשפט בפסיקה ענפה את קיום אותן הוראות במהלך השנים. עתה טוענים העותרים, כי חל שינוי בגישה ומקובל כי הוראות האמנה הן חלק מהמשפט המנהגי וככאלה יש להן מעמד מחייב. יהא מעמדה של אמנת ג'נבה אשר היא, מוכנים אנו לקבל את הטענה שיש לבחון את פעולות המפקד הצבאי באזור בהתאם להוראות האמנה, כפי שנהג בית המשפט לעשות במשך שנים, ולכבד את הוראותיה המנהגיות כחלק מהדין הנהוג".

בשנת 2000, בזיקה ישירה לפרוץ האינתיפאדה השנייה, החל בית המשפט להורות על בטלות פעולות הצבא משום שאינן תואמות את הדין ההומניטרי. דוגמאות בולטות למגמה זו הן פסק הדין בעניין תיחום מקום מגורים (2002),³⁰⁴ פסק הדין שאסר את השימוש בנוהל שכן (2002),³⁰⁵ שורה של פסקי דין הנוגעים לסיוע הומניטרי בזמן לחימה³⁰⁶ ובג"ץ הסיכולים הממוקדים (2006).³⁰⁷ כך, למשל, ניסח הנשיא ברק את חובותיה של ישראל בזמן לחימה:

'ישראל אינה אי בודד. היא חלק ממערך בינלאומי' [...] פעולות הלחימה של הצבא אינן נעשות בחלל משפטי. קיימות נורמות משפטיות – חלקן של המשפט הבינלאומי המינהגי, חלקן של המשפט הבינלאומי המעוגן באמנות שישאל צד להן, וחלקן בכללי היסוד של המשפט הישראלי – הקובעות כללים באשר לניהול הלחימה.³⁰⁸

החידוש בפסקי הדין הללו היה בכמה מישורים: ראשית, הדין הבינלאומי הוכר בהם כמקור המרכזי לפסיקת בית המשפט; שנית, בית המשפט הפעיל במסגרתם ביקורת שיפוטית בזמן אמת ובכך חייב את רשויות המדינה והצבא לפעול על פי כללים משפטיים ברורים.³⁰⁹ כך, למשל, בפרשת הסיכולים הממוקדים התקיים דיון מעמיק בפרשנות הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי שהיווה את המקור הנורמטיבי המרכזי בפסק הדין.³¹⁰ נוסף על כך, וכחלק מהשיקולים שמנה בית המשפט בפסק הדין, הוזכר גם מבחן המידתיות כפי שעוצב

304 ראו פרשת עג'ורי, לעיל ה"ש 303, בעמ' 361, שם נעתר בג"ץ לבקשת העותרים וקיבל שתי חוות דעת של מומחים זרים למשפט בינלאומי.

305 בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלון פיקוד מרכז בצה"ל (פורסם בנבו, 6.10.2005).

306 בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה (פורסם בנבו, 30.5.2004); בג"ץ 3117/02 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 17 (2002); בג"ץ 3436/02 הקסטורדיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 22 (2002); בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002); בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002); בג"ץ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 13.3.2007); בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 19.1.2009). ברוב פסקי הדין שניתנו בנוגע לסיוע הומניטרי בזמן לחימה למעשה נדחו העתירות כי הצדדים הגיעו לפתרון והעתירה התייתרה.

307 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006) (להלן: פרשת הסיכולים הממוקדים).

308 שם, פס' 52 לפסק דינו של הנשיא ברק.

309 בבכנישתי ודאונס מסבירים תופעה זו כתגובה לשיתוף הבינלאומי של מדינות במלחמה בטרור; ראו Eyal Benvenisti & George W. Downs, *Toward Global Checks and Balances*, 20 (2009) CONST. POLIT. ECON. 366, 380. עמיחי כהן וסטיוארט כהן מצייין כי התנהגותו של בית המשפט הישראלי אינה ייחודית, שכן בתי משפט לאומיים רבים מראים נכונות גוברת להתערב בעניינים של ביטחון לאומי ולהורות על בטלות של מדיניות ממשלתית על בסיס המשפט הבינלאומי; ראו Cohen & Cohen, לעיל ה"ש 288.

310 בעיקר ס' (351) ל- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

בדין החוקתי הישראלי (ולא זה המשויך למשפט הבינלאומי ההומניטרי) וקבע שצה"ל מחויב לתת את דעתו לעקרונות זה בעת שנשקל סיכול ממוקד. נקבע שיש לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, כמו מעצר, במיוחד כשאפשרות זו ישימה יותר בהתחשב בתנאי הכיבוש ובשליטת הצבא באזור שבו מתבצעת הפעולה.³¹¹

פרשנותו של בית המשפט לדיני התפיסה הלוחמתית במצבים "רגילים" (לא תוך כדי לחימה) התאפיינה באיזונים מעט אחרים. בסדרת פסקי הדין בעניין חוקיות גדר ההפרדה עיצב הנשיא ברק מבחן של איזון ומידתיות בין צורכי הביטחון של מדינת ישראל לבין זכויות התושבים הפלסטינים, על יסוד שימוש נרחב במשפט ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם.³¹² הביקורת השיפוטית וההגנה שניתנה באמצעות פסקי הדין הללו לזכויותיהם של התושבים הפלסטינים אינה טריביאלית לבית משפט המעוניין לשמר את הלגיטימציה הפנימית שלו בקהילה הנתונה במאבק ביטחוני. עם זאת, המסגרת הנורמטיבית שעוצבה בפסקי הדין הללו הניחה סימטריה משפטית בין זכויות האזרחים הפלסטינים למתיישבים אחרים, בניגוד לפרשנותו המקובלת של הדין הבינלאומי.³¹³ מגמה זו אפיינה גם שורה של פסקי דין בנוגע למדיניות של סלילת הכבישים בשטחים,³¹⁴ גישה למקומות קדושים³¹⁵ ושימוש מסחרי במשאבי טבע.³¹⁶ מקרים אלו מדגימים כי העובדה שיחסי הגומלין בין התהליך החוקתי המדינתי לזה הבינלאומי מתהדקים וכרוכים זה בזה בהנמקת בית המשפט אינה ערובה הכרחית להגנה מוגברת על זכויות אדם, או למעבר הכרחי לעולם נורמטיבי טוב יותר. זו מגמה שביסודה התעצמות הדיאלוג בין סדרי המשפט. האופן שבו השיחה מוכרעת אינו מתחייב מעצם קיומה.

יתרה מזו: יש סימנים גם לתנועת-נגד, או לנסיגת-מה, במידת נכונותו של בית המשפט להתערב בפעילות המדינה בזמן לחימה.³¹⁷ דוגמה בולטת לכך היא מידת נכונותו של בית

-
- 311 פרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 307, פס' 40 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 312 פרשת בית טוריק, לעיל ה"ש 303, בעמ' 836-841; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 507 (2006).
- 313 Harpaz & Shany, לעיל ה"ש 292, בעמ' 528-531.
- 314 שם, בעמ' 533-536, 546 וההפניות שם.
- 315 בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 461-462 (2004); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736 (2005).
- 316 בג"ץ 2164/09 "יש דין" – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 26.12.2011).
- 317 אביגדור פלדמן "מלחמה בלי בג"ץ" הארץ 2.9.2013: "היה בג"ץ, ובג"ץ היה כיכר השוק הציבורית, שאלה אפשר להוליך את הנפש הבוכה, להניח ראש בחיקו של אהרן ברק ולצפות לליטוף מנחם על הראש ולכמה מילים מנחמות [...] מילים כמו 'מידתיות', 'מוסר מלחמה' [...] אלא שמבצע 'צוק איתן' השאיר את כיכר השוק ריקה. בג"ץ נעלם מהשטח".

המשפט להתערב בהחלטת הרשויות במהלך לחימה.³¹⁸ המהפכה, כפי שצינינו בפתח הדברים, טומנת בחובה בהכרח את מהפכת הנגד; זו הדיאלקטיקה של רפורמציה וקאונטר-רפורמציה.³¹⁹

(ב) זכויות אדם

הדיון בספרות על אודות המשפט הבינלאומי ההומניטרי נכרך על פי רוב בתמורות דומות ביחסו של בית המשפט העליון למשפט זכויות האדם הבינלאומי. גם בהקשר הזה נסמך בית המשפט העליון עד שנות התשעים של המאה הקודמת על הדין הישראלי כמקור הכמעט בלבדי לזכויות האדם בישראל.³²⁰ כך, למשל, כתב דוד קרצ'מר בשנת 2000 במאמר המסכם חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון:

המהפכה החוקתית הטמונה בחוקי-היסוד זכתה להדים נרחבים. אך במקביל למהפכה זו התרחשה מהפכה אחרת שעברה בלא הד ציבורי ומבלי שהטביעה

318 בג"ץ 5019/14 לבאד אבו עפאש נ' מפקד פיקוד העורף, פס' 6 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 20.7.2014): "... טבע הדברים הוא כי כמות אמצעי המיגון העומדת לרשות המדינה ברגע מסוים אינה בלתי מוגבלת. ההחלטה כיצד להקצות אמצעים אלו בעתות חירום מבוססת על שיקולים רבים, ומצויה בליבת שיקול דעתן של הרשויות המוסמכות. כידוע, התערבותו של בית משפט זה בהחלטות מבצעיות שכאלה, ובכלל זה בהחלטות בנושאי מיגון אזרחי, תבצע במשורה ובמקרים חריגים שבחריגים". בעניין כהן, שקדם לפרשה זו, קבעה השופטת פרוקצ'יה: "מבין החלטות המדיניות הממשלתית המחייבות ריסון שיפוטי מיוחד בולטות אלה העוסקות בענייני בטחון, החולשות גם על קביעת מדיניות בעניינים הנוגעים למערכת ההתגוננות האזרחית של תושבים באזורי סיכון. בסוגיות של בטחון והגנה, סמכות הממשלה רחבה עד מאד. דרכי הפעלת סמכות זו עומדות בעיקרן לפיקוח הכנסת והציבור. ממילא, התערבות שיפוטית בתחום פעילות זה הינה מצומצמת ביותר [...] בנושאי בטחון, המצויים בגדר סמכותה הרחבה של הממשלה בקביעת מדיניות, לא יחליף בית המשפט את שיקול דעת הממשלה בשיקול דעתו שלו, אלא במצב של אי חוקיות, או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות" (בג"ץ 7844/07 כהן נ' ממשלת ישראל, פס' 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 14.4.2008)).

319 כך, לדוגמה, בעתירות שהוגשו נגד הריסת בתי מחבלים בשנת 2015 בחן בית המשפט את חוקיות הפעולה לאור אמנת ז'נבה הרביעית ותקנות האג – אך גם הוסיף הסתייגות מהותית מהחלתן: "אמנות ג'נבה מ-1949 ותקנות האג מ-1907 לפנייהן, עוצבו ונחתמו בתקופה שונה מזו שאנו חיים בה כיום. הטרור עמו נדרשות אומות העולם להתמודד, ומדינת ישראל ודאי אינה שונה בכך, מציב אתגרים לא פשוטים בפניהן, שכן גורמי הטרור אינם נשמעים לקולה של אמנה זו או אחרת [...] יש לפרש את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית שישראל קיבלה עליה גם אם לא הכירה בתחולת האמנה במונח המשפטי [...] באופן שישמור על רוחן ויגשים את התכליות העומדות בבסיסן, אולם בד בבד יאפשר למדינת ישראל להגן על בטחון תושביה במונח הבסיסי ביותר" (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פס' כב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 31.12.2014)). ראו גם את העתירה השנייה בנושא: בג"ץ 7040/15 פרל מוסטפא נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 12.11.2015).

320 פרשת אבנרי, לעיל ה"ש 234; בג"ץ 243/82 אמנון זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לז(1) 757 (1983).

חותם על הפסיקה. המדובר הוא בהצטרפותה של מדינת ישראל לכל האמנות הבינלאומיות העיקריות הנוגעות לזכויות אדם. הגיע הזמן לחבר את החוטים בין שתי המהפכות ולהפכן למהפכה אחת [...] הנחת היסוד צריכה להיות שהסדר המשפטי אמור להיות הסדר התואם נורמות אלה.³²¹

ישראל הייתה בין המדינות הראשונות לחתום על שתי אמנות זכויות האדם המרכזיות בכפוף לאשרור כבר ב-1966, אולם רק ב-1991 בחרה לאשררן,³²² בסמיכות לחקיקת חוקי היסוד.³²³ ישראל חברה בשבע אמנות לזכויות אדם: האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966), האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966), האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית (1965), האמנה לביעור אפליה נגד נשים לצורותיה (1979), האמנה נגד עינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית, בלתי-אנושית ומשפילה (1984), האמנה בדבר זכויות הילד (1989) והאמנה לזכויות אנשים עם מוגבלות (2006).³²⁴ ישראל אינה חברה באמנה להגנה על זכויות מהגרי עבודה ובני משפחותיהם.³²⁵ אשר למנגנוני הפיקוח, ישראל כפופה רק לחובת דיווח לוועידה הבינלאומית ליישום ההמלצות, ולא כפופה את

321 דוד קרצ'מר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון – זכויות אדם" משפט וממשל ה' 297, 335 (1999).

322 לדעת תומר ברודי וגיל-עד נועם, הכנסת לא הייתה מעורבת בתהליך ההצטרפות, אך נראה שבדרג הממשלתי התקיימה בדיקה ביחס להתאמת החקיקה בישראל לאמנות שכן ההצטרפות כללה הסתייגויות. עם זאת, לא התקיימה התאמה מפורשת של הדין בישראל לאמנות, ודאי לא עובר להתקשרות באמנות. ראו תומר ברודי וגיל-עד נועם "על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות: כיצד הכנסת נוהגת, וכיצד תנהג?" משפט ועסקים ט 175, 207-211 (2008).

323 כעיקרון אפשר לפרש את חוקי היסוד באופן שיהלום את העקרונות המנויים באמנות לזכויות אדם, למעט בהקשרים ברורים של סתירה ביניהם. סתירה כזו מתקיימת, למשל, בין האפשרות המעוגנת בס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, לגרוע מזכויות בעת מצב חירום לבין ס' 2(4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Convention on Civil and Political Rights), כ"א 1040, 249 (נפתחה לחתימה ב-1966), האוסרת על כך ביחס לחלק מהזכויות או בכפוף להליך מיוחד המיועד לכך ביחס לזכויות אחרות. ראו David Kretzmer, *The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?*, 14 NETH. Q. HUM. RTS. 173, 177-178, 180-181 (1996).

324 לפירוט נוסף ראו את העמוד של היחידה להסכמים בינלאומיים ותביעות בינלאומיות באתר משרד המשפטים: www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/IA/Pages/default.aspx.

325 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991); אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991); אמנה בין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1979); אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991); אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991); אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה

עצמה למנגנונים מעין־שיפוטיים המאפשרים לוועדות הפועלות מכוח האמנות לבחון תלונות של פרטים או לחקור הפרות שיטתיות. עם זאת, הצטרפות לאמנה כרוכה לא פעם בעבודת מטה מעמיקה מצד הרשויות בישראל³²⁶ ואף בשינויים תחיקתיים ומוסדיים מרחיקי־לכת.³²⁷ אם נקודת המפנה ביחס לאשרורן של אמנות לזכויות אדם בישראל היא שנות התשעים המאוחרות, אזי המפנה בפסיקה לא איחר לבוא בעקבותיה והוא מזוהה על פי רוב עם פסק הדין בעניין **מרעב**, שבו נידונו דיני זכויות האדם בצד דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי. בפסק הדין ציטט בית המשפט הוראות המופיעות באמנות בינלאומיות לזכויות אדם ונעזר בפרשנות של הוראות אלו, כפי שנקבעה על ידי ועדת זכויות האדם של האו"ם ובית המשפט האירופי לזכויות אדם.³²⁸ השימוש באמנות בינלאומיות לזכויות אדם וההפניה אליהן בפסיקה נהפכו בולט יותר, אך היקף השימוש ותדירותו נותרו מצומצמים. כך, לדוגמה, הפסיקה הנוגעת לשטחים בשנות האלפיים התייחסה לאמנות אלו בעיקר ככלי פרשני, ועל פי רוב נמנעה מלהכריע בתחולתן הפורמלית.³²⁹ חשוב לציין שמגמה זהירה זו מופיעה גם בהקשרים החורגים מתחום דיני הכיבוש³³⁰ –

(לתוקף ב־1991); אמנת האו"ם בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות (נפתחה לחתימה ב־2007) (אושררה ונכנסה לתוקף ב־2012).

326 דוגמה בולטת היא הוועדה בראשות השופטת סבינה רוטלוי ליישום האמנה בדבר זכויות הילד, שנחתמה על ידי ישראל בשנת 1989 ואושררה בשנת 1991, אך מעמדה לא הוסדר בחוק. אחד הצעדים המרכזיים ליישום האמנה היה מינוי ועדת רוטלוי בשנת 1997, שמסרה את המלצותיה לשר המשפטים בשנת 2003. עם הגשת ההמלצות הוקמו צוותי היגוי ליישומה, אך רק מעטות מהמלצותיה (ובכללן המלצות מתחום החקיקה) יושמו. ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח הוועדה – חלק כללי (2003); כן ראו תמר מורג עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד 101–128 (2010). 327 המקרה של הסדרת סחר בבני אדם בישראל היא דוגמה בולטת לכך. ישראל ביצעה שינויי חקיקה רבים כדי לעמוד בסטנדרטים הבינלאומיים הנוגעים לסחר בבני אדם ולהימנע מהטלת סנקציות כלכליות על ידי ארצות־הברית. ראו Hila Shamir, *A Labor Paradigm for Human Trafficking*, 60 UCLA L. REV. 76, 122 (2012); DAPHNA HACKER & ORNA COHEN, RESEARCH REPORT: THE SHELTERS IN ISRAEL FOR SURVIVORS OF HUMAN TRAFFICKING (submitted to the United States Department of State, 2012).

328 בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003). 329 שם; פרשת עג'זרי, לעיל ה"ש 303; פרשת יאסין, לעיל ה"ש 303; פרשת הס, לעיל ה"ש 315; פרשת עיריית בית לחם, לעיל ה"ש 315; פרשת מראעבה, לעיל ה"ש 312; פרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 307; בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' ש הביטחון (פורסם בנבו, 6.9.2011).

330 בג"ץ 4363/04עד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203 (2002); בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסכיבה נ' ראש־ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503 (2004).

ובעיקר בהחלטות העוסקות בזכויות סוציאליות,³³¹ בזכות לחינוך,³³² במיעוט הערבי בישראל³³³ ובזכויות פליטים.³³⁴

כך למשל, כתבה השופטת בייניש (כתוארה אז) על זכויות הילד בשנת 2000:

בית-המשפט הבוחן את ההיבט הנורמטיבי של התנהגות הורה כלפי ילדו, יביא בגדר שיקוליו את ההתייחסות המשפטית בת-זמננו למעמדו של הילד ולזכויותיו. כך במדינות רבות בעולם, וכך גם בישראל בעידן שלאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעידן שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד.³³⁵

התפנית הצנועה-יחסית של הפניה מוגברת למקורות בינלאומיים ביחס לזכויות אדם, כמקור פרשני לתהליכים פנימיים, בלטה בעיקר במחצית הראשונה של שנות האלפיים. מחקרים בנושא הצביעו על כמה גורמים אפשריים לעלייה במשקל הפרשני של המשפט הבינלאומי: מתן לגיטימציה לפעולות הממשלה, לפחות בפסקי הדין המוקדמים יותר;³³⁶ ההשפעה של קהילת המשפטנים הבינלאומית על השיח המשפטי;³³⁷ שינויים ביחס של החברה הישראלית

- 331 בג"ץ 10662/04 סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד (1) 782 (2012).
- 332 בג"ץ 3752/10 אמנון רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014); בג"ץ 7974/04 פלוני נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 21.4.2005).
- 333 בג"ץ 4112/99 ערדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' אחמד טיבי, נז(4) 1 (2003).
- 334 פרשת נג'ט סרג' אדם, לעיל ה"ש 257; פרשת איתן מדיניות הגירה ישראלית, לעיל ה"ש 257; בג"ץ 8665/14 טשומה נגה דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015).
- 335 תמר מורג, שסקרה את הפסיקה של בתי המשפט לאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד, הצביעה על כך שהגם "שאינ מדובר במהפכה, ללא ספק הייתה להצטרפות ישראל לאמנה השפעה של ממש על ההכרה בזכויות הילד, הן במישור הרטורי והן במישור המהותי". ממצאיה של מורג מצביעים על אזכור משמעותי של זכויות הילד בפסיקה הישראלית החל בשנותיה הראשונות, על היחלשות מסוימת של זכויות אלו בפסיקה של שנות השבעים והשמונים, ועל הפיכתן לרכיב דומיננטי בהנמקת השופטים לאחר הצטרפותה של ישראל לאמנה. ראו תמר מורג "פסיקת בתי המשפט שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד – האמנם עידן חדש?" המשפט 22, 21 (2006). חשוב לציין כי בצד השינויים בפסיקה נקטה מדינת ישראל שורה של פעולות תחקיקתיות הנוגעות לזכויות ילדים בשנות התשעים, כמו גם שינויים בהתפתחות שירותי הרווחה. לדיון ראו אשר בן אריה ומיכל קמחי "מהפכת זכויות הילד והשירותים החברתיים לילדים" עיצוב מדיניות חברתית בישראל: מגמות וסוגיות 309, 313-327 (אורי אבירם, ג'וני גל ויוסף קטן עורכים, 2007).
- 336 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, 627-629 (2004)
- 337 שם, בעמ' 628; Cohen & Cohen, לעיל ה"ש 288, בעמ' 2, 12-13; Amichai Cohen, *Administering the Territories: An Inquiry into the Application of International Humanitarian Law by the IDF in the Occupied Territories*, 38 ISR. L. REV. 24, 75 (2005)

לשטחים³³⁸; השפעתו הסגולית של אהרן ברק³³⁹ כמו גם התוכנה המשתרשת בציבור הישראלי ובקרב השופטים שהסכסוך הוא ארוך טווח ולכן מחייב ביקורת שיפוטית מוקפדת יותר.³⁴⁰ התהליכים הטרונס־לאומיים והבינלאומיים שבהם עסקנו נבחנו אף הם במסגרת הניסיון לתת הסבר לשינוי המגמה האמור. הוצע כי המגמה בישראל היא חלק ממגמה עולמית של עלייה בנכונות של בתי המשפט להתערב בענייני ביטחון לאומי,³⁴¹ וכי היא עולה בקנה אחד עם הגידול בשיתוף הפעולה הבינלאומי של מדינות במלחמה בטרור;³⁴² הוצע גם כי המגמה בישראל היא ניסיון להתמודד עם חשיפה אפשרית של גורמים בישראל להתחזקות מנגנוני האכיפה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי (למשל: הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי, ICC)³⁴³; עוד אפשר להצביע גם על תהליכי השפעה של המשפט הבינלאומי הכלכלי על המשפט המדינתי בישראל.³⁴⁴

העובדה שהתקיימה חפיפה בין המהפכה החוקתית לבין הגידול במשקל ובמידת ההתייחסות למקורות הבינלאומיים משתלבת היטב עם הטענה שלנו בדבר יחסי גומלין חשובים בין המהפכה החוקתית ברמה המדינתית (הגל הראשון) לבין תהליכים של התייחסות חוקתית לדין הבינלאומי (הגל השני). גם תנועת־הנגד החוקתית־מדינתית משתלבת עם שינויים בהתייחסות לכללי המשפט הבינלאומי. המסגרת האנליטית שהצענו כאן מחייבת בחינה של שני התהליכים – החוקתית־מדינתי והחוקתית־בינלאומי – ולעמוד גם על יחסי הגומלין שבין תנועות־הנגד: בין צמצום רטורי ומהותי בשימוש בכלים חוקתיים־פנימיים לבין הפיחות במגמת ההפניה למקורות המשפט הבינלאומי כמקור נורמטיבי בעל השפעה. אף שתהליך מקביל זה נובע ממכלול של משתנים ובהם השינוי הפרסונלי בהרכב בית המשפט, או משבר לגיטימציה שבית המשפט נתון בו ומגיב אליו, קיומם בד בבד מלמד על האופן שבו מופעי הגל הראשון ומופעי הגל השני כרוכים זה בזה במקרה הישראלי.

לסיכום: מנקודת המבט של הגל הראשון, התהליך החוקתי הפנים־מדינתי בישראל מאפשר למקם אותה בצד דמוקרטיה חוקתית רבות אחרות שעברו תהליכים דומים במאה העשרים. התמונה מורכבת יותר ביחס לגל השני. יחסו של בית המשפט הישראלי למשפט הבינלאומי משקף בחירה בנתיב ביניים בין אימוץ ישיר של הדין הבינלאומי ופרשנותו בערכאות בינלאומיות לבין בדלנות מוחלטת. בית המשפט בישראל שמר לעצמו את האפשרות לפרש את הדין הבינלאומי במהודק על פי המקורות הבינלאומיים (למשל בהקשרים של הסדרת הלחימה בזמן אמת) ואך לפרש לאורם ובאמצעותם בהקשרים אחרים. ודוק: מתן עדיפות ברורה לדין הבינלאומי משמעותה, לא אחת, ויתור של הקהילה המקומית להשפיע על גורלה, בעיקר בהקשרים שבהם פרשנות הדין נהפכת לנחלתם הכמעט בלבדית של

338 שם, בעמ' 60-63.

339 שם, בעמ' 74; Cohen & Cohen, לעיל ה"ש 288, בעמ' 11.

340 Cohen, *Administering the Territories*, לעיל ה"ש 337, בעמ' 75.

341 Cohen & Cohen, לעיל ה"ש 288, בעמ' 12.

342 Benvenisti & Downs, *Toward Global Checks and Balances*, לעיל ה"ש 309.

343 Cohen, *Administering the Territories*, לעיל ה"ש 337, בעמ' 74-75; כהן "בית המשפט

העליון והעימות הישראלי־ערבי: מבט מן המשפט הבינלאומי", לעיל ה"ש 283, בעמ' 300;

Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* 219-220 (2nd ed., 2012).

344 ברק־ארוז ופרז, לעיל ה"ש 87, בעמ' 106-114.

הטריבונלים הבינלאומיים (בתחומים כמו דיני הים, דיני סחר, דיני השקעות בינלאומיות ומשפט בינלאומי פלילי). הדין הבינלאומי אינו בהכרח שיקוף מאוזן של האינטרסים הבינלאומיים (של מאוויי הקהילייה הבינלאומית), ולא אחת הוא ביטוי לרצונם של גורמים אינטרסנטיים חזקים. בעיות אלה מחריפות לנוכח התחזקותם, והגידול בהשפעתם, של המוסדות הבינלאומיים ולנוכח העובדה שהם עדיין לא מחויבים מוסדית לכללי המשפט המנהלי הבינלאומי של שקיפות, זכות טיעון והנמקה.³⁴⁵

לפיכך, עמדתו האמביוולנטית של בית המשפט – גם אם היא בעייתית לא אחת במבחן התוצאה – מקנה לו מרחב פעולה לאזן ולפרש אחרת את הדין הבינלאומי. לכאורה אפשר להצדיק את ההתעקשות על מרחב תמרון כזה ברציונל החוזה החברתי שביסוד הגישה הדואליסטית. על פי המסורת הליברלית של האמנה החברתית, ממשלה תפעל על בסיס ההסכמה של אלו שבהם היא מושלת.³⁴⁶ גישה זו מובילה, בין השאר, למתח שבין המחויבות של רשויות השלטון לבטא את רצונה של הקהילה המקומית ולהתנות את החלת המשפט הבינלאומי עליה בהסכמתה, לבין המחויבות הבינלאומית של המדינה ביחסי החוץ שלה. באספקלריה של איוונים וכלמים, ההתניה בהפנמה של הדין הבינלאומי בחקיקה פנימית היא אמצעי בקרה של הרשות המחוקקת על פועלה של הרשות המבצעת ביחסי החוץ שלה (ועל פעילותם של הארגונים הבינלאומיים עצמם).

האם אפשר לקיים את הרציונלים שבבסיס הגישה הדואליסטית במציאות המשפטית שלנו כיום? לאורך המאמר ניסינו להדגים את המידה שבה מערכות המשפט המדינתית, הטרנס-לאומית והגלובלית כרוכות זו בזו. הדיון במופעיו של השינוי ביחסו של הדין הישראלי לדין הבינלאומי (כן, לא או כן, אבל רטורי) וההסברים להתרחשותו (פנימיים או חיצוניים) מתמקדים בעמדתו הפורמלית של בית המשפט בסוגיות אלה. הנסיבות הפוליטיות, החברתיות והמשפטיות של הממשל הגלובלי מערערות על היתכנותו של מרחב תמרון חוקתי שבו בית המשפט פועל, ועל מידת השליטה שיש לו על קיום תנאי החוזה החברתי ברוח הגישה הדואליסטית. האתגר המעשי הזה שנוצר, לטענתנו, משילוב התהליכים שמנינו תחת הגל הראשון והגל השני, טומן בחובו אפשרויות חדשות למוסד הביקורת השיפוטי. בעמודים הבאים נבקש לעמוד מקרוב על המשמעות של האתגר המעשי והאתגרים הנורמטיביים הנגזרים מאתגר הגל השלישי בהקשר הישראלי.

3. ישראל והגל השלישי

תהליכי החוקתיזציה שתיארנו בפרקים הקודמים במסגרת הגל הראשון והשני שחקו את האפקטיביות של המנגנון הדואליסטי המסורתי. עיצוב המדיניות של מערכת המשפט הישראלית, כמערכות מדיניות אחרות בכל העולם, מושפע מהתחזקותן של מערכות הסדרה בינלאומיות. אלה כוללות מקורות השפעה קלאסיים כמו אמנות, מנהג, פסיקה וחקיקה בצד מנגנוני השפעה מורכבים יותר כמו מערכות דירוגים, רשתות מידע, מנגנונים של ביוש, תיוג ועוד. כך, בצד התעצמות כוחם של ארגונים בינלאומיים הפועלים מכוחה של מערכת הסדרה

345 עם זאת, יש התבססות של מחויבות לכללים אלה; להרחבה ראו GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW: CASES, MATERIALS, ISSUES (Sabino Cassese et al. eds., 2nd ed. 2008).

346 JEREMY WALDRON, LIBERAL RIGHTS 35-62 (1993).

פורמלית, שבהם דנו קודם, אופני ההסדרה הבינלאומית כוללים גם תצורות לא פורמליות המשלכות שחקנים, תהליכים ותוצרים המארגנים את מודל ההסדרה הקלאסי של המשפט הבינלאומי.³⁴⁷ המדינה – השחקן הדומיננטי בהסדרה הבינלאומית הקלאסית – מעולם לא תפקדה על פי המודל הריאליסטי־פוזיטיביסטי שאפיין אותה כישות קוהרנטית, מסונכרנת והיררכית. אולם, בעשורים האחרונים נהפכו מערכות היחסים שמרכיבות את מארג הפקידות המדינית לקשורות יותר ברשתות טרנס־לאומיות בין פקידי ממשל ודומיהם מעבר לים.³⁴⁸ תהליכי הסדרה נעשים, מתעצבים ומשתנים דרך דיאלוג ושיתוף פעולה חוצה גבולות; חלקם של שחקנים לא מדינתיים – ארגוני חברה אזרחית (עם היקף פעילות עולמי וזיקות מקומיות), תאגידים רבי־לאומיים וקואליציות מסוגים שונים (של צרכנים למשל) – נהפך דומיננטי יותר.³⁴⁹ פירוק תהליך קבלת ההחלטות מתעצם לנוכח המעורבות של גופי הסדרה שונים באותו שדה או ביחס לאותה סוגיה, אף שלעיתים אפשר לדמיין את פעילותם כמקושרת ואפילו "מתוזמרת" עם מסגרת משטרית אחת.³⁵⁰

בהקשר הישראלי אפשר לבחון כיצד תהליכים של הגל השני המאוחר – דוגמת הקמתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג והתחזקותן של רשתות טרנס־לאומיות של החברה האזרחית – תרמו להעצמת כוחם ולגידול בהשפעתם של היועצים המשפטיים בתחום המשפט ההומיניטרי.³⁵¹ על הקמת המחלקה לתפקידים מיוחדים (בין־לאומי) בפרקליטות המדינה בשנת 2010,³⁵² ועל התמודדות עם דפוסי החקירה לנוכח הדיאלוג שבין גורמי חקירה בינלאומיים

347 לדיון נרחב בתהליכים אלו ראו את המחקר האמפירי המתעד מגמה של עצירה בכיוון ארגונים בינלאומיים על יסוד הסדרה פורמלית ומעבר להסדרה בינלאומית לא פורמלית: Joost Pauwelyn, Ramses A. Wessel & Jan Wouters, *When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking*, 25 EJIL 733 (2014).

348 ראו SLAUGHTER, לעיל ה"ש 224.

349 עבודתם של בנדיקט קינגסבורי וניקו קריש, במסגרת הפרויקט של המשפט המנהלי הגלובלי, ניסתה למפות את השחקנים הללו. ראו: Nico Krisch & Benedict Kingsbury, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, 17 EJIL 1 (2006).

350 כך, לדוגמה, אפשר לחשוב על היחסים בין מנגנוני ההסדרה הקשורים בשינוי אקלים כחוסים תחת מנגנון משטרי רופף כזה, שהומשג על ידי חלק מהחוקרים כקומפלקס או כמארג משטרי (Regime Complex). ראו, למשל, Robert O. Keohane & David G. Victor, *The Regime Complex for Climate Change*, 9 PERSP. POL. 7 (2011).

351 ערותו של מר מזוו, היועץ המשפטי לממשלה, בפני הוועדה לבדיקת המערכה בלבנון 2006, 5-4 (א.ה.14.1.2007); Amichai Cohen, *Legal Operational Advice in the Israeli Defense Forces: The International Law Department and the Changing Nature of International Humanitarian Law*, 26 CONN. J. INT'L L. 367, 375 (2011).

352 באתר האינטרנט של מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט בין־לאומי), שהוקמה בשנת 2000, מתואר הגידול במספר הסכמים בינלאומיים הכוללים מנגנונים הכופפים את מדינת ישראל למנגנונים זרים של גישור או בוררות, בצד עלייה באכיפה הבינלאומית בתחומים האזרחיים והפליליים: שני אלה מוצגים כגורמים להקמת היחידה הישראלית המתמחה בייעוץ במשפט בינלאומי. היחידה עוסקת בעריכת הסכמים בינלאומיים, ביישוב סכסוכים בינלאומיים ובייצוג המדינות בפורומים בינלאומיים: "היחידות [בישראל ובעולם] הוקמו בעקבות ההכרה כי נדרשת

לגופי חקירה מקומיים.³⁵³ השימוש בטקטיקת ביוש באמצעות "רשימה שחורה" השפיעה על המדיניות הישראלית בתחום הלבנת ההון³⁵⁴ והסחר בבני אדם.³⁵⁵ הצטרפותה של ישראל לארגון הסחר העולמי השפיעה על מרחב שיקול הדעת של הרשות המנהלית.³⁵⁶ הגידול בכמות ובעוצמה של הסטנדרטים הבינלאומיים המשפיעים במידה ניכרת על המדיניות הציבורית בישראל מושג, על פי רוב, באמצעות הרשות המבצעת והרגולטורים. יכולתה של הרשות המחוקקת לשמש שומר סף אפקטיבי בחיץ המדומיין שבין המרחב הבינלאומי למדינתי הצטמצם מאוד. סדר היום המדינתי מושפע מהחלטות המתקבלות במחוזות רחוקים וזרים למרחב הציבורי הישראלי בלי שניתנת לנפגעים פוטנציאלים או לקהילה כולה הזדמנות לתת את הסכמתם או לפחות לומר את דברם.

אתגר הגל השלישי נוגע אפוא להתמודדות עם תהליכי הגל השני המאוחר: גירעון שלטון החוק שנוצר עקב התקת תהליכי קבלת ההחלטות מהמרחב המדינתי למרחב הבינלאומי. הללו מחייבים חשיבה מחודשת על הליך קבלת ההחלטות במרחב המנהלי הגלובלי והמדינתי. פיקוח על הליכים אלה יכול להיעשות באמצעות ביקורת שיפוטית של בתי המשפט המדינתיים והבינלאומיים על גופי ממשל בינלאומיים או על הפנמת הסטנדרטים הבינלאומיים במרחב המדינתי. הדיון בנחיצותה של ביקורת שיפוטית של הגל השלישי נמצא ברובו בספרות;³⁵⁷

היערכות חדשה של המדינות לנושא של טיפול במשפט הבינלאומי והשלכותיו [...] (מתוך אתר האינטרנט של מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט בין-לאומי), ראו <http://www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/IA/Pages/About.aspx>). לכתבת רקע על ייסודן של מחלקות וגיוס עורכי-דין בתחום הבינלאומי בשירות המדינה בשנים האחרונות ראו אפרת נוימן, עידו באום ויסמין גואטה, "הסניגורים של ישראל בזירה הבינלאומית: 800 מועמדים מתמודדים על משרה אחת" *The Marker* 12.2.2015.

U.N. Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, Rep. on Human Rights in Palestine ; 353 and Other Occupied Arab Territories, U.N. Doc. A/HRC/12/48 (Sep. 25, 2009): <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48.pdf>; הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (ועדת טירקל), דו"ח שני: מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני החימה על פי המשפט הבינלאומי (2013); בג"ץ 6547/11 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פס' 9 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 28.8.2014).

354 ישראל נכללה ברשימה השחורה בתחום הלבנת ההון בשנת 2000; הכללתה האיזה את תהליכי החקיקה בישראל בתחום. בשנת 2002 הוסרה ישראל מהרשימה, ככל הנראה בשל מהלכי החקיקה ופעולות השירדול והשכנוע של גורמים בממשלה ובמערכת הפיננסית (ראו, למשל, אמיר הלמר "ישראל הוצאה מהרשימה השחורה של מדינות שאינן נלחמות בהלבנת הון" *The Marker* 21.6.2002, www.themarker.com/law/1.104486). השימוש בטכניקת הרשימה השחורה הופסק בשנת 2006; ראו Rainer Hülsse, *Even Clubs Can't do Without Legitimacy: Why the Anti-Money Laundering Blacklist was Suspended*, 2 Reg. & Governance 459 (2008).

355 ראו Shamir ו-Hacker, לעיל ה"ש 327.

356 ברק-ארז ופרז, לעיל ה"ש 89, בעמ' 116-125.

357 ראו, למשל, Kingsbury, Krisch & Stewart; לעיל ה"ש 349; Kingsbury, Krisch & Stewart, לעיל ה"ש 72, בעמ' 16; Benvenisti, לעיל ה"ש 86; THE EXERCISE OF PUBLIC AUTHORITY BY

החלטות בית המשפט האירופי בעניין קאדי הן סנונית ראשונה בעולם המעשה. בפסק הדין בעניין קאדי סירב בית המשפט האירופי להחיל במרחב המשפטי של האיחוד האירופי החלטה מחייבת של מועצת הביטחון מפני שתהליך קבלת ההחלטה לא עמד בעקרונות המרכזיים של שלטון החוק: זכות טיעון, חובת הנמקה ושקיפות. זו דוגמה להבנה רחבה של תפקיד בית המשפט ביחס למשפט הבינלאומי, שאינו מתמצה ביישום ובפרשנות של הדין הבינלאומי בדין המדינתי אלא באחריות של בית המשפט המדינתי לשלטון החוק במערכת הבינלאומית. אפשר לקרוא את פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **מראעבה** (גדר ההפרדה), שניתן לאחר פרסום חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי, כדוגמה לביקורת שיפוטית מהגל השלישי. התשתית הנורמטיבית הוגדרה כמשותפת לשתי הערכאות, אולם סלע המחלוקת נסב על התשתית העובדתית. לאורך פסק הדין ביקר הנשיא ברק את ההליך והמתודולוגיה של בית הדין הבינלאומי בגיבוש התשתית העובדתית החסרה לפניו:

בית הדין הבינלאומי בהאג שאב את התשתית העובדתית לחוות דעתו מדו"ח המזכ"ל, הרו"ח המשלים, דו"ח דוגארד ודו"ח זיגלר. בית המשפט העליון שאב את העובדות מהנתונים שהביאו בפניו העותרים הפלסטיניים מזה והמדינה מזה. כן קיבל בית המשפט חוות דעת של מומחים צבאיים, שביקשו להציג עמדתם כ"ידיד בית המשפט". אף שהנתונים אשר שני בתי המשפט קיבלו מתייחסים לאותה חומה/גדר, הרי השוני ביניהם הוא עמוק ורב. שוני זה הוא שהביא, בסופו של יום, למסקנות המשפטיות הנוגדות.³⁵⁸

החסר המרכזי שנגרם עקב התשתית העובדתית הלקויה נגע להתמודדות עם הצורך הביטחוני-צבאי, אשר "מוזכר באופן דל ביותר במקורות שבית הדין הבינלאומי בהאג סמך עליהם את חוות דעתו". חיזוק לדבר הביקורת מצא הנשיא ברק בדעת המיעוט של השופט בורגנטל ובדברי הביקורת של שופטי בית הדין הבינלאומי בהאג. בלי להתייחס לרבדים אחרים של פסק הדין, נרצה להדגיש את נכונותו של בית המשפט הישראלי לקיים דיאלוג עם הערכאה הבינלאומית ולבקר בצל קורתו המדינתית כשלים שנפלו בגיבוש חוות הדעת הבינלאומית. בחלקים האלה של פסק הדין מנשבת רוח הביקורת השיפוטית של הגל השלישי. גם הימנעותה של הרשות המבצעת מליטול חלק מלא בהליך הגיבוש של חוות הדעת אינה חומקת משבט ביקורתו של בית המשפט.³⁵⁹ בית המשפט הישראלי מבקר את העובדה שהצדדים הנפגעים לא עמדו לפני בית המשפט הבינלאומי ושלא התקיים בו הליך אדברסרי. יתרה מזו: "בית הדין קבל את הנתונים שברו"ח המזכ"ל,

INTERNATIONAL INSTITUTIONS: ADVANCING INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW (Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum, Jochen von Bernstorff, Philipp Dann & Matthias Goldmann eds., 2010)

358 פרשת **מראעבה**, לעיל ה"ש 312, פס' 61 לפסק דינו של הנשיא ברק.

359 "אין לנו צורך, ואף אין בפנינו תשתית עובדתית מספקת, כדי לקבוע במי האשם במחדל חמור זה. האם זהו תיק המסמכים שהוגש לבית הדין; האם זה מחדלה של מדינת ישראל עצמה, או שמא זה חוסר נכונותו של בית הדין להיזקק לנתונים שהוגשו לו על ידי ישראל ולנתונים נוספים הפתוחים בפני הכל" (שם, פס' 65 לפסק דינו של הנשיא ברק).

ורו"חות של הדווחים, כנתונים עובדתיים אובייקטיביים. לא הוטל ולא נבחן הנטל המוטל על הצדדים להליך".

לשון הביקורת של בית המשפט תקיפה אך זהירה. הפגמים שנפלו בגיבוש חוות הדעת מוגדרים על פי רוב כבעיות של "מתודה" ו"הליך"; הגינות ההליך מאותגרת בלי שהמונחים "צדק פרוצדורלי" או "הליך הוגן" מוזכרים במפורש. המרצע יוצא מן השק בדעת היחיד של המשנה לנשיא חשין. בפתח הדברים הוא מתאר את השינוי שחל במעמדו של המשפט הבינלאומי: "זכורני כי לפני יובל שנים [...] המשפט הבינלאומי הפומבי כלל לא ראינוהו – אנו הסטודנטים – ראוי לתואר 'משפט' [...] חלפו שנים [...] צבר כוח והחל עומד על רגלי-שלו כשיטת משפט הראויה לתואר משפט".³⁶⁰ התמורה הזו מחייבת. והנה כושל בית הדין הבינלאומי בהאג מלקיים הליך שיפוטי בהתאם לתשתית עובדתית ראויה. השופט חשין קובל על הכלליות והסתמיות של הדיון העובדתי בחוות הדעת ועל היותו "גרוש יסוד אמוציונלי" הצובע אותה בצבע פוליטי שאינו ראוי להכרעה משפטית; "ואם בכל אלה אין די, הנה התעלמותו הכמעט-מוחלטת של בית הדין מבעיות הבטחון ומן הטרור הנוראים שפקדו את ישראל – ואוסף: התעלמות כמעט-מופגנת – התעלמות זרה ומוזרה היא".³⁶¹ בית המשפט הישראלי מטיל אפוא דופי בגיבוש המסד העובדתי וקובל על הפוליטיזציה של ההליך. הטענה בדבר הדרת השיקולים הנוגעים לביטחון מאתגרת עמוקות את הגינות ההליך; סיכום הדברים נוקב. בית הדין הבינלאומי בהאג מעל בתפקידו בשני מובנים: הוא כשל מלעשות משפט אמת וצדק וכשל מלקיים את תכלית חוות הדעת המייעצת ולשמש מדריך ומורה דרך. במילותיו של המשנה לנשיא חשין:

צר לי, אך החלטתו של בית הדין הבינלאומי אין בכוחה להאיר את דרכי. אורה דל מכדי שאדריך עצמי על-פיה לעשות משפט אמת וצדק בדרכו של שופט כפי שלמדתי ממי שקדמו לי ובבית אבי.

יובל השנים שבמהלכן הבשיל המשפט הבינלאומי להיקרא "משפט" בעיניו של חשין מקביל לשנות פועלו כמשפטן. במשך אותו יובל נהפך חשין הסטודנט לשופט ומורה; כעת, בשבתו כשופט מדינתי בבית המשפט העליון, הוא מורה את דרכה של הערכאה הבינלאומית – ולחלופין, מסרב לסור למרותה. האוניברסיטה העברית, שופטי בית המשפט העליון ובית אבא חוברים יחד ללמד את הטריבונול הבינלאומי שיעור בתורתו של משפט.

הקריאה של פסק הדין לשמירה הקפדנית על כללי ההליך, תוך הדגשת קיומה של מסגרת נורמטיבית משותפת לבית המשפט המדינתי והבינלאומי, הולמת תפיסה רחבה של שלטון חוק ומאפשרת לבית המשפט הישראלי לאזן ולבקר את הטריבונול הבינלאומי באמצעות כלים ועקרונות המשותפים לשניהם. כפי שצינו בפתח הדברים, כמוכנים רבים השפעתם של בתי המשפט המדינתיים רבה מזו של בתי המשפט הבינלאומיים. הם סוכני אכיפה, פרשנות ושינוי משמעותיים יותר מהטריבונולים הבינלאומיים בכל הנוגע לכללי המשפט הבינלאומי. מכאן נובע גם כוחה של הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון בפרשת **מראעבה**: ללא שיתוף הפעולה של בתי המשפט המדינתיים ספק אם אפשר לפתח ולעצב

360 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט חשין.

361 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט חשין.

משפט בינלאומי. השאיפה לשיתוף פעולה כזה מחייב אפוא את בית המשפט הבינלאומי להתייחס ברצינות לאופן שבו הוא נתפס – ללגיטימציה שלו – בעיני השופטים המדינתיים.

סיכום

מאורו קאפלטי היה במוכנים רבים בן התקופה שחקר; השנים שלאחר המלחמה היו עבורו הרבה מעבר לצומת מרכזי על ציר ההיסטוריה. כפרטיזן צעיר, שנאבק בנאצים וחוזה את מוראות המלחמה, הפיכת השעה־שלאחר־המלחמה לנקודת מפנה הייתה משמעותית – זו הייתה משימת חייו. כמו אידאליסטים רבים מהדור ההוא, הוא תיעב רודנות מכל זן וצבע, העמיק את הספקות על אודות מדינת הלאום וחוזה משבר אמונה עמוק ביחס לרמוקרטיה הפופולרית ומוסדותיה. במקום אלה הוא העלה על נס את ה"בינלאומי", את המוסדות הדמוקרטיים הפדרליים, והשליך את יהבו על בתי המשפט כמי שישמשו מנגנוני בקרה על בעלי השררה ויערכו לכינונו של ממשל תקין. קאפלטי העריך מאוד את מסורת המשפט האמריקנית אך לא היה שותף לתפיסתה הברדלנית, ובכלל זה לעמדתם של בתי המשפט האמריקניים כלפי המשפט הבינלאומי. עבורו היו הנורמות הבינלאומיות חלק בלתי־נפרד מהפרדיגמה הדמוקרטית.

אין זה מפתיע אפוא שהסרטוט הקרטוגרפי של קאפלטי בביקורת השיפוטית בעולם העכשווי משוקע בטיעון היסטוריוגרפי: זהו סיפור של תהליך עולמי לינארי המונע קדימה ומנועו האחד הוא קדמה. אי־אפשר להטיל דופי בהישג המחקרי ובחזון הייחודי של קאפלטי: ביקורת שיפוטית בעלת מאפיינים חוקתיים נהפכה לנורמה בעולמנו. נבואתו, שהייתה רחוקה מלהיות ברורה מאליה כשהעלה אותה על הכתב לראשונה בשלהי שנות השישים, נהפכה ברבות הזמן למציאות שאנו מכירים כיום. גם השתלבותן של הנורמות הבינלאומיות בתהליך החוקתי וחבירתם של הגלובלי והמקומי היו במרוצת השנים מחזון נבואי לחזון נפרץ. הקריאה המחודשת שהצענו למהלך הקרטוגרפי וההיסטוריוגרפי של קאפלטי אינה מתמצה במיפוי החלקים בעולם שנשמטו ממפת העולם פורצת הדרך שסרטט; במוכנים רבים, הקרטוגרפיה וההיסטוריוגרפיה שלנו – כמה עשורים מאוחר יותר – מספרת סיפור שונה לחלוטין. הגלים משמשים מטאפורה יסודית בסיפורנו; הדיאלקטי מחליף את הלינארי, הגורמים המסבירים מורכבים ונעים בתוך הגלים וביניהם, ולבסוף – אך לא בשולי הדברים – אנו מציעים ממד נורמטיבי שהוא ביסודו טרגי במונח המילולי, תוצרם של תהליכים נוגדים ולא מתואמים.

המפה המורכבת של הביקורת השיפוטית המסורטטת במאמר מספרת את סיפורה של מציאות מפורקת, שבה המשמעות של "הציבורי" (או של המרחב הציבורי) התפרקה ממשמעויותיה הקודמות והשתנתה. היום, יותר מאי־פעם בעבר, החוויה הקיומית שלנו נטועה בכמה מרחבים. אנחנו חלק מהמקומי (לעתים לאו דווקא במוכנים של מיקום קונקרטי), הלאומי־מדינתי (עדיין מרחב משמעותי ורב־השפעה בכל מקום), וגם מהטרנס־לאומי והגלובלי. אם נרצה או לא, כולנו כיום נתינים של יותר ממרחב ציבורי אחד.

במפה שהצענו הצבענו על דעיכת ההתנגדות העקרונית לביקורת שיפוטית כחלק מהמטטר הדמוקרטי או מהמשמעות של מנהל תקין, הגם שיישומם ספציפיים של העיקרון הזה עדיין מניבים התנגדות בנושאים כגון הפלות, נישואים חד־מיניים ובסוגיות עקרוניות

נוספות. עם זאת, בצד קבלה של ביקורת שיפוטית ברמה העקרונית ניטשים ברחבי העולם מאבקים משמעותיים על אודות ביטויים מסוימים של מוסד הביקורת השיפוטית. גם במובן הזה המקרה הישראלי הוא מקרה מבחן מרתק בהקשר השוואתי, הראוי לתשומת לבם של מלומדים העוסקים במשפט הציבורי ברחבי העולם.

במפה שלנו גם ניכרות השפעותיו של הממד הבינלאומי בהסדרת חיינו. בעשורים האחרונים נהפך הממשל הגלובלי לתחליף לא רק, או בעיקר, לפרלמנטים מדינתיים, אלא גם למנהל הציבורי המדינתי. בשלב זה ברור כי השפעתו של המשפט הבינלאומי כבר אינה נתונה לבחירה; מקורה במקדים רבים, הנמצאים מחוץ לטווח השפעתן של מדינות. אפילו המדינות החזקות ביותר אינן יכולות לאתגר בעצמן את הממשל הגלובלי: אין באפשרותן לנווט את הסדר העולמי בהתאם למאוייהן וודאי שאין באפשרותן ליצור בעצמן סדר משפטי בר־קיימא. התהליך של הגל השני כשלעצמו מלבה התנגדות לביקורת השיפוטית מסדר נוסף. הביקורת השיפוטית בגל הראשון עוררה את הקושי האנטי־רובני – לנוכח המתח שבינו לבין יסודות דמוקרטיים של שלטון הרוב של קהילת הלאום – לטובת הכרעת השופטים, אך הבינאום של המהלך החוקתי בגל השני עורר התנגדות בגין חדירתם של יסודות ערכיים אוניברסליים הנתונים במתח עם תפיסה ערכית קהילתית של מדינת הלאום. הקושי האנטי־רובני ביחס לגל השני הוא קושי זהותי ואילו הקושי המאפיין את הגל הראשון הוא דמוקרטי. בצירופם של שלושת הגלים נדרש בית המשפט המדינתי לשלושה כובעים בביקורתו. בכובעו המסורתי הוא מבקר את חוקיות ההחלטות המנהליות של המדינה ואת חוקי הפרלמנט. בכובעו השני בית המשפט משמש מנגנון ליישום, לאכיפה, לפרשנות ולפיתוח של המשפט הבינלאומי כלפי פנים. לבסוף, ברוח הגל השלישי, בתי המשפט המדינתיים יכולים להיות רשת משלימה לכינון שלטון החוק ברמה הבינלאומית. המבנה והפרקטיקה של העשייה השיפוטית בעידן הממשל הגלובלי מאפשרת לנו להרחיב את התפיסה העצמית של בית המשפט כיחיד במערכה; במקום זאת בית המשפט יכול לראות את עצמו כחלק מקהיליית בתי המשפט המדינתיים המחויבת – לכד ובמשותף – לשמור על שלטון החוק.

מקומו של בית המשפט בישראל לא נפקד בתהליך הזה. השפעת הגל הראשון ניכרת בתמורות שחלו במשפט החוקתי הישראלי; סיפורו נושא אופי ייחודי ובכל זאת נשזר היטב בסיפורן של דמוקרטיה חוקתיות רבות במאה העשרים. בסיפור הישראלי, כמו בסיפורן של מהפכות חוקתיות במקומות אחרים, הרגע שלאחר מלחמת העולם השנייה (1948) והשנים שלאחר תום המלחמה הקרה (סוף שנות השמונים ושנות התשעים) היו צומתי הכרעה מרכזיים בעיצוב הסדר החוקתי הישראלי. לא כך המקרה בגל השני. התחזקות מוסדות המשפט הבינלאומי, ובכללם הממשל הגלובלי, מעצבת את סדר היום של מערכת המשפט הישראלית במידה ניכרת; מכל מקום התפתחויות אלו לא הניבו תמורה עמוקה ביחס למשפט הבינלאומי כמקור־על נורמטיבי לביקורת שיפוטית על חקיקה או על רשויות המנהל. אתגר הגל השלישי רובץ לפתחם של בתי המשפט המדינתיים והבינלאומיים ומחייב חשיבה מחודשת על מוסד הביקורת השיפוטית ועל מושאי ההגנה שלו. כך ברחבי העולם, כך גם בישראל. ההשפעה המשולבת של שלושת הגלים מגדירה מחדש את המרחב הציבורי. לכאורה, התוצאה הכוללת ביותר לחיוב היא הגנה מוגברת על היחיד שיכול לפעול להגנה על זכויותיו גם בזירה המדינתית וגם בזירה הבינלאומית. הגל השלישי עיקרו באפשרות שהזירה הבינלאומית תהיה נתונה לביקורת ולמגבלות. ביקורת שיפוטית במרחב הבינלאומי נושאת פוטנציאל

חשוב, אך היא לא חפה מבעיות. האתגר העיקרי שהממד הגלובלי מציב קשור בשמירה על עקרונות שלטון החוק והדמוקרטיה. במובן זה אפשר, לדעתנו, לזהות קוהרנטיות בין הגל השלישי לבין עקרונות היסוד של מוסד הביקורת השיפוטית. אמנם המסגרת הרעיונית שמאפיינת תאוריות של דמוקרטיה לא מאפשרת לגשר בקלות על הפער שבין המדינה למרחב הבינלאומי; המונח "דמוקרטיה" מבוסס על פי רוב על רעיון ה"דמוס" והמדינה, ואין דרך ליישם את הרעיון של שלטון הרוב במובנו הפשוט בזירה הבינלאומית. עם זאת, הזירה הבינלאומית מחייבת חשיבה מחודשת על אבני היסוד של התאוריה הדמוקרטית: איך בכל זאת אפשר לעצב מערכת משפטית לגיטימית שחסרה את המוסדות הקלאסיים של הדמוקרטיה. ראשיתה של התשובה שהצענו כאן קשורה בשמירה על עקרונות שלטון החוק. זיהינו את בתי המשפט המדינתיים כשחקנים מרכזיים בעיצובו ומימושו של שלטון החוק בעידן של דמוקרטיה מבוזרת בין רמות ממשל שונות.

אנחנו מתייחסים לטרגדיה של המרחב הציבורי החדש באופן לא סנטימנטלי. הגל הראשון כרוך בקושי האנטי־רובני ובמשימה הטרגית של השופטים לפעול בניגוד להכרעת הרוב ועל פי צו מצפונם החוקתי. הגל השני נובע מהתפתחויות דרמטיות של העמקה והתרחבות של מוסדות המשפט הבינלאומי בעשורים האחרונים ומעורר את הקושי האנטי־רובני הזהותי. התפתחויות אלה היטיבו עם אנשים רבים והפכו את העולם למקום טוב יותר.³⁶² עם זאת, מוסדות המשפט הבינלאומי – במיוחד אלה המזוהים עם הממשל הגלובלי – סובלים מגירעון מטריד בשמירה על יסודות דמוקרטיים. גירעון זה נוצר כתוצאה ממעורבותם של שחקנים שוחרי טוב, המעצבים מוסדות באופן שמשקף באופן צר את תפיסתם הערכית, או קבוצות אינטרס חזקות, שמדירות את קולם של אחרים שכוחם חלש או תש.

האם הבעיות העמוקות הללו מחייבות ריאקציה – ביטול של המוסדות הבינלאומיים ושיבה אל סדר אחר, ישן ואולי טוב יותר? איננו סבורים כך ואנו מטיילים ספק בכך שראקציית־עומק כזו אפשרית. במקום זאת ביקשנו להפנות את הזרקור למופעים ראשונים של הגל השלישי ולהדגיש באמצעותו את חשיבותו של ההליך במישור הבינלאומי. כמו בהקשרים אחרים, גם במישור הבינלאומי המטרה לבדה לא יכולה להצדיק את האמצעים. לגיטימציה המתבססת על תוצאות ולא על הדרך להשיגן היא בהכרח לגיטימציה חלשה, אם היא בכלל קיימת. המוסדות הבינלאומיים והשפעתם נדרשים להדגיש יותר, ובאופן עמוק יותר, את ההליך הנוגע לעיצובם ולדרך קבלת ההחלטות שלהם, ולעגן הליכים המאפשרים בקרה מתמדת על הנעשה בהם ועל ידם.

הקריאה שהצענו מזמינה מדינות ואורגנים מדינתיים (בעיקר בתי משפט) לאמץ את המסגרת הנורמטיבית הבינלאומית – ובאותה נשימה לשמור על הסתייגות מהמשפט הבינלאומי. ההתנגדות המסורתית ל"בינלאומי" נבעה מהצדקות לאומיות ומהמתח שבין הריבונות המדינתית למשפט הבינלאומי. המתח שאנחנו מאירים אינו קשור בתפיסת הריבונות הקלאסית של המדינה. אנחנו מתייחסים לסדר המשפטי הבינלאומי כמובן מאליו (acquis) – אך מסרבים לחגוג את יתרונותיו של המובן מאליו ככל שהם מבוססים על נישול

362 אפשר כמובן לאתגר את האמירה הזו במידה ניכרת: משטרים בינלאומיים רבים, במיוחד בתחום ההסדרה הכלכלית, מדירים, מתפשרים ואפילו מזיקים לאינטרסים ולתביעות של אנשים וקבוצות. צדק אוניברסלי, תהא משמעותו אשר תהא, רחוק ממימוש במציאות הנוכחית.

והדרה של אנשים, קהילות ועמים. אנו סבורים אפוא שתהליך ההתפשטות של הדמוקרטיה הליברלית למדינות ולאנשים ברחבי העולם נתון בפרדוקס עמוק. גם התפשטותו של הגל השני היא מאופיינת בבעייתיות אינהרנטית מבחינה נורמטיבית.

מבט אופטימי אל העתיד עשוי לראות בגל השלישי ראשיתו של מהלך מאזן וכולם, העשוי לרפא חלק מחולייו של הגל השני – בעיקר ביחס למופעיו המאוחרים של הממשל הגלובלי. ייתכן כי הגל השלישי טומן בחובו פוטנציאל של תרגום וארגון מחדש של רעיונות ופרקטיקות מתוך הדמוקרטיה המדינתית אל המרחב הבינלאומי. אפילו קריאה אופטימית כזו לא תהיה חפה מהממד הטרגי. אם נשוב כעת לפסקאות הפתיחה שלנו, הרי שבכל התהליך שתיארנו – בין בתצורתו הקאפלטיב הניוטונית או בתצורה המורכבת והמבולגנת יותר, האינשטיינית – יש מוטיב אחד קבוע: בתי משפט, בינלאומיים ולאומיים, פועלים נגד עריצות, אמתית או משוערת, בשם קרבנות ויחידים – אף על פי שגם הם אינם חסינים מפני שבי של קבוצות אינטרס כוחניות. בתי משפט הפועלים במרחב הציבורי שתיארנו כאן, אפילו במופעיו הגלובליים, הציבו את היחיד – באופן חסר־תקדים מבחינה היסטורית – במרכז פעילותם השיפוטית. כינון מוסדות הביקורת השיפוטית בשלושת הגלים מכוון את המבט המשפטי להגנה על היחיד, על זכויות האדם הבסיסיות; האדם הוא מרכז הסיפור הזה – אך הוא ניצב שם לבד. כפי שחשפה זה מכבר תאוריית הביקורת המשפטית, זהו תהליך המוביל לעולם אטומיסטי, המנשל את האדם משיוכו הקהילתי. תשומת הלב שלנו מופנית לזכויותיו של היחיד ולחובות שיש כלפיו וכך דוחקת לשוליים את שאלת אחריותו וחובותיו של האחד לאחר; של היחיד לאחרים. לאדם של עידן שלושת הגלים יש אפשרות (גם אם מוגבלת) לדבר ולפעול את שיח הזכויות. זכויות האדם הן הזכויות שלהן ושלן – אך פחות "שלהם"; הוא עצמו לא מחויב לפעול על פיהן ביחס לאחר. האדם העובר למרכז עשוי להיהפך בתוך כך לאדם המרוכז בעצמו. בסופו של דבר, אין לנו בררה אלא לשוב לחכמתם הקדומה של אריסטו והרמב"ם: חיפוש נואש אחר דרך האמצע וגורלה הטרגי, חיפוש שלעולם אינו מביא על סיפוקו אף לא אחד מהצדדים הנוגעים בדבר.