

חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד

ליאב אורגד*

מהו היקף ההגנה של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם בישראל: האם תחולתם היא אוניוורסלית – על כל אדם באשר הוא אדם, ללא קשר לאזרחותו ולמקום הימצאו – או שמא היא טריטוריאלית, כלומר, רק בשטח מדינת-ישראל, אלא אם כן מדובר באזרח ישראלי, שאז חוק-היסוד נושא תחולה פרסונלית? שאלה זו שבה ועלתה לאחרונה בפסיקה, במיוחד בהקשר של תחולת ההגנות של חוקי-היסוד על מהגרים ועל נתיני אויב – סוגיות שבהן יש מגע של זרים עם רשויות שלטון מחוץ לשטח הריבוני. הפסיקה בנושא אינה עקבית וטרם הכריעה בסוגיה. חלקו הראשון של המאמר מציג מסגרת תיאורטית והשוואתית לדיון בהיקף תחולתן של חוקות. חלקו השני בוחן אם רשויות השלטון כפופות להוראות חוקי-היסוד גם בפעילותן מחוץ לישראל. מסקנת המחבר היא שהדין המצוי מכיר, נוסף על תחולה טריטוריאלית כמינימום, גם בדפוס מוגבל של תחולה פרסונלית. נוסף על כך ניתן לזהות ניצנים ראשוניים של כלל התחולה האוניוורסלית.

חלקו השלישי של המאמר מציג מחשבות ראשוניות לגבי כלל התחולה הרצוי. טענת המחבר היא כי החובה לכבד זכויות אדם חוקתיות צריכה לחול, ככלל, כלפי כל רשות מרשויות השלטון – בכל מקום, בכל זמן וכלפי כל אדם – אלא אם כן חוקי-היסוד סייגו את תחולתם, במפורש או במשתמע, לסוג מסוים של בני-אדם, שטח או זמן. עם זאת, מידת

* חוקר-אורח, אוניברסיטת הרווארד. תודתי נתונה לחברי מערכת משפט וממשל שרונה גינור, רותם פרלמן ותהילה רוט, לסגנית העורך קרן אניספלד ולעורך אילן סבן על הערות מועילות שתרומו לשיפור טיוטת המאמר. תודה מיוחדת למשתתפי "פורום המורים למשפט ציבורי" על הערותיהם, וכן למרכז הבינתחומי בהרצליה, לקרן אייסף ולקרן לקידום החינוך בישראל על תמיכתם, שאפשרה את כתיבתו של המאמר. ראשיתו של מאמר זה בעבודה סמינריונית באוניברסיטת קולומביה; תודתי נתונה ללורי דמרוש על הערותיה, ולאמנון רובינשטיין וג'ורג' פלטר על שיחות מפרות בנושא.

ההגנה היא פונקציונלית, ותלויה במגוון של משתנים. מסקנה זו מבוססת על פרשנות תכליתית של חוקי-היסוד ועל תיאוריה תורת-משפטית.

פתח-דבר. א. מסגרת תיאורטית ומבט משווה: 1. תחולה טריטוריאלית: החוקה והדגל; 2. תחולה פרסונלית: החוקה והסטטוס; 3. תחולה פונקציונלית: החוקה והזכות; 4. תחולה אוניוורסלית; החוקה והסמכות. ב. היקף תחולתם של חוקי-היסוד בישראל: 1. תחולה טריטוריאלית כנקודת מוצא; 2. התחולה הפרסונלית מגביהה עוף; 3. התחולה האוניוורסלית פורשת כנפיים? ג. חוקי-היסוד ותחולה פונקציונלית: 1. תחולה פונקציונלית על רשויות ופרשנות חוקתית; 2. תחולה פונקציונלית על רשויות ותיאוריה תורת-משפטית; 3. עיתות שלום ועיתות מלחמה; 4. ישראל ומשפחת העמים. ד. סיכום.

פתח-דבר

"אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; "אין פוגעים בקנינו של אדם"; "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת"; "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו" – היגדים אלה ידועים ומוכרים בעולם המשפט והתיאוריה הפוליטית. ובכל-זאת, מה משמעותם? האם הם מעניקים הגנה לכל אדם בעולם? שמא רק לאדם השוהה בשטחה של המדינה? ואולי ההגנה היא רק לאזרחי המדינה ולתושביה?

ב-19 בדצמבר 2005 פסק בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו כי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חל רק על אזרחי המדינה ותושביה, כי אם על כל אדם באשר הוא אדם. זכויות הפרט הן זכויות אשר דבקות באדם, ואינן קשורות לאזרחותו או להתנהגותו".¹ על בסיס זה נפסק כי למוסטפה דיראני, אשר בעת הדיון התגורר בלבנון והיה חבר פעיל בארגון חיזבאללה, עומדת זכות חוקתית לגישה לערכאות משפטיות בישראל בתביעת נזיקין בגין עינויים לכאורה שעבר בעת מעצרו בישראל. שלילת זכותו של אדם – ובכלל זה גם נתין או לוחם, אויב – לתבוע פיצוי בנזיקין "מהווה פגיעה בזכות הקניין של אותו אדם, אשר מוגנת בסעיף 3 לחוק היסוד [כבוד האדם וחירותו]".²

1 בש"א (מחוזי ת"א) 22502/04 מדינת ישראל נ' דיראני פס' 45 (פורסם בנבו, 19.12.2005) (להלן: עניין דיראני).

2 שם. השופט בנימיני פסק כי שלילת זכותו של אדם – ובכלל זה גם נתין אויב – לתבוע בנזיקין מהווה גם פגיעה בכבוד האדם וכן הפליה לעומת בני-אדם שיש להם אפשרות לתבוע בנזיקין. ראו שם.

האומנם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו³ מגן על "כל אדם באשר הוא אדם", ללא קשר "לאזרחותו או להתנהגותו"? התשובה לשאלה זו אינה ברורה. ביוני 2005 נפסק כי פינוי של אזרחים ישראלים מרצועת-עזה במסגרת תוכנית ההתנתקות אינו בלתי-חוקתי. עם זאת, בשל הפגיעה בזכותם של המתיישבים לקניין, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הורה בג"ץ על הגדלת הפיצוי הכספי שיינתן למפונים. נפסק כי למפונה עומדת זכות חוקתית לקניין מכוח היותו אזרח ישראלי, גם אם מקום מושבו הוא מחוץ לשטח הריבוני של ישראל.⁴ מאוחר יותר, בדצמבר 2006, העדיף בג"ץ לא להכריע במישרין בשאלת חלותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על התושבים הפלסטינים ברצועת-עזה ובגדה המערבית.⁵ נפסק עם זאת כי קיימת חזקה הניתנת לסתירה שלפיה "חוקי היסוד השונים חלים [רק] על פעולות בישראל".⁶ בה-בעת לא הוכרעה במפורש שאלת סתירתה של חזקה זו בהקשרם של התושבים הפלסטינים וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן התיקון לחוק, שאותו בחן בג"ץ, פגע ממילא גם "בזכויות בישראל" של אותם תושבים.⁷

האם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש אפוא תחולה אוניוורסלית, כמשתמע מפרשת דיראני, או שמא תחולתו היא טריטוריאלית, אלא אם כן מופיע טעם מיוחד להחלתו, דוגמת אזרחות ישראלית, שאז הוא נושא תחולה פרסונלית, כעולה מפרשת חוף עזה? ובאופן עקרוני: האם חוקות חלות באופן חוץ-טריטוריאלי? מהו הכלל לקביעת היקף תחולתן – האם כלל זה מושפע מאמת-מידה של שטח, כגון מקום מושבו של התובע או מקום התגבשותה של העילה? שמא מן המעמד המשפטי של המתדיין – למשל, אם הוא אזרח או זר? הקיימות זכויות חוקתיות החלות בכל מקום, בכל זמן וכלפי כל אדם? האם הכלל זהה בעיתות מלחמה ושלוש? היש הבדל בין שטח זר לשטח כבוש?

שאלת היקף פרישתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לא התבררה עד כה בשיח המשפטי בישראל. בדיוני-העבר על-אודות חוקה לישראל לא עמדה סוגיה זו על הפרק,⁸ וגם לא בפרויקט "חוקה בהסכמה" מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה⁹ או בדיונים

-
- 3 ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).
- 4 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 560 (2005) (להלן: עניין חוף עזה).
- 5 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.2006) (להלן: עניין חוק פיצויי האינתיפדה).
- 6 שם, פס' 22 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
- 7 פרשת חוק פיצויי האינתיפדה מוצגת בהרחבה להלן בטקסט שליד ה"ש 89–95.
- 8 בהצעות "חוקה לישראל" שהוצעו במהלך השנים אין הוראה מפורשת המסדירה את היקף תחולתן. הצעות אלה כוללות אומנם סעיפים שניתן להסיק מהם במשמע את היקף תחולתם, אך הן אינן מסדירות במישרין את סוגיית תחולתה הכללית של החוקה או של זכות מסוימת בה.
- 9 המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר 22 (2005). בהצעה זו מצוין כי לחוקה תהיה "תחולה על כל חיי המדינה

שהתקיימו בנושא בוועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת. אולם שאלה זו שבה ועלתה לאחרונה בפסיקה, במיוחד בהקשר של תחולת ההגנות של חוקי-היסוד על מהגרים ועל נתיני אויב – סוגיות שבהן יש מגע של זרים עם רשויות שלטון ישראליות מחוץ לשטח הריבוני. במקדם או במאוחר יצטרכו בתי-המשפט להכריע בסוגיה.¹⁰ חקיקה חוץ-טריטוריאלית בתחומי משפט רבים – ביניהם הדין הפלילי, דיני תאגידים, מיסים, איכות סביבה, טרור ומחשבים – מעוררת שאלות חוקתיות הפורצות את הגבולות הקלסיים של משפט המדינה. תופעת הגלובליזציה מעלה על הבימה המשפטית סוגיות חדשות, ביניהן גם השאלה עד כמה גופי השלטון כפופים לחובות שמקורן בחוקי-היסוד בפעילותם מחוץ לשטח הריבוני.¹¹ שאלה זו הוכרעה לאחרונה בבריטניה, בקנדה ובארצות-הברית. הניסיון שהצטבר במדינות אלה, ואשר ייסקר במאמר זה, עשוי לסייע בדיון ראשוני בסוגיה זו גם בישראל.

מאמר זה יציג ארבעה מעגלי תחולה המקובלים במשפט ההשוואתי לקביעת היקף תחולתן של חוקות¹² – טריטוריאלית, פרסונלית, פונקציונלית ואוניוורסלית – וביתר דיוק, לקביעת היקף תחולתן של מגילות זכויות אדם.¹³ חלק א יציג מסגרת עיונית והשוואתית לדיון בהיקף תחולתן של חוקות. ראשית תוצג התחולה הטריטוריאלית, שלפיה החוקה עוקבת אחר הטריטוריה, כך שאדם המצוי בשטחה של המדינה זכאי להגנות החוקה. תחולה זו מקובלת בכל העולם, אך מדינות נבדלות בשאלה אם הטריטוריה המדינתית ממצה את היקף תחולתה של חוקתן. לאחריה תוצג התחולה הפרסונלית, שלפיה החוקה עוקבת אחר האזרח בכל מקום שבו ימצא. תחולה שלישית היא זו הפונקציונלית. גישה זו קשורה לטיב הזכות ולעילת התביעה, ולפיה החוקה עוקבת אחר זכויות-יסוד מסוימות בכל מקום בעולם – מקום שמתעוררת פגיעה בזכות-היסוד, תימצא הגנה חוקתית. לבסוף תוצג התחולה האוניוורסלית, שלפיה החוקה עוקבת אחר גופי הממשל בכל אשר יפנו. עניינה של תחולה זו הוא הפרדת רשויות והגבלת שררה שלטונית – מקום שפועלת רשות שלטונית, פועלת גם

ועל כל אדם בה". נוסח זה הוא דר-משמעי: האם פירוש הדבר תחולה טריטוריאלית – על "כל אדם" במדינה – או שמא "חיי המדינה" כוללים גם היבטים חוץ-טריטוריאליים?

10 השוו לעניין חוק פיצויי האינתיפדה, לעיל ה"ש 5, פס' 3–4 לפסק-דין של השופט גרוניס.

11 לדיון ראו: Kal Raustiala, *The Geography of Justice*, 73 *FORD. L. REV.* 2501 (2005). כן ראו קובץ מאמרים בנושא: EXTRATERRITORIAL JURISDICTION IN THEORY AND PRACTICE (Karl M. Meessen ed., 1996).

12 "חוקה" מוגדרת במאמר זה כקבוצה של עקרונות-יסוד מחייבים המאפיינים מדינה על בסיס של קבע. ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כך א: עקרונות-יסוד 53–57 (מהדורה שישית, 2005).

13 חוקה לא רק מעניקה זכויות, אלא גם מטילה חובות. למשל, ס' 4 לחוק-יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154, מטיל חובה לשרת בצבא; וס' 1 לחוק-יסוד: משק המדינה, ס"ח התשל"ה 206, מאפשר חובת מיסוי. תחולה חוץ-טריטוריאלית של חובות חוקתיות – כגון חובת מיסוי או שירות בצבא – מעוררת סוג שונה של שאלות, אשר לא יידונו במאמר זה.

החוקה. גישות אלה, יש להוסיף, אינן מוציאות בהכרח זו את זו. הן משקפות מעגלי תחולה שונים להגנות חוקתיות אשר במציאות חופפים בחלקם ומשולבים בחלקם. בחלק ב יוצג דיון לגבי עמדת הדין הישראלי בסוגיית תחולתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מחוץ לשטחה של מדינת-ישראל. בין היתר תיבחן השאלה אם הפרשנות המשתמעת מהפסיקה אכן מובילה לתוצאה שמשמעה "למתנחלים כן, לפלסטינים לא", קרי, לפיצול ההגנות החוקתיות באותה טריטוריה לפי אמת-מידה של אזרחות. כן ייבחן אם רשויות השלטון כפופות להוראות חוקי-היסוד גם בפעילותן מחוץ לישראל, כגון בשטח אויב. מסקנתי תהיה שהדין הנוכחי בישראל מכיר – נוסף על התחולה הטריטוריאלית כמינימום – גם בדפוס מוגבל של תחולה פרסונלית, כלומר, חוקי-היסוד עוקבים אחר אזרחים ישראלים ככאלה, אך זאת רק בשטח שמעבר לקו הירוק המצוי בתפיסה לוחמתית של ישראל. נוסף על כך ניתן לזהות ניצנים ראשונים של תחולה אוניוורסלית של חוקי-היסוד בכל מקום שבו פועלת רשות שלטונית ישראלית. עם זאת, במבט כולל, הפסיקה בסוגיה זו סותרת ולא-עקבית.

חלק ג יציג מחשבות ראשוניות לגבי כלל רצוי להסדרת תחולתם של חוקי-היסוד מחוץ לישראל. הטענה המרכזית היא שתחולתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם אינה צריכה להיות מוגבלת לשטח ישראל או לאזרחים ישראלים. החובה לכבד זכויות אדם חוקתיות צריכה לחול, ככלל, כלפי כל רשות מרשויות השלטון – בכל מקום, בכל זמן וכלפי כל אדם – ובכל מקרה שבו הופרה זכות חוקתית על-ידי רשות שלטונית, אלא אם כן החוקה מסייגת את תחולתה, במפורש או במשתמע, לסוג מסוים של בני-אדם, שטח או זמן. עם זאת, מידת ההגנה על זכויות חוקתיות היא פונקציונלית, ותלויה במגוון של משתנים ונסיבות. מסקנה זו מבוססת על פרשנות תכליתית של חוקי-היסוד בישראל ועל תיאוריה תורת-משפטית בדבר מהותן של חוקות ומושאי הגנתן.

א. מסגרת תיאורטית ומבט משווה

1. תחולה טריטוריאלית: החוקה והדגל

חוקותיהן של מדינות בעולם חלות, כמינימום, באופן טריטוריאל. חוקה היא מסמך אשר תקף בתוך שטחה של המדינה. החוקה עוקבת אחר הטריטוריה, הריבון, הדגל. במקום שבו חלה ריבונות המדינה, חלות ככלל הגנות החוקה. המונחים "ריבונות", "חוק המדינה" (the law of the land) ו"טריטוריה" משיקים זה לזה, וככלל חופפים זה את זה. הטריטוריה של המדינה מגדירה את גבולות ריבונותה, ובה חלה החוקה. הסכמי "שלום וסטפליה", שנחתמו באוקטובר 1648 באירופה, ייסדו את הרעיון המודרני של מדינות-לאום וצמצמו את כוחן של הכנסייה והדת כמרכיב מרכזי לרכישת סמכות שיפוט. העיקרון הדתי של ריבונות

אישית, שלפיו הדין עוקב אחר האדם לפי מוצא ושיוך, פינה את מקומו לטובת עיקרון של ריבונות מדינית על טריטוריה. הן אצל ז'ן בודין הן אצל תומס הובס, בני-אדם כפופים לריבון כנגזרת של מקום מושבם.¹⁴ במשפט המקובל, באופן דומה, עקבה ההגנה של חוק המלך אחר השטחים שהיו בריבונותה של הממלכה (או בסמכות שיפוטה, כפי שאחדים טוענים). השופט אדוארד קוק (Coke) הטעים כי הגנות המשפט המקובל חלות בכל שטח המצוי בשליטת המלך.¹⁵ השופט ויליאם בלקסטון (Blackstone) ציין כי זכויותיהם של הנתינים הן פונקציה של מקום מושבם. במקום שבו המלך שולט – יש זכויות.¹⁶ שאלת-המפתח הייתה ונותרה תיחום היקפן של הריבונות וסמכות השיפוט על טריטוריות.

הערת הבהרה נדרשת: המונחים "ריבונות" ו"סמכות שיפוט" משיקים זה לזה אך אינם חופפים בהכרח זה את זה. נהוג לראות את גבול הריבונות כמסור ליחסים בין מדינות ולמשפט הבינ-לאומי, בעוד תיחומה של סמכות השיפוט משתייך למשפט הפנימי. על-כן מדינה יכולה לרכוש סמכות שיפוט גם על שטחים שאינם בריבונותה – למשל, סמכות שיפוט בקולוניות – כמרגם על אדם המצוי מחוץ לשטח ריבוני (כסמכות שיפוט אישית) או על נושא מסוים (כסמכות שיפוט עניינית). הגנות המשפט המקובל עקבו אחר סמכות השיפוט של הכתר, ועל-כן חלו גם בקולוניות שמעבר לגבול. עם זאת, קיימות ראיות היסטוריות סותרות בסוגיה זו.¹⁷

מעגל התחולה הטריטוריאלית, במובנו הצר, מוביל למסקנה פשוטה יחסית: חוקת המדינה תקפה, לכל-הפחות, בתוך שטחה הריבוני, גם אם יש המרחיבים זאת אל תחום סמכות השיפוט של המדינה; והיא אינה חלה בשטח זר, גם אם המתדיין הוא אזרח המדינה. דוגמה לגישה זו ניתן למצוא בפסק-הדין של בית-המשפט העליון בארצות-הברית משנת 1891.¹⁸ העותר היה מלח אמריקאי, ג'ון רוז, שהורשע בבית-דין קונסולרי אמריקאי בשטח יפן בגין רצח שביצע על אונייה אמריקאית במים הטריטוריאליים של יפן. רוז עתר נגד תוקפו החוקתי של משפטו, בטענה שבית-הדין הפר את זכותו למשפט פלילי על-ידי חבר-מושבעים – זכות המעוגנת בתיקון השישי לחוקה. בית-המשפט דחה את עתירתו. נפסק כי אף שרוז הינו אזרח אמריקאי שנשפט בבית-דין אמריקאי ועצור בכלא אמריקאי, זכותו

14 JEAN BODIN, THE SIX BOOKS OF THE COMMONWEALTH 84–113 (Kenneth D. McRae ed., 1962); THOMAS HOBBS, LEVIATHAN 170–174, 242–257 (A.R. Waller ed., 1904).

15 7 COKE REPORT 77 ER 388: "[T]he protection and government of the King is general over all his dominions and kingdoms, as well in time of peace by justice, as in time of war by the sword"

16 ראו: WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 687 (1892).

17 לסקירה ראו: J. Andrew Kent, *A Textual and Historical Case Against a Global Constitution*, 95 GEO. L.J. 463 (2007). המחבר מציג את הגישות השונות, ומביא ראיות היסטוריות התומכות במסקנתו כי הגנות המשפט המקובל עקבו אחר שטחים שהיו בריבונות אנגלית.

18 *Ross v. McIntyre*, 140 U.S. 453 (1891).

החוקתית למשפט על-ידי חבר-מושבעים חלה אך ורק בתוך שטחה הריבוני של ארצות-הברית. הואיל ועילת התביעה ומקום מעצרו של רוז הינם מחוץ לשטח זה, החוקה אינה מגינה על זכויותיו, חרף אזרחותו. בית-המשפט פסק כי חוקת ארצות-הברית נוסדה ונקבעה ל"ארצות-הברית של אמריקה", ולא בעבור בני-אדם המצויים מחוץ לשטחה הריבוני. לדבריו, הגנות החוקה "חלות אך ורק לגבי אזרחים ואחרים המצויים בתוך ארצות-הברית של אמריקה או שנשפטו בשטחה בגין עבירות שנעשו מחוץ לשטחה... לחוקה אין תוקף מחוץ לטריטוריה".¹⁹ בית-המשפט סירב להכיר בספינה אמריקאית כשטח ריבוני לצורך תחולתה של החוקה.²⁰

עמדה מסורתית זו נסדקת ועוברת שינוי בפסיקת-ההווה של בית-המשפט העליון האמריקאי. ציר השינוי עוסק בשאלת חלותן של הוראות החוקה על עצירים שארצות-הברית מחזיקה במפרץ גואנטנמו, קובה. בשנת 2001, מייד לאחר מתקפת הטרור שבוצעה ב-11 בספטמבר, הכריז הנשיא ג'ורג' ו' בוש על "מלחמה נגד הטרור", שמכוחה נעצרו, בעיקר על אדמת אפגניסטן, מאות בני-אדם החשודים במעורבות בטרור. הממשל מחזיק את העצירים כבר יותר משבע שנים במחנה צבאי אמריקאי במפרץ גואנטנמו, המצוי בריבונותה של קובה אך תחת סמכות שיפוט אמריקאית. במשך זמן זה לא ניתנו לעצירים זכויות חוקתיות, אפילו לא זכות גישה לערכאות אזרחיות כדי לערער על חוקיות מעצרים. טענת הממשל נשענה על שתי הנחות-יסוד: הראשונה, החוקה אינה חלה מחוץ לשטח הריבוני של ארצות-הברית;²¹ השנייה, מפרץ גואנטנמו אינו שטח ריבוני אמריקאי, אלא מצוי בריבונותה של קובה (הגם שהדין הקובני לא חל במחנה העצורים).²² מסקנת הממשל הייתה שהגנות החוקה אינן חלות לכן על העצירים בגואנטנמו.

בית-המשפט העליון פסק בתחילה כי לעצירים יש זכות לצו הביאס קורפוס, המאפשר ערעור על חוקיות מעצרים. עם זאת, נקבע כי זכות זו מקורה בדין פדרלי החל במפרץ

19 שם, בעמ' 464 (לאורך כל המאמר התרגום חופשי, אלא אם כן צוין אחרת). למעשה, רוז היה אזרח בריטי, אך בית-המשפט היה מוכן להניח, לצורך הדיון, כי מדובר ב"מעין אזרח אמריקאי". שם, בעמ' 472-474.

20 שם, בעמ' 477-478. בדין הבין-לאומי נהוג לראות בכלי-שיט, בכלי-טיס, בשגרירויות ובגופים קונסולריים חלק מה"שטח" שחוק המדינה חל בו.

21 טענת הממשל נשענת על תקדים מתקופת מלחמת-העולם השנייה שבו נדחתה עתירה לצו הביאס קורפוס של עצירים גרמנים אשר נשפטו בבית-דין צבאי אמריקאי בסין ונכלאו בבית-מעצר אמריקאי בגרמניה. השופט ג'קסון (Jackson), בשם דעת הרוב, פסק כי הגנות החוקה אינן תקפות לגבי זרים העצורים מחוץ לשטחה של ארצות-הברית, וכי הן יכולות להינתן אך ורק אם לעותרים יש זיקה – תוך כדי לכידתם, משפטם או מעצרים – לשטח ריבוני אמריקאי. השופט ג'קסון סירב לראות בבית-מעצר אמריקאי בגרמניה "טריטוריה" אמריקאית המאפשרת הגנה חוקתית. ראו: Johnson v. Eisentrager, 339 U.S. 763, 777-778 (1950) (להלן: עניין Eisentrager).

22 המעמד המשפטי של מפרץ גואנטנמו נקבע בהסכם חכירה בין ארצות-הברית לקובה משנת 1903.

גואנטנמו. תחולתה של הזכות החוקתית להביאס קורפוס במפרץ גואנטנמו נותרה בצריך עיון.²³ בתגובה, שלל הקונגרס את תחולתו של הדין הפדרלי הרלוונטי לעצורים – ובכלל זה את הזכות לצו הביאס קורפוס שמקורה בדין הפדרלי²⁴ – כמו גם את תחולתו של הדין הבין-לאומי הרלוונטי לעצירים.²⁵ כך יצא שלעצירים אין זכות לצו הביאס קורפוס: לא מכוח החוקה, לא מכוח חקיקה פדרלית ולא מכוח הדין הבין-לאומי. תיקון זה נפסל לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון. השופט קנדי (Kennedy), בשם דעת הרוב, פסק כי הזכות החוקתית לצו הביאס קורפוס חלה במפרץ גואנטנמו. עם זאת, פסיקתו סויגה אך ורק לזכות החוקתית להביאס קורפוס, ולא הכריעה בשאלה הכללית בדבר תחולתה של החוקה האמריקאית במפרץ גואנטנמו.²⁶ נוסף על כך, גורם מרכזי בפסק-הדין הוא הקביעה כי ארצות-הברית מחזיקה זה יותר ממאה שנה ב"סמכות שיפוט מלאה" במפרץ גואנטנמו (complete and exclusive jurisdiction), גם אם לא בריבונות מובנה המלא. השופט קנדי דוחה את הטענה שלפיה היקף פרישתה של החוקה נעצר במקום שבו מסתיימת הריבונות. לגישתו, הגורם החשוב אינו "הריבונות דה-יורה", אלא סמכות השיפוט והשליטה בשטח.²⁷ עם זאת, לא הוכרעה שאלת תחולתה של הזכות החוקתית להביאס קורפוס – או של כל זכות חוקתית אחרת – לגבי לא-אזרחים אשר עצורים בשטח שבו אין לארצות-הברית סמכות שיפוט ושליטה מלאות.

קנדה היא דוגמה נוספת למדינה שבה לצ'רטר בדבר זכויות וחירויות אדם יש תחולה טריטוריאלית בלבד. הגם שסעיף 32 לצ'רטר קובע כי הצ'רטר חל לגבי כל פעולה שבסמכותם של הממשל או הפרלמנט, ואינו מגביל תחולה זו לשטחה הריבוני של קנדה,²⁸

-
- 23 ראו: Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004) (להלן: עניין *Rasul*). ראו גם: Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006) (להלן: עניין *Hamdan*).
- 24 ראו: Military Commissions Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 § 7 (2006) (להלן: חוק בתי-הדין הצבאיים 2006).
- 25 ס' 5 (א) לחוק בתי-הדין הצבאיים 2006.
- 26 ראו: Boumediene v. Bush, 553 U.S. (2008) (להלן: עניין *Boumediene*). בית-המשפט ביטל את ס' 7 לחוק בתי-הדין הצבאיים 2006, מחמת אי-חוקתיות. נקבע כי כדי לשלול את הזכות החוקתית להביאס קורפוס, יש לפעול בהתאם לדרישות המעוגנות בס' א, פס' 9 (ב), לחוקה. שם, בעמ' 39, 41: "In every practical sense Guantanamo is not abroad; it is within the constant jurisdiction of the United States; The detainees, moreover, are held in a territory that, while technically not part of the United States, is under the complete and total control of our Government"
- 27 ס' 32 (1) לצ'רטר בדבר זכויות וחירויות אזרח (להלן: הצ'רטר) קובע: "This Charter applies: a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament... b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province"

פירשה הפסיקה סעיף זה כחל אך רק על פעולות הנעשות בתוך קנדה.²⁹ באחת הפרשות היה העותר אזרח קנדי שהתגורר בשווייץ, שבה ניהל עסק והחזיק בחשבונות-בנק.³⁰ בשל חשד לפלייליס, ביקש משרד המשפטים הקנדי מהרשויות בשווייץ – מבלי שהוצא צו חיפוש כדין בקנדה – לעקל מסמכים מחשבון-הבנק של העותר. אף שהעותר התגורר בשווייץ, והפרת זכויותיו נעשתה על אדמת שווייץ על-ידי רשות שווייצית ולפי החוק השווייצית, נטען כי משרד המשפטים הקנדי הפר את חובותיו שבסעיף 8 לצ'רטר.³¹ בית-המשפט נדרש לשאלה אם הצ'רטר חל על פעולה זו. נקבע כי הצ'רטר חל על הבקשה, שהוכנה בשטח ריבוני קנדי, אך בקשה זו כשלעצמה אינה מפרה את סעיף 8 לצ'רטר. הפרה של הצ'רטר, אם אכן הייתה, נעשתה בשטח זר, על-ידי רשות זרה ועל-פי חוק זר, ועל פעולות אלה אין הצ'רטר חל.³² נשיא בית-המשפט העליון, השופט למר (Lamer), מציין בדעת יחיד כי ככלל "הצ'רטר אינו חל על פעולות של רשויות זרות הנעשות בארץ זרה".³³ לשיטתו, אזרח קנדי המתגורר במדינה זרה צריך לצפות שזכויותיו יהיו מוגנות לא בהתאם לצ'רטר, אלא לפי דין המקום.³⁴ בהקשר אחר קבע לאחרונה בית-המשפט הפדרלי של מחוז אונטריו כי הצ'רטר אינו חל על פעולותיהן של רשויות הצבא הקנדיות באפגניסטן, ולכן אינו מגן על עצירים זרים המוחזקים במתקנים צבאיים המצויים בשליטה קנדית באפגניסטן.³⁵ בית-המשפט נותן משקל לכך שמדובר בעימות מזוין – כלומר, בדיני המלחמה, כמו-גם לצורך לא לפגוע בריבונותה של אפגניסטן. בית-המשפט מציין כי ממשלת אפגניסטן הסכימה לפעילותה של ממשלת קנדה בשטחה, אך לא לכך שפעילות זו תישלט על-ידי הצ'רטר. במקום זאת הוסכם כי הדין שיחול על פעולותיה של ממשלת קנדה הוא הדין הבין-לאומי – בפרט דיני המלחמה – לצד החוקה האפגנית.³⁶ בית-המשפט מציין כי סמכות שיפוט אישית אינה יוצרת כשלעצמה ריבונות.

29 לסקירה ראו: Robert Currie, *Charter without Borders? The Supreme Court of Canada*, 27 *DALHOUSIE. L.J.* 235 *Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms*, (2004).

30 Schreiber v. Canada 1. S.C.R. 841 (1998) (להלן: עניין Schreiber).

31 ס' 8 לצ'רטר קובע את אמות-המידה הנדרשות לשם עריכת חיפוש כדין.

32 עניין Schreiber, לעיל ה"ש 30, פס' 26–35 לפסק-הדין.

33 שם, פס' 15 לפסק-הדין. לגישה דומה ראו: R. v. Canada v. Schmidt, 1 S.C.R. 500 (1987); R. v. Harrer, 3 S.C.R. 562 (1995); R. v. Terry, 2 S.C.R. 207 (1996).

34 לעומתו, דעת המיעוט בעניין Schreiber, לעיל ה"ש 30 (Gonthier & Iacobucci JJ), פסקה כי

לצ'רטר יש תחולה חוץ-טריטוריאלית (the right to privacy guaranteed by s. 8 of the Charter protects people, not places or things). שם, פס' 42 לפסק-הדין.

35 Amnesty International Canada v. Canada (Minister of National Defence), 2008 FC 336

(2008) (להלן: עניין Amnesty International Canada).

36 בית-המשפט מציין כי קביעה אחרת תיצור מצב אנומלי שבו זכויות של עצירים באפגניסטן ייקבעו לפי זהות המדינה המחזיקה בהם, ובשל כך יחול דין שונה במחנות מעצר שונים. שם, פס' 334 לפסק-הדין.

פסק-דין שפורסם לאחרונה באנגליה הינו דוגמה נוספת להעדר תחולה חוץ-טריטוריאלית של הגנות חוקתיות.³⁷ חמשת העותרים הראשונים היו אזרחים עיראקיים שבן משפחתם נהרג על-ידי כוחות צבא בריטיים במהלך פעולות לחימה בעיר בצרה בשנת 2003, והעותר השישי היה אביו של אזרח עיראקי אשר נלכד על-ידי כוחות צבא בריטיים, והוחזק במעצר בבסיס צבאי בריטי בעיראק ונהרג לאחר שהוכה על-ידי חיילים בריטים בהיותו עציר. העותרים דרשו לחייב את ממשלת בריטניה לחקור את האירועים ולפצות בהתאם את משפחות ההרוגים. לטענתם, בפעילויות אלה הפרה בריטניה את חוק זכויות האדם הבריטי ואת האמנה האירופית לזכויות אדם. לגישתם, דינים אלה חלים בבצרה, המצויה תחת סמכות שיפוט בריטית.³⁸ בית-המשפט לערעורים פסק כי חוק זכויות האדם והאמנה האירופית אינם חלים בבצרה, אשר אינה בסמכות שיפוט בריטית. בית-המשפט הסתמך על "חזקת הטריטוריאליות" במשפט המקובל, שלפיה בהעדר אמירה סותרת של המחוקק, חזקה על כל דבר חקיקה שהוא חל באופן טריטוריאלי.³⁹ הואיל ובחוק זכויות האדם אין אמירה סותרת באשר לתחולה חוץ-טריטוריאלית, החוק (ועימו האמנה האירופית)⁴⁰ אינו חל מחוץ לבריטניה.

בניגוד לדין הקנדי, אשר לא ראה במחנה צבאי שנמצא בסמכות שיפוט קנדית מחוץ לקנדה תנאי מספיק לתחולתו של הצ'רטר, הכיר בית-המשפט בבריטניה בשני חריגים לתחולה הטריטוריאלית. לפי החריג הראשון, כאשר אדם נתון במשמורת של אורגן מדינתי בריטי (state agent authority), הוא נכלל בסמכות שיפוט בריטית ולכן זכאי להגנת חוק זכויות האדם הבריטי. על-כן נפסק כי חוק זכויות האדם הבריטי מגן על עצירים במחנה

37 R. (Al Skeini) v. The Secretary of State for Defence, [2005] EWCA Civ 1609 (להלן: עניין *Al Skeini*).

38 ס' 1 לאמנה האירופית לזכויות אדם (ראו: Rights and Fundamental Freedoms, ETS 5; להלן: האמנה האירופית לזכויות אדם או "The High Contracting Parties shall secure to everyone *within their jurisdiction* the rights and freedoms defined in... this Convention" (ההדגשה הוספה).

39 אמירה מסוג זה קיימת, למשל, בס' 22(6) לחוק זכויות האדם הבריטי, המחיל את הוראות החוק בצפון אירלנד. ראו: Human Rights Act, 1998, c. 42 § 22(6) (להלן: חוק זכויות האדם הבריטי).

40 ס' 6(1) לחוק זכויות האדם הבריטי קובע כי פעולה של רשות ציבורית הנעשית בניגוד ל"זכות" המעוגנת באמנה האירופית היא "מעשה בלתי-חוקי". ס' 7(1)(3) לחוק מאפשר לאדם שזכויותיו הופרו בשל "מעשה בלתי-חוקי" לפנות במישרין לבית-משפט בריטי – ללא צורך לפנות גם לבית-המשפט לזכויות אדם בשטרסבורג – בטענה של הפרת זכות. הואיל ולא כל סעיפי האמנה האירופית אומצו בחוק זכויות האדם, ייתכן שהאמנה תחול אך חוק זכויות האדם לא יחול.

צבאי בריטי בעיראק. בית-הלורדים אישר את פסק-הדין.⁴¹ החריג השני מתקיים במצב של "שליטה אפקטיבית" בשטח (effective control). פסק-הדין של בית-הלורדים בפרשת *Al Skeini* ממחיש לא רק כי חוקות – במקרה דנן, חוק זכויות האדם הבריטי – אינן חלות ככלל באופן חוץ-טריטוריאלי, לכל-הפחות בנוגע ללא-אזרחים, אלא גם כי בנסיבות מסוימות חוקות עשויות לחול באופן חוץ-טריטוריאלי, ובלבד שמדובר בשטח המצוי בשליטה אפקטיבית. ההנמקה של בית-הלורדים להעדר תחולה חוץ-טריטוריאלית מקורה בכך שבריטניה לא הייתה בעלת שליטה אפקטיבית בבצרה בתקופה הרלוונטית. כלל זה נקבע במקור בבית-המשפט האירופי לזכויות אדם, אשר פסק (ודוק: כוחה של קביעתו יפה לגבי תחולתן של זכויות שמקורן באמנות בין-לאומיות, להבדיל ממגילות זכויות חוקתיות) כי הגנותיה של האמנה האירופית חלות כאשר למדינה שהיא צד לאמנה יש שליטה אפקטיבית בשטחה של מדינה אחרת שאף היא צד לאמנה.⁴² על-כן נפסק כי בעקבות הפלישה הטורקית לצפון קפריסין ביולי 1974, והיות שטורקיה ביססה שליטה אפקטיבית בחלק זה של האי, עליה לפעול כלפי תושבי המקום באופן התואם את מחויבויותיה באמנה האירופית.⁴³ בפסק-דין מאוחר יותר הלך בית-המשפט האירופי צעד נוסף, בציינו כי חובתה של טורקיה לכבד את האמנה האירופית בעיראק עשויה לחול גם ללא "שליטה אפקטיבית", וכי לצורך כך די ב"סמכות שיפוט".⁴⁴ עם זאת, פסק-הדין אינו ברור דיו, וספק אם הוא אכן משקף את הדין האירופי בסוגיה זו,⁴⁵ שנקבע בעבר על-ידי בית-המשפט האירופי לזכויות אדם בעניין *Banković*.⁴⁶

- 41 *Al-Skeini v. Secretary of State of Defence*, [2007] UKHL 26. בית-הלורדים נסמך על חוקת הטריטוריאליות. ראו שם, פס' 11–13, 16, 20 ו-24 לפסק-הדין (להלן: פסק-הדין של בית-הלורדים בעניין *Al Skeini*). ראו גם עניין *Al Skeini*, לעיל ה"ש 37, פס' 36–39.
- 42 *Gentilhomme v. France*, App. No. 48205/99 Eur. Ct. H.R. (2002); *Ilascu v. Moldova*, App. No. 48787/99 Eur. Ct. H.R. (2004). שאלת תחולתן החוץ-טריטוריאליות של אמנות בין-לאומיות מצויה במחלוקת. לגישה שלפיה אמנות בין-לאומיות חלות באופן טריטוריאלי ראו: Michael Dennis, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, 99 AM. J. INT'L. L. 119 (2005) לדעה הפוכה ראו: Orna Ben-Nafrafi & Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 ISR. L. REV. 17 (2003).
- 43 *Loizidou v. Turkey*, 310 Eur. Ct. H.R. 2216 (1995); *Cyprus v. Turkey*, 2001-IV Eur. Ct. H.R. 1.
- 44 *Issa v. Turkey*, 41 EUR. C.H.R. 567, para. 71 (2004).
- 45 פסק-הדין של בית-הלורדים בעניין *Al Skeini*, לעיל ה"ש 41, בפס' 72–81 וכן בעמ' 124–131, הניח כי הלכה זו אינה הדין המצוי, אלא מהווה הערת-אגב. למסקנה דומה הגיע גם בית-המשפט בקנדה בעניין *Amnesty International Canada*, לעיל ה"ש 35, פס' 222–235. הן בית-הלורדים הן בית-המשפט בקנדה הניחו כי הדין המחייב הוא הלכת *Banković*, להלן ה"ש 46.
- 46 *Banković v. Belgium*, 11 EUR. C.H.R. 435 (2001) (להלן: עניין *Banković*).

העותרים בעניין בנקוביץ' היו אזרחים יוגוסלבים שבני משפחותיהם נהרגו בהתקפת כוחות נאט"ו על תחנת הטלוויזיה בבלגרד באפריל 1999. העותרים טענו כי בהתקפה זו הפר נאט"ו את האמנה האירופית. לדידם, כוחות נאט"ו היו בעלי שליטה אפקטיבית ביוגוסלביה, ולכן היו חייבים בציות לאמנה האירופית.⁴⁷ בנאט"ו השיבו כי יוגוסלביה אינה כלל צד לאמנה האירופית, וכן שכוחות נאט"ו – שתקפו בעיקר מן האוויר – לא היו בעלי שליטה אפקטיבית בשטחה של יוגוסלביה. בית המשפט דחה את העתירה, בציינו כי לאמנה האירופית יש תחולה טריטוריאלית אלא אם כן מתקיים התנאי של שליטה אפקטיבית.⁴⁸ חרף מרכזיותה בהגדרת ריבונות המדינה, טריטוריה – והשימוש בה כאמת-מידה בלעדית לקביעת היקף תחולתן של חוקות – מעוררת קשיים עיוניים ומעשיים. ראשית, בעידן של גלובליזציה, כאשר המושגים "טריטוריה" ו"מגורים" עוברים תמורות משמעותיות, וכאשר שיפורים טכנולוגיים בתחום של ניידות ותקשורת מאתגרים תפיסות קלאסיות של ריבונות, יש לבחון מחדש את השימוש בטריטוריה כאמת-מידה בלעדית לתחולתן של חוקות. דבר זה אמור בעיקר לגבי קיומה של "ריבונות מפוצלת", קרי, שטח המצוי בסמכות השיפוט של המדינה אך לא בריבונותה. בעבר הייתה חפיפה בין ריבונות, טריטוריה ואזרחות. כיום, כפי שמומחש בדוגמה של מפרץ גואנטנמו, תיתכן הפרדה בין המרכיבים השונים: אזרח של מדינה א (אפגניסטן) יכול להימצא בסמכות שיפוט של מדינה ב (ארצות-הברית) בשטח המצוי בריבונותה של מדינה ג (קובה). שנית, התחולה הטריטוריאלית מתייחסת לכל האנשים בשטח מסוים באופן שוויוני. למעט הזכויות הקלאסיות המוענקות רק לאזרחים – כגון זכות הכניסה למדינה או הזכות לבחור ולהיבחר למוסדות פוליטיים – זכויות חוקתיות מוענקות בדרך-כלל באופן אחיד יחסית לכל בני-האדם השהים בשטחה הריבוני של המדינה.⁴⁹ שימוש בטריטוריה כאמת-מידה בלעדית לקביעת היקף ההגנה החוקתית הראויה משמעו שלאזרח המצוי בחוץ-לארץ אין כל הגנה חוקתית, בעוד שוהה בלתי-חוקי עשוי ליהנות מהגנות חוקתיות. שלישית, תחולה טריטוריאלית כמודל בלעדי מובילה לתוצאות אבסורדיות. הדיון סביב העצורים באי גואנטנמו ממחיש זאת. שלילת ההגנות החוקתיות מהעצורים נעשתה אך ורק בשל העובדה שהם עצורים בשטח שאינו בריבונות אמריקאית. אין ספק שאם הם היו עצורים בתוך ארצות-הברית, הם היו זכאים להגנות החוקה. יוצא שהיקף ההגנה החוקתית הוא פונקציה

47 למעט ארצות-הברית וקנדה (ונאט"ו עצמה), כוחות נאט"ו הורכבו ממדינות שהן צד לאמנה האירופית.

48 עניין *Banković*, לעיל ה"ש 46, פס' 59–62, 80: "The Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial... The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States"

49 ראו, למשל: *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 213 (1982) (שוהים בלתי-חוקיים זכאים לחלק מהגנות החוקה).

של מקום המעצר. רביעית, אם החוקה חלה רק בתוך שטחה הריבוני של מדינה, יוצא שחוק המאפשר פגיעה בזכות חוקתית מחוץ לטריטוריה חסין מביקורת שיפוטית חוקתית.

2. תחולה פרסונלית: החוקה והסטטוס

לפי גישה זו, חוקות אינן מגינות על טריטוריות, אלא על בני-אדם – לפי השתייכותם או מעמדם האזרחי. חוקה עוקבת אחר חבר של בני-אדם בעל מאפיינים משותפים – אתניים, דתיים או אזרחיים. הגנותיה הן אישיות, וקשורות למאפייני האדם, ולא טריטוריאליות, כאלה הקשורות למאפייני המקום. ראשיתה של גישה זו בעיקר ב"חוקות" הדתיות שהתפתחו בעולם העתיק.⁵⁰ התורה, "חוקת ישראל", היא בעלת תחולה אישית, ועוקבת אחר "עם" – עם-ישראל – אשר לבניו יש קרבת-דם ומאפיינים משותפים. פרשת פְּחֶקֶתִי מורה כי "פְּחֶקֶתִי תֵלְכוּ וְאֶת מְצֹרֹתַי תִּשְׁמְרוּ וְעֲשִׂיתֶם אִתְּם". חוקה זו חלה "בכל אשר תלכו", ללא תלות במקום.⁵¹ חלק מהחובות בה קשורות לכיבוד זכויות גם של מי שאינו משתייך לעם ישראל. למשל, החובה לכבד את כבוד האדם תקפה לגבי כל אדם. חובת כיבוד הגֵר, עם זאת, היא טריטוריאלי, ותקפה רק ל"גֵר תושב".⁵² גם בימינו יש במדינות מסוימות, דוגמת ישראל, תחולה אישית של הדין הדתי בנושאי מעמד אישי.

העיקרון שלפיו תחולתן של זכויות וחובות היא פונקציה של השתייכות דתית פינה את מקומו לטובת כלל מודרני של אזרחות. כלל זה השתקף, בין היתר, ברעיון של חוקה כ"אמנה חברתית". חוקה עוקבת אחר הקהילה שכוננה אותה כמסגרת מדינית משותפת. קהילה זו נערכה יחד והקימה ממשל ריבוני, ואגב כך ויתר כל אחד מפרטיה על חלק מחירויותיו בתמורה לביטחון ולזכויות-יסוד.⁵³ פילוסופיה פוליטית זו שימשה בסיס לכינון של חוקות מודרניות, ביניהן החוקה האמריקאית. זה הרעיון שבבסיס המונח "We the People"⁵⁴.

50 ראו: HENRY S. MAINE, ANCIENT LAW (1861); SHIH S. LIU, EXTRATERRITORIALITY: ITS RISE AND ITS DECLINE (1925).

51 ויקרא כו 3. ראו מרדכי ברויאר פרשת בחוקותיי (המרכז ללימודי יסוד ביהדות, דף שבועי מס' 237, התשנ"ח).

52 הציווי הוא "חָקָה אחת יהיה לכם ולגֵר ולאזרח הארץ... תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם ולגֵר הגר אִתְּכֶם" במדבר ט 14, טו 16. תנאי מקדמי הוא שהגֵר, החי בטריטוריה, יקיים אחר שבע מצוות בני נח.

53 ראו: Louis Henkin, *The Constitution as Compact and as Conscience: Individual Rights Abroad and at Our Gates*, 27 WM. & MARY L. REV. 11 (1985).

54 ראו אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט יא 79, 82–83 (2007).

דוגמה לגישת התחולה הפרסונלית ניתן למצוא בארצות-הברית בפרשת *Verdugo*.⁵⁵ ורדוגו הוא אזרח מקסיקאי אשר נחשד בעבירה של סחר בסמים ונעצר בשל כך על-ידי היחידה ללוחמה בסמים (DEA) בתוך שטחה של ארצות-הברית. בהיותו עצור, ערכו סוכני היחידה ללוחמה בסמים חיפוש בדירתו במקסיקו – מבלי שהוצא צו חיפוש אך באישור הרשויות המקומיות – ומצאו ראיות הקושרות את ורדוגו לסחר בסמים. כאשר ביקש הממשל להציג ראיות אלה בבית-המשפט בארצות-הברית, טען ורדוגו כי החיפוש אינו חוקתי הואיל והוא בוצע ללא צו חיפוש, כנדרש על-פי התיקון הרביעי לחוקה. בית-המשפט המחוזי ובית-המשפט לערעורים קיבלו את טענתו, בהתבסס על דוקטרינת "כלל הפסלות החוקתי".⁵⁶ בית-המשפט העליון, מפי הנשיא רנקוויסט (Rehnquist), הפך את ההחלטה, בציינו כי התיקון הרביעי לחוקה אינו חל על חיפוש ועיקול רכוש בטריטוריה שמחוץ לארצות-הברית בכל הנוגע בלא-אזרחים, גם כאשר החיפוש נערך באמצעות גוף שלטוני אמריקאי. לדידו, המונח "עם" המופיע בתיקון הרביעי לחוקה מלמד כי ההגנה של תיקון זה חלה רק לגבי אדם המשתייך ל"קהילה לאומית" מסוימת או שפיתח בדרך אחרת "זיקות מספיקות" כדי להחשיבו כחלק מקהילה זו.⁵⁷ לכן התיקון הרביעי מגן על זרים רק אם הם פיתחו "זיקות מספיקות" אלה או לחלופין נמצאים בשטחה הריבונית של ארצות-הברית.⁵⁸ בניגוד ללא-אזרחים, הנדרשים לזיקות למדינה על-מנת ליהנות מהגנות החוקה,⁵⁹ אזרחי ארצות-הברית זכאים להגנות החוקה בכל מקום. פרשת *Reid v. Covert* מדגימה זאת. קוברט היא אזרחית אמריקאית שהורשעה ברצח בבית-דין צבאי אמריקאי בשטח בריטי. קוברט עתרה לבית-המשפט בארצות-הברית בטענה שהופרה זכותה החוקתית למשפט על-ידי חבר-מושבעים. בית-המשפט קיבל את עתירתה, בציינו כי לגבי אזרחי ארצות-הברית הגנות

55 United States v. Verdugo-Urquidez, 494 U.S. 259 (1990) (להלן: עניין *Verdugo*).

56 כלל זה מונע הצגת ראיות במשפט פלילי אם הן הושגו תוך הפרת התיקון הרביעי לחוקה.

57 עניין *Verdugo*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 271. להנמקה של הנשיא רנקוויסט הצטרפו שלושה שופטים – סקליה (Scalia), וייט (White) ואוקונור (O'Connor) – ואילו השופטים קנדי וסטיבנס (Stevens) הצטרפו לתוצאה אך מהנמקה שונה. לדיון בפסק-הדין ראו: Randall K. Miller, *The Limits of U.S. International Law Enforcement after Verdugo-Urquidez*, 58 U. PITT. L. REV. 867 (1997); Pamela A. Mason, *Rhetorics of "The People": The Supreme Court, the Social Contract and the Constitution*, 61(2) REV. POL. 275 (1999); Eric Bentley, *Toward an International Fourth Amendment: Rethinking Searches and Seizures after Verdugo-Urquidez*, 27 VAND. J. TRANSNAT'L L. 329 (1994).

58 עניין *Verdugo*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 265. יצוין כי ורדוגו היה עצור בשטח ארצות-הברית כאשר הוגשה עתירתו ונידונה, ואף כאשר בוצע החיפוש בדירתו במקסיקו. הוא אף היה תושב ארצות-הברית, והחזיק בה בית בבעלותו. למרות זאת נפסק כי ורדוגו אינו חלק מ"בני ארצות-הברית של אמריקה".

59 מבחן זה עמום ומערפל. לדיון ראו: Douglas Foff, *Post Verdugo-Urquidez: The Sufficient-Connection Test – Substantially Ambiguous, Substantially Unworkable*, 25 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 435 (1994).

החוקה עוקבות אחר האדם, ולכן אי-אפשר לשלול מאזרח זכות חוקתית, ובכלל זה משפט על-ידי חבר-מושבעים, אלא בדרך הקבועה בחוקה. הנמקת בית-המשפט מעניינת:

The United States is entirely a creature of the Constitution. Its power and authority have no other source. It can only act in accordance with all the limitations imposed by the Constitution. When the Government reaches out to punish a citizen who is abroad, the shield which the Bill of Rights and other parts of the Constitution provide to protect his life and liberty should not be stripped away just because he happens to be in another land.⁶⁰

הגם שבית-המשפט החיל את הגנות החוקה באופן חוץ-טריטוריאלי כלפי אזרחים, הנמקתו נשענת על תורת האורגנים יותר מאשר על תיאוריה פוליטית של חוקה כאמנה חברתית. לפי גישה זו, הממשל האמריקאי הוא אורגן חוקתי, ואין לו אלא את שהחוק קצב לו. סמכויותיו ומקור פעולותיו מקורם בחוקה. על-כן הממשל כפוף להוראות החוקה בכל פעולה, ללא תלות במקום או בעיתוי. אולם הנמקה זו הייתה אמורה להוביל למסקנה דומה גם באשר ללא-אזרחים, שהרי במישור העקרוני, בהעדר אמירה סותרת, הממשל הוא יציר החוקה גם כאשר מושאי פעולותיו הם לא-אזרחים השוהים מחוץ לשטחה של ארצות-הברית. בקנדה סירב בית-המשפט העליון לאמץ תחולה פרסונלית-אזרחית של הצ'רטר. באותו מקרה היה העותר אזרח קנדי שהתגורר ועסק באיי טורקס וקייקוס, הכפופים לריבונות בריטית.⁶¹ בשל חשד להלבנת כספים, שלח הממשל הקנדי סוכנים לערוך חיפוש במשרדי החברה של העותר באיים. בחיפוש התגלו ראיות הקושרות את העותר להלבנת הון. כאשר ביקש הממשל להציג ראיות אלה בבית-המשפט בקנדה, טען העותר כי החיפוש במשרדו אינו חוקתי, הואיל ולא הוצא צו חיפוש כנדרש בצ'רטר. בית-המשפט דחה את עתירתו. נפסק כי למעט מקרים חריגים – למשל, כאשר מצוין במפורש כי להוראה מסוימת בצ'רטר יש תחולה חוץ-טריטוריאלית – לצ'רטר יש תחולה טריטוריאלית. הדין החל הוא דין המקום, בכפוף לכך שלא ייפגעו עקרונות בסיסיים של צדק והגינות בניהול המשפט הפלילי בקנדה.⁶²

60 Reid v. Covert, 354 U.S. 1, 6 (1957) (להלן: עניין Reid).

61 R. v. Hape, (2007) SCC 26 (להלן: עניין Hape).

62 דעת המיעוט סברה כי ככלל הצ'רטר עשוי לחול מחוץ לטריטוריה, שכן: "Section 32(1) defines who acts, not where they act. Since s. 32(1) does not distinguish between actions taken on Canadian soil and actions taken abroad, it includes all actions of Canadian police officers... The Charter thus applies extraterritorially". 176–179.

מעגל התחולה הפרסונלית, במדינות שבהן הוא מיושם, אינו עומד באופן עצמאי, אלא הינו הרחבה של מעגל התחולה הטריטוריאלית. אולם גם מעגל זה כשלעצמו מעורר כמה קשיים. אם עיקר הקושי בתחולה הטריטוריאלית הוא בתיחום היקף פרישתו של "הדגל", הקושי בתחולה הפרסונלית הוא בזיהוי ה"עם" הזכאי להגנות החוקה: האם מדובר רק באזרחים או גם בתושבים? היש הבדל בין תושב-קבע לבין תושב ארעי? חלק מהמדינות מאפשרות לאזרחים המתגוררים מחוץ למדינה להצביע בבחירות – האם תושב-חוץ הם חלק מ"העם" הזכאי להגנת החוקה? מדינות-לאום אחדות מצהירות בחוקתן על זיקות לתפוצותיהן – האם התפוצה היא חלק מ"העם"? ומהן אותן זיקות מהותיות המגבשות הגנה חוקתית לזר שאינו תושב?

3. תחולה פונקציונלית: החוקה והזכות

התיאוריה של זכויות אדם אוניוורסליות, שפותחה בתקופת ההשכלה והמהפכה הצרפתית, השפיעה גם על עיצובן של חוקות. לפי גישה זו, בני-אדם נולדו עם זכויות-יסוד שאינן ניתנות להפקעה על-ידי בתי-מחוקקים. זכויות אלה מסורות לאדם מעצם היותו אדם, ללא תלות במיקומו או במעמדו המשפטי. ג'ון לוק המשיג זכויות אלה כ"זכויות טבעיות". זכות טבעית קדמה לחוקה, וקיימת גם אם היא אינה מוכרת בחוקה. הכרה חוקתית היא דקלרטיבית יותר מאשר קונסטיטוטיבית. שלטון המתכחש לזכות-יסוד כמוהו כמתכחש לזכותו של דג לשחות. ההגנה על זכות-יסוד עוקבת אחר הזכות בכל זמן ובכל מקום. התחולה הפונקציונלית עניינה יישום יחסי של זכויות אדם. השאלה אינה אם החוקה חלה מחוץ לטריטוריה, אלא לאילו זכויות אשר מוענקות לאדם מעצם ברייתו – יש תחולה חוץ-טריטוריאלית. ברוב שיטות המשפט זכויות-היסוד מעוגנות בחוקה, אך גם ללא עיגון חוקתי הן חלות לפי גישה זו. מאידך גיסא, גם כאשר זכות יסודית חלה, תחולתה אינה זהה בהכרח בכל הנסיבות.⁶³ באופן דומה, אין גם הכרח שהסעד בגין הפרתה יהיה זהה בכל הנסיבות.

באופן תיאורטי, זכות-יסוד אינה אמורה להינתן לבני-אדם לפי אמת-מידה של שטח או מעמד משפטי; אוניוורסליות היא ממאפייניה הבסיסיים של זכות-היסוד. למשל, במגנה

⁶³ השוו לגישתו של השופט הרלן (Harlan) בעניין *Reid*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 74–75: "There are provisions in the Constitution which do not necessarily apply in all circumstances in every foreign place... there is no rigid and abstract rule... the question is which guarantees of the Constitution should apply in view of the particular circumstances, the practical necessities, and the possible alternatives... The question is one of judgment, not of compulsion". לגישה זו ראו גם את דעתו של השופט קנדי בעניין *Verdugo*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 276–278.

כרטה⁶⁴ – כתב הזכויות שפרסם המלך ג'ון הראשון בשנת 1215 ואשר נחשב לראשיתו של המשפט הציבורי האנגלי – אין סעיף מפורש המתחם את היקף פרישתה. באחת מאמרותיו הידועות ציין השופט קוק כי "המגנה כרטה היא מין ברנש כזה שאינו סובל ריבון" ("Magna Carta is such a fellow, that he will have no sovereign").⁶⁵ בשנת 1610, בפסק-דין הנחשב לראשית הביקורת השיפוטית המודרנית, קבע השופט קוק כי לבתי-המשפט יש סמכות לבטל חקיקה המנוגדת להיגיון ולצדק, אשר עליונים גם על חוקי הפרלמנט.⁶⁶ גישה דומה עולה מהצהרת זכויות האדם והאזרח בצרפת משנת 1789. ההצהרה עוסקת ב"זכויות האדם הטבעיות, הקדושות והנצחיות" שכל בני-האדם נולדו עימן. "מטרתה של כל התאגדות פוליטית", נאמר בה, היא "שימור זכויות האדם הטבעיות והנצחיות". למימושן של זכויות אלה אין סייגים, "להוציא סייגים אשר נחוצים על-מנת להבטיח לאדם אחר את מימושן של אותן זכויות". מכוח ההכרזה אף שוחררו אלפי העבדים במרטיניק שבים הקריבי. גישה דומה מצויה בהכרזת העצמאות האמריקאית⁶⁷ ובמבוא לחוקתה של ארצות-הברית.⁶⁸ דוגמה לגישה פונקציונלית ניתן למצוא בארצות-הברית בהקשר של תחולת החוקה ב"טריטוריות המיוחדות" (insular areas). הנתינים באזורים אלה כפופים לריבונות אמריקאית אך אינם בעלי זכות בחירה למוסדות הפוליטיים, ומדינותיהם אינן חלק ממדינות

- 64 לגרסה מתורגמת לאנגלית של המקור הלטיני ראו: MAGNA CARTA (1215), www.constitution.org/sech/sech_044.htm (להלן: המגנה כרטה).
- 65 ראו: Leonard W. Levy, *Book Review: The Road from Runnymede: Magna Carta and Constitutionalism in America by A.E. Dick Howard*, 68 MICH. L. REV. 370 (1969) דומה, "הצהרת הזכויות" שפרסם הפרלמנט האנגלי בשנת 1628 (Petition of Rights) מעניקה זכויות לנתינים (subjects) ולאנשים חופשיים (freemen) המצויים בשטח הממלכה (Realm). נוסח דומה מופיע במגילת הזכויות האנגלית משנת 1689 (English Bill of Rights). כאמור, השאלה אם מסמכי-יסוד אלה עקבו רק אחר שטחים ריבוניים או גם אחר שטחים שהיו בסמכות שיפוט אנגלית שנויה במחלוקת, ויש ראיות היסטוריות שונות. ראו Kent, לעיל ה"ש 17.
- 66 Dr. Bonham's Case (1610): "In many cases the common law will control acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right or reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such Act to be void" 1 THE SELECTED WRITINGS AND SPEECHES OF SIR EDWARD COKE 264–283 (Steve Sheppard ed., 2003).
- 67 Louis Henkin, *Rights: American and Human*, 79 COLUM. L. REV. 405 (1979); ראו: Roszell D. Hunter, *The Extraterritorial Application of the Constitution. Unalienable Rights?* 72 VIRG. L. REV. 649 (1986).
- 68 גם במשפט הבין-לאומי קיימות זכויות שנהוג לראותן כיסודיות. למשל, זכויות שאי-אפשר להפר אותן המופיעות באמנות בין-לאומיות, כמו-גם עקרונות-יסוד של משפט בין-לאומי מנהגי (*Jus Cogens*). זכויות-יסוד קיימות גם בדיני המלחמה – למשל, בס' 3 המשותף לאמנות ג'נבה.

הברית.⁶⁹ בכמה פסקי-דין בתחילת המאה העשרים נדרש בית-המשפט לשאלה אם החוקה חלה בטריטוריות אלה. נקבע כי ככלל החוקה אינה חלה ב"טריטוריות המיוחדות", אולם קיימים עקרונות-יסוד חוקתיים שהם "מנשמת אפה של החוקה" ואשר חלים גם באזורים אלה. כפי שציין בית-המשפט:

We suggest, without intending to decide, that there may be a distinction between certain natural rights enforced in the Constitution... and what may be termed artificial or remedial rights... Of the former class are... the right to personal liberty and individual property; to freedom of speech and of the press; to free access to courts of justice, to due process of law, and to an equal protection of the laws; to immunities from unreasonable searches and seizures, as well as cruel and unusual punishments... [several constitutional] prohibitions go to the very root of the power of Congress to act at all, irrespective of time or place.⁷⁰

הספרות המקצועית נחלקת בשאלה כיצד לזהות זכויות-יסוד אלה. ג'רלד ניומן הציע גישה של "Global Due Process", שלפיה החובה לשמור על הליך תקין חלה כל אימת שהדין הפלילי נאכף מחוץ לטריטוריה.⁷¹ אליזבת שפר הציעה להשתמש במבחן של "Shock the Conscience" ולהיעזר במשפט הבינ-לאומי והמשווה כדי ללמוד על מעמדן של זכויות-יסוד.⁷² בפרשת *Verdugo* ציין השופט קנדי, בדעת יחיד, כי השאלה אינה אם החוקה חלה

69 דוגמות לכך הן איי הבתולה, איי מריאנה הצפוניים, גואם, סמואה ופורטו-ריקו. ראו: United States General Accounting Office, *Insular Areas: Application of the U.S. Constitution*, available at www.gao.gov/archive/1998/og98005.pdf (1997).

70 *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 244, 282–283, 289, 292 (1901). דברים אלה הם הערות-אגב. בפסיקה נוספת נקבע כי התיקון החמישי לחוקה, שעניינו זכותו של נאשם להימנע מהפללה עצמית, הוא עיקרון יסודי, אשר חל גם ב"טריטוריות המיוחדות". *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964). כנגד זה, בפרשה נוספת דחה בית-המשפט את הטענה שהזכות למשפט על-ידי חבר-מושבעים חלה גם בפיליפינים. ראו: *Dorr v. United States*, 195 U.S. 138, 146 (1904). לעיל ה"ש 55, בעמ' 277, 268. הפסיקה קבעה בעבר כי "זכויות-יסוד חוקתיות" מגינות גם על זרים המתגוררים באזור תעלת פנמה ובאיים באוקיינוס השקט, שהיו בשליטה חלקית של ארצות-הברית. לדיון ראו: Gerald L. Neuman, *Closing the Guantanamo Loophole*, 50 *LOY. L. REV.* 1, 15–32 (2004).

71 GERALD L. NEUMAN, *STRANGERS TO THE CONSTITUTION: IMMIGRANTS, BORDERS AND FUNDAMENTAL LAW* 8 (1996).

72 Elizabeth Sepper, *The Ties that Bind: How the Constitution Limits the CIA'S Actions in the War on Terror*, 81 *N.Y.U. L. REV.* 1805, 1836–1839 (2006). המחברת מסבירה כי החובה לכבד "זכויות-יסוד" חלה גם על פעילותם של גופי ביון בשטח זר. לשיטתה, איסור

מחוץ לטריטוריה, אלא אילו זכויות חוקתיות חלות ומתי. בעניין זה, לדידו, אין לקבוע מסמרות, ויש להבהירו ממקרה למקרה.⁷³

קושי מרכזי בתחולה הפונקציונלית הוא זיהוין של זכויות-היסוד שמפעילות אותה. במדינות בעולם קיימות תפיסות שונות הן לגבי תוקפה של תיאוריה פוליטית זו במשפט המדינה הן לגבי זיהוי זכויות-היסוד. קושי נוסף נעוץ בהשלכותיה של גישה זו על יחסי החוץ. נניח כי כבוד האדם הוא זכות-יסוד שחובה לכבדה גם בפעילות בחוץ-לארץ – האם חובה זו כוללת הגנה רק על מאפיינים גרעיניים של הזכות, כגון איסור עינויים, או גם מאפיינים רחבים יותר, כגון חופש הביטוי? יישום של גישה זו לגבי פעילות מחוץ לשטח המדינה, בפרט בעיתות מלחמה, כרוך בקשיים מעשיים וראייתיים, כמו-גם בנטל כלכלי.⁷⁴

4. תחולה אוניוורסלית: החוקה והסמכות

עקרון שלטון החוק משמעו שכל פעילות של רשות מרשויות השלטון אמורה להיעשות בהתאם לחוק. עיקרון זה אינו מבחין בין פעולה הנעשית בתוך שטח המדינה לבין פעולה זרה הנעשית מחוץ לשטח המדינה. החוק החל הוא אחד, בין שהרשות פועלת במקום או בין שפעילותה מתרחשת במקום ב. רשות שלטונית אינה יוצאת מתחולת הדין החוקתי אך בשל כך שפעולותיה נעשות מחוץ לטריטוריה.

מעגל התחולה האוניוורסלי הינו הרחבה של מעגלי התחולה שהוצגו לעיל. הדגש בו אינו בזהותו של האדם שזכותו הופרה, במהותה של הזכות המופרת או במקום הפרתה, כי אם בזהותו של הגורם המפר. לואיס הנקין טוען כי תכליתן של חוקות אינה להבטיח זכויות (rights-based), אלא להטיל הגבלות על שררה שלטונית (duty-based).⁷⁵ החוקה חלה על כל רשות שלטונית, על כל סמכות שלטונית ועל כל פעולה שלטונית, וזאת בכל מקום, בכל זמן וכלפי כל אדם.⁷⁶ בפרשת *Verdugo* הציע השופט ברנן (Brennan) "עיקרון של הדדיות" ככלל מנחה. לפיו, כאשר לא-אזרח נדרש לציית לחוקי ארצות-הברית בהיותו מחוץ

העינויים, איסור המעצר הבלתי-מוגבל וכן החיסיון מפני הפללה עצמית, המוגנים בתיקון החמישי לחוקה, מהווים זכויות-יסוד כאמור.

73 עניין *Verdugo*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 276–277.

74 שם, בעמ' 273–275; עניין *Banković*, לעיל ה"ש 46, פס' 43.

75 Henkin, לעיל ה"ש 53, בעמ' 32.

76 שם, בעמ' 23–24, 32; LOUIS HENKIN, FOREIGN AFFAIRS AND THE U.S. CONSTITUTION (2002) 305–308. הנקין טוען כי בהעדר הוראה סותרת יש להחיל את החוקה באופן אוניוורסלי. לגישה דומה ראו גם: Andreas F. Lowenfeld, *U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law, Continued*, 84 AM. J. INT'L L. 444 (1990); Jules Lobel, *The Constitution Abroad*, 83 AM. J. INT'L L. 871, 879 (1989).

לשטחה, כִּי־אז ההגינות מחייבת שיעמדו לו הגנות החוקה האמריקאית.⁷⁷ בפרשת *Reid* פסקה אומנם דעת הרוב שהחוקה עוקבת אחר אזרחים, אך הנמקתה מתאימה יותר ליישום אוניוורסלי. בית־המשפט פירש את התיקון השישי לחוקה כמגביל את פעילות הממשל ככזו – הממשל הוא יציר החוקה וכפוף להוראותיה.⁷⁸ אולם מסקנה זו סויגה בפרשת *Reid* רק לאזרחי ארצות־הברית. בצדק ציין השופט ברנן, בדעת המיעוט בפרשת *Verdugo*, כי הנמקה זו הייתה אמורה להוביל למסקנה שהחוקה חלה באופן אוניוורסלי. כאשר זכות של אדם נפגעת כתוצאה מפעולה שלטונית, אדם זה מצוי תחת סמכות השיפוט של החוקה:

The Court today creates an antilogy: the Constitution authorizes our Government to enforce our criminal laws abroad, but when Government agents exercise this authority, the Fourth Amendment does not travel with them... [U]nreasonable search and seizure is no less a violation of the Fourth Amendment because it occurs in Mexicali, Mexico, rather than Calexico, California... if we seek respect for law and order, we must observe these principles ourselves. Lawlessness breeds lawlessness... The focus of the Fourth Amendment is on *what* the Government can and cannot do, and *how* it may act, not on *against whom* these actions may be taken.⁷⁹

הקשיים שהוזכרו לעיל באשר לתחולה הפונקציונלית חלים ביתר שאת במקרה של תחולה אוניוורסלית, במיוחד באשר לפעילויות שעניינן מלחמה, הגירה או ביון. הכפפתן לחובות חוקתיות מגבילה את יכולתה של הממשלה לנהל מדיניות חוץ וביטחון גמישה בסביבה משתנה.⁸⁰

* * *

למי אם כן שייכת החוקה, ועל מי היא נועדה להגן? כאמור, קיימים מעגלי תחולה שונים בעניין זה: לפי הראשון, החוקה עוקבת אחר הדגל – היא חלה בכל מקום שבו קיימת ריבונות, ולפי גישות מסוימות גם בכל מקום שבו חלה סמכות שיפוט מדינית; לפי השני, החוקה עוקבת אחר העם – היא מגינה על אזרחים (ולפי גישות מסוימות גם על זרים שפיתחו זיקות מהותיות למדינה) בכל מקום; לפי גישה שלישית, החוקה עוקבת אחר

77 עניין *Verdugo*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 279–297. לגישה זו ראו גם NEUMAN, לעיל ה"ש 71, בעמ' 97.

78 עניין *Reid*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 7.

79 עניין *Verdugo*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 282–288.

80 השוו לדבריו של הנשיא רנקוויסט שם, בעמ' 273–275.

זכויות-יסוד, אשר חלות בכל מקום; ולפי גישה רביעית, החוקה עוקבת אחר רשויות המדינה, הנושאות אותה בתרמילן. מעגלים אלה אינם מוציאים זה את זה. כפי שראינו, ניתן להחילם גם במשולב. עם זאת, במדינות בעולם יש תפיסות שונות בנוגע לזיהוי תחומי פרישתם של "הדגל", "העם", "זכויות-היסוד" ו"הרשות" החייבת בכיבוד החוקה. קיימים פסקי-דין סותרים במדינות שונות, ולעיתים אף בתוך אותה מדינה, והניואנסים רבים – הן בשאלת התחולה החוץ-טריטוריאלית, הן בהיקפה (המצוי והרצוי) והן בהנמקה לה.

ב. היקף תחולתם של חוקי-היסוד בישראל

שאלת היקף תחולתם של חוקי-היסוד לא הגיעה עד לאחרונה לפתחם של בתי-המשפט בתדירות גבוהה, בין היתר מכיוון שבישראל, בניגוד לארצות-הברית ולקנדה, לא היו עד לאחרונה כללי פסילה חוקתיים בדין הפלילי – התחום שבמסגרתו נעשו רוב הפניות לבתי-המשפט מחוץ לישראל.⁸¹ סוגיה זו נהפכה עם השנים לאקטואלית יותר ויותר בישראל, במיוחד לגבי תחולתם של חוקי-היסוד בשטחי הגדה המערבית ורצועת-עזה. הגם שאין כלל משפטי ברור, ניתן לחלץ מהדין גישות המקבילות למעגלי התחולה שלעיל.

1. תחולה טריטוריאלית כנקודת מוצא

נקודת המוצא בישראל, כמו בכל מדינה אחרת, היא תחולה של חוקי-היסוד בשטחה. השאלה היא מהו שטחה של ישראל. לשאלה זו, הפשוטה יחסית, אין תשובה פשוטה בהתאם. לפי איזה דין ייקבע תחום הריבונות של מדינת-ישראל – האם על-פי הדין הבין-לאומי או שמא על-פי הדין הפנימי? השאלה מתעוררת בחדות שכן הדין הישראלי מחיל את המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים גם על שטחים שהמשפט הבין-לאומי אינו מכיר בהם כשטחיה של ישראל או שהם שנויים במחלוקת מבחינתו.⁸² עקרונית, לצורך תחולתם של חוקי מדינת-ישראל די בשטח המצוי בסמכות שיפוטה, גם בהעדר ריבונות המוכרת על-ידי הדין הבין-לאומי.⁸³ על-כן הדין הישראלי חל ברמת-הגולן, הנחשבת לפי הדין הבין-לאומי כשטח בריבונות סורית, כמו גם בירושלים המזרחית, שהריבונות עליה בדין הבין-לאומי

81 ראו לאחרונה ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי (פורסם בנוב, 4.5.2006), שבו הכיר בג"ץ בכללי פסילה חוקתיים לראיות שהושגו תוך פגיעה בטוהר ההליך המשפטי ובזכות הנאשם להליך ראוי.

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

83 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 924–933.

שנויה במחלוקת.⁸⁴ לעומת זאת, המשפט, השיפוט והמנהל של ישראל אינם חלים, ככלל,⁸⁵ באזור הגדה המערבית, אשר נתון בתפיסה לוחמתית ואשר הדין החל בו מורכב ורב-רובדי: הדין המקומי שקדם לתפיסה הלוחמתית, הדין הבין-לאומי הרלוונטי – במיוחד דיני המלחמה – והדין המנהלי הישראלי.⁸⁶ לעובדה שלישראל יש שליטה אפקטיבית בחלק מאזורי הגדה המערבית⁸⁷ עשויות להיות השלכות חוקתיות, שכן במשפט המשווה, כפי שראינו, יש שראו בשליטה אפקטיבית של המדינה תנאי מספיק להחלת הגנות חוקתיות.⁸⁸ האם חוקי-היסוד חלים גם באזור שבו המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים אינם חלים אך קיימת שליטה אפקטיבית? בפסיקה אין מענה ברור לשאלה זו. לאחרונה נטה בג"ץ להעדיף את הגישה הנוטה לתחום את היקף הגנתם של חוקי-היסוד לשטח ישראל. בפרשת חוק פיצויי האינתיפדה דן בג"ץ בשאלה אם חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7)⁸⁹ פוגע בזכויות חוקתיות של פלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת-עזה. התיקון לחוק אחריות המדינה בנוזיקים פטר עקרונית את מדינת-ישראל מאחריות לנזקים הנגרמים על-ידי כוחות הביטחון כלפי "נתין אויב" או ב"אזור עימות", כהגדרתם בחוק. העותרים טענו כי החוק פוגע בזכויות חוקתיות של תושבי האזור: בזכות לקניין, בכך שהוא מונע פיצוי במקרה של התרחשות נזק; ובזכות הגישה לערכאות, בכך שהוא מונע בירור וסעד משפטי. כדי להכריע בשאלה החוקתית, נדרש בג"ץ לשאלה אם לחוק-היסוד יש חלות חוץ-טריטוריאלית. הנשיא ברק מותיר את השאלה בצריך עיון ומוסיף את הדברים החשובים הבאים:

ככלל חקיקה ישראלית היא בעלת תחולה טריטוריאלית. כאשר חוק מבקש להחיל עצמו על אנשים או פעולות שמחוץ לישראל, צריך הדבר להיאמר בחוק (במפורש או במשתמע). אכן, חזקה היא כי חוקיה של ישראל חלים על יחסים משפטיים בישראל, והם אינם מכוונים להסדיר יחסים משפטיים

- 84 בשני האזורים חלים המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים, ולכן הם נחשבים במשפט הפנימי של ישראל לחלק משטחה.
- 85 המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים חלים, באופן פרסונלי, על המתיישבים הישראלים באזור.
- 86 ראו בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 18–21 לפסק-דינו של הנשיא (בדימוס) ברק (פורסם בנבו, 14.12.2006) (להלן: עניין הסיכולים הממוקדים).
- 87 בעניין זה ייתכן שקיימים הבדלים בין אזורי שליטה שונים. בעוד שטחי C נתונים ברובם בשלטון אזרחי ובטחוני ישראלי, שטחי A נתונים בשלטון אזרחי ובטחוני פלסטיני (שטחי B מצויים בשליטה בטחונית ישראלית, מה שמקרבת שוב למבחן "השליטה האפקטיבית").
- 88 ראו בג"ץ 9132/07 אחמד נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 30.1.2008) (רצועת-עזה אינה מצויה עוד תחת "שליטה אפקטיבית" ישראלית).
- 89 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, ס"ח 953 (להלן: התיקון לחוק אחריות המדינה בנוזיקים).

מחוץ לישראל... דין דומה חל גם לעניין חוקי היסוד. חזקה היא, איפוא, כי חוקי היסוד השונים חלים על פעולות בישראל. כפי שראינו, חזקה זו ניתנת לסתירה (אם במפורש ואם במשתמע). האין לומר כי חזקה זו נסתרת כאשר חוק היסוד עוסק בזכויות אדם? האם הצורך להבטיח זכויות אדם כלפי המדינה לא מוביל למסקנה כי רשויות השלטון הישראליות חייבות "לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה" בכל מקום ומקום? האין לומר כי בעל סמכות ישראלי נושא בכליו את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? האין לומר כי בכל אשר ינוע בעל הסמכות, ינוע עמו חוק היסוד? האין לומר כי גישה זו מקבלת עוצמה מיוחדת אם פעולתו של בעל הסמכות הישראלית היא במקום הנתון לשליטה לוחמתית ישראלית?... האין לומר כי לעניין "תושבים מוגנים" מחליף המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם את המשפט הפנימי בישראל בעניין זה? לשאלות אלו אין תשובה פשוטה כלל ועיקר.⁹⁰

הנשיא ברק קובע, אם כן, כי קיימת חזקה הניתנת לסתירה שלפיה חוקי-היסוד חלים בישראל. שאלת תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית וברצועת-עזה נותרה בצריך עיון מכיוון שבפרשת חוק פיצויי האינתיפדה לא נדרשה בה הכרעה, הואיל ונמצאה דרך חלופית להכריע במחלוקת. לגישתו של הנשיא ברק, התיקון לחוק אחריות המדינה בנוזקים פוגע בזכויות המוקנות לתושבי האזור בישראל על-פי המשפט הבינלאומי הפרטי ועל-פי דיני הנזיקין הישראליים.⁹¹ דינים אלה מאפשרים לתבוע בישראל גם בגין עוולה שנעשתה מחוץ לישראל. לכן חוק אשר שולל את הפיצויים מכוח עוולה כזו פוגע בזכות הקניין של אדם כמו-גם בזכויות חוקתיות נוספות.⁹² פגיעה בזכויות חוקתיות המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאינה נעשית על-פי תנאיה של פסקת ההגבלה, היא בטלה. השאלה, על-כן, אינה היכן הקורבן נמצא, אלא היכן הוענקה לו הזכות. הזכות הנזיקית הוענקה בישראל, ולכן "פעולתו של תיקון מס' 7 הינה, איפוא, בישראל. הוא פוגע בזכויות שהיו לניזוקים מהאזור בישראל... תחולה זו אינה אקסטרה-טריטוריאלית. תחולתו הינה טריטוריאלית".⁹³

גישתו של הנשיא ברק ייחודית: היא מרחיבה את תחולתם של חוקי-היסוד הרבה מעבר לתחולה הטריטוריאלית – למעשה, היא יוצרת מעין תחולה אוניוורסלית – אך זאת תוך

90 ראו עניין חוק פיצויי האינתיפדה, לעיל ה"ש 5, פס' 22 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

91 שם, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

92 שם, פס' 24–25 לפסק-דינו של הנשיא ברק: "...זכותו של הניזוק על פי דיני הנזיקין היא חלק מרכושו ועל כן חלק מקניינו... שלילתה של האחריות בנוזיקין או צמצומה פוגעות בהגנה על זכויות אלה. בכך נפגעות זכויות חוקתיות אלה."

93 שם, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

הישענות על נימוק טריטוריאלי. גישה זו מעוררת קושי. כללי פְּרִירַת הדין בישראל קובעים כי הזכות נוצרת במקום שבו עילת התביעה מתגבשת. לפיכך, אם עילת התביעה התגבשה ברצועת-עזה ובגדה המערבית, ברי כי הזכות נוצרה באזורים אלה, ולכן יש צורך לבחון שאלה מקדמית, והיא אם חוקי-היסוד חלים בהם. בצדק ציין השופט גרוניס כי "עצם העובדה שהעניין נדון בפני בית משפט ישראלי, על פי הדין הישראלי, אינה יכולה להוביל למסקנה שהזכויות נתונות לנפגעים בישראל. שהרי אם תאמר כן, תנבע מסקנה מרחיקת לכת לפיה חוקי היסוד יחולו לגבי כל הליך המתנהל בבית משפט ישראלי".⁹⁴ אכן, הנשיא ברק היה יכול לקבוע שחוק-היסוד חל בגדה המערבית באופן טריטוריאלי, בשל השליטה האפקטיבית הממושכת באזור; או שתחולתו היא אוניוורסלית, במובן זה שכל חייל נושא בצקלונו לא רק את עקרונות המשפט המנהלי, כי אם גם את חוקי-היסוד;⁹⁵ או שהתחולה היא פרסונלית, במובן זה שנתיני הרשות הפלסטינית נהפכו, בשל הכיבוש הממושך, לחלק מ"העם" המוגן בחוקי-היסוד, לכל-הפחות באשר לזכות הגישה לערכאות. אולם הדרך שבחר הנשיא היא להחיל את חוק-היסוד מחוץ לטריטוריה תוך שימוש בנימוק טריטוריאלי. פסק-דין שפורסם סמוך לפרשת חוק פיצויי האינתיפדה נוקט טכניקה דומה. בפרשה זו נידונה חוקתיותו של התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל), שאסר הגירת-נישואים של תושבי רצועת-עזה והגדה המערבית לשטח ישראל. שאלת החוקתיות מותנית בקיומן של זכויות חוקתיות המקימות עילה לביקורת שיפוטית חוקתית על החוק המגביל. הנשיא ברק קובע כי התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל אכן פוגע בזכויות חוקתיות – הזכות לייסד חיי משפחה בישראל והזכות לשוויון של אזרחי ישראל הערבים – אך לשיטתו הפגיעה החוקתית היא בזכויות של האזרח הישראלי. הנשיא ברק מחיל לפיכך את הגנות חוק-היסוד באמצעות בן-הזוג הישראלי.⁹⁶ לגישתו, איסור גורף של הגירת-נישואים לישראל פוגע בזכויות חוקתיות של בן-זוגו הישראלי, ולכן פוגע בזכויות חוקתיות בתוך ישראל. הנשיא ברק מציין, עם זאת, כי –

...אפילו נפגעו זכויותיו של הזר... פגיעה זו נעשתה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל. חקיקה מקומית מפורשת יש בכוחה, מנקודת המבט

94 שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט גרוניס.
 95 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 460–461 (1994): "ניתן, איפוא לטעון, כי כל בעל סמכות ישראלי נושא בכליו את חוק-היסוד. בכל אשר ינוע בעל הסמכות, ינוע עמו חוק-היסוד... סמכות אינה משתנה שעה שאיש השלטון חוצה את גבולות המדינה."
 96 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן: עניין חוק האזרחות והכניסה לישראל).

הישראלית הפנימית, לפגוע בזכויות המוענקות בדין הבינלאומי... לא כן לעניין זכותו של בן הזוג הישראלי על פי חוקי היסוד... אין חוק רגיל... יכול לפגוע בו כדין, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה... המבחינה המשפטית האנאליטית נתרכז בכך הזוג הישראלי, שכן הוא נושא באמתחתו את חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁷

הנשיא ברק מניח אפוא כי חוק-היסוד חל הואיל והתיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות של בן-הזוג הישראלי. בה-בעת הוא מציין כי אילו נפגעו זכויותיו של בן-הזוג המהגר, כ-אז ספק אם חוק-היסוד היה עומד להגנתו, וייתכן שהיה די בחוק רגיל מפורש לפגוע כדין בזכויותיו. עמדה נוספת מצויה בפסק-דינו של המשנה לנשיא מישאל חשין. לדבריו, חוק-היסוד אינו מקנה זכויות לתושבי עזה והגדה המערבית. קשה להסיק מדבריו אם הטעם לכך מקורו בעיתות המלחמה – שכן בעת מלחמה, לגישתו, מדינה רשאית לאסור הגירה של נתיני אויב – או שמא בטעם עקרוני שעיקרו בכך שהחוקה נוצרה "...לבני הארץ ולהסדר חיים לתושבי הארץ ולאזרחיה, ביניהם לבין-עצמם... חוק-היסוד בישראל הוא לישראלים ולוויסות היחסים ביניהם לבין המדינה וביניהם לבין עצמם".⁹⁸ ואם בטעם עקרוני עסקינן: האם החוקה נוצרה רק "לתושבי הארץ" (כעניין טריטוריאלי), "לאזרחיה" (כעניין פרסונלי) או אולי ל"תושבי הארץ" שהם "אזרחיה", דהיינו, לאזרחים היושבים בתוך שטח ישראל?

ניתן לסכם שחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם חלים בשטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל (וכפי שנראה להלן, גם כלפי אזרחים בשטחים הנתונים בתפיסה לוחמתית של המדינה), וכי עד כה טרם הוכרעה שאלת חלותם של חוקי-היסוד באשר ללא-אזרחים היושבים בשטח שבו יש לישראל שליטה אפקטיבית, כגון אזור הגדה המערבית. עם זאת, במקרים המעטים שבהם התעוררה סוגיה זו במישורין, מצא בג"ץ דרכים עוקפות להעניק הגנה חוקתית לתושבי שטח זה תוך שימוש בנימוק טריטוריאלי.

2. התחולה הפרסונלית מגביהה עוף

קיומן של התנחלויות ישראליות בגדה המערבית יוצר אנומליה בתחומים רבים. אחד מהם הוא ההבחנה בין מעמדם של אזרחי ישראל לבין מעמדם של התושבים הפלסטינים המתגוררים באזור. כעיקרון, התחולה הטריטוריאליית אין בה כדי לתת מענה לפגיעה בזכויות חוקתיות של אזרחים ישראלים המתגוררים בהתנחלויות שמחוץ לישראל. על-מנת להעניק הגנה חוקתית לזכויותיהם, נדרשת הרחבה של מעגל התחולה הטריטוריאליית. לכן,

97 ש.ם.

98 ש.ם, פס' 62 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין.

בפרשת חוף עזה, שבה נידונה חוקתיותה של הפגיעה בזכויותיהם של מתיישבים ישראלים ברצועת-עזה (אזור המצוי מחוץ לשטח ישראל), הכיר בג"ץ בזכויות חוקתיות של המתיישבים הישראלים מכוח תחולה פרסונלית של חוקי-היסוד. הנשיא ברק מציין כי לחוקי-היסוד יש תחולה פרסונלית בכל הנוגע במתיישבים ישראלים ברצועת-עזה ובגדה המערבית:

שאלת תחולתם האקסטרה-טריטוריאלית (מקומית) של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק מעוררת שאלות משפטיות סבוכות... נוכל להשאיר בעיקרה בצריך עיון. כמובן, ניתן היה להשאיר בצריך עיון, כפי בקשת המדינה, את שאלת התחולה האקסטריטוריאלית-הפרסונלית (אישית) של חוקי היסוד על ישראלים המפונים מהשטח המפונה, אילו סברנו כי דין העתירות להידחות. לא נוכל להשאיר את דין התחולה הפרסונלית בצריך עיון, לאור עמדתנו כי בעניינים מסויימים יש לבטל מספר הוראות בחוק יישום ההתנתקות או לצמצם את תחולתן... לדעתנו, מעניקים חוקי-היסוד זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה. היא פרי התפיסה כי על ישראלים המצויים מחוץ למדינה אך באזור הנתון לשליטתה בדרך של תפיסה לוחמתית חלים חוקי-היסוד של המדינה באשר לזכויות האדם. לאור מסקנתנו זו, אין לנו צורך לנקוט עמדה בשאלת התחולה המקומית (הטריטוריאלית) של חוקי היסוד, ואין לנו צורך לבחון השאלה אם חוקי-היסוד מעניקים זכויות גם למי שאינם ישראלים והמצויים באזורים הנתונים לתפיסה לוחמתית, או לישראלים שאינם מצויים בשטח שבשליטת ישראל... נשאיר אותן [את השאלות הללו] בצריך עיון.⁹⁹

אמירה זו מעניינת. הנשיא ברק מאמץ לכאורה את גישת התחולה הפרסונלית של הזכות החוקתית לקניין – בציינו כי תחולתם של חוקי-היסוד בשטח המפונה היא "אישית" – ומכוחה אף מגדיל את שיעור הפיצוי למפונים הישראלים. אולם בה-בעת נאמר כי תחולה אישית זו "נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה". אם תחולתה של הזכות החוקתית לקניין נגזרת משליטת ישראל בשטח המפונה – נימוק המתאים יותר לגישה טריטוריאלית – כִּי־אז לא ברורה דייה ההבחנה הנעשית על בסיס אישי בין אזרח לבין לא-אזרח. הזכות החוקתית שנפגעה בפרשת חוף עזה היא הזכות לקניין. זכות זו היא זכות אדם.

99 עניין חוף עזה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 560. דברים דומים נאמרו גם בבג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005).

פגיעה לא-חוקתית בקניינו של אדם היא אחת – בין שאדם זה הוא אזרח ובין שהוא זר. ניתן כמובן לטעון כי תחולתם של חוקי-היסוד היא טריטוריאלית, ולכן הציווי "אין פוגעים" עניינו אדם בישראל. אולם מרגע שהורחבה ההגנה על הזכות לקניין גם אל מחוץ לשטח ישראל, לא ברור מהו הבסיס להבחנה שבין אדם לבין אזרח. אכן, בספרו פרשנות חוקתית מאמץ פרופ' ברק דרך חשיבה זו, ומציין כי "הוראות חוק היסוד חלות כלפי כל אדם בישראל, ואם יש לחוק תחולה אקסטריטוריאלית כלפי אזרח ישראלי, ברי כי יש לו גם תחולה אקסטריטוריאלית כלפי מי שאינו אזרח ישראלי".¹⁰⁰

3. התחולה האוניוורסלית פורשת כנפיים?

פסקת התחולה שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם קובעת כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".¹⁰¹ האם פירוש הדבר תחולה אוניוורסלית, דהיינו שהחובה לכבד זכויות אדם חוקתיות חלה על כל פעילות של רשות שלטונית, או שמא חובה זו חלה רק לגבי פעילויות הנעשות בתוך ישראל? סוגיה זו טרם הוכרעה. ביטוי מסוים לתחולה האוניוורסלית ניתן למצוא בפסק-דינו של השופט בנימיני בבית-המשפט המחוזי תל-אביב-יפו בעניין דיראני. בעניין זה דובר בבכיר בארגון חיזבאללה, מוסטפה דיראני, שנחטף על-ידי צה"ל מלבנון בשנת 1994, הוחזק במעצר מנהלי שמונה שנים בכלא בישראל, ושחרר ללבנון בשנת 2004 במסגרת עסקת חילופי שבויים בין ישראל לארגון חיזבאללה. העותר הגיש תביעת נזיקין בגין עינויים שעבר לטענתו בעת מאסרו. התביעה הוגשה בהיותו עציר בישראל, ואף הוחל בשמיעת הראיות בתיק, אך לאחר שהוא שוחרר ממעצרו וחזר להיות חבר פעיל בארגון חיזבאללה – ארגון טרור לפי הדין בישראל – ביקשה המדינה לדחות את התביעה על הסף בעילה ש"אין מבררים תביעתו של אויב". השופט בנימיני קבע שהכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב אינו חל בישראל, וציון כי תביעתו של דיראני נוגעת ממילא במעשים שעשו עובדי המדינה. לשיטתו, "אין חולק על כך שאנשים הנמנים עם אויבי ישראל, זכאים לעתור לבתי המשפט בישראל על מנת למנוע את המשך הפגיעה בזכויותיהם, בין אם הם עצורים בישראל, ובין אם הם שוהים בארץ אויב".¹⁰² זכותם זו היא חוקתית, ואין לפגוע בה אלא בחוק העומד בתנאיו של חוק-היסוד. זאת, הואיל ו"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו חל רק על אזרחי המדינה ותושביה, כי

100 ברק, לעיל ה"ש 95, בעמ' 461.

101 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90 (החוק להלן: חוק-יסוד: חופש העיסוק; הפסקה להלן: פסקת התחולה).

102 עניין דיראני, לעיל ה"ש 1, פס' 40 לפסק-דינו של השופט בנימיני.

אם על כל אדם באשר הוא אדם. זכויות הפרט הן זכויות אשר דבקות באדם, ואינן קשורות לאזרחותו או להתנהגותו".¹⁰³

ביטוי נוסף לתחולה אוניוורסלית ניתן למצוא בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים. בעניין זה קבע בג"ץ כי שיטות החקירה של השב"כ המופעלות כלפי חשודים בעברות בטחוניות אינן חוקיות, בשל העדר חוק מסמך. בג"ץ אינו נותן משקל לאזרחותו או לזהותו של הנחקר, ואינו מתעניין במיקומם הגיאוגרפי של מתקני החקירה של השב"כ. חקיקה מעין זו, אילו התגבשה, הייתה נבחנת לאור הגבלותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהרי הכנסת אינה יכולה להתיר עינויים גם אם הם נעשים מחוץ לשטחה הריבוני של ישראל. איסור העינויים חל על השב"כ כרשות שלטונית בכל מקום שבו ימצאו חוקריו.¹⁰⁴

בפסיקה ניתן למצוא ביטויים המלמדים כי חלק משופטי בג"ץ מניחים, כעניין מובן מאליו, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל גם מחוץ לישראל, לכל-הפחות ברצועת-עזה ובגדה המערבית. באחת הפרשות, שעסקה בחוקיותן של הגבלות שהוטלו על גישה של נתינים פלסטינים לאדמותיהם החקלאיות ביהודה ושומרון, הניחה השופטת ביניש כי לחקלאים באזור עומדת זכות חוקתית לקניין באדמות, וכי זכות זו נפגעת מהטלת הגבלות על עיבודן, המהווה את מקור פרנסתם; נקבע גם שהגבלות אלה פוגעות בזכות החוקתית של פלסטינים באזור לחופש תנועה, וכי על מפקד צה"ל להתחשב גם בזכותם החוקתית לחיים ולשלמות הגוף.¹⁰⁵ בעניין אחר ערכה השופטת ביניש איזון אופקי בין הזכות החוקתית לחופש פולחן של מתפללים יהודים בקבר רחל לבין הזכות החוקתית לקניין ולחופש תנועה של תושבים פלסטינים באזור.¹⁰⁶ בהקשר דומה, שבו נידונה חוקיותו של צו שהוציא מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון לתפיסת מקרקעין לצורך הגברת הביטחון בציר תנועה המשרת יהודים המבקשים להתפלל במערת המכפלה, ציינה השופטת פרוקציה כי על מפקד צה"ל ביהודה ושומרון לכבד את הזכויות החוקתיות של תושבי האזור, וכי "בכלל הזכויות החוקתיות המוגנות מצויות הזכויות לחופש תנועה, חופש דת ופולחן וזכות הקניין".¹⁰⁷ בפרשות אלה אין כל דיון עקרוני בשאלת תחולתו החוץ-טריטוריאלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם ההנחה היא שזכויות חוקתיות מוקנות גם לתושבים הפלסטינים ביהודה ושומרון.

103 שם, פס' 45 לפסק-דינו של השופט בנימיני. ייתכן שהענקת זכות הגישה החוקתית לערכאות לדיראני נבעה מכך שעילת התביעה נוצרה בעת שהייתו במעצר בישראל, ואף הגשת התביעה וראשית הדיון בה נעשו בעת שהייתו בישראל. אם כך הוא, כפי-אז התחולה היא טריטוריאלית.

104 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817 (1999).

105 בג"ץ 9593/04 ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 26.6.2006).

106 בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פ"ד נט (4) 736 (2005).

107 בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח (3) 464-460, 443 (2004).

שאלת תחולתן האוניוורסלית של זכויות חוקתיות התעוררה לעיתים רחוקות בלבד, קרוב לוודאי משום שפעולותיהן של רשויות השלטון הישראליות מכוסות ממילא על-ידי החובה לכבד באופן א-טריטוריאלי את הדין המנהלי. הנשיא ברק קבע באופן ציורי כי "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי והמינהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי"¹⁰⁸. מכוח הדין המנהלי בחן בג"ץ את חוקיותן של פעולות צה"ל ברפיח בעיצומה של לחימה¹⁰⁹ ואת חוקיותו של מצור שהטיל צה"ל על טרוריסטים שהתבצרו בכנסייה בבית-לחם.¹¹⁰ תחולת הדין המנהלי כוללת בתוכה חובה לנהוג "בהגינות (מהותית ודיונית), בסבירות ובמידתיות תוך איזון ראוי בין חירות הפרט לצורכי הכלל"¹¹¹. דרישות אלה הן בעלות אופי חוקתי במהותן, הגם שהאמצעי הוא הדין המנהלי. נושא התחולה של חוקי-היסוד הגיע לקדמת הבימה רק כאשר לא היה די בדין המנהלי לריסון הרשות, קרי, רק כאשר הפגיעה בזכות נעשתה לא מכוח החלטה מנהלית, אלא מכוח חוק ראשי, כגון התיקון לחוק אחריות המדינה בניזקים או חוק פינוי-פיצוי. במצבים אלה נזקק בג"ץ לחוקי-היסוד.¹¹²

הגם שקשה לחלץ תיאוריה מסוימת או כלל קוהרנטי מהדין הישראלי הנוכחי, ניתן לסכם כי לחוקי-היסוד בישראל, נוסף על תחולה טריטוריאלי, יש גם תחולה פרסונלית-אזרחית ברצועת-עזה ובגדה המערבית. עם זאת, תחולה פרסונלית של חוקי-היסוד על אזרחים במקומות אחרים מחוץ לישראל טרם נקבעה. בה-בעת הדין בישראל מכיר בתחולה אוניוורסלית של מושכלות-יסוד של משפט ציבורי על רשויות שלטון ישראליות באמצעות שימוש בדין המנהלי, אשר חל באופן א-טריטוריאלי על נושאי תפקיד שלטוני. במבט כולל ניתן לומר כי עד כה לא נפסקה הלכה מפורשת בשאלת היקף תחולתם של חוקי-היסוד, וכי הדין הקיים מהווה הכלאה של פתרונות אד-הוק יותר מאשר כלל שיטתי.¹¹³

108 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 828 (2004).

109 בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004) (להלן: עניין רופאים לזכויות אדם).

110 בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002) (להלן: עניין אלמדני).

111 עניין רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 109, בעמ' 393.

112 דוגמה לכך היא בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385, 396 (2002): "נוכל להשאיר פתוחה את השאלה אם על תנאי המעצר באזור חלות הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לענייננו די בכך כי חלים העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי, המלווים כל חייל ישראלי באזור."

113 פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין חוקתיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, ס"ח 192, תורם לאי-בהירות זו. הנשיאה דורית ביניש מציינת כי החוק פוגע בזכות החוקתית לחירות אישית, אך בוחנת את חוקתיותו הואיל ו"מעצרים של הלוחמים הבלתי חוקיים נעשה בישראל על-ידי רשויות השלטון המחויבות לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד ביחס לכל אדם". לא ברור אם רשויות השלטון מחויבות בכיבוד זכויות

ג. חוקי-היסוד ותחולה פונקציונלית

שאלת תחולתם החוץ-טריטוריאלית של חוקי-היסוד רלוונטית בהקשרים שונים. למשל, האם ביטול הטבות של תושב חוזר פוגע בזכויותיו החוקתיות? הקיימות הגנות חוקתיות לזר העובר חיקור-דין בחוץ-לארץ על-ידי רשות ישראלית? האם ראיות שהושגו לא-כדין מחוץ לישראל קבילות במשפט פלילי בישראל? עד כה לא נערך דיון מקיף בשאלות אלה. דיון זה חיוני דווקא בימים אלה, שבהם הכנסת דנה בנוסחה של חוקה לישראל. בחלק זה יוצגו מחשבות ראשוניות בסוגיה זו. הגישה שבה אתמוך היא תחולה פונקציונלית של חוקי-היסוד באמצעות "כלל התחולה על רשויות". לפי גישה זו, בהעדר אמירה סותרת, ניתן וצריך ככלל להחיל את היקף ההגנה של חוקי-היסוד על כל פעולה שלטונית, על כל סמכות שלטונית ועל כל רשות שלטונית ישראלית, ביחס לכל אדם שזכותו החוקתית הופרה על-ידי רשות ישראלית הפועלת בסמכות כדין. עם זאת, תחולה זו היא פונקציונלית: מידת ההגנה על הזכות משתנה לפי מכלול הנסיבות, ואינה זהה בשטח ריבוני ובשטח זר, בין זכויות שונות, בזמן שלום ובזמן מלחמה. כתימוכין לכלל התחולה על רשויות יוצגו שני טעמים: האחד מקורו בפרשנות תכליתית של חוקי-היסוד, והאחר מקורו בתיאוריה תורת-משפטית.

1. תחולה פונקציונלית על רשויות ופרשנות חוקתית

הדיון בהיקפן של זכויות האדם בישראל התמקד עד כה בפרשנות של היקף הזכות: מהו "עיסוק", מהו "כבוד האדם", מהו "חופש ביטוי", מהו "שוויון" וכדומה. הפסיקה דנה גם בשאלה אם המונח "אדם" כולל גם תאגידים,¹¹⁴ קבוצת מיעוט¹¹⁵ ובני-אדם שאינם עוד בין החיים.¹¹⁶ נוסף על כך דנה הפסיקה בפרשנות של זהות החייב: האם רק רשות מרשויות השלטון חייבת בכיבוד זכויות האדם או שמא גם פרטים, ביחסים בינם לבין עצמם?¹¹⁷ מעט מאוד נאמר בשאלת היקף תחולתן של זכויות האדם החוקתיות.¹¹⁸

חוקתיות "ביחס לכל אדם" או רק כאשר המעצר "נעשה בישראל". ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 27 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.6.2008).

114 לסקירה ראו דן להב מסמך רקע בנושא: הגנה חוקתית על תאגידים (מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט) (מרכז המחקר והמידע, כנסת ישראל, 2005).

115 בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו"ד (5) 393 (2002).

116 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג" (3) 817 (1999) (הזכות לכבוד האדם מתפרשת גם על כבוד המת).

117 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו"ד (2) 464 (1992).

118 חלק זה של המאמר מתמקד בתחולה חוץ-טריטוריאלית של הנורמות החוקתיות. במסגרת זו איני דן בדינים נוספים העשויים לחול על פעילות של גוף שלטוני מחוץ לישראל, כגון הדין הבין-לאומי, התחיקתי או ההלכתי. נוסף על כך, איני דן בבעיה הסבוכה הנובעת ממצב של התנגשות דינים, אשר מערב שיקולים אחרים ומצריך דיון נפרד. לעניין זה בהקשר שונה ראו:

נקודת המוצא היא פרשנותם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. בחוקי-היסוד אלה קיים הסדר מפורש באשר להיקף תחולתם. קיימת פסקה מיוחדת – פסקת התחולה – הקובעת כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-היסוד זה". פסקת התחולה מחילה את החובה לכבד זכויות אדם על רשות שלטונית ככזו; היא יוצרת בררת-מחדל המחייבת כל רשות מרשויות השלטון לכבד את הוראות חוק-היסוד. אולם בה-בעת, פסקת עקרונות-היסוד אשר בחוק-היסוד: חופש העיסוק ובחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין..."¹¹⁹ האם ניתן לראות הוראה זו לא רק כמאמצת תחולה טריטוריאלית, אלא גם כמתחמת את תחולתן של הזכויות החוקתיות רק לשטח ישראל?

מהו היחס שבין פסקת התחולה, המחייבת "כל רשות מרשויות השלטון" לכבד את הזכויות שבחוק-היסוד זה, לבין פסקת עקרונות-היסוד, הקובעת כי חוק-היסוד עוסק ב"זכויות היסוד של האדם בישראל"? לגישתי, הוראות אלה אינן סותרות זו את זו. ראשית, פסקת עקרונות-היסוד היא דקלרטיבית – היא משמשת מעין מבוא חגיגי לחוקי-היסוד. פסקת התחולה, לעומת זאת, היא קונסטיטוטיובית – היא יוצרת הסדר משפטי המגדיר את תחולתם של חוקי-היסוד. שנית, ניתן לפרש את ההיגד "זכויות היסוד של האדם בישראל" לא במובן גיאוגרפי – קרי, כזכויות שהיקף פרישתן מתוחם לשטח ישראל – אלא כעניין קונספטואלי, קרי, כמתייחס לתפיסה של זכויות האדם בישראל כמדינה. לפי גישה זו, המילה "ישראל" אינה מעידה על תיחום גיאוגרפי, אלא על המדינה אשר מעניקה את זכויות האדם ומחויבת בהגנתן. פרשנות זו מקבלת חיזוק בפסקת העקרונות עצמה. פסקה זו מצהירה כי תפיסת זכויות-היסוד של האדם בישראל מושגת על זכויות ועל ערכים אוניוורסליים – ערך האדם, קדושת חייו והיותו בן-חורין. פרשנות המתחמת את היקף פרישתו של חוק-היסוד לשטח גיאוגרפי מסוים עומדת בסתירה לכל התפיסה המונחת ביסודן של זכויות האדם בישראל. שלישית, פרשנות זו מקבלת חיזוק כאשר קוראים את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם יחד עם יתר חוקי-היסוד, כמסמך הרמוני. למשל, סמכותו של בג"ץ אינה מוגבלת לשטח ישראל. סעיף 15(ד)(2) לחוק-היסוד: השפיטה¹²⁰ קובע כי בג"ץ מוסמך לתת צווים "לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". צווים אלה מופנים לרשויות המדינה ככאלה ואינם מסויגים לשטח ישראל.

Ayelet Ben-Ezer & Ariel L. Bendor, *Conceptualizing Yahoo! V.L.C.R.A.: Private Law, Constitutional Review, and International Conflict of Law*, 25(6) CARDOZO L. REV (2004).

119 ס' 1 לחוק-היסוד: חופש העיסוק וס' 1 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו (ההדגשה הוספה) (להלן: פסקת עקרונות-היסוד).

120 ס"ח התשמ"ד 78 (להלן: חוק-היסוד: השפיטה)

הגם שהחובה לכבד זכויות חוקתיות חלה על כל רשות מרשויות השלטון, חובה זו ניתנת לסיוג כאשר קיימת אמירה חוקתית סותרת – מפורשת או משתמעת. אכן, חוקי-היסוד כוללים גם הוראות סותרות, ויש בהם הבחנה בין סוגים שונים של זכויות. למשל, זכות-היסוד לחופש עיסוק תוחמה בסעיף 3 לחוק-היסוד רק ל"אזרח או תושב". גם פסקת התחולה שבחוק-היסוד זה מתחמת את חובתה של כל רשות מרשויות השלטון לכבד את חופש העיסוק רק באשר ל"אזרח או תושב". בכך תוחמה ההגנה החוקתית על חופש העיסוק לפי אמת-מידה של סטטוס – אזרחות או תושבות. עם זאת, היקף פרישתו של חופש העיסוק לא תוחם לפי אמת-מידה של שטח, כך שאפשר לטעון כי הזכות החוקתית לחופש העיסוק של "אזרח או תושב" מוגנת באשר הם שם. באופן דומה תוחמה גם ההגנה החוקתית על זכות הכניסה לישראל לאזרחים בלבד. סעיף 6(ב) לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל". בכך הוצאו מהגנת חוק-היסוד לא-אזרחים המבקשים להגר לישראל, ובכלל זה מבקשי מקלט פוליטי ומהגרי-עבודה.¹²¹ באופן דומה סויגה הכשירות לכהן כמבקר המדינה רק ל"אזרח-תושב", קרי, לאזרח שהוא תושב המדינה.¹²² הוראות אלה מוציאות אל מחוץ להיקפה של הזכות את ה"לא-אזרחים". טלו, למשל, זכויות חברתיות. המדינה רשאית לקבוע בעתיד כי זכות חוקתית-חברתית, כגון הזכות לתנאי קיום נאותים, היא זכות של אזרח-תושב או של תושב. בכך תינתן הגנה חוקתית לזכות רק לתושבי המדינה, ולא לזרים או אף לאזרחים שאינם תושבים. למעשה, קביעה כי זכות חוקתית היא זכות של אזרח-תושב משמעה שמעגל ההגנה על הזכות מוגבל גם בתוך שטחה של המדינה, שהרי זר המצוי בישראל ואינו אזרח-תושב לא יהיה זכאי להגנת הזכות. קביעת מעגלי התחולה היא אפוא פונקציה של מושא הזכות – אדם, אזרח, תושב או אזרח-תושב.

הפסיקה לא פירשה במשך השנים את זכויות האזרח כמוענקות לאזרח באשר הוא שם. דוגמה לכך היא הזכות לבחור לכנסת. סעיף 5 לחוק-היסוד: הכנסת קובע כי "כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה שנה ומעלה זכאי לבחור לכנסת".¹²³ בחוק-היסוד אין הגבלה טריטוריאלית לגבי הזכות לבחור; ההגבלות הן של אזרחות וגיל. אולם עד כה לא הוכרה זכותו של אזרח המתגורר מחוץ לישראל לבחור לכנסת ממקום מושבו.¹²⁴ מצב דברים זה

121 שונה הוא דינם של מהגרי-הנישואים. ראו עניין חוק האזרחות והכניסה לישראל, לעיל ה"ש 96.

122 ס' 8 לחוק-היסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30. השוו גם לס' 4 לחוק-היסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118 (להלן: חוק-היסוד: נשיא המדינה).

123 ס"ח התשי"ח 69 (להלן: חוק-היסוד: הכנסת).

124 ס' 7 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, ס"ח 103, קובע כי "כל בוחר רשאי להצביע רק בקלפי אשר רשימת הבוחרים הקשורה אליה כוללת את שמו". בפועל ישראל אינה שולחת קלפיות לנציגויות בחוץ-לארץ, למעט במקרים של עובדי מדינה ועובדי הסוכנות היהודית, קק"ל וקרן היסוד השוהים בחוץ-לארץ (ובני משפחותיהם). ספק רב אם יש

הוחרג משהוכרה הזכות לבחור לכנסת של אזרחים המתגוררים ביישובים ישראליים ברצועת-עזה ובגדה המערבית – שטחים המצויים מחוץ לישראל. אולם המכלול המתגבש מקים קושי: אם לזכות לבחור לכנסת יש תחולה טריטוריאלית, כי-אז לא ברור הבסיס החוקי למתן הזכות לאזרחים ישראלים המצביעים משטחי הרשות הפלסטינית; ואם תחולת הזכות היא חוץ-טריטוריאלית, כי-אז לא ברור מה הבסיס החוקי להבחנה בין אזרח היושב בחברון לבין אזרח היושב בניו-יורק.

האם פרשנות זו, המוליכה לגישת התחולה הפונקציונלית של חוקי-היסוד על כל גופי השלטון באשר הם שם, היא הפרשנות היחידה האפשרית? ברור שלא. אך היא הפרשנות הראויה ביותר בעיניי. ראשית, פרשנות חוקתית יש לעשות במבט רחב. לפי כללי הפרשנות בישראל, יש להעניק לטקסט החוקתי פרשנות המעניקה את מירב ההגנה לזכויות האדם.¹²⁵ פרשנות המתחמת את הגנתם של חוקי-היסוד לשטחה של ישראל יש בה כדי לצמצם את ההגנה על זכויות האדם החוקתיות, וזאת דווקא כאשר ההצדקה להגנה עליהן חזקה יותר בשל הסיכון הגבוה להפרתן כאשר הפעילות השלטונית נעשית "אי-שם". שנית, פרשנות הרמונית של חוקי-היסוד כמכלול מעלה כי חוקי-היסוד אכן הבחינו בין זכויות חוקתיות שונות מבחינת היקף ההגנה שלהן. זכויות מסוימות סויגו רק לאזרחים, אחרות לאזרח או לתושב, ובחלק מהמקרים רק לאזרח-תושב. פרשנות המצמצמת את היקף ההגנה של מכלול הזכויות החוקתיות לשטחה של ישראל בלבד מרוקנת מתוכן את ההבחנות של חוקי-היסוד עצמם.

2. תחולה פונקציונלית על רשויות ותיאוריה תורת-משפטית

(א) תחולה על רשויות ו"תורת האורגנים"

הטעם השני למסקנה בדבר תחולתם החוץ-טריטוריאלית של חוקי-היסוד מקורו בתיאוריה משפטית. כפי שהוצג בחלק א, זמן רב לפני הופעתן של חוקות מודרניות על בימת ההיסטוריה היו מגילות זכויות אדם, כגון המגנה כרטה. מטרתם של כתבי הזכויות הללו, כפי שעולה מנוסחם וכן מראיות היסטוריות, הייתה לא רק להעניק זכויות אדם לנתינים, אלא בעיקר ליצור חובות שיגבילו את השררה השלטונית.¹²⁶ המושא של הוראות אלה אינו

בנוהג זה כדי לעמוד בתנאיו של חוק-יסוד: הכנסת, לכל-הפחות באשר לסטודנטים ולשוהים זמניים אחרים בחוץ-לארץ. לדיון ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 574.

125 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 184–189 (2004).

126 למשל, ס' 30 למגנה כרטה קובע כי "סוסים או עגלות של אדם חופשי לא ייתפסו בשום צורה שהיא נגד רצונו, על-ידי שריף או פקיד ציבור או אדם אחר, גם אם לשם משלוח הכרחי". באופן דומה, ס' 31 קובע כי "שום רשות שלטונית או פקיד ציבור מטעמה לא יתפסו בול-עץ

בהכרח זכותו של האדם החופשי, אלא יותר חובתו של הגוף השלטוני. למשל, חוק ההביאס קורפוס, הנחשב לאבן-הראשה של המשפט הציבורי האנגלי, העניק זכויות אדם, אך בעיקר באמצעות הגבלת עוצמה פוליטית ושרירות שלטונית. החוק קובע חובות הנדרשות בעת מעצרו של אדם, כגון הבאת העצור בתוך שלושה ימים לפני שופט כדי לברר את ההאשמות נגדו ואת עילת המעצר. דרישות אלה אינן מנוסחות בצורה של זכויות, אלא כחובות החלות על רשויות השלטון ככאלה; הן מוחלות כלפי כל "שריף, סוהר, שר או רשות שלטונית אחרת, בנוגע לכל אדם המצוי במשמורת ובכל עברה". נוסח זה נשמר גם בעת כינונה של החוקה הפדרלית הראשונה בהיסטוריה – חוקת ארצות-הברית של אמריקה. מגילת זכויות האדם האמריקאית מעניקה שורה ארוכה של זכויות אדם, אך יוצרת לצידן גם חובות המופנות לממשל.¹²⁷ למשל, התיקון הראשון לחוקה קובע כי "הקונגרס לא יחוקק חוק הנוגע למיסודה של דת או האוסר על קיומה החופשי של עבודה דתית".¹²⁸ חובות אלה אינן מוגבלות באופן גיאוגרפי. הקונגרס אינו רשאי לחוקק חוק הנוגע במיסודה של דת אלא אם כן שונתה החוקה. החוקה האמריקאית הושפעה מהתכנים ומהניסיון שהצטבר במשפט המקובל, ותכליתה הייתה להגביל כוח שלטוני באמצעות חוק ומשפט.¹²⁹ לצורך זה נועדו לא רק כתבי הזכויות, אלא גם עקרון הפרדת הרשויות ופיזור העוצמה הפוליטית. כאשר חוזרים אחורה בזמן ובוחנים את הצהרת זכויות האדם והאזרח בצרפת לאחר המהפכה, את הכרזת העצמאות האמריקאית ואת הכתבים הפילוסופיים ששימשו השראה לאלה, ניכר כי התיאוריה הפוליטית העומדת בבסיסן אינה רק הענקת זכויות, אלא גם הגבלת השררה השלטונית.

חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם בישראל צועדים בכיוון דומה. הם מעניקים אומנם זכויות לאדם באשר הוא אדם – בקובעם, למשל, כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו", כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל" וכי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"¹³⁰ – אולם במקביל מופיע בהם סוג נוסף של הוראות היוצרות חובות הממוענות

שאינם שלה, למצודות או לכל צורך אחר, בניגוד לרצונו החופשי של הבעלים". השוו גם לס' 9, 24, 28 ו-38 למגנה כרטה.

127 החוקה האמריקאית קובעת ארבעה סוגים של הגנות חוקתיות: ראשית, הגנות שמושאן הוא אדם (person), כגון התיקון החמישי לחוקה; שנית, הגנות שמושאן הוא נאשם בפלילים (accused), כגון התיקון השישי לחוקה; שלישית, הגנות שמושאן הוא העם (the People), כגון התיקון הראשון בנוגע לחופש ההתאגדות והתיקונים השני, התשיעי והעשירי לחוקה; ורביעית, חובות שמושאן רשויות הממשל, כגון התיקון הראשון לחוקה בנוגע לחופש הביטוי ולחופש הפולחן והתיקונים השלישי, הרביעי והשמיני לחוקה.

128 ראו: U.S. CONST. amend. I. תרגום אצל אלכסנדר המילטון הפדרליסט 457–480 (יעל חזוני עורכת, 2001).

129 ראו יהושע אריאלי "המורשת החוקתית של ארצות הברית" הדמוקרטיה האמריקנית: הממשי, המדומה והכוזב 22 (ארנון גוטפלד עורך, 2002).

130 ס' 4, 6 (א) ו-7 (א) (בהתאמה) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לרשויות הממשל. למשל, נקבע כי "אין פוגעים בקנינו של אדם", כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת", כי "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו" וכי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו".¹³¹ הוראות אלה מטילות חובה על הרשות השלטונית – "אין נוטלים" או "אין מגבילים" זכות אלא בהתאם לחוק-היסוד. הרשות השלטונית אינה רשאית לפגוע בחירותו או בקנינו של אדם אלא בחוק (או מכוח הסמכה מפורשת בו) ההולם את ערכיה של מדינת-ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.¹³² הפסיקה האמריקאית, ובמידה רבה גם זו הקנדית, הדגישו את מיקומו הגיאוגרפי של מושא הזכות. לפי גישה זו, השאלה המנחה היא היכן נמצא האדם שזכותו הופרה: אם הוא בתוך הטריטוריה, הוא זכאי להגנה חוקתית; ואם הוא מחוץ לטריטוריה, הוא אינו זכאי להגנה חוקתית (אלא אם כן מדובר באזרח). אולם השאלה שראוי לשאול אינה היכן נמצא מושא הזכות אלא היכן נמצא החייב בכיבוד. גם כאשר חוקרי השב"כ מענים חשוד במתקן כליאה במחנה עופר, המצוי מחוץ לישראל, הגוף השלטוני החייב בכיבוד הזכות מצוי עדיין בשטח ישראל, וגם הזכות עצמה נוצרה בישראל – על-ידי כנסת ישראל, בירושלים. הבחינה החוקתית חלה אפוא כלפי הכנסת; היא בוחנת את סמכותה לחוקק חוק בלתי-חוקתי. האין זו סמנטיקה? האין לומר, ברוח הכלל ההופלדיאני, כי מקום שיש זכות (במובנה הצר) יש חובה, וכי מקום שיש חובה יש זכות (במובנה הצר)? לא בהכרח. הפסיקה בישראל צעדה בשנים האחרונות בעקבות הכלל שלפיו מקום שקיימת זכות קיים סעד. הזכות מולידה את הסעד (*ubi ius ibi remedium*).¹³³ לכן, כדי ליתן סעד, פירשו בתי-המשפט את הזכות באופן רחב. למשל, אף שהזכות לחופש העיסוק מוענקת רק לאזרח או לתושב, פורש המונח "תושב" באופן המעניק הגנה לא רק לאדם בעל סטטוס של תושב לפי מרשם האוכלוסין, אלא גם לאדם היושב פיזית בישראל.¹³⁴ באופן דומה, אף שזכות הכניסה לישראל הוענקה רק לאזרח, ניתן סעד גם במקרה של הגבלה לא כדוין על הגירת-נישואים, באמצעות הזכות לחיי משפחה ולשוויון של האזרח.¹³⁵ בפרשת חוק פיצויי האינתיפדה נמנע בג"ץ מלפסוק כי הזכות החוקתית לקניין מוענקת לכל "אדם" ברצועת-עזה ובגדה המערבית. במקום זאת נקבע כי התיקון לחוק אחריות המדינה בנוזיקים פוגע בזכויות חוקתיות המוגנות מכוח דיני הנזיקין והדין הבין-לאומי הפרטי בישראל – דינים המאפשרים לאדם מחוץ לישראל לתבוע

131 ס' 3, 5, 7 (ב) ו-7 (ג) (בהתאמה) לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו (ההדגשות הוספו).

132 ס' 8 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו.

133 ראו ברק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 236–237.

134 עם זאת, אין די בשיבה בישראל, אלא נדרש להציג "זיקה למעשה" אשר מראה כי האדם חי

במדינה וכי בה מושבו. ראו דב"ע (ארצי) שן/209-0 נסימיה – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע

כב 299 (1990); דב"ע (ארצי) מז/49-38,0 שוויקי נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יט 111,

115 (1987). ראו גם ברק, לעיל ה"ש 95, בעמ' 598.

135 עניין חוק האזרחות והכניסה לישראל, לעיל ה"ש 96, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

בה בגין עוולות חוק-טריטוריאליות.¹³⁶ לעומת זאת, הגישה שבה אני דוגל יוצרת זכות בכל מקום שבו הפר גוף שלטוני את חובתו החוקתית. לפיכך, אם התיקון לחוק אחריות המדינה בנויקים פוגע לא כדין בזכות לקניין של תושבים בגדה המערבית, בג"ץ רשאי להכריז כי הכנסת הפרה את חובתה החוקתית להימנע מפגיעה בקניינו של אדם שאינה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה, וכי לכן החוק בטל. גישה זו אינה מוציאה את הגישה שלפיה "מקום שיש זכות יש סעד", אלא מוסיפה עליה נדבך – "מקום שהופרה חובה נוצרת זכות". יישומה של כל אחת מגישות אלה תלוי בפרשנות של כל סעיף חוקתי בנפרד. הסעיף העוסק בקניין מנוסח כחובה – "אין פוגעים בקנינו של אדם". פגיעה לא כדין בקניינו של אדם, על-ידי רשות שלטונית ישראלית מהווה לפיכך הפרה של חוק-היסוד ומולידה סעד בהתאם.

(ב) תחולה על רשויות ו"האמנה החברתית"

השאלה של מי החוקה ומיהם הצדדים לאמנה החברתית העסיקה את בית-המשפט העליון בארצות-הברית בפרשת *Verdugo*. שאלה זו, שעליה נכתב רבות, נראית לי חשובה פחות. לגישתי, השאלה החשובה אינה של מי החוקה, אלא בעבור מי החוקה. הדגש בשאלה אחרונה זו אינו בזהות הצדדים לאמנה החברתית – "העם" שייסד את החוקה – אלא במוטבים שעליהם התכוון "העם" להגן בכוננו חוקה. בפרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל מציין השופט חשין כי "חוקת אמריקה היא לאמריקאים, חוקת גרמניה היא לגרמנים וחוק-היסוד בישראל הוא לישראלים ולוויסות היחסים ביניהם לבין המדינה וביניהם לבין עצמם".¹³⁷ אפשר לחלוק על מסקנה זו, ככל שהיא מתיימרת לקבוע כי הצדדים לאמנה החברתית המכונה "חוקי-היסוד" הם ישראלים בלבד, קרי, אזרחי ישראל או אף תושביה. אולם גם אם נניח כי חוקי-היסוד הם לישראלים, אין בכך כדי לומר שהם אינם מעניקים הגנה גם ללא-ישראלים. ברור כי ישראלים יכולים לערוב בחוקתם להגנה לא רק על זכויותיהם שלהם, אלא גם על זכויותיהם של לא-ישראלים באשר הם שם.¹³⁸

הדיון בשאלה התיאורטית של הצדדים לאמנה החברתית תרם לתוצאות אכזריות במהלך ההיסטוריה האמריקאית. בפסק-הדין הידוע לשמצה *Dred Scott v. Sanford* קבע בית-המשפט העליון כי עבד שחור שנהפך לבן-חורין אינו זכאי להגנות החוקה הואיל והוא אינו

136 עניין חוק פיצויי האינתיפדה, לעיל ה"ש 5, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
 137 עניין חוק האזרחות והכניסה לישראל, לעיל ה"ש 96, פס' 62 לפסק-דינו של השופט חשין.
 138 השוו לדבריה של השופטת דורנר בבג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, פס' 4 לפסק-דינה (2004): "בהפעלת שיקול-דעתה הרשות רשאית, במקרים מסוימים, להתחשב בהיותו של האדם כלפיו הסמכות מופעלת זו, שאינו אזרח או תושב של המדינה. כך, למשל, חוק-יסוד: חופש העיסוק מקנה את חופש העיסוק רק לאזרחי המדינה או תושביה. עם זאת, במקרים אחרים שיקול זה אינו רלוואנטי או שהרלוואנטיות שלו מוגבלת. כך, מרבית הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נתונות לכל אדם."

חלק מ"בני ארצות-הברית של אמריקה".¹³⁹ בחינת זהותם של הצדדים לאמנה החברתית מתעלמת במידה רבה מן השאלה הבסיסית למי בחרו צדדים אלה להעניק זכויות חוקתיות. דיון אחרון זה הוא פונקציה של מהותה של כל זכות בנפרד, ומחייב פרשנות של כל זכות בנפרד. על-כן, למשל, איני סבור שיש לשאול אם הפלסטינים בגדה המערבית נהפכו, בגין התפיסה הלוחמתית הממושכת, לחלק מהקהילה הישראלית הזכאית להגנות החוקה, אלא אם החוקה מגינה גם עליהם, קרי, אם המכונן הישראלי העניק הגנות חוקתיות מסוימות גם להם, מכוח הכפפת רשויותיו לחובות הפועלות גם כלפיהם.

נבדוק גישות אלה: בפרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל פסל הנשיא ברק את התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל מחמת אי-חוקתיות, אך לא בשל פגיעתו בזכויות חוקתיות של זרים, אלא בשל פגיעתו בזכות החוקתית לחיי משפחה ולשוויון של אזרחים. גישה זו שמה דגש בהשפעת הפגיעה באינטרסים של זרים – אשר אינם ככלל צד לאמנה החברתית – על זכויות של אזרחים, שהינם צד לאמנה זו. היא בוחנת את הפגיעה בזרים מנקודת-המבט של אזרחים – לאזרח יש אינטרס לא רק בזכויות אישיות שלו, אלא גם בזכויות ובאינטרסים של זרים שיש לו ממשק משותף איתם.¹⁴⁰ לעומת זאת, אימוץ של כלל התחולה על רשויות – שלפיו חוקי-היסוד מלווים את הרשות השלטונית בכל אשר תפנה אלא אם כן מצוין אחרת – מוביל למסקנה שונה. זכות הכניסה לישראל סווגה על-ידי הצדדים לאמנה החברתית כזכות אזרח. לפיכך היא אינה מוענקת לכל אדם המבקש להגר לישראל, גם אם הגירתו נעשית באמצעות נישואים ואיחוד משפחות עם אזרח ישראלי.

(ג) תחולה על רשויות ו"זכויות-יסוד"

תחולה פונקציונלית של חוקי-היסוד לא אומצה במישרין בישראל, בין היתר הואיל ואין בה מסורת משפטית מושרשת של הכרה בזכויות-יסוד טבעיות או במדרג בין זכויות-יסוד. עם זאת, הדין מכיר בעקרונות של משפט ציבורי שהינם יסודיים עד כדי כך שהם חלים במגוון רחב של יחסים משפטיים. בג"ץ קבע כי מושכלות-יסוד של הדין המנהלי חלים באופן חוץ-טריטוריאלי ומלווים את הרשות השלטונית באשר היא. בפרשת הסיכולים הממוקדים הלך בג"ץ צעד נוסף בציינו כי החייל הישראלי נושא עימו בתרמילו, בכל אשר יפנה, את "כללי היסוד של המשפט הציבורי בישראל".¹⁴¹ יתר על כן, בפסיקת בג"ץ ניתן לזהות ניצנים

139 ראו: Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. 393, 393–394 (1857).

140 לפי גישה זו אפשר לטעון שגם הטלת הגבלות על מהגרי-עבודה עלולה לפגוע בזכויות של אזרחים – למשל, במקרים שבהם מדובר בעובד זר שיש לו תכונות ייחודיות הנחוצות לאזרח או למעסיק ישראליים, דוגמת מטפלת סיעודית אשר מסייעת לאורך זמן לאדם מבוגר ותלוי.

141 עניין הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 86, פס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

ראשונים להכרה במדרג של זכויות אדם חוקתיות ובמידת הגנה שונה לזכויות חוקתיות שונות.¹⁴²

לכלל התחולה על רשויות, המוצע במאמר זה, יש היבט פונקציונלי: הוא אינו מחייב הגנה על הזכות החוקתית בכל הנסיבות. כך, למשל, הגנה חוקתית חוץ-טריטוריאלית אין משמעה שלאדם יש זכות מוקנית כי תביעתו תתברר במועד מסוים דווקא או זכות לסעד ספציפי. ייתכן גם שהזכות חלה בנסיבות מסוימות רק לגבי חלק מהיבטיה – למשל, רק לגבי מאפייני-היסוד המצויים בבסיסה של הזכות. לשם קביעת מידת ההגנה החוקתית ניתן להשתמש במבחן "מירב הזיקות": ככלל, ככל שהפנייה מגלה זיקות משמעותיות יותר לישראל כן ראויה הגנה רחבה יותר.¹⁴³ מבחן מסוג זה נחוץ לא בשאלה אם החובה לכבד זכויות חוקתיות חלה באופן חוץ-טריטוריאלי, אלא בשאלה של מידת ההגנה עליהן והסעד בגין הפרתן. בקביעת מידת ההגנה החוקתית ניתן להתחשב במאפיינים שונים, כגון אופייה של הרשות השלטונית, טיבה של הזכות המופרת, מיקום ההפרה (בתוך הטריטוריה או מחוץ לה), עיתוי ההפרה, משכה של ההפרה, זהותו של המתדיין, טיב הפנייה (אם זו טענת הגנה או תביעה), שיקולים של יחסים בין-לאומיים ומדיניות חוץ, וכיוצא בהם. ויודגש: שיקולים מסוג זה הם חלק מהאיזון החוקתי, ולא מעצם שאלת תחולתו של חוק-היסוד.

תחולה פונקציונלית של זכויות חוקתיות אינה זרה מבחינה תיאורטית. למשל, על-פי המודל הטריטוריאלי, היקף ההגנה על זכויות, ולעיתים אף עצם חלותן, הם פונקציה לא רק של שטח, אלא גם של סטטוס משפטי, כשירות משפטית, גיל ומאפיינים נוספים. אילו הטריטוריה הייתה הגורם הבלעדי, כ-אז הייתה אמורה להינתן הגנה חוקתית מלאה לכל בני-האדם המצויים בתוך הטריטוריה, ולהפך. ברם, חוקות מבחינות לרוב גם בתוך הטריטוריה במדרג של זכויות חוקתיות לפי אמות-מידה של אזרחות ותושבות. אין מדובר

142 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999) (השופט זמיר: "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה"); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 420–423 (1997) (השופט דורנר: "מן הראוי כי שלושת מבחני המשנה [של כלל המידתיות – ל' א'...] יופעלו וייושמו בהתחשב במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק... הדין עשוי להיות שונה מקום שבו עומדת על הפרק זכות שחשיבותה פחותה..."); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 49 (1997) (הנשיא ברק: "לא כל הזכויות הן בעלות מעמד שווה. לא הרי הזכות לכבוד האדם כהרי זכות הקניין, ובמסגרתה של אותה זכות עצמה, עשוי להיות שוני במידת ההגנה הניתנת לפגיעה בה"); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258 (2002) (השופט ביניש: "...יש לקבוע את רמת ההגנה על הזכות החוקתית על-פי מכלול פראמטרים נוספים, ובהם: התחום שהחקיקה פוגעת בו (כלכלי, חברתי-סוציאלי, ביטחוני ועוד), הטעמים שבבסיס הזכות המוגנת וחשיבותה החברתית היחסית, מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי, נסיבות הפגיעה והקשרה וכן מהות הזכויות או האינטרסים המתחרים").

143 על מבחן "מירב הזיקות" בהקשרים אחרים ראו רונה שוז "על גישת 'מירב הזיקות' במשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי" מאזני משפט ד 349 (2005).

רק בזכויות פוליטיות, אלא גם בזכויות חברתיות ובחירויות בסיסיות הנשללות ממהגרים ובמיוחד משהים בלתי-חוקיים בשל מעמדם.¹⁴⁴ היקף התחולה של זכויות חוקתיות אינו זהה גם במשפט ציבורי ובמשפט פרטי, בעיתות שלום ובעיתות מלחמה, ולאחרונה, כאמור, גם בין זכויות חוקתיות שונות. ברי כי במעבר של הרשות השלטונית מפעילות טריטוריאלית לחוץ-טריטוריאלית מתחולל שינוי בהיקפה של הזכות כמו גם במידת ההגנה עליה.¹⁴⁵ המתודולוגיה המוצעת לבחינת הפגיעה בזכויות חוקתיות היא אפוא כדלהלן: ראשית, יש לבחון אם הפגיעה בזכות החוקתית התרחשה בגלל הפעלה (ולעיתים בגלל הימנעות מהפעלה) של סמכות שלטונית או של גורם מטעמה הכפוף לחובה לכבד את הזכויות שבחוק-היסוד. אם התשובה לכך היא בחיוב, כי-אז חוקי-היסוד חלים ככלל, וזאת בין שהסמכות מומשה בתוך הטריטוריה ובין שהיא מומשה מחוץ לה. שנית, יש לבחון אם לעניין הזכות המסוימת שנפגעה קיימת הוראה סותרת המסייגת את תחולתה לסוג מסוים של בני-אדם, נסיבות או זמנים. הדבר תלוי בפרשנות של כל זכות בנפרד.¹⁴⁶ בהעדר הוראה סותרת, לנפגע מפעולתה של הרשות השלטונית עומדת זכות חוקתית. שלישית, יש לבחון אם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדיון, דהיינו, אם היא עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. במסגרת נוסחות האיזון, בפרשנות של מונחים כגון "מידתיות" יש להביא בחשבון את מכלול השיקולים הנסיבתיים אשר עשויים להוביל למסקנה כי חוק הוא חוקתי באשר לחלותו החוץ-טריטוריאלית, גם אם הוא היה עשוי להיחשב כלא-חוקתי בנסיבות אחרות. בשלב זה של הדיון בא לידי ביטוי ההיבט הפונקציונלי של כלל התחולה על הרשויות.¹⁴⁷

3. עיתות שלום ועיתות מלחמה

קשה לא לשמוע את פעמי הביקורת: גישה זו תגרום להצפת בתי-המשפט בעתירות של זרים נגד חוקתיותם של חוקי הכנסת, ותפגום ביכולתה של ישראל לנהל מדיניות חוץ וביטחון יעילה בהתאם לנסיבות משתנות – במיוחד בעיתות מלחמה, שאז גישה זו מובילה לפתיחת

144 לעניין זה ראו, למשל: Linda Bosniak, *Being Here: Ethnical Territoriality and the Rights of Immigrants*, 8 THEORETICAL INQ. L. 389 (2007).

145 השוו לגישתו של השופט הרלן בעניין *Reid*, לעיל ה"ש 60, ולגישתו של השופט קנדי בעניין *Verdugo*, לעיל ה"ש 55.

146 כאשר מדובר בזכות חוקתית "בלתי-מנויה", יש חשיבות לערך או לזכות שממנה גוזרים אותה, שכן תחולתה של "הזכות הנגזרת" אמורה להיות דומה על-פירוב לתחולתה של "הזכות המנויה".

147 גישה זו אינה מובילה למסקנה כי חובתן של רשויות שלטון ישראליות לכבד זכויות אדם של כל אדם בעולם באשר הוא שם. החובה מתעוררת רק מקום שזכותו החוקתית של אדם הופרה כתוצאה מהפעלת סמכות של רשות שלטונית ישראלית. גם אז, מידת ההגנה היא פונקציונלית, כאמור, וניתנת לסיוג נוסף באמצעות תיחום הזכות ל"אזרח", ל"תושב" או ל"אזרח-תושב", בעיקר בהקשרן של הזכויות הפוזיטיביות, המטילות חובה על המדינה לדאוג להגשמתן.

שעריהם של בתי-המשפט לפני אויבים. נוסף על כך, פעילויות מדיניות חוץ-טריטוריאליות כפופות לדין הבין-לאומי, ולפיכך לא נדרשת גם תחולה של הדין החוקתי. יש להודות שיש מידה של צדק בביקורת זו. ובכל-זאת אני סבור שכלל התחולה על רשויות עומד במבחן הביקורת. ראשית, במובן העיוני, יש צורך בתיאוריה חוקתית כדי להוציא מהגנתה של החוקה דווקא נתין או לוחם אויב. אם הטעם קשור לאויבות – קרי, להתנהגות עוינת או לסטטוס משפטי – כי-אז היגיון זה אמור לחול גם אם האויב מצוי בתוך שטחה של המדינה. אם אמת-המידה של אויבות היא המכריעה, אזי אויב אמור להיות מוגן או בלתי-מוגן ללא קשר למקום הימצאו. כדי לשלול הגנה חוקתית רק כאשר נתין או לוחם אויב שוהה מחוץ לטריטוריה, נדרש טעם מיוחד.

שנית, מבחינה משפטית, בחוקי-היסוד קיים הסדר מפורש באשר להיקף ההגנה עליהם בשעת חירום ובעיתות מלחמה. חלק מחוקי-היסוד משוריינים מפני תקש"ח.¹⁴⁸ לצידם, ההסדר הכללי אשר בסעיף 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה¹⁴⁹ קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם". חוק-יסוד: הממשלה קובע אם כן שאין בעיתות חירום כדי להתיר פגיעה במושכלות-יסוד של משפט חוקתי: בזכות הגישה לערכאות, באיסור ענישה למפרע ובאיסור להפר את כבוד האדם.¹⁵⁰ בכך ישראל נבדלת מחוקות במשפט המשווה שבהן קיימות הוראות המשהות את הדין החוקתי בעיתות מלחמה, כמו-גם מאמנות בין-לאומיות המאפשרות סטייה ממשטר זכויות האדם בזמני חירום ומלחמה (derogation clauses).¹⁵¹ יתר על כן, יש להניח כי תכלית ההסדר שבסעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה היא למנוע הטלת איסור על פנייה לערכאות, על ענישה למפרע ועל פגיעה בכבוד האדם גם מחוץ לשטח ישראל, שהרי מצב חירום מעבך בדרך-כלל ישות זרה, ופעילות חוץ-טריטוריאליה היא מאפיין טיפוסי שלו. שלישית, הרציונל לסטייה ממשטר זכויות האדם החוקתי בעיתות חירום מבוסס על ההנחה כי מדובר במצב זמני ומוגבל. מתן "פטור" מהגנות חוקתיות מקורו בצרכים המיוחדים של מצב המלחמה. המקרה הישראלי מעורר קושי. ישראל מצויה במצב חירום מאז נוסדה ועד היום.¹⁵² מצב חירום זה אינו ארעי ואינו חריג. גם אם נניח כי מוצדק להגביל

148 ראו ס' 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 22 לחוק-יסוד: השפיטה; ס' 25 לחוק-יסוד: נשיא המדינה; ס' 44 לחוק-יסוד: הכנסת.

149 ס"ח התשס"א 158 (להלן: חוק-יסוד: הממשלה).

150 לדיון בתקנות לשעת חירום אל מול חוקי-היסוד ראו אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח 293, 311–313 (2006).

151 בדיני זכויות האדם בדין הבין-לאומי קיימות הוראות המאפשרות למדינות שהן צד לאמנה לסטות בעת חירום מהתחייבויות מסוימות שנטלו על עצמן באמנה. ראו, למשל, ס' 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966); ס' 27 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם – 1144 American Convention on Human Rights 1969 UNTS 123; ס' 15 לאמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 38.

152 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 936–943.

את הגנותיה החוץ-טריטוריאליות של החוקה במצב מלחמה, כפי שטענו חוקרים במשפט המשווה,¹⁵³ קבלת טענה זו במקרה הישראלי תרוקן מתוכן במידה רבה את חובת כיבודן של זכויות האדם באופן תמידי. בניגוד לארצות-הברית, שבה מצבי החירום מוגבלים,¹⁵⁴ קבלת הרציונל של "מצב החירום" במקרה הישראלי משמעה הפיכת החריג-לכלל לכלל.

רביעית, כלל התחולה על רשויות משתלב במסורת המשפטית בישראל, שאינה מכירה ככלל במצבי חירום כעילה לשלילת תחולתן של זכויות חוקתיות. מדינת-ישראל אפשרה דיון וסעד משפטי בעיצומה של לחימה, ואף משדה-הקרב ממש.¹⁵⁵ ישראל, בניגוד לארצות-הברית, לא סגרה את שעריהם של בתי-המשפט בה לעתירות של נתנים ולוחמים של האויב.¹⁵⁶ אם מקבלים את כלל התחולה על רשויות בעיתות שלום, אזי סיוג הכלל בעיתות מלחמה מנוגד למסורת המשפטית של ישראל.¹⁵⁷

חמישית, מבחינה מעשית אין הבדל של ממש בין הדין הנוכחי לבין הדין שיתקיים אם יאומץ כלל התחולה על רשויות בזמן מלחמה. הדין הקיים מאפשר כאמור תחולה אוניוורסלית של כללי-היסוד של הדין המנהלי.¹⁵⁸ כללי-יסוד אלה כוללים חובה לנהוג בסבירות, בהגינות ובמידתיות, ותוך כיבוד זכויות אדם שמקורן בדין המנהלי (ובדיני המלחמה). בניגוד למדינות אחרות, בישראל לא נוצר "ריק משפטי" או "חורים שחורים" (black holes), קרי, אזורים שבהם אין תחולה של הדין המדינתי – חוקתי או אחר. עד כה היה די בדינים אלה להגביל פעולות בלתי-חוקיות של רשויות הביטחון. הזיקקות לדין החוקתי נדרשה לעיתים נדירות, כאשר המחוקק אפשר במישורן מדיניות מגבילה, דוגמת חוק פיצויי האינתיפדה והתיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל – מצבים שבהם, כפי

153 ראו NEUMAN, לעיל ה"ש 71, בעמ' 110–111.

154 חריג מסוים הוא "המלחמה נגד הטרור" שעליה הכריז בשנת 2001 הנשיא ג'ורג' ו' בוש. לדין בקשיים שמלחמה מסוג זה יוצרת במישור החוקתי ראו: BRUCE ACKERMAN, BEFORE THE

NEXT ATTACK: PRESERVING CIVIL LIBERTIES IN AN AGE OF TERRORISM (2006).

155 שתי הדוגמות הבולטות הן עניין אלמדני, לעיל ה"ש 110, ועניין רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 109. ראו גם בג"ץ 574/82 אל נאוואר נ' שר הביטחון, פ"ד לט(3) 449 (1985), שבו דן בג"ץ בעתירה של נתין לבנוני אשר קניינו – מפעל לייצור מוצרי פלסטיקה – נתפס על-ידי כוחות צה"ל במהלך מלחמת שלום הגליל, בטענה שמדובר במפעל המשמש לצורכי המלחמה. העתירה נדחתה, אך בג"ץ דן בה לגופה, חרף היות העותר נתין אויב וחרף מצב המלחמה.

156 ראו ליאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" עיוני משפט יז 757 (1993).

157 ראו, למשל, את דבריו של השופט ברק בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל, לעיל ה"ש 96, פס' 20 לפסק-דינו: "חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת החלה בתקופת רגיעה, והאחרת החלה בתקופת לחימה. הם אינם כוללים הוראות לפיהן זכויות האדם החוקתיות נסוגות בעת לחימה... אכן, למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת." (ההדגשות במקור).

158 ראו לעיל ה"ש 108–112 והטקסט שלידן.

שראינו, מצא בג"ץ ממילא דרך עוקפת להעניק הגנה חוקתית. על רקע זה, החידוש בכלל התחולה על רשויות הוא יותר בקונספציה ופחות בהשלכותיו המעשיות. הפעלת כלל התחולה על רשויות שלטוניות גם בעת מלחמה אין משמעה שמידת ההגנה על הזכויות החוקתיות בעת מלחמה (להבדיל מעצם תחולתן) תהא זהה למידת ההגנה עליהן בעיתות שלום. מצב המלחמה הוא נסיבה משמעותית, שיש להתחשב בה במסגרת נוסחות האיזון החוקתי, הסעדים והשאלות הפרוצדורליות.¹⁵⁹ מידת ההגנה על זכויות אדם בעיתות חירום אינה זהה למידת ההגנה עליהן בעיתות שלום. עמד על כך פרופ' ברק, בצינינו:

אמת מידה בלתי ראויה היא לבחון את היקף ההגנה של זכויות האדם השונות, כגון חופש הביטוי, הזכות לקניין וחופש התנועה בישראל ולהשוותן להיקף ההגנה הניתן לזכויות אלו ביהודה, שומרון וחבל עזה. אמת מידה זו היא בלתי ראויה שכן ישראל היא מדינה דמוקרטית והיקף זכויות האדם בה משקף את אופייה זה. יהודה, שומרון וחבל עזה אינם מדינה ואינם דמוקרטיים. ישראל שולטת בהם מכוח תפיסה לוחמתית... שוני זה הוא מכריע, שכן לא היקפן של זכויות האדם בדמוקרטיה כהרי היקפן של זכויות האדם במקום הנתון לתפיסה לוחמתית. כלום מישוהו יטען ברצינות כי על כוח הכיבוש האמריקני בגרמניה וביפן (במלחמת העולם השנייה) ועל כוח הכיבוש האמריקני באפגניסטן ובעירק להגן על זכויות האדם באפגניסטן ובעירק הכבושות כשם שהוא מגן על זכויות האדם בארצות הברית גופה? אכן, היחס בין זכויות אדם בדמוקרטיה לזכויות אדם באזור הנתון לתפיסה לוחמתית כיהס בין המוזיקה העולה מתזמורת פילהרמונית למוזיקה העולה מתזמורת צבאית.¹⁶⁰

הקושי המרכזי הוא למצוא אמות-מידה שלפיהן תיקבע מידת ההגנה על זכויות אדם חוקתיות גם בעיתות חירום. לגישתו של פרופ' ברק, אמת-המידה הראויה "תשווה את זכויות האדם באזור הנתון לתפיסה לוחמתית ושהוכרו על ידי בית המשפט העליון לזכויות האדם באזור הנתון לתפיסה לוחמתית שהיה ניתן להכיר בהן על פי כללי המשפט הביני-לאומי ואשר בית המשפט העליון נמנע מלהכיר בהן".¹⁶¹ נראה שגישה זו מאפשרת

159 הגבלה פרוצדורלית מסוג של השהיית הסעד הטיל השופט בנימיני בעניין דיראני, לעיל ה"ש 1. בית-המשפט אפשר גישה דיונית בתביעה וכן דיון מהותי, אך פסק כי אם תוכח התביעה וייפסק פיצוי לטובת דיראני, יהיה אפשר להשהות את העברת הסעד הכספי עד לאחר סיום המלחמה. זאת, מכוח הוראות פקודת המסחר עם האויב, 1939, ע"ר תוס' 1, 79, המונעת העברה של סכום כסף שנפסק לנתין אויב בעת מצב מלחמה.

160 ברק, לעיל ה"ש 125, בעמ' 147-148.

161 שם, בעמ' 148.

הסתפקות של המשפט הישראלי בהגנה חוקתית על תושבי השטחים עד לרף של ההגנה הנדרשת על-פי כללי הדין הבין-לאומי. זאת ועוד, דבריו של פרופ' ברק מעלים נקודה מעניינת נוספת: מידת ההגנה על זכויות אדם בדמוקרטיה אינה זהה למידת ההגנה על זכויות אדם במשטר לא-דמוקרטי. ההיבט הפונקציונלי של כלל התחולה על רשויות יכול וצריך להתחשב גם במשטר זכויות האדם בשטח שבו הרשויות השלטוניות פועלות.

4. ישראל ומשפחת העמים

שאלה נוספת הצפויה כהתנגדות לגישה המוצעת במאמר היא מדוע ישראל צריכה לאמץ את כלל התחולה על רשויות, שלפיו החוקה והזכויות המוגנות מכוחה חלות על רשויות שלטוניות באשר הן, בעוד מדינות בעולם, כפי שהוצג בחלק א, דבקות בגישה של תחולה טריטוריאלית, בכפוף לחריגים מעטים, כגון תחולה פרסונלית?¹⁶² על הטענה כי "כך עושות כולן" יש בידי שלוש תשובות קצרות. ראשית, איני בטוח כלל שכך עושות כולן. פסקי-הדין שנסקרו במאמר זה כוללים ניואנסים ודעות יחיד המקשים על חילוף הלכה ברורה. למשל, פרשת *Verdugo* עסקה בתחולתה של החוקה בנסיבות מתוחמות, ונקבע בה כי התיקון הרביעי לחוקה, והוא בלבד, אינו חל על חיפושים ועיקולים שנעשים על-ידי סוכן DEA כלפי רכוש (להבדיל מהפעלת סמכות בהקשר של בני-אדם) של לא-אזרח שאינו בעל זיקות מספיקות לארצות-הברית. הלכה זו אינה עוסקת בחלקים אחרים של מגילת הזכויות,¹⁶³ וממילא לא התגבש בה רוב שתמך בהנמקה של הנשיא נקוויסט.¹⁶⁴ באופן דומה, בפרשת *Hamdan* ובפרשת *Rasul* – שני פסקי-דין שנפסקו בעניינם של עצירים במפרץ גואנטנמו – לא הכיר אומנם בית-המשפט בהגנות חוקתיות מחוץ לשטח ארצות-הברית, אך גם לא דחה במפורש את האפשרות הזו, ובחר, בנסיבות העניין, להשאיר את הסוגיה בצריך עיון.¹⁶⁵ בפרשת *Boumediene*, שבה נקבע כי הזכות החוקתית לצו הביאס קורפוס חלה במפרץ גואנטנמו, השאלה הכללית של תחולה חוץ-טריטוריאלית של החוקה נותרה אומנם בצריך עיון, אך בית-המשפט מרמז כי התפתחויות עתידיות עשויות להוביל לתוצאה זו.¹⁶⁶ פרשת *Eisentrager*, שבה נשללה הזכות להביאס קורפוס של לוחמים גרמנים שהיו עצורים על אדמת גרמניה, עסקה בנסיבות של מצב מלחמה, ואין להסיק ממנה בהכרח הלכה עקרונית בהקשרים אחרים.¹⁶⁷ מצב המלחמה היה גם ההקשר המסוים שבו נידונה

162 ההלכה בעניין *Verdugo*, לעיל ה"ש 55, עסקה לכל-היותר בזכויות בחוקה המובטחות ל"עם".

163 ראו לעיל ה"ש 57 והטקסט שלידה.

164 עניין *Rasul*, לעיל ה"ש 23; עניין *Hamdan*, לעיל ה"ש 23.

165 עניין *Boumediene*, לעיל ה"ש 26.

166 עניין *Eisentrager*, לעיל ה"ש 21.

תחולתו של חוק זכויות האדם הבריטי בעיראק בפרשת *Al Skeini*.¹⁶⁷ בקנדה, פסק-הדין בעניין *Hape*, שבו נקבע כי לצ'רטר יש תחולה טריטוריאלית בלבד (גם כלפי אזרחים קנדים), סטה מהלכה קודמת שבה החיל בית-המשפט העליון את הגנות הצ'רטר בשטחה של ארצות-הברית.¹⁶⁸ פסק-הדין ארוך ומורכב מהנמקות שונות, וקשה לחלץ ממנו עמדה קוהרנטית. פרשת *Amnesty International Canada*,¹⁶⁹ שעסקה בזכויות העצירים באפגניסטן בעת עימות מזוין, נפסקה על-ידי בית-המשפט במחוז אונטריו ולפיכך אינה מהווה תקדים מחייב. זאת ועוד, ברוב הפרשות הללו הייתה גם דעת מיעוט מוצקה שתמכה בתחולה חוץ-טריטוריאלית של חוקת ארצות-הברית או הצ'רטר הקנדי. יודגש: איני טוען כי הדין המשווה תומך בגישה של תחולה חוץ-טריטוריאלית, ואיני חולק על כך שבמבט כולל מדינות בעולם תומכות בתחולה טריטוריאלית של חוקתן (למעט אזרחים, אשר זכאים בחלק מהמדינות להגנות חוקתיות באשר יפנו). טענתי היא כי קשה לעשות קטגוריזציה לפסקי-הדין הללו, הניתנים לפרשנות מגוונת.

שנית, גם בהנחה שהתפיסה החוקתית הרווחת במשפט המשווה פונה לתחולה טריטוריאלית, מדובר עדיין בגישה נוקשה, לעיתים ללא הסבר תיאורטי מתאים, שמעוררת ביקורת.¹⁷⁰ בבוא ישראל לאמץ במשפטה דין הראוי בעיניה, ראוי לתת את הדעת למה שעשו מדינות אחרות, אך ראוי לתת את הדעת גם לביקורת הקיימת, לבסיסה התיאורטי ולטעמיה.

שלישית, ישראל שונה ממדינות אחרות לא רק במצב המשפטי, אלא גם במצב העובדתי. אפשר להבין את חששם של בתי-המשפט בארצות-הברית מן הקביעה כי החוקה מגינה על אנשים בכל העולם. ארצות-הברית היא מעצמה עולמית. יש לה בסיסים צבאיים ב-146 מדינות שונות, היחידה ללוחמה בסמים פועלת ב-54 מדינות שונות, וגם הבולשת הפדרלית (FBI) פועלת ב-45 מדינות שונות. ארצות-הברית מחזיקה עשרות אלפי עצורים מחוץ לשטחה.¹⁷¹ בעיראק לבדה מוחזקים במחנות-מעצר אמריקאיים כ-18,000 עצירים.¹⁷² האיזונים החוקתיים שמטרידים את האמריקאים, לצד המשמעויות של תחולה חוץ-טריטוריאלית, מבחינים את המקרה האמריקאי מהמקרה הישראלי. מצד אחר, לישראל יש נסיבות המיוחדות לה, כגון קונפליקט לאומי ובטחוני ממושך, שליטה ממושכת בשטחים

167 לעיל ה"ש 37.

168 ראו: *R. v. Cook*, 2 S.C.R. 597 (1998).

169 לעיל ה"ש 35.

170 לביקורת בהקשר האמריקאי ראו לעיל המקורות המוזכרים בחלקים 3 ו-4. המחלוקת היא בעיקר באשר למידת ההגנה על זכויות מחוץ לטריטוריה. לביקורת בהקשר הקנדי ראו: *Kent Roach, R. v. Hape Creates Charter-Free Zones for Canadian Officials Abroad*, 53 *CRIM. L.Q.* 1 (2007).

171 *Kent*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 464.

172 *Walter Pincus, U.S. Holds 18,000 Detainees in Iraq*, *WASH. POST* (April 15, 2007).

הפלסטיניים וקיומן של התנחלויות. המצב העובדתי השונה עשוי לעורר שיקולים שונים במישור של מודל התחולה.

ד. סיכום

הרעיון של ריבונות המבוססת על טריטוריה הוא חדש יחסית בהיסטוריה. בעולם העתיק – במידה רבה עד להסכמי "שלום וסטפליה" – הייתה הריבונות אישית, ועקבה אחר האדם. בני-אדם נכללו בהגנות הדין או הוצאו מהן לפי אמת-מידה של דת או מוצא אתני. כיום המבחן אינו דתי או אתני, אלא נעשה על בסיס של אזרחות וטריטוריה. אולם תהליכי הגלובליזציה שוחקים את חשיבותה של הטריטוריה בתיחום ריבונותה של המדינה. בעבר פעלה המדינה בשטח המצוי בריבונותה או בשליטתה, והייתה חלוקה ברורה יחסית של ריבונות ושליטה. חלוקה זו קיימת במידה רבה גם כיום, אך במקביל חל טשטוש בהגדרות הקלסיות של ריבונות וטריטוריה. שינויים בטכנולוגיה, בניידות בין-מדינית, בשוקי ההון ובנקודות הממשק המשותפות בין בני-אדם ובינם לבין תאגידים גלובליים, לצד תחולה חוץ-טריטוריאלית הולכת וגוברת של דיני התאגידים, המחשבים, הבנקאות ומניעת הטרור, מציבים את סוגיית היקף תחולתן של חוקות בקדמת הבימה המשפטית.

בתי-המשפט בישראל ייאלצו במוקדם או במאוחר לפסוק בשאלת תחולתם של חוקי-היסוד. בארצות-הברית, באנגליה ובקנדה פסקו בתי-המשפט בסוגיה זו ממש לאחרונה. נסיון יכול לשמש השראה גם לדיון בישראל. ישראל, עם זאת, צריכה לאמץ "פתרון נוסח ישראל", המותאם למציאותה, לתרבותה המשפטית ולחוקתה. עד כה נמנעו בתי-המשפט מלפסוק הלכה ברורה בנושא. פסקי-הדין בפרשת חוף עזה, בפרשת חוק פיצויי האינתיפדה ובפרשת דיראני אינם מלמדים על אימוץ גישה מסוימת, אך מאפשרים הצצה אל הקשיים המתעוררים ואל הגישה המסתמנת בפסיקתם של בתי-המשפט. גישה זו – אף שהיא אינה משותפת לרוב השופטים, ואף שהיא נאמרה לרוב כהערת-אגב ולא בוססה על תשתית תיאורטית ודיון משפטי מקיף – נוטה לראות את חוקי-היסוד כמעניקים הגנה גם מחוץ לשטח ישראל, לכל-הפחות ביחס לאזרחיה וכן ביחס לתושבים של אזורים המצויים בשליטתה האפקטיבית.

מאמר זה ממשיך קו זה ומנסה להרחיבו ובו-זמנית להקנות לו צידוקים משפטיים ותיאורטיים. לפי גישתי, חוקי-היסוד חלים על כל רשות שלטונית ישראלית, סמכות שלטונית ישראלית ופעולה שלטונית ישראלית – בכל זמן, בכל מקום וכלפי כל אדם. חריג לכלל מתקיים כאשר תחולתה של זכות חוקתית סויגה בחוק-היסוד, במפורש או במשמע, לפי אמת-מידה של שטח או מעמד אישי. כלל זה חל בעיתות שלום ובעיתות מלחמה. הוא מתבקש מפרשנות תכליתית של חוקי-היסוד ומתיאוריה תורת-משפטית. כלל זה מחייב לכבד זכויות חוקתיות של כל אדם שזכותו החוקתית הופרה על-ידי רשות שלטונית, אך בה-בעת מאפשר גמישות פונקציונלית במידת ההגנה על הזכות, תוך התחשבות במכלול הנסיבות.

אמת, הניסיון לדון בתחולתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם בישראל על בסיס של אנלוגיה לחוקה פורמלית אינו נקי מקשיים. לחוקי-היסוד השונים יש הוראות שריון שונות, ופסקות המופיעות בחוק-יסוד מסוים – כגון "פסקת התחולה" שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – נעדרות מנוסחו של חוק-יסוד אחר. ראוי לפיכך שהנושא יוסדר בחוקתה העתידית של ישראל או בחוק-יסוד: החקיקה.¹⁷³ אולם לעת עתה יש בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם הסדר באשר להיקף תחולתם, אשר אפשר להחילו גם על חוקי-היסוד האחרים.¹⁷⁴

173 איני נוקט עמדה בשאלה המוסרית בדבר זהותה של הרשות השלטונית שראוי כי תקבע הסדר בנושא. ייתכן שהסדר חוקתי עדיף בשל הוודאות המשפטית, וייתכן שיש יתרונות בהשאת הסוגיה להכרעה שיפוטית, עקב בצד אגודל, מבלי להיות כבולים במקרים עתידיים. אולם גם הכרעה כזו היא סוג של הסדר עקרוני.

174 לטכניקה דומה של הרחבת תחולה של מנגנון חוקתי מרכזי – "פסקת ההגבלה" – בדרך של יצירת "פסקת הגבלה אנלוגית" בהקשרן של זכויות אדם חוקתיות הקבועות בחוקי-יסוד אחרים, ראו, בין היתר, בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 70, 75–76 אחרים, ראו, בג"ץ 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, 811 (1996); בג"ץ 2003/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, 811 (2003).