משפט על־לאומי, גלובליזציה והסמכות המכוננת — ראשית עיון ומגמות השוואתיות

יניב רוזנאי*

מאמר זה דן בשאלה אם הסמכות המכוננת, קרי הסמכות לכונן חוקה או נורמות חוקתיות, כפופה להגבלות "על־לאומיות" הנובעות ממערכת של עקרונות או דינים המוצבת מחוץ לסדר החוקתי המדינתי, כגון המשפט הבין־לאומי, העל־לאומי או האזורי. שאלת קיומן של הגבלות כאמור חשובה במיוחד שכן היא מביאה את המתח בין ריבונות המדינה לקהילה הבין־לאומית לשיאו, שהרי אם התשובה על שאלה זו חיובית, יש בכך כדי להשפיע על התפיסה ה"מקומית" של חוקות, ויותר מכך – על עצם הרעיון של "ריבונות העם". המאמר מראה כי באופן תיאורטי מגבלות משפטיות על־לאומיות אכן מוטלות כיום על פעולותיה של הסמכות המכוננת, וכי הגבלות אלה אף נאכפות על־ידי שחקנים חוץ־מדינתיים. אולם מבט השוואתי מראה כי ברוב המדינות, למרות העליונות הלכאורית של המשפט העל־לאומי, הלכה למעשה המשפט החוקתי הפנימי עודנו גובר על המשפט הבין־לאומי, ומגבלות על־לאומיות זקוקות למעשה להוראות חוקתיות לשם הגברת יעילותן ואכיפתן. המאמר יציג התפתחות מן השנים האחרונות שבמסגרתה בתי־משפט מדינתיים מחילים נורמות בין־לאומיות, בעיקר בתחום של דיני זכויות האדם, כדי לקבוע כי הוראות המופיעות בחוקה המקורית הן חסרות תוקף ואין ליישמן. לכאורה מדובר בהתפתחות דרמטית – וחיובית מבחינת המשפט הבין־לאומי. עם זאת, בחינה עמוקה יותר של החלטות שיפוטיות אלה בהקשרן הפוליטי מראה כי למעשה מדובר

* פרופסור חבר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. מאמר זה הוא חלק מפרויקט ספר רחב יותר: YANIV ROZNAI, WE THE LIMITED PEOPLE? CONSTITUENT POWER AND THE BOUNDARIES OF CONSTITUTION-MAKING (in process), הבוחן סוגי הגבלות על הסמכות לכונן חוקה: זכויות טבעיות; הגבלות מפורשות; הגבלות על־לאומיות מכוח המשפט הבין־לאומי או האזורי; עקרונות־יסוד של חוקתיות והגבלות אינהרנטיות לסמכות המכוננת עצמה. המחבר מבקש להודות לעורכי כתב־העת, לד"ר תמר הוסטובסקי־ברנדס ולקורא החיצוני על הערות מצוינות שתרמו רבות למאמר וכן ללורן עיני על סיוע מועיל בהכנת המאמר.

בשימוש לרעה במשפט הבין־לאומי על־ידי בתי־משפט שפועלים ב״שירות״ הרשות המבצעת כדי לקדם תכליות שלטוניות. לבסוף יבחן המאמר השלכות אפשריות של הדיון לגבי המשפט הישראלי.

מבוא. א. על העליונות הלכאורית של המשפט העל־לאומי. ב. בעיית המרחב המשפטי הפנימי אל מול המרחב המשפטי החיצוני. ג. תפקידם של בתי־המשפט הלאומיים: 1. התפקיד הכפול של בית־המשפט הלאומי; 2. שימוש לרעה במשפט הבין־לאומי? **ד. העליונות של הדין החוקתי הפנימי במדינה. ה. לפני סיום – לקחים לישראל? ו. סוף־דבר.**

מבוא

החוקה הלאומית נתפסה באופן מסורתי כעניין מקומי. החוקה מבקשת לעגן ברמה הנורמטיבית הגבוהה ביותר את ערכי־היסוד שלאורם החברה מוקמת ומתקיימת, ולשקף את הזהות הלאומית. החוקה הרי טוענת להיותה תוצר של ״העם״ – We the People – בהפעילו את הסמכות המכוננת.[1] הסמכות המכוננת, בקצרה, היא הסמכות לכונן חוקה, ליצור סדר חוקתי. במובנה המשפטי זו הסמכות לכונן נורמות חוקתיות.[2] מקובל להבחין בין סמכות מכוננת ראשונית (או מקורית) לבין סמכות מכוננת משנית (או נגזרת). הראשונה היא הסמכות ליצור סדר חוקתי חדש, והיא פועלת מחוץ לגדריו ולגבולותיו

1 Mark Tushnet, *Constitution*, *in* THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 217, 218–19 (Michel Rosenfeld & András Sajó eds., 2012).

2 שאלת הסמכות המכוננת זוכה לאחרונה בעדנה בכתיבה המחקרית, ודיונים תיאורטיים והשוואתיים רבים נערכים סביבה. ראו, למשל, ZORAN OKLOPCIC, BEYOND THE PEOPLE: SOCIAL IMAGINARY AND CONSTITUENT IMAGINATION (2018); ANDREW ARATO, THE ADVENTURES OF THE CONSTITUENT POWER: BEYOND REVOLUTIONS? (2017); Mark Tushnet, *Peasants with Pitchforks, and Toilers with Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power*, 13 INT'L J. CONST. L. 639 (2015); Martin Loughlin, *The Concept of Constituent Power*, 13 EUR. J. POL. THEORY 218 (2014); MIKAEL SPÅNG, CONSTITUENT POWER AND CONSTITUTIONAL ORDER: ABOVE, WITHIN AND BESIDE THE CONSTITUTION (2014); Joel Colón-Ríos, *Five Conceptions of Constituent Power*, 130 L.Q. REV. 306 (2014); MARK WENMAN, AGONISTIC DEMOCRACY: CONSTITUENT POWER IN THE ERA OF GLOBALIZATION (2013); David Dyzenhaus, *Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power*, 1 GLOBAL CONSTITUTIONALISM 229 (2012); Alexander Somek, *Constituent Power in National and Transnational Contexts*, 3 TRANSNAT'L LEGAL THEORY 31 (2012); Chris Thornhill, *Contemporary Constitutionalism and the Dialectic of Constituent Power*, 1 GLOBAL CONSTITUTIONALISM 369 (2012); Richard Kay, *Constituent Authority*, 59 AM. J. COMP. L. 715 (2011); Yaniv Roznai, *"We the People", "Oui, the People" and the Collective Body: Perceptions of Constituent Power*, *in* COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY 295 (Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., 2018) (להלן: Roznai, *We the People*).

של הסדר החוקתי הקיים, ואילו השנייה פועלת מכוח הסדר החוקתי הקיים ובגדרו.[3] היות שהחוקה היא ביטוי לסמכות המכוננת של העם, היא נתפסת לעיתים כביטוי ל״ריבונות העם״ וכמשקפת את מאפייניו הייחודיים. במילים אחרות, חוקה נתפסת כמקומית (autochthony) כאשר היא חבה את תקפותה וסמכותה לכוחות המשפטיים המקומיים, להבדיל מחוקה שכינונה נעשה באמצעות הליך משפט זר.[4] לכן, למשל, אף שכל הליך של כינון חוקה כולל היבטים של כפייה, מקובל לדבר על "imposed constitutions" רק כאשר יש מעורבות חזקה של גורם זר בהליך כינון החוקה.[5]

על־אף תפיסות מסורתיות אלה, בעידן הגלובליזציה – שבו מתרחב המכנה המשותף בין מדינות בהקשרים פוליטיים, חברתיים ותרבותיים ובד בבד פוחתת ייחודיותה של מדינת הלאום – נהפכו החוקות לרחוקות מאוד מלהיות תוצר לאומי־מקומי ותו לא. חוקות מצויות בהתייחסות־גומלין עם סביבה של רעיונות ומוסדות אשר חיצונית לגבולות המדינה, וקיימת למעשה פרקטיקה חוצת גבולות ארוכת שנים בכינון חוקות: רעיונות חוקתיים נודדים בין מדינות; קיימת דיפוזיה של מוסדות חוקתיים; הליכי כינון חוקות מושפעים יותר ויותר מנורמות ומוסדות על־לאומיים; שחקנים חיצוניים – כגון מוסדות בין־לאומיים, ארגונים אזוריים וארגוני זכויות אדם על־לאומיים – מפקחים על אופן יישומן של חוקות; ותוכן המסמכים החוקתיים דומה עד כדי כך שניתן לזהות ליבה של נורמות חוקתיות שמשותפות לרוב החוקות.[6] כך, למשל, סעיפי הזכויות בחוקה

---

3 ראו, למשל, CLAUDE KLEIN, THÉORIE ET PRATIQUE DU POUVOIR CONSTITUANT (1996); YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWER (2017). מובן שאופיו המיוחד של הפרויקט החוקתי הישראלי, אשר נעשה בשלבים ונמשך כבר עשורים, מעלה קשיים מיוחדים לעניין מהותה וסיווגה של הסמכות המכוננת של הכנסת. על הסמכות המכוננת של הכנסת ראו, למשל, Claude Klein, *Is There a Need for an Amending Power Theory?*, 13 ISR. L. REV. 203 (1978); קלוד קליין ״הסמכות המכוננת במדינת ישראל״ **משפטים** ב 51 (התש״ל); קלוד קליין ״חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – הערכה נורמטיבית ראשונה״ **המשפט** א 123 (1993); קלוד קליין ״בעקבות פסק־הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית־המשפט העליון״ **משפטים** כח 341, 356 (1997); עלי זלצברגר ״הסמכות המכוננת בישראל: שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש״ **משפט וממשל** ג 679 (1996); אריאל בנדור ״המעמד המשפטי של חוקי־יסוד״ **ספר ברנזון** כרך שני – בְּנֵי סְבָרָה 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

4 Peter C. Oliver, *Autochthonous Constitutions*, *in* MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (2016), https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e12?prd=MPECCOL.

5 לביקורת על נטייה זו להתמקד בכפייה חיצונית, תוך התבוננות רומנטית על כינון חוקות, ראו Yaniv Roznai, *Internally Imposed Constitutions*, *in* THE LAW AND LEGITIMACY OF IMPOSED CONSTITUTIONS 58 (Richard Albert, Xenophon Contiades & Alkmene Fotiadou eds., 2019).

6 להרחבה ראו CONSTITUTION-MAKING AND TRANSNATIONAL LEGAL ORDER (Gregory Shaffer, Tom Ginsburg & Terence C. Halliday eds., 2019). לבחינה ביקורתית של

מושפעים מנורמות גלובליות, בעיקר מאלה המגולמות באמנות זכויות האדם,[7] ואפילו חלק ה״מבוא״ לחוקה – החלק בחוקה שנתפס כמקומי ביותר וכייחודי למדינה – נודד בין מדינות.[8] חוקות, בקצרה, קיבלו אפוא צורה גלובלית.[9]

אם בעבר התמקדו המשפט הבין־לאומי (international law) והמשפט העל־לאומי (supranational law) במערכת היחסים בין מדינות, ולא במתרחש בתוך המדינה (תיאוריית ״כדורי הביליארד״), שם נחשבה המדינה ריבונית לפעולותיה, בעידן הגלובליזציה השתנו היחסים בין המשפט הבין־לאומי והמשפט העל־לאומי לבין המשפט החוקתי הפנימי, והראשונים מתעניינים יותר ויותר במתרחש בתוך גבולות המדינה. עליית מעמדו והשפעתו של המשפט הבין־לאומי בתוך משפט המדינות ניכרת בהחלט בעשורים האחרונים. היות העולם גלובלי ושיתופי־הפעולה בין המדינות מחייבים זאת עוד יותר, והמגמה של פיתוח מנגנונים ליישוב סכסוכים בדרכי שלום[10] והקריאות להקמת בית־משפט עולמי לזכויות אדם חיזקו גם הן את עלייתו של המשפט הבין־לאומי.[11] בהקשר רחב זה, המאמר מבקש לפתוח דיון ראשוני בשאלת קיומן של הגבלות חיצוניות לסדר החוקתי המצויות במעמד גבוה יותר, או במילים אחרות – הגבלות ״על־חוקתיות״ על הסמכות המכוננת.[12] הצורך בדיון זה מתעורר לנוכח טענות שהועלו לאחרונה שלפיהן בעידן הגלובליזציה המשפט הבין־לאומי – ובעיקר דיני זכויות האדם הבין־לאומיים – והמשפט האזורי החל באירופה עשויים להיות בעלי השפעה משמעותית, ואף מכרעת, על הכרעות שיפוטיות בנוגע לשינויים חוקתיים.[13]

מעורבות האו״ם בכינון חוקות ראו VIJAYASHRI SRIPATI, CONSTITUTION-MAKING UNDER UN AUSPICES: FOSTERING DEPENDENCY IN SOVEREIGN LANDS (2020).

7 Zachary Elkins, Tom Ginsburg & Beth Simmons, *Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice*, 54 HARV. INT'L. L.J. 61, 92 (2013).

8 Tom Ginsburg, Nick Foti & Daniel Rockmore, *"We the People": The Global Origins of Constitutional Preambles*, 46 GEO. WASH. INT'L L. REV. 101, 132–33 (2014).

9 Peter Fitzpatrick, *'The New Constitutionalism': The Global, the Postcolonial and the Constitution of Nations*, 10(2) LAW, DEMOCRACY & DEV. 1 (2006).

10 יובל שני ״יישוב סכסוכים בדרכי שלום״ **משפט בינלאומי** 199 (מהדורה שלישית, רוֹבי סִיבֹל ויעל רונן עורכים, 2016).

11 Manfred Nowak, *The Need for a World Court of Human Rights*, 7 HUM. RTS. L. REV. 251 (2007).

12 לדיון בהגבלות על־חוקתיות על הסמכות המכוננת המשנית, קרי על הסמכות לתקן חוקה, ראו Yaniv Roznai, *The Theory and Practice of 'Supra-constitutional' Limits on Constitutional Amendments*, 62 INT'L & COMP. L.Q. 557 (2013); Gérard Cahin, *Limitation du pouvoir constituant: le point de vue de l'internationaliste*, 32 CIVITAS EUROPA 55 (2014).

13 מאמר זה אינו מתמקד בשאלה הנלווית של מעורבות בין־לאומית בכינון חוקות וכיצד פרקטיקה זו משפיעה על אופי הסמכות המכוננת. ראו, למשל, Philipp Dann & Zaid Al-Ali, *The Internationalized Pouvoir Constituant—Constitution-Making Under*

בספרות מוכרת המגמה הגלובלית הנוטה לעבר קבלת הרעיון של הגבלת סמכות התיקון החוקתי – בין במפורש, באמצעות שימוש בפסקות נצחיות, ובין באופן משתמע, בהסתמך על עקרונות־היסוד או המבנה הבסיסי של החוקה. לפי מגמה זו, הסמכות לשנות את החוקה אינה כל־יכולה, אלא מוגבלת על־ידי עקרונות חוקתיים מסוימים אשר מקבלים מעין מעמד על־חוקתי וכובלים את הסמכות המכוננת, כך שגם תיקון חוקתי יכול להיחשב לא־חוקתי.[14] אולם הגבלות אלה חלות ככלל על הסמכות המכוננת המשנית, אשר נובעת מהחוקה עצמה ומכאן שעליה לפעול במסגרת הסדר החוקתי. הסמכות המכוננת הראשית – ליצור סדר חוקתי חדש – נתפסת כבלתי־מוגבלת על־ידי הכללים החוקתיים הקיימים.

בניגוד להגבלות אלה, שמקורן בסדר החוקתי, מאמר זה מבקש להתמקד בהגבלות ״על־חוקתיות״ – אותה מערכת של עקרונות או דינים המוצבת מחוץ לסדר החוקתי המקומי, כגון המשפט הבין־לאומי, המשפט העל־לאומי או המשפט האזורי.[15] מובן שדינים אלה אינם זהים, ושקיימים גם הבדלים בין מדינות מבחינת היקף תחולתם ומידת תחולתם. אולם מחקר זה אינו מתמקד בהבדלים אלה, שכן הוא מבקש לבחון את השאלה מנקודת־מבט כללית יותר: הייתכנו הגבלות שמקורן חיצוני המוטלות על הנורמה העליונה ביותר בסדר המשפטי המדינתי? חשיבות השאלה נעוצה בכך שאם קיימות הגבלות כאמור, הן מגבילות לא רק את הסמכות המכוננת המשנית והמוגבלת

External Influence in Iraq, Sudan and East Timor, 10 MAX PLANCK UNYB 423 (2006); Cheryl A. Saunders, *International Involvement in Constitution Making* (U. of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 839, 2019), https://ssrn.com/abstract=3414698. המאמר גם אינו עוסק בפרוצדורה, ובאופן פרטני יותר – בשאלה אם המשפט הבין־לאומי מחייב שיתוף ציבורי בהליך כינונה של חוקה. לעניין זה ראו Thomas M. Franck & Arun K. Thiruvengadam, *International Law and Constitution-Making*, 2 CHINESE J. INT'L L. 467 (2003); Vivien Hart, *Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair*, *in* FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION: CASE STUDIES IN CONSTITUTION MAKING 20 (Laurel E. Miller ed., 2010).

14 ראו, למשל, שרון וינטל **״פסקאות נצחיות״ בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש** (חיבור לשם קבלת תואר ״דוקטור למשפטים״, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2005); Roznai, *We the People*, לעיל ה״ש 2; AN UNAMENDABLE CONSTITUTION? UNAMENDABILITY IN CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES (Richard Albert & Bertil Emrah Oder eds., 2018).

15 פרופ׳ לואי פבוראו הבחין בין ״על־חוקתיות פנימית״, קרי עקרונות חוקתיים מדינתיים שהתיקון החוקתי חייב לעלות בקנה אחד עימם, לבין ״על־חוקתיות חיצונית״, שהיא סטנדרטים בין־לאומיים או על־לאומיים שפעולות הסמכות המכוננת חייבות לעמוד בהם. ראו Louis Favoreu, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, 67 POUVOIRS 71, 74–76 (1993). במאמר זה אייחד את המונח ״על־חוקתיות״ למשמעות האחרונה – זו של ״על־חוקתיות חיצונית״. עקרונות חוקתיים המכונים ״על־חוקתיות פנימית״ עשויים להיתפס כבעלי מעמד על־חוקתי, אולם נדמה כי הדבר אינו מדויק. עקרונות אלה אינם מעל החוקה; הם רק מעל מעמדו של התיקון החוקתי.

מטבעה, אלא אפילו את הסמכות המכוננת הראשונית.[16] שאלת קיומן של הגבלות כאמור חשובה אפוא במיוחד, שכן היא מביאה את המתח בין ריבונות המדינה לקהילה הבין־לאומית לשיאו, שהרי אם התשובה על שאלה זו חיובית, יש בכך כדי להשפיע על התפיסה ה"מקומית" של חוקות, ויותר מכך – על עצם הרעיון של "ריבונות העם".

ההבחנה בין הגבלות פנימיות בנוגע לסמכות המכוננת המשנית לבין הגבלות "על־חוקתיות" אינה ברורה תמיד, ותיתכן חפיפה מסוימת בין סוגי ההגבלות שתוארו. כך, למשל, הגבלה "על־חוקתית" של סמכות מכוננת יכולה להיות מפורשת. לדוגמה, לפי סעיפים 193(4) ו־194(2) לחוקת שווייץ משנת 1999, כאשר נערך תיקון חלקי או כולל של החוקה, "אין לסתור את ההוראות המנדטוריות של המשפט הבין־לאומי".[17] באופן דומה, סעיף 2(2) לחוקת בוסניה והרצגובינה משנת 1995 קובע במפורש כי תיקונים לחוקה אינם יכולים לבטל או לגרוע מהזכויות והחירויות שנקבעו באמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות־יסוד כמשמעותן בסעיף האמור.[18] כמו־כן, עקרונות "על־חוקתיים" המגבילים שינויים חוקתיים ייגזרו לעיתים באופן משתמע מן החוקה, אם הם ייחשבו עקרונות בסיסיים במערכת החוקתית. למשל, יש הטוענים כי "דוקטרינת המבנה הבסיסי" בהודו, שלפיה קיימות הגבלות משתמעות בנוגע לסמכות התיקון החוקתי, מקורה בתורת משפט הטבע והזכויות הטבעיות של האדם.[19] אכן, לעיתים קרובות המונח "על־חוקתי" מתייחס לעליונות מפורשת או משתמעת של עקרונות או כללים מסוימים על הוראות חוקתיות,[20] אך אני אתמקד כאמור בסוג מסוים של הגבלות – על־לאומיות.

---

16 אכן, אם מקבלים את רעיון ההגבלות העל־חוקתיות, אזי הן חלות לא רק על תיקונים חוקתיים הנובעים מהסמכות המכוננת המשנית (או הנגזרת), אלא גם על פעולות של הסמכות המכוננת הראשונית (או המקורית). ראו C.V. KESHAVAMURTHY, AMENDING POWER UNDER THE INDIAN CONSTITUTION: BASIC STRUCTURE LIMITATIONS 87 n. 29 (1982); MARKKU SUKSI, BRINGING IN THE PEOPLE: A COMPARISON OF CONSTITUTIONAL FORMS AND PRACTICES OF THE REFERENDUM 25–26 (1993).

17 Giovanni Biaggini, *Switzerland*, *in* HOW CONSTITUTIONS CHANGE: A COMPARATIVE STUDY 303, 316–17 (Dawn Oliver & Carlo Fusaro eds., 2011).

18 Nico Mol, *Implications of the Special Status Accorded in the General Framework Agreement for Peace to the European Convention on Human Rights*, *in* POST-WAR PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA 27, 30–31 (Michael O'Flaherty & Gregory Gisvold eds., 1998).

19 Aishwarya Deb & Prithwish Roy Chowdhury, *A Critical Analysis of the Proximity of Natural Law to the Indian Constitution*, 20(8) IOSR J. HUMAN. & SOC. SCI. 24 (2015). על דוקטרינת המבנה הבסיסי ההודית ראו SUDHIR KRISHNASWAMY, DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM IN INDIA: A STUDY OF THE BASIC STRUCTURE DOCTRINE (2009); A. LAKSHMINATH, BASIC STRUCTURE AND CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: LIMITATIONS AND JUSTICIABILITY (2011).

20 Serge Arné, *Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles?*, 2 REVUE DU DROIT PUBLIC 460, 461 (1993).

המאמר מבקש להראות כי באופן תיאורטי הגבלות משפטיות על־לאומיות אכן מוטלות כיום על פעולותיה של הסמכות המכוננת, וכי הגבלות אלה אף נאכפות על־ידי שחקנים חוץ־מדינתיים. אף־על־פי־כן, מבט השוואתי מגלה כי ברוב המדינות, בהתנגשות בין המשפט החוקתי המדינתי לבין דינים על־לאומיים סותרים, המשפט החוקתי גובר. יתרה מזו, אף כאשר עליונותו של המשפט העל־לאומי מוכרת בקרב המערכת המשפטית המקומית, עליונות זו נובעת מהחוקה עצמה, ולא מכוח מקור חוקי אחר או חיצוני. לכן יש להכיר בהמשך חשיבותו של המשפט החוקתי המדינתי ובתלותו של המשפט העל־לאומי בחוקה המדינתית ביחס לטענה בדבר ״על־חוקתיות״. המאמר יציג התפתחות מעניינת מן השנים האחרונות שבמסגרתה בתי־משפט מדינתיים מחילים נורמות בין־לאומיות, בעיקר בתחום של דיני זכויות האדם, כדי לקבוע כי הוראות חוקתיות הן חסרות תוקף ואין ליישמן. לכאורה מדובר בהתפתחות חיובית בראי המשפט הבין־לאומי. עם זאת, בחינה עמוקה יותר של החלטות שיפוטיות אלה בהקשרן הפוליטי מראה כי למעשה מדובר בשימוש לרעה במשפט הבין־לאומי על־ידי בתי־משפט שפועלים ב״שירות״ הרשות המבצעת כדי לקדם תכליות שלטוניות.

המאמר בנוי באופן הבא: בפרק א של המאמר אסקור את העליונות הלכאורית של המשפט העל־לאומי על הוראות חוקתיות, כפי שהיא באה לידי ביטוי בספרות ובהחלטות של טריבונלים בין־לאומיים. בפרק ב אמחיש כיצד עליונות לכאורית זו מוגבלת ביכולתה להשפיע על תקפותן של נורמות חוקתיות בסדר החוקתי הפנימי. פרק ג של המאמר יסביר כיצד, לנוכח מוגבלות זו, דווקא לבתי־משפט לאומיים ייתכן תפקיד חשוב באכיפת מגבלות על־לאומיות אף על נורמות חוקתיות, ומהם האתגרים שבית־משפט לאומי ניצב בפניהם בבואו לדון בנורמה חוקתית הסותרת את המשפט הבין־לאומי. פרק ד יציג את הטענה כי למרות העליונות הלכאורית של המשפט העל־לאומי, הלכה למעשה המשפט החוקתי הפנימי עודנו גובר על המשפט הבין־לאומי, ומגבלות על־לאומיות זקוקות בפועל להוראות חוקתיות לשם הגברת יעילותן ואכיפתן. פרק ה יבחן השלכות אפשריות של הדיון לגבי המשפט הישראלי. פרק ו יסכם.

א. על העליונות הלכאורית של המשפט העל־לאומי

משפט זר, לרבות משפט בין־לאומי ומשפט השוואתי, ממלא בשנים האחרונות תפקיד משמעותי בשיח החוקתי של מדינות ברחבי העולם.[21] נדמה כי לאחרונה התפתח

21 ראו, לדוגמה, Ruti Teitel, *Comparative Constitutional Law in a Global Age*, 117 HARV. L. REV. 2570 (2004); COMPARATIVE CONSTITUTIONAL REASONING (András Jakab, Arthur Dyevre & Giulio Itzcovich eds., 2017); JUDICIAL COSMOPOLITANISM: THE USE OF FOREIGN LAW IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL SYSTEMS (Giuseppe Franco Ferrari ed., 2019).

״דיאלוג משפטי״ בין־לאומי או גלובלי,[22] שהינו רלוונטי גם לשיח בדבר ההגבלות החלות על שינויים חוקתיים. כפי שכתב שופט בדימוס של בית־המשפט החוקתי הגרמני, המשפט ההשוואתי יכול להיות שימושי ויעיל מנקודת־מבטו של השופט בבואו לערוך ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה:

> כאשר החוקה מגבילה את היכולת לשנותה באמצעות קידוש עקרונות כלליים, דוגמת דמוקרטיה, פדרליזם, שלטון החוק או כבוד האדם, אי־אפשר לייבא את הסטנדרט המצדיק את אותה יכולת לשנותה מתוך המערכת החוקתית עצמה... סקירה שתבחן אם העקרונות החוקתיים הרלוונטיים אכן מתממשים וניתוח השאלה אם התיקון החוקתי נשאר באותה מסגרת חוקתית עשויים להיות הפתרון הטוב ביותר לכך. גם כאן הטענה כי אותו שינוי מתוכנן מוכר בקרב דמוקרטיות חוקתיות אחרות היא טענה משפטית תקפה.[23]

כך, למשל, רוזלינד דיקסון ודייוויד לנדאו טוענים כי יישום דוקטרינת ״התיקון החוקתי הלא־חוקתי״ צריך להיות חלק מהחלה של נורמות חוקתיות חוצות גבולות (transnational), וזאת על־מנת להגביל את היקף תחולתה. במילים אחרות, החלטה שיפוטית בנוגע לשאלה אילו שינויים פוגעים בעקרונות־יסוד חוקתיים של סדר דמוקרטי ליברלי יכולה למצוא עיגון בהשוואה לפרקטיקות חוקתיות של מערכות דמוקרטיות ליברליות אחרות. ככל שנורמה או מוסד חוקתיים נפוצים יותר כן יהיה קל יותר לטעון שהם יסודיים לדמוקרטיה חוקתית – או מהווים חלק מליבת־המינימום (minimum core) שלה – ומכאן שעל בתי־המשפט להגן עליהם מפני ביטול, תוך שימוש בדוקטרינת ״התיקון החוקתי הלא־חוקתי״.[24] ברוח דומה, מתיאס הרדיגן סבור כי יש להגדיר את הליבה החוקתית שמוגנת מפני שינויים חוקתיים תוך התייחסות למשפט האומות (law of nations) ולהגנתו הנחרצת על זכויות אדם. עולם תוכן זה יכול לספק אמת־מידה אובייקטיבית להגבלת הסמכות המכוננת, לחזק את מעמדו הנורמטיבי של המשפט

---

22 ראו, לדוגמה, Anne-Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. RICH. L. REV. 99 (1994); Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 VA. J. INT'L L. 1103 (2000); Melissa A. Waters, *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*, 93 GEO. L.J. 487 (2005); Melissa A. Waters, *The Future of Transnational Judicial Dialogue*, 104 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 465 (2010).

23 Brun-Otto Bryde, *The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue*, 80 TUL. L. REV. 203, 219 (2005).

24 Rosalind Dixon & David Landau, *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment*, 13 INT'L J. CONST. L. 606 (2015).

הבין־לאומי, ולקדם את ההיגיון שבבסיס מערכת האיזון בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת.[25]

השימוש במשפט הבין־לאומי לצורך פרשנות או פסיקה בעניינים חוקתיים הוא שנוי במחלוקת כשלעצמו, וכבר התנהלו סביבו דיונים משפטיים ואקדמיים ערים במיוחד.[26] עם זאת, קיים הבדל בין מצב שבו השימוש במשפט הבין־לאומי הוא בגדר חובה לבין שימוש במשפט הבין־לאומי כנימוק תומך ומשכנע המתווסף לטיעון מרכזי אחר.[27] המשפט הבין־לאומי יכול לשמש נימוק משפטי לפסיקה הניתנת בעניין מהותי הנוגע בשינוי חוקתי גם מבלי לשאת כל סמכות מחייבת. השאלה החשובה היא אם שינויים חוקתיים מוגבלים באופן כלשהו על־ידי המשפט הבין־לאומי. אם התשובה לכך היא בחיוב, יש לכך השלכות משמעותיות על ההגדרות של המונחים ״ריבונות״ ו״פירמידת הנורמות״.[28]

באופן מסורתי, בשאלת היחס שבין המשפט הפנים־מדינתי לבין המשפט הבין־לאומי שלטו שתי גישות מרכזיות: מוניזם ודואליזם.[29] גישת המוניזם מכירה במיזוג בין הדין הפנימי לדין הבין־לאומי, אשר מרכיבים יחדיו מערכת חוקים אחת. במילים אחרות, הדין הפנימי מיישם באופן אוטומטי את הדין הבין־לאומי, כך שהדין הבין־לאומי מיושם באופן מיידי וישיר במערכת החוקית הפנימית במדינה. יתרה מזו, גישת המוניזם מכירה בכך שהדין הפנימי שואב את כוחו המחייב מהדין הבין־לאומי, ובגרסתה הקיצונית היא אף מציבה את הדין הפנימי בדרגה נורמטיבית נמוכה מזו של הדין הבין־לאומי. לעומת זאת, גישת הדואליזם רואה בדין הפנימי ובדין הבין־לאומי שתי מערכות נפרדות. המשפט הבין־לאומי צריך להיות מושפע מהדין הפנימי, כדי שיוכל להיות ישים במערכת המשפט באותה מדינה. בראייתם של אלה המצדדים בגישה הדואליסטית, הדין הבין־לאומי, אף אם הוא עליון במערכת המשפט הבין־לאומית, אינו יכול לקבל מעמד של עליונות במערכת המשפט הפנים־מדינתית, וכאשר שתי המערכות המשפטיות יעמדו בסתירה בנושא מסוים, ידו של הדין הפנימי תהיה על העליונה.

הגדרות אלה יכולות להיות מבלבלות מעט בכל הנוגע במעמדו ובדרך שילובו של המשפט הבין־לאומי במדינה. למשל, ייתכן מצב שבו במדינה המחזיקה ככלל בגישה

---

25 Matthias J. Herdegen, *Unjust Laws, Human Rights, and the German Constitution: Germany's Recent Confrontation with the Past*, 32 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 591, 605 (1995).

26 ראו, למשל, GIULIANA ZICCARDI CAPALDO, THE PILLARS OF GLOBAL LAW 209–10 (2013) וההפניות שם. לסקירה ראו גם THE USE OF FOREIGN PRECEDENTS BY CONSTITUTIONAL JUDGES (Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau eds., 2013).

27 Karen Knop, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, 32 NYU J. INT'L L. & POL. 501 (2000).

28 Michel Troper, *Judicial Review and International Law*, 4 SAN DIEGO INT'L L.J. 39 (2003).

29 ראו, למשל, J.G. Starke, *Monism and Dualism in the Theory of International Law*, 17 BRIT. Y. B. INT'L L. 66 (1936).

דואליסטית תינקט גישה מוניסטית בעניין עליונותו של המשפט הבין־לאומי בתוך מערכת המשפט הפנימית, וזאת כאשר הדין הבין־לאומי כבר שולב בתוך מערכת המשפט הפנימית. באופן דומה, מערכת משפט פנימית, כולה או חלקה, יכולה להיות מוניסטית – כך שחלק מהאמנות הבין־לאומיות או המשפט המנהגי ישולבו באופן אוטומטי בדין המקומי, ללא כל צורך בהחלה פנימית נפרדת – ובו־בזמן לאחוז בגישה דואליסטית בנוגע ליחס שבין הדין הבין־לאומי לדין הפנימי. במקרה כזה מעמדו של הדין הבין־לאומי בתוך מערכת המשפט הפנימית ייקבע על־ידי הדין הפנימי.[30] יתר על כן, ייתכנו גישות שונות ביחס למקורות שונים של המשפט הבין־לאומי, דוגמת הדין המנהגי ודיני אמנות. מבחינה זו, שילובו של המשפט הבין־לאומי במדינות אינו נעשה בהכרח בגישה מוניסטית טהורה או בגישה דואליסטית טהורה. לנוכח קשיים אלה, מאמר זה לא ייצמד באופן נוקשה לגישות אלה.

לאחרונה נשמעות טענות כי המשפט הבין־לאומי מטיל הגבלות מהותיות גם על שינויים חוקתיים. חורחה ולדז, למשל, טוען כי הגלובליזציה של זכויות־היסוד ונורמות קוגנטיות מציבות הגבלות חדשות גם על פעולותיה של הסמכות המכוננת בשינויים חוקתיים.[31] במשפט הבין־לאומי הנורמות הקוגנטיות נחשבות "כללים מוחלטים" אשר אי־אפשר לגרוע ממעמדם. אלה כוללים, למשל, את האיסורים החלים על רצח־עם, עבדות, עינויים והפרדה גזעית. כללים אלה אינם מכירים בסייגים או בחריגים, בין באמצעות אמנות, התנגדות מתמשכת, יצירת מנהגים מיוחדים או חוקים שאינם קוגנטיים, וכללים אחרים הסותרים אותם הינם חסרי תוקף.[32] הנורמות הקוגנטיות מצויות מעל כל מקור דינים אחר – גם מעל הדין הבין־לאומי וגם מעל הדין הפנים־מדינתי.[33] כפי שנאמר בבית־הדין הפלילי הבין־לאומי ליוגוסלביה־לשעבר, להפרה של הנורמה הקוגנטית האוסרת עינויים יש השלכות מיידיות. חוק המכשיר עינויים (ואני מוסיף – אף אם הוא בעל מעמד חוקתי) לא יהיה לגיטימי, ולא יקבל הכרה חוקית בין־לאומית. יתרה מזו, קורבנות יכולים לנקוט הליכים משפטיים לפני גוף בין־לאומי מוסמך,[34] ומבצעי העינויים עשויים להיחשב בעלי אחריות פלילית בטריבונל בין־לאומי

---

30 David Sloss, *Non-Self-Executing Treaties: Exposing a Constitutional Fallacy*, 36 UC DAVIS L. REV. 1, 9 (2002).

31 Jorge Tapia Valdés, *Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario*, 6(2) ESTUDIOS CONSTITUCIONALES 121 (2008).

32 ראו Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 53, 1969, UN, Treaty Series, Vol. 1155, 331 (להלן: VCLT); Michael Byers, *Conceptualising the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*, 66 NORDIC. J. INT'L L. 211, 219–23 (1997).

33 Dinah Shelton, *Introduction*, *in* INTERNATIONAL LAW AND DOMESTIC LEGAL SYSTEMS: INCORPORATION, TRANSFORMATION, AND PERSUASION 1, 7 (Dinah Shelton ed., 2011).

34 בהקשר זה ראוי להזכיר את כניסתה לתוקף של חוקת רומא בראשית שנות האלפיים, המסמלת את תחילתה של מהפכה במערכת המשפט הבין־לאומי בכללותה ובמערכת המשפט הבין־לאומי הפלילי בפרט. כניסתה לתוקף של חוקת רומא היוותה עליית מדרגה

או אף בבית־משפט מקומי של מדינה זרה שתטען לשיפוט אוניוורסלי בעניינים שבהם נמצאו הפרות של איסור העינויים.[35] כלומר, חוקות הסותרות הוראות קוגנטיות בדין הבין־לאומי אינן יכולות ליצור נורמות משפטיות מחייבות, ולפיכך הן בטלות. כפי שאבהיר בהמשך, חוקות כאמור יכולות לשמור על תקפותן במישור הפנימי של דיני המדינה, אולם במישור הבין־לאומי הן יהיו חסרות תוקף, ומכאן שככל שמדינות אחרות יתבקשו לכבדן, לא תהיה להן כל חובה לעשות זאת.

חיזוק לטענה כי למשפט הבין־לאומי יש חשיבות גם לגבי פעולתה של הסמכות המכוננת מצוי במגוון הכללים המשפטיים הבין־לאומיים או העל־לאומיים העוסקים בשינויים חוקתיים.[36] כך, למשל, בסעיף 23 לצ׳רטר האפריקאי בדבר דמוקרטיה, בחירות וממשל, משנת 2007, הסכימו המדינות החברות כי "the use of, *inter alia*, the following illegal means of accessing or maintaining power constitute an unconstitutional change of government and shall draw appropriate sanctions by the Union:... (5) Any amendment or revision of the constitution or legal instruments, which is an infringement on the principles of democratic change of government".[37] גם אומות ה־Commonwealth התחייבו לפעולה במקרה של "unconstitutional overthrow of a democratically elected government".[38] ואילו החוק של מועצת אירופה דורש בסעיף 3 מכל מדינה החברה במועצה "לקבל את העקרונות בדבר שלטון החוק ובדבר הענקת זכויות אדם וחירויות־יסוד לכל אדם הנמצא בתחום שיפוטה", ואף מוסיף בסעיף 8 כי כל מדינה החברה במועצת אירופה שהפרה את סעיף 3 בצורה חמורה עשויה להיות

בכל הקשור למערכת היחסים בין המשפט הבין־לאומי לבין המשפט המדינתי. ראו יובל שני "ישראלים על ספסל הנאשמים? השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל" **המשפט** ט 51 (2004).

35 *Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgment)*, IT-95-17/I-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 Dec. 1998, paras. 155–57, https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf. ניתן לתהות לגבי בחירת המילים של ה־ICTY, שכן יש הבדל בין חוקיות ללגיטימיות. ראו, באופן כללי, Anthea Roberts, *Legality vs Legitimacy: Can Uses of Force Be Illegal but Justified?*, *in* HUMAN RIGHTS, INTERVENTION, AND THE USE OF FORCE 179, 206–08 (Philip Alston & Euan Macdonald eds., 2008).

36 ראו Stephen J. Schnably, *Emerging International Law Constraints on Constitutional Structure and Revision: A Preliminary Appraisal*, 62 U. MIAMI L. REV. 417, 422 (2008); David Landau, *Democratic Erosion and Constitution-Making Moments: The Role of International Law*, 2 UC IRVINE J. INT'L TRANSNAT'L & COMP. L. 87, 100–05 (2017).

37 African Union, African Charter on Democracy, Elections and Governance, art. 23, 30 Jan. 2007, http://archive.ipu.org/idd-E/afr_charter.pdf.

38 Millbrook Commonwealth Action Programme on the Harare Declaration, art. 3, 12 Nov. 1995, http://thecommonwealth.org/sites/default/files/history-items/documents/millbrook%20declaration.pdf.

מושעית.[39] סעיף 7 לאמנה בדבר האיחוד האירופי מאפשר השעיית זכויות של מדינה חברה אשר הפרה באופן חמור ומתמשך את ערכי האיחוד האירופי המפורטים בסעיף 2, שהם כיבוד כבוד האדם, החירות, הדמוקרטיה, השוויון, שלטון החוק וזכויות האדם, לרבות זכויות מיעוטים.[40] הפרה כאמור בחוק מועצת אירופה ובאמנה בדבר האיחוד האירופי יכולה כמובן להיעשות גם באמצעות כלים חוקתיים, כגון תיקונים חוקתיים או כינון חוקה חדשה. כך, למשל, ביחס לשינויים משפטיים וחוקתיים שהתרחשו בהונגריה החל בשנת 2010, ואשר הפכו את הונגריה מדמוקרטיה ליברלית למדינה שאינה ליברלית,[41] הביע הפרלמנט האירופי את דאגתו בדבר הלימתם של שינויים אלה לערכי האיחוד האירופי. בספטמבר 2018 קיבל הפרלמנט האירופי החלטה בדבר קיום סכנה מיידית להפרה חמורה של הערכים שהאיחוד האירופי מבוסס עליהם, ופתח, לראשונה, בהליכים מכוח סעיף 7 לאמנה בדבר האיחוד האירופי.[42]

דיני זכויות האדם של המשפט הבין־לאומי דורשים התייחסות מיוחדת נפרדת. בניגוד למשפט הבין־לאומי המסורתי, שעסק בהסדרת היחסים בין מדינות שונות, המשפט הבין־לאומי של היום מתעניין יותר ויותר בנושאים שהיו מוסדרים בעבר רק על־ידי חוקות מדינתיות, ובעיקר בנושא של זכויות־יסוד. כיום דיני זכויות האדם של המשפט הבין־לאומי עוסקים בהגנה על זכויות אזרחיות, פוליטיות, חברתיות, כלכליות ותרבותיות. דהיינו, במדינות רבות זכויות־היסוד של האדם זוכות בהגנה כפולה:

---

39 Statute of the Council of Europe 1949, 87 U.N.T.S. 103, E.T.S. 1, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/001.

40 Consolidated Version of the Treaty on European Union, OJ C 326, 26 Oct. 2012, pp. 19–20, http://data.europa.eu/eli/treaty/teu_2012/art_7/oj.

41 על שינויים אלה ראו, למשל, Kriszta Kovács & Gábor Attila Tóth, *Hungary's Constitutional Transformation*, 7 EUR. CONST. L. REV. 183 (2011); Gábor Halmai, *An Illiberal Constitutional System in the Middle of Europe*, 2014 EUR. Y.B. HUM. RTS. 497; Pál Sonnevend, András Jakab & Lóránt Csink, *The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary*, *in* CONSTITUTIONAL CRISIS IN THE EUROPEAN CONSTITUTIONAL AREA: THEORY, LAW AND POLITICS IN HUNGARY AND ROMANIA 33 (Armin von Bogdandy & Pál Sonnevend eds., 2015); Renáta Uitz, *Can You Tell When an Illiberal Democracy Is in the Making?*, 13 INT'L J. CONST. L. 279 (2015); Sonja Priebus, *Hungary*, *in* CONSTITUTIONAL POLITICS IN CENTRAL AND EASTERN EUROPE 101 (Anna Fruhstorfer & Michael Hein eds., 2016); Yaniv Roznai, *Constitutional Transformations: The Case of Hungary*, *in* CONSTITUTIONALISM IN CONTEXT (David Law ed., forthcoming 2020).

42 European Parliament resolution of 12 Sep. 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/2131(INL)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340_EN.html?redirect.

באמצעות חוקת המדינה ובאמצעות אמנות בדבר זכויות אדם שהמדינה מחויבת להן.[43] למעשה, ההגנה החוקתית הניתנת לזכויות אדם היא אחת הדרכים שבהן מדינות מבקשות ליישם את ההתחייבות הבין־לאומית שלהן לכיבוד זכויות אדם.[44]

משכך, ניתן לכאורה לטעון כי דיני זכויות האדם של המשפט הבין־לאומי יגבילו את האפשרות לשלול זכות חוקתית מסוימת או לפגוע בה באמצעות שינוי חוקתי, יהא זה תיקון חוקתי או כינון של מסמך חוקתי חדש. כך, לדוגמה, וינסנט סמר טוען כי הגבלות של שינויים חוקתיים חייבות לכלול הגנה על זכויות אדם שקיבלו הכרה אוניוורסלית.[45] באופן דומה, מתיאס הרתוויג טוען כי הוראות חוקתיות חייבות לעלות בקנה אחד עם החובות שהמשפט הבין־לאומי לזכויות אדם מטיל, וכי אלה מציבות כיום אמת־מידה ללגיטימיות של חוקות.[46] לפי לרי בקר, המערכת העל־לאומית מציבה מגבלות לגבי כינון חוקה לאומית, אשר מחייבות אותה להתבסס על מערכת אוניוורסלית מתפתחת של נורמות בסיסיות, הנגזרות מההסכמה הרחבה בקרב קהילות העולם.[47] בהקשר של ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים נדמה כי דיני זכויות האדם הם התחום הרלוונטי ביותר, שכן בכל הנוגע בזכויות אדם המשפט הבין־לאומי ברור יחסית, מקיים מנגנונים אפקטיביים של ביקורת שיפוטית על־ידי גופים על־לאומיים לזכויות אדם, ולעיתים אף

---

43 Gerald L. Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55 STAN. L. REV. 1863 (2003). להשוואה בין זכויות חוקתיות לבין זכויות בין־לאומיות ראו Stephen Gardbaum, *Human Rights as International Constitutional Rights*, 19 EUR. J. INT'L L. 749, 750–53, 764–68 (2008). על המתח בין המשפט הבין־לאומי לבין המשפט המדינתי בהקשר של זכויות אדם ראו Eyal Benvenisti & Alon Harel, *Embracing the Tension Between National and International Human Rights Law: The Case for Discordant Parity*, 15 INT'L J. CONST. L. 36 (2017).

44 Patricia Hyndman, *Constitutions, Constitutionalism and the Effective Implementation of the International Standards of Human Rights*, 21 AUS. Y.B. INT'L L. 95, 106 (2000); Christof Heyns & Frans Viljoen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, 23 HUM. RTS. Q. 483, 500 (2001). אך ראו David S. Law & Mila Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, 87 NYU L. REV. 762, 850 (2012) (מחקר אמפירי שלפיו אין ראיה ברורה שמכשירים טרנס־לאומיים לזכויות אדם מעצבים מגמות גלובליות או אזוריות בכתיבת חוקות); והשוו Elkins, Ginsburg & Simmons, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 64–65 (מחקר אמפירי שלפיו "international instruments have a powerful coordinating effect on the contents of national constitutions").

45 Vincent J. Samar, *Can a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?*, 33 OKLA. CITY U. L. REV. 667, 691–93 (2008).

46 Matthias Hartwig, *What Legitimises a National Constitutional? On the Importance of International Embedding*, *in* CONSTITUTIONAL CRISIS IN THE EUROPEAN CONSTITUTIONAL AREA: THEORY, LAW AND POLITICS IN HUNGARY AND ROMANIA 311, 324–27 (Armin von Bogdandy & Pál Sonnevend eds., 2015).

47 Larry Catá Backer, *God(s) Over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century*, 27 MISS. C. L. REV. 11, 16–17 (2007–2008).

מאפשר, מבחינה הליכית, הגשת עתירות על־ידי הפרט. כלומר, ביכולתם של דיני זכויות האדם הבין־לאומיים להציף ביקורת שיפוטית על־חוקתית על שינויים חוקתיים.[48]

במחשבה ראשונה, שאלת מעמדה הנורמטיבי של נורמה העומדת בניגוד לחובות שהמשפט הבין־לאומי מטיל אינה רלוונטית כלל מנקודת־מבטו של המשפט הבין־לאומי. תפיסת המשפט הבין־לאומי היא שכל מדינה חייבת, בראש ובראשונה, לכבד את החובות המוטלות עליה מכוח הדין הבין־לאומי, ולהתעלם מכל דין פנימי סותר או מנוגד, לרבות חקיקת־משנה, חקיקה ראשית ואף נורמה חוקתית. לפי התיאוריה של הנס קלזן, אין ספק שהמשפט הבין־לאומי מהווה נורמה בסיסית, וממנו נובע המקור החוקי של המשפט הפנימי במדינה, שהרי המשפט הבין־לאומי נחשב בעל מעמד עליון ורם מזה של המשפט הפנימי.[49] השקפה זו מבוססת על הגישה המוניסטית, כפי שהסביר ג׳וזף קונץ, תלמידו של קלזן: ״העליונות של משפט האומות משמעותה... שפירמידת הנורמות של מדינה אחת אינה מסתיימת בנורמה הבסיסית העליונה ביותר באותה מדינה, אלא בראש פירמידת הנורמות עומד הדין הבין־לאומי״.[50] אכן, על־פי עקרון העליונות (supremacy), הדין הלאומי כפוף למשפט הבין־לאומי, ולאחרון יש קדימות ועדיפות על הראשון.[51] לפיכך, אם המשפט הבין־לאומי זוכה במעמד נורמטיבי גבוה מזה של המשפט המדינתי הפנימי, אזי הוא גם עליון על חוקים פנימיים בעלי מעמד חוקתי על־חוקי.

תמיכה לתפיסה התיאורטית שהובעה לעיל ניתן למצוא בכמה מקורות של המשפט הבין־לאומי. בראש ובראשונה, לפי סעיף 27 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות, 1969 (להלן: VCLT), המסדירה אמנות בין מדינות, ״צד אינו רשאי להשתמש בהוראות הדין הפנימי במדינתו כהצדקה להפרה של אמנה מצידו״.[52] אם נקבל את עקרון ה־ *pacta sunt servanda*, הפרשנות הנכונה של הגדרת המונח ״הדין הפנימי״ חייבת לכלול גם דינים

---

48 Lech Garlicki & Zofia A. Garlicka, *External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference*, 44 ISR. L. REV. 343, 359–63 (2011).

49 HANS KELSEN, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW 408–18 (3rd ed. 2003).

50 Josef L. Kunz, *The "Vienna School" and International Law*, 11 NYU L.Q. REV. 370, 402 (1934). ראו גם Michael P. Socarras, *International Law and the Constitution*, 4 FED. CTS. L. REV. 185 (2011).

51 PETER MALANCZUK, AKEHURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW 63 (7th rev. ed. 1997); Gerald Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 92 RECUEIL DES COURS 1, 6–7 (1957).

52 VCLT, לעיל ה״ש 32. ראו גם U.N. Draft Declaration on Rights and Duties of States, Annex to U.N. Gen. Ass. Res. No. 375 (IV), U.N. Gen. Ass. Off. Rec. 4th Sess., Resolutions, (1949) 67, art 13: "Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty"; Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, s. 155 cmt. b (1987): "A State cannot adduce its constitution or its laws as a defense for failure to carry out its international obligations".

בעלי מעמד חוקתי. פרשנות זו מוצאת תימוכין במסמכי ההכנה (ה־travaux préparatoires) של ה־VCLT.[53] יתרה מזו, הפרקטיקה המשפטית הבין־לאומית תומכת בטענה זו. בשנת 1875, בפרשת *Montijo*, קבעה בוררות בין־לאומית כי ״אמנה עליונה על חוקה, כך שהחוקה נסוגה מפניה״.[54] בשנת 1932, בחוות־הדעת המייעצת בדבר Treatment of Polish Nationals in the Danzig Territory, קבע בית־הדין הקבוע לצדק בין־לאומי כי על־פי העקרונות המקובלים, ״מדינה אינה יכולה להציג את חוקתה לפני מדינה אחרת במטרה לנסות להתחמק מהחובות המוטלות עליה מכוח המשפט הבין־לאומי או אמנות בעלות תוקף״.[55]

העיקרון של עליונות המשפט העל־לאומי חולש לא רק על המשפט הבין־לאומי, אלא גם על הדין האזורי העל־מדינתי, ובא לידי ביטוי באופן המובהק ביותר ביחס למשפט האירופי.[56] כפי שנקבע בבית־הדין האירופי לצדק (CJEU), לדיני האיחוד האירופי יש עדיפות על הדין הפנימי במדינות החברות, ובמקרה של סתירה בין השניים יגברו דיני האיחוד האירופי.[57] כך, למשל, במקרה שעסק בסתירה בין חוק־היסוד הגרמני לבין דיני האיחוד האירופי נקבע ב־CJEU כי דיני האיחוד האירופי עדיפים על כל סוג

---

53 André de Hoogh, *The Relationship between National Law and International Law in the Report of the Georgia Fact-Finding Mission*, EJIL: TALK! (Jan. 4, 2010), http://www.ejiltalk.org/the-relationship-between-national-law-and-international-law-in-the-report-of-the-georgia-fact-finding-mission.

54 Case of the ‘Montijo’: Agreement Between the United States and Colombia of 17.8.1874, award of 26.7.1875, מצוטט אצל Anne Peters, *Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law*, 3 ICL J. 170, 183–84 (2009) (להלן: Peters, *Supremacy Lost*).

55 Avis consultatif du 4 février 1932, Série A/B No 44, 24. ראו Manley O. Hudson, *International Engagements and Their Interpretation by the Permanent Court of International Justice*, *in* LEGAL ESSAYS: IN TRIBUTE TO ORRIN KIP MCMURRAY 190 (Max Radin & A.M. Kidd eds., 1953).

56 שאלת היחס בין המשפט הבין־לאומי לבין המשפט האזורי – ובמיוחד המשפט האירופי – התבררה בפרשת *Kadi* המפורסמת כמורכבת מאוד. בפרשה זו התעוררה שאלת הביקורת השיפוטית של בית־הדין האירופי אל מול החלטה של מועצת הביטחון של האו״ם בדבר חילוט רכושו של איש העסקים הסעודי קאדי. ראו Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 September 2008. לדיון כללי בפרשה זו ראו, למשל, אריה רייך ״משפט האיחוד האירופי: עקרונות ומוסדות״ **משפט בינלאומי** 129, 167–168 (מהדורה שלישית, רוֹבי סִיבֵל ויעל רונן עורכים, 2016); Takis Tridimas & Jose A. Gutierrez-Fons, *EU Law, International Law, and Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress?*, 32 FORDHAM INT’L L.J. 660 (2009); Gráinne de Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*, 51 HARV. INT’L L.J. 1 (2010).

57 Sonja Boelaert, *European Union Courts*, *in* THE RULES, PRACTICE, AND JURISPRUDENCE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 415, 432 (Chiara Giorgetti ed., 2012).

של דין פנימי, לרבות חוקת המדינה, ללא תלות במעמדו הנורמטיבי של אותו דין פנימי.[58] כך, באופן דומה, גם ביחס למועצת אירופה (The Council of Europe): בית־המשפט האירופי לזכויות אדם (ECtHR) עשה בכמה מקרים שימוש בסמכותו ובחן לא רק חקיקה רגילה, אלא גם הוראות חוקתיות, כדי להעריך את התאמתן לאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR). כך, למשל, הוא ביקר את סעיף 70(5) של החוקה ההונגרית, השולל את זכות ההצבעה מאנשים שמונה להם אפוטרופוס באופן מלא או חלקי.[59] בפרשת *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* קבע ה־ECtHR כי ההוראה החוקתית המגבילה את הזכות להיבחר בבחירות לפרלמנט ולנשיאות של בוסניה והרצגובינה אך ורק לבוסנים, לקרואטים ולסרבים היא מפלה, וכי פסילת המועמדים ממוצא יהודי או רומני מהווה הפרה של ה־ECHR.[60] בפרשת *Anchugov and Gladkov* ביקשו שני אזרחי רוסיה שהורשעו ברצח להשיג על איסור ההצבעה בבחירות החל עליהם מכוח סעיף 23(3) לחוקת רוסיה. הממשלה הרוסית טענה כי לבית־המשפט אין סמכות לשפוט בנושא, לנוכח אופייה החוקתי של הוראת החוק, אולם בית־המשפט האירופי לזכויות אדם דחה את טענתה בקובעו כי האמנה האירופית לזכויות אדם אינה מסייגת מסמכותו של בית־המשפט האירופי לזכויות אדם שום חלק מהדין הפנימי של המדינות החברות.[61] סעיף 46 לאמנה האירופית לזכויות אדם קובע בבירור כי החלטותיו של בית־המשפט האירופי לזכויות אדם הן מחייבות, וכי המדינות החברות ״מקבלות על עצמן את ההתחייבות לפעול לפי פסק־דינו הסופי של בית־המשפט בכל מקרה שהן צד לו״. לפיכך בית־משפט על־לאומי, כבית־המשפט האירופי לזכויות אדם, יכול לקבוע כי שינוי חוקתי מפר את האמנה האירופית לזכויות אדם, והחלטה כזו תחייב את המדינה על־פי הדין העל־לאומי. במילים אחרות, האמנה האירופית לזכויות אדם משמשת מכשיר המקנה ״עירבון חוקתי מינימלי״.[62] לכן, כפי שטוען דיטר גרים, דינים על־לאומיים באירופה יכולים לכלול גם את החובה לערוך שינויים בחוקות הלאומיות של

58 Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 1970 E.C.R. 1125, 1134, para. 3, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0011:EN:PDF.

59 Alajos Kiss v. Hungary, App. No. 38832/06, Eur. Ct. H.R., 20 May 2010. ראו גם Rekvenyi v. Hungary, App. No. 25390/94, Eur. Ct. H.R., 20 May 1999; Victor-Emmanuel de Savoie v. Italy, App. No. 53360/99, Eur. Ct. H.R., 24 Apr. 2003, שבהם בחן בית־המשפט האירופי את התאמתן של הוראות חוקתיות לאמנה האירופית לזכויות אדם אך לא קבע שהייתה הפרה.

60 Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, App. No. 27996/06, Eur. Ct. H.R., 22 Dec. 2009.

61 Anchugov and Gladkov v. Russia, App. No. 11157/04, Eur. Ct. H.R., 4 July 2013.

62 Tilmann Altwicker, *Convention Rights as Minimum Constitutional Guarantees? The Conflict Between Domestic Constitutional Law and the European Convention of Human Rights*, *in* CONSTITUTIONAL CRISIS IN THE EUROPEAN CONSTITUTIONAL AREA: THEORY, LAW AND POLITICS IN HUNGARY AND ROMANIA 331 (Armin von Bogdandy & Pál Sonnevend eds., 2015).

המדינות החברות ככל שהוראות חוקתיות שלהן אינן עולות בקנה אחד עם מחויבויות על־לאומיות בדבר זכויות אדם.[63] ייתכן שזו הסיבה שבגינה טען ג׳ד רובנפלד כי ״מה שמייחד את החוקה האירופית החדשה... הוא האידיאולוגיה של ׳זכויות אדם בין־לאומיות׳ או אוניוורסליות, אשר תקפות לא מכוח חוקה לאומית מסוימת, ואשר נושאות לפיכך אופי על־לאומי וכמעט על־חוקתי, מה שהופך אותן לבלתי־ניתנות כמעט להגבלה (unamendable)...״[64]

עליונות זו של המשפט האזורי אינה מוגבלת לאירופה. באמריקה, בחוות־דעת מייעצת מס׳ 4, משנת 1984, קבע בית־המשפט הבין־אמריקאי לזכויות אדם כי הסמכות הנתונה לו לבחון את הלימת הדין המקומי (domestic laws) לאמנה הבין־אמריקאית לזכויות אדם כוללת את ״כל החקיקה הלאומית וכל הנורמות המשפטיות מכל סוג, לרבות הוראות חוקתיות״.[65] קביעה זו לא יושמה במשך חמש־עשרה שנה, עד פסק הדין בעניין *Castillo Petruzzi and Others v. Peru*, משנת 1999, שבו הורה לראשונה בית־המשפט הבין־אמריקאי לשנות הוראה חוקתית. בית־המשפט הבין־אמריקאי קבע כי הוראה חוקתית שהגבילה את זכות הגישה לערכאות אינה עולה בקנה אחד עם האמנה הבין־אמריקאית לזכויות אדם ולכן יש לשנותה.[66] אחרי אותו פסק־דין נתן בית־המשפט הבין־אמריקאי את פסיקתו המפורסמת ביותר בנוגע להוראות חוקה – זו שנפסקה בפרשת *Olmedo-Bustos et al. v. Chile* בעניין הסרט ״הפיתוי האחרון של ישו״. בית־המשפט הבין־אמריקאי לזכויות אדם קבע כי הוראת החוקה הצי׳ליאנית הנוגעת בצנזורה של סרטים אינה עולה בקנה אחד עם הוראות האמנה הבין־אמריקאית לזכויות אדם, ובעקבות החלטה זו תיקנה צ׳ילה את החוקה בהתאם לפסיקה.[67]

גם באפריקה קבע בית־הדין האפריקאי לזכויות האדם והעמים את סמכותו לבחון את הלימתן של נורמות חוקתיות לאמנה האפריקאית בדבר זכויות האדם והעמים.[68] עד כה

---

63 Dieter Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, *in* THE TWILIGHT OF CONSTITUTIONALISM? 3, 15 (Petra Dobner & Martin Loughlin eds., 2010). ראו גם Didier Maus, *The Influence of Contemporary International Law on the Exercise of Constituent Power*, *in* NATIONAL CONSTITUTIONS IN THE ERA OF INTEGRATION 50 (Antero Jyränki ed., 1999).

64 Jed Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 NYU L. REV. 1971, 1997 (2004).

65 IACHR, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84 of Jan. 19, 1984. Series A No. 4, para. 14, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_ing.pdf.

66 IACHR, *Castillo Petruzzi and Others v. Peru*, Judgment of May 30, 1999. Series C No. 52, paras. 160–61, https://www.refworld.org/pdfid/44e494cb4.pdf.

67 IACHR, *Olmedo-Bustos et al. v. Chile*, Judgment of Feb. 5, 2001, Series C No. 53, para. 103(4), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_ing.pdf.

68 ראו סקירה אצל Adem Kassie Abebe, *Taming Regressive Constitutional Amendments: The African Court as a Continental (Super) Constitutional Court*, 17 INT'L J. CONST. L. 89, 105–12 (2019).

הוא עשה כן פעם אחת, וכבר במקרה ראשון זה הוא קבע כי החקיקה הנבחנת הפרה את האמנה האפריקאית. היה זה בשנת 2013, בפסק־דין *Mtikila v. Republic of Tanzania*, שעסק בהוראות של חוקת טנזניה האוסרות התמודדות של מועמדים עצמאיים בבחירות לנשיאות, לגוף המחוקק או לרשויות מקומיות.[69] בית־הדין האפריקאי קבע כי איסור זה מפר את זכות הפרט לשוויון לפני החוק, את איסור ההפליה, את הזכות להתאגד ואת הזכות להשתתפות פוליטית, המוגנים כולם באמנה האפריקאית. בית־הדין הוסיף כי טנזניה לא הוכיחה כי האיסור משרת תכלית ראויה, וכי מכל מקום, גם אם הוא נועד לשרת תכלית של סולידריות ואחדות, איסור מוחלט כאמור אינו מידתי ביחס לתכלית. בית־הדין הורה לטנזניה לבחון מחדש את ההוראות החוקתיות הרלוונטיות.[70]

הניתוח דלעיל מראה כי המשפט הבין־לאומי והמשפט האזורי מטילים כיום, לכאורה, הגבלות משפטיות ״על־חוקתיות״ על הסמכות המכוננת — הגבלות אשר ייתכן שייאכפו על־ידי גופים בין־לאומיים או אזוריים. עם זאת, כפי שאבקש להראות בחלק הבא, הגבלות אלה נתקלות בקשיים בכל הנוגע במרחב המשפטי הפנימי במדינות.

ב. בעיית המרחב המשפטי הפנימי אל מול המרחב המשפטי החיצוני

בחלק הקודם ביקשתי להראות כי המשפט העל־לאומי עליון על המשפט המדינתי, ומטיל מגבלות גם על היכולת לקבוע נורמות חוקתיות. אולם ניתן לטעון כי עקרון העליונות של המשפט העל־לאומי אל מול המשפט החוקתי הפנימי במדינה משמעו שהוראה חוקתית במשפטה הפנימי של מדינה אינה יכולה לשמש בסיס להסרת אחריותה ומחויבותה של אותה מדינה למשפט הבין־לאומי העל־לאומי — הא ותו לא. כלומר, ניתן לטעון כי מסעיף 27 ל־VCLT לא נובעת בהכרח החובה להעדיף אמנות על המשפט הפנימי במערכת השיפוטית במדינה, אלא מטרת הסעיף היא רק לחזור ולהצהיר כי הדין הבין־לאומי עדיף על הדין הפנימי במישור הבין־לאומי, שנקרא ״המרחב המשפטי החיצוני״.[71] אנדרה נולקמפר הבהיר את הרעיון באופן הבא:

> באופן עקרוני, הטענה בדבר עליונותו של המשפט הבין־לאומי מוגבלת לספֵרה הבין־לאומית בלבד. בספֵרה זו מדינות אינן יכולות לעשות שימוש בדין הפנימי כדי להצדיק את הפרת המחויבות הבין־לאומית

---

69 Christopher R. Mtikila v. Republic of Tanzania, App. No. 009/2011 & 011/2011, Afr. Ct. H.P.R. (June 14, 2013).

70 Abebe, לעיל ה״ש 68, בעמ׳ 107. על סדרת פסקי־הדין שעסקו בעניינו של Mtikila ראו Michael Frank Lofchie, *Contesting Constitutional Multi-Culturalism in Tanzania: The Trials of Christopher Mtikila*, 3 J. POL. SCI. & INT'L REL. 26 (2020).

71 זה מה שמיירס מקדוגל מכנה external v. internal arenas. ראו Myres S. McDougal, *The Impact of International Law upon National Law: A Policy-Oriented Perspective*, 4 S.D. L. REV. 25, 34–35 (1959).

> שלהן. כמו־כן, בספֵרה זו על בתי־המשפט הבין־לאומיים, לנוכח העובדה שהם הוקמו מכוח הדין הבין־לאומי, לתת עדיפות למשפט הבין־לאומי על המשפט הפנימי של המדינות. אין לכך בהכרח השלכות משפטיות פנימיות... מעשה שפסול בעיני המשפט הבין־לאומי עשוי להיות מקובל בספֵרה הפנים־מדינתית, ומה שאינו חוקי במערכת הדינים הפנימית במדינה יכול להיות חוקי לחלוטין בתחום הבין־לאומי... ההבנה הכללית היא שהמשפט הבין־לאומי אינו יכול לממש בעצמו את עליונותו ברמה הפנים־מדינתית.[72]

כמאל גוזלר מחזיק בגישה דומה. הוא טוען כי אם שופט בבית־משפט על־לאומי מוצא סתירה בין סטנדרט בין־לאומי לבין סטנדרט חוקתי־פנימי של מדינה, המדינה תהא אחראית לכך, ומכאן שלא יהיה אפשר לאכוף את אותו סטנדרט חוקתי פנימי. עם זאת, אי־אכיפתו של הסטנדרט הסותר את המחויבות הבין־לאומית תקפה אך ורק בספֵרה הבין־לאומית. במילים אחרות, אם בית־משפט על־לאומי יקבע כי הוראה חוקתית פנימית של מדינה אינה עולה בקנה אחד עם כלל על־לאומי, הוא עשוי לפסוק לצד הנפגע סעד של פיצויים, אך תיקונה של אותה הוראה חוקתית פנימית נתון להחלטתה של המדינה. לכן גם יש להבחין בין תקפות פנימית לתקפות חיצונית, מאחר שלא תמיד הן חופפות.[73] כפי שטען השופט לשעבר של בית־המשפט האירופי לזכויות אדם לֶך גרליצקי, יחד עם זופיה גרליצקה:

> ...לפסקי־הדין של בית־המשפט האירופי לזכויות אדם אין השפעה ישירה על המשך קיומו או תוקפו של אמצעי מדינתי שנמצא כי מפר את האמנה. לבית־המשפט האירופי לזכויות אדם אין הסמכות לבטל פסיקה ספציפית או הוראות חקיקה פנימיות של מדינה. לכן, אף אם בית־הדין בשטרסבורג החליט כי הוראת חוק פנימית היא סותרת־אמנה (unconventionality), הוראת החוק אינה בטלה ואינה מאבדת מתוקפה, אלא ממשיכה להתקיים עד שתבוטל על־ידי הפרלמנט הלאומי.[74]

אשר על־כן, כל אי־התאמה בין המשפט הבין־לאומי המחייב לבין הוראה חוקתית פנימית עלולה לגרור אחריה אחריות משפטית של המדינה, אך ההוראה תיוותר תקפה מכוח הדין הפנימי של אותה מדינה.

אכן, לבית־דין בין־לאומי, כאשר הוא קיים, יש תפקיד משמעותי. כיום, בתי־משפט לאומיים צריכים להביא בחשבון את האפשרות שפסקי־הדין שלהם ייבחנו על־ידי בתי־

---

72 André Nollkaemper, National Courts and the International Rule of Law (2011) 199–200.

73 Kemal Gözler, *La question de la superiorité des normes de droit international sur la constitution*, 46 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195, 210 (1996).

74 Garlicki & Garlicka, לעיל ה״ש 48, בעמ׳ 363.

דין בין־לאומיים או אזוריים, ולשאול את עצמם כיצד פסקי־הדין שלהם ייתפסו בקרבם. כלומר, הרשויות השיפוטיות הגבוהות ביותר של מדינות אינן אוחזות עוד בסמכות העליונה ביותר מבחינה זו.[75] כפי שהצהיר לורד רודג׳ר באחת הפרשות: "Even though we are dealing with rights under a United Kingdom statute, in reality, we have no choice: *Argentoratum locutum, iudicium finitum*—Strasbourg has spoken, the case is closed".[76]

אולם תפקידם של בתי־הדין הבין־לאומיים מוגבל עד להחלטה בדבר תוקפה הפנימי של חקיקה – לרבות חקיקה חוקתית – במדינה. ראו, למשל, את המשבר החוקתי שהתרחש בניקרגואה בשנים 2004–2005.[77] בקצרה, הליך השינוי החוקתי הקבוע בחוקת ניקרגואה משנת 1987 מאפשר לערוך שינוי מלא או חלקי. שינוי חלקי בחוקה מחייב רוב של 60% באספה הלאומית ואישור בקריאות הראשונה והשנייה, ואילו שינוי מלא של החוקה מחייב רוב של שני שלישים באספה הלאומית ואישור סופי של אספה מכוננת שנבחרה במיוחד (סעיפים 192–194 לחוקה). בנובמבר 2004 העניקה האספה הלאומית, במסגרת רפורמה חלקית לחוקה, אישור ראשוני לסדרה של תיקונים לחוקה אשר הגבילו את כוחו של הנשיא אנריקה בולניוס (Enrique Bolaños). הנשיא בולניוס טען כי תיקונים אלה ערערו את מאזן הכוחות בין רשויות השלטון ולכן יש לראות בהם שינוי מלא – ולא חלקי – של החוקה, המחייב אישור של אספה מכוננת נבחרת. בדצמבר 2004 הגיש הנשיא עתירות לבית־המשפט העליון בניקרגואה ולבית־הדין לצדק של מרכז אמריקה (להלן: CCJ). ה־CCJ הסכים לשפוט בעתירה בינואר 2005, וקרא לאספה הלאומית להשהות את הליך התיקון עד לקבלת החלטה סופית בעניין זה. אולם במקביל קבע בית־המשפט העליון בניקרגואה כי הוא, ולא ה־CCJ, בעל סמכות השיפוט בעתירה זו. האספה הלאומית התעלמה מהצו הזמני שהוציא ה־CCJ ואישרה את התיקונים לחוקה. במרץ 2005 קבע ה־CCJ כי התיקונים יערערו את עצמאותה של הרשות המבצעת. מאחר שתיקונים אלה ניסו להפוך את ניקרגואה ממערכת נשיאותית למערכת פרלמנטרית, שינוי כזה יכול להיעשות אך ורק באמצעות תהליך של רפורמה מלאה. ה־CCJ הגיע למסקנה כי התיקונים אינם חוקתיים ולכן חסרי תוקף. אולם במקביל נתן בית־המשפט העליון בניקרגואה את פסק־דינו באותו עניין, וקבע כי ההחלטה של ה־CCJ חסרת תוקף. ניקרגואה נותרה לפיכך עם שתי חוקות – אחת שתקפה מבחינה לאומית אך לא מבחינה בין־לאומית, ואחרת שכבר אינה תקפה מבחינה לאומית אך תקפה מבחינה בין־לאומית. בסופו של דבר הגיעו הנשיא והאספה הלאומית להסכמה והשהו את כניסת התיקונים לתוקף עד לבחינה מחודשת שלהם לאחר הבחירות הבאות. לאחר הבחירות אכן השהתה הממשלה החדשה את יישום התיקונים החדשים עד שיוחלט אחרת, ללא הגבלת זמן. המשבר החוקתי בניקרגואה מלמדנו שני לקחים חשובים: האחד הוא שבית־

75 Bryde, לעיל ה״ש 23, בעמ׳ 210.

76 Secretary of State for the Home Department v. AF (No. 3) [2009] UKHL 28, para. 98.

77 לסקירה מקיפה ראו Schnably, לעיל ה״ש 36, בעמ׳ 461–473.

דין על־לאומי יכול לקבוע כי שינויים חוקתיים אינם חוקתיים; והאחר, שאין בהצהרת אי־חוקתיות כאמור כדי להשפיע על תוקפם של שינויים חוקתיים במרחב הפנים־מדינתי.

דוגמה נוספת היא החלטת מועצת הביטחון (SC) מס׳ 544, משנת 1984, בדבר החוקה החדשה של דרום־אפריקה משנת 1983, אשר עיגנה את מדיניות האפרטהייד בתוכה.[78] בהחלטה זו הכריזה מועצת הביטחון כי היא ״דוחה בתוקף את המסמך שנקרא ׳החוקה החדשה׳״, וקבעה כי הוא בטל, מבוטל וחסר כל תוקף, לנוכח הסתירה בינו לבין מגילת האו״ם (UN Charter), ובעיקר לנוכח הפן הגזעני שבו.[79] אולריך פרויס רואה בהחלטה זו דוגמה לתפקידן המשתנה של החוקות הלאומיות, ומציין כי ״איננו יכולים עוד להמשיך לראות בהן [בחוקות הלאומיות] מכשיר פנימי טהור של הממשל החל על האוכלוסייה המקומית בלבד, אשר מממשת את זכותה הלאומית להגדרה עצמית מבלי להביא בחשבון את הסביבה האזורית או הגלובלית שלה״.[80] אף שדרום־אפריקה הייתה צריכה לאמץ וליישם החלטה זו של מועצת הביטחון בהתאם לסעיף 25 של אמנת האו״ם, היא גינתה את ההחלטה וכינתה אותה ״התערבות בוטה בענייניה הפנימיים״.[81] מכאן, בניגוד לגישתה הדואליסטית של דרום־אפריקה, מועצת הביטחון קבעה כי המשפט הבין־לאומי כשלעצמו חל ברמה הפנים־מדינתית, בהתעלם מכל הוראה חוקתית מנוגדת.[82] אך חשוב לציין כי אף שהחוקה הוכרזה ״בטלה ומבוטלת״, היא נשארה בתוקף למשך עשר שנים, עד שהוחלפה בחוקה זמנית בשנת 1994. כלומר, שוב, במרחב המשפטי הפנימי לא היה להחלטה זו תוקף.

לסיכום נקודה זו עלינו לשוב ולהידרש לפרשת *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, לפרשת *Mtikila v. Republic of Tanzania* ולפרשת *Anchugov and Gladkov*. בפרשה הראשונה קבע בית־המשפט האירופי לזכויות אדם כי הוראה חוקתית אשר מפלה קבוצות מיעוט בבחירות מפֵרה את הוראות האמנה האירופית לזכויות אדם.

---

78 ראו, באופן כללי, Goler Teal Butcher, *Legal Consequences for States of the Illegality of Apartheid*, 8 HUM. RTS. Q. 404, 433 (1986); Xia Jisheng, *Evolution of South Africa's Racist Constitutions and the 1983 Constitution*, 16(1) J. OPINION 18 (1987).

79 S.C. Res. 554, UN Doc S/RES/554 (Aug. 17, 1984), https://digitallibrary.un.org/record/68689?ln=en#record-files-collapse-header.

80 Ulrich K. Preuss, *Perspectives on Post-conflict Constitutionalism: Reflections on Regime Change Through External Constitutionalization*, 51 NYLS L. REV. 467, 492 (2006–2007).

81 D.J. Devine, *International Law Tensions Arising from the South African Situation 1976–1986*, 1987 ACTA JURIDICA 165, 194 n. 163.

82 לפרשנות כזו של ההחלטה ראו Andreas Zimmermann, *Is It Really All About Commitment and Diffusion? A Comment on Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*, 2008 U. ILL. L. REV. 253, 257–58. על היחס בין המשפט הבין־לאומי לבין המשפט הלאומי בדרום־אפריקה באותה תקופה ראו, באופן כללי, Rosalie P. Schaffer, *The Inter-Relationship Between Public International Law and the Law of South Africa: An Overview*, 32 INT'L & COMP. L.Q. 277 (1983).

בעקבות פסיקה זו פתחו הרשויות בבוסניה בהליכים כדי ליישם את ההחלטה ולפעול למען התיקון הנדרש. עם זאת, יישום ההחלטה הוא תפקידם הרשמי של המוסדות המקומיים, ועד כה לא חוקק כל תיקון חוקתי בנוגע להפליה נגד קבוצות המיעוט בבחירות. בפרשה השנייה קבע בית־הדין האפריקאי לזכויות האדם והעמים כי על טנזניה לבחון מחדש את הוראות החוקה שהגבילו את זכותם של מועמדים עצמאיים להיבחר. החלטה זו טרם יושמה, אף שנוסחו כבר הצעות לתיקון החוקה כחלק מהליך שינוי חוקתי שיאפשר התמודדות של מועמדים עצמאיים בבחירות. בפרשה האחרונה פסק בית־המשפט האירופי לזכויות אדם כי הסעיף בחוקתה של רוסיה אשר שולל באופן גורף את זכותם של אסירים שהורשעו להצביע בבחירות אינו עולה בקנה אחד עם הוראות האמנה האירופית לזכויות אדם. בתגובה על כך תיקנה רוסיה את חוקתה והוסיפה הוראה המעניקה לבית־המשפט החוקתי את הסמכות להחליט כי ״אין אפשרות ליישם״ פסיקה של בית־דין בין־לאומי לזכויות אדם, בהתבסס על הקביעה כי הוראות באמנה הבין־לאומית הרלוונטית אינן תואמות את החוקה הרוסית. ב־19 באפריל 2016 פסק בית־המשפט החוקתי של רוסיה כי ״אין אפשרות ליישם״ את פסיקתו של בית־המשפט האירופי לזכויות אדם בעניין *Anchugov and Gladkov*. בית־המשפט החוקתי קבע כי זכות ההצבעה אינה יכולה לקבל פרשנות כה רחבה כך שתחול גם על אסירים שהורשעו, וכי פרשנות כזו מנוגדת לחוקת רוסיה. מכאן שבית־המשפט החוקתי אישר כי החוקה הרוסית זוכה במעמד נורמטיבי עליון על פסיקותיו של בית־המשפט האירופי לזכויות אדם.[83]

המקרים שתוארו אינם משקפים את התמונה בכללותה, והצגתם כאן לא נועדה לכפור בחשיבותה של מערכת המשפט הבין־לאומית או האזורית. עם זאת, הם משרטטים טיעון ביקורתי ומציגים את המצב המורכב שבו פעולה מסוימת יכולה להיתפס כחסרת תוקף משפטי בעיני המשפט העל־לאומי אך להישאר תקפה באספקלריה של המשפט הפנים־מדינתי. לכן נדמה שמדויק יותר להשתמש באמרתה של הברונית ברנדה הייל: "*Argentoratum locutum: iudicium non finitum*" – מילתו של בית־הדין העל־לאומי אינה המילה האחרונה.[84]

ג. תפקידם של בתי־המשפט הלאומיים

1. התפקיד הכפול של בית־המשפט הלאומי

83 Natalia Chaeva, *The Russian Constitutional Court and Its Actual Control over the ECtHR Judgement in Anchugov and Gladkov*, EJIL: TALK! (Apr. 26, 2016), https://www.ejiltalk.org/the-russian-constitutional-court-and-its-actual-control-over-the-ecthr-judgement-in-anchugov-and-gladko/.

84 Brenda Hale, *Argentoratum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?*, 12 HUM. RTS. L. REV. 65, 77 (2012).

הניתוח שנערך לעיל, אף אם הוא נכון בעיקרו, הוא חלקי בהיקפו, שכן הוא מתעלם מתפקידם הפוטנציאלי והממשי של בתי־המשפט הלאומיים באכיפה ובפיתוח של המשפט הבין־לאומי.[85] נולקמפר, למשל, חקר כיצד בתי־משפט לאומיים ברחבי העולם בוחנים את הלימתן של פעולות שנעשו על־ידי הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת במדינתם לדין הבין־לאומי, וטען כי בתי־המשפט הלאומיים יכולים לשמש נציגים של מערכת המשפט הבין־לאומית, במטרה לשרת את שלטון החוק הבין־לאומי.[86] במקרה של הפרת הדין הבין־לאומי בתי־המשפט הלאומיים יכולים לוודא, למשל, שניתן פיצוי הולם או לחלופין שהחלטה של טריבונל בין־לאומי מיושמת בפועל.[87] ככל שהדין הבין־לאומי והדין העל־לאומי ייאכפו בקרב בתי־המשפט הלאומיים, צפוי שהתוצאה תהא שאורגני המדינה יוסיפו לעשות שימוש באותם דינים.[88] חשיבותם של בתי־המשפט הלאומיים נעוצה בכך שבעוד בתי־המשפט הבין־לאומיים רשאים לקבוע רק את חוסר התקפות המשפטית של הדין הפנימי במרחב החיצוני, ואינם יכולים להשפיע על תוקפו במישור הפנים־מדינתי, בתי־המשפט הלאומיים, לטענת נולקמפר, יכולים ״לייבא פנימה״ את המשפט הבין־לאומי, להכיר בעליונותו ולחזק את האפקטיביות שלו, ובכך להעלות את המשפט הבין־לאומי לפסגה של פירמידת הנורמות.[89]

ברוח דומה טען דיטר גרים, בהתייחס לדין הגרמני ולדיני האיחוד האירופי, כי בשל עליונותם של דיני האיחוד האירופי, חוקת גרמניה ובית־המשפט החוקתי שלה אינם מחזיקים עוד בסמכות הבלעדית לקביעת תוקפם של חוקי המדינה, שכן כל שופט במערכת המדינתית הגרמנית יכול לתת עדיפות לדין האירופי על הדין הפנימי כאשר זה האחרון אינו עולה בקנה אחד עם דיני האיחוד האירופי, ובמילים אחרות – לא לתת

85 לדיון כללי בתפקידם של בתי־משפט לאומיים ביישום, באכיפה ובפיתוח של המשפט הבין־לאומי ראו Francesco Francioni, *International Law as a Common Language for National Courts*, 36 TEX. INT'L L.J. 587 (2001); Anthea Roberts, *Comparative International Law? The Role of National Courts in International Law*, 60 INT'L & COMP. L.Q. 57 (2011).

86 NOLLKAEMPER, לעיל ה״ש 72, בעמ׳ 7. כך, למשל, במדינות מוניסטיות רבות המשפט הבין־לאומי מקבל מעמד נורמטיבי עליון על החקיקה המקומית (למעט חקיקה חוקתית, כפי שאדגים בהמשך). מעמד נורמטיבי זה מאפשר לבתי־המשפט לעשות מה שמכונה בשיטה הצרפתית le contrôle de conventionnalité des lois – בדיקת הלימתה של חקיקה לדיני זכויות האדם הבין־לאומיים. כך, הדינים הבין־לאומיים זוכים במעמד מעין־חוקתי ונאכפים על־ידי בתי־המשפט המדינתיים. לטיעון כי ביקורת זו יכולה לחזק את משטר זכויות האדם המדינתי ראו Laura-Stella Enonchong, *International Constitutional Law and Judicial Review of Domestic Human Rights Legislation*, 13 ICL J. 87 (2019).

87 NOLLKAEMPER, לעיל ה״ש 72, בעמ׳ 200.

88 Mattias Kumm, *The International Rule of Law and the Limits of the Internationalist Model*, 44 VA. J. INT'L L. 19, 22–23 (2003).

89 NOLLKAEMPER, לעיל ה״ש 72, בעמ׳ 166–177.

תוקף לדין הפנימי במקרה כאמור.[90] סמכות הביקורת השיפוטית של בית־משפט מקומי על דינים פנימיים, המבוססת על המשפט הבין־לאומי, עשויה לחול גם לגבי ביקורת על הוראות חוק בעלות מעמד נורמטיבי חוקתי.[91] במילים אחרות, ככל שערכאות בין־לאומיות מוסמכות לבקר הוראות בעלות מעמד נורמטיבי חוקתי, מתחזק הטיעון כי יש ליתן סמכות דומה גם בידי בתי־המשפט המדינתיים.[92] עם זאת, מאחר שיישום המשפט הבין־לאומי על־ידי בתי־המשפט המקומיים עשוי להגביר את המתחים בין הרשות השופטת לבין רשות המחוקקת והרשות המבצעת, השימוש בסמכות זו על־ידי בתי־המשפט תלויה, בין היתר, בעוצמתם, בעצמאותם ובלגיטימיות של בית־המשפט במערכת הלאומית.[93]

נראה אפוא כי הפתרון להעדר האפקטיביות של המשפט הבין־לאומי נעוץ בבתי־המשפט הלאומיים. העניין דומה לדוקטרינת כפילות התפקידים — dédoublement fonctionnel — שהגה ז׳ורז׳ סֶל (Scelle). לפי דוקטרינה זו, כל אימת שמובאת לפתחו של בית־המשפט הלאומי מחלוקת הנוגעת בסתירה בין הדין הפנימי לדין הבין־לאומי, בית־המשפט הלאומי משמש ערכאה בין־לאומית ומעין נציג של הדין הבין־לאומי, לצד תפקידו הפנימי במדינה.[94] אולם כאשר בתי־המשפט הלאומיים מתבקשים לאכוף את הדין הבין־לאומי אל מול נורמה חוקתית פנימית סותרת, הם מצויים במצב של נאמנות מעורבת או כפל נאמנויות:[95] מחד גיסא, כסמכות ממוסדת, הרשות השופטת מחויבת לפעול בהתאם להוראות חוקתה הלאומית של המדינה — החוק העליון במדינה; מאידך גיסא, מאחר שאין גוף שיפוטי אחר במדינה שיכול להתייחס להפרה של מחויבות בין־לאומית המוטלת על המדינה, בתי־המשפט הלאומיים הם שמחויבים ליצוק תוכן ולתת משמעות לאותן מחויבויות בין־לאומיות. כפי שיובל שני כותב, את המשפט הבין־לאומי, כמערכת דינים המחייבת את המדינה, יש להביא בחשבון כשיקול רלוונטי גם

---

90 Dieter Grimm, *The Basic Law at 60—Identity and Change*, 11 GER. L. REV. 33, 45 (2010).

91 David R. Deener, *Treaties, Constitutions and Judicial Review*, 4 VA. J. INT'L L. 7, 18, 30 (1964).

92 Abebe, לעיל ה״ש 68, בעמ׳ 112.

93 ראו Michael Freitas Mohallem, *Book Review: National Courts and the International Rule of Law, by André Nollkaemper*, 32 LEGAL STUD. 516, 522 (2012).

94 1 GEORGES SCELLE, PRECIS DU DROIT DES GENS: PRINCIPES ET SYSTEMATIQUE 43, 54–56 (Librarie du Recueil Sirey 1932). על התיאוריה של ז׳ורז׳ סל ראו Hubert Thierry, *The Thought of Georges Scelle*, 1 EUR. J. INT'L L. 193 (1990); Antonio Cassese, *Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (Dédoublement Fonctionnel) in International Law*, 1 EUR. J. INT'L L. 210, 212–13 (1990).

95 Yuval Shany, *Dédoublement Fonctionnel and the Mixed Loyalties of National and International Judges*, *in* SHAPING RULE OF LAW THROUGH DIALOGUE: INTERNATIONAL AND SUPRANATIONAL EXPERIENCES 29, 39–41 (Filippo Fontanelli, Giuseppe Martinico & Paolo Carrozza eds., 2010).

בבתי־המשפט של אותה מדינה.[96] בית־המשפט המדינתי, ציינו ויילר ולוסטיג, ״יכול לראות את עצמו כחלק מקהיליית בתי המשפט המדינתיים המחויבת – לבד ובמשותף – לשמור על שלטון החוק״.[97]

דבר זה מציב את השופטת בבית־המשפט המקומי בעמדה לא־נוחה – או שתבחר לפעול בניגוד להוראות הדין הבין־לאומי או שתבחר לפעול בניגוד להוראות החוקה.[98] פייר־מארי דופווי מציין כי תיאוריית כפילות התפקידים של סֶל מאפשרת לגופים מטעם המדינה ״לתפוס שתי ציפורים במכה אחת״: בעודם פועלים במסגרת סמכותם כפי שהוגדרה בחוקי המדינה, הם גם נוטלים חלק ביישום המשפט הבין־לאומי.[99] בעוד הערה זו נכונה לגבי בית־משפט לאומי הדן בפעולות של רשויות המדינה או מעשי שלטון רגילים, תיאוריית כפל התפקידים נתקלת בקשיים מיוחדים כאשר בית־המשפט הלאומי מבקש לדון בנורמה חוקתית. אז השופטת כבר אינה פועלת במסגרת סמכותה כפי שהוגדרה במערכת החוק הלאומית.

בעייתית לא פחות, בהקשר של ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות, היא ההנחה כי אם בתי־המשפט הלאומיים העוסקים בעניינים חוקתיים מוכנים לפסול חוקים שנחקקו על־ידי הרשות המחוקקת במדינה, אזי צריכה להיות להם הסמכות לעשות אותה פעולה – קרי, פסילת חוקים – גם בבואם לאכוף את המשפט הבין־לאומי.[100] כאשר בית־המשפט החוקתי (או העליון, לצורך העניין) פוסל חוק שנחקק על־ידי הרשות המחוקקת, הוא עושה כן מפני שאותו חוק סותר את החוקה ולכן אינו חוקתי. בפסיקתו הוא שומר אפוא על החוקה.[101] אך נראה כי ההשוואה הזו אינה מדויקת ככל שמדובר בביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים. ניתן לטעון כי בבטלו תיקון חוקתי שנחקק בהליך

96 Yuval Shany, *How Supreme Is the Supreme Law of the Land? Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts*, 31 BROOK. J. INT'L L. 341, 399 (2006).

97 יוסף ויילר ודורין לוסטיג ״מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל״ **עיוני משפט** לח 419, 498 (2016).

98 על כך יש להוסיף את הטיעון שבתי־משפט לאומיים מהססים להחיל משפט בין־לאומי או אזורי אם הם אינם יכולים להבטיח שבתי־משפט לאומיים אחרים יפעלו באופן דומה. ראו Eyal Benvenisti, *Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts*, 4 Eur. J. Int'l L. 159, 175 (1993); Joseph H. H. Weiler, *A Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors*, 26 COM. POL. STUD. 510, 521–22 (1994).

99 Pierre-Marie Dupuy, *Unity in the Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges at the National Level: Reviewing Georges Scelle's 'Role Splitting' Theory*, *in* INTERNATIONAL LAW AND THE QUEST FOR ITS IMPLEMENTATION 417, 421 (Laurence Boisson de Chazournes & Marcelo Kohen eds., 2010).

100 Kumm, לעיל ה״ש 88, בעמ׳ 24.

101 ראו, למשל, אהרן ברק ״ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק״ **משפט וממשל** ג 403 (1996).

פרוצדורלי תקין מבחינה חוקתית, בית־המשפט כבר אינו שומר על החוקה, אלא פועל בניגוד להוראותיה.

אין מדובר אך ורק בכפל נאמנויות. הכרזה שיפוטית כי הוראה חוקתית בטלה היות שהיא סותרת את המשפט הבין־לאומי עלולה ללקות קשות בהעדר לגיטימציה דמוקרטית. בהקשר זה ראוי לציין כי המשפט הבין־לאומי נמצא באופן כללי בנסיגה. החלטת הפרישה של בריטניה מהאיחוד האירופי (ה״ברקזיט״), פרישת דרום־אפריקה מחוקת רומא, שהקימה את בית־הדין הפלילי הבין־לאומי, והכרזת ארצות־הברית בדבר פרישה מהסכם פריז הן רק כמה דוגמאות בולטות לנסיגה זו.[102] בהערכה כללית נראה כי הסיכוי שהמשפט הבין־לאומי ישמש לפסילת תיקונים חוקתיים נמוך מתמיד. הערכה זו מתחזקת לנוכח המתקפה שבה טריבונלים בין־לאומיים – ובמיוחד בית־המשפט האירופי לזכויות אדם – מצויים מצד כוחות פוליטיים פופוליסטיים המבקשים לצאת נגד אוניוורסליות, מבנים ליברליים ובין־לאומיות, הנתפסים בעיני הפופוליסט כמאיימים על הזהות הלאומית הפרטיקולרית של העם וכמשיתים מגבלות לא־ראויות על כוחו של הרוב הפוליטי המייצג את הריבון. הפופוליזם רואה במשפט הבין־לאומי פרויקט זר, אליטיסטי ואנטי־דמוקרטי, שיש לדחותו.[103] התקפה זו של פופוליזם נגד המשפט הבין־לאומי אינה מתמצה בטריבונלים בין־לאומיים, אלא משפיעה גם על נכונותם של בתי־משפט מדינתיים להחיל את המשפט הבין־לאומי, שכן אלה יעדיפו לפנות למקורות משפטיים הנהנים מלגיטימיות מקומית מבוססת, שעשויה להפחית את חשיפתם לביקורת של מנהיגים פופוליסטיים.[104] לכן נדמה שקיימות בעיות לגיטימציה קשות של החלת המשפט הבין־לאומי על־ידי בית־משפט מדינתי, עצמאי ככל שיהיה.[105]

2. שימוש לרעה במשפט הבין־לאומי?

התפתחות מעניינת, אך מדאיגה לעניות דעתי, התרחשה לאחרונה בעניין זה באמריקה הלטינית: בתי־משפט מדינתיים בקוסטה ריקה (2003), בניקרגואה (2009), בהונדורס (2015) ובבוליביה (2017) עשו שימוש במשפט הבין־לאומי, ובמיוחד בדיני זכויות

---

102 ראו, באופן כללי, James Crawford, *The Current Political Discourse Concerning International Law*, 81 MOD. L. REV. 1 (2018).

103 להרחבה על מתקפה זו ראו Jan Petrov, *The Populist Challenge to the European Court of Human Rights*, 18 INT'L J. CONST. L. 476 (2020).

104 לתיאור מקיף ראו Tamar Hostovsky Brandes, *International Law in Domestic Courts in an Era of Populism*, 17 INT'L J. CONST. L. 576, 582–88 (2019).

105 ישראל נחשבת אחת המדינות המובילות בעולם הן מבחינת היקף האזכורים של המשפט הבין־לאומי המופיעים בפסקי־הדין של בית־המשפט העליון והן באיכותם של אזכורים אלה. ראו יובל שני ״המשפט הישראלי והמשפט הבינלאומי״ **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 28.12.2009 www.idi.org.il/articles/8228. עם זאת, גם במשפט הישראלי ניכרת ירידה בשימוש במשפט הבין־לאומי במסגרת פסיקתו של בית־המשפט העליון. ראו Hostovsky Brandes, לעיל ה״ש 104.

האדם, כדי לפסול הוראות חוקתיות הנוגעות בהגבלות של כהונה נשיאותית.[106] בכל המקרים הללו השתמשו בתי־המשפט בהנמקה דומה: הגבלות כהונה, כך נקבע, סותרות עקרונות־יסוד חוקתיים או דיני זכויות אדם של המשפט הבין־לאומי, שכן הן מגבילות את זכות הבוחרים לבחור או את זכות הנבחרים להיבחר.[107]

המקרה המייצג – ואולי המסקרן ביותר – הוא זה של הונדורס. חוקת הונדורס משנת 1982 הגבילה נשיאים לכהונה אחת בלבד בימי חייהם, אסרה בהוראת נצחיות כל ניסיון לשנות את איסור הבחירה מחדש, ואף קבעה כי כל ניסיון לשנות את הגבלת הכהונה יוביל לסילוק מיידי מתפקיד ציבורי. הוראות חוקתיות אלה מילאו תפקיד משמעותי בהפיכה שהסתיימה בסילוקו של הנשיא מנואל סֶלָיָה (Manuel Zelaya) בשנת 2009. אחרי שניצח בבחירות ביקש סליה לחפש הליך להחלפת החוקה של 1982. מתנגדיו טענו כי כוונתו האמיתית הייתה להשתמש בהחלפה החוקה כאמצעי להתגברות על פסקת הנצחיות שמנעה תיקון של הגבלת הכהונה, וכי אין שום אפשרות לשנות הגבלה זו, גם לא באמצעות כינון חוקה חדשה. כאשר ביקש סליה להתקדם עם תוכניתו ולערוך ״משאל־עם בלתי־מחייב״ על השאלה אם לכנס אספה מכוננת, וזאת על־אף הוראות שיפוטיות שאסרו עליו לקיים משאל־עם כאמור, הגיעה ההנהגה הצבאית לביתו לפני שההצבעה הייתה אמורה להתקיים וגירשה אותו לקוסטה ריקה. יש שטענו כי הפלתו של הנשיא הייתה מוצדקת, היות שהוא ביקש לשנות את הגבלה הכהונה ועל־כן בהתאם

---

106 Costa Rica: 2003-0771 (Constitutional Chamber, Supreme Court); Nicaragua: 504 of 2009 (Constitutional Chamber, Supreme Court); Honduras: Decision of Apr. 22, 2015 (Constitutional Chamber, Supreme Court); Bolivia: 84/2017 (Plurinational Constitutional Tribunal). לדיון נרחב בפסיקות אלה ראו David Landau, *Presidential Term Limits in Latin America: A Critical Analysis of the Migration of the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine*, 12 L. & ETHICS HUM. RTS. 225 (2018); David Landau, Yaniv Roznai & Rosalind Dixon, *Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America*, *in* THE POLITICS OF PRESIDENTIAL TERM LIMITS 53 (Alexander Baturo & Robert Elgie eds., 2019); Yaniv Roznai, *Constitutional Unamendability in Latin America Gone Wrong?*, *in* CONSTITUTIONAL CHANGE AND TRANSFORMATION IN LATIN AMERICA 93 (Richard Albert, Carlos Bernal & Juliano Zaiden Benvindo eds., 2019).

107 נקודות המוצא והסיום של מקרים אלה שונות. בהונדורס ובקוסטה ריקה פעלו בתי־המשפט כדי להסיר מגבלות כהונה נוקשות במיוחד, שאפשרו כהונה אחת בלבד במהלך החיים ואסרו כל בחירה מחדש (בין אם עוקבת ובין אם לאו). לעומת זאת, הגבלות הכהונה לפני ההתערבות השיפוטית בניקרגואה ובבוליביה היו מתירניות יותר: בניקרגואה אסרה החוקה בחירה מחדש עוקבת, והגבילה כהונה נשיאותית לשתי כהונות במהלך החיים; ואילו בבוליביה אפשרה החוקה בחירה מחדש עוקבת אחת. כאמור, גם נקודות הסיום שונות: בבוליביה, בניקרגואה ובהונדורס הותירה ההתערבות השיפוטית את המדינות ללא כל הגבלות בנוגע לכהונה הנשיאותית; ואילו בקוסטה ריקה החזירה ההחלטה השיפוטית את המדינה להגבלת הכהונה שהייתה בחוקה המקורית.

לחוקה הוא סיים את תפקידו, אולם הקהילה הבין־לאומית בכללותה גינתה הפיכה זו והטילה סנקציות על הונדורס.[108]

בשנת 2015, משניצב הנשיא חואן אורלנדו הרננדז מול אותן הגבלות כהונה, הוא ביקש למצוא דרך אחרת לרככן. הוא לא היה יכול לתקן את החוקה וגם לא להחליפה בחוקה חדשה, כפי שלימדו הניסיון של הנשיא סליה. בעלי־בריתו של הנשיא מהמפלגה השלטת פנו לבית־המשפט העליון והגישו עתירה בטענה שההוראות החוקתיות המגבילות את הכהונה הנשיאותית הן עצמן לא־חוקתיות. המחלקה החוקתית של בית־המשפט (Constitutional Chamber) קיבלה את העתירה, בקובעה כי ההגבלה לכהונה יחידה בצירוף פסקת הנצחיות וההוראה האוסרת אף ניסיון לשנות את הגבלת הכהונה, אינן חוקתיות ואין ליישמן (inapplicable). לא כמו במקרה של סליה, החלטת בית־המשפט לא גררה גינוי אמיתי, והשיגה את מטרתם של העותרים: הרננדז הכריז על כוונתו להתמודד בבחירות נוספות לנשיאות, שבהן זכה בשנת 2017. לנוכח ההוראות החוקתיות האוסרות את תיקון החוקה ואף ניסיון לשנות את הגבלת הכהונה, נדמה כי החלטה שיפוטית זו הייתה הכלי המשפטי היחיד להשגת המטרה של הרננדז ומפלגתו הלאומית. מה שמעניין, לנושא שלנו, הוא השימוש במשפט הבין־לאומי כדי להתגבר על הוראות חוקתיות.

בית־המשפט העליון של הונדורס התמקד בהרחבה בנימוק שחוקת הונדורס כפופה לכללים מסוימים של המשפט הבין־לאומי, כגון דיני זכויות האדם. בית־המשפט קבע כי יש לו הסמכות להכריז כי חלקים מהסדר החוקתי הפנימי אינם עולים בקנה אחד עם עקרונות בין־לאומיים ומכאן שאין ליישמם. כלומר, בית־המשפט הצביע על מִדרג נורמטיבי שבו החוקה הלאומית כפופה לעקרונות מסוימים של הסדר המשפטי הבין־לאומי.[109] כדי שטיעון כאמור יצלח, נראה שיש להראות, ראשית, שהמשפט החוקתי הלאומי כפוף באופן תיאורטי למשפט הבין־לאומי מהפרספקטיבה של הסדר החוקתי המקומי; שנית, שכפיפות כאמור אכן קיימת בטקסט החוקתי; ושלישית, שאפשר להשתמש בהסדרי המשפט הבין־לאומי כדי לבקר את ההוראות החוקתיות המדינתיות.[110] בית־המשפט העליון של הונדורס עשה מאמץ מועט בלבד כדי לבסס

108 ראו את דוח המומחים הבין־לאומיים: Noah Feldman, David Landau, Brian Sheppard & Leonidas Rosa Suazo, *Report to the Commission on Truth and Reconciliation of Honduras: Constitutional Issues* (FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 536, 2011), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1915214.

109 ראו David E. Landau, Rosalind Dixon & Yaniv Roznai, *From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons from Honduras*, 8 GLOBAL CONSTITUTIONALISM 40, 60–62 (2019).

110 ראו, למשל, Yaniv Roznai & Letícia Regina Camargo Kreuz, *Conventionality Control and Amendment 95/2016: A Brazilian Case of Unconstitutional Constitutional Amendment*, 5(2) REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS. 35 (2018) (הטוענים כי תיקון מס׳ 95 לחוקה הברזילאית, שנחקק בדצמבר 2016, יכול להיות נתון לביקורת חוקתית מכוח אמנות לזכויות אדם שברזיל חברה בהן).

קיומו של מִדרג כאמור: הוא הצביע על הוראה חוקתית המציינת כי עקרונות מסוימים של המשפט הבין־לאומי נקלטים באופן אוטומטי למשפט הפנימי של הונדורס (סעיף 15 לחוקה).[111] זהו בסיס רעוע לטענה כי ניתן לבטל הוראה בחוקה המקורית שאינה עולה בקנה אחד עם אמנה לזכויות אדם. גם אם המשפט הפנימי מאמֵץ או קולט לתוכו הוראות או כללים של המשפט הבין־לאומי, החוקה אינה מבססת מפורשות את עליונותו של המשפט הבין־לאומי על החוקה המקומית של הונדורס.[112]

כדי להבין את הפסיקה, יש להבין את ההקשר הפוליטי. המפלגה הלאומית, שזכתה בבחירות אחרי סילוקו של סליה, הדיחה בשנת 2012 ארבעה מתוך חמישה שופטי המחלקה החוקתית של בית־המשפט העליון, אחרי החלטות שיפוטיות שנויות במחלוקת של המחלקה החוקתית בנושא אחר, ומינתה במקומם שופטים ״נוחים״ יותר. נדמה כי ״השתלטות״ זו על בית־המשפט (court capture) לא הייתה חוקתית, היות שהיא נשענה על סמכויות הדחה חוקתיות שלא היו בידי הקונגרס באותה עת. מכל מקום, הייתה זו המחלקה החוקתית החדשה – זו שנשבתה בידי השלטון – שנתנה את החלטתה בשנת 2015 בדבר ביטול ההגבלות בנוגע לכהונה הנשיאותית.[113]

החלטות שיפוטיות אלה מאמריקה הלטינית אינן בשורה טובה למשפט הבין־לאומי, שכן הן ממחישות כיצד ערכאות שיפוטיות יכולות לעשות שימוש לרעה בכלים משפטיים דוגמת דוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי ודיני זכויות האדם של המשפט הבין־לאומי כדי לקדם תכליות אנטי־דמוקרטיות בעיקרן.[114] ניתן כמובן לטעון כי מסקנה זו, הנגזרת מכמה מדינות באמריקה הלטינית, מוגבלת במשמעותה לגבי דמוקרטיות מערביות יציבות. אולם יש לזכור כי כיום, בעידן של שחיקה חוקתית, השתלטות על בתי־משפט כבר אינה נחלתן הבלעדית של מדינות לא־דמוקרטיות. כך, במדינות שונות באירופה, כגון טורקיה, פולין והונגריה, מצאו בתי־המשפט את עצמם

---

111 לפי ס׳ 15 לחוקה של הונדורס, "Honduras supports the principles and practices of international law, that promote solidarity and self-determination of peoples, non-intervention and the strengthening of universal peace and democracy. Honduras proclaims as inevitable the validity and obligatory execution of arbitral and judicial sentences of an international character".

112 Landau, Dixon & Roznai, לעיל ה״ש 109, בעמ׳ 62.

113 אחד משופטי ההרכב אף ניסה לכאורה לשנות את הצבעתו ביום למחרת – שינוי שיכלו להיות לו השלכות משמעותיות, שכן הוא היה מעביר את המקרה להרכב מורחב של בית־המשפט העליון. אך ניסיון זה נשלל בטענה שההצבעה היא סופית. ראו Corte de Honduras abre las puertas a reeleccion presidencial, MILENIO (Apr. 24, 2015), http://www.milenio.com/internacional/Corte-Honduras-puertas-reeleccion-presidencial_0_505749431.html.

114 על מגמה זו ראו בהרחבה David Landau & Rosalind Dixon, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, 53 UC DAVIS L. REV. 1313 (2020); Tom Ginsburg, *The Machinery of International Law and Democratic Backsliding: The Problem of Term Limits*, 14 L. & ETHICS HUM. RTS. 1 (2020).

בתהליך של השתלטות חוקתית פופוליסטית[115] – הליך שיש לו השלכות, כפי שציינו לעיל, גם לעניין השימוש במשפט הבין־לאומי.

ד. העליונות של הדין החוקתי הפנימי במדינה

החלטה של בית־דין על־לאומי שלפיה הוראה חוקתית אינה עולה בקנה אחד עם המשפט הבין־לאומי מעניקה לבית־המשפט המקומי כלי נורמטיבי ופולמוסי שימושי. החלטה כזו מעודדת רציונליזציה ולגיטימציה בקרב ערכאות השיפוט המקומיות, באופן שיסייע להן בקביעה כי הוראות חוקתיות אלה מפֵרות את המשפט הבין־לאומי המחייב.[116] יתרה מזו, להחלטה כזו של בית־דין על־לאומי יש ערך בעצם חשיפתן של הפרקטיקות והנורמות הלאומיות להתבוננות פנימית ולבחינת הצדקותיהן, כחלק ממהלך רפלקסיבי של פיתוח סטנדרטים נורמטיביים המבוססים על ערכים משותפים.[117] עם זאת, כפי שמציין אנדריאס פאולוס, בתי־המשפט המקומיים מיישמים את הדין הבין־לאומי משום שדרישה זו קיימת בחוק הלאומי עצמו, ולא כי הם אורגנים של הקהילה הבין־לאומית. כאשר בתי־המשפט המקומיים מיישמים את הדין הבין־לאומי, הם עושים שימוש בסמכותם הנובעת מהוראות החוקה במדינתם, המגדירה את מידת תחולתו של הדין הבין־לאומי והעל־לאומי.[118] גם בנוגע לדיני האיחוד האירופי, בתי־המשפט החוקתיים הלאומיים, בניגוד לבית־המשפט האירופי לצדק, סוברים כי עקרון העליונות אינו נובע מהאוטונומיה של הסדר המשפטי הקהילתי האירופי, אלא מתוך החוקה הלאומית. לפיכך נדמה כי רעיון העליונות המִדרגית של חוקי הקהילה האירופית על החוקה הלאומית נדחה.[119] הנס קלזן, המוכר כתומך בגישה המוניסטית, ציין כי

---

115 על ההתקפה הפופוליסטית על בתי־משפט ראו, למשל, Bojan Bugarič & Tom Ginsburg, *The Assault on Postcommunist Courts*, 27(3) J. DEMOCRACY 69, 71–75 (2016); David Landau, *Populist Constitutions*, 85 U. CHI. L. REV. 521, 535 (2018); David Kosař & Katarína Šipulová, *How to Fight Court-Packing?*, 6 CONST. STUD. 133 (2020).

116 Garlicki & Garlicka, לעיל ה״ש 48, בעמ׳ 364.

117 Gráinne de Búrca & Oliver Gerstenberg, *The Denationalization of Constitutional Law*, 47 HARV. INT'L L.J. 243, 258 (2006).

118 Andreas Paulus, *National Courts and the International Rule of Law—Remarks on the Book by André Nollkaemper*, 4 JRSLM. REV. LEGAL STUD. 5, 16 (2012). ראו גם BVERFG, Cf. Görgülü v. Germany, 2 BVR 1481/04, Oct. 14, 2004, BVERFGE 111, 307 at para. 34 https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104en.html: "The Basic Law is clearly based on the classic idea that the relationship of public international law and domestic law is a relationship between two different legal spheres and that the nature of this relationship can be determined from the viewpoint of domestic law only by domestic law itself".

119 Anneli Albi, *Supremacy of EC Law in the New Member States Bringing Parliaments into the Equation of 'Co-operative Constitutionalism'*, 3 EUR. CONST. L. REV. 25

״השאלה אם במקרה של מחלוקת בין הדין הפנימי לדין הבין־לאומי יגבר הראשון או האחרון תוכרע רק על בסיס המשפט הפנימי הרלוונטי לאותו עניין; אי־אפשר להסיק את התשובה לשאלה זו מתוך השערות בנוגע ליחס המתקיים בין הדין הבין־לאומי לבין הדין הפנימי״.[120] גם כיום, על־אף ההשפעה הגדֵלה של המשפט העל־לאומי בעשורים האחרונים, נראה כי בסופו של דבר שלטון החוק העל־לאומי תלוי בסדר החוקתי המקומי.[121]

יהא זה נכון לומר שהחוקות המודרניות, במיוחד אלה שכוננו לאחר מלחמת־העולם השנייה, כוללות התייחסות רבה יותר למשפט הבין־לאומי.[122] חלקן אף מעניקות למשפט הבין־לאומי מעמד מחייב במערכת המשפט המקומית, ומכירות בעליונות המדרגית־הנורמטיבית של המשפט הבין־לאומי, ובמיוחד של אמנות בדבר זכויות אדם, על המשפט המקומי.[123] אותה ״חוקתיזציה של המשפט הבין־לאומי״ או אותו ״בִּנאוּם של חוקות״[124] — המהווים את שילובו של המשפט הבין־לאומי (אמנה או מנהג) ברמה החוקתית — יכולים לשמש מנגנון חשוב למדינות בבואן ליטול על עצמן התחייבויות בין־לאומיות.[125] עם זאת, עליונות זו של המשפט הבין־לאומי על המשפט המקומי מוגבלת לרוב לחקיקה רגילה, ואינה תקפה לגבי חקיקה ברמה החוקתית. גם בחוקות המודרניות יש נטייה ברורה להכרה חוקתית דה־יורה במעמדו העליון של המשפט הבין־לאומי אך לא מעל החוקה עצמה.[126] אכן, כפי שהציגה זאת אן פיטרס, בעוד בתי־

(2007); Roman Kwiecień, *The Primacy of European Union Law over National Law Under the Constitutional Treaty*, 6 GER. L.J. 1479, 1487–88 (2005).

120 KELSEN, לעיל ה״ש 49, בעמ׳ 420.

121 ראו NOLLKAEMPER, לעיל ה״ש 72, בעמ׳ 68–74.

122 לדיון כללי על עיגון חוקתי פנימי של המשפט הבין־לאומי ראו Eric Stein, *International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central-Eastern European Constitutions?*, 88 AM. J. INT'L L. 427 (1994). למחקרים מוקדמים יותר ראו, באופן כללי, David R. Deener, *International Law Provisions in Post-World War II Constitutions*, 36 CORNELL L. REV. 505, 522–28 (1951); Robert R. Wilson, *International Law in New National Constitutions*, 58 AM. J. INT'L L. 432 (1964); Charles Pergler, *Constitutional Recognition of International Law*, 30 VA. L. REV. 318 (1944).

123 Thomas Buergenthal, *Modern Constitutions and Human Rights Treaties*, 36 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 211, 215–20 (1997). לדיון כללי ראו גם Antonio Cassese, *Modern Constitutions and International Law*, 192 RECUEIL DES COURS 331 (1985).

124 Herman Schwartz, *The Internationalization of Constitutional Law*, 10(2) HUM. RTS. BRIEF 10 (2003).

125 ראו Tom Ginsburg, *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment, and International Law*, 38 NYU J. INT'L L. 707, 724–33 (2006); Tom Ginsburg, Svitlana Chernykh & Zachary Elkins, *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*, 2008 U. ILL. L. REV. 201, 207–10.

126 Vladlen S. Vereshchetin, *New Constitutions and the Old Problem of the Relationship Between International Law and National Law*, 7 EUR. J. INT'L L. 29, 41 (1996).

המשפט ובתי־הדין הבין־לאומיים קובעים את עליונות המשפט הבין־לאומי על המשפט המקומי, לרבות המשפט החוקתי הפנימי, רוב השחקנים המקומיים אינם מעניקים לדין הבין־לאומי או האזורי עליונות על החוקה הלאומית עצמה; נהפוך הוא – מדינות מקנות בדרך־כלל עליונות לחוקה על המשפט הבין־לאומי, אף כאשר המשפט הבין־לאומי מקבל עליונות על חקיקה רגילה.[127] לדוגמה, בשנת 2006 קבע בית־המשפט החוקתי הליטאי כי דיני האיחוד האירופי עדיפים על הוראות משפטיות לאומיות (בלא קשר למעמדן החוקי מבחינה נורמטיבית), למעט החוקה עצמה.[128] באיטליה הצהיר בית־המשפט החוקתי, בכמה מהחלטותיו, כי האמנה האירופית לזכויות אדם היא *norma interposta*, כלומר, שיש לה מעמד על־חקיקתי עדיף על חקיקה רגילה אך נחות מהחוקה עצמה.[129] בארצות־הברית, שם לפי סעיף העליונות של החוקה אמנות עדיפות ככלל על הוראות חוק פנימיות סותרות,[130] יש הסכמה רחבה – אם כי נמתחת עליה ביקורת לעיתים – שהחוקה נהנית ממעמד עליון על המשפט הבין־לאומי.[131]

במדינות שונות היחס שבין המשפט החוקתי המקומי לבין המשפט הבין־לאומי מעורפל. כך, למשל, חוקת רומניה משנת 1991 (סעיפים 11 ו־20), חוקת סלובקיה משנת 1992 (סעיף 11) וחוקת צ'כיה משנת 1992 (סעיף 10) מעניקות עדיפות לאמנות על־

---

127 Anne Peters, *The Globalization of State Constitutions*, *in* NEW PERSPECTIVES ON THE DIVIDE BETWEEN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW 251, 259–66 (Janne Nijman & André Nollkaemper eds., 2007). ראו גם Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg, *International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation*, 109 AM. J. INT'L L. 514 (2015).

128 Constitutional Court of Lithuania, Joined Cases No. 17/02, 24/02, 06/03, 22/04, ruling of 14 Mar. 2006, para. 9.4, https://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2015/08/2006-03-14_n_ruling.pdf.

129 ראו, למשל, Corte Costituzionale Judgment No 349/2007, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S349_2007_Eng.pdf. ראו, באופן כללי, Francesca Biondi Dal Monte & Filippo Fontanelli, *The Decisions No. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System*, 9 GER. L.J. 889 (2008); Silva Mirate, *The Role of the ECHR in the Italian Administrative Case Law: An Analysis After the Two Judgments of the Constitutional Court No. 348 and No. 349 of 2007*, 1 Italian J. Pub. L. 260 (2009); Gianluca Gentili, *A Comparison of European Systems of Direct Access to Constitutional Judges: Exploring Advantages for the Italian Constitutional Court*, 4 ITALIAN J. PUB. L. 159, 205–06 (2012).

130 U.S. CONST. art. VI, cl. 2; David Sloss, *The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties*, 24 YALE J. INT'L L. 129, 131 (1999).

131 ראו Geofroy v. Riggs, 133 U.S. 258, 267 (1890); Carlos Manuel Vázquez, *Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties*, 122 HARV. L. REV. 599, 611 (2008). אבל ראו Remy Z. Levin & Paul Chen, *Rethinking the Constitution–Treaty Relationship*, 10 INT'L J. CONST. L. 242, 243 (2012) (יש לתאר את היחס בין החוקה לאומנות כ־"mutual adjustment").

לאומיות בדבר זכויות אדם על החוק המקומי, אך לא ברור אם המונח ״חוק מקומי״ כולל גם את החוקה.[132] באוסטריה יש לדיני האיחוד האירופי מעמד עליון על כל המשפט המקומי, כולל החוקה, כל עוד הם אינם מתנגשים בעקרונות הבסיסיים של המשפט החוקתי הפנימי.[133] סתירות בין החוקה לבין האמנה האירופית לזכויות אדם ייפתרו באופן ייחודי על־ידי העיקרון של *lex posteriori derogat legi priori*, שמשמעו – חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם.[134] בארגנטינה החוקה מעניקה לאמנות בין־לאומיות עליונות חוקתית על חוקים ("los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes").[135]

אולם ניתן למצוא כמה דוגמאות חריגות לאימוץ העיקרון שלפיו המשפט הבין־לאומי או העל־לאומי זוכה בעליונות אף על המשפט החוקתי המקומי. כך, חוקת בוסניה והרצגובינה משנת 1995 קובעת במפורש, בסעיף 2(2), כי הסטנדרטים שנקבעו באמנה האירופית לגבי זכויות האדם יהיו בעלי עדיפות על כל דין אחר, לרבות שינויים חוקתיים.[136] סעיף 91(3) לחוקת הולנד משנת 1983 מעניק עדיפות לאמנות בין־לאומיות על חוקים מקומיים, ורוב המלומדים בתחום רואים את החוקה ככלולה בכך.[137] בבלגיה

---

132 ראו Michal Bobek & David Kosař, *Report on the Czech Republic and Slovakia*, *in* THE NATIONAL JUDICIAL TREATMENT OF THE ECHR AND EU LAWS: A COMPARATIVE CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE 117 (Giuseppe Martinico & Oreste Pollicino eds., 2010); Ioana P. Raducu, *Report on Romania*, *in* THE NATIONAL JUDICIAL TREATMENT OF THE ECHR AND EU LAWS: A COMPARATIVE CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE 369 (Giuseppe Martinico & Oreste Pollicino eds., 2010). שאלה נפרדת היא אם פסקות נצחיות בחוקה הצ׳כית יכולות לפעול נגד פיתוחו ועליונותו של המשפט האירופי. לדיון בשאלה זו ראו Ladislav Vyhnánek, *The Eternity Clause in the Czech Constitution as Limit to European Integration: Much Ado About Nothing?*, 9 ICL J. 240 (2015). נדמה כי הגנה זו של המדינות החברות על ליבה של זהות חוקתית אל מול אינטגרציה נהפכה למגמה של ממש באיחוד האירופי. ראו Pietro Faraguna, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, 41 BROOK. J. INT'L L. 491 (2016).

133 Philipp Cede, *Report on Austria and Germany*, *in* THE NATIONAL JUDICIAL TREATMENT OF THE ECHR AND EU LAWS: A COMPARATIVE CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE 55, 61 (Giuseppe Martinico & Oreste Pollicino eds., 2010).

134 Helen Keller & Alec Stone Sweet, *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, *in* A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS 677, 684 (Helen Keller & Alec Stone Sweet eds., 2008).

135 Constitución de la Nación Argentina (1994), art. 75, para. 22. ראו Héctor Fix-Fierro & Sergio López-Ayllón, *The Impact of Globalization on the Reform of the State and the Law in Latin America*, 19 HOUS. J. INT'L L. 785, 799 (1997).

136 Constitution of Bosnia and Herzegovina, art. 2(2).

137 Grondwet [Gw.] [Constitution] art. 91(3) (Neth.). ראו Evert A. Alkema, *Constitutional Law*, *in* INTRODUCTION TO DUTCH LAW 301, 327 (Jeroen Chorus, Piet-Hein Gerver & Ewoud Hondius eds., 4th ed. 2006); Elaine Mak, *Report on the Netherlands and Luxembourg*, *in* THE NATIONAL JUDICIAL TREATMENT OF THE ECHR AND EU LAWS: A COMPARATIVE CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE 301 (Giuseppe Martinico & Oreste Pollicino eds., 2010).

ציין בית־המשפט החוקתי כי לאמנה האירופית לזכויות אדם יש עדיפות על החוקה הבלגית: "que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertes fondamentales prime la Constitution".[138]

בחלק מהמדינות הוכרה עליונות דין קוגנטי [jus cogens] של המשפט הבין־לאומי על המשפט המקומי, לרבות החוקה. לדוגמה, בפרשת *Planas v. Comelec*, שנדונה לפני בית־המשפט העליון בפיליפינים בשנת 1973, קבע בית־המשפט כי העם הריבון יכול לשנות את החוקה בכל דרך שיבחר, אך רק כל עוד השינוי אינו סותר את הנורמות הקוגנטיות הבין־לאומיות.[139] ברוסיה האמנות הבין־לאומיות עדיפות על חוקים רגילים (למעט חריגים מסוימים), אך לא על החוקה.[140] עם זאת, בהחלטה משנת 2003 של בית־המשפט העליון הרוסי נקבע כי העקרונות והנורמות הכלליים של המשפט הבין־לאומי הם בעלי השפעה ישירה בתחום השיפוט הלאומי, וכי סטייה מהם אינה מותרת.[141]

הדוגמה המשמעותית ביותר מגיעה משווייץ, שבה כל 100,000 אזרחים מבין בעלי זכות ההצבעה רשאים להציע תיקונים לחוקה באמצעות יוזמה ציבורית (volksinitiative). המועצה הפדרלית תחווה את דעתה על היוזמה, והאספה הפדרלית (bundesversammlung) תתבסס על חוות־דעת זו בבואה לבחון את היוזמה, ובפרט אם היא עומדת בתנאים שנקבעו בחוקה. כדי להתקבל, על היוזמה הציבורית לזכות ב״רוב כפול״ – גם רוב של הבוחרים וגם רוב של הקנטונים (המדינות המרכיבות את הקונפדרציה של שווייץ). בשנת 1996 הכריזו שני הבתים באספה הפדרלית כי יוזמה ציבורית שביקשה לתקן את החוקה היא פסולה ובטלה בשל הפרת איסור ההחזרה (non-refoulement), המוכר כעיקרון מוחלט בקרב הקהילה הבין־לאומית. לפי איסור זה, על המדינות להימנע מגירוש או מהסגרה של אנשים למדינה שבה הם עומדים לחוות עינויים או יחס לא־אנושי או השפלה. איסור זה אף מטיל על המדינות את החובה הפעילה לבחון אם לגירוש או להסגרה של אדם יהיו השלכות כאמור. על־פי אותה יוזמה ציבורית, מבקשי מקלט שנכנסו למדינה לא כדין יגורשו מייד, ולא תינתן להם אפשרות ערעור. בחוות־דעתה של המועצה הפדרלית בעניין היוזמה הציבורית, התייחסה

138 Belgian Cour de cassation, Dutch Section, 2nd Chamber, Vlaamse Concentratie, Decision of 9 Nov. 2004, para. 14.1, מובא אצל Peters, *Supremacy Lost*, לעיל ה״ש 54, בעמ׳ 184.

139 JOAQUIN G. BERNAS, Planas v. Comelec, 49 SCRA 105, 126 (1973), מובא אצל CONSTITUTIONAL STRUCTURE AND POWERS OF GOVERNMENT: NOTES AND CASES: PART I 1224 (2005).

140 Constitution of the Russian Federation, 1993, part 6, art. 125. ראו, באופן כללי, Sergei Yu. Marochkin, *International Law in the Courts of the Russian Federation: Practice of Application*, 6 CHINESE J. INT'L L. 329 (2007).

141 Supreme Court of Russian Federation (plenum), Decision No. 5 of 10 Oct. 2003, para. 1: "on application of the universally recognized principles and norms of the international law and the international treaties of the Russian Federation by courts of general jurisdiction". תרגום באנגלית זמין אצל ANTON BURKOV, THE IMPACT OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS ON RUSSIAN LAW 124–34 (2007).

המועצה לאופיו הקוגנטי או המחייב של עקרון אי־ההחזרה. עוד ציינה המועצה כי גירוש מיידי של מהגרים בלתי־חוקיים, כפי שהוצע ביוזמה, לא יאפשר לבחון אם המגורשים עומדים לחוות עינויים או יחס לא־אנושי או השפלה במדינתם, ולכן מהגרים בלתי־חוקיים שברחו מארצותיהם עקב רדיפה עלולים להיחשף ליחס דומה אם יוחזרו. מכאן שהתיקון החוקתי המוצע מפר את העיקרון המחייב של אי־ההחזרה. מעניין שהמועצה הפדרלית קבעה כי כיבוד הנורמות הבסיסיות של המשפט הבין־לאומי טבוע בעקרון ה־Rechtstaat, קרי עקרון שלטון החוק, וכי הפרה של הנורמות האמורות תחתור תחת עיקרון זה, ותגרום למדינה ולאנשים שיושפעו מכך נזק בלתי־הפיך. משיקולים אלה הציעה האספה הפדרלית כי היוזמה הציבורית תבוטל, וכתוצאה מכך היא לא עלתה לדיון במשאל־עם.[142]

בשנת 1999 העניקה שווייץ הכרה חוקתית מפורשת לעמדה שלפיה נורמות קוגנטיות של המשפט הבין־לאומי מגבילות אף שינויים חוקתיים. בהתאם לחוקה משנת 1999, בכל מקרה של תיקון כולל (סעיף 193(4)) או תיקון חלקי (סעיף 194(2)) של החוקה, אין להפר הוראות מנדטוריות של המשפט הבין־לאומי.[143] על־פי האספה הפדרלית והמועצה הפדרלית, ההוראות המנדטוריות של המשפט הבין־לאומי כוללות את האיסורים החלים על עינויים, רצח־עם, עבדות והחזרה (refoulement); את ההתחייבויות הנמצאות בליבו של המשפט הבין־לאומי ההומניטרי; ואת ההתחייבויות הקשיחות של האמנה האירופית לזכויות אדם והאמנה הבין־לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966. אך מה לגבי הוראות אחרות של המשפט הבין־לאומי? בדוח משנת 2010 הדן ביחסים שבין הדין הבין־לאומי לדין הפנימי, קבעה המועצה הפדרלית כי כאשר נורמה חוקתית חדשה, שנחקקה לאור יוזמה ציבורית, מבקשת בבירור לסתור את הדין הבין־לאומי (שאינו נורמה קוגנטית כאמור), ההוראות החוקתיות יגברו על הדין הבין־לאומי הישן יותר. ודוק, אישורם של האזרחים והקנטונים יתפרש כאישור רשמי לחריגה מאותו דין בין־לאומי.[144]

---

142 ראו Erika de Wet, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law*, 15 EUR. J. INT'L L. 97, 101–05 (2004). דה־וֶט מציינת כי עמדה זו סותרת במידת־מה החלטה קודמת של המועצה, משנת 1953, שבה נקבע כי אין כל הגבלה חיצונית שיכולה להיות עליונה על רצון העם המתבטא בהליך החוקתי. בהחלטה המאוחרת יותר המועצה הפדרלית מבחינה בין חיובים מכוח אמנה (שאותה מדינות חברות רשאיות לסיים באופן חוקי), שהיו הנושא ביוזמה משנת 1953, לבין נורמות קוגנטיות, שהיו הנושא ביוזמה המאוחרת.

143 Biaggini, לעיל ה״ש 17, בעמ׳ 316–317. לדיון כללי בשאלה אם בית־המשפט העליון בשווייץ יכול לאמץ מודל דיאלוגי של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי, באופן שיחזק את הפרלמנט בהטלת מגבלות על שינויים פופוליסטיים, ראו Rosalind Dixon & Felix Uhlmann, *The Swiss Constitution and a Weak-Form Unconstitutional Amendment Doctrine?*, 16 INT'L J. CONST. L. 54 (2018).

144 ראו Daniel Moeckli, *Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights*, 11 HUM. RTS. L. REV. 774, 781–82, 785 (2011).

דוגמאות אלה מראות לכאורה כי במדינות שונות הדין הבין־לאומי עשוי להיות ממוקם מבחינה נורמטיבית אף מעל החוקה עצמה. עם זאת, יש להיזהר בטרם קובעים כי המשפט הבין־לאומי עליון על המערכת החוקתית המקומית. כפי שג׳רלד ניומן טוען, ״גם אם הוראה חוקתית מעניקה עליונות למשפט הבין־לאומי, ההוראה עצמה ניתנת לשינוי, אם יהיה צורך בכך, על־ידי הסמכות המכוננת של העם״.[145] כאן נדרשת הבהרה: הוראה חוקתית רגילה המעניקה עליונות למשפט הבין־לאומי אכן יכולה להיות כפופה לתיקונים עתידיים; אולם אם הוראה חוקתית כזו תוגדר כמוגנת מפני תיקונים (unamendable) או כנצחית (eternal), אזי היא תגביל את הסמכות לתקן את החוקה. לפיכך הגבלה מפורשת דוגמת פסקת נצחיות שתקבע כי אסור שתיקונים חוקתיים יפֵרו כללים מסוימים של המשפט הבין־לאומי תחול גם על הפעלת סמכות נגזרת לתיקון החוקה. אולם גם הוראה דומה שהוגדרה כמוגנת מפני תיקונים לא תגביל או תחייב את הסמכות המכוננת הראשית או המקורית. לפיכך ניומן צודק שבאמצעות ״הסמכות המכוננת של העם״ יהיה אפשר לשנות גם הוראות חוקתיות ״נצחיות״ המעניקות עדיפות למשפט הבין־לאומי. טיעונו של נוימן חשוב מסיבה נוספת, שכן הוא מדגיש כי גם כאשר החוקה מעניקה למשפט הבין־לאומי מעמד על־חוקתי, כלומר עליונות על הוראות חוקתיות, הגבלה זו אינה נובעת מהמשפט הבין־לאומי כמערכת משפטית נפרדת, אלא מהחוקה עצמה.

ה. לפני סיום – לקחים לישראל?

שאלת היחס בין המשפט החוקתי הישראלי למשפט הבין־לאומי ושאלת המגבלות אשר אפשר שהאחרון מטיל על הסמכות המכוננת של הכנסת נהפכו באחרונה לשאלות אקטואליות שחשיבותן רחוקה מלהיות אקדמית גרידא. כך, למשל, חלק מן העתירות נגד חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי מתמקדות בהיבטים של המשפט הבין־לאומי שחוק־היסוד סותר אותם. העתירה של האגודה לזכויות האזרח נגד חוק־היסוד, למשל, טוענת כי הקביעה בסעיף 1(ג) לחוק־היסוד כי ״מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי״ מנוגדת ״לנורמות המשפט הבינלאומי המכירות בזכותם הבסיסית של מיעוטי מולדת להגדרה עצמית במסגרת מדינות רוב לאומי״, ולעניין ההוראה בדבר העדפת יהודים בהתיישבות ובמגורים, העתירה מציינת כי ״מדובר בתכלית שהיא כשלעצמה פסולה ובלתי חוקתית, העומדת בסתירה לזכות לשוויון, לעקרונות היסוד של כל משטר דמוקרטי ולנורמות המשפט הבינלאומי המחייבות גם את מדינת ישראל״.[146] גם עתירתה של ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים מתייחסת למשפט הבין־לאומי. זו טוענת, למשל, כי חוק־היסוד ״בניגוד

145 Neuman, לעיל ה״ש 43, בעמ׳ 1875.

146 פס׳ 3 ו־71 לעתירה למתן צו על־תנאי בבג״ץ 9027/18 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ הכנסת** (פורסם בנבו, 23.12.2018).

למשפט הבינלאומי... מתעלם כליל מהזכויות הקיבוציות של הערבים בישראל כמיעוט־מולדת וגם מבטל את מעמדה של הערבית כשפה רשמית ובניגוד לחוק״.[147] העתירה מרחיבה על ההגבלות שהמשפט הבין־לאומי משית על הריבונות (ובכלל זה על עשיית חוקה):

> על רקע הלקחים של מלחמת העולם השנייה התפתחה התפיסה הבינלאומית כי הריבונות של המדינה אינה בלתי־מוגבלת בענייני הפנים שלה במיוחד כאשר מדובר בשליטה בקבוצות לא־דומיננטיות. לכן הדיון בסוגיית הלגיטימיות של חוקה, שהליכי עשייתה נחשבים כמימוש ריבונותם של האזרחים ככח מכונן (constituent power), נבחן גם לפי מידת השתלבותה עם עקרונות המשפט הבינלאומי לזכויות אדם. מגמה זו התחזקה והשתרשה בגל הדמוקרטיזציה השלישי לעשיית חוקות שהחל בשנות התשעים של המאה הקודמת. משפט זה כולל את ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות אדם וכן את כל האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם שמדינת ישראל צד להן... על רקע התפתחות משפט זכויות האדם, חזקה היא שכינון חוקה או תיקון לחוקה יתנו משקל רציני למשפט העמים ולמשפט זכויות האדם. התפתחות זו מחזקת את התיאוריה של הנס קלזן לפיה הנורמה הבסיסית של כל מדינה חייבת להיות לגיטימית מבחינת המשפט הבינלאומי ולא תעמוד בסתירה אליו, ועל כן האסיפה המכוננת חייבת לתת משקל למשפט הבינלאומי בבואה לכונן חוקה או לבצע תיקון חוקתי.[148]

נדמה אפוא כי השאלה אם סמכותה המכוננת של הכנסת מוגבלת מכוח המשפט הבין־לאומי רלוונטית מתמיד. השאלה בדבר אופייה והיקפה של הסמכות המכוננת של הכנסת היא סבוכה, ודיון נרחב באשר למגבלות אפשריות החלות על חקיקת חוקי־יסוד ותיקונם – בין מכוח דוקטרינה של תיקון חוקתי לא־חוקתי, שימוש לרעה בחוקי־יסוד או סתירה להכרזת העצמאות – חורג מגדרי מאמר זה.[149] אולם יש מקום להעיר כמה הערות בדבר

---

147 פס׳ 4 לעתירה בבג״ץ 5866/18 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ׳ הכנסת**, www.adalah.org/uploads/uploads/Jewish_Nation_State_Law_Petition_Final_070820.18.pdf.

148 שם, פס׳ 10–11.

149 לדיון בשאלות אלה ראו, למשל, אהרן ברק ״תיקון של חוקה שאינו חוקתי״ **ספר גבריאל בך** 361 (דוד האן, דנה כהן־לקח ומיכאל בך עורכים, 2011); אהרן ברק ״מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת״ **חוקים** יא 9 (2018); יניב רוזנאי ״שימוש לרעה בחוק יסוד״ **ספר אליקים רובינשטיין** (עתיד להתפרסם); Sharon Weintal, *The Challenge of Reconciling Constitutional Eternity Clauses with Popular Sovereignty: Toward Three-Track Democracy in Israel as a Universal Holistic Constitutional System and Theory*, 44 ISR. L. REV. 449 (2011); Mazen Masri, *Unamendability in Israel: A Critical Perspective*, *in* AN UNAMENDABLE CONSTITUTION? UNAMENDABILITY IN CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES 169 (Richard Albert & Bertil Emrah Oder eds.,

היחס בין המשפט הבין־לאומי למשפט החוקתי, ולהציע נתיב אחד שבו המשפט הבין־לאומי יכול לשמש הגבלה בת־אכיפה במשפט המדינתי הישראלי, אף ביחס לסמכות המכוננת.

עד כה, על־אף הערות־אגב שונות, טרם התקבלה בפסיקת בית־המשפט העליון דוקטרינת ״תיקון חוקתי לא־חוקתי״, שלפיה בית־המשפט מוסמך להעביר חוקי־יסוד תחת שבט ביקורתו ולהכריז על בטלותה של הוראה חוקתית מקום שזו סותרת את עקרונות־היסוד של השיטה.[150] כך, למשל, בפסק־דין **בן מאיר**, שעסק ב״חוק ההדחה״,[151] ציינה הנשיאה אסתר חיות, שכתבה את חוות־הדעת הראשית, כי ״נראה כי לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי־יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה... אכן, הדוקטרינה שאותה יש ליישם בהקשר זה במשפט הישראלי מן הראוי כי תקבע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכלל חוקה מלאה״.[152] כלומר, מכיוון שהחוקה הישראלית עודנה בהכנה, טרם בשלה השעה לעריכת ביקורת שיפוטית על הסמכות המכוננת. על־כן נשאלת השאלה אם בית־משפט ישראלי יוכל לסמוך את ידיו על המשפט הבין־לאומי במסגרת עריכת ביקורת שיפוטית על הסמכות המכוננת. מחד גיסא, ניתן לטעון כי דווקא בשל העובדה שחוקתנו טרם הושלמה יש מקום להשלים את החסר בעזרת הנורמות הבין־לאומיות. מאידך גיסא, מובן שמדובר במהלך שיש בו כדי לפגוע בריבונות המדינה. בהקשר הישראלי, שבו בית־המשפט העליון נטל – ועודנו נוטל – חלק בביסוס הצדקה משפטית לפעולות ישראל בשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית ביחס לדין הבין־לאומי,[153] ובשאלת

2018); Suzie Navot & Yaniv Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, 21 EUR. J.L. REFORM 403 (2019).

150 לעניין ביקורת שיפוטית מכוח עקרונות־יסוד של השיטה ראו שרון וינטל ״פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים״ **מאזני משפט** ט 177 (2014); אריאל ארליך ״ביקורת שיפוטית על חקיקה שלא מכוח חוקי היסוד – בעקבות פסקי הדין בעניין החוק למניעת הסתננות״ **משפטים על אתר** יא 33 (התשע״ח).

151 כינוי כולל לשני דברי החקיקה הבאים: חוק־יסוד: הכנסת (תיקון מס׳ 44), ס״ח התשע״ו 1086, וחוק הכנסת (תיקון מס׳ 43), התשע״ו–2016, ס״ח 1087.

152 בג״ץ 5744/16 **בן מאיר נ׳ הכנסת**, פס׳ 25 לפסק־דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 27.5.2018).

153 ראו, למשל, בג״ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד נח(5) 807 (2004); בג״ץ 7957/04 **מראעבה נ׳ ראש ממשלת ישראל**, פ״ד ס(2) 477 (2005); בג״ץ 769/02 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד סב(1) 507 (2006). ראו, באופן כללי, אהרן ברק ״המשפט ההומניטרי הבינלאומי ובית המשפט העליון בישראל״ **מבחר כתבים** כרך ג – עיונים חוקתיים 349 (2017); עמיחי כהן ״השפעתו של המשפט הבין־לאומי על ישראל בעידן השיפוט הגלובלי״ **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 20.6.2010 www.idi.org.il/parliaments/7751/8168.

המשפט החל בשטחים אלה,[154] לתפיסה כי דיני המשפט הבין־לאומי מגבילים אף את הסמכות המכוננת יש משמעויות מיוחדות וחריגות בהשפעתן.

מה הם אפוא לקחי המחקר בשאלת המגבלות שהמשפט הבין־לאומי משית על הסמכות המכוננת של הכנסת? ראשית, ברי כי מנקודת־המבט של המשפט הבין־לאומי, כפי שציינו לעיל בפרק א, מדינת־ישראל מחויבת לכללי המשפט הבין־לאומי המנהגי וההסכמי (באמנות שהיא צד להן), ואין היא יכולה להשתמש בחוקי־יסוד כהצדקה לאי־עמידה במחויבות כאמור. עם זאת, כאמור בפרק ב, לעליונות זו יש נפקות בעיקר בספֵרה המשפטית החיצונית, וככלל אין היא משפיעה על תקפותה של החקיקה הסותרת בדין הפנימי. לכן יש חשיבות יתרה למעמדו של המשפט הבין־לאומי בדין הפנימי, שכן ממנו ניתן ללמוד באיזה אופן ובאיזו מידה יחול המשפט הבין־לאומי במדינה וייאכף על־ידי בתי־המשפט המדינתיים.[155] כאמור, כללי התחולה של המשפט הבין־לאומי והמעמד הנורמטיבי הניתן למשפט הבין־לאומי בדין המדינתי שונים ממדינה למדינה. ברי כי ככל שהמשפט הבין־לאומי מעוגן יותר במשפטה הפנימי של המדינה, כפי שעמיחי כהן, טל פילברג ויובל שני מציינים, ״כך ניתן לאכוף אותו ביתר קלות, שכן לבתי המשפט הפנימיים של המדינה יהיה חלק פעיל באכיפתו״.[156] השאלה הרלוונטית לענייננו אינה אך עד כמה המשפט הבין־לאומי נאכף בבתי־המשפט הפנימיים, אלא גם — בהנחה שהמשפט הבין־לאומי מעוגן במשפט הפנימי — מהו המעמד הנורמטיבי שניתן לו.

כללי התחולה של המשפט הבין־לאומי בישראל מבחינים בין משפט מנהגי למשפט הסכמי.[157] נקודת המוצא של הדיון היא שהמשפט הבין־לאומי המנהגי הוא חלק מהדין הפנימי באופן אוטומטי, כלומר, גם אם לא אומץ בחקיקה. עם זאת, במקרה של סתירה

---

154 לשאלת המשפט החל בשטחים שבתפיסה לוחמתית בהקשר הישראלי ראו, למשל, Eyal Benvenisti, *The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and to the Occupied Territories*, 26 ISR. L. REV. 24 (1992); Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 ISR. L. REV. 17 (2003); Daphne Barak-Erez, *The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, 2 INT'L J. CONST. L. 611 (2004); Tamar Hostovsky Brandes, *The Diminishing Status of International Law in the Decisions of the Israel Supreme Court Concerning the Occupied Palestinian Territories*, INT'L J. CONST. L. (forthcoming 2020); יעל רונן ״תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית״ **שערי משפט** ז 149 (2014).

155 ראו, באופן כללי, תומר ברודי ״מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי״ **משפט בינלאומי** 65 (מהדורה שלישית, רוֹבי סֵיבל ויעל רונן עורכים, 2016).

156 עמיחי כהן, טל פילברג ויובל שני ״השפעת דיני זכויות האדם על הליכי החקיקה בישראל״ **חוקים** י 69, 70 (2017).

157 על מעמדו של המשפט הבין־לאומי בישראל ראו, באופן כללי, רות לפידות ״מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי״ **משפטים** יט 807 (1990); יפה זילברשץ ״קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי — הדין המצוי, רצוי״ **משפטים** כד 317 (1994); יפה זילברשץ ״המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי״ **משפט וממשל** ד 47 (1997).

בין חוק פנימי לבין המשפט המנהגי, החוק הפנימי גובר.[158] כך, למשל, בפרשת **אייכמן** ציין בית־המשפט כי מקום שקיים ניגוד בין החוק החרות המקומי לבין הלכת המשפט הבין־לאומי, ״מחובת בית־המשפט להעדיף את הוראת המחוקק המקומי ולתת לה תוקף...״,[159] ובעניין **המועצה האזורית חוף עזה** נקבע כי ״כאשר הפגיעה בזכות שמקורה... במשפט הבינלאומי הפומבי מתנגשת עם הוראה מפורשת בחוק של הכנסת — יד חוק הכנסת על העליונה, ובעיה חוקתית אינה מתעוררת״.[160]

אם במקרה של סתירה בין המשפט הבין־לאומי המנהלי לבין חקיקה ראשית מפורשת ידה של האחרונה על העליונה, אזי קל וחומר שבמקרה של התנגשות בין המשפט הבין־לאומי המנהגי לבין חוק־יסוד יש להעדיף את הוראות חוק־היסוד. מובן שאימוץ כלל זה אין בו משום הערכה נורמטיבית אילו כללים ראויים יותר, אלא פשיטא שבתי־המשפט ״שואבים את כח שיפוטם מחוקי המדינה ולא ממערכת המשפט הבין־לאומי״,[161] ולכן הם יכבדו ככלל את הוראות החוקה ויעדיפו אותן על הוראות סותרות של המשפט הבין־לאומי.

לגבי אמנות, אלה אינן חלק מהדין הפנימי באופן אוטומטי, ועליהן להיקלט על־ידי חקיקה של הכנסת.[162] אולם חלה חזקת התאמה פרשנית שלפיה יש לפרש את הדין הישראלי, ככל האפשר, באופן שעולה בקנה אחד עם אמנות בין־לאומיות שישראל צד להן.[163] שאלה אחת שהתעוררה במשפט הישראלי ואשר טרם ניתן לה מענה היא אם חזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם על חוקי־היסוד. סוגיה זו התעוררה בפרשות **אדם נ׳ הכנסת**[164] **ואיתן נ׳ ממשלת ישראל**,[165] אך לא הוכרעה. לדעת שלי אביב ייני ואריאל בנדור, על החזקה הפרשנית לחול לגבי חוקי־יסוד כאשר מדובר במשפט הבין־לאומי המנהגי, אך לא לגבי אמנות בין־לאומיות, מן הטעם שפירוש החוקה לאור אמנות בין־

158 ראו ע״פ 174/54 **שטמפפר נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד י 5 (1956); בג״ץ 302/72 **אבו חילו נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד כז(2) 169 (1973).

159 ע״פ 336/61 **אייכמן נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד טז 2033, פס׳ 7 לפסק־הדין (1962).

160 בג״ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד נט(2) 481, 544 (2005).

161 ע״פ 5/51 **בן יוסף שטיינברג נ׳ היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ״ד ה 1061, 1066 (1951).

162 ראו, למשל, ע״פ 131/67 **קמיאר נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד כב(2) 85 (1968); בג״ץ 785/87 **עפו נ׳ מפקד כוחות צה״ל בגדה המערבית**, פ״ד מב(2) 4 (1988). לדיון בדינמיקה הפוליטית והמשפטית בהליך הקליטה של אמנות ראו תומר ברודי וגיל־עד נועם ״על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין־לאומיות: כיצד הכנסת נוהגת, וכיצד תנהג?״ **משפט ועסקים** ט 175 (2008).

163 לדיון בהשפעה אפשרית של חזקת ההתאמה על הליך החקיקה ראו תמר הוסטובסקי־ברנדס ״המשפט הבין־לאומי והליך החקיקה בישראל״ **חוקים** יא 125 (2018).

164 בג״ץ 7146/12 **אדם נ׳ הכנסת**, פ״ד סו(1) 717 (2013).

165 בג״ץ 8425/13 **איתן — מדיניות הגירה ישראלית נ׳ ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 22.9.2014).

לאומיות יאפשר לרשויות המדינה המוסמכות להתקשר בשמה באמנות בין־לאומיות כדי לשנות בפועל את החוקה. בהתאם לגישה זו, הם מציעים פירוש של חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי התואם נורמות של זכויות אדם המשקפות משפט בין־לאומי מנהגי, אשר מהווה לדידם, כאמור, מקור לגיטימי וראוי לפירושם של חוקה וחוקי־יסוד.[166] במאמר מקיף שבו מנתחת תמר הוסטובסקי־ברנדס את המודלים האפשריים השונים להחלת חזקת הפרשנות על חוקי־היסוד, היא טוענת כי מכוח מחויבותה העקרונית של המדינה למשפט הבין־לאומי, יש להחיל על חוקי־היסוד העוסקים בזכויות אדם את חזקת ההתאמה הפרשנית.[167]

במבט ראשוני אני נוטה יותר לעמדתה של הוסטובסקי־ברנדס. היות שלכנסת יש שני כובעים, והיא גם האורגן שמחוקק חקיקה רגילה וגם האורגן שמכונן ומתקן חוקי־יסוד, ובאותו הליך חקיקה, איני רואה טעם רב בהחלת חזקה על הליך חקיקה רגיל ולא על הליך חקיקה חוקתי, הקובע לעיתים נורמות מפורטות הדומות לחקיקה ראשית. מדוע כאשר הכנסת מחוקקת חוק רגיל החזקה היא שהיא מבקשת לפעול באופן העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של ישראל במישור הבין־לאומי ואילו בכוננה חוק־יסוד חזקה זו נעלמת? זאת, במיוחד לנוכח העובדה שהרשות המבצעת, האחראית להצטרפות לאמנות, היא דומיננטית בהליך החקיקה בכנסת.[168] מכל מקום, לצורך הדיון איני רואה צורך להכריע בין גישות אלה, שכן הן עוסקות בשאלה אם יש לפרש את חוקי־היסוד באופן שעולה בקנה אחד עם מחויבויות בין־לאומיות מקום שיש להוראה חוקתית כמה פרשנויות אפשריות. אכן, כפי שהוסטובסקי־ברנדס מעירה, ״גם אם יוחלו כללי הקליטה על חוקי היסוד תיוותר בידי הכנסת, כרשות מכוננת, הסמכות לכונן חוקי יסוד הסותרים את המשפט הבין־לאומי, והגוברים עליו״.[169] וזו הנקודה המרכזית: האם הכנסת מוגבלת ביכולת לכונן נורמות חוקתיות הסותרות את המשפט הבין־לאומי? כאמור, לכאורה יש להשיב על שאלה זו בשלילה: אם בסתירה בין חקיקה ראשית למשפט הבין־לאומי ידה של חקיקת הכנסת על העליונה, קל וחומר שחקיקה חוקתית גוברת על משפט בין־לאומי מנהגי סותר; ובאשר לאמנות, הללו זקוקות לחקיקה כדי להיקלט, וחוק־יסוד גובר על חקיקה ראשית, אפילו כזו שקלטה כללים של המשפט הבין־לאומי. לכן נראה שהמשפט הבין־לאומי אינו מגביל את פעולתה של הכנסת כרשות מכוננת. כדברי הוסטובסקי־ברנדס:

---

166 Shelly A. Yeini & Ariel L. Bendor, *Constitutional Interpretation and International Law: The Case of Israeli Nation Basic Law* (2019, copy with author).

167 תמר הוסטובסקי ברנדס ״משפט זכויות האדם הבין־לאומי והמשפט החוקתי בישראל״ **מחקרי משפט** לא 925 (2018) (להלן: הוסטובסקי־ברנדס ״משפט זכויות האדם״).

168 ראו Yaniv Roznai & Liana Volach, *Law Reform in Israel*, 6 THEORY & PRAC. LEGIS. 291 (2018).

169 הוסטובסקי־ברנדס ״משפט זכויות האדם״, לעיל ה״ש 167, בעמ׳ 953.

> לכנסת, כרשות מכוננת, נתונה הסמכות לעגן בחוק היסוד סתירה למשפט זכויות האדם הבין־לאומי הן בהתייחס לפרקטיקה מסוימת והן באופן כללי. על פי התפיסה המשולבת של הריבונות... סתירה המתמקדת בפרקטיקה מסוימת עשויה להיות מוצדקת במקרים שבהם, לתפיסתה של הכנסת, משפט זכויות האדם הבין־לאומי נוגד את תקנת הציבור בישראל. משפט זכויות האדם הבין־לאומי נועד, בראש ובראשונה, להגביל את כוחה של המדינה לפגוע באזרחיה ובבני אדם אחרים הנתונים לסמכות המדינה. אם המדינה מבקשת לסטות ממשפט זה בשל אי־קבלה של תוכנו, בשל תפיסת עולם ישראלית ייחודית באשר להיקף זכות מסוימת או היכולת להגבילה או בשל נסיבות מקומיות ייחודיות, ראוי שהסטייה תיעשה ברמה החוקתית.[170]

אך אין זה סופו של הסיפור. כלקח מחלקי המאמר הקודמים, אבקש להציע חריג אפשרי אחד לעליונות זו של חוקי־היסוד על המשפט הבין־לאומי, הנובע לא מהמשפט הבין־לאומי, אלא מהמשפט המדינתי הפנימי עצמו ומעקרונות־היסוד של שיטת המשפט. טלו, למשל, את הדוגמה של שווייץ ופרשת גירושם של מבקשי המקלט. בשווייץ, כפי שציינו לעיל, עליונותו של המשפט הבין־לאומי כמגביל אף את פעולתה של הסמכות המכוננת באה לידי ביטוי בצורה ברורה ביותר במערכת המשפט הפנימי. אך גם שם, כאשר עובר לחוקה החדשה משנת 1999 הכירה המועצה הפדרלית בנורמות הקוגנטיות הבין־לאומיות כמשיתות הגבלות משתמעות על תיקונים לחוקה, היא ביססה את החלטתה על הסדר החוקתי הלאומי. נימוקה של המועצה הפדרלית נגזר מעקרון שלטון החוק (Rechtstaat), המהווה עקרון־יסוד במערכת המשפטית המדינתית, ולא מהוראה עצמאית וחיצונית.[171] באופן דומה ניתן לטעון שכאשר הכנסת מכוננת או מתקנת חוק־יסוד באופן שפוגע בדינים קוגנטיים של המשפט הבין־לאומי שאין לסטות מהם, בית־המשפט יוכל לבטל אף הוראה כזו, אך **לא מן הטעם שההוראה החוקתית סותרת את המשפט הבין־לאומי כמערכת דינים עצמאית, אלא כי סתירה כאמור סותרת את עקרון שלטון החוק, המהווה עקרון־יסוד במערכת המשפט הישראלית.**[172] עקרון שלטון החוק

---

170 שם, בעמ' 957.

171 de Wet, לעיל ה"ש 142, בעמ' 103: "the (Swiss notion of the) *Rechtsstaat* itself contained certain peremptory and unalterable norms, including the prohibition of *refoulement* and that this national origin of the most elementary norms of international law would suffice for applying the concept of *jus cogens* to national legislation".

172 השוו לדברי הנשיא ברק בא"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 23 (2003): "הבסיסיים שבעקרונות הדמוקרטיים'... מבוססים לדעתנו על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית". ראו גם אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" **משפט וממשל** ה 375, 397 (2000):

חל לא רק לגבי החוק המדינתי, אלא גם לגבי המשפט הבין־לאומי. כפי שכתב לורד בינגהם: "The rule of law requires compliance by the state with its obligations in international law as in national law".[173] כפי שציין המשנה לנשיאה מלצר בפסק־הדין שעסק ב״חוק ההסדרה״,[174] סתירה לכללים הסכמיים ומנהגיים של המשפט הבין־לאומי מהווה ״אי התאמה **לערכים** של מדינת ישראל, המשתייכת למשפחת העמים ואמורה לכבד הסכמים בינלאומיים שהיא קשורה בהם, והתחייבויות שקיבלה על עצמה במסגרתם״.[175] כך גם בוודאי לגבי דינים קוגנטיים שאין לסטות מהם. כלומר, פגיעה מהותית וקשה בעקרונות־היסוד של השיטה עשויה להצדיק הכרזה אף על נורמה חוקתית כלא־חוקתית.[176] עקרונות־היסוד החוקתיים הפנימיים עשויים לשמר מקור נורמטיבי בעל לגיטימיות משפטית לפסילת נורמות חוקתיות המתנגשות עם דינים קוגנטיים של המשפט הבין־לאומי שאין לסטות מהם.[177]

״לעקרון שלטון החוק הפורמלי, היוריספרודנטלי והמהותי ניתן בישראל מעמד חוקתי־על־חוקי״.

173 TOM BINGHAM, THE RULE OF LAW 110 (2010).

174 חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע״ז–2017.

175 בג״ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ׳ הכנסת**, פס׳ 6 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה מלצר (פורסם בנבו, 9.6.2020) (ההדגשה במקור).

176 השוו לדברי הנשיא ברק בבג״ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד סא(1) 619, 717 (2006): ״יש מקום לתפישה כי חוק או חוק יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם״. ראו גם ברק ״תיקון של חוקה שאינו חוקתי״, לעיל ה״ש 149, בעמ׳ 379: ״לדעתי, יש מקום לגישה כי סמכותה המכוננת של הכנסת אינה כל יכולה. כך לעניין כינונו של חוק יסוד חדש, וכך לעניין תיקונו של חוק יסוד קיים. ניתן לומר כי בשני המקרים חייבת הכנסת, כרשות מכוננת, לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו״. כן ראו ליאון שלף ״מ׳שלטון החוק׳ ל׳מרות המשפט׳: הרהורים וערעורים על מושג־יסוד״ **עיוני משפט** טז 559, 559 (1991): ״המושג ׳שלטון החוק׳ נחשב לאחד ממושגי־היסוד של שיטת המשפט הישראלית״.

177 בהקשר זה יש לשאול, כמובן, אם יש לבית־המשפט העליון הלגיטימציה החברתית הדרושה להתערבות בסמכותה המכוננת של הכנסת, ובפרט אם הדין הבין־לאומי יכול לסייע לו כמקור נורמטיבי שיש בו כדי להצדיק התערבות כזו. התערבות בסמכותה המכוננת של הכנסת, במיוחד תוך שימוש בדין הבין־לאומי, עשויה להצטייר בעיני הציבור כהתערבות לא־לגיטימית בריבונות העם. החלטה כזו עלולה אף להוביל לתנועת־נגד (backlash) חזקה של הגבלת סמכויותיו של בית־המשפט. שאלת הלגיטימיות של בית־המשפט בהתמודדותו עם פופוליזם ולחצים פוליטיים לצמצום סמכויותיו תלויה במדדים רבים, וחורגת מגדרי מאמר זה. ראו, למשל, Michaela Hailbronner & David Landau, *Introduction: Constitutional Courts and Populism*, INT'L J. CONST. L. BLOG (Apr. 22, 2017), http://www.iconnectblog.com/2017/04/introduction-constitutional-courts-and-populism/; Andrew Arato, *Populism and the Courts*, VERFBLOG (Apr. 25, 2017), http://verfassungsblog.de/populism-and-the-courts/.

ו. סוף־דבר

לפני כמאה שנה סיים קווינסי רייט את מחקרו בנוגע לשאלה ״אילו הגבלות, אם בכלל, המשפט הבין־לאומי משית על יכולתה של מדינה לכונן ולשנות את חוקתה על־פי שיקול־דעתה״.[178] חוקרי המשפט החוקתי מחפשים כבר זמן רב אחר מקור נורמטיבי גבוה יותר שניתן להתייחס אליו בעת בחינה של נורמות משפטיות – למשל, חקיקה ראשית בעת בחינה של חקיקה משנית, או חקיקה חוקתית בעת בחינה של חקיקת־היסוד. אולם לאיזה מקור נורמטיבי נתייחס בבואנו לבחון נורמה בעלת מעמד נורמטיבי חוקתי? כאשר מדובר בשינויים חוקתיים, ״הנורמות הגבוהות יותר״ שאנו מחפשים יכולות להיות עקרונות־יסוד חוקתיים, מפורשים או משתמעים. טענות בדבר קיומה של נורמה גבוהה יותר מאלה יכולות להישמע גם ביחס לעקרונות על־חוקתיים חיצוניים, בדמותה של מערכת ״משפט הטבע״.

בשנים האחרונות, כפי שביקשתי להראות במאמר זה, צומחת מגמה המכירה במשפט הבין־לאומי ובמשפט האזורי העל־לאומי כדינים הנמצאים במעמד נורמטיבי על־חוקתי ומגבילים אף את הסמכות המכוננת. מגבלות על־חוקתיות אלה הן ביטוי לתופעות הגלובליזציה, הרב־צדדיות (multilateralism) והטרנס־לאומיות, המשפיעות על המשפט המדינתי והמוסדות המשפטיים הפנימיים. פעמים רבות השפעה זו מתבטאת ביותר מאשר השלמה של הדין המקומי או הוספה לו. כיום מדינות כפופות לכללים על־לאומיים מסוימים. כאשר כללים אלה מופרים, הם יכולים להיאכף על־ידי אורגנים ובתי־דין על־לאומיים, וזאת אף אם ההפרה נעשית על־ידי חקיקה חוקתית. מנקודת־מבט זו, חלות בהחלט מגבלות על־חוקתיות על הסמכות המכוננת. לכאורה, הגדרת העליונות של המשפט העל־לאומי על המערכת המשפטית הלאומית עשויה לגבור על הגישה הדואלית המסורתית המסדירה את היחסים בין המשפט הבין־לאומי לבין המשפט המקומי.

הרעיון של מגבלות המושתות על הסמכות המכוננת מכוח המשפט הבין־לאומי נראה כפוגע ברעיון ריבונות העם, שכן יש בו כדי לחתור תחת החלטות דמוקרטיות של הרוב. הגירעון הדמוקרטי ששימוש במשפט הבין־לאומי נושא בחובו נובע, בין היתר, מ״מגמות של הפנמה אנכית של נורמות בין־לאומיות לדין המדינתי ללא בקרה מספקת או תהליכים של דיון ציבורי המבטאים הסכמה של חברי הקהילה הריבונית״.[179] למעשה, אם העם מוגבל בחופש הפעולה שלו ובניהול ענייני המדינה הפנימיים בשל הגבלות המוטלות עליו על־ידי הקהילה הבין־לאומית הגלובלית, הכשל האנטי־רובני מגיע לשיאו.[180] זאת, במיוחד אם מגבלות מהמשפט הבין־לאומי או העל־לאומי

178 Quincy Wright, *International Law in Its Relation to Constitutional Law*, 17 AM. J. INT'L L. 234, 239 (1923).

179 דורין לוסטיג ״קאדי בירושלים – דמוקרטיה בעידן של ממשל גלובלי: רגולציה של מימון טרור בישראל״ **מחקרי משפט** לא 881, 890 (2018).

180 על הכשל האנטי־רובני הגלום בתיאוריה חוקתית ראו ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16–17

מוטלות על הסמכות המכוננת עצמה – הסמכות הגבוהה ביותר בסדר החוקתי. כדי להתמודד עם הכשל האנטי־רובני, יש לזכור את שני אלה: **ראשית**, משפט בין־לאומי ועל־לאומי יכול לעזור בפתרון כשלים דמוקרטיים, ולסייע למיעוטים להגן על עצמם מפני עריצות הרוב. לכן, למשל, בעוד דינים קוגנטיים, כגון איסור הפליה גזעית שיטתית, מטילים מגבלות על הכרעת הרוב, הם דווקא מחזקים את הדמוקרטיה (democracy-enhancing). **שנית**, לנוכח הבלמים המדינתיים השונים הקיימים בקליטת המשפט הבין־לאומי או העל־לאומי, ההכרעות נותרות למעשה בידי הרוב הפוליטי, ולכן אין לראות את המצב המתואר כאנטי־דמוקרטי.[181] אכן, כפי שהראיתי במאמר, העליונות הלכאורית של המשפט הבין־לאומי נעצרת כאשר מדובר בחוקת המדינה. נדמה כי המגבלות העל־חוקתיות הללו מוגבלות בעצמן. הן מתקשות לחדור למרחב המשפטי הפנימי ולגבור על הנורמה הגבוהה ביותר בפירמידת הנורמות הפנימית. מנקודת־המבט של המשפט החוקתי המקומי, החוקה – כחוק העליון במדינה – גוברת על נורמות בין־לאומיות או על־לאומיות סותרות. לפיכך ייתכן שנורמה תיחשב חסרת תוקף מנקודת־המבט של המשפט הבין־לאומי, שכן היא סותרת מחויבות בין־לאומית או נורמה בין־לאומית עליונה, ובה־בעת תיחשב תקפה מנקודת־המבט החוקתית הפנימית. חוסר ההתאמה בין שתי הגישות הללו הוא, בהשאלה מאַן פיטרס, ״עובדה שאנשי האקדמיה יצטרכו ללמוד לחיות איתה״.[182]

כיצד אפוא ניתן לאכוף את ההגבלות העל־לאומיות במסגרת מערכת המשפט הפנימית במדינות? במקרה של שינוי חוקתי המפר את הדין הבין־לאומי או האזורי, בתי־המשפט המדינתיים יכולים, לפחות בתיאוריה, להשתמש בדין העל־לאומי כדי לבטל את ההוראה החוקתית הסותרת. אך לא נראה שזה המצב ברוב המקרים, אלא רק במקרים יוצאים־מן־הכלל, שכן כאשר השופטת בבית־המשפט הלאומי מצויה במצב של נאמנות מעורבת, היא תעדיף בדרך־כלל את ההוראה החוקתית על המשפט הבין־לאומי.[183] זאת, במיוחד בעידן הפופוליזם, אשר מתנגד למשפט בין־לאומי או זר ורואה בו איום על הזהות הלאומית. זאת ועוד, כפי שביקשתי להדגים במאמר, כאשר בתי־משפט, בעיקר באמריקה הלטינית, עשו לאחרונה שימוש במשפט הבין־לאומי והאזורי כדי לפסול הוראות חוקתיות (ואף הוראות בחוקה המקורית), נעשה הדבר כשימוש

(2nd ed. 1986): "[J]udicial review is a counter-majoritarian force in our system... [W]hen the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act... it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now".

181 לדיון נרחב ברוח זו ראו Anupam Chander, *Globalization and Distrust*, 114 YALE L.J. 1193, 1203 (2005).

182 Anne Peters, *The Bananas Decision (2000) of the German Federal Constitutional Court: Towards Reconciliation with the European Court of Justice as Regards Fundamental Rights Protection in Europe*, 43 GERMAN Y.B. INT'L L. 276, 282 (2000).

183 השוו DAVID DYZENHAUS, JUDGING THE JUDGES, JUDGING OURSELVES: TRUTH, RECONCILIATION AND THE APARTHEID LEGAL ORDER 14–15 (1998).

לרעה במשפט הבין־לאומי על־ידי בתי־משפט שנשבו בידי השלטון והפעילו את הוראות המשפט הבין־לאומי כדי להסיר מגבלות חוקתיות מעל הכוח השלטוני. דוגמאות אלה, אף שהן ספורות, עשויות להוות תמרור אזהרה למדינות מפני פנייה למשפט הבין־לאומי לשם הכרעה בנוגע לתוקפן של הוראות חוקתיות, והן אינן מבשרות טובות לעתיד המשפט הבין־לאומי.

גם אם מבחינת המשפט הבין־לאומי ברי כי הוא גובר על המשפט הלאומי, הפרקטיקה של המדינות – פרט לחריגים ספורים או לשימוש לרעה כפי שהוצג לעיל – אינה מוכיחה זאת בפועל, מאחר שהמדינות לא אישרו את הכרתן בעליונותו של המשפט הבין־לאומי על חוקותיהן.[184] למעשה, ברוב המדינות המשפט הבין־לאומי (בניגוד לדיני האיחוד האירופי ולאמנה האירופית לזכויות אדם) אינו זוכה עדיין בהתייחסות מפורטת או אפילו נדחה לחלוטין בהתדיינות החוקתית.[185] יתר על כן, כל התייחסות שיפוטית לנורמות על־חוקתיות במטרה לפסול הוראות חוקתיות תעיד על ״אקטיביזם שיפוטי״, ותעורר ככל הנראה ביקורת קשה.[186]

כיום, ככל שקיימת עליונות לחוק העל־לאומי, היא מוגבלת עדיין. בסופו של דבר ההחלטה בנושא תהיה כפופה לנורמה הלאומית שנמצאת ברמה הנורמטיבית הגבוהה ביותר במדינה. יתר על כן, במרחב המשפטי הפנימי כל טענה בדבר עליונותו של הדין העל־לאומי על הדין החוקתי הפנימי תבוסס בדרך־כלל על הוראות החוקה עצמה, אשר ייתכן שמכירות במשפט הבין־לאומי או האזורי כבעל מעמד נורמטיבי גבוה מזה של המשפט הפנימי.[187] עם זאת, הוראות חוקתיות ניתן לשנות, ואף את החוקה כולה ניתן להחליף בחוקה חדשה אשר תצמצם או תבטל את ההכרה בעליונותו של המשפט הבין־לאומי. לכן חשוב להכיר בכך שכיום עליונות זו אינה מבוססת על תיאוריה על־חוקתית כלשהי, אלא על מגבלות פנימיות הקבועות במערכת החוקתית עצמה. שוב, אין בכך כדי לשלול את חשיבותו של המשפט העל־לאומי, אלא רק להדגיש את החשיבות של עיגון פנימי שיעיד על הכרה ממשית בכך ויסייע בהחלתו של המשפט העל־לאומי.

---

184 Anne Peters & Ulrich K. Preuss, *International Relations and International Law*, *in* ROUTLEDGE HANDBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW 33, 36–39 (Mark Tushnet, Thomas Fleiner & Cheryl Saunders eds., 2013).

185 ראו, למשל, Keun-Gwan Lee, *From Monadic Sovereignty to Civitas Maxima: A Critical Perspective on the (Lack of) Interfaces Between International Human Rights Law and National Constitutions in East Asia*, 5 NTU L. REV. 155, 162–73 (2010).

186 ראו Michel Rosenfeld, *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts*, 2 INT'L J. CONST. L. 633, 655 (2004); ROBERT H. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW 66 (1990).

187 אולם ראו Giuseppe Martinico, *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law Before National Courts*, 23 EUR. J. INT'L L. 401, 424 (2012): "today, the issue of the ECHR's primacy and direct effect does not depend just on what is written in the constitutions, it is something that seems to go beyond the full control of national constitutions".

אן־מארי סלוטר ווילאם בֶּרק־וייט ניסחו את הסלוגן ״העתיד של המשפט הבין־לאומי הוא מקומי״.[188] נראה כי על־אף הגלובליזציה והתחזקות המשפט העל־לאומי, חוקות לאומיות נותרו חיוניות בכל הליך של חוקתיות גלובלית. התיאור המיטבי של ההגבלות המושתות על הסמכות המכוננת בכל הנוגע בשינויים חוקתיים הוא באמצעות הגבלות חוקתיות מפורשות או משתמעות.[189] כלומר, על־אף העליונות התיאורטית של המשפט הבין־לאומי או האזורי על הסמכות המכוננת, הפרקטיקה הקיימת בפועל אינה תומכת ברעיון של על־חוקתיות. הגבלות הנובעות מתוך הסדר החוקתי עצמו הן שמשמשות להטלת מגבלות תקפות על הסמכות המכוננת בהתאם לסטנדרטים על־לאומיים. כך, למשל, ראינו כי חוקה יכולה לכלול הוראות מפורשות המגבילות את היכולת לשנות את החוקה באופן שסותר כללים קוגנטיים או דיני זכויות אדם של המשפט הבין־לאומי. באופן דומה, עקרונות קוגנטיים של המשפט הבין־לאומי עשויים להיחשב חלק מעקרונות־היסוד האוניוורסליים של המערכת החוקתית הפנימית.[190] לפיכך, באמצעות הגבלות חוקתיות, בין מפורשות ובין משתמעות, נורמות בין־לאומיות ועל־לאומיות יכולות להשית הגבלות בנות־אכיפה על שינויים חוקתיים. לכן נראה כי צדק ויליאם קרטר באומרו כי ״אין ספק שלממשלה יש מגוון אמצעים לגיטימיים העומדים לרשותה כדי לשנות את התחייבויותיה המשפטיות הבין־לאומיות או לשלול מהן תחולה מקומית, אך התעלמות מהחוקה אינה אחד מהם״.[191]

188 Anne-Marie Slaughter & William Burke-White, *The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)*, 47 HARV. INT'L L.J. 327, 350 (2006).

189 השוו עם Ximena Fuentes Torrijo, *International Law and Domestic Law: Definitely an Odd Couple*, 77 REV. JUR. UPR 483, 491 (2008).

190 למשל, The German Constitutional Court *Lisbon* Case, BVerfG, 2 BvE 2/08, June 30, 2009, para. 218, https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html: "Through what is known as the eternity guarantee, the Basic Law... makes clear... that the Constitution of the Germans, in accordance with the international development which has taken place in particular since the existence of the United Nations, has a universal foundation which cannot be amended by positive law".

191 William M. Carter, Jr., *Treaties as Law and the Rule of Law: The Judicial Power to Compel Domestic Treaty Implementation*, 69 MD. L. REV. 344, 389 (2010).