

# התהlid המדיini : היבטים בלתי חוקתיים

## אליאב שוחטמן

"חלהת המשפט, השיפוט והמנהל היישראלי" היא: החלת הריבונות, וחוק הקובל ממצוות-עשה.

במהותו, הוא חוק הקובל מצוות-עשה. משמעותה של מצוות-עשה זו של המחוקק היא, על השלטון להנהג בחבל הארץ זה כשם שהוא בכל חבל הארץ שבו חלק הריבונות הישראלית; בודאי שאסור לו לעשות מעשים הסותרים את מעמדה הריבוני של ישראל שם.

חוק רמת'-הגולן, שתכלתו החלת הריבונות הישראלית על חבל הגולן, מהווה גושפנקה חוקית ליקיון העמוקה של העם היהודי רמת'-הגולן, חלק ממולתו ההיסטורית. יש זכרו, שחבל הארץ, שהיה אוצר התקייבות היהודית צפופה במשמעות ארוכות עד חורבנו, או דלדלו, בתקופת הכיבוש ערביה, ככל גבולות הבית הלאומי שתבעו מנהיגי התנועה הציונית בעת שאומות העולם כיכרו בוכחות של העם היהודי בארץ ישראל. לא למוור לצין, שחבל הארץ זה שימש יעד התקייבות לחילוץ העלייה הראשונה והשנייה, על שם היותו חלק בלתי נפרד מארץ-ישראל, בדיקך כמו פתיחה תקופה, מטולה וחדורה.<sup>1</sup>

פעילותם של ראש-הממשלה וחבר שריו למסירת הריבונות על רמת'-הגולן לידי הסורים, המתבטאת הן במשא-זוםון עם סוריה והן בהצהרות שונות הנשמעות חזשות לבקרים גם לא בஸוגרת המשא-זוםון, עומדת אפוא בעילן בגיןו לתכלתו ולמטרותיו של חוק רמת'-הגולן, שכן, כאמור: החלת הריבונות הישראלית על חבל הארץ זה, כביטוי לזיקתו של העם היהודי לחבל זה של ארצו.

זאת ועוד: פועלותיה של הממשלה למסירת רמת'-הגולן לשוריה עומדות גם בוגיון לסעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, החקוב לאמור:

מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה,

**ה** עלותם הנמרצת של ראש-הממשלה וחבר שריו, ובראשם שר-היחס, למסירת רמת'-הגולן לריבונות סורית ולמסירת השליטה על שטחי יהודה, שומרון וזה לידי ארגוני המריצחים הערביים, יצא לקראת הקמת ישות ערבית מדינית עצמאית בארכ'-ישראל המערבית, בלבד משחיה מעוררת שאלות קשות בתחום הצבאי והביטחוני, בתחום האנושי והחברתי ובתחום הציוני והלאומי, מעוררת שאלות קשות גם במישור החוקתי. להן ידועו כמה מן הבעיות המרכזיות המתעוררות בתחום זה. עיקר עיננו ייחודי לשאלת רמת'-הגולן, ולבסוף נדון בשאלת יהודה, שומרון ועזה.

<sup>1</sup> ראה מאמרי: "הגולן – הסכרים מול המפולת: מעמדה המשפטי של ישראל ברמת הגולן", ני�, 2/93, עמ' 10-11; אשר מעוז, "רמת הגולן – ללק מדינית ישראלי", הירקליט, כרך מא (תשנ"י), עמ' 50-74.

**ה** דינת-ישראל היא, כמובן, מדינת חוק, ובה אין השלטון רשאי לעשות כל העולה על רוחו, אלא עליו לפעול אך ורק בהתאם לחוק. מחויבותו של השלטון היא לקיום החוק על שני מרכיביו: חובי העשה שבו, וחובי הלא-תעשה שבו. זהינו, על השלטון לקיים את מצוות המחוקק, ועל לו לעשות מעשים אשר המחוקק אסר. חוק רמת'-הגולן, שהתקבל בכנסת בשנת תש"ב-1981 ברוב מכיער, החיל, למעשה, את הריבונות הישראלית על רמת'-הגולן. סעיף 1 לחוק קובל שהמשפט, השיפוט והמנהלה הישראלי יחול על רמת'-הגולן, ועל-פי פירושנותו המוסמכת של בזורה המשפט העלינו במספר מקרים, משמעותה של

<sup>2</sup> לכל זאת, ראה מאמרי: הניל, עמ' 5-7.

אליאב שוחטמן הוא פרופסור למשפט עברי, ומשמש כראש המכון לחקלאות העברי בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה פורסם בחוות קומdotot של נייפ.

הם מחויבים מכוח סעיף 16 לחוק יסוד: הממשלה.  
בהצהרה זו, על ראש הממשלה להצהיר כדלהלן:

<sup>3</sup> בג"ץ 205/82, קאנני אבו צאלח ואחר נ' שר-הפטים ואיה, פד"י ל"ז(2), עמי .720.

אני (שם) מתחייב כראש הממשלה לשמר אמון  
למדינת ישראל ולחוקה, למלא באמונה את תפקיד  
ראש הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת.

ועל כל אחד מן השרים להצהיר כדלהלן:

אני (שם) מתחייב כחבר הממשלה לשמר אמון  
למדינת ישראל ולחוקה, למלא באמונה את תפקיד  
חבר הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת.

מה משמעותה של הצהרת האמונים שמוסרים ראש-  
הממשלה והשרים עם ניסוסם לתפקידים? ברור הדבר,  
שאנו הם מקבלים עליהם את עצם שמירת החוק, שהרי  
חויבה זו מוטלת על כל אזרח. לא לשם כך נועדה אפוא  
הצהרת האמונים. היא נועדה לבטא את מחויבותם של  
ראש-הממשלה ושריו **בשלוחיו הציבור** כולם. הצהרת  
האמונים למדינת ישראל ולחוקה שבבה חביבים נושאי  
הממשלה והשרים מבטאת את הנאמנות שבבה חביבים נושאי  
תפקידים אלה במילוי תפקידם כלפי מדינת ישראל ולא  
כלי שום מדינה אחרת, וכך אף בחוקה של מדינת ישראל  
ולא כלפי שום מערכת חוקים אחרת.

שאלה היא, אם הצהרת האmons של ראש-הממשלה  
והשרים, מחייבת אותם במצוות גם לכל החלטה של הכנסת  
שאינה חוק, כמו בנושא המדינתי, למשל,<sup>6</sup> אבל לית מאין  
დפללי, שהצהרת האmons מחייבת אותם במצוות מוחלט  
לחוק שחוקקה הכנסת, ועל הממשלה והעומד בראשה –  
כnamani הציבור – לפעול על-פי אותן חוקים שבסת  
הציבור רצה.

גם חברי הכנסת שאינו שר, שהצהרת האmons שלו אינה  
כוללת פסקה בדבר נאמנותו המוחלטת לחוק, מחייב  
בנאמנות זו:

עלובן הואeschel הישר לגורוס, חבר של  
**בית-המחוקקים** רשייא להעמיד עצמו מעלה חוקי  
הבית ועדין להיחשב נאמן לשילוחתו בכנסת  
ולמדינה.<sup>7</sup>

יצא אפוא שם ריבונותה של מדינת ישראל משטרת  
על שטח רמת-הגולן, והדבר מעוגן בחוק הכנסת, הרי כל  
מעשה או הצהרה של ראש-הממשלה והשרים המכונינים  
לשנות את המצב הזה בעוד החקיקה הקיימת בעינה  
עומדת, יש בהם משום הפרעה בוטה של חובת הנאמנות  
שלמים למדינה ולחוקה, והוירה תחת אחד מעקרונות  
היסוד של משטרנו הדמוקרטי. קשה לראות כיצד ניתן  
ליישב את הצהורותיהם של שרים שונים בדבר מעמדו  
המשפני של שטח רמת-הגולן כ"אדמה סורית", עם  
הקביעה המפורשת של המחוקק בדבר היוותו של הגולן  
חלק מדינת ישראל.

גם שיקולי ביטחון אינם יכולים לשמש בידי הרשות  
מצידיק לטטיה מהה שמצווה החוק. דברים בעניין זה כתוב  
השופט ברק בפסק הדין שנזכר לעיל.  
דברים חריפים במיוחד כתוב בשעתו פروف' יצחק זמיר,

של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל,  
הבעלות בהם לא תועבר, אם במכרז ואם בדרך אחרת.

לאור פסיקת בית-המשפט העליון, שלפיה, "בכל מקום בו  
מופעל בחקיקה הישראלית 'ישראל', או ביטוי אחר המציין  
את המדינה, גם רמת-הגולן במסמך",<sup>8</sup> אין טפק שחל על  
המדינה אישור מוחלט, או מונעות מוחלטות, להביע  
sthatchim אלה בדרך כלשהי, ובוודאי לא לריבונות זורה.

האם רשות ראש-הממשלה, או שר משרד הממשלה,  
לפעול בגין חוק שחוקקה הכנסת; לעוניות דעתינו התשובה  
היא: לאו מוחלט. על-פי עקרון שלטון החוק, שהוא יסוד  
מוסד בשיטת משטרנו הדמוקרטי, החוק חל על הכל במידה  
שווה, החל בראש-הממשלה וכלה באחרון האורחים, ולאيش  
במדינה אין זכויות-тир בעניין זה. על כל כך כתוב נשיאו החדש  
של בית-המשפט העליון, השופט ברק:

חשיבותו העיקרית של עקרון שלטון החוק, במובנו  
הפורמלי, היא בתחולתו על הרשות המבצעת. זהו  
העיקרון של חוקיותו של שלטון או חוקיות המנהל.  
עמדתי על כך בפרשה אחת, בצייני:

בכל הנוגע לרשota המבצעת, שלטון החוק  
משמעותו חוקיות המנהל. הרשות המבצעת  
כפופה לחוק. לייחידה אין זכויות, כוחות או  
חסניות, אלא אם כן החוק מעניק זאת להם.  
מכאן, שלאиш שלטון, בתור שכזה, אין יותר  
זכויות או חסניות מאשר מרבית כל אדם אחר  
במדינה, ועל כן יש לו אותה אחריות למעשיו כמו  
כל אדם אחר. (בג"ץ 428/88, פד"י מ"3, עמי .611).

על כן חייב כל איש שלטון לקיים את החוק. מראש-  
הממשלה לנמוך שבפקידיים – חיניכים בכבוד החוק.  
שירותי הבטחון – צבא, משטרה, ש"כ – חייבים  
לקיים את החוק. שיקולי ביטחון עשויים להשפיע  
לעתים על קביעת תוכנו של החוק. אך משנקבע תוכן  
זה, אין שיקולי ביטחון מחייבים צידוק להפרתו. נחפה  
הוא: אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב  
בביטחון הלאומי.<sup>9</sup>

מחויבותם של ראש-הממשלה והשרים לכבוד חוק זה,  
כמו כל חוק אחר, גודלה אף יותר ממחויבותו של אזרח מין  
הشورה:

במדינה בה שלולט עקרון שלטון החוק אין איש או גוף...  
שהוא מעלה למשפט... כל הרשותות השלטוניתות...  
כפופות החוק, אין רשות שהיא מעלה לחוק (בג"ץ  
6163/92, אייזנברג נ' שרבינוני וחסיכון; טרם  
פורסם). **ונטילת החוק לידיים** – כלומר הפרת  
החוק – אסורה היא על כל אדם. על אחת כמה  
וכמה שאסורה היא על איש הציבור, אשר אמר  
לשם דוגמא ומופת לציבור כולם. הפרת החוק על-ידי  
איש הציבור פוגעת באמון הציבור ברשותות הציבור.<sup>10</sup>

זאת ועוד: כידוע, עם היכנסם לתפקידם, מוסרים ראש-  
הממשלה, וכל שר משרד הממשלה, הצהרת אmons שבבה

<sup>6</sup> אי' רובינשטיין, המשפט  
הኮונסטיטוציוני של  
מדינת ישראל (מח' רבייעת  
מורחבת, תל-  
אביב 1991, כרך א'), עמ' .501.

<sup>4</sup> אי' ברק, "שלטון החוק",  
(הו' המועצה הלאומית  
לקידום ערכי שלטון  
החוק והדמוקרטיה)  
A.V. Dicey, ; 5-4  
Introduction to the Study  
of the Law of the Constitution, 10th ed. 1959, p.  
.193

<sup>7</sup> בג"ץ 400/87, כהנא נ'  
יור' הכנסת, פד"י  
מן(2), עמי .738.

<sup>5</sup> בג"ץ 1843/93, פחשי נ'  
כנסת ישראל ואחר (טרם  
פרסום).

על המצב העולם להווצר במדינה אם רשות השולטן לא ימלאו אחר העיקרונות של שלטון החוק, כתוב פרופ' יצחק זמיר:

אם נרצה כי צורכי השעה, כפי שהם נראים לנו מזאת זה או אחר במערכות השולטן, יצדיקו הפרת חוק עליידי אותו גרים, מתוך טענה של ביטחון המדינה או טובת הציבור, אנו עלולים למצוא עצמנו בדרך מדינית חוק השומרת על זכויות האזרח, אל סוג אחר של מדינה.<sup>10</sup>

אם חוק הכנסת עודנו בניגוד לעקרון יסוד שהוכרו עליו במגילת העצמאות – מסמך המבטא את חזון העם ואתה "אני מאמין" שלו – או בניגוד לעקרון כלשהו שאין מקומו בחוק שחוקקה הכנסת, גם אז גובר חוק הכנסת, שכן הכנסת היא הריבון: "כאשר ברור, מעל לכל ספק, רצונו של המחוקק... על בית-המשפט לכל דבר רצון זה ולעתת לו תוקף, אף אם הדבר אינו עולה בקנה אחד עם העקרון של חופש המצפון שבחרכות העצמאות או בסימן 83 לדבר המלך בmouth".<sup>11</sup> בודאי שאם בית-המשפט כפוף לईבועות הכנסת, גם הממשלה כפופה לה.

על סוד דברים אלה נוכל אף לנו לומר: גם השליטים – שהוא ללא ספק ערך בעל חשיבות ראשונה במעלה – נשען על שלטון החוק. טענת הממשלה כי השלום הוא ערך כה נשבג עד שהוא דוחה מפניו אפילו את החוק, אינה עומדת במבחן הבדיקה. משמעתו של שלטון החוק היא, שרק החוק יכול לשמש מקור לסתמכותה של הרשות, והוא אין שום זכות יתר מאשרiana נובעת מן החוק. חוק רמות-הגולן מביא את רצון הציבור לראות ברמות-הגולן חלק מדיניות ישראל, וכל עוד החוק לא השתנה, אין בסמכותה של הממשלה לעשות מעשים הסותרים את כוונת המחוקק.

מובן מالיו שאין הממשלה מנوعה מלנקוט יזומות כלאה ואחריות במטרה לקודם השגת הסכמי שלום בין ישראל לממדינות ערב. ואולם, אין הממשלה רשאית לפעול במסגרת זו אלא בהתאם לחוק, ואם חוקי מדינת ישראל החלו את ריבונות המדינה על שטח רמות-הגולן, אין היא רשאית לפעול לbijtrol ריבונותה של המדינה על שטוח זה בלבד שיש לה סמכות לכך מכוח החוק. פועלותיה של הממשלה המכוננות לביטול הריבונות הישראלית ברמות-הגולן בניגוד לרצונו המחוקק, עושות אפוא את עקרון שלטון החוק לחוכם ואטלאה.

נשאלת השאלה: כולן רשאית הממשלה לפעול בגיןוד לרצונו המחוקק על סמך תכניתה להביא לידי שינוי המצב החזקי הקיים?

דומה שהתשובה לכך היא לא מוחלט. כאמור לעיל, יסוד מוסד במשמעותו החוק הוא ששות ערך אינו יכול לעמוד מעלה החוק. לפעמים עשויה רשות מושבות המדינה לסבירו כי החוק קיים אכן טוב, ולהמליץ בפני המחוקק על שינויו של החוק כדי שייאמץ ערך זה או אחר שלדעת הרשות ראיוי שייאמץ. אולם ככלמן שהחוק לא שונה, אין הרשות רשאית לפעול כלפיו כבר השנתנה.

דברים מפורשים בעניין זה אמר בית-המשפט העליון בפרשת מיטריאל בע"מ.<sup>12</sup> באותו עניין נמנעה הממשלה מפעול על-פי סמכויותיה מכוח החוק בעניין יבוא בשורכה של מדינת ישראל. זרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת.<sup>9</sup>

קיים שופט בבית-המשפט העליון, ביחס לשלטון המழמ  
שיקולים כאלה ואחרים מען החוק:

עשוויה הרשות השולטונית להעלות טענה, שיש בהacialו להצדיק סטייה מן החוק, וכן היא אומרת: צרייך שהחוק ישרת את המדינה; והחוק הוא רק שיקול אחד; יש שיקולים נוספים לא פחות חשובים; טובת המדינה היא שיקול כזה, ואפשר שתהיה לו עדיפות על החוק... שיקולים של ביטחון המדינה הועלו לעיתים כדי להצדיק עדדים שונים שלא היה להם בסיס בדיון. כמובן זהוי טענה שיש בה טעם. וכי מה לנו חשוב יותר מטובת המדינה? אך קל להיווכח שבפועל זהוי טענה מסוכנת מאוד. ידועה האמרה שמאחריו הפטוריותם עשויי להשתרר כל מעשה נבלה. טענה זאת, כשהיא לעצמה,عشווה למוטט את העקרון של חוקיות השולטן ועמו את שלטון החוק.

<sup>10</sup> משה נבי, "ஸבר של טון החוק", תל אביב, תשמ"ז, עמ' 10.

בבארו מדווע כה חשוב שהשלטון יקפיד על שמירות החוק, גם שנראה לו ראוי לסתות ממנו מפני שיקול של טובת המדינה, כתוב פרופ' זמיר, בין היתר דבריו:

יש להסביר על הטענה שהשיקול של טובת המדינה או טובת הציבור עדיף לעיתים על העקרון של חוקיות השלטון. השאלה העיקרית בהקשר זה היא: מי מוסמך לקבוע מהי טובת המדינה או טובת הציבור – הממשלה? כל שר במסגרת משרדיו ואולי כל פקיד בתחום אחריותו התשובה היא, כמובן, שבמדינה דמוקרטיות טובת הציבור נקבעת על-ידי הציבור עצמו, באמצעות נציגיו, בדרך של חוק. מכאן שהחוק הוא ש商量ט את טובת הציבור. הגבול שמצויב החוק לסתוכיות השולטן הוא הגבול של טובת הציבור. רשות שטונית שפורצת גבול זה, ואיפילו היא מתכוונת באמות ובתמים להטיב עם הציבור, פועלת בגיןוד לטובות הציבור. שוטר, לדוגמה, שפעיל אלימות כדי לסתות יהודאה מפני שיחשד בביצוע עבירה, יהיו כוונותיו טובות ככל שיהיה, כיון שהוא פועל בגיןוד לחוק, הרי הוא פועל גם בגיןוד לטובות הציבור. אם נראה לציבור כי החוק לקיי ושוב אין מושרת את הציבור, ניקן לתקן את החוק. אך תמידعلינו לומר כי בחברה דמוקרטיות לא השורה אלא החוק הוא שקובע את טובת הציבור. מכאן שהמאבק על חוקיות השולטן הוא גם המאבק על הדמוקרטיות.<sup>8</sup>

וכך כתוב השופט חיים כהן במקום אחד:

יש מהן מון המדיניות אשר בהן ביטחון המדינה, או קדושת הדת, או הישגי הרבולציה וסכנות הקונטר-רובלוציה, וכל קויא באלה ערכיהם מערכים שונים, מוכסים על כל פשע ומכפרים על כל מעשה שנעשה ללא סמכות וב בגיןוד לחוק. יש מהן אשר המעציאו' משפט טבאי' הגובה מכל חוק, וה מבטל אותו במקרה של צורך, בחינת עת לשעות הפרו התורה. כל אלה אין דרכיה של מדינת ישראל. זרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת.<sup>9</sup>

<sup>11</sup> ע"א 450/70, רוגוזינסקי ואחי' נ' מדינת ישראל, פדי' כוונת, עמ' 136; ביני' 142/89, תנועת לאירוע אחוי, י' יויר חננסת ואוח', פד"י מד(3), עמ' 553, 555.

<sup>8</sup> י' זמיר, "היו"ש המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השולטן", עניין משפטי, כרך יא (תש-מ"י-מ"ז), עמ' 413.

<sup>9</sup> ע"ב 1/65, ירדור נ' ועדת הביקורת המרכזית לכבודת השישית, פדי' יט (3), עמ' 382.

<sup>12</sup> בג"ץ 3872/93, מיטריאל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר-הסתדרות ואוח' טרם פורסם).

הכנות. בית-המשפט העליון הציג לעצמו, בין היתר, את השאלה הבאה:

האם די בהחלטה להעביר נושא מסוים לחקיקה כדי להציג את הממשלה או כל רשות מוסמכת אחרת אשר הוקנה לה סמכות, בהימועה מהפעיל סמכות זו, כאשר אלמלא הכוונה להעביר את הנושא לכמת לא היתה להימועה זו כל הצדקה חוקית? האם בכך שבית-המשפטים מתבקש לומר את דבריו כדי למנוע התערבות בית-המשפט זה בהחלטות הרשות הציבורית, אם ימצא שדינה להיפטל לגופו של עניין?

תשובה בית-המשפט היא חד-משמעות: לאו מוחלט. בין היתר מצטט בית-המשפט פסיקה שבה נזונה חוקיותה של חקיקת משנה (תקנה מתיקנות הוצאה לפועל). התעוררה השאלה, אם ראוי שבית-המשפט יתעורר בעניין נוכח העת תוקח דחשה להסדרת העניין שעמדה להיות מוגשת לכנסת. בית-המשפט לא התחשב בעובדה שיש הצעת חוק בעניין, והחליט לגורו של דבר, על בסיס המצב החוקי הקיים.<sup>13</sup> לאור כל זאת קבע בית-המשפט העליון:

אכן, על כל רשות מנהלית לפעול ולהפעיל סמכותה בהתאם לדין הקיים, ואין היא רשאית שלא לעשות כן בכלל אפשרות שהחקיקה עתירתית תנסה את התמונה ותפ擾 בדרך כלשיי את הבעיה המתעוררת עתה בבית-המשפט... אם נקבע כאן, ש מבחינה משפטית היה על הממשלה להמשיך בפעולות לקראות הפרטת ענף יבוא הבשר, החלטתה שלא להחיליט בדבר עד להסדרת הנושא בחוק אינה מלאת חובה זו. הטעם לדברינו רק חובת הרשות להחיליט על-פי הדין הקיים ייומם. טעם נוסף הוא, שאין לדעת אם ומתי מתי תידון הצעת החוק, אם בכלל, כמה זמן יישך הליך החקיקה ומה יהיה תונכון של החוק.

המסקנה הנובעת לעניינו, לאור העקרונות שהתווחה כאן בבית-המשפט העליון, היא כדלהלן: על-פי הדין הקיים היום, ריבונות ישראל חלה ברמתה-גבוה. הממשלה, וכל רשות מרשותיתיה חייבות לפעול על סמך הדין הקיים. גם אם הממשלה מתכוonta להביא לשינוי החוק, אין היא רשאית לנוהג עתה כאללו החוק כבר השתנה. פרט לכך, גם אם הממשלה רצתה להביא לשינוי החוק, אין כל ביחסן הדבר זה אכן יקרה, ואם אכן החוק ישונה – אין לדעת היום מה יהיה תונכון של החוק החדש; האם איזוט רוב של חברי הכנסת לבטל את ריבונותה של ישראל על כל שטח רמתה-גבוה, או רק על חלקו? מדובר אפוא במצב היפותטי, והממשלה חייבת לפעול לא על סמך היפותזות אלא על סמך הדין הקיים.

דיןה של ממשלה ישראל איינו שונה מדינה של רשות כלשיי הפעלת מכוח החוק, וכשם לרשות אחרית – כולל בית-המשפט – אינה רשאית לפעול על-פי שיקולים שלא הוסמכו במפורש לשкол אותם, חשובים ככל שיהיו, כך גם הממשלה אינה רשאית לשкол שיקולים שלא הוסמכו לשкол אותם, חשובים ככל שיהיו, כאשר המשמעות

הnodut להפעלת אותם שיקולים היא: פיעולה המוגדרת לחוק הכנסת. השלום הוא ערך חשוב ללא ספק, אבל משיקולי שלום אי אפשר להפר את חוק הכנסת, ולעתות פעולות המכוננות להשגת סוג כזה של שלום שיש בו מושם ביטול הריבונות הישראלית על חלקים של מדינת ישראל, כפי שקבעה הכנסת.

## הדין הפלילי

פנム החוקתי שבו נוצע המשא-ומתן של ישראל עם הצד הערבי, משא-ומתן שבממשלה מבקשת המשמלה להביא לביטול ריבונותה של המדינה בנגד חוקים שריירים וקיימים של הכנסת, חמור שבטעים לאור העובדה שמעשה כזה מהוות אף עברה פלילתית, מן החמורים שבספר החוקים הישראלי. סעיף 97 לחוק העונשין, תש"ז-1977, קובע כאמור:

- (א) מי עשה, בכונה לפגוע בריבונותה של המדינה, מעשה שיש בו כדי לפגוע בריבונותה, דין – מיתה או מאסר עולם.
- (ב) מי עשה, בכונה שטח כלשהו יצא מריבונותה של המדינה או יכנס לריבונותה של מדינת חז'ץ, מעשה שיש בו כדי להביא לכך, דין – מיתה או מאסר עולם.

העברות אלה כוללות בפרק הנושא את הכותרת "בגידה", ועל כך כתוב בשעתנו נשיा בית-המשפט העליון, השופט אגרנט: "כאשר המשפט קבע את עברות הבגידה... העברות של פגיעה בריבונות המדינה בשלמותה – הרוי מטרתו הייתה אך להמוחיש, הולכה למעשה, את העיקירון המחייב את הבטחת קיומה של מדינת ישראל, ריבונותה והמשכיותה".<sup>14</sup>

כדי שיתקיים יסודות העבירה שבסעיף 97(ב), אין צורך בכך שיטה שבירבונות המדינה יועבר לריבונות אחרתה בפועל. כדי שיתקיים יסודות העבירה, די בכך שנעשה מעשה שיש בו כדי להביא לתוצאות האמורה, מתוך כוונה שתוצאה זו אכן תתרחש. עצם העובדה שנוצר סיכון ממשי לפגיעה בריבונות המדינה על שטחה, די בה כדי לשמש יסוד לסייעו של מעשה כזה כאחד החמורים בספר החוקים. כדי שיתקיים יסודות העבירה, אין גם צורך בכך שהמעשה שאותו החוק אוסר יתבטא באלים. אחת הנסיבות ייומת לחוק, טרם מקבל סופית בכנסת, היתה זו של ח"כ משה סנה, שבקש שבסמוך המילים "יצא מריבונותה". הסתיניגות זו מחייבת, ועל-פי נסחו הסופי מריבונותה. הסתיניגות זו מחייבת, ועל-פי נסחו הסופי של החוק גם מעשה שאין בו אלימות, נחשב במקרה את יסודות העבירה מריבונותה של המדינה, נחשב במקרה את יסודות העבירה של בגידה על-פי סעיף 97(ב).

ואם לא די בכלל, בא סעיף 100 לחוק העונשין וקובע: מי עשה מעשה המגלת אחת הכוונות האמורות בסעיפים 97...9, דין – מאסר עשר שנים.

כוונתו של סעיף זה לעניינו היא, שגם אם לא נעשה

<sup>13</sup> בג"ץ 5304/92, פר"ח 1992 סיוון לנפגעי חוקה נ שרים-המשפטים (טרם פורסם).

<sup>14</sup> ע"ב 1/65 הניל (הערה 9, עמ' 386).

של המדינה, באה על רקע הסכנות המשניות שאימנו אז על שלמותה הטוטוריאלית של המדינה, לא מצד ארומי טרור, אלא מצד גורמים **מדיניים** בישראל. כאן צריך להוסיף ולצין, שכגד פעילות טרור, לא היה מהחוק וחוק לסייעים (ב) ו-100, כיון שנושא זה מוסדר בעיפויים אחרים בחוק העונשין, כמו סעיף 145 ואילך, ובפקודה למניעת טror. הטריך בטעיפים אלה התעורר דוקא בשל החשש שגורמים **מדיניים** יסכו את ריבונותה של המדינה, וככלתו של החוק היא אפוא לשמש תריס דוקא בפני גורמים אלה.

אם זה הרקע (חlinky, לפחות) לתקיקתם של טעפי החוק המגדירים כבירה חמורה כל מעשה שיש בו כדי לגרום לפגיעה בריבונות המדינה על שטחה, כי אז יש מלא הצדקה לראות את טעפי החוק כתמייחדים לא רק ליחסים או לפנים פרטיטים, אלא גם – ואולי בעיקר – לאנשי הרשות המדינית, קרי: ממשלה ישראל ושלוחותיה. מבחינה פרשנית, אין זה סביר לומר שמהחוק קיינו את דבריו דוקא ביחס למקרים מסוימים שנូן להעלות על הדעת, שבתם פרטיטים יכולים לפעול בתכליות ולפגוע בריבונות המדינה על שטחה, ולא כיון דבריו כלל לגרמים שהם הטעלים פגוע במערכות בריבונות זו בזורה תכליתית. זאת ועוד: עקרון שלטון החוק מחייב שהוראת איסור, כפושטה, תחול על הכל – על יחידים ועל רשויות השלטון – וכדי להוציא את הממשלה מתחולתה של ההוראה, יש צורך באמירה מפורשת של המשפט. אמרה שזאת בעניינו – אין.

והנה, שאלה זו, דחיינו: תחולת סעיף (ב) ו-100 לחוק העונשין על הממשלה ושריה, כבר עלתה לדין בפני בית המשפט העליון, אשר סבר **אחות**.<sup>18</sup> בעתריה שהוגשה נגד ראש-הממשלה והממשלה בנוגע לניהול המשא-ומתן עם سوريا נטע, כי נוכנותה של ממשלה ישראל למסור את היבנות על רמתה הוגלו, ככל או חלקה, לסויים, לעומת היבנות על רמתה הנוגול ויש בה גם משום עברה על בסתריה לחוק רמתה נוגול, ולא כיון בחוק העונשין. טענתם של העתרים הייתה, שכזאת שכך לא שינתה את חוק רמתה הוגלו, אין הממשלה רשאית לשאת ולתת בשאלת הרכבות על חבל הארץ זה.

בית-המשפט העלויו דחה את העתירה מכל וכל, ועל הטענה המייחסת לממשלה "שזכתה באמון הכנסת כדת וכדין", עברה פליליית של בגידה, אמר בית-המשפט, כי "משמעותה היא מיסודה, ונוכח לה שלא נטעה מנשענה". וכך נאמר בפסק הדין בהקשר זה:

היכذ יעלה על הדעת, הממשלה, שזונקת היא עצם קיומה מאמון שננטנה בה הכנסת, בדמוקרטיה חופשית של צל של מדינת ישראל, שבעל עת ובכל שעיה יכולת הכנסת, שמייצגת את אזרחיה ישראלי, להבע א-איימון בה ולחפילה, שממשלה זו, ממשנתה היא מאיזומתן מדיני עם מדינה אחרת לשם השגת שלום או לשם השגת מטרה כלשהו, תעבור בעצם נהול משא ומתן זה עברה של בגידה במדינת ישראל! דבר זה אין הדעת סובלתו.<sup>19</sup>

לצער, לא עלה בידי לירד לטוף דעתו של בית-המשפט. וכי העתירה הייתה נגד עצם ניהול המשאים לשלום? הרו

מעשה שיש בו כדי לגרום לכך ששתוח שביבונות המדינה יועבר לריבונות אחרת, אבל נעשה מעשה המוגלה כוונה להביא לתוצאה זאת, גם אם יש בכך משום עברה חמורה. כדי שיתקיים יסודותיה של עברה זו, די אפוא בכך שהמעשה מוגלה כוונה בלבד להביא לביטול ריבונותה של המדינה על שטחה, גם אם המעשה עצמו אין בכוחו להגשים כוונה זו.

השאלה הנשאלת היא כלום טעיפים אלה שבחוק הפלילי, חלים גם על ראש-הממשלה ושרי הממשלה, או שתחולתם על אנשים פרטיים בלבד? כאמור צרך לומר, שבזמנה לכל הוראה אחרת שבחוק הפלילי, או בחוק אחר כלשהו, גם הוראה זו חלה על הכל – כולל ראש-הממשלה ושרי, שהרי זהה משמעותו של עקרון שלטון החוק שנדון בדברינו לעיל.

יתרה מזו: בנסיבות צרך לומר, שהחוק מכון **ראש ובראשו** כלפי הממשלה ושריה. הרווצאת שטח מותחים הרכיבות הירושלמיות והעברתו לריבונותה אחרת היא אקט מדיני. לאדם פרטיט אין כל אפשרות לעשות מעשה שוויה בו כדי להעביר שטח ישראל לריבונות זורה. הגורמים היחידים היכולים בפועל לבצע מעשה כזה הם: (א) גוף טרוריסטי, וכיוצא בו, השואף לבטל את ריבונותה של המדינה בכוח הזרוע. (ב) ממשלה ישראל, או שרים בממשלה, שבידם לגרום לשינויים בריבונות המדינה באמצעות מחלכים מדיניים. כאמור לעיל, ההצעה לנסת את החוק באופן שיחול רק על מעשי אלימות – דחתה. בכך נילח המשפט. אליהם, מקרים את יסודות העברה שבסעיף (ב).

דומה בדיין שגם הרקע ההיסטורי לתקיקתם של טעיפים 97(ב) ו-100 לחוק העונשין, תומך בפרשנות זו. לישראל אין, כמובן, חוקה כתובה. סוגיות השלמות הטוטוריאלית של המדינה, שבמדייניות רבות משוריות בזורה, אינה זוכה לשינוי כלשהו בדבר רקיקה בעל סמכות עליונה. יתרה מזו: בשנותיה הראשונות של המדינה לא נקבעו גבולותיה של המדינה בזורה, ולא הייתה כל הגנה תחיקתית על שלמותה הטוטוריאלית של המדינה (אפילו במסגרת של חוק רג'ל). או התקבלה תפיסתו של דוד ברגוריון, כי "אם יש להקים את המדינה בכוח, הרי לפי הכוח ייקבעו גבולותיה העתידיים של המדינה".<sup>15</sup>

אולם בראשית שנות החמישים החלו לחצים חזקים על ישראל, בעיקר מצד הממשלה האמריקני וממשלת בריטניה, שיישראל תקבל את דרישות העربים ותיאות לוותר על חלקי ארץ-ישראל שבשליטה כדי לקדם את הסיכויים להשלים. כך למשל, נטען על-ידי "ידידי" ישראל למייניהם, שהנגב מהוועה טריי המפרייד בין העולם הערבי (חץ בין מצרים וירדן), והוא מצב בלתי-נסבל מביכות העربים; אם אך תיאות ישראל לוותר על חלק מן הנגב, והעולם הערבי יהיה בעל רצף טוטוריאלי, תהיה נוכנות מצדו לעשות שלום עם ישראל.<sup>16</sup>

כל הנראה, נמצא אז בישראל גורמים שהיו ונוכנים לקבל הצעות "שלום" אלה ולוטר על שטחים בריבונות ישראל למשך השלום. אולם ראש-הממשלה, דוד ברגוריון, היה תקיף בעמדתו שלא לחייב לחצים אלה.<sup>17</sup> נראת שהצעת החוק לתקן דין העונשין (עבירות נגד המדינה), תש"ג-1953, שהוגשה לכנסת בפברואר 1953, ושבה הוצע לראשונה לקבוע בחוק הגנה נגד ניסיונות פגוע בריבונותה

<sup>18</sup> בג"ץ 4354/92 תנעuta  
טאמני הרהיבית וארץ-  
ישראל, פדי' מונן, עמ'  
.37

<sup>19</sup> ר' רובינשטיין, שם (הע-  
הה), עמ' 79.

<sup>16</sup> אילון אסיה, "מועד  
הכסוך – המאבק על  
הגבג 1956-1947", ירוש-  
לים, תשנ"ד; **תחומיות** של  
מדיניות החוץ של  
ישראל, כרך שניי,  
(1952). נוץ המדינה,  
ירושלים, תשנ"ב, מס' 455,  
עמ' 76; מס' 456, עמ'  
עמ' 652; מס' 468, עמ'  
.669

<sup>17</sup> אסיה, שם, עמ' 115  
ואילך; **%;">תעדות ל---**  
**ציונות החוץ של ישראל,**  
שם, מס' 492, עמ'  
מצרים וירדן); וזה מצב בלתי-נסבל מביכות העARBים; אם  
אך תיאות ישראל לוותר על חלק מן הנגב, והעולם הערבי  
יהיה בעל רצף טוטוריאלי, תהיה נוכנות מצדו לעשות  
שלום עם ישראל.  
שם (1950), מס' 125, עמ'  
172: "אין אף צילוש  
של תקופה איזו-ישראלית  
שהיום או בעתיד תועור  
על ריבונותנו נבב הדרי  
מי בכל ובאיו אילת  
בפרט" (דברי אבא אבן  
וגבעון רפאן לציג מצרי  
בזיבור).

<sup>19</sup> שם, עמ' 40.

פעולותיה של הממשלה, או של רשות כלשיי הפעולות על-פי דין, נקודת המוצא של בתי-המשפט העליון היא שכן עללה הממשלה לחטא באירועים, והוא בודק את הדברים לגופם, אם אכן יש ממש בטענות המיחשות לה עברה על החוק, או חוסר תקינות כזה או אחר. וכן, במקרה רב מקרים שairyuro בעבר, נמצא שהממשלה (או רשות מושוויתו) נהגו שלא כדין, והוצאה נגד צו החלטי[D]ן דרישות העותרים. כך ראוי היה להיעשות גם במקרה שלפנינו, אילו נמצא שלגופם של דברים הממשלה נהגה שלא כדין.

מה נמצא אפוא לגופם של דברים במקרה שלפנינו? בכך בית-המשפט העליון הועלטה טענה מטעם פרקליטות המדינה, שיצינה את המשיבים, לפניה סעיפים 97 ו-100 לחוק העונשין אינם חלים כלל על הממשלה, וכל זאת על שום מה? על שם האמור בסעיף 91 לחוק, שזהו שונו:

מקום שמדובר [בפרק זה, שעניינו עברות על ביטחון המדינה] על עשיית מעשה בכונה מסוימת, פירשו  
עשה או מחדל אותה כוונה **לא סמכות כדין**.

בקבלו את טענת הפרקליטות, כתוב בית-המשפט העליון:  
הטענות שבסעיפים 97 ו-100 האמורים מדובר בהן אפוא ביחיד או בקבוצה, הפעלים ללא סמכות כדין, ולא הוטמכו כדין. ממשלה ישראל, באמצעות שיקות שלום עם בראשה ונציגיה, שעה שהיא מנהלת פדרוגנטיבית, כdot[3] וכדין, לנחל את יחס החוץ של מדינת ישראל. המשיבים, בניהול משא'זומתן כאמור, אינם באים כלל ועיקר בגיןן של העברות האמורות, אשר בשם בגידה מכונים, ולפעלם של יחיד או גוף הפעלים ללא סמכות כדין מכונים. משא'ם ומנתן של המשיבים, מעטם תפקיים, הם בגין סמכות כדין.<sup>23</sup>

בית-המשפט העליון סבר אפוא שהטענות הנוקבות בסעיפים 97 ו-100 איןחולות כלל על הממשלה ועל העומד בראשה, משומש רק מעשה שנעשה **לא סמכות כדין**כנס לגדת העברה, וזה מתייחס רק לפעולות של יחיד או בקבוצה, הפעלים ללא סמכות כדין, בעודם בראשה, **מעטם תפקיים**, הפעלים מכוח סמכות כדין.

לעינויות דעתך, לא צריך בית-המשפט בפרוש החוק. אילו אכן היה לומר שמעטם תפקיים נובע מהמעשה שהם עושים הוא במגרות של "סמכות כדין", כי אז לא יכול היה בגי'ץ לבקר אף פעם את פעולותיה של הממשלה והפעלים מכוחה, ולבדוק אם פעולותיהם הן "כדין"; שחררי, לפי האמור, כל מה שאלה עושים הוא "כדין". לעוניות דעתך ברור שמעטם תפקיים של נושא משרות אלה אין לנו רשות מסקנה גורפת המכירה את פעולותיהם, גם אם מדובר בתחום המדינה, וכנה-המדינה היחיד לדיקת תקינות פעולותיהם הוא: **דבר המשפט**.

מי אפוא שמעטם תפקיים של הביטוי "סמכות כדין"? הביטוי "סמכות כדין" פירושו: **סמכות חוקית, דהיינו סמכות שיש לה מקור בדבר חקיקה** (או בעקרונות המשפט הכלליים; ראה להלן). עצם העובדה שמדובר בפועלה הנעשית על-ידי

העתירה כוונה נגד פעולותיה של הממשלה, של העומד בראשה ושל הנושאים ונונינס מטעמה – פעולות שמתוכן מתגללה כוונה למסור את הריבונות על שטח משתחח הריבוני של מדינת ישראל למדינה זורה (סוריה), דבר מההו עברה לפי החוק הפלילי, ועומד בסתירה למתחייב החוק רמות-הגולן. בית-המשפט התבקש לשינויים מוחק רמות-הגולן, והנארם בפסק הדין בקטע שוטט לעיל אין בו אפוא כל מענה לעתירה, ולא עוד אלא שיש בו מושם גושפנקא שיפוטית למלכים של הממשלה העומדים בגין עקרון שלטון החוק, ולעוניות דעתך הם מוחווים גם עברה על החוק.

וזאת ועוד: מה עניין האמון שקיבלה הממשלה מן הכנסת, לזכותה של הממשלה שבידי הכנסת לגרום להפלת החוק? האם עצם העובדה שבידי הכנסת לגרום לשמש יסוד הממשלה בהצעבת אי-אמון יש בה כדי לשמש עקי'רנו לסמכתה של הממשלה לפעול **בגיגו** לחוק? עלי'י עקי'רנו שלטון החוק, כל זמן שהחוק לא השתנה, אפילו המשפט עצמו כפוף לו<sup>20</sup>, وكل וחומר הממשלה, שדינה לעניין זה כדין כל אדם.

וכו אפוא שבידי הכנסת להביע אי-אמון במשלה, אבל עצם העובדה שהכנסת אינה עושה כן (משמעותים פוליטיים כללה ואחרים), אינה מיפה את כוחה של הממשלה לפעול בגין חוק. יתרה מזו: גם אם הכנסת תקבל החלטה מפורשת התומכת הממשלה, כל זמן שהחלטה זו אינה בוגרת של חוק, אין בכוחה לנבור על חקיקה **קיימת**<sup>21</sup>; אין החלטת הכנסת יכולה לשנות מההו בחקוק.<sup>22</sup> לפיכך, חוקיות פעולותיה של הממשלה אינה יכולה להיבדק על יסוד האפשרות של הכנסת להביע אי-אמון במשלה, או לקבל החלטה כזו את אחרת ביחס לפחותות הממשלה, שהרי אפלו תנטמן הכנסת במשעי הממשלה, בשעה שימושים אלה אינם תואמים את החוק הקיים, לא והא לכך כדי לרפא את הפגם החמור שבעמיש המשלה.

דבריו האמורים של בית-המשפט העליון משミニטיםamus את הייסוד לסמכות הבדיקה שלו כלפי מלאי תפקיים על-פי דין. על-פי סעיף 15(ז) לחוק יסוד: השפטה, מוסמך בבית-המשפט העליון, בשתו כבית-משפט גבוי לצדק, "لتת צוים לרשויות המדינה... ולגופים ולאשימים אחרים הממלאים תפקיים צבוריים על-פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשה במילוי תפקיים כדין".

ההנחה של המשפט היא אפוא שרשויות המדינה, לרבות הממשלה עצמה והעומד בראשה, **עלולה** לפעול שלא כדין, ובديוק למטריה זו הוקנתה לבגי'ץ הסמכות לבקר פעולות בלתי-חוקיות, או בלתי-תקינות כלאה. אילו אכן היה היה לתמוה, כפי שתמה בית-המשפט העליון בעניין שלפנינו, "היכי'יך יעלה על הדעת שמשלה... שבכל עת ובכל שעה יכולת הכנסת... להביע אי-אמון בה ולהפלילה... תעבור בעצם ניהול משא'זומתן זה עברה של בגיה", כי אז לא היה מקום לביקורת כלשיי על הממשלה. הרי גם בעניינים אחרים שביהם הממשלה נהגת בגין דין אפשר היה לומר שמאחר שבידי הכנסת להביע בה אי-אמון, בודאי היא נהגת כדין, שאם לא הייתה נהגת כדין, היהת הכנסת גורמת להפלטה. זומני שטעה כזו לא נשמעה מעולם, ולהפוך: משוגשת עתירה לבית-המשפט העליון נגד

<sup>20</sup> בג'ץ, 652/81, ח'יב' שיד ר' ני י'יר הכתה מוחם סבירו, פד'י לו(2), עמי 325/85, מיר שראי ואח' ני י'יר הכתה סט, פד'י לט(3), עמי 127.

<sup>21</sup> ברוך ברכה, **משפט מהלך**, כרך א', תל אביב, תשמ"ז, עמ' 232. 31.

<sup>22</sup> הנחות הייעש המשפטיא לממשלה: החלטות ועדות דעת הכנסת, מבאות בספרו של ג' עקיב, באנ'ם, תל-אביב, תש"ס, עמ' 397.

<sup>23</sup> שם (עהרה 18 לעיל, עמי 41).

יש סוברים שהכנסה – בחקיקה מיוחדת – מוסמכת לכל.<sup>28</sup> לעומת זאת, גם הכנסת אינה מוסמכת לכך. על פי המשפט הבינלאומי, הזכות על ארכ'ישראל היא של העם היהודי כבאו, ולא רק של האזרחים החוים בה.<sup>29</sup> אכן היה זה מה שזכהו של העם היהודי על ארכ'ישראל, שכן מקום להכיר בזכותו של העם היהודי כבאו לא היה מוקם בשאות העולם הקיימים בזכות זו, עם תום מלחמת-

תביבים :

לאף יהודי אין זכות לוטר על זכות קיומה של האומה היהודית ואוצר-ישראל. אין לאף גוף יהודי סמכות כזו. אפלו לכל היהודיים החיים היום אין הסמכות לוטר על חלק אדמה כלשהו. והי זכות השמורה לאומה היהודית בכל דורותיה. זכות זו לא תאביד בשום תנאי. אפלו אם בזמן כלשהו. יהיו כאלה אשר יציהרו כי הם מוטוריים על זכות זו, אין להם הכוח ולא הסמכות לשול מהדורות הבאים זכות זו. האומה היהודית אינה מחייבת אף אינה כפופה לאף ויתור שכזה. ארכונתו לאדמה זו, כולה, תקפה ושירה נצח. ועד לבוא הגואלה השלהה, לא נזוז זכות היסטוריית זו.<sup>30</sup>

לפי תפיסה זו, שניתן למצואו לה מקבילות גם בעמיס אחרים,<sup>31</sup> אפילו לכונסת עצמה אין סמכות לפגוע בריבונותו של העם היהודי על ארצו, בהיותה גוף המיצג רק את אזרחיה של מדינת-ישראל, שלא כולם יהודים, וגם היהודים שבהם אינם אלא מיעוט של העם היהודיandi החיו הימים, וגם כל העם היהודיandi חיו הימים אין בכוחו לפגוע בזכויותיהם עם לזרותינו.

כל מקום, גם אם ניתן לחולש שניים בנושא הראיות,  
אין דבר זה בנסיבות של הרשות המבצעת, אלא בסמכותה  
של הרשות המחוקקת, שבמקרים רבים בעולם מוגבלת אף  
היא באמצעות החוקה.<sup>32</sup> לפיכך, הממשלה ישראל, כרשות  
המבצעת של המדינה, בודאי שאינה מוסמכת לפגוע  
בריבונותו של העם היהודי על הארץ.

סיקום של דברים: העשויה מעשה מתוק כוונה להוציא  
טיטה מריבונותה של המדינה עבור על החוק – והוא זה  
משנה מיהו עשויה המעשה, אם אדם פרטי או איש השלטון  
הוא השליטו עצמו. רק אם יוסכם כי בכוונה של הכנסת  
לפוגע בರיבונותו של העם היהודי על ארצנו, כי אז יידרש  
חוק מיוחד שיכיר מעשה כזה. לכל הדעות, כל עוד לא  
זוקקה הכנסת חוק מפורש כזה, יש במקרים הפגעים  
ריבונותם ממשום עבירה על החוק הפלילי, גם אם המעשה  
עשח על ידי הממשלה. עצם העובדה שמדובר בגוף קיבוצי,  
אין בה קושי עוני. שכן גם תאניד עלול להיות נאש  
בפליליים ולשאת באחריות פלילתית.<sup>33</sup> שאלת העמודה לדין  
זינה מענינו של מאמר זה, והדבר מצוי בסמכותו של  
זיוויש המשפט למשלה ונטוו לשיקול-דעתו.

ראש-הממשלה אינה אומרת שהמעשה שנעשה היה בנסיבות סמכותו החוקית, שהרי אם זה עמד בנסיבות חוק – המעשה שנעשה היה ללא סמכות חוקית, ולפניהם רושם ממשלה ושריו עלולים להיכנס למסגרת התפקיד של סעיפים 97 ו-100, אם לא יוכלו שמעשייהם מעוגנים בחוק. העצם מעודם של ראש-הממשלה ושריו אין מקנה להם כל סמכות מיוחדת לעבר על החוק.

כונתה של ההוראה הפרשנית שבסעיף 91 לחוק העונשין היא אפוא שככל מקום שבו מדובר במעשה או במחдел בפרק העוסק בעבירות על ביטחון המדינה, הכוונה היא למעשה או מחдел שנעשה לא **סמכות חוקית**. לכן, לעניינו, אם יואשם אדם בעבר על סעיפים 97 או 100, יוכל לטעון להגנותו שהמעשה שעשה, דהיינו פולוה שתכליתה העברת הריבונות על שטח של המדינה לממשלה אחרת נעשה כדין, רק אם יוכל להראות שהוא מעון **בסמכות חוק**.

אם כך יתברר, כי אז לא עברה כל עברה.

החוקה לכך שזו ממשמעתו של הביטויו "סמכות כדין",  
מצויה בלשון הצעת החוק הראשונה, שהתפרסמה בשנת  
1953. בסעיף 1 להצעת החוק לתיקון דיני העונשין (عبرות  
נגד המדינה), תשי-ג-1953,<sup>24</sup> שהוא "סעיף הפירושים",  
אמור:

מוקם שמדובר על עשיית מעשה, בכוונה מסוימת, פירושו – עשייה או חבלה אותה כוונה ללא סמכות חוקית לכך.

הביטוי "לא סמכות כדין", המופיע בנוסחו הסופי של החוק, משמעו אפוא: **לא** סמכות חוקית. הביטוי **סמכות חוקית**, הוא תרגום של המונח האנגלי: **lawful authority** המופיע בתקופים שונים, ומשמעותו היא: סמכות שיש לה בסוד בחוק. הטעם לכך שהמחוקק שינה מהצעת החוק המקורי, וקבע את המילה "כדין" במקומות חוקית,<sup>25</sup> הוא, שמדובר "כדין" רחבי יותר, וכך גם חוקיות ממשנה. רציה המחוקק למור, שגס אם מעשוה של הנשים מעוגן בדבר חקיקה שנייה, או נובע ממנה, אין העשוה מהויה עברה.

אכן, את הביטוי "סמכות כדין" ניתן לפרש כמתיחות שלמכות הנובעת לא רק מחוק מסוים, אלא גם מעקרונות המשפט הכלליים שיש לייחסם בהקשר הדברים, גם אם אין הוראת חוק מפורשת היכולת לשמש יסוד לאותה

אם נקי ש مكانו לעניינו: ממשלה ישראל אינה מופקדת על נושא היריבונות, לא לפי חוק כלשהו ולא על-פי עקרונות המשפט הכלליים, ולפיכך אין אפשר לפרש ש"הסמכות לדין", ככל שהיא מתייחסת לנושא היריבונות שבסעיפים 96(ב) ו-100, כוונתה לממשלה. לעומת זאת, גם אם יש מקום לפרש את הביטוי "סמכות דין" כמותית, בנסיבות מסוימים, לרשות המבצעת, בודאי שלא נכון לפרש ביטוי ה **בכל** מקרה כתמייחס לרשות המבצעת<sup>27</sup>; הפרשנות הראوية של מונח זה תלויה בהקשר הדברים. נושא היריבונות הוא לא ספק מסוג הנושאים שבהם פירוש זה להחיקאה לחייביו.

האם יש סמכות לגורם כלשהו לעשות שינויים בנושא  
הריבונות? האם מוסמך גורם כלשהו להעביר שטחים  
שבריבונות המדינה לריבונות זרה?

<sup>28</sup> רובינשטיין, שם (הערה  
6 לעיל), עמ' 81-82.

<sup>29</sup> נתן פיננברג, ארץ-ישראל בתקופת המנדט ומדינת ישראל – בעיות במשפט הבינלאומי (ירושלים, תשכ"ג), עמ' 11 ואילך, וביחוד בעמ' 23.

<sup>2</sup> הצעות חוק, 155 (תש"ג), עמ' 128.

<sup>3</sup> בנאום בפני הקונגרס הציוני ה-21 בזל, 1937.

<sup>2</sup>שינוי זה נעשה כבר בהצעת חוק לתיקון דין העונשין (בגד וריגול), תש"ז-1957, הצעות חוק 275 (תש"י), עמ' 2.

<sup>2</sup> כמו סעיף (ב) לחוק האזנות סתרו, תש-ל"ט-1979; ראה בג'ץ, 3816, גילת 3815/90 ואחר ני' שרד המשטרה ואחר, פדיי מה(3), עמי .424

<sup>2</sup> א' רובינשטיין, שם (הע-  
רה 6 לעיל), עמ' 816  
הערה 44, ביחס לסעיף  
117 לחוק העונשין.

<sup>3</sup>ראה חיבורו: "ויעמידה ליעקב לחק", מהדורות שנייה, ירושלים תשנ"ה, עמ' 88, העלה.

<sup>3</sup> שם, עמ' 122, הערא  
שם (הערא 1 לעיל), עמ' 154  
וכן מאמרי בנתיב,

<sup>3</sup> א' פרוקציה, דינ' חב' רות חדשים בישראל ירושלים, תשמ"ט), עמי- 76 ואילך. שאלת העני- שה, אינו מענינו של מאמר זה.

<sup>34</sup> שם (הערה 18 לעיל), עמ' 41.

<sup>35</sup> א' רובינשטיין, שם (הע' רה 6 לעיל), עמ' 583-584.

<sup>36</sup> Halsbury's Laws of England, 4th ed., 1974, vol. 8, #929, p. 595-596.

<sup>37</sup> א' רובינשטיין, שם (הע' רה 6 לעיל), עמ' 592.

<sup>38</sup> סי' 3 לפקודות המsector עם האובי, 1939.

<sup>39</sup> סי' 13 לפקודות הפטים המסתוננים (נוסף חדש), תשל"ג-1973.

<sup>40</sup> וכן עלי' פט טיף 5 לפ' קודת המsector עם האובי, 1939, או עלי' הטיפה של טיף 13 לפ' קודת הפטים המסתוננים הניל'.

<sup>41</sup> ביני' 5128/94, פדרמן י' שרמשטרו ו��' (טום פורסם), בפסקה 8.

<sup>42</sup> בג"ץ 2918, 4235/93 עיינתי קרייזט נ' מידי נת ישראל; מועצה מקומית ישראל ואח' נ' ממשלת ישראל (טום פורסם).

<sup>43</sup> חיים ה' כהן, המשפט (ירושלים, תשנ"ב), עמ' 337.

<sup>44</sup> שם (הערה 18 לעיל), עמ' 42.

אם מסקנת בית-המשפט היא, שהרשויות המנהליות פעלה בניגוד מוחלט ומובהק לחוק מפורש – תוך התעלמות מכוונת מן החוק והחתו ככליל ריק – מן הדין להכרי עיל פועלתה כבטליה וمبرטלת לאלא. בטלותו של מעשה מנהלי שא-ייחוקו יטו גלויה וברורה אינה "יחסית" אלא מוחלטת, וחוכרזה על בטלותו היא בת-פעול מל-מיד... סבורני, כי זה פועלו המתחייב של שלטון החוק שאינו משלים גם עם המשך קיומו הארעי של מעשה מנהלי שא-ייחוקו יטו הינה קשה ובוטה.

בעמדו על החשיבות הרבה הנודעת לטעיף 29 הניל' – סעיף המכפן את הממשלה בשימוש בסמכיותה ל'על דין' – לעניין ביצור שלטון החוק בישראל, כתוב השופט חיים כהן:

'הדין' שהממשלה 'כפופה' לו דוחה מפניו כל שיקול אחר: לא ביטחון המדינה, לא יחס-יחס, לא צורכי הכלכלת והמשק, לא טובת הציבור ובוודאי לא קיומה הנ משך של הממשלה.<sup>43</sup>

גם בדברים שצוטטו בפסק-הדין בשם ראש-הממשלה מוחם בגין, בהביאו את חוק רמת-הגולן להצעעה בנכונות, אין כל הוכחה לעניין סמכותה הבלתי-מוגבלת של הממשלה. בקטע המצווט נאמר:

האל זה עניין מדיני, זה מובן מלאיו שאחננו נוכל להיות מוכנים בכל שעה וכל יום עם כל מדינה שתהיה מוכנה לכך, להלן משאותם לשולם. זה מובן מלאיו... מבחינה מדינית אני מכיריו לך כל חביר הממשלה שישוביםפה, שבו ברוגע שנשיא סוריה גיד שהוא מוקן לנחל משאותם עם ישראל על חזזה שלום, בו ברוגע יפתח המשאיםון על חזזה שלום עם ישראל, ושות דבר לא יעמוד בפנינו.<sup>44</sup>

כל אשר נאמר כאן הוא ראש-הממשלה לא ראה בחוק רמת-הגולן גורם שיכبول את ידיה של הממשלה בניהול המשאיםון כזה תוכל הממשלה לוטר על הריבונות שהוחלה על שטח רמת-הגולן. ניהול המשאיםון לשולם עם סוריה יתקיים בכפוף לכך שטח רמת-הגולן הוא תלק בלתי-נפרד מישראל, ועל בסיס נתנו זה הנובע מן החוק – "שות דבר לא יעמוד בפנינו".

אין ספק בכך שכונתו של ראש-הממשלה הייתה להחיל את הריבונות הישראלית על רמת-הגולן. בנאומו הנזכר בכנסת קרא ראש-הממשלה את טעיף י"א לקובוי הייסוד של הממשלה, שבו נאמר: "ישראל לא תרד רמת-הגולן ולא תוריד שום ישוב שהוקם ברמה. הממשלה היא שותה ליט על עתוי מותאים להחלת המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה על רמת-הגולן". בזודיעו לכנות כי באותו יום החליטה הממשלה להחיל את המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה על רמת-הגולן הoxicר ראש-הממשלה, בין היתר, את הוועתו של שר-המשפטים מר משה נסים, שנה קודם

## הסמכות הפרווגטיבית של הממשלה

לפי האמור בפסק הדין הנזכר, "ממשלה ישראל, באמצעות העמד בראשה ונציגיה, שעה שהיא מנהלת הפרווגטיבית, כדת וכדין, לנהל את יחסיה החוץ של מדינת ישראל".<sup>34</sup>

לעניין דעתך, אין לממשלה ישראל כל פרווגטיביה לנחל מדיניות-יחס העומדת בניגוד לחוק שחוקה הכנסת. גם באנגליה, המקור שמננו שאבה שיטת המשפט שלנו את מושג הפרווגטיביה השלטונית,<sup>35</sup> משמעוינו של מונח זה היא: זכויות השלטון באוטם תחומיים שבהם אין הסדר בחוק, והשלטון רשאי על כן ליהנות מזכויות היתר של, ככל שאין אלה מותגשות עם הדין החורות.<sup>36</sup> אלם אין שלטון פרווגטיביה המאפשרת לו להפוך את החוק.<sup>37</sup>

כך, לדוגמה, קשיית יחסית מוסחר עם ארצת-יחס, היא בסמכותה של הממשלה. ואולם אם יש חוק האוסר את הסחר עם מדינה מסימית, כגון מדינת איבר, או חוק האוסר סחר בסוג מסוים של סחורות, כגון סחר בסמים מסוכנים,<sup>38</sup> אין הממשלה רשאית, למרות סמכותה הכלכלית בתחום זה, לחותם על הסכם המונגד לחוק (אלם אין היא פועלת במסגרת החוק).<sup>40</sup>

אכן, יחס החוץ של המדינה ויחסיה הבינלאומיים הם עניין מובהק לרשות המבצעת והם נכללים בסמכויות הטבעיות – השירות – הכלליות של הממשלה. וכך בפסק בית-המשפט העליון כי גם בתחום זה שהוא, כאמור, תחום מובהק ומוחך לרשות המבצעת, יכול המחוקק להרחיב או לקטר, כרצונו, את מרחב הפעולה של הממשלה.<sup>41</sup>

הטענה שלiphיה בתחום יחס החוץ מסור כולל ללא הגבלה ולא סיגר לרשות המבצעת היא טענה מוטעית. יש סוגים שונים של סייגים והגבילות, ולעניןנו, חשוב עיקרי שבهما: סייגים והגבילות הנובעים מהוראות שבחוק בקשר לריבונות המדינה. הפרווגטיביה השלטונית אינה מקנה אפוא שום סמכות לפעול בניגוד לחוק; הדברים אמורים, בהקשר שלנו, הן בחוק רמת-הגולן, הן בחוק יסוד: מקרקעי ישראל, והן בחוק העונשין, מבואר לעיל.

חוותה של הממשלה לפעול ביצוע הדברים שהיא מוסמכת להם בכפוף לחוק, מוצאת ביטוי מפורש בחוק. סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה, קבוע לאמר:

הממשלה מוסמכת לעשות שם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשויה אינה מוטלת בדיון על רשות אחרת.

כך, למשל, במקרה אחד שבו לא מילאה הממשלה אחר מצוות המחוקק (שהקנה סמכות לרשות מסוימת והיא נטלה אותה לעצמה), החיליט בית-המשפט העליון להפוך את הצו נגדה להחלטתי ופסק (מפני השופט גולדברג):

גם אם סמכות הממשלה שבסעיף 29 חובקת עולם ומלאו, עדין נותרות בה שתי מגבלות. האחת, כי הסמכות "לעשות" היא 'בכפוף לכל דין'... החלטת הממשלה [הנדונה] אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם החוק, כל עוד לא יבוטל או יתוקן.<sup>42</sup>

יש פעולות שאין בתחוםה ובכוחה של הממשלה, לאחר והפעלתן ללא הסכמה חוקית נוגדת לתפיסות יסוד ורומייניות הנובעות מאופי המשפט שלנו. כך הדבר לגבי זכויות יסוד שנן חלק מן המשפט הפויזיטיבי שלנו, בין אם הוכלו בחוק יסוד ובין אם טרם עשה כן. כך, לא תהיה, לדוגמא, בידי הממשלה סמכות לסגור עיתון על יסוד החלטות ביצוע מנהלית, אם לא תהיה הוראת חוק מפורשת המצדירה נושא כגון דא, וכן אם טרם הוכח יסוד המגדיר את חופש הדיבור; מעשה כאמור גיגוד תפיסות היסוד שלו בדבר חרויות האדם הטעויות במשפטינו, ואשר ניתן להגבילו רק בחוק חרות... משמע, זכות היסוד של חופש הדיבור, שהיא חלק מן המשפט הפויזיטיבי שלנו, יוצרת סייג הcobbel ידיה של הרשות המבצעת ואינו מתר ללה לחזור, ללא הסכמה שבדין, מօ האיסור לפגוע בחירות המוקנית על פי.<sup>48</sup>

אם הממשלה מנעה מלפגוע בזכויות יסוד שאין מעוגנות בחוק, בודאי שהיא מנעה מלפגוע בזכויות יסוד המעוגנות בחוק, וכך וחומר בכךו של קל וחומר כשמדבר בחוק יסוד:

ברור שסייג זה [שבטיען 29 הנ"ל] אסור על הממשלה לפעול בגיןו להוראה שבחוק. מעבר לכך, נראה שהוא אסור על הממשלה לפגוע בזכות מזכויות היסוד של האדם. פשיטה שכך הדבר לגבי זכויות יסוד המעוגנות בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.... סייג הcobbel ידיה של הרשות המבצעת, ממשלה סמכויות ממש כליליות, אולם רק סמכויות שאין בהם כדי לפגוע באופן ישיר בזכויות האדם.<sup>49</sup>

**חוק יסוד:** כבוד האדם וחירותו, בא לענין בחוק יסוד כמה מזכויות היסוד של האדם: "אין פוגעים בחויין, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2); "אין פוגעים בקניינו של אדם" (סעיף 3); "כל אדם זכאי להגנה על חייו על גופו ועל כבודו" (סעיף 4).  
במקומות אחר כבר עמדתי על כך שפינוי בכוח של יהודים מבתייהם, יש בו מושם הפרה בוטה של חוק היסוד הנ"ל, שכן כל המתיישבים עליהם על הקרקע בארץ ישראל – כולל מתישבי רמת-הגולן – פעלו כדי, בשילוחות המדינה, ורכשו זכויות כדי.<sup>50</sup> כל פעולה המכוננת לעקירותם בכוח מקומות יישובים מגודת אפוא בעיליל למתחייב מחוראות החוק. לפיכך נראה, לעניין דעתן, שכל משאיומתן של מנהלת הממשלה להכשיר את פעולותיה למטר, אין בכך כל מהותה הבסיסית על-פי סייג 29 הנ"ל, לפחות ב"כפוף לכל דין".

## מי יפקח על הממשלה?

ס אין הממשלה מלאה אחר חובתה שמכוח שלטון החוק, והיא פועלת בגיןו לחוק, מי אמר לפקח על כך? בראש ובראשונה זהה חובתו של היוזע המשפטי

לכן, שבה נאמר, כי "תבואה השעה של ישראל יהיה לקבל החלטות חד-משמעות בנושא הריבונות על רמת-הגולן".<sup>45</sup> להודיעו ראש הממשלה, שלפיה הגיעו הימים להחיל את המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים על רמת-הגולן, לא הייתה אףוא משמעות אחרת אלא של החלטת הריבונות הישראלית על רמת-הגולן.

ריבונות היא, כמובן, מסוג הדברים המסתורים לסמכוות של המשפט הראשי, זההינו הכנסת, ולכן כלל לא ייתכן לפרש את החלטתו של ראש הממשלה שלפיה "שום דבר לא ימוד בפנינו", ככלו רצה לומר שברגע שייפתח משאיומון שלום, תוכל הממשלה לעשות מעשה המשורר לסמכוותה הבלעדית של הכנסת.

במשך פסק-הדין,amax בירת-המשפט את הודעתו של ראש הממשלה באמצעות מכתבו, שבו אמרו: "חזקת על הממשלה, כי לא תעשה פולח כלשי העומדת בניגוד לחוקי המדינה". ובסיום דבריו כתוב:

<sup>45</sup> דברי הכנסת, כרך 92, עמ' 764.

<sup>46</sup> בג"ץ 5128/94 הנ"ל (הע-רה 41 לעיל).

אין בהוראות החוק ממשום הגבלת סמכותה של הרשות המבצעת לנחל משא-ומtan מדייני כל שייראו בעינה אופן ניהולו של משאיומון מעין זה ודרךו. זהוי סמכותה, ואף חובתה, על-פי דין; חזקה על ממשלת ישראל שתפעל במסגרת הוראות חוקי המדינה, ולכתובא לכל סיקום כלשהו במשאיומון המדייני, כאמור, יובא סיקום זה לאישור הכנסת.<sup>46</sup>

<sup>46</sup> שם (הערה 18 לעיל), עמ' 42.

"אישור הכנסת" מהו? ככל הנראה הכוונה לחקיקה מיוחצת של הכנסת שתשנה את חוק רמת-הגולן או תבטלו. שחררי אס תבקש הממשלה לוטר על רמת-הגולן, או על חלקים منها, יהיה צורך בחלוקת חקיקה שיאשר למטרע את פעולות הממשלה.

<sup>49</sup> צחק זמיר, "הסמכות המנהלית", משפט וממ"ש, כרך א' (תשנ"ב-)

<sup>50</sup> שם, עמ' 116-117.

להלן זה נראה בלתי-תיקון לחלוין, ומונגד בצורה בוטה לעקרון שלטון החוק. כאמור לעיל, כל רשות המדינה – כולן ראש הממשלה והשרים – חייבות לפעול בהתאם לחוק, וכל זמן שהחוק לא השתנה, אל להן לנחל משא-ומtan כזו שבמסגרתו יש מרכיבים מהווים עברה על החוק. דומה שהתפיסה המוצגת בפסק-הדין, כאילו חזקה על הממשלה שלא תעשה מעשה בגיןו של חוק, עמדת בגיןו לשליטו של עקרון שלטון החוק, שלפיה כל עוד החוק עומד בעינו, אסור לפעול בגיןו לו, גם לא על-שם הנחיה שבסתו של דבר החוק יבוטל. אין כל חשיבות לשאלת מה תעשה הממשלה בעtid. גם אם בכך כדי לסליק מהממשלה להכשיר את פעולותיה למטר, אין בכך כל מהותה את הפגם החמור הנובע מן העובדה שהיא מתעלמת מהותה הבסיסית על-פי סייג 29 הנ"ל, לפחות ב"כפוף לכל דין".

<sup>51</sup> יזכיר הנ"ל (הערה 31, לעיל), עמ' 111 וAIL.

## זכויות האדם

משמעותו של הסייג הכלול בסעיף 29 לחוק יסוד:  
בגיאו להוראה שבחוק, הוא שהממשלה מנעה "לא רק מפעול בזכויות הפרט".<sup>47</sup> קביעה זו חזקה ונータרה בפסק-הדין מאוחר יותר של בית-המשפט העליון, מפי נשיא שופט ובಹסכמה ארבעת חברי לモותב:

<sup>47</sup> פסק-דין של השופטת דליה דורנר בג"ץ 193, 2918/4253, העלה 42 לעיל.

מדיניות חז' על-ידי הגורמים המוסמכים לכך הוא בלתי-שפט, אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה-מידה משפטית, ובית-משפט זה לא יתערב בכוננו אלה". בית-המשפט הביא לכך דוגמאות אחדות, והמשיך:

נושא כוגן זה אין מקומו בבית-משפט זה בראש ובראשונה, בהיעדר קנה-מידה משפטית לדון בו: "...בעניין פוליטי מובהק הקשוריחסים דיפלומטיים עם מדינה אחרת... אנו, השופטים, אפלו כולנו חכמים וככלנו נבונים, מה לנו ולזרוי יצאה למלחמה וכונסה ל\_DIPLOMATICA?... ואף לדעת השופט ברק, המרוחיב את היריעה השיפוטית הנורמטיבית של בית-המשפט, הרי ייתקן כי על החלטתה לעשות שימוש או לצאת למלחמה אין מקום להפעיל את הכללים הרגילים של תורה שיקול-הදעת המנהלי"... וניסינו את בית-המשפט לדוחות עתירה בשל העדר שיפוט מוסדית.

<sup>51</sup> זמיר, שם (הערה 8)  
על, עמ' 412.

<sup>52</sup> שם, עמ' 417.

אין חולק על כך שנושא מדיניות החוץ והביטחון של המדינה אינו שפט, בהעדר כל קנה-מידה משפטית שבאמצאותו יכול בית-המשפט להעירך את מעשי השלטון. אולם במאם דברים אמרויס! בתהום שבו אין שום חוק המסדר את הסוגיה, ולפיכך העניין כולל מסור לשיקול-דעתה המוחלט של הממשלה. אבל כshedover בתהום שבו יש חוק, והחוק מכוכן כלפי הממשלה, הרי גם אם חוק יש השלכות על תחומי ניהול יחסיו החוץ והביטחון של המדינה, מוחובתה של הממשלה לפעול בכפוף לחוק, ואם היא אינה עשו כן – בסמכותו של בית- המשפט הגבואה לכך רק את פעולותיה. במקרה זה אין מדובר "בဟדר קנה-מידה משפטית לדון בו"; החוק הוא שקובע את קנה-מידה המשפטית, ועל-כן אי-אפשר להתייחס בעניין אשר כזה עניין בלא-משפט.

נניח, למשל, שהממשלה תבקש להציג רשות לאמנה בינלאומית כלשהי. לפי התפיסה המקובלת נושא זה, של הצטרפות לאמנות ביןלאומיות, הוא בסמכותה הבלעדית של הממשלה, ואין העניין נתון לשיפוטו של בגין. לפיכך, אם תוגש עתירה כנגד הצטרפותה של ישראל לאמנה, תידחה העתירה על הסף מן הטעם של חוסר שיפוטות. אבל נניח שהאמנה לא קיבלה את האישורים הדורשים על-פי החוק, כגון שלא התמלאו הדרישות שבסעיף 11(א)(5) לחוק יסוד: נשייה המדינה, הקובע שנשייה המדינה "יתהותם על היא לא כנגד עצם החצרפות לאמנה, אלא געודה לתקוף את חוקיותה לאחר שדרישות החוק לא התמלאו. האם גם במקרה זה הוא שיפוטו של מושבם של חברי הצוותים שבידו להוציא, יוכל בגין למנוע כל מעשה שלטוני שאינו מתiego של השוויון, החירות וההגינות.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> זמיר, "היו"ץ המשפט למשנה: משרות הציד בר ומשרות המשמש לה", בمناق. י' זמיר, שרען, ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ירושלים, תשניא), עמ' 454.

מי יפקח על הממשלה כזו מעתלתת מחות-דעתו של היו"ץ המשפט, או כשהיו"ץ המשפט אינו יותר – מסיבה זו או אחרת – מחות-דעת הקובעת שמעשי הממשלה נזעים באירועים? במקרה כזה, בית-המשפט הגבואה לodesk הוא האמור לשמש כורם מפקח; באמצעות הצוותים שבידו להוציא, יוכל בגין למנוע כל מעשה שלטוני שאינו מתiego עם החוק. והנה, בפסק-דין הנזכר לעיל בנושא רמת-הגולן, נימק בית-המשפט הגבואה לכך את החלטתו לדוחות את העתירה, גם בכך "עצמם נושא העתירה – היינו אופן ניהול מדיניות החוץ של מדינת ישראל – מקום לא יכולנו ביטת-משפט זה".<sup>54</sup>

<sup>54</sup> שם (הערה 18 לעיל), עמ' 43.

לממשלה, ועליו מוטל לדאוג לכך שהממשלה תפעל בהתאם לחוק. על כך כתב פרופ' יצחק זמיר, היועץ המשפטי לשעבר, וכiams שופט בית-המשפט העליון:

היו"ץ המשפט לממשלה ניצב מול הממשלה, כאילו היה כלב שמירה, להגן על שלטונו החוק ממבנה הרחב שלו, שהוא לב לבה של הדמוקרטיה. מצד זה הוא חייב נאמנות, בראש ובראשונה, לחוק. אם שתי הנאמנות האלה מתנגשות, הנאמנות לממשלה מזה והאמנות לחוק מזה, יד החוק על העליונה. כך הדבר מושם שהממשלה אין לה מעמד ואין לה סמכויות אלא מכוון החוק. כך הדבר גם שום שאי לו סכנתה גדולה מזו של הממשלה שאינה מקפידה לקיים את החוק.<sup>51</sup>

אם היו"ץ המשפט לממשלה מחווה דעתו שלפה יש במשמעותו המחוקק, כי אז חובה על הממשלה להגנה על-פי חווות דעת זו.<sup>52</sup> חובתה של הממשלה לנוהג לפי חווות-דעתו של היו"ץ המשפט לממשלה, יש בה – יחד עם גורמים נוספים – כדי להבטיח את חוקיות השלטון, דהיינו: שהשלטון לא יפעל בניגוד לחוק. על חובת הנאמנות של היו"ץ המשפט כלפי הציבור, כתוב פרופ' יצחק זמיר במקומ אחר:

אני סבור שאין הוא משרות של הממשלה. הוא משרות את הציבור. הציבור הטיל עליו תפקיד כפול: ליעץ לממשלה, כדי שתוכל למלא את תפקידיה בממשלה, הدين, ולפקח על הממשלה, שלא תחרוג מעדי דין. הדיון, לעניין זה, כולל עקרונות משפטיים הנובעים מוחובת הממשלה כלפי הציבור, כפי שבית- המשפט קבע. על כך היו"ץ המשפט אחראי בפני הציבור. אם הוא נותן יד לממשלה, במעשה או במחדר, לסתות מעקרונות אלה, הוא חוטא חטא כפול: הוא מאפשר לממשלה להפר את חובת הנאמנות שלה, והוא עצמו מפר את חובת הנאמנות שלו, כלפי הציבור. הוא ימלא את חובתו בנאמנות וק אם יאבק, גם בנסיבות עם השלטון, לקיים ולקיים את עקרונות השוויון, החירות וההגינות.<sup>53</sup>

מי יפקח על הממשלה כזו מעתלתת מחות-דעתו של היו"ץ המשפט, או כשהיו"ץ המשפט אינו יותר – מסיבה זו או אחרת – מחות-דעת הקובעת שמעשי הממשלה נזעים באירועים? במקרה כזה, בית-המשפט הגבואה לodesk הוא האמור לשמש כורם מפקח; באמצעות הצוותים שבידו להוציא, יוכל בגין למנוע כל מעשה שלטוני שאינו מתiego עם החוק. והנה, בפסק-דין הנזכר לעיל בנושא רמת-הגולן, נימק בית-המשפט הגבואה לכך את ההחלטה לדוחות את העתירה, גם בכך "עצמם נושא העתירה – היינו אופן ניהול מדיניות החוץ של מדינת ישראל – מקום לא יכולנו ביטת-משפט זה".<sup>54</sup> בית-המשפט קבע כי "בשורה ארוכה של פסיקה שיצאה מלפני בית-משפט זה נקבע, כי הנושא של אופן ניהול

באוטו הכסם, יוצרות תשתיית ברורה להקמת ישות ערבית ריבונית בשטחי ארץ-ישראל המערבית, כולל אולו ירושלים.

האם יש כאן פגעה כלשהי בחוק הישראלי ובירורו? כמובן, יש להבחין בין שאלת ירושלים ובין שאלת יתר חלקי יהודה, שומרון וזהה. ירושלים המאוחDOT היא שטח ריבוני ישראלי מכוח החוקה שישפה את מזרחה ירושלים וסבירותיה לתחומי מדינת ישראל, מיד לאחר מלחמת ששת-הימים. אם הכללת עניין ירושלים כנושא למשאיומן על הסדר הקבוע מבטאת נכונות של ישראל לשינויים בריבונותה של ישראל על ירושלים, כי אז עומדת התcheinיות המשלחת בניגוד לחקיקה שהחילה את הריבונות הישראלית על ירושלים. אם במלחך המשאים עשו עלי להתקיים בשאלת זו תעשה הממשלה מעשים שייעדו על כוונה לוטור על ריבונות המדינה בשטח של ירושלים, יהיה בכך לכאורה גם ממשום עברה על סעיף 97 בחוק העונשין, תשלי'ז-1977.

אשר ליתר שטחי יש"ע. למראית-עין, שונה דין של יהודה, שומרון וזהה מדין רמת-הגולן וירושלים, כיון של שלגבי רמת-הגולן וירושלים יש חקיקה ישראלית, שלפי הפרשנות המוסמכת של בית-המשפט העליון החילה עליו את הריבונות של ישראל, בעוד שלגביה חbill יש"ע אין חקיקה דומה. אם אלה הם פני הדברים, הרי מדובר בחבל הארץ נוטלי ריבונות, שמעמדה של ישראל בהם הוא כשל כבש, ובסתוכותה של הממשלה להשתלך משם ללא שהיא בכך ממשום פגעה בריבונות המדינה.

כך סבור אמן פרופ' אמנון רובינשטיין, הכותב ביחס לשטחים אלה, כי "החזקת היישובים היא אקטטרת משפטית"; הטוריטוריה אינה ישראלית ולכל היוט מהווה שיטת כיבוש<sup>57</sup>. בניגוד לשטחים המהווים טוריטוריה ישראלית, שבhem יש צורך, לדעתו, באישור הכנסת, בשטחים האמורים לא קיים צורך כזה, ועל כן רשאית הממשלה למסור שטחים אלה לריבונות זהה גם ללא אישור הכנסת.

תפיסה זו אינה נראית לי. החתירות לשטחי יש"ע כאלו שטחים "כבושים" אין לה, לעניות דעתך, כל בסיס בחוק. האסמכתא היחידה לכך ש מבחינה משפטית נחשים שטחי יש"ע כשטחים "כבושים", יכולה להימצא אולי בנסיבות של ממשלה ישראלית להכיר בתחולתן של האמנות הבינלאומיות על שטחים אלה.<sup>58</sup> אם אmons מעמדם המשפטי של שטחי יש"ע הוא בשל שטחים כבושים, כי אין צורך לומר שכן זמן שיש צורך ביטחוני בקיים של היישובים, מוצדקת היישורותם שם, אבל כאשר הממשלה סבורה שאין עוד צורך ביטחוני בקיים היישובים – ובענייני ביטחון, ממשלה ישראלית היא הסמכות הבלעדית – נופל הנימוק היחיד לקיוםם של היישובים, והחלה על פניות ועל מסירת השטחו לשיטה ולריבונות זהה היא באורה בלאדי בידי הממשלה.

אולם נכונותה של ממשלה ישראל להכיר בתחולתן של האמנות הבינלאומיות על אורי יש"ע אינה תופסת אלא לגבי ההגנה על זכויות האדים באותם שטחים,<sup>59</sup> וכן בה שום ויתור של ישראל על טענתה לריבונות על אורים אלה. לא זו בלבד שטחים נציג רשמי של ישראל לא ביטה עמדה הכרוכה את תחולתן על האמנות הבינלאומיות על שטחי יש"ע בויתור כלשהו על טענה לריבונות, אלא שאפלו אישי ממש בכירים בממשלה ארכוט-הברית טבורים שאמנות

הממשלה החליטה מה שחייבת ולא עוד אלא שהביאה את העניין לפני הכנסת, והכנסת המכה בחלוקת הממשלה. העניין לא היה עניין משפט אל-עניין פוליטי מובהק; אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה-מידה משפטית... השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חז"צ... שלא ביד-המשפט זה מוסמן ומסוגל להכריע בהם.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> בג"ץ 186/65, רוייר י, ראש הממשלה ואחרי, פדי' יט(2), עמ' 487.

אבל מה היה קורה אילו העתירה הייתה מוגשת לא נגד עצם הפעולה כל כינון יחסים דיפלומטיים עם גרמניה, אלא נגד פעולה בלתי-חוקית הקשורה ב cinnamon יחסים אלה? אולם על כך השופט ברק במקום אחר:

מנוח אני, כי לא היהת נטענת טענה של אי שפטות, אם השאלה היתה חוקיות נטילת השודד בקשרת הקשרים הדיפלומטיים.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> בג"ץ 910/86, יהודה רס-לו ואחרי נ' שר-הቤתו, פדי' מוב(2), עמ' 479.

לאמר: עצם העובדה שמדובר בשאלת בתחום מדיניות החוץ, שהיא כשלעצמה אינה שיפוטית, אינה מהשנת את הממשלה בפני ביקורת שיפוטית בנוגע למעשה בלתי-חוקי שב כרוכה מדיניות זו.

וכך גם בעניינו: בודאי שניהול משאיומן לשлом הוא מסווג העניינים הבלתי-שפיטיים, הנתונים מעטים טיבם ומוחותם לסמכתה הבלתי-רשות של הממשלה. אולם ניהול משאיומן זה אסור לו שיפגע בחוק מחוקי המדינה, ומאחר שבמסגרת משאיומן זה נעשים על-ידי הממשלה מעשים שהם בעליל ביגוד לחוק שהחיל את ריבונות המדינה על רמת-הגולן, כולל הסוגיה להוות בלתי-שפיטה, ודינה – מבחינה עיונית – כדי נטילת שוד, למשל, במסגרת המשאיומן, כאמור, אכן אפשר לומר עליה שהיא בלתי-שפיטה, והיא נתונה גם נתונה בהחלט לביקורת בגין.

<sup>57</sup> שם (הערה 6 לעיל) עמ' .82.

## יישום הסכמי אוסלו

ל האמור עד כה מתיחס לחוקיות פעולותיה של הממשלה במסגרת המשאיומן לשום עם סוריה, שבמסגרתנו מגלה הממשלה נכונות לותר על שום ריבוני ישראלי לטובת סוריה, ועל כן יש לראותן כפגיעה חמורה בעקרון שלטון החוק, בלבד מאיה-חוקיות שבה נגעים מעשים אלה לאור המתחייב מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומשמעותם 97 ו-100 לחוק העונשין.

האם גם פעולות הממשלה למסירת השליטה ביוזה, שומרון וזהה לידי ארגון המריצחים אש"ף, נגעות בפוגם החקלאיים האמורים?

ביחסים אוסלו יש התcheinיות שנטלה על עצמה ממשת ישראל להכיר שטחים ביוזה, שומרון וזהה לידי גוף הכספי: "הרשות הפלשינית". בין היתר מדבר אותו הסכם על הסדר קבע המבוסס על החלטות האו"ם 242 ו-338 (סעיף 1), על משאיומן ביחס לירושלים, התנחותיו וגובלות (סעיף 3), על כינון מועצה פלשיניתאית שסמכותה תבססה "שטחים של הגדה המערבית ורצויות זהה" (סעיף 1), ועל הקמת רשות מקראען ומיס פלשיניאיות (סעיף 4). התcheinיות אלה, יחד עם התcheinיות אחרות הכלולות

<sup>58</sup> בג"ץ 302/72, סדר לימון חילו ואחרי נ' ממש לת ישראל ואחרי, פדי' כו(2), עמ' 176; בג"ץ 78/78, סולימן توفיק אלוב ואחרי נ' שר-הቤתי חוץ וואי, פדי' לנ(2), עמ' 126.

<sup>59</sup> אחד דבריו של היושם המשפטי לממשלה, מאיר שמרג, "קיים המשפט הבינלאומי בשטחים המוחזקים", ספר השנה של ביה"ס האדים בישראל (תל אביב, 1971), עמ' 262; Eyal Benvenisti, The International Law of Occupation (Princeton, 1993), p. 119, העניין נ' ממשת ישראל, פדי' ל"ז (3), עמ' 597-599.

Eugene V. Rostow, "To<sup>60</sup>  
The Editor", *The  
American Journal of  
International Law*, p.  
718-719.

<sup>61</sup>ראה בהרחבה בחיבורו  
הניל (הערה 31 לעיל),  
עמ' 132 ואילך.

<sup>62</sup>בד יטף, השלוון הב'  
יטי ארכ'-ישראל  
(ירושלים, תש"ח), עמ'  
77.

Palestine Royal Commis-<sup>63</sup>  
sion, Minutes of Evidence  
(London: 1937), pp. 288-  
289.

שם (הערה 31 לעיל), עמ'  
124.

<sup>65</sup>דברי שרה המשפטים  
בכasset בעת הבאת הצע  
עת החוק לאישור הכה  
סת, דברי הכנסת, כרך  
49 (תשכ"ז), עמ' 2420.

<sup>66</sup>הצפת, 16 בינוי 1995.

לדעתי, אין כל אפשרות לפרש אחרת את סעיף 11(ב)  
לפקודת סדרי השלטון והמשפט, שכן אם השטחים שכבה  
ישראל במלחמות ששתי הימים היו נשיבים על-ידי המחוקק  
לשטי כיbos, לא ניתן היה להחיל עליהם בפועל את  
הריבונות הישראלית (וחלתת המשפט, השיפוט והמנהלה)  
בצווים מנהליים, כהוראת החוק. מעטם העובדה שהמחוקק  
הסמייך את הממשלה להחולל את החלטת הריבונות לשטי הארץ-  
צווים מנהליים מעתה מלחמת ששתי הימים כל שטחים  
ישראל שנכבשו במהלך מלחמת הריבונות של ישראל, או לפחות  
שחוררו, והכפופים לריבונותה של ישראל, או לפחות  
לטעתן ריבונות מרצה. מכל מקום, מתוך כך שהמחוקק  
הסמייך את הממשלה להחולל את ההחלטה המשפט, השיפוט והמנהלה  
של ישראל בשטי הארץ-ישראל, מעתה מלחמת הריבונות  
הסמכות להחולל משפט, שיפוט מנהלה זרים על אותן  
שטחים.

אם אמן יש לפרש את סעיף 11(ב) לפקודת סדרי  
השלטון והמשפט כסעיף המבטא את קיומה של זכות  
הריבונות של ישראל על שטי הארץ-ישראל, כי אז יש מקום  
לומר שככל פעהה הנתקנת על-ידי הממשלה למסירתה  
השליטה בשטי הארץ-ישראל לידי שלטון ערביה היא  
פעולה בלתי חוקית. המחוקק הסמייך את הממשלה אף  
ורק להחולל את המשפט, השיפוט והמנהלה של ישראל  
בשטי הארץ-ישראל, ולא הסמייך אותה למסור את השליטה  
בשטי הארץ-ישראל לגורם זו, צעד ממשמעו שהיא מונעת  
האפשרות להחולל הריבונות הישראלית בשטחים אלה,  
והכמת תשתיות להחוללה ריבונות זרה שם. סמכות זו צריכה  
היתה הכנסתה לעניין במפורש למשלה בדרך של חוק  
ואם הדבר נמצוא כלל בסמכותה של הכנסת עצמה – גם זו  
שאלה שאינה נקייה מספקות, וכל זמן שהממשלה לא  
הוסמכה במפורש להעביר את השליטה בשטי הארץ-ישראל  
לגורם זו, הרי לא כauraה כל מעשה שיש בו משום מסירת  
השליטה בשטי הארץ-ישראל לשולו זר, והוא מעשה חסר  
כל בסיס חוקי.

מסקנת הדברים היא אפוא שככל זמן שסעיף 11(ב)  
לפקודת סדרי השלטון והמשפט עומד בתוקפו, מונעה  
הממשלה מלבצע כל פעולה שיש בה כדי לשלול את  
האפשרות להחולתו בעתיד של המשפט, השיפוט והמנהלה  
הישראלית. התעלמותה של הממשלה מדבר החוק, תבא  
לידי ביטוי הונחתה על הסתכם היוזעים כחסמי  
אוסלו ועל הסתכם שבאו בעקבותיהם, והן במשמעות  
שהיא נוקטת בעקבות הנסיבות אלה, היא אפוא הפרה  
חמורה של עקרון שלטון החוק.

בדברינו כאן לא התייחסנו אלא לבעה החוקית  
המרכזית שבה כרכום החתימה על הסכמי אוסלו  
וישוםם, והיא: שאלת הריבונות על שטי הארץ-ישראל  
המורזקים בידי מדינת ישראל. ישם של הסכמים אלה  
מעורר שאלות נוספות שבן לא עסכו, כמו למשל:  
התנטגשות בין זכויות קניין שנרכשו כדין על-ידי אזרחים  
ישראלים בשטי יש"ע, ובין מגמת הממשלה למסור  
שטחים אלה לעربים. בהזמנות אחת, צוטט חה' יוסי  
שריד כמו אמר:

גם אם מדובר בהליך התיישבות חוקי לחלוון, הרי  
כיוון שהוא נגד את מדיניות הממשלה ומהווה מכשול  
לשולם, יפונו המתiyaשים מבתיהם.<sup>66</sup>

ала לא נוכח כדי להזכיר בשאלות של ריבונות, אלא אך  
ורק לצורך ההגנה על זכויות האדם של תושבי שטחים  
ככובים.<sup>60</sup>

זכותם של היהודים להתיישב בארץ-ישראל ולהקים בה  
את מדיניותם מוכרת במשפט הבינלאומי לאור כתוב המנדט  
על ארץ-ישראל משנת 1922 שהכיר בקשר ההיסטורי בין  
העם היהודי לארץ-ישראל.<sup>61</sup> משמעו של מסמך זה היא:  
הכרה על-פי המשפט הבינלאומי בתביעתם של היהודים  
לריבונות, הכרה "המוחיאה את האבן הזכות מכל  
האפשרות".<sup>62</sup> זה היסוד וזה הבסיס לטענת הריבונות  
שיש לישראל מבוחנית המשפט הבינלאומי ביחס לכל שטחי  
ארץ-ישראל, זכות זו לא נשללה מן העם היהודי, ואם הייתה  
בשנת 1947 החלטה על חלוקת הארץ, הרי שמדובר אם הייתה זו  
ההחלטה מהחייבת (מה שאינו נכון), מכל מקום היא נדחתה  
על-ידי העולם הערבי כולם שיצא למלחמות השמדה נגד  
מדינת ישראל, ובוואדי שאן לה כל השפה על זכותו של  
העם היהודי למימוש ריבונותו על ארץ-ישראל.

אם הריבונות על ארץ-ישראל היא של העם היהודי, כיצד  
יכולה ישראל – מדינתו של העם היהודי – להיחשב  
כ"כובשת" ביחס לשבחים על-פי המשפט הבינלאומי  
שייחסים לעם היהודי? בעדוonto בפניו ועדת פיל כבר עד דוד  
ברגוריון על זכויותו של העם היהודי בארץ-ישראל,  
הנובעות לא מכוח כיבוש אלא מכוח היותה של ארץ-  
ישראל הארץ היחידה בעולם שהיהודים רואים אותה  
כמולצתם ההיסטורית (זכות זו הוכרה על-ידי אומות  
העולם).<sup>63</sup>

במקום אחר<sup>64</sup> כבר עמדתי על כך שאירחה החלטת הריבונות  
בפועל על שטחים אלה על-ידי ישראל נובעת משיקולים  
פוליטיים כאלה מועוגנת בחוק הירושלמי.  
על שטחים אלה מועוגנת בחוק הירושלמי.  
בסעיף 11(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט,  
תש"ח-1948, מן החשובים שבחקים החוקתיים של  
מדינת ישראל, נקבע כי "המשפט, השיפוט והמנהלה של  
המדינה יהולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה תקבע  
בצזו". סעיף זה הונסמך לחוק המקורי משנת תש"ח מיד  
לאחר מלחמת ששתי הימים, ובעקבותיו הוצאה שסיפה  
את מזרח ירושלים וסבירותה למדינת ישראל.

דריך זו, של החלטת ריבונות באמצעות צו מנהלי, ולא על-  
ידי החוק הראשי, היא דרך יוצאת דופן במשפט  
הבינלאומי, ואין להסבירה אלא על רקע התפיסה של פניה  
ישראל זכות לריבונות על כל שטי הארץ-ישראל המערבית.  
זכות זו, שלא ניתן היה למסחה כל זמן שנמשך הכיבוש  
הערבי, הפכה בעקבות מלחמת ששתי הימים, לזכות הניננת  
למיושם, והחוק הראשי – הכנסת – ראה זאת כעניין  
טכני בלבד, שנitin למטרו בידי הרשות המבצעת (הממשלה),  
שתמ冤א לנכון להחיל ולכך זו בפועל.  
אלמלא הייתה קיימת הזכות לריבונות על עם ישראל על  
ארצו – זכות שהוא מעין חוכה בתטיבתובה של מדיניות  
ישראל – לא הייתה הכנסת יכולה להפוך את עניין החלטת  
הריבונות בפועל בידי הרשות המבצעת. בהסכמה את  
הממשלה נקבעו בצדדים המנהליים הדורשים כדי לישם  
את הריבונות בפועל, הכריזה הכנסת למשעה שטחי הארץ-  
ישראל המערבית הם שטחי מולדת שחוררו,<sup>65</sup> ולא שטחי  
כיבוש, ולמעשה החלטת הריבונות עליהם אינה אלא עד  
טכני שאין טעון חקיקה ראשית ביחס לכל שטח ושטח.

מסור לשיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אין בכך כדי להכשיר מלבתיחלה פעולות האסורה על-פי החוק.

כדי לקיים את דרישות המשטר החוקתי בישראל, היה על הממשלה לבטל תחילתה את ההחלטה על אש"ף כל אירוע טרור, ורק אחר כך לחותם עמו על הסכמים ולישםם. הטעם לכך שהממשלה לא נוהגת בצוותה זו הוא, כמובן, אש"ף הוא עלי-פי חוקתו ארגון טרור, וביטול ההחלטה שאליה כל ארוגון טרור היה מתקבל בזיכרור כאבוסורד מוחלט. אלols זהו נימוק פוליטי, ואנו בכחונו לשנות את הנורמות המקובלות של סדרי שלטון ומשפט ותקינות. כל זמן שאש"ף נחשב, עלי-פי החוק, לארוגון טרור, החלט עליו כל ההוראות של הפקודה למניעת טרור, וממשלת ישראל חייבה בכיבוד החוק — כמו כל זאת.

עוד יש להעיר, שהתקשרותה של הממשלה בהסכם עם ארוגון טרור מעוררת את שאלת תקופתו של ההסכם, בהיותו הסכם פסול הנוגד את החוק ואת תקנת הציבור.<sup>70</sup> בקשר זה אסתפק בהפניה לדבריה של גבריאלה שלו:

חוזה-רשות [חוזה של רשות שלטונית], ככל חוות, ייחשב בTEL כאשר כריתהינו, תוכנו או מטרתו סותרים את תקנתה הצבורית. סעיף 30 הקובע בטלות חוות העומד בניגוד לתקנתה הצבורית, אינו חל רק על חוות פרטיאי, או רק על חוות בין פרטיאים; כל חוות הנערץ בישראל חייב להתחאים לתקנת הצבור הישראלית, וחוזי-רשות בודאי שאינם פטוריים מחובה זו.<sup>71</sup>

היעלה על הדעת שהסכם עם גוף המחויב קונSTITUTIONAL ל徇מתה מדינת ישראל אינו nod את תקנת הצבור הישראלי! לא לモור לציין שגם מבניות המשפט הבינלאומי מהו איזוחיות עיליה לשילוט תוקפו של חוות.<sup>72</sup>

ולסיום: אם קיימים מצוות המחוקק עלי-ידי הממשלה איןם פורמלי שאפשר להתעלם ממנו; אם קיימים מצוות המחוקק עלי-ידי הממשלה הוא פגס מהותי, המערער את סודות החבורה ופגוע אונשות באמון הצבור במנגנון. הממשלה הפעלתה בניגוד לצוון הצבור כפי שהוא בא לידי ביטוי בחוק, עלולה להוביל לتوزצות שקשה לשערן. הממשלה החפשאה בסזרוי ממשל תקינים חייבת להשתיית את מדיניותה על דרישות החוק, ככל שקיים הוראת חוק בעניין, ועליהם בלבד. הממשלה המציבה ערכיהם אלה או אחרים מעלה החוק, אל לה התחפלא אם היא משמשת דוגמה לחקוי עלי-ידי אזוחים מן השורה, הסברים שיש להצדיף ערכיהם המקובלים עליהם על פניו החוק ■

אמירות מסווג זה, ומודיניות הממשלה שהן משкопות, עומדות בסתירה מוחלטת לעקרון שלטון החוק. במדינת חוק, הפגיעה בזכויות שרכשו בחוק לא תיתכן אלא באמצעות חוק,<sup>73</sup> שום מדיניות אינה יכולהגבר על חוק. בהקשר זה יש להזכיר גם את הפגיעה החמורה בזכויות יסוד נספות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה בא להגון על כבודו, חייו ו גופו של אדם סעיפים 1, 2 ו-4 לחוק). קשה לראות כיצד מתישבת תחתמיה של הממשלה על הסכמים עםORGANI מרצחים המחויבים קונSTITUTIONAL ל徇מתה של מדינת היהודים עם הוראות החוק הניל, שטרתו היא "להגון על כבוד האדם וחירותו, כדי לענן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1 לחוק). אין כאן לא כבוד ולא בטיחון. וכמובן גידון.

אם עצם ההתקשרות של הממשלה בהסכם עם אש"ף, ופערותיה בעקבות הסכמים אלה, מעוררת סימני שאלה רבים בתחום החוקתי. עלי-פי חוקי מדינת ישראל, אש"ף הוא ארגון טרור,<sup>74</sup> ובתור כזו חולות עליו הוראות הפקודה למיעוט טרור, תש"ח-1948. עיוון בסעיף הפקודה יגלה שחל איסור על פרסום דברי תמייה בארוגון טרור (סעיף 4(ב)), איסור על תמייה בכתב או בשורה-כתב בארוגון כזה (סעיף 4(ז)), איסור על העמדת מקומות שיישמשו ארגוני טרור לצורך קיום מפשיסים (סעיף 4(ב)), ואיסור על העמדת חפצים שיישמשו אותם בפעולותם (סעיף 4(א)). ולבסוף, החוק אוסר כל מעשה שיש בו גילוי של חוותות או אהודה לארגון טרור (סעיף 4(ז)). עד כאן באשר ל**איסוריים** שהחוק מטיל. החוק מפרט גם **חייב עשה** המוטלים על השלטון ביחס לארגון טרור: החרמת רכושו (סעיף 5), וסיגרת מקומות הפעולה שלו (סעיף 6).

אדם פרטי שיעשה אחד המעשים האסורים הנזכרים צפוי ליתן את הדין על מעשיו, כפי שAIRTEL לא פעם בעבר.<sup>75</sup> והנה, ממשלה ישראל, שחתמה על הסכמי אוסול ועל הסכמים שבאו בעקבותיהם ומישמתם אוטם — כך נראה — על כל אחד מஹיפים הנזכרים (ולא נעמוד כאן על הפרטטים). כן אונם הממשלה מקיימת את מצוות המחוקק ביחס לדרכי הטיפול בארגוני טרור, כמתחייב מן החוק. גם בזאת יש הפרה בוטה של עקרון שלטון החוק. לא יתכן כלל מצב דברים שבו החוק חל על אורך מן השורה בלבד, ואילו הממשלה ורשותיה פטורות מן החייבים ומ豁 האיסורים הקבועים בחוק. גם אם הממשלה אינה מעמידה לדין אזוחים העורבים על הפקודה למניעת טרור מאו הסכמי אוסול, מטעמים של מדיניות צבוריית (וענין זה

<sup>67</sup> ראה מה שכתי בעניין זה בחיבור היל (הערה 31 לעיל), עמ' 110 ועוד.

<sup>70</sup> ס' 30 לחוק החזיות (חלק כללי), תש-לי-א. 1973.

<sup>71</sup> הכרזה לפיקודת למד-יעת טרור, ליקוט הר-סומים, 2665, תש"א, עמ' 195.

<sup>72</sup> ג' של, *דיני חוות, מחד'*, 2, *ירושלים, תש"ה*, עמ' 660.

<sup>73</sup> למשל: עי' 538/89 ורשבסקי ואחר' י' מדינת ישראל, פדי' מ-2(2), עמ' .870.

<sup>74</sup> לדוגמה: M. Sornsen, *Manual of Public International Law* (Glasgow, 1968), p. 204.