

# התהליך המדיני: היבטים בלתי חוקתיים

אליאב שוחטמן

"החלת המשפט, השיפוט והמנהל הישראלי" היא: החלת הריבונות הישראלית על השטח הנדון.<sup>1</sup>

במהותו, זהו חוק הקובע מצוות-עשה. משמעותה של מצוות-עשה זו של המחוקק היא, שעל השלטון לנהוג בחבל-ארץ זה כשם שהוא נוהג בכל חבל-ארץ שבו חלה הריבונות הישראלית; בוודאי שאסור לו לעשות מעשים הסותרים את מעמדה הריבוני של ישראל שם.

חוק רמת-הגולן, שתכליתו החלת הריבונות הישראלית על חבל הגולן, מהווה גושפנקה חוקית לזיקתו העמוקה של העם היהודי לרמת-הגולן, כחלק ממולדתו ההיסטורית. יש לזכור, שחבל ארץ זה, שהיה אזור התיישבות יהודית צפופה במשך תקופות ארוכות עד חורבנו, או דלדולו, בתקופת הכיבוש הערבי, נכלל בגבולות הבית הלאומי שתבעו מנהיגי התנועה הציונית בעת שאומות העולם הכירו בזכותו של העם היהודי על ארץ-ישראל. לא למותר לציין, שחבל ארץ זה שימש יעד התיישבותי לחלוצי העלייה הראשונה והשנייה, על שום היותו חלק בלתי נפרד מארץ-ישראל, בדיוק כמו פתח-תקוה, מטולה וחדרה.<sup>2</sup>

פעילותם של ראש-הממשלה וחבר שריו למסירת הריבונות על רמת-הגולן לידי הסורים, המתבטאת הן במשא-ומתן עם סוריה והן בהצהרות שונות הנשמעות חדשות לבקרים גם לא במסגרת המשא-ומתן, עומדת אפוא בעליל בניגוד לתכליתו ולמטרותיו של חוק רמת-הגולן, שהן, כאמור: החלת הריבונות הישראלית על חבל ארץ זה, כביטוי לזיקתו של העם היהודי לחלק זה של ארצו.

זאת ועוד: פעולותיה של הממשלה למסירת רמת-הגולן לסוריה עומדות גם בניגוד לסעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, הקובע לאמור:

פעילותם הנמצאת של ראש-הממשלה וחבר שריו, ובראשם שר-החוץ, למסירת רמת-הגולן לריבונות סורית ולמסירת השליטה על שטחי יהודה, שומרון ועזה לידי ארגוני המרצחים הערביים, כצעד לקראת הקמת ישות ערבית מדינית עצמאית בארץ-ישראל המערבית, לבד משהיא מעוררת שאלות קשות בתחום הצבאי והביטחוני, בתחום האנושי והחברתי ובתחום הציוני והלאומי, מעוררת שאלות קשות גם במישור החוקתי. להלן יידונו כמה מן הבעיות המרכזיות המתעוררות בתחום זה. עיקר עיונו ייוחד לשאלת רמת-הגולן, ולבסוף נדון בשאלת יהודה, שומרון ועזה.

## עקרון שלטון החוק

מדינת-ישראל היא, כידוע, מדינת חוק, ובה אין השלטון רשאי לעשות ככל העולה על רוחו, אלא עליו לפעול אך ורק בהתאם לחוק. מחויבותו של השלטון היא לקיים החוק על שני מרכיביו: חיובי העשה שבו, וחיובי הלא-תעשה שבו. דהיינו, על השלטון לקיים את מצוות המחוקק, ואל לו לעשות מעשים אשר המחוקק אסר.

חוק רמת-הגולן, שהתקבל בכנסת בשנת תשמ"ב-1981 ברוב מכריע, החיל, למעשה, את הריבונות הישראלית על רמת-הגולן. סעיף 1 לחוק קובע שהמשפט, השיפוט והמנהל הישראלי יחולו על רמת-הגולן, ועל-פי פרשנותו המוסמכת של בית-המשפט העליון במספר מקרים, משמעותה של

<sup>1</sup> ראה מאמרי: "הגולן – הסכר מול המפלות: מעמדה המשפטי של ישראל ברמת הגולן", נתיב, 2/93, עמ' 10-11; אשר מעוז, "רמת הגולן – חלק ממדינת ישראל", הפרקליט, כרך מא (תשנ"ג), עמ' 50-74.

<sup>2</sup> לכל זאת, ראה מאמרי הנ"ל, עמ' 5-7.

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

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

לאור פסיקת בית-המשפט העליון, שלפיה, "בכל מקום בו מופיע בחקיקה הישראלית 'ישראל', או ביטוי אחר המציין את המדינה, גם רמת-הגולן במשמעו",<sup>3</sup> אין ספק שחל על המדינה איסור מוחלט, או מניעות מוחלטת, להעביר שטחים אלה בדרך כלשהי, ובוודאי לא לריבונות זרה.

אני (השם) מתחייב כראש-הממשלה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כראש-הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת.

ועל כל אחד מן השרים להצהיר כדלהלן:

האם רשאים ראש-הממשלה, או שר משרי הממשלה, לפעול בניגוד לחוק שחוקקה הכנסת: לעניות דעתי 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 האזרחים, ולאיש במדינה אין זכויות יתר בעניין זה. על כך כתב נשיאו החדש של בית-המשפט העליון, השופט ברק:

אני (השם) מתחייב כחבר הממשלה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כחבר הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת.

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

מה משמעותה של הצהרת האמונים שמוסרים ראש-הממשלה והשרים עם כניסתם לתפקידם? ברור הדבר, שאין הם מקבלים עליהם את עצם שמירת החוק, שהרי חובה זו מוטלת על כל אזרח. לא לשם כך נועדה אפוא הצהרת האמונים. היא נועדה לבטא את מחויבותם של ראש-הממשלה ושריו **כשלוחי הציבור כולו**. הצהרת האמונים למדינת ישראל ולחוקיה שבה מחויבים ראש-הממשלה והשרים מבטאת את הנאמנות שבה חבים נושאי תפקידים אלה במילוי תפקידם כלפי **מדינת ישראל** ולא כלפי שום מדינה אחרת, וכלפי **חוקיה** של מדינת ישראל ולא כלפי שום מערכת חוקים אחרת.

בכל הנוגע לרשות המבצעת, שלטון החוק משמעותו חוקיות המנהל. הרשות המבצעת כפופה לחוק. ליחידה אין זכויות, כוחות או חסינויות, אלא אם כן החוק מעניק זאת להם. מכאן, שלאיש השלטון, בתור שכזה, אין יותר זכויות, כוחות או חסינויות מאשר לכל אדם אחר במדינה, ועל כן יש לו אותה אחריות למעשיו כמו לכל אדם אחר. (בג"צ 428/88, פד"י מ(3), עמ' 611).

שאלה היא, אם הצהרת האמונים של ראש-הממשלה והשרים, מחייבת אותם בציות גם לכל החלטה של הכנסת שאינה חוק, כמו בנושא המדיני, למשל,<sup>6</sup> אבל לית מאן דפליג, שהצהרת האמונים מחייבת אותם בציות מוחלט לחוק שחוקקה הכנסת, ועל הממשלה והעומד בראשה – כנאמני הציבור – לפעול על-פי אותם חוקים שבהם הציבור רצה.

על כן חייב כל איש שלטון לקיים את החוק. מראש-הממשלה לנמוך שבפקידים – חייבים בכיבוד החוק. שירותי הבטחון – צבא, משטרה, שבי"כ – חייבים לקיים את החוק. שיקולי ביטחון עשויים להשפיע לעתים על קביעת תוכנו של החוק. אך משנקבע תוכן זה, אין שיקולי ביטחון מהוים צידוק להפרתו. נהפוך הוא: אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי.<sup>4</sup>

גם חבר-כנסת שאינו שר, שהצהרת האמונים שלו אינה כוללת פסקה בדבר נאמנותו המוחלטת לחוק, מחויב כנאמנות זו:

מחויבותם של ראש-הממשלה והשרים לכיבוד חוק זה, כמו כל חוק אחר, גדולה אף יותר ממחויבותו של אזרח מן השורה:

עלבון הוא לשכל הישר לגרוס, שחבר של **בית-המחוקקים** רשאי להעמיד עצמו מעל לחוקי הבית ועדיין להיחשב נאמן לשליחותו בכנסת ולמדינה.<sup>7</sup>

במדינה בה שולט עקרון שלטון החוק אין איש או גוף שהוא מעל למשפט... יכל הרשויות השלטוניות... כפופות לחוק, אין רשות שהיא מעל לחוק (בג"צ 6163/92, אייזנברג נ' שר-הבינוי והשיכון; טרם פורסם). ינטילת החוק לידיים – כלומר הפרת החוק – אסורה היא על כל אדם. על אחת כמה וכמה שאסורה היא על איש הציבור, אשר אמור לשמש דוגמא ומופת לציבור כולו. הפרת החוק על-ידי איש הציבור פוגעת באמון הציבור ברשויות הציבור.<sup>5</sup>

יוצא אפוא שאם ריבונותה של מדינת ישראל משתרעת על שטח רמת-הגולן, והדבר מעוגן בחוק הכנסת, הרי כל מעשה או הצהרה של ראש-הממשלה והשרים המכוונים לשנות את המצב הזה בעוד החקיקה הקיימת בעינה עומדת, יש בהם משום הפרה בוטה של חובת הנאמנות שלהם למדינה ולחוקיה, וחתירה תחת אחד מעקרונות היסוד של משטרנו הדמוקרטי. קשה לראות כיצד ניתן ליישב את הצהרותיהם של שרים שונים בדבר מעמדו המשפטי של שטח רמת-הגולן כ"אדמה סורית", עם הקביעה המפורשת של המחוקק בדבר היותו של הגולן חלק ממדינת ישראל.

גם שיקולי ביטחון אינם יכולים לשמש בידי הרשויות כצידוק לסטייה ממה שמצווה החוק. דברים בעניין זה כתב השופט ברק בפסק-דינו שנוכר לעיל. דברים חריפים במיוחד כתב בשעתו פרופ' יצחק זמיר,

זאת ועוד: כידוע, עם היכנסם לתפקידם, מוסרים ראש-הממשלה, וכל שר משרי הממשלה, הצהרת אמונים שבה

<sup>3</sup> בג"צ 205/82, קאני אבו צאלח ואח'י נ' שר-הפנים ואח', פד"י לז(2), עמ' 720.

<sup>6</sup> א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהד' רביעית מורחבת, תל-אביב 1991, כרך א'), עמ' 501.

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

<sup>7</sup> בג"צ 400/87, כהנא נ' יו"ר הכנסת, פד"י מא(2), עמ' 738.

<sup>5</sup> בג"צ 1843/93, פנחסי נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם).

על המצב העלול להיווצר במדינה אם רשויות השלטון לא ימלאו אחר העיקרון של שלטון החוק, כותב פרופ' יצחק זמיר:

אם נרשה כי צורכי השעה, כפי שהם נראים לגורם זה או אחר במערכת השלטון, יצדיקו הפרת חוק על-ידי אותו גורם, מתוך טענה של ביטחון המדינה או טובת הציבור, אנו עלולים למצוא עצמנו בדרך ממדינת חוק השומרת על זכויות האזרח, אל סוג אחר של מדינה.<sup>10</sup>

גם אם חוק הכנסת עומד בניגוד לעקרון יסוד שהוכרז עליו במגילת העצמאות – מסמך המבטא את חזון העם ואת ה"אני מאמין" שלו – או בניגוד לעיקרון כלשהו שאין מקורו בחוק שחוקקה הכנסת, גם אז גובר חוק הכנסת, שכן הכנסת היא הריבון: "כאשר ברור, מעל לכל ספק, רצונו של המחוקק... על בתי-המשפט לכבד רצון זה ולתת לו תוקף, אף אם הדבר אינו עולה בקנה אחד עם העיקרון של חופש המצפון שבהכרזת העצמאות או בסימן 83 לדבר המלך במועצה".<sup>11</sup> בוודאי שאם בית-המשפט כפוף לריבונות הכנסת, גם הממשלה כפופה לה.

על יסוד דברים אלה נוכל אף אנו לומר: גם השלום – שהוא ללא ספק ערך בעל חשיבות ראשונה במעלה – נשען על שלטון החוק. טענת הממשלה כי השלום הוא ערך כה נשגב עד שהוא דוחה מפניו אפילו את החוק, אינה עומדת במבחן הביקורת. משמעותו של שלטון החוק היא, שרק החוק יכול לשמש מקור לסמכותה של הרשות, ולזו אין שום זכות-יתר שאינה נובעת מן החוק. חוק רמת-הגולן מבטא את רצון הציבור לראות ברמת-הגולן חלק ממדינת ישראל, וכל עוד החוק לא השתנה, אין בסמכותה של הממשלה לעשות מעשים הסותרים את כוונת המחוקק.

מובן מאליו שאין הממשלה מנועה מלנקוט יזמות כאלה ואחרות במטרה לקדם השגת הסכמי שלום בין ישראל למדינות ערב. ואולם, אין הממשלה רשאית לפעול במסגרת זו אלא בהתאם לחוק, ואם חוקי מדינת ישראל החילו את ריבונות המדינה על שטח רמת-הגולן, אין היא רשאית לפעול לביטול ריבונותה של המדינה על שטח זה בלא שיש לה סמכות לכך מכוח החוק. פעולותיה של הממשלה המכוונות לביטול הריבונות הישראלית ברמת-הגולן בניגוד לרצון המחוקק, עושות אפוא את עקרון שלטון החוק לחוכא ואטלולא.

נשאלת השאלה: כלום רשאית הממשלה לפעול בניגוד לרצון המחוקק על-סמך תכניתה להביא לידי שינוי המצב החוקי הקיים?

דומה שהתשובה לכך היא לאו מוחלט. כאמור לעיל, יסוד מוסד במשטרנו החוקי הוא ששום ערך אינו יכול לעמוד מעל לחוק. לפעמים עשויה רשות מרשויות המדינה לסבור כי החוק הקיים אינו טוב, ולהמליץ בפני המחוקק על שינויו של החוק כדי שיאמץ ערך זה או אחר שלדעת הרשות ראוי שיאומץ. אולם כל זמן שהחוק לא שונה, אין הרשות רשאית לפעול כאילו החוק כבר השתנה.

דברים מפורשים בעניין זה אמר בית-המשפט העליון בפרשת מיטראל בע"מ.<sup>12</sup> באותו עניין נמנעה הממשלה מלפעול על-פי סמכויותיה מכוח החוק בעניין יבוא בשר קפוא, משום שהתכוונה להביא לשינוי החוק על-ידי

כיום שופט בית-המשפט העליון, ביחס לשלטון המעמיד שיקולים כאלה ואחרים מעל החוק:

עשויה הרשות השלטונית להעלות טענה, שיש בה כאילו להצדיק סטייה מן החוק, וכך היא אומרת: צריך שהחוק ישרת את המדינה; החוק 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 לעתים כדי להצדיק צעדים שונים שלא היה להם בסיס בדין. לכאורה זוהי טענה שיש בה טעם. וכי מה לנו חשוב יותר מטובת המדינה? אך קל להיווכח שבפועל זוהי טענה מסוכנת מאוד. ידועה האמרה שמאחורי הפטריוטיזם עשוי להסתתר כל מעשה נבלה. טענה זאת, כשהיא לעצמה, עשויה למוטט את העיקרון של חוקיות השלטון ועמו את שלטון החוק.

בבארו מדוע כה חשוב שהשלטון יקפיד על שמירת החוק, גם כשנראה לו שראוי לסטות ממנו מפני שיקול של טובת המדינה, כתב פרופ' זמיר, בין יתר דבריו:

יש לחשיב על הטענה שהשיקול של טובת המדינה או טובת הציבור עדיף לעתים על העיקרון של חוקיות השלטון. השאלה העיקרית בהקשר זה היא: מי מוסמך לקבוע מהי טובת המדינה או טובת הציבור – הממשלה? כל שר במסגרת משרדו? ואולי כל פקיד בתחום אחריותו? התשובה היא, כמובן, שבמדינה דמוקרטית טובת הציבור נקבעת על-ידי הציבור עצמו, באמצעות נציגיו, בדרך של חוק. מכאן שהחוק הוא שמבטא את טובת הציבור. הגבול שמציב החוק לסמכויות השלטון הוא הגבול של טובת הציבור. רשות שלטונית שפורצת גבול זה, ואפילו היא מתכוונת באמת ובתמים להיטיב עם הציבור, פועלת בניגוד לטובת הציבור. שוטר, לדוגמה, שמפעיל אלימות כדי לסחוט הודאה ממי שנחשד בביצוע עברה, יהיו כוונותיו טובות ככל שיהיו, כיוון שהוא פועל בניגוד לחוק, הרי הוא פועל גם בניגוד לטובת הציבור. אם נראה לציבור כי החוק לקוי ושוב אין הוא משרת את הציבור, ניתן לתקן את החוק. אך תמיד עלינו לומר כי בחברה דמוקרטית לא השררה אלא החוק הוא שקובע את טובת הציבור. מכאן שהמאבק על חוקיות השלטון הוא גם המאבק על הדמוקרטיה.<sup>8</sup>

וכך כותב השופט חיים כהן במקום אחר:

יש מהן מן המדינות אשר בהן ביטחון המדינה, או קדושת הדת, או הישגי הרבולוציה וסכנות הקונטר-רבולוציה, וכל כיוצא באלה ערכים מערכים שונים, מכסים על כל פשע ומכפרים על כל מעשה שנעשה ללא סמכות ובניגוד לחוק. יש מהן אשר המציאו 'משפט טבעי' הגבוה מכל חוק, והמבטל אותו במקרה של צורך, בחינת עת לעשות הפרו התורה. כל אלה אינן דרכיה של מדינת ישראל. דרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכותה המפורשת.<sup>9</sup>

<sup>10</sup> משה נגבי, "משבר של-טון החוק", תל-אביב, תשמ"ז, עמ' 10.

<sup>11</sup> ע"א 450/70, רוגווינסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י כו(1), עמ' 136; בג"ץ 172,142/89, תנועת לאו"ר ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח' פד"י (3), עמ' 553, 555.

<sup>8</sup> זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון", עיוני משפט, כרך יא (תש-מ"ו-מ"ז), עמ' 413.

<sup>9</sup> ע"ב 1/65, ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכ"ר סת השישית, פד"י יט (3), עמ' 382.

<sup>12</sup> בג"ץ 3872/93, מיטראל בע"מ נ' ראש-הממשלה ושר-הדתות ואח' (טרם פורסם).

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

האם די בהחלטה להעביר נושא מסוים לחקיקה כדי להצדיק את הממשלה או כל רשות מוסמכת אחרת אשר הוקנתה לה סמכות, בהימנעותה מלהפעיל סמכות זו, כאשר אלמלא הכוונה להעביר את הנושא לכנסת לא היתה להימנעות זו כל הצדקה חוקית? האם בכך שבית-המחוקקים מתבקש לומר את דברו ולהסדיר את הנושא הנדון בעתירה הסדר של קבע, יש כדי למנוע התערבות בית-משפט זה בהחלטת הרשות הציבורית, אם ימצא שדינה להיפסל לגופו של עניין?

תשובת בית-המשפט היא חד-משמעית: לאו מוחלט. בין היתר מצטט בית-המשפט פסיקה שבה נדונה חוקיותה של חקיקת משנה (תקנה מתקנות ההוצאה לפועל). התעוררה השאלה, אם ראוי שבית-המשפט יתערב בעניין נוכח הצעת חוק חדשה להסדרת העניין שעמדה להיות מוגשת לכנסת. בית-המשפט לא התחשב בעובדה שיש הצעת חוק בעניין, והחליט לגופו 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 בגלל אפשרות שחקיקה עתידית תשנה את התמונה ותפתור בדרך כלשהי את הבעיה המתעוררת עתה בבית-המשפט... אם נקבע כאן, שמבחינה משפטית היה על הממשלה להמשיך בפעולות לקראת הפרטת ענף יבוא הבשר, החלטתה שלא להחליט בדבר עד להסדרת הנושא בחוק אינה ממלאת חובה זו. הטעם לדבר אינו רק חובת הרשות להחליט על-פי הדין הקיים היום. טעם נוסף הוא, שאין לדעת אם ומתי יחוקק החוק. לכנסת סדרי עדיפויות משלה ואין לדעת מתי תידון הצעת החוק, אם בכלל, כמה זמן ימשך הליך החקיקה ומה יהיה תוכנו של החוק.

המסקנה הנובעת לענייננו, לאור העקרונות שהתווה כאן בית-המשפט העליון, היא כדלהלן: על-פי הדין הקיים היום, ריבונות ישראל חלה ברמת-הגולן. הממשלה, וכל רשות מרשויותיה חייבות לפעול על סמך הדין הקיים. גם אם הממשלה מתכוונת להביא לשינוי החוק, אין היא רשאית לנהוג עתה כאילו החוק כבר השתנה. פרט לכך, גם אם הממשלה רוצה להביא לשינוי החוק, אין כל ביטחון שדבר זה אכן יקרה, ואם אכן החוק ישונה – אין לדעת היום מה יהיה תוכנו של החוק החדש; האם יאות רוב של חברי הכנסת לבטל את ריבונותה של ישראל על כל שטח רמת-הגולן, או רק על חלקו? מדובר אפוא במצב היפותטי, והממשלה חייבת לפעול לא על סמך היפותזות אלא על סמך הדין הקיים.

דינה של ממשלת ישראל אינו שונה מדינה של רשות כלשהי הפועלת מכוח החוק, וכשם שרשות אחרת – כולל בית-משפט – אינה רשאית לפעול על-פי שיקולים שלא הוסמכה במפורש לשקול אותם, חשובים ככל שיהיו, כך גם הממשלה אינה רשאית לשקול שיקולים שלא הוסמכה לשקול אותם, חשובים ככל שיהיו, כאשר המשמעות

הנודעת להפעלת אותם שיקולים היא: פעולה המנוגדת לחוק הכנסת. השלום הוא ערך חשוב ללא ספק, אבל משיקולי שלום אי-אפשר להפר את חוק הכנסת, ולעשות פעולות המכוונות להשגת סוג כזה של שלום שיש בו משום ביטול הריבונות הישראלית על חלקים של מדינת ישראל, כפי שקבעה הכנסת.

## הדין הפלילי

הגם החוקתי שבו נגוע המשא-ומתן של ישראל עם הצד הערבי, משא-ומתן שבמסגרתו מבקשת הממשלה להביא לביטול ריבונותה של המדינה בניגוד לחוקים שרירים וקיימים של הכנסת, חמור שבעתיים לאור העובדה שמעשה כזה מהווה אף עברה פלילית, מן החמורות שבספר החוקים הישראלי. סעיף 97 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, קובע לאמור:

- (א) מי שעשה, בכוונה לפגוע בריבונותה של המדינה, מעשה שיש בו כדי לפגוע בריבונותה, דינו – מיתה או מאסר עולם.
- (ב) מי שעשה, בכוונה ששטח כלשהו יצא מריבונותה של המדינה או ייכנס לריבונות של מדינת חוץ, מעשה שיש בו כדי להביא לכך, דינו – מיתה או מאסר עולם.

עברות אלה כלולות בפרק הנושא את הכותרת "בגידה", ועל כך כתב בשעתו נשיא בית-המשפט העליון, השופט אגרנט: "כאשר המחוקק קבע את עברות הבגידה... העברות של פגיעה בריבונות המדינה ובשלמותה – הרי מטרתן היתה אך להמחיש, הלכה למעשה, את העיקרון המחייב את הבטחת קיומה של מדינת ישראל, ריבונותה והמשכינותה".<sup>14</sup>

כדי שיתקיימו יסודות העבירה שבסעיף 97(ב), אין צורך בכך ששטח שבריבונות המדינה יועבר לריבונות אחרת **בפועל**. כדי שיתקיימו יסודות העבירה, די בכך שנעשה מעשה **שיש בו** כדי להביא לתוצאה האמורה, מתוך כוונה שתוצאה זו אכן תתרחש. עצם העובדה שנוצר סיכון ממשי לפגיעה בריבונות המדינה על שטחה, די בה כדי לשמש יסוד לסיווג של מעשה כזה כאחד החמורים שבספר החוקים. כדי שיתקיימו יסודות העבירה, אין גם צורך בכך שהמעשה שאותו החוק אוסר יתבטא באלימות. אחת ההסתייגויות לחוק, בטרם נתקבל סופית בכנסת, היתה זו של חה"כ משה סנה, שביקש שבמקום המילים "יצא מריבונותה" יבואו המילים: "יוצא בכוח האלימות מריבונותה". הסתייגות זו נדחתה, ועל-פי נוסחו הסופי של החוק גם מעשה שאין בו אלימות, המכוון להוצאת שטח מריבונותה של המדינה, נחשב כמקיים את יסודות העברה של בגידה על-פי סעיף 97(ב).

ואם לא די בכל אלה, בא סעיף 100 לחוק העונשין וקובע:

מי שעשה מעשה המגלה אחת הכוונות האמורות בסעיפים 97... דינו מאסר עשר שנים.

כוונתו של סעיף זה לענייננו היא, שגם אם לא נעשה

<sup>13</sup> בג"ץ 5304/92, פרי"ח 1992 סיוע לפגעי חוקה נ' שרה-משפטים (טרם פורסם).

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

מעשה **שיש בו** כדי לגרום לכך ששטח שברבינות המדינה יועבר לריבונות אחרת, אבל נעשה מעשה **המגלה כוונה** להביא לתוצאה כזאת, גם אז יש בכך משום עברה חמורה. כדי שיתקיימו יסודותיה של עברה זו, די אפוא בכך שהמעשה מגלה כוונה בלבד להביא לביטול ריבונותה של המדינה על שטחה, גם אם המעשה עצמו אין בכוחו להגשים כוונה זו.

השאלה הנשאלת היא כלום סעיפים אלה שבחוק הפלילי, חלים גם על ראש-הממשלה ושרי הממשלה, או שתחולתם על אנשים פרטיים בלבד? לכאורה צריך לומר, שבדומה לכל הוראה אחרת שבחוק הפלילי, או בחוק אחר כלשהו, גם הוראה זו חלה על **הכל** – כולל ראש-הממשלה ושריו, שהרי זוהי משמעותו של עקרון שלטון החוק שנדון בדברינו לעיל.

יתרה מזו: בפשטות צריך לומר, שהחוק מכוון **בראש ובראשונה** כלפי הממשלה ושריה. הרי הוצאת שטח מתחום הריבונות הישראלית והעברתו לריבונות אחרת היא אקט **מדיני**. לאדם פרטי אין כל אפשרות לעשות מעשה שיהיה בו כדי להעביר שטח ישראלי לריבונות זרה. הגורמים היחידים היכולים בפועל לבצע מעשה כזה הם: א) גוף טרוריסטי, וכיוצא בו, השואף לבטל את ריבונותה של המדינה בכוח הזרוע. ב) ממשלת ישראל, או שרים בממשלה, שבידם לגרום לשינויים בריבונות המדינה באמצעות מהלכים מדיניים. כאמור לעיל, ההצעה לנסח את החוק באופן שיחול רק על מעשי אלימות – נדחתה. בכך גילה המחוקק דעתו בצורה מפורשת, שגם מהלכים מדיניים, שאין בהם אלימות, מקיימים את יסודות העברה שבסעיף 97(ב).

דומה בעיני שגם הרקע ההיסטורי לחקיקתם של סעיפים 97(ב) ו-100 לחוק העונשין, תומך בפרשנות זו. לישראל אין, כידוע, חוקה כתובה. סוגיית השלמות הטריטוריאלית של המדינה, שבמדינות רבות משוריינת בחוקה, אינה זוכה לשריון כלשהו בדבר חקיקה בעל סמכות עליונה. יתרה מזו: בשנותיה הראשונות של המדינה לא נקבעו גבולותיה של המדינה בחוק, ולא היתה כל הגנה תחיקתית על שלמותה הטריטוריאלית של המדינה (אפילו במסגרת של חוק רגיל). אז התקבלה תפיסתו של דוד בן-גוריון, 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 הממשל האמריקני וממשלת בריטניה, שישראל תקבל את דרישות הערבים ותיאות לוותר על חלקי ארץ-ישראל שבשליטתה כדי לקדם את הסיכויים לשלום. כך למשל, נטען על-ידי "ידידי" ישראל למיניהם, שהגנב מהווה טריז המפריד בין העולם הערבי (חץ בין מצרים וירדן), וזהו מצב בלתי-נסבל מבחינת הערבים; אם אך תיאות ישראל לוותר על חלק מן הגנב, והעולם הערבי יהיה בעל רצף טריטוריאל, תהיה נכונות מצדו לעשות שלום עם ישראל.<sup>16</sup>

ככל הנראה, נמצאו אז בישראל גורמים שהיו נכונים לקבל הצעות "שלום" אלה ולוותר על שטחים בריבונות ישראל למען השלום. אולם ראש-הממשלה, דוד בן-גוריון, היה תקיף בעמדתו שלא להיכנע ללחצים אלה.<sup>17</sup> נראה שהצעת החוק לתיקון דיני העונשין (עברות נגד המדינה), תשי"ג-1953, שהוגשה לכנסת בפברואר 1953, ושבה הוצע לראשונה לקבוע בחוק הגנה כנגד ניסיונות לפגוע בריבונותה

של המדינה, באה על רקע הסכנות הממשיות שאיימו אז על שלמותה הטריטוריאלית של המדינה, לא מצד ארגוני טרור, אלא מצד גורמים **מדיניים** בישראל. כאן צריך להוסיף ולציין, שכנגד פעילות טרור, לא היה המחוקק זקוק לסעיפים 97(ב) ו-100, כיוון שנושא זה מוסדר בסעיפים אחרים בחוק העונשין, כמו סעיף 145 ואילך, ובפקודה למניעת טרור. הצורך בסעיפים אלה התעורר דווקא בשל החשש שגורמים **מדיניים** יסכנו את ריבונותה של המדינה, ותכליתו של החוק היא אפוא לשמש תריס דווקא בפני גורמים אלה.

אם זהו הרקע (החלקי לפחות) לחקיקתם של סעיפי החוק המגדירים כעבירה חמורה כל מעשה שיש בו כדי לגרום לפגיעה בריבונות המדינה על שטחה, כי אז יש מלוא ההצדקה לראות את סעיפי החוק כמתייחסים לא רק ליחידים או לגופים פרטיים, אלא גם – ואולי בעיקר – לאנשי הרשות המדינית, קרי: ממשלת ישראל ושלוחותיה. מבחינה פרשנית, אין זה סביר לומר שהמחוקק כיוון את דבריו דווקא ביחס למקרים מעטים שניתן להעלות על הדעת, שבהם פרטים יכולים לפעול בתכליתיות ולפגוע בריבונות המדינה על שטחה, ולא כיוון דבריו כלל לגורמים שהם הם העלולים לפגוע במעשיהם בריבונות זו בצורה תכליתית. זאת ועוד: עקרון שלטון החוק מחייב שהוראת איסור, כפשוטה, תחול על הכל – על יחידים ועל רשויות השלטון – וכדי להוציא את הממשלה מתחולתה של ההוראה, יש צורך באמירה מפורשת של המחוקק; אמירה כזאת בענייננו – אין.

והנה, שאלה זו, דהיינו: תחולת סעיף 97(ב) ו-100 לחוק העונשין על הממשלה ושריה, כבר עלתה לדיון בפני בית-המשפט העליון, אשר סבר **אחרת**.<sup>18</sup> בעתירה שהוגשה נגד ראש-הממשלה והממשלה בנוגע לניהול המשא-ומתן עם סוריה נטען, כי נכונותה של ממשלת ישראל למסור את הריבונות על רמת-הגולן, כולה או חלקה, לסורים, עומדת בסתירה לחוק רמת-הגולן ויש בה גם משום עברה על הוראות סעיפים 97(ב) ו-100 לחוק העונשין. טענתם של העותרים היתה, שכל זמן שהכנסת לא שינתה את חוק רמת-הגולן, אין הממשלה רשאית לשאת ולתת בשאלת הריבונות על חבל ארץ זה.

בית-המשפט העליון דחה את העתירה מכל וכל, ועל הטענה המייחסת לממשלה "שזכותה באמון הכנסת כדת וכדין", עברה פלילית של בגידה, אמר בית-המשפט, כי "מוטעית היא מיסודה, ונוח לה שלא נטענה משנטענה". וכך נאמר בפסק הדין בהקשר זה:

הכימד יעלה על הדעת, שממשלה, שיונקת היא עצם קיומה מאמון שנתנה בה הכנסת, בדמוקרטיה חופשית כשל זו של מדינת ישראל, שבכל עת ובכל שעה יכולה הכנסת, שמייצגת את אזרחי ישראל, להביע אי-אמון בה ולהפילה, שממשלה זו, משמנהלת היא משא-ומתן מדיני עם מדינה אחרת לשם השגת שלום או לשם השגת מטרה כלשהי, תעבור בעצם ניהול משא ומתן זה עברה של בגידה במדינת ישראל! דבר זה אין הדעת סובלתו.<sup>19</sup>

לצערי, לא עלה בידי לירד לסוף דעתו של בית-המשפט. וכי העתירה היתה נגד עצם ניהול המשא-ומתן לשלום? הרי

<sup>18</sup> בג"ץ 4354/92 תנועת טאמי הרחבת וארץ-ישראל, פד"י מז(1), עמ' 37.

<sup>15</sup> א' רובינשטיין, שם (הער' 6, עמ' 79).

<sup>16</sup> אילון אסיה, "מוקד הסכסוך – המאבק על הגנב 1947-1956", ירוש' לים, תשנ"ד; **תעודות למדינות החוץ של ישראל**, כרך המדינה, (1952), גנזך המדינה, ירושלים, תשנ"ב, מסי' 45, עמ' 76; מסי' 455, עמ' 652; מסי' 468, עמ' 669.

<sup>17</sup> אסיה, שם, עמ' 115 ואילך; **תעודות למדינות החוץ של ישראל**, שם, מסי' 492, עמ' 694-696; שם, כרך חמ"ב שי (1950), מסי' 125, עמ' 172: "אין אף צל קלוש של תקוה איזורשהיא שממשלה ישראלית היום או בעתיד תוותר על ריבונותו בגנב הדרור מי בכלל ובאיזור אילת בפרט" (דברי אבא אבן ונדעון רפאל לנציג מצרי ביזבה).

<sup>19</sup> שם, עמ' 40.

העתיקה כוונה נגד פעולותיה של הממשלה, של העומד בראשה ושל הנושאים ונותנים מטעמה – פעולות שמתוכן מתגלה כוונה למסור את הריבונות על שטח משטחה הריבוני של מדינת ישראל למדינה זרה (סוריה), דבר המהווה עברה לפי החוק הפלילי, ועומד בסתירה למתחייב מחוק רמת-הגולן. בית-המשפט התבקש להורות למשיבים לקיים את המשא-ומתן עם המשלחת הסורית **בהתאם לחוקי מדינת ישראל**, והנאמר בפסק-הדין בקטע שצוטט לעיל אין בו אפוא כל מענה לעתירה, ולא עוד אלא שיש בו משום גושפנקא שיפוטית למהלכים של הממשלה העומדים בניגוד לעקרון שלטון החוק, ולעניינת דעתי הם מהווים גם עברה על החוק.

זאת ועוד: מה עניין האמון שקיבלה הממשלה מן הכנסת, לזכותה של הממשלה לנהל משא-ומתן תוך הפרת החוק? האם עצם העובדה שבידי הכנסת לגרום להפלת הממשלה בהצבעת אי-אמון יש בה כדי לשמש יסוד לסמכותה של הממשלה לפעול **בניגוד לחוק**: על-פי עקרון שלטון החוק, כל זמן שהחוק לא השתנה, אפילו **המחוקק עצמו** כפוף לו,<sup>20</sup> וקל וחומר הממשלה, שדינה לעניין זה כדין כל אדם.

נכון אפוא שבידי הכנסת להביע אי-אמון בממשלה, אבל עצם העובדה שהכנסת אינה עושה כן (מטעמים פוליטיים כאלה ואחרים), אינה מייפה את כוחה של הממשלה לפעול בניגוד לחוק. יתרה מזו: גם אם הכנסת תקבל החלטה מפורשת התומכת בממשלה, כל זמן שהחלטה זו אינה בגדר של **חוק**, אין בכוחה לגבור על **חוקיה קיימת**;<sup>21</sup> "אין החלטת הכנסת יכולה לשנות מהאמור בחוק".<sup>22</sup> לפיכך, חוקיות פעולותיה של הממשלה אינה יכולה להיבדק על יסוד האפשרות של הכנסת להצביע אי-אמון בממשלה, או לקבל החלטה כזאת או אחרת ביחס לפעולות הממשלה, שהרי אפילו תתמוך הכנסת במעשי הממשלה, בשעה שמעשים אלה אינם תואמים את החוק הקיים, לא יאה בכך כדי לרפא את הפגם החמור שבמעשי הממשלה.

דבריו האמורים של בית-המשפט העליון משמיימים למעשה את היסוד לסמכות הביקורת שלו כלפי ממלאי תפקידים על-פי דין. על-פי סעיף 15(ד)(3) לחוק יסוד: השפיטה, מוסמך בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, "לתת צווים לרשויות המדינה... ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידם כדין".

ההנחה של המחוקק היא אפוא שרשויות המדינה, לרבות הממשלה עצמה והעומד בראשה, **עלולות** לפעול שלא כדין, ובדיוק למטרה זו הוקנתה לבג"ץ הסמכות לבקר פעולות בלתי-חוקיות, או בלתי-תקינות כאלה. אילו נכון היה לתמוה, כפי שתמה בית-המשפט העליון בעניין שלפנינו, "הכיצד יעלה על הדעת שממשלה... שבכל עת ובכל שעה יכולה הכנסת... להביע אי-אמון בה ולהפילה... תעבור בעצם ניהול משא-ומתן זה עברה של בגידה", כי אז לא היה מקום לביקורת כלשהי על הממשלה. הרי גם בעניינים אחרים שבהם הממשלה נוהגת בניגוד לדין אפשר היה לומר שמאחר שבידי הכנסת להביע בה אי-אמון, בוודאי היא נוהגת כדין, שאם לא היתה נוהגת כדין, היתה הכנסת גורמת להפלתה. דומני שטענה כזאת לא נשמעה מעולם, ולהפך: משמוגשת עתירה לבית-המשפט העליון נגד

פעולותיה של הממשלה, או של רשות כלשהי הפועלת על-פי דין, נקודת המוצא של בית-המשפט העליון היא שאכן **עלולה** הממשלה לחטוא באי-חוקיות, והוא בודק את הדברים לגופם, אם אמנם יש ממש בטענות המייחסות לה עברה על החוק, או חוסר תקינות כזה או אחר. ואכן, במספר רב מאוד של מקרים שאירעו בעבר, נמצא שהממשלה (או רשות מרשויותיה) נהגו שלא כדין, והוצא נגדן צו החלטי כדרישת 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? בניין בית-המשפט העליון הועלתה טענה מטעם פרקליטות המדינה, שייצגה את המשיבים, שלפיה סעיפים 97 ו-100 לחוק העונשין אינם חלים כלל על הממשלה, וכל זאת על שום מה? על שום האמור בסעיף 91 לחוק, שזה לשונו:

מקום שמדובר [בפרק זה, שעניינו עברות על ביטחון המדינה] על עשיית מעשה בכוונה מסוימת, פירוש עשייה או מחזל באותה כוונה **ללא** סמכות כדין.

בקבלו את טענת הפרקליטות, כתב בית-המשפט העליון:

העברות שבסעיפים 97 ו-100 האמורים מדובר בהן אפוא ביחיד או בקבוצה, הפועלים ללא סמכות כדין, ושלא הוסמכו כדין. ממשלת ישראל, באמצעות העומד בראשה ונציגיה, שעה שהיא מנהלת שיחות שלום עם סוריה, פועלת במסגרת סמכותה הפרורגטיבית, כדת וכדין, לנהל את יחסי החוץ של מדינת ישראל. המשיבים, בניהול משא-ומתן כאמור, אינם באים כלל ועיקר בגדרן של העברות האמורות, אשר בשם בגידה מכונים, ולפעולתם של יחיד או גוף הפועלים ללא סמכות כדין מכוונים. משאם ומתנם של המשיבים, מעצם תפקידם, הם בגדר סמכות כדין.<sup>23</sup>

בית-המשפט העליון סבר אפוא שהעברות הנקובות בסעיפים 97 ו-100 אינן חלות כלל על הממשלה ועל העומד בראשה, משום שרק מעשה שנעשה **ללא סמכות כדין** נכנס לגדר העברה, וזה מתייחס רק לפעולות של יחיד או קבוצה, הפועלים ללא סמכות כדין, בעוד שהממשלה והעומד בראשה, **מעצם תפקידם**, פועלים מכוח סמכות כדין.

לעניות דעתי, לא צדק בית-המשפט בפירוש החוק. אילו נכון היה לומר שמעצם תפקידם נובע שהמעשה שהם עושים הוא במסגרת של "סמכות כדין", כי אז לא יכול היה בג"ץ לבקר אף פעם את פעולותיה של הממשלה והפועלים מכוחה, ולבדוק אם פעולותיהם הן "כדין"; שהרי, לפי האמור, **כל** מה שאלה עושים הוא "כדין". לעניות דעתי ברור שמעצם תפקידם של נושאי משרות אלה אין לגזור שום מסקנה גורפת המכשירה את פעולותיהם, גם אם מדובר בתחום המדיני, וקנה-המידה היחיד לבדיקת תקינות פעולותיהם הוא: **דבר המחוקק**.

מהי אפוא משמעותו 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 בפעולה הנעשית על-ידי

<sup>20</sup> בג"ץ 652/81, ח"כ שריד נ' יו"ר הכנסת מנחם סבידור, פד"י לו(2), עמ' 202; בג"ץ 325/85, מ"ר שארי ואח' נ' יו"ר הכנסת, פד"י לט(3), עמ' 127.

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

<sup>22</sup> הנחיות היועץ המשפטי לממשלה: החלטות ועד דת הכנסת, מובאות בספרו של גד יעקבי, **הממשלה**, תל-אביב, תשי"ם, עמ' 397.

<sup>23</sup> שם (הערה 18 לעיל), עמ' 41.

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

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

<sup>24</sup> הצעות חוק 155, (תשי"ג), עמ' 128.

<sup>30</sup> בנאום בפני הקונגרס הציוני ה-21, בול, 1937.

<sup>25</sup> שינוי זה נעשה כבר בהצעת חוק לתיקון דיני העונשין (בגד וריגול), תשי"ז-1957, הצעות חוק 275 (תשי"ז), עמ' 2.

<sup>26</sup> כמו סעיף 2(ב) לחוק האזנת סתר, תש"ל-1979; ראה בג"ץ 3815/90, גילת ואח' נ' שר-המשטרה ואח', פד"י מה(3), עמ' 424.

<sup>27</sup> א' רובינשטיין, שם (הערה) 6 לעיל, עמ' 816, הערה 44, ביחס לסעיף 117 לחוק העונשין.

<sup>31</sup> ראה חיבורי: "ייעמדה לעקב לחק", מהדורה שנייה, ירושלים תשנ"ה, עמ' 88, הערה 47.

<sup>32</sup> שם, עמ' 122, הערה 154, וכן מאמרי בנתיב, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 13-12.

<sup>33</sup> א' פרקציה, דיני חב"רות חדישים בישראל (ירושלים, תשמ"ט), עמ' 76 ואילך. שאלת הענין שה, אינו מעניינו של מאמר זה.

ראש-הממשלה אינה אומרת שהמעשה שנעשה היה במסגרת סמכותו החוקית, שהרי אם זה עמד בניגוד לחוק – המעשה שנעשה היה ללא סמכות חוקית, ולכן גם ראש-הממשלה ושריו עלולים להיכנס למסגרת התחולה של סעיפים 97 ו-100, אם לא יוכיחו שמעשיהם מעוגנים בחוק. עצם מעמדם של ראש-הממשלה ושריו אינו מקנה להם כל סמכות מיוחדת לעבור על החוק.

כוונתה של ההוראה הפרשנית שבסעיף 91 לחוק העונשין היא אפוא שבכל מקום שבו מדובר במעשה או במחדל בפרק העוסק בעברות על ביטחון המדינה, הכוונה היא למעשה או מחדל שנעשו ללא סמכות חוקית. לכן, לענייננו, אם יואשם אדם בעברה על סעיפים 97 או 100, יוכל לטעון להגנתו שהמעשה שנעשה, דהיינו פעולה שתכליתה העברת הריבונות על שטח של המדינה למדינה אחרת נעשה כדין, רק אם יוכל להראות שהוא מעוגן בסמכות שמכוח החוק. אם כך יתברר, כי אז לא נעברה כל עברה.

ההוכחה לכך שזו משמעותו של הביטוי "סמכות כדין", מצויה בלשון הצעת החוק הראשונה, שהתפרסמה בשנת 1953. בסעיף 1 להצעת החוק לתיקון דיני העונשין (עברות נגד המדינה), תשי"ג-1953,<sup>24</sup> שהוא "סעיף הפירושים", נאמר:

מקום שמדובר על יעשיית מעשה, בכוונה מסוימת, פירושו – עשייה או חדלה באותה כוונה ללא סמכות חוקית לכך.

הביטוי "ללא סמכות כדין", המופיע בנוסחו הסופי של החוק, משמעותו אפוא: ללא סמכות חוקית. הביטוי "סמכות חוקית", הוא תרגום של המונח האנגלי: lawful authority המופיע בחיקוקים שונים, ומשמעותו היא: סמכות שיש לה יסוד בחוק. הטעם לכך שהמחוקק שינה מהצעת החוק המקורית, וקבע את המילה "כדין" במקום "חוקית",<sup>25</sup> הוא, שהמונח "כדין" רחב יותר, וכולל גם חקיקת משנה. רצה המחוקק לומר, שגם אם מעשהו של הנאשם מעוגן בדבר חקיקה משני, או נובע ממנו, אין המעשה מהווה עברה.

אכן, את הביטוי "סמכות כדין" ניתן לפרש כמתייחס לסמכות הנובעת לא רק מחוק מסוים, אלא גם מעקרונות המשפט הכלליים שיש ליישם בהקשר הדברים, גם אם אין הוראת חוק מפורשת היכולה לשמש יסוד לאותה סמכות.<sup>26</sup>

אם נקיש מכאן לענייננו: ממשלת ישראל אינה מופקדת על נושא הריבונות, לא לפי חוק כלשהו ולא על-פי עקרונות המשפט הכלליים, ולפיכך אי אפשר לפרש ש"הסמכות כדין", ככל שהיא מתייחסת לנושא הריבונות שבסעיפים 97(ב) ו-100, כוונתה לממשלה. כלומר, גם אם יש מקום לפרש את הביטוי "סמכות כדין" כמתייחס, במקרים מסוימים, לרשות המבצעת, בוודאי שלא נכון לפרש ביטוי זה בכל מקרה כמתייחס לרשות המבצעת;<sup>27</sup> הפרשנות הראויה של מונח זה תלויה בהקשר הדברים. נושא הריבונות הוא ללא ספק מסוג הנושאים שבהם פירוש כזה בלתי-אפשרי לחלוטין.

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

יש סוברים שהכנסת – בחקיקה מיוחדת – מוסמכת לכך.<sup>28</sup> לעניות דעתי, גם הכנסת אינה מוסמכת לכך. על-פי המשפט הבינלאומי, הזכות על ארץ-ישראל היא של העם היהודי כולו, ולא רק של האזרחים החיים בה.<sup>29</sup> אילו הייתה הזכות על הארץ נקבעת לפי הכרעת רוב האזרחים, לא היה מקום להכיר בזכותו של העם היהודי על ארץ-ישראל, שכן בעת שאומות העולם הכירו בזכות זו, עם תום מלחמת-העולם הראשונה, היו היהודים רק עשרה אחוזים בערך מכלל האוכלוסייה בארץ-ישראל. אולם אז התקבלה תפיסתה של התנועה הציונית שארץ-ישראל נגזלה מעם ישראל, ועתה, מששב העם מגלותו, זכותו לקבל בחזרה את ארצו, וזכות זו אי-אפשר לטול ממנו באמצעות רוב כזה או אחר. ביטוי להעדר סמכות לגורם כלשהו לפגוע בריבונותו של העם היהודי על ארצו, נתן בשעתו דוד בן-גוריון בדברים הבאים:

לאף יהודי אין זכות לוותר על זכות קיומה של האומה היהודית וארץ-ישראל. אין לאף גוף יהודי סמכות כזו. אפילו לכל היהודים החיים היום אין הסמכות לוותר על חלק אדמה כלשהו. זוהי זכות השמורה לאומה היהודית בכל דורותיה. זכות זו לא תאבד בשום תנאי. אפילו אם בזמן כלשהו יהיו כאלה אשר יצהירו כי הם מוותרים על זכות זו, אין להם הכוח ולא הסמכות לשלול מהדורות הבאים זכות זו. האומה היהודית אינה מחויבת ואף אינה כפופה לאף ויתור שכזה. זכותנו לאדמה זו, כולה, תקפה ושרירה לנצח. ועד לבוא הגאולה השלמה, לא נוזז מזכות היסטורית זו.<sup>30</sup>

לפי תפיסה זו, שניתן למצוא לה מקבילות גם בעמים אחרים,<sup>31</sup> אפילו לכנסת עצמה אין סמכות לפגוע בריבונותו של העם היהודי על ארצו, בהיותה גוף המייצג רק את אזרחיה של מדינת-ישראל, שלא כולם יהודים, וגם היהודים שבה אינם אלא מיעוט של העם היהודי החי היום, וגם כל העם היהודי החי היום אין בכוחו לפגוע בזכויות העם לדורותיו.

מכל מקום, גם אם ניתן לחולל שינויים בנושא הריבונות, אין דבר זה בסמכותה של הרשות המבצעת, אלא בסמכותה של הרשות המחוקקת, שבמדינות רבות בעולם מוגבלת אף היא באמצעות החוקה.<sup>32</sup> לפיכך, ממשלת ישראל, כרשות המבצעת של המדינה, בוודאי שאינה מוסמכת לפגוע בריבונותו של העם היהודי על ארצו.

סיכומם של דברים: העושה מעשה מתוך כוונה להוציא שטח מריבונותה של המדינה עובר על החוק – ואין זה משנה מיהו עושה המעשה, אם אדם פרטי או איש השלטון או השלטון עצמו. רק אם יוסכם כי בכוחה של הכנסת לפגוע בריבונותו של העם היהודי על ארצו, כי אז יידרש חוק מיוחד שיכשיר מעשה כזה. לכל הדעות, כל עוד לא חוקקה הכנסת חוק מפורש כזה, יש במעשים הפוגעים בריבונות משום עברה על החוק הפלילי, גם אם המעשה נעשה על-ידי הממשלה. עצם העובדה שמדובר בגוף קיבוצי, אין בה קושי עיוני. שכן גם תאגיד עלול להיות נאשם בפלילים ולשאת באחריות פלילית.<sup>33</sup> שאלת ההעמדה לדין אינה מעניינו של מאמר זה, והדבר מצוי בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה ונתון לשיקול-דעתו.

## הסמכות הפררוגטיבית של הממשלה

פי האמור בפסק הדין הנזכר, "ממשלת ישראל, באמצעות העומד בראשה ונציגיה, שעה שהיא מנהלת שיחות שלום עם סוריה, פועלת במסגרת סמכותה הפררוגטיבית, כדת וכדין, לנהל את יחסי החוץ של מדינת ישראל".<sup>34</sup>

לעניות דעתי, אין לממשלת ישראל כל פררוגטיבה לנהל מדיניות-חוץ העומדת בניגוד לחוק שחוקקה הכנסת. גם באנגליה, המקור שממנו שאבה שיטת המשפט שלנו את מושג הפררוגטיבה השלטונית,<sup>35</sup> משמעותו של מונח זה היא: זכויות השלטון באותם תחומים שבהם אין הסדר בחוק, והשלטון רשאי על כן ליהנות מזכויות היתר שלו, **ככל שאין** אלה מתנגשות עם הדין החרות.<sup>36</sup> אולם אין לשלטון פררוגטיבה המאפשרת לו **להפר** את החוק.<sup>37</sup>

כך, לדוגמה, קשירת יחסי מסחר עם ארצות-חוץ, היא בסמכותה של הממשלה. אולם אם יש חוק האוסר את הסחר עם מדינה מסוימת, כגון מדינת אויב,<sup>38</sup> או חוק האוסר סחר בסוג מסוים של סחורות, כגון סחר בסמים מסוכנים,<sup>39</sup> אין הממשלה רשאית, למרות סמכותה הכללית בתחום זה, לחתום על הסכם המנוגד לחוק (אלא אם כן היא פועלת במסגרת החוק).<sup>40</sup>

אכן, יחסי החוץ של המדינה ויחסיה הבינלאומיים הם עניין מובהק לרשות המבצעת והם נכללים בסמכויות הטבועות – השיוריות – הכלליות של הממשלה. וכבר פסק בית-המשפט העליון כי גם בתחום זה שהוא, כאמור, תחום מובהק ומיוחד לרשות המבצעת, יכול המחוקק להרחיב או לקצר, כרצונו, את מרחב הפעולה של הממשלה.<sup>41</sup>

הטענה שלפיה תחום יחסי החוץ מסור כולו ללא הגבלה וללא זייג לרשות המבצעת היא טענה מוטעית. יש סוגים שונים של סייגים והגבלות, ולענייננו, חשוב העיקרי שבהם: סייגים והגבלות הנובעים מהוראות שבחוק בקשר לריבונות המדינה. הפררוגטיבה 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, כמבואר לעיל.

חובתה של הממשלה לפעול בביצוע הדברים שהיא מוסמכת להם בכפוף לחוק, מוצאת ביטוי מפורש בחוק. סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה, קובע לאמור:

הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, **בכפוף לכל דין**, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.

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

גם אם סמכות הממשלה שבסעיף 29 חובקת עולם ומלואו, עדיין 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>

והחרה החזיק אחריו השופט מצא:

אם מסקנת בית-המשפט היא, שהרשות המנהלית פעלה בניגוד מוחלט ומובהק לחוק מפורש – תוך התעלמות מכוונת מן החוק והנחתו ככלי ריק – מן הדין להכריז על פעולתה כבטלה ומבוטלת לאלתר. בטלותו של מעשה מנהלי שאי-חוקיותו גלויה וברורה אינה "יחסית" אלא מוחלטת, וההכרזה על בטלותו היא בת-פועל מידי... סבורני, כי זה פועלו המתחייב של שלטון החוק שאיננו משלים גם עם המשך קיומו הארעי של מעשה מנהלי שאי-חוקיותו הינה קשה ובוטה.

בעמדו על החשיבות הרבה הנודעת לסעיף 29 הני"ל – סעיף המכפיף את הממשלה בשימוש בסמכויותיה **ל"כל דין"** – לעניין ביצור שלטון החוק בישראל, כתב השופט חיים כהן:

'הדין' שהממשלה 'כפופה' לו דוחה מפניו כל שיקול אחר: לא ביטחון המדינה, לא יחסי-חוץ, לא צרכי הכלכלה והמשק, לא טובת הציבור ובוודאי לא קיומה הנמשך של הממשלה.<sup>43</sup>

גם בדברים שצוטטו בפסק-הדין בשם ראש-הממשלה מנחם בגין, בהביאו את חוק רמת-הגולן להצבעה בכנסת, אין כל הוכחה לעניין סמכותה הבלתי-מוגבלת של הממשלה. בקטע המצוטט נאמר:

הלא זה עניין מדיני, זה מובן מאליו שאנחנו נוכל להיות מוכנים בכל שעה וכל יום עם כל מדינה שתהיה מוכנה לכך, לנהל משא-ומתן לשלום. זה מובן מאליו... מבחינה מדינית אני מכריז ליד כל חברי הממשלה שיושבים פה, שבו ברגע שנשיא סוריה יגיד שהוא מוכן לנהל משא-ומתן עם ישראל על חוזה שלום, בו ברגע ייפתח המשא-ומתן על חוזה שלום עם ישראל, ושום דבר לא יעמוד בפנינו.<sup>44</sup>

כל אשר נאמר כאן הוא ראש-הממשלה לא ראה בחוק רמת-הגולן גורם שיכבול את ידיה של הממשלה בניהול המשא-ומתן העתידי לשלום. לא נאמר כאן כלל שבמסגרת משא-ומתן כזה תוכל הממשלה לוותר על הריבונות שהוחלה על שטח רמת-הגולן. ניהול המשא-ומתן לשלום עם סוריה יתקיים בכפוף לכך ששטח רמת-הגולן הוא חלק בלתי-נפרד מישראל, ועל בסיס נתון זה הנובע מן החוק – "שום דבר לא יעמוד בפנינו".

אין ספק בכך שכוונתו של ראש-הממשלה היתה להחיל את הריבונות הישראלית על רמת-הגולן. בנאמו הנזכר בכנסת קרא ראש-הממשלה את סעיף י"א לקווי היסוד של הממשלה, שבו נאמר: "ישראל לא תרד מרמת-הגולן ולא תוריד שום יישוב שהוקם ברמה. הממשלה היא שתחליט על עיתוי מתאים להחלת המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה על רמת-הגולן". בהודיעו לכנסת כי באותו יום החליטה הממשלה להחיל את המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה על רמת-הגולן הזכיר ראש-הממשלה, בין היתר, את הודעתו של שר-המשפטים מר משה נסים, שנה קודם

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

<sup>35</sup> א' רובינשטיין, שם (הער' 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 (הער' רה 6 לעיל), עמ' 592.

<sup>38</sup> ס' 3 לפקודת המסחר עם האויב, 1939.

<sup>39</sup> ס' 13 לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), תשל"ג-1973.

<sup>40</sup> כגון על-פי סעיף 5 לפי-קודת המסחר עם האויב, 1939, או על-פי הסיפא של סעיף 13 לפי-קודת הסמים המסוכנים הני"ל.

<sup>41</sup> בג"ץ 5128/94, פדרמן נ' שר-המטרה ואח' (טרם פורסם), בפסקה 8.

<sup>42</sup> בג"ץ 2918, 4235/93, עיריית קריית-גת נ' מדינת ישראל; מועצה מקר מית אריאל ואח' נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם).

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

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



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

לכן, שבה נאמר, כי "תבוא השעה שעל ישראל יהיה לקבל החלטות חד-משמעיות בנושא הריבונות על רמת-הגולן".<sup>45</sup> להודעת ראש-הממשלה, שלפיה הגיע היום להחיל את המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים על רמת-הגולן, לא היתה אפוא משמעות אחרת אלא של החלת הריבונות הישראלית על רמת-הגולן.

ריבונות היא, כידוע, מסוג הדברים המסורים לסמכותו של המחוקק הראשי, דהיינו הכנסת, ולכן כלל לא ייתכן לפרש את הצהרתו של ראש-הממשלה שלפיה "שום דבר לא יעמוד בפנינו", כאילו רצה לומר שברגע שיפתח משא-ומתן לשלום, תוכל הממשלה לעשות מעשה המסור לסמכותה הבלעדית של הכנסת.

בהמשך פסק-הדין, מאמץ בית-המשפט את הודעתו של ראש-הממשלה באמצעות מנהל לשכתו, שבה נאמר: "חזקה על הממשלה, כי לא תעשה פעולה כלשהי העומדת בניגוד לחוקי המדינה". ובסיכום דבריו כתב:

<sup>48</sup>בג"ץ 5128/94 הנ"ל (הערה 41 לעיל).

אין בהוראות החוק משום הגבלת סמכותה של הרשות המבצעת לנהל משא-ומתן מדיני ככל שיראו בעיניה אופן ניהולו של משא-ומתן מעין זה ודרכו. זוהי סמכותה, ואף חובתה, על-פי דין; חזקה על ממשלת ישראל שתפעל במסגרת הוראות חוקי המדינה, ולכשתבוא לכלל סיכום כלשהו במשא-ומתן המדיני, כאמור, יובא סיכום זה לאישור הכנסת.<sup>46</sup>

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

"אישור הכנסת" מהו? ככל הנראה הכוונה לחקיקה מיוחדת של הכנסת שתשנה את חוק רמת-הגולן או תבטלו. שהרי אם תבקש הממשלה לוותר על רמת-הגולן, או על חלקים ממנה, יהיה צורך בהליך חקיקה שיאשר למפרע את פעולת הממשלה.

הליך זה נראה בלתי-תקין לחלוטין, ומנוגד בצורה בוטה לעקרון שלטון החוק. כאמור לעיל, כל רשויות המדינה – כולל ראש-הממשלה והשרים – חייבות לפעול בהתאם לחוק, וכל זמן שהחוק לא השתנה, אל להן לנהל משא-ומתן כזה שבמסגרתו יש מרכיבים המהווים עברה על החוק. דומה שהתפיסה המוצגת בפסק-הדין, כאילו חזקה על הממשלה שלא תעשה מעשה בניגוד לחוק, עומדת בניגוד למשמעות המקובלת של עקרון שלטון החוק, שלפיה כל עוד החוק עומד בעינו, אסור לפעול בניגוד לו, גם לא על-סמך הנחה שבסופו של דבר החוק יבוטל. אין כל חשיבות לשאלה מה תעשה הממשלה בעתיד. גם אם בעתיד תבקש הממשלה להכשיר את פעולותיה למפרע, אין בכך כדי לסלק את הפגם החמור הנובע מן העובדה שהיא מתעלמת מחובתה הבסיסית על-פי סעיף 29 הנ"ל, לפעול ב"כפוף לכל דין".

<sup>49</sup>יצחק זמיר, "הסמכות המנהלית", משפט וממ"ש, כרך א' (תשנ"ב-נ"ג), עמ' 116-117.

<sup>50</sup>חיבורי הנ"ל (הערה 31 לעיל), עמ' 111 ואילך.

## זכויות האדם

שמעותו של הסייג הכלול בסעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה, הוא שהממשלה מנועה "לא רק מלפעול בניגוד להוראה שבחוק, אלא גם אוסר עליה לפגוע בזכויות הפרט".<sup>47</sup> קביעה זו חזרה ונתאשרה בפסק-דין מאוחר יותר של בית-המשפט העליון, מפי הנשיא שמגר (ובהסכמת ארבעת חבריו למושב):

<sup>47</sup>פסק-דין של השופט דליה דורנר בבג"ץ 93/4253, 2918 הנ"ל, הערה 42 לעיל.

יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר והפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו. כך הדבר לגבי זכויות יסוד שהן חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, בין אם הוכללו בחוק יסוד ובין אם טרם נעשה כן. כך, לא תהיה, לדוגמה, בידי הממשלה סמכות לסגור עיתון על יסוד החלטת ביצוע מנהלית, אם לא תהיה הוראת חוק מפורשת המסדירה נושא כגון דא, ואף אם טרם הוחק חוק יסוד המגדיר את חופש הדיבור; מעשה כאמור ינגוד תפיסות היסוד שלנו בדבר חריות האדם הטבועות במשטרנו, ואשר ניתן להגבילן רק בחוק חרוט... משמע, זכות היסוד של חופש הדיבור, שהיא חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, יוצרת סייג הכובל ידה של הרשות המבצעת ואינו מתיר לה לחרוג, ללא הסמכה שבדין, מן האיסור לפגוע בחרות המוקנית על פיו.<sup>48</sup>

אם הממשלה מנועה מלפגוע בזכויות יסוד שאינן מעוגנות בחוק, בוודאי שהיא מנועה מלפגוע בזכויות יסוד המעוגנות בחוק, וקל וחומר בן-בנו של קל וחומר כשמדובר בחוק יסוד:

ברור שסייג זה [בסעיף 29 הנ"ל] אוסר על הממשלה לפעול בניגוד להוראה שבחוק. מעבר לכך, נראה שהוא אוסר על הממשלה לפגוע בזכות מזכויות היסוד של האדם. פשיטא שכך הדבר לגבי זכויות יסוד המעוגנות בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה, מעניק לממשלה סמכויות ממשל כלליות, אולם רק סמכויות שאין בהם כדי לפגוע באופן ישיר בזכויות האדם.<sup>49</sup>

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בא לעגן בחוק יסוד כמה מזכויות היסוד של האדם: "אין פוגעים בחייו, 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). במקום אחר כבר עמדתי על כך שפניו בכוח של יהודים מבתיים, יש בו משום הפרה בוטה של חוק היסוד הנ"ל, שכן כל המתיישבים שעלו על הקרקע בארץ-ישראל – כולל מתיישבי רמת-הגולן – פעלו כדין, בשליחות המדינה, ורכשו זכויות כדין.<sup>50</sup> כל פעולה המכוונת לעקירתם בכוח ממקומות יישובם מנוגדת אפוא בעליל למתחייב מהוראות החוק. לפיכך נראה, לעניינת דעתי, שכל משא-ומתן שמנהלת ממשלת ישראל עם ממשלה זרה, ושבמסגרתו כלולים רכיבים שמשמעותם התחייבות של ישראל לעקור בכוח מתיישבים ממקומות מושבם, עומד בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולאור האמור לעיל אין הדבר בסמכותם של הממשלה ושל הפועלים מטעמה.

## מי יפקח על הממשלה?

אם אין הממשלה ממלאה אחר חובתה שמכוח שלטון החוק, והיא פועלת בניגוד לחוק, מי אמור לפקח על כך? בראש ובראשונה זוהי חובתו של היועץ המשפטי

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

היועץ המשפטי לממשלה ניצב מול הממשלה, כאילו היה כלב שמירה, להגן על שלטון החוק במובן הרחב שלו, שהוא לב לבה של הדמוקרטיה. מצד זה הוא חייב נאמנות, בראש ובראשונה, לחוק. אם שתי הנאמנויות האלו מתנגשות, הנאמנות לממשלה מזה והנאמנות לחוק מזה, יד החוק על העליונה. כך הדבר משום שהממשלה אין לה מעמד ואין לה סמכויות אלא מכוח החוק. כך הדבר גם משום שאין לה סכנה גדולה מזו של ממשלה שאינה מקפידה לקיים את החוק.<sup>51</sup>

אם היועץ המשפטי לממשלה מחווה דעה שלפיה יש במעשי הממשלה משום עברה על החוק, או משום אי-מילוי אחר מצוות המחוקק, כי אז חובה על הממשלה לנהוג על-פי חוות דעת זו.<sup>52</sup> חובתה של הממשלה לנהוג לפי חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, יש בה – יחד עם גורמים נוספים – כדי להבטיח את חוקיות השלטון, דהיינו: שהשלטון לא יפעל בניגוד לחוק. על חובת הנאמנות של היועץ המשפטי כלפי הציבור, כתב פרופ' יצחק זמיר במקום אחר:

אני סבור שאין הוא משרת של הממשלה. הוא משרת את הציבור. הציבור הטיל עליו תפקיד כפול: ליעץ לממשלה, כדי שתוכל למלא את תפקידה במסגרת הדין, ולפקח על הממשלה, שלא תחרוג מן הדין. הדין, לענין זה, כולל עקרונות משפטיים הנובעים מחובת הנאמנות של הממשלה כלפי הציבור, כפי שבית המשפט קבע. על כך היועץ המשפטי אחראי בפני הציבור. אם הוא נותן יד לממשלה, במעשה או במחדל, לסטות 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 רק אם ייאבק, גם במחיר עימות עם השלטון, לקיים ולקדם את שלטון החוק במובן הרחב, הכולל את עקרונות השוויון, החירות וההגיונות.<sup>53</sup>

מי יפקח על הממשלה כשזו מתעלמת מחוות-דעתו של היועץ המשפטי, או כשהיועץ המשפטי אינו נותן – מסיבה זו או אחרת – חוות-דעת הקובעת שמעשי הממשלה נגועים באי-חוקיות? במקרה כזה, בית-המשפט הגבוה לצדק הוא האמור לשמש כגורם מפקח; באמצעות הצווים שבידו להוציא, יוכל בגיץ למנוע כל מעשה שלטוני שאינו מתיישב עם החוק.

והנה, בפסק-דין הנוכח לעיל בנושא רמת-הגולן, נימק בית-המשפט הגבוה לצדק את החלטתו לדחות את העתירה, גם בכך ישעצם נושא העתירה – היינו אופן ניהול מדיניות החוץ של מדינת ישראל – מקומו לא יכירונו בבית-משפט זה.<sup>54</sup>

בית-המשפט קבע כי "בשורה ארוכה של פסיקה שיצאה מלפני בית-משפט זה נקבע, כי הנושא של אופן ניהול

מדיניות חוץ על-ידי הגורמים המוסמכים לכך הוא בלתי שפטי, אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה-מידה משפטי, ובית-משפט זה לא יתערב בכגון אלה". בית-המשפט הביא לכך דוגמאות אחדות, והמשיך:

נושא כגון זה אין מקומו בבית-משפט זה בראש ובראשונה, בהיעדר קנה-מידה משפטי לדון בו: "...בענין פוליטי מובהק כקשירת יחסים דיפלומטיים עם מדינה אחרת... אנו, השופטים, אפילו כולנו חכמים וכולנו נבונים, מה לנו ולרזי יציאה למלחמה וכניסה לדיפלומטיה?..." ואף לדעת השופט ברק, המרחיב את היריעה השיפוטית הנורמטיבית של בית-המשפט, הרי "ייתכן כי על ההחלטה לעשות שלום או לצאת למלחמה אין מקום להפעיל את הכללים הרגילים של תורת שיקול-הדעת המנהלית"... וניסיון החיים השיפוטי וחוש המומחיות ידריכו את בית-המשפט לדחות עתירה 'בשל העדר שפיטות מוסדית'.

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

<sup>52</sup> שם, עמ' 417.

אין חולק על כך שנושא מדיניות החוץ והביטחון של המדינה אינו שפטי, בהיעדר כל קנה-מידה משפטי שבאמצעותו יוכל בית-המשפט להעריך את מעשי השלטון. אולם במה דברים אמורים? בתחום שבו אין שום חוק המסדיר את הסוגיה, ולפיכך העניין כולו מסור לשיקול-דעתה המוחלט של הממשלה. אבל כשמדובר בתחום שבו יש חוק, והחוק מכונן כלפי הממשלה, הרי גם אם לחוק יש השלכות על תחום ניהול יחסי החוץ והביטחון של המדינה, מחובתה של הממשלה לפעול בכפוף לחוק, ואם היא אינה עושה כן – בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לבקר את פעולותיה. במקרה כזה אין מדובר "בהיעדר קנה-מידה משפטי לדון בו"; החוק הוא שקובע את קנה-המידה המשפטי, ועל-כן אי-אפשר להתייחס לעתירה בעניין אשר כזה כעניין בלתי-שפטי.

נניח, למשל, שהממשלה תבקש להצטרף לאמנה בינלאומית כלשהי. לפי התפיסה המקובלת נושא זה, של הצטרפות לאמנות בינלאומיות, הוא בסמכותה הבלעדית של הממשלה, ואין העניין נתון לשיפוטו של בגיץ. לפיכך, אם תוגש עתירה כנגד הצטרפותה של ישראל לאמנה, תידחה העתירה על הסף מן הטעם של חוסר שפיטות. אבל נניח שהאמנה לא קיבלה את האישורים הדרושים על-פי החוק, כגון שלא התמלאו הדרישות שבסעיף 11(א)(5) לחוק יסוד: נשיא המדינה, הקובע שנשיא המדינה "יחתום על אמנות עם מדינות-חוץ שאושרו על-ידי הכנסת", והעתירה היא לא כנגד עצם ההצטרפות לאמנה, אלא נועדה לתקוף את חוקיותה מאחר שדרישות החוק לא התמלאו. האם גם במקרה כזה תידחה העתירה על הסף מן הטעם של חוסר שפיטות? לעניות דעתי – לא. שהרי יש כאן קנה-מידה משפטי ברור שעל-פיו צריכה להיבחן השאלה אם הממשלה נהגה כדיון, אם לאו. ואף-על-פי שמדובר בנושא בתחום יחסי החוץ של המדינה, יש ויש לבית-המשפט סמכות לבקר את פעולות הממשלה באותו קטע שבו מוסדר העניין בחוק.

ואמנם, כשהוגשה בשעתו עתירה נגד ראש-הממשלה בנושא כיוון היחסים הדיפלומטיים עם גרמניה, נדחתה העתירה מטעמים של חוסר שפיטות, ואמר על כך השופט זוסמן:

<sup>53</sup> זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה", בתוך: "זמיר, עורך, ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ירושלים, תשנ"ג), עמ' 454.

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

באותו הסכם, יוצרות תשתית ברורה להקמת ישות ערבית ריבונית בשטחי ארץ-ישראל המערבית, כולל אולי ירושלים. האם יש כאן פגיעה כלשהי בחוק הישראלי?

לכאורה, יש להבחין בין שאלת ירושלים ובין שאלת יתר חלקי יהודה, שומרון ועזה. ירושלים המאוחדת היא שטח ריבוני ישראלי מכוח החקיקה שסיפחה את מזרח ירושלים וסביבותיה לתחומי מדינת ישראל, מיד לאחר מלחמת ששת-הימים. אם הכללת עניין ירושלים כנושא למשא-ומתן על הסדר הקבע מבטאת נכונות של ישראל לשינויים בריבונותה של ישראל על ירושלים, כי אז עומדת התחייבות הממשלה בניגוד לחקיקה שהחילה את הריבונות הישראלית על ירושלים. אם במהלך המשא-ומתן העתיד להתקיים בשאלה זו תעשה הממשלה מעשים שיעידו על כוונה לוותר על ריבונות המדינה בשטח של ירושלים, יהיה בכך לכאורה גם משום עברה על סעיף 97 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

אשר ליתר שטחי ישיע. למראית-עין, שונה דינן של יהודה, שומרון ועזה מדין רמת-הגולן וירושלים, כיוון שלגבי רמת-הגולן וירושלים יש חקיקה ישראלית, שלפי הפרשנות המוסמכת של בית-המשפט העליון החילה עליהן את הריבונות של ישראל, בעוד שלגבי חבלי ישיע אין חקיקה דומה. אם אלה הם פני הדברים, הרי מדובר בחבלי ארץ נטולי ריבונות, שמעמדה של ישראל בהם הוא כשל כובש, ובסמכותה של הממשלה להסתלק משם בלא שיהא בכך משום פגיעה בריבונות המדינה.

כך סבור אמנם פרופ' אמנון רובינשטיין, הכותב ביחס לשטחים אלה, כי "החזקה הישראלית היא אקסטרה-משפטית; הטריטוריה אינה ישראלית ולכל היותר מהווה שטח כיבושי".<sup>57</sup> בניגוד לשטחים המהווים טריטוריה ישראלית, שבהם יש צורך, לדעתו, באישור הכנסת, בשטחים האמורים לא קיים צורך כזה, ועל-כן רשאית הממשלה למסור שטחים אלה לריבונות זרה גם ללא אישור הכנסת.

תפיסה זו אינה נראית לי. ההתייחסות לשטחי ישיע כאל שטחים "כבושים" אין לה, לעניות דעתי, כל בסיס בחוק. האסמכתא היחידה לכך שמבחינה משפטית נחשבים שטחי ישיע כשטחים "כבושים", יכולה להימצא אולי בנכונותה של ממשלת ישראל להכיר בתחולתן של האמנות הבינלאומיות על שטחים אלה.<sup>58</sup> אם אמנם מעמדם המשפטי של שטחי ישיע הוא כשל שטחים כבושים, כי אז צריך לומר שכל זמן שיש צורך ב**ביטחוני** בקיומם של היישובים, מוצדקת הישארותם שם, אבל כאשר הממשלה סבורה שאין עוד צורך בביטחוני בקיום היישובים – ובענייני ביטחון, ממשלת ישראל היא הסמכות הבלעדית – נופל הנימוק היחיד לקיומם של היישובים, וההחלטה על פינוים ועל מסירת השטח לשליטה ולריבונות זרה היא באורח בלעדי בידי הממשלה.

אולם נכונותה של ממשלת ישראל להכיר בתחולתן של האמנות הבינלאומיות על אזורי ישיע אינה תופסת אלא לגבי **ההגנה על זכויות האדם** באותם שטחים,<sup>59</sup> ואין בה שום ויתור של ישראל על טענתה ל**ריבונות** על אזורים אלה. לא זו בלבד ששום ציגו רשמי של ישראל לא ביטא עמדה הכורכת את תחולתן של האמנות הבינלאומיות על שטחי ישיע בויתור כלשהו על טענה לריבונות, אלא שאפילו אישי ממשל בכירים בממשלת ארצות-הברית סבורים שאמנות

הממשלה החליטה מה שהחליטה ולא עוד אלא שהביאה את העניין לפני הכנסת, והכנסת תמכה בהחלטת הממשלה. העניין לא היה עניין משפטי אלא עניין פוליטי מובהק; אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה-מידה משפטי... השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ... שלא בית-משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם.<sup>55</sup>

אבל מה היה קורה אילו העתירה היתה מוגשת לא נגד עצם הפעולה של כינון יחסים דיפלומטיים עם גרמניה, אלא נגד פעולה **בלתי-חוקית** הקשורה בכינון יחסים אלה? אומר על כך השופט ברק במקום אחר:

מניח אני, כי לא היתה נטענת טענה של 'אי שפיטות', אם השאלה היתה חוקיות נטילת השוחד בקשירת הקשרים הדיפלומטיים.<sup>56</sup>

לאמור: עצם העובדה שמדובר בשאלה בתחום מדיניות החוץ, שהיא כשלעצמה אינה שיפוטית, אינה מחסנת את הממשלה בפני ביקורת שיפוטית בנוגע למעשה בלתי-חוקי שבו כרוכה מדיניות זו.

וכך גם בעניינינו: בוודאי שניהול משא-ומתן לשלום הוא מסוג העניינים הבלתי-שיפטיים, הנתונים מעצם טיבם ומהותם לסמכותה הבלעדית של הממשלה. אולם ניהול משא-ומתן זה **אסור לו שיפגע בחוק מחוקי המדינה**, ומאחר שבמסגרת משא-ומתן זה נעשים על-ידי הממשלה מעשים שהם **בעליל בניגוד לחוק** שהחיל את ריבונות המדינה על רמת-הגולן, חדלה הסוגיה להיות בלתי-שיפוטית, ודינה – מבחינה עיונית – כדון נטילת שוחד, למשל, במסגרת המשא-ומתן, שכאמור, אי-אפשר לומר עליה שהיא בלתי-שיפוטית, והיא נתונה גם נתונה בהחלט לביקורת בג"ץ.

## יישום הסכמי אוסלו

ל האמור עד כה מתייחס לחוקיות פעולותיה של הממשלה במסגרת המשא-ומתן לשלום עם סוריה, שבמסגרתן מגלה הממשלה נכונות לוותר על שטח ריבוני ישראלי לטובת סוריה, ועל-כן יש לראותן כפגיעה חמורה בעקרון שלטון החוק, לבד מאי-החוקיות שבה נגועים מעשים אלה לאור המתחייב מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומסעיפים 97 ו-100 לחוק העונשין.

האם גם פעולות הממשלה למסירת השליטה ביהודה, שומרון ועזה לידי ארגון המרצחים אש"ף, נגועות בפגמים החוקתיים האמורים?

בהסכם אוסלו יש התחייבויות שנטלה על עצמה ממשלת ישראל להעביר שטחים ביהודה, שומרון ועזה לידי גוף הקרוי: "הרשות הפלשתינאית". בין היתר מדבר אותו הסכם על הסדר קבע המבוסס על החלטות האו"ם 242 ו-338 (סעיף ו), על משא-ומתן ביחס לירושלים, התנחלויות וגבולות (סעיף ו3), על כינון מועצה פלשתינאית שסמכותה תכסה "שטחים של הגדה המערבית ורצועת עזה" (סעיף ו4), ועל הקמת רשויות מקרקעין ומים פלשתינאיות (סעיף ו14). התחייבויות אלה, יחד עם התחייבויות אחרות הכלולות

<sup>55</sup> בג"ץ 186/65, ריינר נ' ראש-הממשלה ואח', פד"י (2), עמ' 487.

<sup>56</sup> בג"ץ 910/86, יהודה רס' לר ואח' נ' שר-הביטחון, פד"י (2), עמ' 479.

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

<sup>58</sup> בג"ץ 302/72, 306, טר לימן חילו ואח' נ' ממש' לת ישראל ואח', פד"י (2), עמ' 176; בג"ץ 78/606, 610 סוליסן תופיק איוב ואח' נ' שר-הביט' חון ואח', פד"י (2), עמ' 126.

<sup>59</sup> ראה דבריו של היועץ המשפטי לממשלה, מאיר שמגר, "קיום המשפט הבינלאומי בשטחים המוחזקים", **ספר השנה של זכויות האדם בישראל** (תל-אביב 1971), עמ' 262 ואילך; Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* (Princeton, 1993), p. 119; בג"ץ 80/61, העצני נ' ממשלת ישראל, פד"י (3), עמ' 599-597.

אלה לא נוסחו כדי להכריע בשאלות של ריבונות, אלא אך ורק לצורך ההגנה על זכויות האדם של תושבי שטחים כבושים.<sup>60</sup>

זכותם של היהודים להתיישב בארץ-ישראל ולהקים בה את מדינתם מוכרת במשפט הבינלאומי לאור כתב המנדט על ארץ-ישראל משנת 1922 שהכיר בקשר ההיסטורי בין העם היהודי לארץ-ישראל.<sup>61</sup> משמעותו של מסמך זה היא: הכרה על-פי המשפט הבינלאומי בתביעתם של היהודים לריבונות, הכרה "המוציאה את אבדן הזכות מכלל האפשרות".<sup>62</sup> זה היסוד וזה הבסיס לטענת הריבונות שיש לישראל מבחינת המשפט הבינלאומי ביחס לכל שטחי ארץ-ישראל. זכות זו לא נשללה מן העם היהודי, ואם היתה בשנת 1947 החלטה על חלוקת הארץ, הרי שגם אם היתה זו החלטה מחייבת (מה שאינו נכון), מכל מקום היא נדחתה על-ידי העולם הערבי כולו שיצא למלחמת השמדה נגד מדינת ישראל, ובוודאי שאין לה כל השפעה 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 לשטחים שעל-פי המשפט הבינלאומי שייכים לעם היהודי? בעדותו בפני ועדת פיל כבר עמד דוד בן-גוריון על זכויותיו של העם היהודי בארץ-ישראל, הנובעות לא מכוח כיבוש אלא מכוח היותה של ארץ-ישראל הארץ היחידה בעולם שהיהודים רואים אותה כמולדתם ההיסטורית (וזכות זו הוכרה על-ידי אומות העולם).<sup>63</sup>

במקום אחר<sup>64</sup> כבר עמדתי על כך שאי-החלת הריבונות בפועל על שטחים אלה על-ידי ישראל נובעת משיקולים פוליטיים כאלה ואחרים, אבל **זכותה** של ישראל לריבונות על שטחים אלה מעוגנת בחוק הישראלי.

בסעיף 11(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מן החשובים שבחוקים החוקתיים של מדינת ישראל, נקבע כי "המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה תקבע בצו". סעיף זה התוסף לחוק המקורי משנת תש"ח מיד לאחר מלחמת ששת-הימים, ובעקבותיו הוצא הצו שסיפח את מזרח ירושלים וסביבותיה למדינת ישראל.

דרך זו, של החלת ריבונות באמצעות צו מנהלי, ולא על-ידי המחוקק הראשי, היא דרך יוצאת-דופן במשפט הבינלאומי, ואין להסבירה אלא על רקע התפיסה שלפיה לישראל זכות לריבונות על כל שטחי ארץ-ישראל המערבית. זכות זו, שלא ניתן היה לממשה כל זמן שנמשך הכיבוש הערבי, הפכה בעקבות מלחמת ששת-הימים, לזכות הניתנת למימוש, והמחוקק הראשי – הכנסת – ראה זאת כעניין טכני בלבד, שניתן למסרו בידי הרשות המבצעת (הממשלה), כשתמצא לנכון להחיל זכות זו בפועל.

אלמלא היתה קיימת הזכות לריבונות של עם ישראל על ארצו – זכות שהיא מעין חוקה בלתי-כתובה של מדינת ישראל – לא היתה הכנסת יכולה להפקיד את עניין החלת הריבונות בפועל בידי הרשות המבצעת. בהסמכה את הממשלה לנקוט בצעדים המנהליים הדרושים כדי ליישם את הריבונות בפועל, הכריזה הכנסת למעשה ששטחי ארץ-ישראל המערבית הם שטחי מולדת ששוחזרו,<sup>65</sup> ולא שטחי כיבוש, ולמעשה החלת הריבונות עליהם אינה אלא צעד טכני שאינו טעון חקיקה ראשית ביחס לכל שטח ושטח.

לדעת, אין כל אפשרות לפרש אחרת את סעיף 11(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, שכן אם השטחים שכבשה ישראל במלחמת ששת-הימים היו נחשבים על-ידי המחוקק לשטחי כיבוש, לא ניתן היה להחיל עליהם בפועל את הריבונות הישראלית (החלת המשפט, השיפוט והמנהל) בצווים מנהליים, כהוראת החוק. מעצם העובדה שהמחוקק הסמיך את הממשלה להחיל את הריבונות בדרך של הוצאת צווים מנהליים משתמע שהמחוקק התייחס לשטחי ארץ-ישראל שנכבשו במלחמת ששת-הימים כאל שטחים ששוחזרו, והכפופים לריבונותה של ישראל, או לפחות לטענת ריבונות מצדה. מכל מקום, מתוך כך שהמחוקק הסמיך את הממשלה להחיל את המשפט, השיפוט והמנהל של ישראל בשטחי ארץ-ישראל, משתמעת בהכרח שלילת הסמכות להחלת משפט, שיפוט ומנהל **זרים** על אותם שטחים.

אם אמנם יש לפרש את סעיף 11(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט כסעיף המבטא את קיומה של זכות הריבונות של ישראל על שטחי ארץ-ישראל, כי אז יש מקום לומר שכל פעולה הננקטת על-ידי הממשלה למסירת השליטה בשטחי ארץ-ישראל לידי שלטון ערבי היא פעולה בלתי-חוקית. המחוקק הסמיך את הממשלה אך ורק להחיל את המשפט, השיפוט והמנהל של ישראל בשטחי ארץ-ישראל, ולא הסמיך אותה למסור את השליטה בשטחי ארץ-ישראל לגורם זר, צעד שמשמעותו היא מניעת האפשרות להחלת הריבונות הישראלית בשטחים אלה, והכנת תשתית להחלת ריבונות זרה שם. סמכות זו צריכה היתה הכנסת להעניק במפורש לממשלה בדרך של חוק (ואם הדבר נמצא כלל בסמכותה של הכנסת עצמה – גם זו אלא שאינה נקייה מספקות), וכל זמן שהממשלה לא הוסמכה במפורש להעביר את השליטה בשטחי ארץ-ישראל לגורם זר, הרי לכאורה כל מעשה שיש בו משום מסירת השליטה בשטחי ארץ-ישראל לשלטון זר, הוא מעשה חסר כל בסיס חוקי.

מסקנת הדברים היא אפוא שכל זמן שסעיף 11(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט עומד בתוקפו, מנועה הממשלה מלבצע כל פעולה שיש בה כדי לשלול את האפשרות להחלתו בעתיד של המשפט, השיפוט והמנהל הישראלי. התעלמותה של הממשלה מדבר המחוקק, הבאה לידי ביטוי הן בחתימה על ההסכמים הידועים כהסכמי אוסלו ועל ההסכמים שבאו בעקבותיהם, והן במעשים שהיא נוקטת בעקבות הסכמים אלה, היא אפוא הפרה חמורה של עקרונות שלטון החוק.

בדברינו כאן לא התייחסנו אלא לבעיה החוקתית המרכזית שבה כרוכים החתימה על הסכמי אוסלו ויישומם, והיא: שאלת הריבונות על שטחי ארץ-ישראל המוחזקים בידי מדינת ישראל. יישומם של הסכמים אלה מעורר שאלות נוספות שבהן לא עסקנו, כמו למשל: ההתנגשות בין זכויות קניין שנרכשו כדן על-ידי אזרחים ישראלים בשטחי ישיע, ובין מגמת הממשלה למסור שטחים אלה לערבים. בהזדמנות אחת, צוטט חיי"כ יוסי שריד כמי שאמר:

גם אם מדובר בהליך התיישבות חוקי לחלוטין, הרי כיוון שהוא נוגד את מדיניות הממשלה ומהווה מכשול לשלום, יפנו המתיישבים מבתיהם.<sup>66</sup>

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

<sup>61</sup> ראה בהרחבה בחיבורי הנ"ל (הערה 31 לעיל), עמ' 132 ואילך.

<sup>62</sup> דב יוסף, **השלטון הבי-ריטי בארץ-ישראל** (ירושלים, תשי"ח), עמ' 77.

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

<sup>64</sup> שם (הערה 31 לעיל), עמ' 124.

<sup>65</sup> דברי שר-המשפטים בכנסת בעת הבאת הצו על החוק לאישור הכרזת, **דברי הכנסת**, כרך 49 (תשכ"ז), עמ' 2420.

<sup>66</sup> **הצפה**, 16 ביוני 1995.

