

# המנשר הנשכח של דוד בן-גוריון מ-1948 על סיפוח יהודה ושומרון

הווארד גריף

אולם ממשלת הליכוד הלאומי בראשותו של לוי אשכול לא הפעילה את "החוק של בן-גוריון", שנועד לכלול את כל השטחים ששוחררו במלחמת ששת הימים למסגרת של המדינה. במקום זאת החליטה הממשלה, כמעט שלושה שבועות לאחר סיומה של מלחמת ששת הימים, לנסח תיקון לפקודת סדרי השלטון והמשפט הקיימת, ולהוסיף לה את סעיף 11ב' שנתקבל בכנסת ב-27 ביוני 1967, ופורסם למחרת היום.<sup>1</sup> תיקון זה לחוק, שלא היה קיים ב-7 ביוני 1967, כאשר צה"ל חזר והשתלט על יהודה ושומרון ושחרר אותן, הקנה לממשלה אפשרות לכלול – או לא לכלול – את שטחי ארץ ישראל אלה במדינה; "החוק של בן-גוריון" לא הותיר כל ספק מה צריך לעשות לאחר ששר הביטחון הגדיר במנשרו שחלק מסוים של ארץ ישראל מוחזק בידי הצבא הישראלי. הצעד של הגדרת השטחים הנוספים של ארץ ישראל המוחזקים בידי צה"ל היה תנאי מוקדם לפני כל הודעה או הכרזה שיופנו אל תושבי השטחים הנוגעים בדבר, שצה"ל נטל את השליטה עליהם לידי. לשר הביטחון לא היה כל שיקול דעת בעניין זה. הוא היה חייב להגדיר את השטחים המוחזקים בידי צה"ל, אחרת שום תושב מקומי, ועל אחת כמה וכמה הישראלים ושאר העולם, לא היו יודעים שצבא ישראל הנהיג ממשל צבאי בשטחים אלה והחליף את השליט הקודם. אופיו המחייב של החוק בולט לעין מתוך העובדה שבלא מנשר מסוג זה, אין לצפות שכל ההוראות שיפורסמו על-ידי המפקד הצבאי במטרה לקיים ממשל ראוי, ביטחון וסדר ציבורי בשטחים המוחזקים

הסכם המסגרת לשלום במזרח התיכון שנחתם בקמפ דייוויד ב-1978, מה שכונה "תהליך השלום" של אוסלו (1992 עד 2000), ותוכנית ההתנתקות (שלהי 2003 עד אוגוסט 2005), ערערו כולן את זכויותיה המשפטיות של ישראל ואת זכויותיה הריבוניות על ארץ ישראל. אחד מצעדי התיקון החשובים ביותר שיוכל להינקט על-ידי כל ממשלה לאומית של ישראל, כדי לחזור ולאשר, ולהבהיר את הזכויות המשפטיות האלה, ולשים קץ לניסיונות הבלתי פוסקים מצד הערבים וליזמות זרות להסיג את גבולן, הוא שישראל תפעיל את ריבונותה, שהיא מפעילה אותה ממילא, על-ידי החלת המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה על-פי הדין החוקתי הנוכחי של ישראל, על חלקי יהודה ושומרון שנשארו תחת שלטונה הצבאי.

מהלך כזה נדרש מבחינה משפטית ביוני 1967, בסיומה של מלחמת ששת הימים, מכוח הדין החוקתי שנקרא "פקודת שטח השיפוט והסמכויות" (מס' 29 לשנת תש"ח – 1948), שנחקקה ב-16 בספטמבר 1948 על-ידי מועצת המדינה הזמנית ופורסמה ב-22 בספטמבר 1948; פקודה זו הוחלה רטרואקטיבית החל ב-15 במאי 1948, היום שבו נולדה המדינה היהודית מחדש. חוק זה, שנקרא לעיתים "החוק של בן-גוריון", נוצל על-ידי ראש-הממשלה דוד בן-גוריון בתפקידו כשר הביטחון של המדינה, כדי לספח שטחים של הבית הלאומי היהודי ושל ארץ ישראל שחזרו ונכבשו, מעבר לגבולות שהותוו על-פי תוכנית החלוקה של האו"ם מ-29 בנובמבר 1947.

1. ראו את עבודתו של המחבר בנושא זה, *A Petition to Annul the Interim Agreement*, מסמך מדיניות 77, פורסם על-ידי מרכז אריאל למחקרי מדיניות (ACPR), שערי תקרה, ינואר 1999, ע' 28-10, 35-67.

עו"ד הווארד גריף, שימש בתפקיד יועץ למשפט בינלאומי במשרד האנרגיה והתשתית. חיבורו "Borders of Israel under Legal Foundation and International Law", עומד לראות אור בקרוב.

בידי צה"ל, לרבות – למשל – הטלת עוצר, יכובדו על-ידי האוכלוסייה המקומית, אלא אם כן פעל שר הביטחון בדיוק בהתאם לפקודה שנוסחה על-ידי ממשלת בן-גוריון. המנשר המתאים היה דרוש אפוא כדי למנוע תהו ובהו הנובע מחלל ריק משפטי.

אומנם נכון שהמשפט הבינלאומי אינו מחייב פרסום החלטה שאינה משתמעת לשני פנים ברגע ששטח של מדינה זרה מסוימת נכבש על-ידי צבא עוין, אבל מקובל לעשות זאת.<sup>2</sup> מכל מקום, לפי הדין החוקתי של ישראל המצב שונה לחלוטין כאשר מדובר בשטחי ארץ ישראל ששוחררו על-ידי צה"ל, שאי-אפשר לכנותם "שטחים כבושים" על-פי המשפט הבינלאומי. "פקודת שטח השיפוט והסמכויות" נחקקה למטרה יחידה: החזרתם למדינה היהודית של השטחים שהוכרו ב-1920 כחלקים בלתי נפרדים של הבית הלאומי היהודי לפי המשפט הבינלאומי, ושנחשבו מאז ומעולם לנחלתו של העם היהודי לפי דיני ישראל. אילו שחרר צה"ל את השטחים השונים של ארץ ישראל, ולא היה מתפרסם שום מנשר לפי הפקודה הנזכרת לעיל, כי אז הייתה מטרת החוק מוחטאת, והחוק היה נשאר בלי משמעות ובלי תכלית. יתר על כן, אם שר הביטחון לא היה מפרסם מנשר המגדיר את השטחים המוחזקים בידי צה"ל, המשמעות הייתה כי לעם היהודי, המיוצג על-ידי מדינת ישראל, אין שום זכות ריבונית לשטחים ששוחררו, והוא היה נדרש – בבוא העת – להחזיר את השטחים הללו למדינות ערב שהשתלטו עליהם בצורה בלתי חוקית ב-1948, דרישה שעמדה בסתירה להנחת היסוד של הפקודה כי שטחים אלה שייכים למדינת ישראל.

כדי למנוע תוצאות אלה, היה אפוא על שר הביטחון לפרסם מנשר לפי הפקודה המגדירה את שטחי ארץ ישראל שצה"ל השתלט עליהם ברגע שדבר זה אירע. בצורה זו פורשה הפקודה ויושמה בפועל בזמן מלחמת העצמאות ב-1948. דומה שהגיוי יהיה להסיק כי האופי המחייב של הפקודה הוא שהניע את ממשלת אשכול ב-1967, זמן קצר לאחר סיום מלחמת ששת הימים, להמציא חוק חלופי (סעיף 11 ב' של "פקודת סדרי השלטון והמשפט"), כדי לתת לממשלה אפשרות להחליט אם לכלול במדינה את שטחי ארץ ישראל ששוחררו במלחמה זו, או לא לכלול אותם. משמעותו של השטח שהוגדר בצורה זו במנשר הייתה כי כל חוק החל על כל מדינת ישראל, יחול גם על השטח שהוגדר, וששטח זה ייכלל אוטומטית במדינה. נוהל זה אומץ על-ידי שר הביטחון בן-גוריון ב-2 בספטמבר 1948, כאשר פרסם את מנשר מס' 1 על "שלטון צבא-הגנה לישראל בארץ ישראל" (שייקרא להלן "המנשר על ארץ ישראל").

למנשר צורפה מפה המסבירה מהי ארץ ישראל, ומסמנת בצבע אדום את ההיקף המדויק של השטחים המוחזקים בידי צה"ל, שנחתמה ותוארכה על ידו. באותו היום, וכשהיא מוכתרת באותה הכותרת כמו מנשר מס' 1, פרסם בן-גוריון את מנשר מס' 2, בו מינה מושל צבאי לשטחים המוחזקים שהוכרו במנשר מס' 1 ובמפה הנלווית אליו.<sup>3</sup>

המנשר על ארץ ישראל יצר את התקדים של נורמה בסיסית לגבי מבנה השלטון הישראלי שיוקם בכל שטח של ארץ ישראל שיוחזר או שוחרר על-ידי צה"ל. מנשר זה החיל את משפט מדינת ישראל על השטחים המוחזקים בהתאם להוראת סעיף 2 של המנשר מס' 1, ולא דווקא את המשפט הבינלאומי המתייחס לכיבוש לוחמני. רק בגלל קביעה זו נכללו באר שבע, נצרת, רמלה, לוד, אשדוד (איסדוד), אשקלון (מגידל), אילת ומקומות אחרים שעדיין לא היו חלק מהמדינה ב-15 במאי 1948, אוטומטית בגבולותיה. ברגע שצה"ל השתלט עליהם בצורה תכליתית, כפי שאושר וצוין במפת ארץ ישראל, או על-ידי החלת המשפט הישראלי בפשטות על השטח המוחזק על-ידי צה"ל, במקרה שלא הייתה מפה ששימשה למטרה זו.

שטחי ארץ ישראל אלה שהוחזקו בידי צה"ל לא נחשבו ל"שטחים כבושים", אף-על-פי שהשתרעו מעבר לקווי תוכנית החלוקה של האו"ם, מפני שהיו חלק בלתי נפרד מהבית הלאומי היהודי ומארץ ישראל, כפי שנקבע במשפט הבינלאומי כבר בשנת 1920. זאת ועוד; ב-1948 לא היה שום ריבון ערבי מוכר על שום שטח שהוחזק בידי צה"ל ב-1948, שהיה קודם לכן חלק ממדינה ערבית, מה שהוציא מכלל אפשרות את תחולת "תקנות האג", או כל אמנה בינלאומית אחרת. ברור אפוא שאילו השתלט צה"ל על חלק כלשהו מיהודה ושומרון בזמן מלחמת העצמאות, היה המנשר על ארץ ישראל ששימש לבאר שבע, לנצרת וכדומה, מחייב את החלת המשפט הישראלי על חלקים אלה, כפי שברור אפילו מתוך קריאה שטחית של החומר. המנשר הזה היה ללא ספק חלק מהדין החוקתי הקיים כאשר שחרר צה"ל את יהודה ושומרון ב-7 ביוני 1967, והייתה חובה להחיל אותו באותו הזמן. אפשר להחיל אותו גם היום, מכיוון שחלקים ניכרים מארץ ישראל נשארו תחת שלטון ערבי וממתינים לשחרורם על-ידי צה"ל! מסקנה זו בולטת לעין מתוך הניסוח הפתוח של המנשר על ארץ ישראל, אשר קובע גם בסעיף 1 וגם בסעיף 5 את הדברים הבאים:

1. **פירוש:** המונח "שטחים מוחזקים"<sup>4</sup> (המרכאות מופיעות בנוסח המקורי) – פירושו השטחים בארץ ישראל, הכל כנתון בתחומי השטחים המסומנים בצבע אדום במפת

3. המושל הצבאי שמונה על-ידי שר הביטחון דוד בן-גוריון לעמוד בראש הממשל של צה"ל בשטחים המוחזקים של ארץ ישראל היה האלוף אלימלך אבנר (זליקוביץ). ראו: עיתון רשמי, הוצאה מיוחדת, כ"ט בחודש אב תש"ח (3 בספטמבר 1948), מס' 19, ע' 115.

4. "שטחים מוחזקים" – מונח המצוי בספרות – המכונים על-ידי מחבר המאמר הנכתי בצורה אחרת, כשטחים "מוחזרים".

2. ראו את מאמרו של מאיר שמגר, לשעבר נשיא בית המשפט העליון של מדינת ישראל, שכתרתו "תפיסות ובעיות משפטיות של הממשל הצבאי הישראלי – השלב ההתחלתי", בספר שהוא עצמו ערך, הממשל הצבאי בשטחים המנוהלים על-ידי ישראל 1967-1980, ההיבטים המשפטיים, דפוס חמד, 1982, הדפס פעם שנייה ב-1988, כרך 1, ע' 14.

ארץ ישראל החתומה על-ידי<sup>5</sup> והנושאת את תאריך היום, יום כ"ח באב תש"ח (2 בספטמבר 1948) או בכל מפה אחרת שתבוא במקומה [האותיות הנטויות הן שלי – ה"ג] אשר תהא חתומה על-ידי ותהא מסומנת כנ"ל.

5. **תוקף המנשר:** המנשר הזה ייחשב בר תוקף לכל דבר החל מחצות ליל שבת, ו' באייר תש"ח (15 במאי 1948), ברם לגבי אותם החלקים מהשטחים המוחזקים שחזקתם עברה לידי צבא-הגנה לישראל לאחר כך, יהא המנשר בר תוקף רק החל מאותו הזמן.

אשר לסעיף 5 של המנשר על ארץ ישראל, חשוב לציין שהוא מתייחס רק למנשר אחד שנועד לחול על כל הרכישות הטריטוריאליות, בעבר ובעתיד, בארץ ישראל או בפלשתינה בתאריך כלשהו, להוציא את ירושלים ואת סביבותיה. אין זה חשוב אם הרכישות האלה נעשו לפני ה-2 בספטמבר 1948 (התאריך שבו פורסם המנשר על ארץ ישראל) או לאחר מכן.

אשר לירושלים, אשר הצריכה מאז ומתמיד טיפול מיוחד, פורסם מנשר נפרד שהתפרסם חודש קודם לכן, ב-2 באוגוסט 1948, ושנקרא פורמלית "שלטון צבא-הגנה לישראל בירושלים, מנשר מס' 1", שייקרא להלן "המנשר על ירושלים". למנשר זה צורפה גם מפת הסבר. כמו במקרה של המנשר על ארץ ישראל, המנשר על ירושלים החיל את המשפט של המדינה על שטחי ירושלים וסביבותיה שהוחזקו בידי צה"ל ב-1948, ובעקבותיו בא מנשר מס' 2, שמינה מושל צבאי על אזור זה.<sup>6</sup>

המנשר על ארץ ישראל היה יכול לבוא לידי שימוש, כפי שצוין לעיל, גם ב-7 ביוני 1967, כאשר צה"ל חזר והשתלט על יהודה ושומרון. כל מה שהיה צריך לעשות אז היה פשוט לצייר קווים אדומים על מפת ארץ ישראל, ולדאוג להחתים עליה את שר הביטחון ולתארך אותה, כדי שתחליף את המפה המקורית של בן-גוריון, כפי שנקבע במנשר עצמו, ובה בעת להחיל את סעיף 2 של המנשר כך שיפעיל את המשפט של מדינת ישראל על השטח המוגדר במפה. נוהל זה לא מנע פרסום מנשר חדש לגמרי לפי "פקודת שטח השיפוט והסמכויות" שיהיה מלווה במפה המתאימה, אילו החליטה הממשלה לעשות כן. אבל בהיעדר מנשר חדש כלשהו, המנשר המקורי (מ-2 בספטמבר 1948) היה צריך

להיות מיושם בכל פעם שצה"ל שחרר שטחים נוספים מארץ ישראל שעדיין לא נכללו בגבולות המדינה. למעשה, אי-אפשר להכחיש שאילו לא פורסם מנשר חדש ב-7 ביוני 1967, החלת המשפט הבינלאומי על יהודה ושומרון בצורה בלתי חוקית כאשר צה"ל נכנס לאזור ונטל את השליטה בו, היה הדין החוקתי של ישראל חל אוטומטית, כלומר – המנשר על ארץ ישראל, וכל האזור הזה היה נעשה מיד חלק מהמדינה, בלי הרבה המולה. יתר על כן, מה שחל על השטחים שהוגדרו במנשר על ארץ ישראל חל באותה המידה על העיר המזרחית של ירושלים שנכבשה בידי ירדן, שנכנסה למסגרת המנשר על ירושלים.

ניתוח קפדני של "פקודת שטח השיפוט והסמכויות" מ-16 בספטמבר 1948, מגלה שחוק זה כולל בין הוראותיו את המנשר על ארץ ישראל שפורסם שבוועיים קודם לכן, ב-2 בספטמבר 1948, מפני שפקודה זו הוחלה רטרואקטיבית מ-15 במאי 1948, וכפי שהיה גם בפרשת המנשר על ארץ ישראל. פקודה זו כללה בין הוראותיה גם את המנשר על ירושלים שפורסם עוד קודם לכן, ב-2 באוגוסט 1948, ותחולתו הייתה רטרואקטיבית, כמו המנשר על ארץ ישראל. לפיכך, המילה "מנשר" המשמשת בסעיפים 1 ו-2 של הפקודה, יכולה להתפרש כאילו היא מתייחסת אך ורק למנשרים האלה. השימוש בלשון זהה בכל שלושת המסמכים (הפקודה ושני המנשרים) בקשר להחלת המשפט של ישראל על שטחי ארץ ישראל המוחזקים בידי צה"ל, מלמד על קיומו של קשר מובהק ביניהם. שני המנשרים והחוק שעל פיו, שהוחלו רטרואקטיבית, סימלו את הקץ הרשמי להשלמתה של הסוכנות היהודית עם החלטת החלוקה של העצרת הכללית של האו"ם, מ-29 בנובמבר 1947.

האירוניה המופלגת של המצב הייתה כי המפקד הצבאי של יהודה ושומרון – אלוף חיים הרצוג, לימים נשיא המדינה – פרסם למעשה ב-7 ביוני 1967 שני מנשרים צבאיים המגדירים את השטח המדויק של ארץ ישראל המוחזק בידי צה"ל בזמן שהוקם הממשל הצבאי, אם כי זה נעשה במילות תיאור ולא במפת הסבר, השיטה שבה נהג בן-גוריון.

המנשר הראשון עסק בנטילת הסמכויות בידי צה"ל במה שנקרא בפשטות "האזור". אולם המנשר השני הוא שהגדיר בפועל את השטח שבו מדובר כ"אזור הגדה המערבית", וקבע כי "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו". זו הייתה התייחסות ברורה לדיני הממלכה ההאשמית של ירדן, כאילו הייתה ריבונות ירדנית על הארץ שנתפסה בידי צה"ל – יישום לא נכון של המשפט הבינלאומי על-ידי ממשלת אשכול, שהיה צריך להיות ברור אז. מה שהיה בלתי רגיל ובלתי חוקי בצורה מובהקת, היה שהמנשרים של 1967 שפורסמו על-ידי הרצוג, שפעל לפי פקודות מלמעלה מצד הממשלה, לא נוסחו לפי התקדים המנחה והמחייב של 1948, אף-על-פי שהארץ שבה מדובר הייתה ארץ ישראל ללא עוררין, שתאמה בקווים כלליים את הגדרת "השטחים המוחזקים"

5. כינוי השם "אני", המשמש בהקדמה למנשר על ארץ ישראל (בסעיף השלישי במבוא), אין פירושו שהוא יחול רק בזמן שהיה דוד בן-גוריון שר הביטחון. מנשר זה, המסווג מבחינה משפטית כתקנה המתפרסמת מטעם ממשלת ישראל, אינו יכול להתפרש כאישית מטעמה ומוגבלת רק אליו, אלא אם כן נקבע כך בפירוש. לפיכך, המילה "אני" מתייחסת בפשטות לשר הביטחון בזמן שבו נוסח המנשר ופורסם ברבים, אבל כל שר ביטחון שיבוא לאחר מכן וירש את בן-גוריון היה יכול להשתמש בו. הסבר דומה חל גם על המנשר על ירושלים, מ-2 באוגוסט 1948.

6. המושל הצבאי שמונה מטעם צה"ל בשטח המוחזק של ירושלים היה ד"ר דוב (ברנד) יוסף. ראו: עיתון רשמי, הוצאה מיוחדת, כ"ו תמוז תש"ח (2 באוגוסט 1948), מס' 12, ע' 66.

שנכללה במנשר על ארץ ישראל, גם בלי לשרטט את השטח המוחזק על המפה.

במקום שהמנשרים של הרצוג יתבססו על "פקודת שטח השיפוט והסמכויות", כפי שנדרש מתוכה, הם התבססו בצורה בלתי חוקית על תקנות האג מ-1907, ובעיקר על סעיפים 42 ו-43 מהן. הליך זה שנקט המפקד הצבאי, היה שווה ערך למנשרים רשמיים המתפרסמים בידי מי שאינו מוסמך לכך, על יסוד מקור חוק מוטעה כדי להחיל את החוק הלא נכון – שגיאה משולשת שנעשתה גם מתוך התעלמות מוחלטת מההליך המשפטי הנכון. על מנת לפעול בהתאם לדין החוקתי שהיה בתוקף ב-7 ביוני 1967, ושהיה עדיין בתוקפו ("החוק של בן-גוריון" ושני המנשרים שהוזכרו לעיל מ-1948, מעולם לא בוטלו והם מתקיימים בכפיפה אחת עם סעיף 11ב'), המנשרים מ-7 ביוני 1967 הנוגעים ליהודה ושומרון היו צריכים להתפרסם לא על-ידי המפקד הצבאי של צה"ל אלא על-ידי שר הביטחון, ולא במסגרת תקנות האג מ-1907 החלות על שטחים כבושים, אלא לפי "פקודת שטח השיפוט והסמכויות" העוסקת בשטחים משוחררים בארץ ישראל; ואחרון אחרון חביב – לא כדי להמשיך ולשמור על תוקפו של המשפט של ממלכת ירדן, אלא כדי להחיל את המשפט של מדינת ישראל.

הפרה מחפירה ומקפת זו של המשפט הישראלי והשגיאה המשולשת שהייתה כרוכה בה, מעולם לא תוקנה, ואפילו לא נדונה או הוכרה באליטה המשפטית הישראלית. ממשלת ישראל העדיפה את המסלול קצר-הראות הזה כדי לשמור על אפשרות "השלום" פתוחה, וכדי להימנע מהגדלת האוכלוסייה הערבית במדינה, שהיו שיקולים מחוץ לתחום המשפטי ואפשר היה לפתור אותם באמצעים אחרים.<sup>7</sup> אי-הציות לדין החוקתי שהיה קיים ביוני 1967, היה השטות והשורש של כל הצרות הפוקדות את ישראל כיום, במאבקה לשמר את זכויות היהודים לארץ ישראל לפי שלטון החוק. אילו נהגה ממשלת אשכול כפי שהייתה מחויבת משפטית לנהוג, איש – להוציא את מדינות ערב ואת תומכיהן הקרובים – לא היה מעז להתייחס אל נחלת האבות היהודית ששוחררה על-ידי צה"ל במלחמת ששת הימים כנושא של "שטחים כבושים", אחרי סיום הפעילות העוינת, לפי דיני המלחמה הכלולים בראש ובראשונה בתקנות האג ובאמנת ג'נבה הרביעית.

יהיה זה טרגי לציין כי המנשר על ארץ ישראל, שהופעל על-ידי בן-גוריון ב-1948 בחריצות ובצורה מקיפה כל-כך, כאמצעי לסיפוח חלקי ארץ ישראל שלא היו חלקים ממדינת ישראל, שהוחזרו לעם היהודי על-ידי צה"ל, פשוט נשכח או התעלמו ממנו ב-1967, ונשכח או התעלמו ממנו עד היום. כתוצאה ישירה מכך, מהלך ההיסטוריה של ישראל,

הפוליטיקה והמשפט, מ-1967 עד היום, היו שונים לחלוטין ממה שהיו צריכים להיות בצורה נורמלית. ההשלמה חסרת הביקורת, או היעדר המחאה, על-ידי משפטן ישראלי מכובד כלשהו ב-1967, ובעשרות השנים שחלפו מאז, לנוכח המנשרים הצבאיים שהוזכרו לעיל על-ידי האלוף חיים הרצוג לגבי יהודה ושומרון, שהחילו את המשפט הבינלאומי (כלומר, את תקנות האג וגם את אמנת ג'נבה הרביעית) ולא את המשפט של מדינת ישראל וגם המנשרים שפורסמו לגבי רצועת עזה, הגולן וסיני, היו לא רק מבישים ושערורייתיים מאוד, אלא חשפו את ההתעלמות המדהימה מזכויותיה המשפטיות של ישראל ואת הריבונות שלה על כל ארץ ישראל ופלשתינה, הן על-פי המשפט הבינלאומי והן על-פי הדין החוקתי של ישראל עצמה. ערביי הארץ והמדינות הערביות השכנות לא יכלו לצפות למתנה טובה יותר מן הרשויות המשפטיות של ישראל; אדרבא: זו הייתה בגידה בעניין היהודי-ציוני מצד אלה שהיו צריכים להיות בקיאים יותר.

המנשרים של הרצוג הובילו לתפיסה המוטעית כי סך כל האזורים של יהודה ושומרון (לרבות רצועת עזה, רמת הגולן וסיני) היו באמת "שטחים כבושים", הצריכים להתנהל לפי דיני המלחמה המוכתבים על-ידי המשפט הבינלאומי. לאחר שישראל פעלה על-פי הנחה כוזבת זו, היא ירתה לעצמה ברגל, וערערה במידה רבה את הטיעון שלה בדבר החזקת האזורים האלה של הבית הלאומי היהודי וארץ ישראל, כפי שראינו בנסיגה המוחלטת מסיני ומרצועת עזה, והנסיגה משתי-חמישיות בערך מיהודה ושומרון. הנזק היה אסוני ולעולם לא יסתיים, וסלל את הדרך להתערבות זרה ולכניסת "הארגון לשחרור פלשתינ", בסופו של דבר, ליהודה, לשומרון ולרצועת עזה, כדי להקים שם את המנהל שלו, הקרוי "הרשות הפלשתינאית". כיום מאוחר מדי לתקן את הנזק שגרמה ישראל לעצמה, אבל ישראל יכולה עדיין לבטל את המנשרים הצבאיים שנוסחו בצורה בלתי חוקית, ועומדים עדיין בתוקפם, בקשר לשטחי יהודה ושומרון שנשארו עדיין בשליטתה, לבטל את המשטר הצבאי שהוקם שם, ולהחיל בשטחים אלה את המשפט של מדינת ישראל ולא את המשפט הזר. כאשר ישראל תנהג כך, הדין החוקתי והנורמה המשפטית שהיו קיימים ב-1948, בימי מלחמת העצמאות, ישובו למקום הראוי להם במערכת המשפטית של ישראל, כפי שהתכוון בן-גוריון מלכתחילה.

מזר שהשופט העליון משה לנדאו, לשעבר נשיא בית המשפט העליון, הכריז בפסק דין שכתב ב-1979, כשהיה עדיין סגן הנשיא, כי "הנורמה הבסיסית שעליה הוקם המבנה של השלטון הישראלי ביהודה ובשומרון, היא עד היום, כפי שאמרת, הנורמה של הממשל הצבאי, ולא החלת המשפט של מדינת ישראל המחייב ריבונות".<sup>8</sup> כאשר קבע

7. כותב שורות אלה דן בפתרון השאלה הזאת בפרק המסכם של ספרו הבא, *The Legal Foundation and Borders of Israel under International Law*, הפרק הזה נקרא: "טרנספר של אוכלוסייה ערבית: הטוב שבכל הפתרונות".

8. דוויקאט נ' ממשלת ישראל (פרשת אלון מורה), בג"צ 390/79: פסקי-דין של בית-המשפט העליון, כרך ל"ד, חלק 1, ע' 12.

מדינת ישראל על יהודה ושומרון, ושינתה לחלוטין את המציאות המשפטית שנוצרה על-ידי בן-גוריון. הנורמה של לנדאו הייתה סטייה חמורה מהנורמה של בן-גוריון, כפי שבאה לידי ביטוי במנשרים על ארץ ישראל ועל ירושלים, אשר החזירה למדינה היהודית אדמות שהיו שייכות לה בצדק, אבל אדמות כאלה שהאו"ם, ברוב "נדיבותו" ובצורה בלתי חוקית, המליץ שייכללו במדינה ערבית חדשה, בניגוד לסעיף 5 של המנדט על פלשתינה, שהיה עדיין בתוקף בימי החלטת החלוקה. אימוץ הנורמה של השופט לנדאו הייתה קריקטורה משפטית שסללה את הדרך למצב החמור שישראל מוצאת את עצמה עכשיו נתונה בו.

**הערת המחבר:** היקף המנשר של ארץ ישראל מ-2 בספטמבר 1948, וכן המשמעות שיוחסה לו על-פי "החוק של בן-גוריון" – "פקודת שטח השיפוט והסמכויות" – נדונו עוד ב"מכתבי ארץ ישראל" ששלח כותב שורות אלה לשופט מאיר שמגר, נשיא לשעבר של בית המשפט העליון של ישראל, 2005-2007, שנערכו על-ידי יואל לרנר ופורסמו על-ידי הלשכה למשפט חוקתי ישראלי במאי 2007. דיון נוסף זה התנהל אחרי שהמאמר הנוכחי נכתב, ולכן אינו נכלל בו. ■

את הקביעה הזאת, היה השופט לנדאו סבור, בטעות, כי הנורמה של ממשל צבאי מונעת אוטומטית את החלת המשפט של מדינת ישראל ואת ריבונותה. הוא לא היה מודע, כנראה, שב-1948 יצר בן-גוריון ויישם פעם אחר פעם את הנורמה (כמו במקרים של באר שבע, נצרת וכד'), שהמשפט של מדינת ישראל וריבונותה יחולו על אזורים אלה ועל ארץ ישראל שהוחזרה למדינה על-ידי צה"ל, אף-על-פי שהשטחים האלה הוכפפו לממשל צבאי. זו הייתה הנורמה שהייתה צריכה להינקט מבחינה משפטית כאשר דנו בשאלה איזה משפט להחיל על השטחים ששחררו במלחמת ששת הימים. האדם היחיד שהכיר בצורך להחיל את הנורמה הזאת, ביוני 1967, היה חבר הכנסת לשעבר אליעזר שוסטק, ממפלגת המרכז החופשי, שקרא ללא דיחוי לפרסום מנשר חדש לפי "פקודת שטח השיפוט והסמכויות", קריאה שהממשלה לגלגה עליה בזמנה, ואשר נדחתה בחוסר נימוס.

הנורמה, כביכול, שהוזכרה על-ידי השופט לנדאו, התעלמה מהמבנה המשפטי שהיה קיים בארץ ישראל בין 1948 ל-1967, אשר כלל מטבעו את יהודה ושומרון. המחדל שלו בהכרת הנורמה הקודמת, שימיה כימי לידתה מחדש של המדינה, הייתה סירוס זכויותיה של