



מרכז אריאל  
למחקרי  
מדיניות

Ariel Center  
For Policy  
Research

3

נייד עמדה

# הסכמי אוסלו – היבטים חוקתיים

אליאב שוחטמן

# הסכמי אוסלו – היבטים חוקתיים

## אליאב שוחטמן

### מבוא

הסכמי אוסלו<sup>1</sup>, שנחתמו בין ממשלת ישראל ובין אירגון אש"ף, היוו נשא לביקורת חריפה שנמתחה עליהם, במישור המשפטי, בשל הליקויים הרבים שנמצאו בהם. במסגרת זו, אין הכוונה לדון בסבך הבעיות המשפטיות המתעוררות, ושתידות להתעורר, בעקבות חתימתם של הסכמים אלו. הכוונה היא לדון אך ורק בפגיעה החמורה שיש בהסכמים אלה, כפי מיטב הבנתנו, בשלושה מעקרונות היסוד החוקתיים שעליהם מושגת מישטרה של מדינת ישראל. עקרונות אלה הם: א. זכותו של העם היהודי על ארצו – זכות, שהיא, למעשה, בסיס קיומה של מדינת ישראל. ב. זכותם של אזרחי ישראל להגנה ולביטחון – זכות שהיא, על פי משפט המדינה, זכות חוקתית על-חוקית. ג. עקרון "שילטון החוק" שמשמעותו, בהקשר שלנו, חובתה של הממשלה לפעול אך ורק במסגרת החוק. עיקרון זה הוא, למעשה, הבסיס לקיומו של כל מישטר דמוקרטי – כולל, כמובן, מישטרה של מדינת ישראל.

הפגיעה בעקרונות יסוד אלה נובעת מן העובדות הבאות: א. הסכמי אוסלו, מכוונים באופן בסיסי להעברת שטחי ארץ-ישראל באזורי יש"ע לשליטה ערבית. משמעותם המעשית של ההסכמים היא: שלילת זכותם של יהודים להתיישב בשטחים אלה – דבר העומד בניגוד לעקרונות המשפט הבינלאומי וגם בניגוד להוראות הדין הישראלי. ב. הסכמים אלה יוצרים סיכונים גדולים לביטחון אזרחי מדינת ישראל, ולעצם קיומה של מדינת ישראל – דבר העומד בניגוד לחובתה החוקתית של הממשלה, להגן על

ביטחון המדינה ואזרחיה. ג. הסכמים אלה נותנים לניטימציה לאירגון טרור והם מהווים הפרה בוטה של החוק הישראלי המכיל הוראות בזרות ביחס לדרכי הטיפול בארגונים כאלה.

עקרונות המשפט החוקתי הם "השלד של בניין השיטה המשפטית במדינה"<sup>2</sup>. בנפול השלד, עלולה חלילה להתמוטט השיטה כולה. הסוגיות שבנדון, והייט: סמכויות וחובות הממשלה בשאלת הריבונות ובענייני ביטחון המדינה, הם מאושותיו של המשפט החוקתי. הקפדה מלאה על עקרונות המשפט החוקתי – בראש ובראשונה על-ידי רשויות השילטון המופקדות על כך – היא הערובה לקיומה וליציבותה של השיטה המשפטית, של הסדר חברתי ושל המסגרת המדינית בכללותה. פגיעה בעקרונות אלה, היא פגיעה במערכת המשפט ובסדר חברתי כולו. יתירה מזו: פגיעה בעקרונות אלה עלולה לערער את המבנה החוקתי של מדינת ישראל ולסכן את עצם קיומה של המדינה. להלן נדון בפגיעה שיש בהסכמי אוסלו בכל אחד מן העקרונות הנ"ל, ובמשמעות הנודעת לכך מבחינת המשפט החוקתי.

### א'

#### הפגיעה בזכותו של העם היהודי על ארץ-ישראל

ג. זכותו של העם היהודי על ארץ-ישראל – כולל זכות ההתיישבות של היהודים בארץ-ישראל – אפשר לדבר במישור הדתי, הלאומי וההיסטורי, בדברים הבאים לא אתייחס למישורים אלה, אלא אתמקד

\* פרופ' אליאב שוחטמן הוא ראש הקתדרה למשפט עברי באוניברסיטת העברית בירושלים. אי"ש הוא חבר מועצת המערכת של מליץ וחבר בוועדת החינוך של יחמרכו למחקרי מדיניות.

בזכות המשפטית בלבד, הן מבחינת המשפט הבינלאומי הפומבי והן מבחינת החוק הישראלי הפנימי. אפתח בבחינת המשפט הבינלאומי, והתייחסותו לשאלה שלפנינו.

### 1. המשפט הבינלאומי

זכותו של העם היהודי על ארץ-ישראל הוכרה על-ידי ממשלת בריטניה בהצהרת בלפור משנת 1917.<sup>1</sup>

ממשלת הוד מלכותו מביטה בעין יפה על הקמת בית לאומי לעם היהודי בארץ-ישראל, והיא תשתמש במיטב מאמציה כדי להקל על השגת מטרה זו, בתנאי מפורש שלא ייעשה שום דבר העלול לפגוע בזכויות האזרחיות והדתיות של העדות הלא-יהודיות הקיימות בארץ-ישראל, או בזכויות ובמעמד המדיני שיהודים נהנים מהם בכל ארץ אחרת.

משמעות ההכרה בזכותו של העם היהודי ליצור לאומי בארץ-ישראל היא: זכותו של העם היהודי לחקים לעצמו מדינות בריטיים בכירים,<sup>2</sup> וכלשונו של הלורד רוברט ססיל, חבר הממשלה דאז:<sup>3</sup> "רצוננו הוא כי ערב תהיה לערבים, ארמניה לארמנים, ויהודה תהיה ליהודים". הבנה זו באה לידי ביטוי גם בהודעת של דוברים רשמיים של ממשלת בריטניה, כגון זו של הצייר הנריטי ברוסיה:<sup>4</sup> "הממשלה הבריטית פירסמה הצהרה רשמית בדבר הקמתה מחדש של מדינה יהודית בארץ-ישראל". הטעם לכך שמנסחי ההצהרה לא נקטו במונח המפורש: "מדינה", הוא, אולי, שבעת מתן ההצהרה, מנה היישוב היהודי בארץ-ישראל פחות מעשרה אחוזים של כלל האוכלוסייה, ומבחינה מעשית לא ניתן היה עדיין לחקים מדינה יהודית, ששיעור היהודים בה הוא כה נמוך. על-כן דובר על הקמתו של בית לאומי לעם היהודי, שבבוא העת, לאחר שייצגבש בא"י רוב יהודי, ניתן יהיה לחקים בה את המדינה היהודית. ואולי, מקורו של המונח "בית לאומי" הוא ב"יתוכנית באול"י שנתקבלה על-ידי הקונגרס הציוני הראשון בשנת 1897,<sup>5</sup> ואשר בה נקטה ההסתדרות הציונית במכוון בנוסח זהיר כדי שלא לעורר את חמתו של השילטון הטורקי – דבר שעלול היה לפגוע במפעל הציוני כולו.<sup>6</sup>

בין כך ובין כך, ברור לחלוטין שההכרה אשר לה זכה העם היהודי היתה, לחקים את מדינתו המחודשת בארץ-ישראל. השאלה היא: האם דובר על ארץ-ישראל כולה, או חלקה?

אין ספק, כי ההכרה של ממשלת בריטניה בזכותו של העם היהודי לחקים את מדינתו בארץ-ישראל, משמעותה: הקמת מדינה יהודית נכל שטחה של ארץ-ישראל. כך עולה מדבריהם של גורמים בריטיים רשמיים שהיו מעורבים במסרסום הצהרת בלפור, כולל הלורד בלפור עצמו, שר החוץ של ממשלת בריטניה, ולויד גורג, ראש ממשלת בריטניה בעת פירסום ההצהרה.<sup>7</sup>

ההכרה מתייחסת אמא לזכותו של העם היהודי על כל שטחה של ארץ-ישראל המערבית והמזרחית כאחת. ההצהרה לא כללה אמנם פירוט של גבולות, אבל זמן קצר לאחריה, הנישה התנועה הציונית תזכיר לוועידת השלום בפריס שהתכנסה עם תום מלחמת העולם הראשונה, ובו פירוט התביעות של התנועה הציונית לגבולות הארץ – גבולות שהשתרש על שני חלקיה של א"י משתי גדות הירדן, ומן החרמון עד מפרץ אילת.<sup>8</sup> דרישות התנועה הציונית לא נראו מופרזות אפילו לצני הערבי הבכיר בוועידת השלום, האמיר פייסל<sup>9</sup>, אשר עוד קודם לכן, ביום 3.1.1919 הניע להסכם עם דייר חיים וייצמן ובו תמיכה בהגשמתה של הצהרת בלפור, ובכלל זה נקיטת אמצעים לשם הגברת העלייה לא"י ויישוב העולים בהתיישבות צפופה.<sup>10</sup>

ההכרה שבהצהרת בלפור היא בזכותו של העם היהודי להקים את ביתו הלאומי בארץ-ישראל. עם מורכב מיוחדים, "וכל היחידים בני העם היהודי זכאים להפיק הנאה מן ההצהרה, ומתוך הסתמכות עליה לתבוע את זכותם לעלות לארץ-ישראל, לחזור לביתם הלאומי בזכותו".<sup>11</sup> על מחויבותה של ממשלת בריטניה כלפי העם היהודי כולו, ולא רק כלפי האוכלוסייה היהודית שבארץ-ישראל, חזר ראש הממשלה, ראמזי מקדונלד, בשנת 1931, באגרת ששיגר לדייר חיים וייצמן.<sup>12</sup>

זכותו של העם היהודי על ארץ-ישראל היתה לזכות משפטית מוכרת במשפט הבינלאומי, לאחר שבשנת 1920 החליטה המועצה העליונה של בעלות הברית כמושבסה בסן ריסו להפקיד את המנדט על א"י בידי בריטניה, שתהיה אחראית, בתור בעלת המנדט, "להגשמת ההצהרה, שניתנה לכתחילה ביום 2 בנובמבר 1917 מטעם הממשלה הבריטית, ושנתקבלה על דעת מעצמות הברית האחרות, לטובת הקמת בית לאומי לעם היהודי בארץ-ישראל".<sup>13</sup> מיטיה הרשמי של בריטניה כבעלת המנדט על א"י מעשה ביום 24 ביולי 1922, עת מונתה בריטניה מטעם חבר הלאומים להיות בעלת המנדט על א"י. בפתיחה לתב המנדט נאמר במפורש, כי מעצמות הברית העיקריות הסכימו שבעל המנדט יהא אחראי להגשמת הצהרת בלפור, וזו "על-ידי כך הוכר הקשר ההיסטורי שבין העם היהודי ובין ארץ-ישראל וכך ניתנה הכרה לנימוקים המחייבים את הקמתו מחדש של ביתו הלאומי באותה ארץ".<sup>14</sup>

הכרת חבר הלאומים בקשר ההיסטורי שבין עם ישראל וארץ-ישראל, כבסיס לקיומו ואישורו של המנדט על ארץ-ישראל, ובמטרה לחקים שם את הבית הלאומי לעם ישראל, היתה אמא יסוד משפטי עיקרי של המנדט, והקשר ההיסטורי הפך להיות לזכות משפטית שהוכרה על-ידי 52 מדינות חבר הלאומים, כשבשלב מאוחר יותר הצטרפה לכך גם ארצות-הברית, שלא היתה חברה בחבר הלאומים.<sup>15</sup> "הקשר בין העם היהודי לארץ-ישראל לא נוצר כתוצאה מנטיית לבה של ועידת השלום שהתכנסה אחרי מלחמת העולם הראשונה. הוועידה הכירה בלגיטימיות היהודית בארץ, חקיימת מקדמת דנא, אישרה אותה והעניקה לה

מעמד חוקי במשפט הבינלאומי ובמערכת הבינלאומית בדמות כתב המנדט. הוועידה גם הגדירה את השיטות שבהן תשנה הארץ את פניה ותהפוך למדינה בעלת רוב יהודי, כלומר, מדינה יהודית, למעשה, בתנאי שהיהודים ימלאו את חלקם<sup>18</sup>. משמשת ההכרה של המשפט הבינלאומי בזכותו של העם היהודי על ארץ-ישראל היא, הכרה בצידוק התביעה היהודית והציונית להשבת הארץ שנגולה מן העם היהודי על-ידי כובשים זרים, ושליטת כל תוקף חוקי מכיבושה של הארץ על-ידי זרים ומגורשם של היהודים ממנה.

ההכרה בזכותו של העם היהודי על א"י היה בה משום ביטוי למישוש זכות ההגדרה העצמית של היהודים. הכרה זו באה בד בבד עם ההכרה בזכות ההגדרה העצמית של העם הערבי, שבאותה עת התפרס על פני שתיים עשרה מדינות (מספר שכמעט הכפיל את עצמו ברבות השנים). בעת שהוכרה זכות ההגדרה העצמית של היהודים מחד גיסא – וזאת בשטחה של ארץ-ישראל, וזכותם של עמי ערב מאידך גיסא – וזאת בארצותיהם, לא קיימת היתה במציאות כל ישות מדינית "פלסטינית". ערביי א"י ראו עצמם מאז ומעולם חלק מן האומה הערבית, כשמבחינה מינהלית השתייכה א"י בתקופת השלטון העותמאני לחלק מן המחוז שנשלט על-ידי המישוש בדמשק. הטיעון הנשמע כיום, כאילו א"י המערבית היא ארצם של שני עמים, ואלה צריכים לחלק אותה ביניהם, באשר לכל אחד מן העמים זכות להגדרה עצמית, מופרך מעיקרו. מישוש זכות ההגדרה העצמית של הערבים כבר נעשה בזמנו, כאמור, במדינות ערב. מאחר שבאותה עת לא היתה קיימת כל ישות מדינית "פלסטינית" שטענה לזכות ההגדרה העצמית בא"י, ולעומת זאת הוכרה על-ידי כל האומות זכות ההגדרה העצמית של היהודים בא"י, נשמט הבסיס לטיעון כאילו יש לערביי א"י זכות להגדרה עצמית בא"י, שהרי הם – כחלק מן האומה הערבית – כבר מיששו את זכותם בארצותיהם<sup>19</sup>.

משמעותו של כתב המנדט על א"י היא אמא: הכרה על-פי המשפט הבינלאומי בתביעתם של היהודים לריבונות על א"י – הכרה "המוציאה את אבדן הזכות מכלל האפשרות"<sup>20</sup>.

בעת שהוכרה זכותו של העם היהודי על א"י, מנה היישוב היהודי בארץ רק 10% מכלל האוכלוסייה. לפיכך, לא ניתן היה באותו שלב להקים מדינה יהודית, והמשימה להכשיר את הקרקע ואת התנאים המתאימים להקמתה של מדינה יהודית ריבונית בא"י הוטלה על-ידי חבר הלאומים על בריטניה, בעלת המנדט על א"י.

בתוקף הפיקדון שהופקד בידי בריטניה כבעלת המנדט מטעם חבר הלאומים, הוטל עליה לנהל את הארץ ולשלוט בה, לא כמעצמה ריבונית, הכופה את שלטונה על הארץ מכוח הכיבוש, אלא כנאמן שמוטלות עליו חובות הנגזרות מן המטרה הבסיסית שהונחה ביסוד המנדט, לאמור: הקמת בית לאומי יהודי בארץ-ישראל. בין היתר הוטלו על בריטניה חובות שתכליתן לקדם את נושא העלייה

וההתיישבות היהודית בארץ-ישראל. החשוב לענייננו הוא, שכתב המנדט קבע במפורש כי:

בעל המנדט יהא אחראי לכך ששום שטח ארצישראלי לא יינתן לצמיתות או בחכירה לממשלתה של מעצמה זרה כלשהי ולא יושם באיזה אופן שהוא לתחת שלטונה.

ממשלת ארץ-ישראל, בהבטיחה שזכויותיהם ומצבם של חלקי אוכלוסייה אחרים לא ייפגעו לרעה... תעודד תוך שיתוף פעולה עם הסוכנות היהודית... התיישבות צמחה של יהודים על הקרקע, לרבות אדמות מדינה ואדמות שוממות שאינן דרושות למטרות ציבוריות<sup>21</sup>.

לפי כתב המנדט, אמור היה אמא לשמש כל שטחה של ארץ-ישראל כבית לאומי לעם היהודי, ואסור היה לבעל המנדט להעביר שטח כלשהו למדינה זרה. כתב המנדט לא פירט אמנם את גבולותיה של ארץ-ישראל, אבל ראשי היישוב היהודי שהיו מודעים לסכנה של קריעת חלקים מארץ-ישראל, והן כתוצאה מלחצים של הלאומיות הערבית מחד גיסא, ושל צרפת, בעלת המנדט על סוריה השכנה, מאידך גיסא, והן כתוצאה משינויים שחלו במדיניות הבריטית ובקובעי מדיניות זו, הבהירו לשלטונות הבריטיים הבהר היטב מה הם גבולותיה ההיסטוריים של ארץ-ישראל – גבולות הכוללים גם את שטחי עבר הירדן המזרחי והגולן – ודרשו שגבולות הבית הלאומי המובטח בכתב המנדט יכללו גם שטחים אלה. כך, לדוגמה, בהחלטות הוועד הזמני (שקדם לוועד הלאומי) מחודש מרס 1920, נאמר כי:

היישוב העברי בארץ-ישראל מוחה בכל תוקף נגד חלוקת הארץ לחלקים בצמנה ומזרח, הקורעת באופן מלאכותי מה שמאוחד על-ידי דברי הימים ועל-ידי הכרתו הלאומית, וחותרת תחת תנאי קיומה הטבעיים של הארץ. עם ישראל לא יסכים לעולם לקריעת ארצו ההיסטורית לקרעים<sup>22</sup>.

כידוע ממשלת בריטניה, שלא מילאה אחרי מטרות המנדט בתחומי העלייה וההתיישבות (גזרות "הספר הלבן"), מתוך התכחשות בוטה להתחייבויותיה על-פי כתב המנדט, מעלה גם בתפקידה כנאמן בנושא השמירה על שטחי ארץ-ישראל לצורך הקמתו של הבית הלאומי לעם היהודי, ובספטמבר 1922 – חודשים ספורים לאחר אישור כתב המנדט כאמור – החליטה בריטניה על הפרדת עבר הירדן המזרחי מן המערבי, ועל מסירת השטח שממזרח לירדן לשלטון ערבי. בכך נותרה רק ארץ-ישראל המערבית – מן הים עד הירדן – כאזור המיועד להקמת הבית הלאומי<sup>23</sup>.

מבחינת המשפט הבינלאומי, לא נגרע מאומה מזכויותיו של העם היהודי על ארץ-ישראל בשל התנגדותו של היישוב

הערבי בארץ ומחוצה לה. "כשאנשי המנדט והחלטת להקים בארץ-ישראל בית לאומי ליהודים, היה ברור מראש שהערבים לא יקבלו את הרעיון בברכה. לפיכך, נקבע בכתב המנדט שיש לשמור על זכויותיהם האזרחיות והדתיות של הערבים. צריך היה אם כן להתחשב בזכויות אלה, אך לא בהעדפותיהם הפוליטיות. הטענה, שהצלחת המשימה מבוססת על ההנחה שהערבים יסכימו, מכניסה מרכיב חדש לחלוטין, בלתי צפוי, ואבסורד מוחלט".<sup>21</sup>

אומר על כך מ' ון-אסבק, נציג הולנד בוועד המנדטים של חבר הלאומים: "סטרת המנדט ... היתה... לכמות על השטח הידוע בארץ-ישראל תנאים כאלה שיקדמו את הקמתו של בית לאומי יהודי, ובסופו של דבר – מדינה יהודית, בלי קשר לתחושות של תושביה המקומיים של הארץ... המטרה העיקרית הוציאה מכלל תשבון, למעשה, את הרעיון של התחייבות כמולה בעלת ערך שווה".<sup>22</sup>

למרות העובדה, שמבחינה משפטית מחוייבת היתה בריטניה, בעלת המנדט, להוציא לפועל את תכנית הקמתו של הבית הלאומי היהודי בכל השטח של א"י המערבית, מכל מקום, בעקבות לחצים פוליטיים של העולם הערבי והתגברות מתמדת של הטרור הערבי, פעלה בריטניה לצמצום הבית הלאומי היהודי, בניגוד גמור לחובותיה המשפטיות, אף בתחומי א"י שמערב לירדן. כך, למשל, כדי לשכל את אפשרות הקמתו של בית לאומי יהודי בכל שטח א"י המערבית, מעלה בריטניה בחובתה שעל-פי כתב המנדט יש לתת עדיפות לעלייה יהודית (כדי לקדם את היווצרותו של רוב יהודי בארץ כצעד הכרחי להקמת מדינה יהודית), והתירה ליותר ערבים להגר לארץ מאשר ליהודים.<sup>23</sup> העם היהודי שלא היתה לו מדינה, לא יכול היה אפילו לשטוח את קובלנותיו על הפרותיה של בריטניה בפני בית הדין הבינלאומי, שכן דלתותיו של זה פתוחות היו רק בפני מדינות.

במרוצת השנים, נעשו, כידוע, ניסיונות מצד ממשלת בריטניה, לקצץ גם את תחומי הבית הלאומי שבא"י המערבית, והוצעו הצעת חלוקה שונות שנועדו להשאיר בידי העם היהודי רק חלק קטן מא"י המערבית. הנחת היסוד של הצעות אלה היתה, שבדרך זו ניתן יהיה לפייס את הערבים ולהביאם לכלל הסכמה על הקצאת שטח מצומצם למדינה יהודית בתחומי ארץ-ישראל. כל הניסיונות הללו לא הגיעו לכלל מימוש, גם כשהתנועה הציונית הביעה נכונות להתפשר, וזאת נוכח דחייה מוחלטת של כל התכניות על-ידי העולם הערבי. גם תכנית החלוקה של אירוץ האומות המאחדות משנת 1947 נדחתה על-ידי העולם הערבי, אשר ביום ה' באייר תשי"ח (15.5.1948) – יום סיום המנדט הבריטי על ארץ-ישראל – יצא למלחמת השמדה נגד מדינת-ישראל שזה עתה קמה. לא למוותר להדגיש, כי תכנית החלוקה של האו"ם משנת 1947 לא היתה אלא בגדר של המלצה בלבד, ללא כל כוח מחייב, ואף המלצה זו נדחתה, כאמור, בשעתה, על-ידי העולם הערבי כולו, והפכה לבטלה ומבוטלת מבחינת המשפט הבינלאומי.<sup>24</sup>

מלחמת השחרור שנכפתה על היישוב היהודי בא"י על-ידי מדינת ערב, נשתיימה בחתימה על הסכמי שביתת הנשק שהותירו את שטחי יהודה ושומרון בשליטתה של מדינת ירדן ואת שטח רצועת עזה בשליטת מצרים. מצב זה נמשך עד שחרורם של שטחים אלה מידי הכובש הערבי במלחמת ששת הימים בשנת תשכ"ז. השאלה הנשאלת היא: כלום איבד העם היהודי את זכותו על אותם חבלים, שהם חלק מא"י ההיסטורית – ובכלל זה את זכות ההתיישבות באזורים אלה – כתוצאה מן העובדה שבמשך 19 שנים היו אותם אזורים נתונים לכיבוש ערבי?

התשובה לכך היא שלילית. מצרים כלל לא החילה את ריבונותה על שטח רצועת עזה, וריבונותה של ירדן על יהודה ושומרון לא הוכרה אלא על-ידי שתי מדינות בלבד (בריטניה ופקיסטן)<sup>25</sup>; למעשה, לא היתה ירדן מעולם ריבון חוקי בשטחי יהודה ושומרון.<sup>26</sup> מעמדה וזכויותיה של ירדן בשטחי א"י שהיו כבושים על ידה במשך 19 שנים לא היו אלא "לכל היותר זכויות של כובש".<sup>27</sup> נוכח העובדה שישראל השיגה חזרה שטחים אלה במלחמת מנ"ש שנכפתה עליה, בעד שמצרים וירדן השתלטו על אותם שטחים באמצעות התוקפנות הבלתי חוקית במלחמת השחרור, הרי שזכויותיה של ישראל עדימת בשטחי ישי"ע מבחינת המשפט הבינלאומי, על פני זכויותיהן של ארצות ערב התוקפניות.<sup>28</sup> אזורים אלה לא חדלו על כן – מבחינת המשפט הבינלאומי – להיות חלק מארץ-ישראל המערבית המיועדת כולה להקמת בית לאומי לעם היהודי.<sup>29</sup>

סיום המנדט הבריטי ערב קום המדינה, לא הביא לפקיעת הזכויות שאותו מנדט נועד להבטיח. "המשך תקפותן של הזכויות שנבעו מכתבי המנדטים אחרי פירוקם של חבר הלאומים ושל שיטת המנדטים נקבע בסעיף 80 ממגילת האו"ם, הנקרא לעתים קרובות בספרות המקצועית בשם "הסעיף הארצישראלי". הסיבה לכך היא "שסעיף זה... נסח... במטרה להגן גם על... עמים... הזכויות שבהן דובר היו במיוחד זכויותיו של העם היהודי, המוטב של כתב המנדט על ארץ-ישראל, במערכת בינלאומית המבוססת על חברות של מדינות".<sup>30</sup>

לאחר מלחמת ששת הימים, משוחררו שטחי א"י המערבית מידי הכובש הערבי וחזרו לשליטת העם היהודי, נותרו בעיני כל המחוייבויות שעל-פי המשפט הבינלאומי, שתכליתן להכשיר שטחים אלה לצורך הקמת הבית הלאומי לעם היהודי, ואין זו אלא חובתה של המדינה היהודית, שבאה במקומו של המנדט הבריטי, למלא את מחוייבויות אלה. מעמדה של ישראל בשטחים אלה אינו איפוא מעמד של כובש אלא של ריבון, או לפחות טוען לריבונות. "לפי התפיסה המנחה את מדינת-ישראל מאז הקמתה... אין ישראל 'מספח' שטחים שהיוו עד 1948 חלק מארץ-ישראל המנדטורית. אין ישראל רואה את מעמדה בשטחים אלה כמעמד של מדינה כובשת, משום שמועילם לא ראתה את מדינת ערב שפלשו לתוך ארץ-ישראל במאי 1948 כבעלות זכויות ריבונות על שטחי ארץ-ישראל שעליהם השתלטו, כי אם ככובשים צבאיים

בית הדין הבינלאומי מצא את ממשלת דרום אפריקה כמי שלא מילאה אחר חובותיה כבעלת המנדט, ולכן נחשבה כאילו התפטרה. בית הדין קבע במפורש, שהמנדט המשיך להתקיים כנאמנות<sup>37</sup>. קרוב לעשרים שנות דיפלומטיה מאומצת מילאו אז את מטרות המנדט על ידי יצירת המדינה החדשה של נמיביה. בארץ-ישראל, המנדט הבריטי חדל לפעול ביחס לשטחים של מדינת-ישראל ומדינת ירדן, כשמדינות אלה נוצרו והוכרו על ידי הקהילה הבינלאומית, אבל הכללים שלו חלים עדיין על שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה, שלא נמסרו עדיין לא לישראל ולא לירדן ולא הפכו למדינה עצמאית. ירדן ניסתה לספח את הגדה המערבית בשנת 1951, אבל הסיפוח לא זכה להכרה כללית, במיוחד על-ידי המדינות הערביות, ושנה נזחה ירדן את כל תביעותיה לשטחים אלה.

הנה כי כן, זכות שקמה מכוח מנדט בינלאומי, אינה בטלה לעולם, כל זמן ששטח המנדט אינו הופך למדינה עצמאית או לחלק ממדינה קיימת. ועל כן, מבחינת כללי המשפט הבינלאומי יש תוקף מלא לזכות המוכרת של העם היהודי על כל שטח איי המערבית – כולל זכות ההתיישבות במרחבים אלה.

בהמשך דבריו, דוחה יוג'ין רוסטוב את הטענה, כאילו יש במעשה ההתיישבות משום הפרה של סעיף 496 (אמנת זינבה הרביעית משנת 1949, האוסר על מדינה כובשת לגרש או להעביר אנשים מתחומה אל השטח הנכבש. פרופ' רוסטוב כותב, שמתיישבי ישיע לא הועברו להתגורר שם כתוצאה מגירוש או "מטרנספר" אלא באו כמתנדבים נמרצים, והגעתם לשם לא היתה כרוכה באף לא אחת מן היוזעות שאותן באה אמנת זינבה למנוע (גירושים למטרות של השמדה, שעבוד וכיו"ב).

יתירה מזו – כותב פרופ' רוסטוב – אמנת זינבה חלה רק ביחס לפעולות של מדינה אחת (החתומה על האמנה) בתחומי מדינה אחרת. ארץ-ישראל המערבית אינה שטח של מדינה אחרת, אלא חלק של המנדט הבריטי שלא נמסר עדיין למדינה כלשהי. אפילו אפשר היה לפרש את האמנה כאוסרת פעולות התיישבות בתקופת הכיבוש, מכל מקום אין בכוחה להביא לקיצן זכויות שהוענקו על-ידי המנדט. שהרי כיצד יכולה האמנה לחול על יהודים שהם בעלי זכות התיישבות באותם שטחים לפי המשפט הבינלאומי – זכות משפטית שהובטחה באמנה בינלאומית ומוגנת במפורש בסעיף 80 של מגילת האו"ם? את דבריו בניין זה חותם פרופ' רוסטוב בקביעה: "הזכות היהודית להתיישבות בשטח [של חבלי ישיע] שווה בכל דרך שהיא לזכותה של האוכלוסייה הקיימת לחיות שם".

כאן יש להדגיש דבר נוסף: על-פי המשפט הבינלאומי – כפי שעולה מכתב המנדט – אין לשום עם, לבד מן העם היהודי, זכויות לאומיות ומדיניות בארץ-ישראל. ההעדפות האמורות בכתב המנדט לבני עלייה והתיישבות הן אך ורק ביחס ליהודים, כמוגן תוך שמירת זכויות האזרח והזכויות

בלבד<sup>38</sup>. מששבו שטחים אלה לשליטת מדינת-ישראל, הרי זו חובתה של המדינה היהודית – הן מן הבחינה היהודית והציונית, והן מן הבחינה של המשפט הבינלאומי – לממש את זכויותיו של העם היהודי על ארץ-ישראל המערבית כולה, כולל זכות ההתיישבות.

על תחולת זכות ההתיישבות היהודית שמכוח כתב המנדט על כל חלקי ארץ-ישראל, כותב זוב יוסף<sup>39</sup>:

אשר להתיישבות על הקרקע, מעניק הסעיף 6 (לכתב המנדט) לעם היהודי את הזכות, שקרקעות המדינה וקרקעות שוממות, "שאינן דרושות למטרות ציבוריות", תועמדה לרשות היהודים לצרכי התיישבות צפופה... אין בסעיף זה או בכל סעיף אחר של המנדט שום רמז שייתן למעל המנדט את הזכות להגביל את התיישבות היהודים רק לחלק משטחה של ארץ-ישראל. ונהפוך הוא, חובתו של בעל המנדט היא לעודד התיישבות צפופה של יהודים על הקרקע בארץ-ישראל כולה. אם נעיין בסעיף 2 (בדבר אחריותו של בעל המנדט להקמתו של הבית הלאומי בא"י), ניווכח שחובה זו חלה על ארץ-ישראל כולה, ולא ייתכן כלל לפרשה, כדרך שפירש אותו בעל המנדט בשנת 1939, באופן האוסר רכישת קרקע בידי יהודים בכל חלק מחלקי הארץ.

עמדה זו, לפיה מעוגנת זכות ההתיישבות היהודית בישיע בכללי המשפט הבינלאומי, נתמכת גם על-ידי אישיות בכירה לשעבר בממשל האמריקאי, סגן מזכיר המדינה יוג'ין רוסטוב, פרופ' למשפט בינלאומי, הכותב<sup>40</sup>:

המטרה הראשית של המנדט על ארץ-ישראל היתה שונה [מן המנדט על הארצות הערביות]... בנות הברית יסדו את המנדט על איי כדי לתמוך בשחרור הלאומי של העם היהודי בשל קשריו ההיסטוריים עם הארץ. המנדט עודד את היהודים לייסד בית לאומי בא"י, והעניק להם את הזכות להקים התיישבות שלא תמנע בזכויות האזרחיות והדתיות של העדות הלא יהודיות בא"י. המונח "זכויות אזרחיות" במשפט זה מובחן באופן זהיר מ"זכויות מדיניות". הזכות של העם היהודי להתיישב בא"י מעולם לא נפסקה בחלקה המערבי [להבדיל מא"י שמזרח לירדן]... הדרך היחידה שבה ניתן להביא לקיצה את זכות ההתיישבות שעל-פי כתב המנדט, היא על-ידי סיפוחו של שטח זה למדינה קיימת, או על-ידי יצירת מדינה חדשה באותו שטח. רבים חושבים שהמנדט הבריטי בא לקיצו איכשהו בשנת 1947... או 1948 כשהבריטים נסוגו. זה אינו נכון. נאמנות לשלם אינה באה לקיצה כשהנאמן מת, מתפטר, מועל בנכסי הנאמנות או מודח. הרשות האחראית לנאמנות ממנה נאמן חדש, או מסדירה באופן שונה את חיסולה.

וכן, במקרה של המנדט על דרום מערב אפריקה,

הדתיות של הערבים, אבל לא יותר מזה. הנחת היסוד של המשפט הבינלאומי שחכיר בזכויותיו של העם היהודי על ארץ-ישראל היתה, שהשאיפות הלאומיות של העם הערבי יבואו על סיפוקן בארצות אחרות, ואילו ארץ-ישראל היא אך ורק לעם היהודי.<sup>38</sup> לא למותר לציין, כי בעקבות מסירת השטח של ארץ ישראל המזרחית לשליטון ערבי (ירדן – המשתרעת על פני שטח של 78% של ארץ ישראל שבגבולות הבית הלאומי), לא נותר בידי העם היהודי אלא שטח המשתרע על פני 22% בלבד משטחה של ארץ-ישראל (כולל יהודה ושומרון).

כותב, בהקשר זה, דגלס פיט, משפטן ידוע, ואישיות בכירה לשעבר במימשל האמריקני:<sup>39</sup>

כתב המגדט לא הבחין בין זכויות היהודים לבית לאומי ובין זכויותיהם להתיישבות צפופה ביהודה ושומרון וזכויותיהם במקום אחר כלשהו בארץ-ישראל המערבית. אם היהודים אין עתה שום זכויות חוקיות מוכרות בתביעתם ליהודה ושומרון כחלק ממדינתם, כי אז אין להם זכויות כאלה בשום מקום בארץ-ישראל, שכן כל הזכויות הללו נובעות מאותו מקור: הקשר ההיסטורי של העם היהודי עם ארץ-ישראל, כפי שהוכר בכתב המגדט... הטיעון, שלהיהודים אין זכויות משפטיות על יהודה ושומרון עלול להיות פאטאלי ביחס לזכויות כלשהן שיש ליהודים לריבונות על ישראל שלפני שנת 1967.

בהסכימו עם דבריו של פיט, כותב יונין רוסטוב:<sup>40</sup>

יהודים המתגייסים בתל-אביב משתמשים באותה זכות משפטית שיש להם להתיישב בשטחים (שנכבשו במלחמת ששת הימים).

לאור כל האמור, הסכמי אוסלו שבהם התחייבה ממשלת ישראל למסור את השליטה על תבלי ישיע לשליטון זר, מנוגדים לא רק לערכי היהדות והציונות שעל בסיסם קמה מדינת-ישראל, ומשמעותם היא הטלת ספק בעצם חוקיותה של מדינת-ישראל, המשתרעת כולה על שטחים הנתבעים עלידי הערבים,<sup>41</sup> אלא הם מנוגדים למשפט הבינלאומי, שהעניק לעם היהודי (ולכל אחד מבני העם היהודי) את הזכות להתיישב בכל חלקיה של ארץ-ישראל המערבית. על מדינת-ישראל, כיורשת המגדט הבריטי, או כמו שבאה במקומו, מוטלת החובה שמכוח המשפט הבינלאומי להגשים זכות זו. כשם שהיישוב היהודי בארץ ראה את ההגבלות שהטילה ממשלת בריטניה על העלייה החופשית ועל זכות ההתיישבות בכל חלקי ארץ-ישראל המערבית (וגם המזרחית) כהפרה של התחייבותיה של בריטניה מכוח כתב המגדט,<sup>42</sup> כך גם ראשי הציבור היהודי בישראל להתייחס היום לפעולות דומות של ממשלת ישראל, המחייבת כיתר שאת לקדם את שאיפותיו של העם

היהודי בארצו, כמניעה חמורה בזכות שהיא בסיס קיומה של מדינת ישראל הריבונית.

שאלה היא, אם לאור העובדה שהזכות על ארץ-ישראל היא של העם היהודי, רשאית בכלל הממשלה, או כל גורם אחר, לוותר על זכות זו ויש לזכור, שסעיף 80 למגילת האזורים מבטיח את זכויותיהם של עמים, ולא רק של מדינות, וזכויות של עם אינן פוקעות). בהקשר זה ראויים להישמע הדברים שאמר בהקשר זה ראש הממשלה הראשון, דוד בן-גוריון: "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 כל שהוא. זוהי זכות השמורה לאומה היהודית בכל דורותיה. זכות זאת לא תאבד בשום תנאי. אפילו אם נזמן כלשהו יהיו כאלה אשר יצהירו כי הם מוותרים על זכות זו, אין להם הכוח ולא הסמכות לשלול מהדורות הבאים זכות זו. האומה היהודית אינה מחוייבת ואף אינה כפופה לשום ויתור שכזה. זכותו לאדמה זו, כולה, תקפה ושרירה למצח. ועד לבוא הנאולה השלמה, לא נוו מזכות היסטורית זו".<sup>43</sup>

סיכומם של דברים: זכותו של העם היהודי על איי המערבית היא זכות מוכרת במשפט העמים, ואינה ניתנת לביטול. זכות מוכרת זו היא המונחת ביסוד הגדרתה החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית. מכוחה של זכות זו זכאים יהודים להתיישב בכל רחבי איי המערבית, וכל הסכם להעברת השליטה על תבלי ארץ אלה לשליטון זר, יש בו משום מניעה חמורה בעצם זכותו של העם היהודי לריבונות מדינית בארצו ובזכותו להתיישב בה.

## 2. המשפט הישראלי

מבאן, להוראות המשפט הישראלי הפנימי. בהכרזה על הקמת מדינת-ישראל, מאוזכרת הצהרת בלפור משנת 1917. הצהרה זו אושרה במנדט מטעם חבר הלאומים, "אשר נתן במיוחד תוקף בינלאומי לקשר ההיסטורי שבין העם היהודי לבין ארץ-ישראל ולזכות העם היהודי להקים מחדש את ביתו הלאומי".<sup>44</sup> מאחר שתכנית הבית הלאומי התייחסה לכל ארץ-ישראל – ומכל מקום זכות זו בוודאי שלא נשללה ביחס לארץ-ישראל המערבית – הרי שיש לראות במסמך זה אסמכתא לתפיסה, שלפיה רואה עצמה מדינת ישראל כממלאה אחר השליחות ההיסטורית של הגשמת תכנית הבית הלאומי. גם אם אין הכרזת העצמאות מהווה מקור משפטי מחייב, מכל מקום יש להסתיע בה לצורך פרשנות.<sup>45</sup> לענייננו, יש חשיבות רבה לפסקה הנוכרת, לעניין זכות הריבונות של ישראל (ועל-כילפנים לעניין טענת הריבונות שיש לישראל) ביחס לשטחי ארץ-ישראל המערבית.

יש הטוענים, כי מאחר שישראל לא החילה במעל את ריבונותה על רוב שטחי ישיע, הרי שדינה בשטחים אלה ככובש צבאי,<sup>46</sup> ובמסירתם לגורם זר אין משום מניעה בזכות יסוד כלשהי, באשר זכות ההתיישבות היהודית היא רק לגבי השטחים שבהם חלה ריבונות המדינה.

טענה זו אינה נראית לי, כבר הובחר לעיל, כי זכות ההתיישבות של יהודים בכל מרחבי ארץ-ישראל המערבית היא זכות מוכרת במשפט הבינלאומי. שטחי ישיע, הם אולי נטולי ריבונות, אבל אין זאת אומרת שלישראל אין לפחות תביעת ריבונות על שטחים אלה, השייכים לגם ישראל הן מן הבחינה היהודית, הן מן הבחינה הציונית והן מבחינת כללי המשפט הבינלאומי. איריחלת הריבונות בפועל על שטחים אלה על-ידי ישראל מיד לאחר שחרורם במלחמת ששת הימים נבעה משיקולים פוליטיים כאלה ואחרים, אבל על-כפיהם זכותה של ישראל לריבונות על שטחים אלה מעגנת בחוק הישראלי, ויש אף מקום לראות שטחים אלה כנתונים בפועל לריבונות ישראלית מכוח החוק.

בסעיף 11(ב) לפקודת סדרי השילטון והמשפט, תשי"ח-1948 – מן החשובים שבחוקים החוקתיים של מדינת ישראל – נקבע: "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצוי. סעיף זה היתוסף לחוק המקורי משנת תשי"ח, מיד לאחר מלחמת ששת הימים, ובעקבותיו הוצא הצו שהחיל את המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי על מורח ירושלים וסביבותיה.

על-פי פרשנותו המוסמכת של בית-המשפט העליון, המשמעות הנודעת להחלת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה, היא החלת הריבונות של המדינה באותו שטח<sup>47</sup>. בידוע, שנושא הריבונות הוא בסמכותו של המחוקק הראשי, ואכן, דרך זו, שבה נקט המחוקק הישראלי, של החלת הריבונות של המדינה באמצעות צו מינהלי, ולא על-ידי המחוקק הראשי, היא יוצאת דופן במשפט הבינלאומי<sup>48</sup>, ואין להסבירה אלא על רקע התפיסה, שלפיה ישראל רואה עצמה כריבון, או לפחות כבעל הזכות 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 למוסרו בידי הרשות המבצעת (הממשלה), כשתימצא לנכון להחיל זכות זו בפועל.

ריבונותה של המדינה – או זכותה לריבונות – ביחס לשטחי ארץ-ישראל, טבעת מן הזכות הטבעית וההיסטורית של היהודים לארצם – זכות שהוכרה, כאמור לעיל, גם במשפט הבינלאומי. אלמלי זכות זו, שהיא בגדר של מעין חוקה בלתי כתובה של מדינת-ישראל, לא היתה הכנסת יכולה להפקיד את נושא של החלת הריבונות בפועל, בידי הרשות המבצעת. בהסמכה את הממשלה לנקוט בצעדים המינהליים הדרושים כדי ליישם את הריבונות בפועל, הכריזה הכנסת למעשה ששטחי ארץ-ישראל המערבית הם בגדר של שטחי מולדת ששוחזרו<sup>49</sup>, ולא בגדר של שטחי כיבוש, ולפיכך – החלת הריבונות עליהם למעשה, אינה אלא צעד טכני שאינו טעון חקיקה ראשית ביחס לכל שטח ושטח.

למרבה הצער, לא עשתה הממשלה שימוש בסמכות שמעניק לה המחוקק אלא ביחס לירושלים רבתי, ולא

מילאה את מה שאפשר היה לצפות, היינו שתקבע בצווים, יימומן לזמן, מה הם השטחים שעליהם יחול המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה, כלשון שר המשפטים, יעקב שמשון שפירא, בהביאו את הצעת התיקון לפקודת סדרי השילטון והמשפט לאישור הכנסת<sup>50</sup>. ואולם, נגם העובדה שהממשלה לא עשתה שימוש בסמכותה, אינה נורעת-מעצם החכרזה הכלולה בפקודת סדרי השילטון והמשפט על זכות הריבונות שבדי ישראל – זכות ששום ממשלה (ולדעת, גם שום כנסת) אינן יכולות להתנכר לה.

פירוש סעיף 11(ב) לפקודת סדרי השילטון והמשפט כמבטא את זיקתו ההיסטורית של עם ישראל לארצו – זיקה המשמשת יסוד לזכותה של המדינה היהודית לריבונות בכל שטחי א"י ששוחזרו במלחמת ששת הימים – מתבקש גם מתוך דבריהם של ראשי המדינה אז, בעקבות המלחמה. בדברים שנשא שר הביטחון, משה דיין, ברחבת הכותל המערבי מיד לאחר שיתרוו, הוא אמר, בין היתר<sup>51</sup>:

צבא התנגה לישראל שחרר הבוקר את ירושלים... חורג לקדושים שבמקומותינו. חורג על-מנת שלא להיכרד מהם לעולם.

וראש הממשלה, לוי אשכול, בנאומו בכנסת עם סיום המלחמה, אמר<sup>52</sup>:

עם ישראל, שורשיו בארץ הזאת עמוקים כימי עולם, במשך הדורות שמר עם ישראל בתמצותו על קשריו עם ארץ זו, ובמקביל שמרה לנו הארץ אמונים ולא התמכרה לשום עם זר. זכותה ההיסטורית הרוחנית הזו אושרה במשפט העמים, וחושלה על סדן המציאות. היום נוכח השלם כולו לדעת כי אין כוח שיוכל לעקרת מארץ זו. ייחוד זה של עמנו וקשריו עם הארץ, אין להם אח ומשל בתולדות העמים... קשרינו עם ארץ זו עמוקים מני ים, באשר בלעדיה אין לנו חיים.

דומה, שאין לפרש את סעיף 11(ב) לפקודת סדרי השילטון והמשפט אלא על רקע דברים אלה, ששיקפו את תחושתו של עם שחזר לארצו, ואשר את זכותו המלאה להחיל את ריבונותו על חבלי ארץ אלה ששוחזרו, הוא ביטא, באמצעות נבחריו, בחקיקה הניל.

אם לא די בדברים מפורשים אלה של ראש הממשלה של שר הביטחון – דברים המשקפים את הזיקה של העם היהודי אל שטחי א"י באזורי ישיע כאל שטחי מולדת ששוחזרו – הרי לפנינו, במלואם, לעניינו, דבריו הנוכחים לעיל של שר המשפטים, יעקב שמשון שפירא, בהביאו לפני הכנסת את ההצעה לחוסף לפקודת סדרי השילטון והמשפט את סעיף 11(ב)<sup>53</sup>.

הטעון קביעה – לצורך הצעת החוק שאני מביא שתה



למי הכנסת... הוא, שבא הנגה לישראל שחדר מעל זדים חלקים ניכרים מארץ-ישראל, לאו דוקא רצופים, והנמצאים זה למעלה משבועיים בשליטת צה"ל. התפיסה המשפטית של מדינת ישראל שהיתה מאז ומתמיד תפיסה אורגנית המותאמת לעובדות המדיניות המשפטיות, היתה מושתתת על העיקרון, שהמשפט, השיפוט והמינהל של המדינה חלים על חלקי ארץ-ישראל המצויים בריבונותה של המדינה הלכה למעשה.

דעת הממשלה היא – ובזאת עולה השקפתה בקנה אחד עם החוק הבינלאומי – שבנוסף על שליטת צה"ל נחוץ מעשה ריבונות מובהק מצד המדינה כדי שיהא המשפט הישראלי חל על שטח כזה. מבחינה מעשית ומדינית כאחד, אין מעשה ריבונות כזה יכול להיעשות בלי מספר תנאים מוקדמים, אם רוצים לשקוד על שלימות המעשה ויעילותו.

אי לזאת, ראתה הממשלה צורך להציע לכנסת שתחוקק את החוק שאני מביא, הקובע כי המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח מארץ ישראל אשר הממשלה תקבע כגו. אם תקבל הכנסת את החוק, כפי שמקווה הממשלה, תהא הממשלה מוסמכת לקבוע בצווים, מומן לזמן, מה הם השטחים שעליהם יחול המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה.

משמעות דבריו של שר המשפטים היא, שישראל רואה עצמה, להלכה, כריבון בשטחי א"י, שהם שטחי מולדת ששוחזרו מעול זרים. אלא, שנחוץ גם מעשה ריבונות מובהק כדי שהמשפט הישראלי יחול בשטחים אלה, וזו מטרת סעיף 111א, המסמיך את הממשלה לקבוע בצווים, מומן לזמן, את השטחים שבהם יחול המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה.

אם אמנם יש למרש את סעיף 111א לפקודת סדרי השילטון והמשפט כסעיף המבטא את קיומה של זכות הריבונות של ישראל על שטחי ארץ-ישראל<sup>35</sup>, כי אז יש מקום לומר, שכל פעולה הננקטת על-ידי הממשלה בכיוון של מסירת השליטה בשטחי ארץ-ישראל לידי שילטון ערבי, עומדת בניגוד לרצון המחוקק, שראה עצמו בעל הזכות לריבונות על שטחי א"י ששוחזרו משילטון זר, וכפועל יוצא הסמיך את הממשלה להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל (קרי: ריבונות המדינה) באותם שטחים. המחוקק לא הסמיך את הממשלה למסור את השליטה בשטחי ארץ-ישראל לגורם זר – צעד שמשמעותו היא הפקעת זכות הריבונות (לפחות בכוח) מידי המחוקק הראשי (הכנסת), מניעת האפשרות להחליטה בפועל של הריבונות הישראלית בשטחים אלה בעתיד, והכנת התשתית להחלת ריבונות זרה שם. סמכות זו צריכה היתה הכנסת להעניק במפורש לממשלה בדרך של חוק, וכל זמן שלא הסמיכה את הממשלה במפורש להעביר את השליטה בשטחי ארץ-ישראל לגורם זר, הרי שלכאורה כל מעשה שיש בו משום מסירת השליטה בשטחי ארץ-ישראל

לשילטון זר, עומד בעליל בניגוד לרצון המחוקק, שראה עצמו לפחות כטוען לריבונות, ולא גילה דעתו כי ברצונו להסתלק מזכות זו, או כי הוא מייפה את כוחה של הממשלה לעשות כן<sup>36</sup>.

זאת ועוד: כלל הוא במשפט המינהלי, שכאשר רשות הפועלת על-פי חוק מאצילה מסמכותה, היא נשארת "מקור" הסמכות ובעל הסמכות והחובה על-פי החוק. אצילת הסמכות דומה היא לייסודות שניתן לשלוח. השולח יכול להמשיך ולפעול בעצמו<sup>37</sup>. בסעיף 111א לפקודת סדרי השילטון והמשפט הסמיך המחוקק את הממשלה לנקוט בצעדים הדרושים לצורך החלטה, למעשה, של הריבונות הישראלית בשטחי א"י ששוחזרו במלחמת ששת הימים. בתענות סמכות זו לממשלה, לא פסקה הכנסת, כמוסד המחוקק, להוות את מקור הסמכות. דומה, כי מושכל ראשון הוא, שאין בידי הגוף המוסמך, אשר לו הואצלה הסמכות למטרה מוגדרת, לעשות מעשים כאלה, השומדים בעליל בניגוד לאותה מטרה, והשוללים את היכולת מאת הגוף המוסמך, שהוא מקור הסמכות, את היכולת לעשות כל שימוש עתידי בסמכותו, לבד אם הדבר נקבע במפורש בחוק.

לאור דבריו המפורשים של שר המשפטים בעת הבאת החוק לכנסת, ברור לחלוטין שהכנסת ביקשה לקבוע בחוק את הדרך שבה תוחל, מכאן ולהבא, לסירוגין, הריבונות הישראלית בשטחי א"י ששוחזרו במלחמת ששת הימים. אין בידי הממשלה, כרשות מבצעת בלבד, לעשות מעשים שיסכלו את כוונת המחוקק, לבד אם הוסמכה לכך. בשעת החתימה על "הסכמי אוסלו" השונים, לא היה בנמצא שום חוק שהסמיך את הממשלה להעביר שטחים של א"י לשליטת זרים ולסכל בכך את האפשרות להחיל עליהם את הריבונות הישראלית בעתיד.

פרט לסעיף 111א הנ"ל, קיים אקט חקיקתי נוסף הראוי לתשומת לב בהקשר שלמינו. המעשה הראשון שעשתה מועצת המדינה הזמנית ביום שבו הוכרז על הקמת מדינת ישראל, היה פרסום מינשר שבו נקבע, כי המועצה היא הרשות המחוקקת, ובתוקף סמכותה היא הורתה כי "הוראות החוק הנובעות מהספר הלבן משנת 1939 בטלות בזה ומבוטלות", וכן בוטלו למפרע תקנות העברת קרקעות, 1940<sup>38</sup>. מינשר זה, שהוקרא על-ידי דוד בן-גוריון, נתקבל במחאות כפיים סוערות, במחוקק – באקט חקיקתי ראשון של המדינה היהודית שזה עתה קמה – את כל הניירות שנגזרו על-ידי שליטי הארץ הקודמים, ושתכליתן מניעת עלייה חופשית ושליחת זכות ההתיישבות היהודית ברחבי ארץ-ישראל. באקט חקיקתי ראשון זה של מדינת היהודים, יש יותר מאשר סמליות גרידא. אקט זה מבטא את בסיס קיומה של מדינת היהודים, המורכב משני יסודות בלתי ניתנים להפרדה אלה: א. זכות העלייה החופשית לכל יהודי לא-א"י. ב. זכות ההתיישבות החופשית לכל יהודי ברחבי א"י הנמצאים בשליטת המדינה. הסכמי אוסלו, ככל שיש בהם הכרה בזכותו של עם אחר על חלק כלשהו של א"י, והמכוונים להעברתם בפועל של שטחי א"י הפנויים להתיישבות יהודית לשליטת זרים – דבר שיימנע

כל אפשרות של התיישבות יהודית עתידית שם – עומדים אפוא בניגוד לרצון המחוקק, שביקש לשים קץ למצב החוקי הקודם, ששלל מן היהודים את זכויותיהם האלמנטריות בארצם.

יש לזכור, שמינשר זה הוצא עלידי מועצת המדינה הזמנית ביום הקמת המדינה, כשטרם היה ידוע מה יהיו גבולותיה של מדינה זו. בכוונתם של חברי מועצת המדינה הזמנית – הגוף המחוקק הראשון של המדינה – היה להכריז קבל עם ועולם, כי בבסיס קיומה של המדינה היהודית מונחת זכות העלייה החופשית לא"י וזכות ההתיישבות החופשית בא"י, וכי זכויות אלה תישמנה בכל שטח של א"י שיהיה נתון לשליטתה של המדינה.

הסכמי אוסלו, שעל פיהם אמורים להוספר שטחים מא"י לשילטון זר, לא רק שהם שוללים את זכותם של היהודים להתיישב בארצם; הסכמים אלה מאיימים גם על ביטחונם (ובכך ידובר להלן) ועצם קיומם של היישובים הקיימים. אכן, בהסכמים אלה נקבע, שכל זמן שלא הושג הסדר הקבע באזורי ישיע, לא ימנה שום יישוב יהודי ממקומו. ואולם, הסכנה הגדולה היא, שבמידה ויושטמו הסכמי אוסלו, דהיינו לידי הערבים יימסרו שטחי המדינה המקיפים את היישובים היהודיים, יוקפו היישובים היהודים עלידי המוני ערבים שלא יאפשרו ליישובים היהודים את המשך הקיום (ולא רק את המשך ההתפתחות). רמז על מה שעלול להתרחש אם יימסרו שטחי המדינה ביהודה ושומרון לידי הערבים, ניתן על-ידי יאסר עראפת, ראש אש"ף, בטאומו זה לא מכבר בפני דיפלומטים ערביים בשטוקהולם.<sup>58</sup> לדבריו, עתידים הערבים להשתלט על כל א"י לאחר שימאסו ליהודים את החיים בה, והם ייאלצו לברוח מכאן. עראפת התייחס בדבריו ליישוב היהודי שבתוך גבולותיה הישנים של מדינת ישראל, נקל לשער מהו הנורל הצפוי ליישובים היהודיים שיהיו מוקפים בהמוני ערבים, שתכלית ישיבתם שם היא מימוש "חזונו" של מנהיגם לסלק את היהודים מא"י, ולהחזירם לארצות הגולה.

המשך יישום הסכמי אוסלו, במידה שהוא יביא למסירת שטחי המדינה בישיע לידי הערבים, וימיט בכך אסון על מפעל ההתיישבות בחבלי ארץ אלה לאחר שהיישובים ייאלצו להתפנות משם בעל כורחם, גם אם אין בו משום גזירת גירוש ישירה כלפי היהודים המתגוררים שם, מכל מקום יש בו למחצת משום סיוע מודע – ולו בעקיפין – לתהליך שבמפעל יביא להתרוקנותם של חבלים אלה מיהודים, ולהפיכתם ל"יודנריין".

העם היהודי לא הכיר מעולם בחוקיותם של הגירושים השונים של היהודים מארצם, ולפיכך התייחס לאחזתם של זרים בארץ-ישראל כאל מעשה גזל. מכוחה של תפיסה זו – ורק מכוחה – קמה התנועה הציונית ותבעה את החזרתה של ארץ-ישראל לעם היהודי – זכות שהוכרה על-ידי אומות העולם. המשמעות הנודעת להכרה מטעם מדינה יהודית עצמאית בזכותו של עם זר על ארץ-ישראל, לראשונה בחיסטוריה היהודית – זו המשמעות החמורה

של הסכמי אוסלו – היא: הודאה בטענה שאותה משמיעים הערבים השכם והערב, כי ארץ-ישראל גזלה מאיתם על ידי היהודים – טענה המונחת ביסוד המסמך הידוע כ"אמנה הפלסטינית" – והשמטת הבסיס החוקי והמסודר לזכותו של העם היהודי על ארץ-ישראל כולה.

## ב'

### הפגיעה בביטחון המדינה ואזרחיה

הסכמי אוסלו – אף-על-פי שהם מכילים סידורי ביטחון כאלה ואחרים – מנעים, לאמיתו של דבר, פגיעה חמורה בביטחון אזרחי המדינה היהודיים, ושדירים לסכן – אם יבוצעו עד תום – לא רק את חייהם של יחידים, אלא גם את עצם קיומה של מדינת היהודים. הסכמים אלה בנויים על הנחת יסוד, לפיה מגמת מיהם של ראשי אש"ף, שעיימם נשאת ונתנת ממשלת ישראל, היא כינון שלום אמת. ואולם, הנחה זו מומרכת מעיקרה, כמו שיתברר להלן, נוכח מחויבותו החוקתית של אש"ף להשמדת ישראל, ונוכח הצהרותיהם בעל-פה של ראשי האירגון – הצהרות הנובעות מתפישותיהם הדתיות והלאומיות שאינן ניתנות לשינוי.

בנכונותה לשאת ולתת עם אירגון אשר אלה מטרותיו, ובקבלה על עצמה התחייבויות שונות כלפי אירגון זה בעודו מחזיק בתוכניותיו הנפשעות כלפי העם היהודי ומדינתו, פעלה הממשלה בניגוד לחובתה, שמכוח החוק, להגן על המדינה ועל אזרחי המדינה מפני הקמים עליהם לבלותם. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב – 1992, בא להגן על שורה של זכויות יסוד של האדם, וביניהן זכות האדם לחייו, לשלימות גופו, לכבודו ולקניינו: "אין מנעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2); "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (סעיף 4). על-פי סעיף 11 לחוק, "כל רשות מרשויות השילטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". ממשלת ישראל, כנושאת באחריות העליונה לביטחון המדינה, וכמו שממונה על צבא התגנה לישראל מכוח חוק-יסוד: הצבא, בודאי שמתחייבת להגן על חייו, גופו וכבודו וקניינו של כל אזרח החי במדינה.

על הממשלה – כמו על יתר רשויות השילטון בישראל – לכבד את הזכויות המוגנות בחוק, וחובה זו קיימת גם ביחס לחוזים שבהם היא מתקשרת, וף בשלב של עריכת החוזה, והן בשלב של קיום החוזה. כיום, בעקבות חוק היסוד, זוהי חובה חוקתית.<sup>59</sup>

אכן, במילוי חובותיה להגנת המדינה ואזרחיה, יש לממשלה שיקול דעת רחב, אבל על-פי כללי המשפט המינהלי, עליה להפעיל את שיקול הדעת – בדומה למילוי חובותיה בעניינים אחרים שבהם היא פועלת מכוח החוק – כמו כל אדם סביר, רק על יסוד תשתית של עובדות, שתאפשר לה לקבל את ההחלטה הנכונה. החלטה המתקבלת שלא על יסוד תשתית העובדתית הנוגעת

לענין, היא החלטה שרירותית, ועל כך כותב פרופ' יצחק זמיר את הדברים הבאים<sup>60</sup>:

שיקול הדעת הוא חופש לבחור בין אפשרויות שונות, אך אין הוא חופש מוחלט. שיקול דעת אינו קפריזה. רשות מינהלית שמפעילה את שיקול הדעת שלה ללא בירור העובדות הנוגעות לענין, ומחליטה על יסוד תחושה בעלמא, או שדעתה נוטה להגיע לתוצאה מסויימת ללא תלות בעובדות המקרה, אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק. במקרה כזה ניתן לומר על הרשות כי היא פועלת בשרירות. שרירות היא סוג של שחיתות. יש בה חומרה קיצונית. היא עולה לפסול כל החלטה מנהלית.

אדם פרטי, שעשה ברכושו בלבד, ושאי בדרך כלל לנהוג בשרירות, אם אין בכך כדי להזיק לאחרים. לעומתו, רשות מנהלית, כגאמן הציבור, חייבת לנהוג בהגינות ובסבירות. ההגינות והסבירות מחייבות, בין השאר, שכל החלטה תהיה מבוססת על תשתית של עובדות.

כיצד תיבחן השאלה: האם פעלה הממשלה כראוי, והאם היא שקלה נכונה את העובדות הנוגעות לענין? המבחן הוא מבחן הסבירות. החלטת ממשלה – כמו זו של כל רשות מינהלית – הלוקה בחוסר סבירות קיצוני, עלולה להיפסל. כלל זה מבוסס על ההנחה, "שהמוחקק, אשר העניק את הסמכות, התכוון כי הרשות תפעיל אותה באופן סביר. לפיכך, אם הרשות קיבלה החלטה ששום רשות סבירה לא היתה מקבלת, יש בכך עילה לפסול את ההחלטה"<sup>61</sup>.

מבחן הסבירות משמעותו: "שקילת כל השיקולים הרלוואנטיים ומתן משקל ראוי לשיקולים אלו... משקלם הראוי של הגורמים הרלוואנטיים נקבע עליהם כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה או החלטתה" אשר סבירותה עומדת לבחינה... על הרשות המינהלית לאזן את האינטרסים השונים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על ידי המוחקק"<sup>62</sup>.

במסגרת השיקולים אשר על הרשות לשקול, לא רק את העובדות שיש להן חשיבות לנשוא הענין אלא גם השערות באשר לעתיד, במידה ויש לכך חשיבות לצורך קבלת החלטה. כך, למשל, ועדת שיחרורים המוסמכת להחליט אם להמליץ על קיצור תקופת מאסרו של מי שהורשע בדין ונידון לנאסר, צריכה לשקול לא רק את התנהגותו של האסיר אלא גם את מידת הסיכון הצפוי בעתיד כתוצאה משחרורו המוקדם. "בגיבוש מסקנותיה, עליה להתחשב בעובדות בדוקות באשר לעבר ובהשערות באשר לעתיד"<sup>63</sup>. מטבע הדברים, הערכה באשר להתפתחויות עתידיות אינה יכולה שלא לעסוק בבחינת סיכונים וסיכויים. הערכה שאינה נותנת את המשקל הראוי לנתונים המצביעים בעליל על הסיכונים העתידיים, היא החלטה בלתי סבירה<sup>64</sup>.

האם החתימה על הסכמי אוסלו עומדת במבחן הסבירות? לענין, החשובה היא שלילית. בעצם החתירה

לשלום אין כמובן כל דופי, ועל כן מטרתה של הממשלה להגיע להסכם שלום עם ערביי א"י אין בה כל פסול. ואולם דומה, כי הכול יסכימו, שאם מדובר בחתימה על הסכם שאין כל סיכוי שישגי את המטרה שלשמה נחתם, דהיינו השגת שלום, והוא אף עתיד למנוע בביטחון המדינה ואורחיה ועלול לסכן את עצם קיומה, הרי שהחלטת הממשלה לחתום על הסכם זה לוקה בחוסר סבירות קיצוני.

לענין, להסכמים שעליהם חתם ראש הממשלה עם ראש אש"ף במטרה להגיע להסדרי שלום עם ערביי א"י, אין אמנם כל סיכוי שישגו את מטרתם, ולהפך – הם עלולים לגרום להחמרה במצב הביטחון של אזרחי ישראל היהודים – ועל-כן הם לוקים בחוסר סבירות קיצוני. ואלה נימוקי לכן:

הסכמי אוסלו נחתמו עם ראש אירגון טרור, בשם אותו אירגון, בעד שאותו אירגון מחוייב, עליהם חוקתו, ועל-פי תפיסותיו המדיניות, הלאומיות והדתיות, להשמדתה של מדינת ישראל.

על-פי חוקת אש"ף<sup>65</sup>, "העם הערבי הפלסטיני הוא בעל הזכות החוקית במולדתו" (סעיף 3), ומולדת זו משתרעת על כל שטח ארץ-ישראל המנדטורית, מן הים עד המדבר (סעיף 2). מסעיפים אלה ואחרים משתמשת הקביעה החד-משמעית, כי לשום עם אחר אין זכות על ארץ-ישראל. כל תכלית קיומו של אירגון זה – כפי שהדבר מבוטא בשמו: האירגון לשחרור פלסטין – היא: שחרור כל השטח המוגדר כ"פלסטין" מידי הכובש הציוני, ו"החזרתו" לריבונות ערבית, או עליה ניסוח ערבי מעודן יותר, לצרכי הסברה: הקמת מדינה חילונית דמוקרטית במקום המדינה היהודית (או לצד המדינה היהודית, כחלק מ"יתירת השלבים"<sup>66</sup>).

שחרור "פלסטין" מן הכיבוש הציוני אין משמעותו רק שחרור מידי השליטן הציוני. שחרור "פלסטין" משמעותו: טיהור הארץ מאוכלוסייה זרה, או מה שקרוי היום: "טיהור אתני". עליה חוקת אש"ף, כפלסטיני נחשב – לענין זכות המגורים בפלסטין – כל ערבי שהתגורר בארץ עד שנת 1947 (וצאצאיה), גם אם יצא או הוצא ממנה (סעיף 5), ואולם ביחס ליהודים – רק לאלה מהם שהתגוררו בארץ עד תחילת הפלישה הציונית יש זכות להמשיך ולהתקיים כאן (סעיף 6). בענין זה יש חילוקי דעות, כשלדעת יו"ד אש"ף, יש לראות את ראשית שנות השמונים של המאה הקודמת כתחילת הפלישה הציונית (העלייה הראשונה וייסוד המושבות הראשונות בא"י), ולפי דעות אחרות הכולנה ב"תחילת הפלישה הציונית" היא לשנת הצהרת בלפור – 1917. אותם יהודים שאינם שומדים בקריטריון זה, מיועדים לשוב לארצות שמהן באו. בפרשנותו לסעיף 6 של האמנה הפלסטינית<sup>67</sup>, כותב פרופ' יהושפט הרבני, כי העמדה הערבית "לא הסתפקה רק בתביעה שהפלסטינים יחזרו, אלא דרשה גם שהארץ תחזור אליהם כשהיא ערבית ומטוהרת מאוכלוסייה זרה. בלעדי זאת לא יוכלו הפלסטינים להיות אדוניה". אם נזכור,

שבשנת 1917 ישבו בארץ פחות מ-60,000 יהודים (שלא לדבר על מספר היהודים עשרות שנים קודם לכן), הרי שרובה המכריע של האוכלוסייה היהודית בארץ-ישראל חייב להתמנות מן הארץ – מה שיאפשר את ביצועה של "זכות השיבה" של מיליוני הפליטים הערביים, כדרושת אש"ף – דרישה שממשלת ישראל הסכימה לשאת ולתת עליה (סעיף v, 3 להסכם הצהרת העקרונות).

מטרת אש"ף היא לטהר את פלסטין כולה מן הקיום הציוני (סעיפים 21, 15 לאמנת אש"ף), והוא רואה הן את החלטת החלוקה של האו"ם משנת 1947 והן את ההחלטה על הקמת מדינת-ישראל כבטלות מעיקרן, בהיותן סותרות את זכותו של העם הערבי למולדתו. אגב, הציונות מוגדרת באמנת אש"ף כ"יתנועה גזענית קטנית בהווייתה; תוקפנית, התפשטותית, התיישבותית במטרותיה; היא פאשיסטית באמצעיה" (סעיף 22). הדרך להשגת מטרת אש"ף היא המאבק המזויין (סעיף 9), ושחרור פלסטין מן הקיום הציוני הוא חובה לאומית (סעיף 15).

השאיפה הערבית היא אפוא כפולה: להכחיד הן את היישות הציונית בארץ-ישראל והן את מרכיביה של רשות זו, דהיינו את היהודים כפרטים. וכך טאמר באחד מפרסומיו של אירגון הפת"ח:<sup>68</sup>

מבצע השחרור אינו רק סילוק בסיס אימפריאליסטי. אלא מה שחשוב מכך הוא: הכחדת חברה. לא רק התבוסה הצבאית היא המטרה במלחמת השחרור הפלסטינית, אלא חיסול הצביון הציוני של הארץ הכבושה, בין אם צביון זה הוא בכוח אדם או בחברה.

ובדברי פרשנותו של יהושפט הרכבי, כותב המחבר:

לא מקרה הוא שבצהרות ערביות בעבר בלט קשר בין חיסול ישראל כמדינה לחיסול תושביה היהודים (ג'נוסידייות), וכי מגמה זו הובהרה באמצעות שימוש בביטויים רצחניים לגבי הישראלים (שם).

מי שהמושגים: "ג'נוסייד", "טיהור" או "טיהור אתני", אינם נהירים לו, או שהוא מפקפק בכך שהתרחשויות מעין אלו עשויות בכלל להתרחש בעולמנו הטור, מוזמן להתבונן באשר אירע לבני עמנו באירופה במרוצת אלף השנים האחרונות עד לחורבנה המוחלט של יהדות מזרח ומרכז אירופה ובמרכזה בתקופה השואה. ואם נחוצות דוגמאות עדכניות יותר, ניתן למצוא אותן ברואנדה, בבורנדי, בבוסניה, ובמקומות נוספים על פני כדור הארץ, שם נטבחות אוכלוסיות שלמות כדי להיפטר מאותם יסודות אתניים שאינם רצויים.

תכניתם של הערבים שעומם חתמה ממשלת ישראל על הסכמי אוסלו, היא אפוא – ללא כחל ושרק – גירוש העם היהודי מארצו וחיסול הריבונות היהודית בארץ-ישראל, תוך חיסול מיסי של היהודים שייסרבו להתמנות מארצם, כדי לאפשר את ישובה של הארץ בערבים, והשלטת

הריבונות הערבית על ארץ-ישראל. משימה זו לא תושג כמובן עלידי אירגון אש"ף לבדו, שכן אין לו כל יכולת צבאית לצורך הגשמתה. משימה זו תושג עלידי גורמים בעולם הערבי והמוסלמי, שאש"ף משמש להם חיל חלוץ. תפיסה זו, מעוגנת בכמה מסעיפי האמנה הפלסטינית (בניהם סעיפים 15, 14), ובדברי פרשנותו כותב יהושפט הרכבי:<sup>69</sup>

בלחימה יהיו הפלסטינים חלוץ העובר לפני המחנה הערבי, אולם שליחותם זו היא שליחות כלל-ערבית. בעצם החלוקה יש גם תביעה – אפילו לא מורשה – שהפלסטינים יהיו גם מכווני המאבק ("חלוץ"), והשאר ילכו בעקבותיהם.

אין אפוא כל ספק בכך, שמטרתו של אירגון אש"ף היא להביא לחיסולה של מדינת-ישראל. גם בית המשפט העליון קבע – לאור סעיפי האמנה הפלסטינית – כי "ברור ונלוו הוא שאש"ף במהותו ובדרכו מסכן את ביטחונו ואת שלמותה של מדינת-ישראל ושולל את עצם קיומה"<sup>70</sup>.

החלטתה של הממשלה לחתום על הסכמים עם אירגון מרצחים שאלו מטרתיו, כשמאחוריו ניצבת העוצמה הצבאית והמדינית של העולם הערבי והמוסלמי כולו, והסכמתה ליישום הסכמים אלה תוך ויתור על נכסים אסטרטגיים ראשוניים במעלה, בלא להתנות לפחות את ביטולה של "אמנת אש"ף" קודם, או בד בבד, עם החתימה – ולהלן יתברר שאף צעד כזה, אילו נעשה, היה חסר משמעות לחלוטין – לוקים בחוסר סבירות קיצוני. על-פי כללי המשפט המנהלי שהתבארו לעיל, דינה של החלטה הלוכה בחוסר סבירות קיצוני, להתבטל.

אריסבירותה של החלטה זו נובעת מכך, שלא ניתן המשקל המתאים למטרותיו המדיניות והדתיות של אש"ף, כמפורט לעיל (וראה גם להלן). כמו כן לא יוחסה חשיבות מספקת לעברו הפלילי של אירגון זה ומנהיגיו, ולמעורבותם הישירה במעולות רצח ובפשעים חמורים אחרים. על-פי פסיקת בית המשפט העליון, עברו הפלילי של אדם הוא נתון שעל הרשות הדנה בעניינו לקחתו בחשבון.

בפרשה אחת<sup>71</sup>, החליט בית המשפט העליון כי עברו הפלילי של אדם חייב להיות שיקול לצורך ההחלטה על מינוי לתפקיד בכיר בשירות הציבור, משנמצא, באותו עניין, שהממשלה לא ייחסה לשיקול זה את המשקל הראוי במכלול השיקולים, הגיע בית המשפט העליון למסקנה, כי הרשות השלטונית, הייט הממשלה, חרגה "באופן קיצוני ומהותי ממתחם הסבירות". למסקנה זו הגיע בית המשפט לאחר שקבע, בין היתר, כי מינוי עובד ציבור בעל עבר פלילי משפיע על תיפקודה של הרשות הציבורית ועל היחס של הציבור אליה, ויש לכך השלכות על אופן הציבור ברשות הציבורית<sup>72</sup>. יצוין, כי באותו מקרה, האיש כלל לא הועמד לדין, לאחר שהוענקה לו חנינה, ולמרות זאת סבור היה בית המשפט כי אריהתחשבות בעברו הפלילי, למעשה, של אותו אדם, היתה בלתי סבירה, ומינויו נפסל.

בעניין אחר נקבע, כי עברו הפלילי של אדם הוא שיקול לגיטימי לגבי החלטה אם להעניק לאותו אדם רישיון לפתוח עסק מסויים:

החשש, פן אדם בעל אופי אלים כנייל ושיש לו עבר פלילי כה עשיר, עשוי לשמש מוקד למשיכת אנשים שגם הם בעלי עבר פלילי... חשש זה הוא סביר והוא הנתון כי מתן הרישיון המבוקש לשתר עלול לסכן את שלום הציבור וביטחונו... בשוקלו אם יש עליו ליתן את האישור... היה המשיב... חייב לצפות את פני העתיד, ומכאן שהיה ראוי להתחשב בעברו הפלילי של השתר כיסוד סביר להערכתו, שאם יורשה זה לנהל עסק מהסוג הנדון דווקא, כי אז יהיה בכך כדי לסכן את שלום הציבור ואת ביטחונו.<sup>73</sup>

מובן מאליו, כי חובה עליונה מוטלת על הרשויות המופקדות על ביטחון המדינה לשקול את עברו של אדם לצורך הערכות עתידיות לגביו כשצפויה ממנו סכנה. נפקס, אין זה חיוני כי אותו אדם היה מעורב בפעל במעשים פליליים והורשע בדיון, די בכך שהוא עסק בשכנועם של אנשים לקיים מאבק מזויין נגד מדינת ישראל. סמכותן וחובתן של הרשויות היא למנוע את הסכנות הצפויות מאנשים כאלה. "מסקנתו ההגיונית של בעל סמכות צריכה להתבסס על עובדות, ואין כעובדות העבר כדי ללמד על מה שצפוי בעתיד."<sup>74</sup>

דומה בעניין, שעברו הפלילי של אדם חייב להוות שיקול אצל הרשות הציבורית גם לצורך ההחלטה אם לחתום עמו על הסכמים המשפיעים על הציבור ככללותו. בוודאי שיש ליתן לשיקול זה משקל ראוי כאשר מדובר באדם שלא זו בלבד שהוא בעל עבר פלילי, אלא הוא עומד בהזוה בראש אירגון טרור מבחינת החוק, ולא חדל אפוא מעולם להיחשב כעבריין. אם עבר פלילי מוסל אדם מלכתחילה בתפקיד ציבורי והופך את ההחלטה על מינויו לבלתי סבירה באופן קיצוני, קשה לראות כיצד ניתן לראות כסבירה החלטה על התקשרות עם עבריין בפועל, הממשיך לראות עצמו מחוייב להשגדת מדינת ישראל. בוודאי שיש לראות כבלתי סבירה לחלוטין התקשרות חוזית עם אדם כזה, כשבמסגרתה נמסרות לידי סמכויות ביטחון ואחריות לשלום הציבור. קשה להניח שניתן יהיה למצוא אפילו תקדים אחד בהיסטוריה האנושית לכך, שמדינה העבירה את סמכויות הביטחון שבדיה לאירגון, שעל-פי חוקיה הוא אירגון טרור.

הטענה שעשויה הממשלה להעלות היא, שעל-אף האמור בחוקת אש"ף, באופן טעני הוא נטש את דרך האלימות ועלה על דרך השלום, והא ראייה: במבוא להסכם הצהרת העקרונות נאמר, כי הצדדים מסכימים, "כי הגיעה השת להביא לידי גמר עשרות שנות עימות וסכסוך... ולפעול בכל יכולתן למען דו קיום בשלום, כבוד וביטחון הדדיים, ולהשיג הסכם שלום כולל, צודק ובר-קיימא ופיוס היסטורי במסגרת התהליך המוסכם".

לעניות דעתי, מיסקה זו אינה מלמדת ולא כלום על מצמותיו האמיתיות של אירגון המרצחים, ועליכן אין בה כדי להפוך את החלטת הממשלה לסבירה. נכונותו של אש"ף לחתום על הסכמי אוסלו שעל-פיהם מובטחים לו (לפי הבנתו) שטחי יהודה, שומרון ועזה, אינה נובעת מזיחת דרך המאבק המזויין, אלא מהשעייתו, וזאת על-פי תכנית השלבים של אש"ף, הידועה כ"תכנית עשר הנקודות", משנת 1974.<sup>75</sup> לפי תכנית זו, יש לשלב את המאבק המדיני עם המאבק המזויין, ולחקים מדינה על כל שטח של פלסטין שאותו יצליח האירגון לשחרר באמצעים מדיניים או צבאיים (סעיף 2). לפי תכנית זו, לאחר שיוכנון שילטון פלסטיני על חלק של פלסטין, ייבאק השילטון הפלסטיני "במטרה להשלים את שחרור כל הטריטוריה הפלסטינית" (סעיף 8), קרי: חיסולה הסופי של מדינת ישראל.

אופיו הנמני של ההסכם שעליו חתמה ממשלת ישראל עם אירגון המרצחים, מודגש במיהם של ראשי אותו אירגון עצמו, ומדבריהם ברור לחלוטין כי "השלום" שעליו מדברים הם, כלל אינו זהה עם השלום שעליו מדברים בני שיחם הישראליים. בהצהרה שנתן (ביל שעת, מראשי הנשאים והנתונים מטעם אש"ף עם ממשלת ישראל, זמן לא רב לפני חתימת ההסכמים, הוא אמר:

כל הסכם שיושג יהיה, מעצם טבעו, הסכם מעבר זמני ובשום פנים לא יחייב את אש"ף, ואף לא את הפלסטינים בשטחים הכבושים – בקשר להסדר הקבע. המחוייבות היחידה שלנו בקשר להסדר הקבע היא שהוא חייב להיות מונחה על-פי החלטות 242 ו-338 שטחים תמורת שלום, וזכויות פוליטיות מלאות לעם הפלסטיני. אלה הן המחוייבויות שלנו, ואנו טוענים שהחלטה 242 כוללת – במבוא שלה ובסעיף האופרטיבי שלה – את האפשרות להחיל את החלטות 181 [החלטת החלוקה] ו-194 [זכות השיבה]. מנקודת ראותנו אפוא שום הסכם שנחתם עליו עכשיו לא ימנע את זכותנו לשאת ולתת על זכות השיבה, על הזכויות הפוליטיות המלאות שלנו להגדרה עצמית, ועל זכותנו למדינה עצמאית.<sup>76</sup>

אם לא די בכך, הרי ראש אירגון אש"ף בכבודו ובעצמו, שעמו חתמה ממשלת ישראל על הסכמי אוסלו, הצהיר מספר פעמים לאחר החתימה שדיון ההסכמים כדיון אותו הסכם שלום שחתם בשעתו הנביא מוחמד עם בני שבט קורייש, שלכתחילה לא היה אלא הסכם זמני בלבד, ושהופר על-ידי מוחמד בשעת הכושר הראשונה שנקרתה לו. ואכן, לפי תפיסת האיטלאם, אין בכוחו של הסכם שלום לשחרר מחובת הניהיגה (החובה הדתית לשחרר שטחים הנשלטים על-ידי הכופרים), ולא בכדי הודיע אותו ראש מרצחים מה שהודיע אישור לתפיסה בסיסית זו אפשר למצוא במקורות למכביר.<sup>77</sup>

ממשלת ישראל, שהחליטה לחתום וליישם את הסכמי

אוסלו למרות אמנת אש"ף, ולמרות ההכרזות החוזרות ונשנות של מנהיגיו בדבר חובת הגיהאד, ובדבר חוסר המחוייבות למלא את הסכמים שנחתמים עם כופרים, התעלמה אפוא מנתון שבדתי בסיסי, שבלעדיו לא תיתכן כל הערכה נכונה של כוונותיו האמיתיות של אש"ף, כגד להסכם. נתון זה הוא: השקפת העולם הדתית שבה מחוייבים אלה הנושאים ונותנים מטעם אש"ף. נקודה זו טענה הסבר.

אש"ף הוא אירגון ערבי מוסלמי, וסעיפי האמנה העוסקים בחיסול הריבונות היהודית בארץ-ישראל, מקורם בתפיסת העולם המוסלמית הרואה חובה על המוסלמים לשחרר את הארצות הכבושות על-ידי הכופרים, ולחשליט בהן את האיסלאם. חובה זו היא חובה דתית, וידועה כמצוות הגיהאד. מצווה זו היא מיסודות האמונה העיקריים של האיסלאם<sup>78</sup>, ומי שמת תוך ביצועה מובטחת לו הכניסה לג'דן כקדוש<sup>79</sup>. על-פי ניסוחו של אל-בוחרני, חכם מוסלמי ידוע, אין פעולה היכולה להיחשב כשקולה כנגד הגיהאד<sup>80</sup>. חובת הגיהאד אינה פוקעת לעולם<sup>81</sup>, וברור "שלא ייתכן מבחינה חוקית להסגיר לידו הכופרים שטחים שפעם היו נתונים לשילטון איסלאמי"<sup>82</sup>.

כיצד יש לפרש אפוא את העובדה, שבמעל לא מתקיימת מלחמה מתמדת מצד העולם המוסלמי לשחרור הארצות הנשלטות על-ידי הכופרים?

התשובה לכך היא, שהחובה לקיים את מצוות הגיהאד אינה קיימת אלא כשהנסיבות מצביעות על סיכוי לניצחון<sup>83</sup>, וכל זמן שאין סיכוי ריאלי להשגת ניצחון, מדובר במצב של שביתת-נשק. כותב על כך פרופ' יעקב מירון<sup>84</sup>:

בעיני המשפט המוסלמי, המלחמה היא המצב הנורמלי של האנושות... שלום בריקייא אינו יכול להתקיים בין שתי הרשויות [ארצות האיסלאם מצד אחד וכל היתר מהצד האחר], אלא רק המונה או שביתת-נשק, מוגבלות בזמן והדומות למלחמה קרה.

מצב המלחמה ביחס לשטח שלגביו קיימת חובת הגיהאד הוא אפוא מצב שאינו יכול להסתיים בהסכם שלום, אלא רק בניצחון סופי של האיסלאם<sup>85</sup>.

יוצא אפוא שכל מצב של שלום בין מדינה מוסלמית ומדינה אחרת – גם אם כורכים אותו בהסכם כתוב וחתום – מעצם טיבו וטבעו הוא מצב זמני, וכמוף ליכולתה העתידית של המדינה המוסלמית, בעקבות הנסיבות המשתנות, להביא לניצחון על הכופרים. ואמנם, כותב יעקב מירון בהמשך דבריו:

לפי המשפט המוסלמי, המדינה המוסלמית חופשית להפר את שביתת-הנשק וההסמנות הללו, אף-על-פי שמלכתחילה הן מוגבלות בזמן, לתקופה די קצרה.

בין המקורות אשר אליהם מפנה יעקב מירון, מצויה המובאה הבאה, מספרו של אחד מחכמי האיסלאם:

הנביא והבאים אחריו... תמיד שמרו לעצמם את זכותם להתכחש לכל אמנה או הסדר שנראה להם כמוזיקים לאיסלאם.

יש אמנם מקורות איסלאמיים המתארים את דת האיסלאם כ"דת השלום", אבל תפיסת השלום המוסלמית היא "בתנאי שלא יתקפחו זכויות הדת"<sup>86</sup>. לפי תפיסה זו, הסכם שלום עם מדינה מוסלמית, המתאימה להיות הסכם שלום סופי ומוחלט, והבא לכבול את ידיה של המדינה המוסלמית ולמנוע ממנה שימוש עתידי בכוח כדי לממש – בשעת הכושר – את החובה הדתית של הגיהאד, הוא למעשה הסכם בלתי-רחוקי, מבחינת האיסלאם, בהיותו נוגד את עקרונות הדת, ואין כל מניעה מלהפר אותו, כאמור לעיל (ואולי אפילו חובה דתית להפירו בשעת הכושר).

ההנחה האפשרית, כאילו אש"ף הוא אירגון חילוני, ללא מחוייבות דתית מוסלמית, אין לה על מה לסמוך. ההבחנה המערבית בין "דת" ו"חילוני" נעוצה בהפרדה עתיקת-היומין בין הכנסייה והקיסר, בין הדת המדינה. ואולם באיסלאם, מעולם לא היתה קיימת הפרדה כזו, וגם בלשון הערבית לא קיים מונח שיבטא את המושג "חילוני"<sup>87</sup>. בעולם המוסלמי לא קיים זרם חילוני המנותק לחלוטין מן התפיסות הבסיסיות של האיסלאם. "אפילו כאשר חדלים מוסלמים להאמין באיסלאם, הם נעשויים לשמור על הרגלים וגישות איסלאמיים"<sup>88</sup>.

לאור המחוייבות הבסיסית של אש"ף ושל ראשיו לעקרונות האיסלאם, יוצא, שגם אם תימצא איזו שהיא נוסחה קוסמטית לתיקונה של אמנת אש"ף, וישופצו, או אף יימחקו ממנה סעיפים אחדים (למעשה יש צורך בביטולה המוחלט, משום שכולה עוסקת בתכנית לחיסולה של מדינת ישראל, וכן יש צורך בביטול תכנית "עשר הנקודות" ה"גיל", ואף אם תימחק כולה, מכל מקום לאור הצהרותיהם המפורשות של ראשי אש"ף בדבר מחוייבותם לגיהאד, ולשחרור פלסטין כולה, אין כל ערך גם לשינויים אלה, שלא יהיו – כפי היוצא מהכרזותיו של ראש אש"ף עצמו – אלא צעד טקטי בלבד.

כפי שכבר ציינתי במקום אחר<sup>89</sup>, הטקטיקה הערבית היא כדלהלן: והיא אם לא תיאות ישראל לכבד את הזכויות הלגיטימיות הפוליטיות ה"גיל" (לכל היותר בשלב של הדיונים של הסדר הקבע), כי אז הצד הערבי משוחרר מן המחוייבות שלו ל"דו-קיום בשלום", שהרי ישראל, בעצם א-ריבונותה לכבד את התחייבויותיה היא ואת החלטות האו"ם, מבצעת מעשה תוקפנות כלפי העם הפלסטיני. ואם תיאות ישראל להכיר בכל הזכויות שתובעים לעצמם הפלסטינים, תכרה לעצמה את קברה במרידיה. בתנאים כאלה, אין לצד הערבי כל סיבה שלא להכיר בקיומה של מדינת-ישראל על חלק של פלסטין, משום שקיום זה לא

יהא אלא זמני בלבד, והשלב שבו תתחיל מדינת ישראל בו יבוא במוקדם או במאוחר. התכנית הערבית לחיסול ישראל בדרכי שלום מבוססת בעיקר על הצפת האזור כולו, תחילה שטחי ישי, ואחר כך השטחים שבתוך היקו הירוקי, במאות אלפים ואף במיליוני "פליטים". לישראל אין כל סיכוי הישרדות, כמדינה יהודית עצמית, בתנאי "שלום" כאלה. הסכנה המיידית הצפויה היא לאו דווקא של עימות צבאי בקנה-מידה גדול (אם כי גם זו התפתחות שיש לקחתה בחשבון). הגדולה שבסכנות המיידיות היא: תחילתו של תהליך נטישת ציון, והתרוקנותה של ארץ ישראל מתושביה היהודיים, בעקבות המצב שיישטרר באזור עם ההכרה ב"זכויות" הערבים, והצפת האזור בהמוני ערבים שייזרמו ויזרמו אליו. הצפה המונית זו של האזור באינספור ערבים החפצים לשוב ל"בתיהם", תהיה מלווה בהמשך מסיבוי של פעולות הטרור נגד היהודים בכל שטחי ארץ-ישראל, ותביא ללא ספק המוני יהודים לכלל מסקנה שהחיים במדינת ישראל בלתי-אפשריים ויש לוותר על החלום של שיבת ציון ולתור אחר מתרונות אישיים טובים ונוחים יותר מעבר לים. במוצב שיתווה, ממדי הירידה מן הארץ עלולים להגיע למספרים שלא נודע עד כה – גם לא בזמן המשברים הקשים ביותר.

טקטיקה ערבית זו, המכירה בלגיטימיות השימוש באמצעי המדיני כדרך להשגת המטרה של חיסול ישראל, מקורה בהצעה שהעלה לראשונה שאי תוניסיה, חביב בורגיבת, בשנת 1965, לחיסול מדינת ישראל בדרכי שלום. תכנית זו, שנדחתה בשעתה עלידי העולם הערבי כולו, מיושמת כעת עלידי אש"ף, לאחר שבשלה אצלו ההכרה, כי ללא שילוב המאבק המדיני עם המאבק המזויין, לא יוכל לעולם להשיג את מטרותיו.

עצם השימוש במונח "שלום" כחלק מן הטקטיקה הערבית להשיג את חיסולה של מדינת ישראל בדרכי שלום, אינו מעיד אמזא כל עיקר על מגמת פניו האמיתית של אש"ף. ממסלה הנכנסת להסכמים עם אירטן אשר כוח, תוך התעלמות ממחוייבותו הבסיסית של אש"ף וראשיו לעקרונות האיסלאם, תוך התעלמות מהצהרותיהם של ראשי אש"ף בדבר מטרותם הסופית, ותוך התעלמות מאמנת אש"ף ומתוכנית עשר הנקודות (תכנית ה"חיסול בשלבים"), עשה מעשה הלוקה בחוסר סבירות בדנה הנבונה ביותר.

אחת הדרכים שבהן ניתן לבחון סבירותה של החלטה (או של פעולה), הצופה מני עתיד היא לבדוק אירועים דומים מן העבר, ותוצאותיהם. השימוש שעשים אש"ף וראשיו במונחים: "שלום", "תהליך שלום" ודומיהם, וזאת תוך שימוש מקביל וברזאנית במונחים מלחמתיים לחלוטין כמו "גיהאדי" ודומיו, מוכיח באופן מפליא את טקטיקת ה"שלום" שבה נקט היטלר מאז שעלה לשילטון ועד לחתימתו של הסכם מינכן, שלא הוביל כוכור אלא למלחמת. את סבירותה של ההחלטה לחתום על הסכמי אוסלו ניתן לבחון מתוך בדיקת סבירותה של ההחלטה

שקיבלו ראשי ממשלות בריטניה וצרפת לחתום עם היטלר על הסכם מינכן (1938).

בעת שהיטלר עלה לשילטון ביום 30.1.1933, כבר הופץ בעולם, מזה כמה שנים, ספרו "מיין קאמף", שבו פרש היטלר את עקרונות האסטרטגיה המדינית שלו. עקרונות אלה היו: הפרד ומשול, וקידוש כל האמצעים כדי להשיג את המטרה תוך ניהול מדיניות דו-מצופית למטרות הטעייה. במסגרת אסטרטגיה מוליטית זו, נועד לשקר מקום חשוב ביותר. היטלר פיתח – במקבות תורתו של ניטשה – את התאוריה, שלאור הפשטות הפרימיטיבית של השכל הממוצע, עדיף להשתמש בשקר גדול מאשר בשקר קטן. כתוצאה מכך, אף מהשקר הנס ביותר תמיד יידבק משהו<sup>50</sup>. במקרים אחרים של ספרו, פרס היטלר את מדיניות החוץ של גרמניה בעתיד, הכוללת, בין היתר, את כיבוש מרחב המחיה הנחוץ לעם הגרמני במזרח-אירופה וברוסיה הסובייטית ואת כיבושה וחיסולה של צרפת – האויב המושבע של העם הגרמני<sup>51</sup>.

אם היה יכול להיות ספק למישהו בדבר רצינות כוונותיו של היטלר, באו שיטות הטרור והרצח שבהן נקט עוד לפני עלותו לשילטון ושהלכו וגברו לאחר מכן, והפרה שיטתית של מחוייבויותיה הבינלאומיות של גרמניה, והסירו כל ספק ביחס לאופיו, לשיטותיו ולמגמת פניו האמיתית.

והנה, בניגוד קוטבי, לכאורה, למדיניותו הכתובה, להצהרותיו ולשיטות מעולתו, פתח היטלר בנובמבר 1933 – השנה בה עלה לשילטון – ב"מיתקפת שלום"<sup>52</sup>. ביום 15.11.33 זימן היטלר את שגריר פולין לפניו, שבעקבותיה נמסרה הודעה לפיה הושג הסכם מלא על ניהול משא ומתן ליישוב כל הבעיות שבין פולין וגרמניה, כדי לבנות שלום באירופה. בהודעה נאמר, כי הצדדים מוותרים על השימוש בכוח. למחרת היום, נפגש היטלר עם כתבו של העיתון הצרפתי "מטן" ובה מסר לו, בין היתר, כי גרמניה זנחה את תביעותיה לחבל אלזס-לורין. ביום 21.5.35 הציג היטלר ברייכסטאג תכנית שלום, שכללה הצעות לביטחון משותף באירופה, והגבלת החימוש. בנואמו הוא הצהיר שאין לגרמניה כל תכניות להתערב בענייניה הפנימיים של אוסטריה או לספחה.

הצהרות שלום ותכניות שלום ליוו את דרכו של היטלר לאורך כל השנים עד פרוץ מלחמת העולם השנייה.

גם ההצהרה המשותפת של משתתפי ועידת מינכן (היטלר, מוסוליני, צימברלין ודלדוה) דיברה במפורש על שלום ועל פתרון כל הבעיות בדרך של משא ומתן בלבד<sup>53</sup>. הצהרות ותכניות שלום אלה, לא מנעו מהיטלר מלשקוד, בעת ובעונה אחת, על הכנתה של גרמניה למלחמה ועל ביצוע פעולות שונות שהיוו הפרת כל התחייבויותיה הבינלאומיות של גרמניה – פעולות שתמיד טרח להסביר על רקע הצורך לפתור את בעיותיו של המיינסט הגרמני בארצות השכנות, ולתקן את מעמדה של גרמניה באירופה – מעמד שנפגע בעטיים של הסכמי השלום המשפילים לאחר מלחמת העולם הראשונה<sup>54</sup>.

אירופה, היראה ממלחמות, ושאימי מלחמת העולם

הראשונה חרוטים היו עדיין היטב בויכרון הקולקטיבי שלה, שתתה בשקיקה את בשורות השלום של היטלר. לא יפלא אפוא, שבשנת 1937 אירגנה גרטרוד שטיין – יהודייה שהחזיקה בסלון חברתי ידוע בפריס – עצומה למען הענקת פרס נובל לשלום להיטלר<sup>25</sup>. אירוע זה, הנראה לנו היום כלקוח מעולם האבסורד, שיקף למעשה הלכי רוח שהיו נפוצים בחוגים רחבים באירופה.

היטלר השכיל להבין, שאם רק יעשה את השימוש הנכון בבשורת השלום, הוא יצליח לסמס את עמי אירופה ואת ממשלותיהן, הכמהים לשלום. בדרך זו, תינטל מהם כל יכולת חשיבה רציונלית שעלולה לפקוח את עיניהם, והוא יצליח להכין את גרמניה למלחמה בלא שמדינת אירופה המשותקות יעשו מצידן את ההכנות הדרושות למלחמה זו. הכמיהה לשלום, בהיותה מנותקת לחלוטין מן המציאות, היא שהובילה לחתימה על הסכם מינכן ביום 29.9.38 – הסכם שבו בותרה צ'כוסלובקיה, והחלה הספירה לאחור לקראת מלחמת העולם השנייה.

הלקח שחייב להילמד מן הפרשה העגומה של הסכם מינכן וכל מה שקדם לו הוא, שאין כל ערך לביטוי שלום כאשר הם יוצאים מפיו של רודן צמא דם, אשר מדיניות הכיבוש וההתפשטות שלו כתובים עלו ספר ואשר כל פעולותיו והצהרותיו לא יכלו אלא לאשש את כוונות המלחמה שלו. בדיעבד יודעים כולם, שהשימוש שעשה היטלר ב"שלום" לא היה אלא נמטרה להרדים ולשתק את מדינות אירופה, כדי שיוכל לבצע את מדיניותו השתלטנית, וכדי שבסופו של דבר יפלו אלה לידי כטרף קל.

החתימה על הסכמי אוסלו עם רבי-מרצחים שידיו מגואלות בדם, העומד בראש אירגון טרור שמחוייב להשמדתה של מדינת ישראל, שהכריז, וממשיך להכריז, על כוונותיו הסופיות, כמוה כחתימה על הסכם מינכן בשעתו. בשורת השלום שיצאה ממינכן לא שיקפה אלא מאוויי לב שלום של צד אחד להסכם, ולא הסכמה הדדית על שלום אמיתי. המציאות הריאלית לא יכולה היתה בשום פנים ואופן מלכתחילה להוליך לשלום אמת, באשר משמעות "השלום" שעליו דיבר היטלר לא עלתה בקנה אחד עם השלום שלו ייחל צימברליין. גם בשורת השלום שיצאה מאוסלו לא שיקפה אלא את מאוויי השלום של חותמיו הישראלים התמימים, ולא הסכמה הדדית על שלום אמיתי, וזאת נוכח המציאות העובדתית, המורח-תיכונת<sup>26</sup>, שבשום פנים ואופן אינה עתידה להוליך לשלום, ואשר בה אין כל התאמה בין תפיסת השלום של מנהיגי ישראל ובין משמעות ה"שלום" שבמי שותפיהם ראשי אש"ף.

אם למרות מחויבותו של אש"ף להשמדת מדינת ישראל, ולמרות הצהרותיו המאששות מחויבותו אלה, חתמה ממשלת ישראל על הסכמים עיטו תוך התעלמות מוחלטת מלקחי העבר הלא-ירחוק, דומה בעיניי שהחלטה לחתום על ההסכמים לוקה בחוסר סבירות קיצוני. לענין, כל הסדר שבו אין צה"ל מהווה את הגורם היחיד האחראי לביטחון, אלא במקומו בא צבא מרצחים – בין כאחראי

ראשי, ובין כאחראי שותף – הוא הסדר המעמיד את חייהם של יהודים בסכנה, ועל-כן הוא מהווה פגיעה חמורה בחובותיה של הממשלה לביטחון המדינה ותושביה.

וידגש: אין מדובר בפרט טכני זה או אחר הנוגע לסידורי הביטחון האמורים לשרוד באזורי ישיע מדובר ביצירת מצב חדש שבו תועבר – בסופו של התהליך – השליטה הביטחונית הכוללת על אזורים אלה לידי צבא מחבלים, ואילו הסמכויות שייזוותרו בידי צה"ל תהיינה חריגות. וכן בתחום האזרחי: ישראל תפסיק להיות מקור הסמכות, ובידי הרשות הפלסטינית תהיה שליטה כוללת בנושאי חקיקה, קרקעות, מים וכ"י – סמכות שתאפשר לה להציף את האזור כולו בהמוני ערבים, באופן שמן הונמנע יהיה להמשיך ולקיים את ההתיישבות היהודית שם, באשר ה"התנחלויות" כולן תהפכנה לנטאות סגורים המוקפים מכל עבריהם באוכלוסייה שיינת. מצב זה עתיד להעמיד לא רק את ההתיישבות היהודית בישיע במצב בלתי אפשרי, אלא הוא עתיד להחזיר למעשה את ישראל כולה ליגבולות אשוחיץ" שמלמני מלחמת ששת הימים – גבולות שיהוו פיתוי מתמיד לערבים לנסות ולחסל את ישראל בשעת הכושר שתיראה להם.

אם אמנם מכוונים הסכמי אוסלו להחזיר את ישראל לגבולותיה שמלמני מלחמת ששת הימים – וזוהי ללא ספק הפרשנות הערבית – כי אז לוקים הסכמים אלה בחוסר סבירות מבחינה נוספת.

בידי ממשלת ישראל מצויות שתי חוות-ידעת מקצועיות של מומחים מצבא ארה"י בדבר צורכי המינימום של ישראל לגבולות בני הגנה, ולפי שתי חוות הדעת – ויתור על אזורי יהודה, שומרון והגולן, עלול להעמיד את ישראל בסכנת קיומיות.

חוות הדעת הראשונה כלולה בתזכיר שהגיש הנגלר ארל וילר, ראש המטות המשולבים של צבא ארה"י, לשר ההגנה האמריקאי רוברט מקנמרה, ביום 29 ביוני 1967, מיד לאחר מלחמת ששת הימים<sup>27</sup>. תזכיר זה הוכן לבקשת שר ההגנה, עלימי הוראתו של הנשיא ניקסון, שביקש את חוות הדעת של ראשי המטות ינקייה משיקולים פוליטיים, בקשר לשטח המינימלי שיהיה זה צודק שישראל תשמור בידה... ואשר יאפשר לה הגנה תכליתית יותר נגד התקפה ערבית קונבנציונלית ופשיטות טרור<sup>28</sup>. הכנתו של התזכיר המבוקש נעשתה על-ידי צוות מומחים של משרד ההגנה האמריקני שמשלח לאזור. בתזכיר זה כלולה אזהרה מפני סכנת ביתורה של ישראל במזותניה הצרות, ובסיכונה הקטלני של רצועת החוף בה מתרכזים 60% מאוכלוסיית ישראל ורוב אמצעי הייצור של כלכלתה. המסמך ממליץ על שליטה ישראלית בכל אזור יהודה, ברובו של השומרון ובכל שטח רמת הגולן<sup>29</sup>. חשיבותו ומשקלו של מסמך רישמי זה של המימשל האמריקאי היא באובייקטיביות הנמורה שלו. הוא נקי מכל שיקול פוליטי, היסטורי, דתי או רגשי, ומתרכז אך ורק בצורכי הביטחון המינימאליים של ישראל מנקודת ראות צבאית.

זאת ועוד: מסמך זה הוא שעמד ברקע ניסוח החלטה 242



של האו"ם מטובמבר 1967, בדבר נסיגת ישראל לגבולות מוסכמים ובטוחים – מסמך שדיבר על נסיגה משטחים, ולא מהשטחים, שנכבשו במלחמת ששת הימים. המנסח העיקרי של החלטה זו היה סגן מזכיר המדינה האמריקני יוניץ רוסטוב, שלגד עיניו היו ממצאי המסמך הני"ל. אפשר להניח במידה רבה של ודאות, שכוונת הביטוי "גבולות בטוחים" היא לגבולות התואמים את צורכי המינימום של ישראל, על יסוד המסמך האמור. מבחינת המימשל האמריקני היתה אפוא הבנה נמורה לצורכי המינימום של ישראל, והניסוח הזהיר של ההחלטה מבטא אותה. אפשר להניח, שאילו קיימת היתה אז נכונות מן הצד הערבי למשא ומתן עם ישראל, היה הממשל האמריקני מגלה הבנה, וזאת בלשון המעטה, לדרישה ישראלית שתצוג עמדה התואמת את ממצאי צוות המומחים הני"ל<sup>100</sup>.

חזות הדעת השנייה היא מסמך שהוכן בפברואר 1989 על-ידי המועצה הבינלאומית לביטחון ביחס לצורכי הביטחון של ישראל בגבולה המזרחי<sup>101</sup>. המסמך חתום על-ידי מאה גנרלים ואדמירלים אמריקנים, ובו נאמר, בין היתר: "למען תוכל לשמור על כושר התגוננות ולמען תמשיך לשמש חיל הלוחץ לאינטרסים של המערב באזור זה, חייבת ישראל להחזיק בנחר הירדן בגבולה המזרחי. נסיגת ישראל מגבול זה במציאות המולטית הנוכחית, תוליד בהכרח להקמת מדינת אש"ף... ישראל מעומדת תיהפך מיד למטרה פגיעה של ההרפתקנות והטרור הערבים, ולכסוף יעד להתקפה צבאית כוללת העלולה לסכן את עצם קיומה". לאחר שמתברר המסמך מפרטים את הנימוקים לקביעתם זו, הם מתייחסים גם לטיעון, כאילו אין חשיבות לשטח בעידן הטילים. בהקשר זה, נאמר שם: "טילים, ארטילריה ומטוסים יכולים אמנם לזרוע הרס, אך אינם יכולים לכבוש. רק חיל רגלים ושריון משתלטים על תבלי ארץ – ואלה פגיעים עדיין מול מבשולי טבע גבולות מוגנים אינם גבולות בלתי עבירים, אך הם גבולות המספקים התראה מוקדמת ובכך מעניקים עומק אסטרטגי מסויים...".

אחד החתומים על המסמך הנזכר, הנג'ל ג'ון קלי, לשעבר ראש המבצעים של צבא ארה"ב (תפקיד מקביל לרמטכ"ל צה"ל), דיבר בביקורו בארץ בשלהי 1992, על הסכנות האורבות לישראל אם תוותר על שטחי יהודה, שומרון ורמת הגולן, והדגיש כי אין תחליף לשטחים קרקעיים – גם לא בדמות נקודות התרעה וכוחות שיטור כאלה או אחרים<sup>102</sup>.

קיומן של חזות-דעת אלה (ואחרות), שניתנו על-ידי גורמים צבאיים בכירים בלתי-תלויים, המצביעות באופן חד-משמעי על החיוניות הביטחונית בהחזקת שטחי יהודה שומרון (והגולן) על ידי ישראל כתנאי להבטחת עצם קיומה והישרדותה באזור, מעמידים בספק גדול, בלשון המעטה, את סבירותה של ההחלטה שקיבלה הממשלה בשעתה על כניסה לתהליך שתייד להעמיד את עצם קיומה של המדינה בסכנה.

האם אין לממשלה סמכות ושיקול דעת מוחלטים

בקביעת צורכי הביטחון של ישראל! על-פי פסיקת בית המשפט העליון, מפי השופט ברק, גם החלטות בנושאי ביטחון חייבות לעמוד באמות המידה של המשפט המינהלי – כולל דרישת הסבירות<sup>103</sup>.

אין כל ייחוד בשיקולי הביטחון, לעניין ההתערבות השיטתית. שופטים אינם אנשי מינהל, אך עקרון הפרדת הרשויות מחייב אותם לפקח על חוקיות החלטותיהם של אנשי המינהל. לעניין זה אין מעמד מיוחד לשיקולי הביטחון, גם אלה חייבים להיות מופעלים על-פי החוק, וגם על אלה צריכה להיות כיקורת שיטתית. כשם שהשופטים מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת המקצועי בכל תחום ותחום, כך הם מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת הביטחוני.

לעניות דעתי, נכונותה של ממשלת ישראל להיכנס לתהליך, שבמהלכו יישמטו מידה אזוריים החיוניים לביטחונה ולעצם קיומה, לפי חזות דעת מקצועית ובלתי-תלויות, לוקה בחוסר סבירות מוחלט.

מסקנת הדברים היא אפוא: הסכמי אוסלו אינם עשויים לקדם את המטרה שלשמום נחתמו: השגת שלום, והם לוקים בחוסר סבירות קיצוני בכך שלא ניתן המשקל הראוי למעמדו של אש"ף כאירטון טרור ולכל יתר הגורמים שפורטו לעיל. בנכונותה של הממשלה הקודמת לחתום על הסכמי אוסלו עם אירגון זה, למרות מעמדו החוקי כאירגון טרור ולמרות מחויבותו להשמדת ישראל, לא מילאה ממשלת ישראל את חובתה החוקתית הראשונה במעלה. גם הממשלה הנוכחית, ככל שתמשיך ביישומם של המרכיבים המסוכנים בהסכמי אוסלו, תהיה אחראית אף היא להפרת חובתה החוקתית לביטחון המדינה ואזרחיה.

## ג'

### הפגיעה בעיקרון של שילטון החוק

א זו בלבד שהסכמי אוסלו אינם עומדים באמות המידה של המשפט המינהלי מבחינת דרישת הסבירות, אלא הם עומדים, לכאורה, בעליל בניגוד לחוק הקובע את נורמות ההתנהגות ביחס לאירגוני טרור. ממילא, מהווים ההסכמים הפרה בוטה של עיקרון שילטון החוק, שכולם – כולל הממשלה – מחויבים בו (במסגרת זו לא נתייחס להפרת חוק אחרות הנלוות בהסכמי אוסלו, ובמיוחד בסוגיית הריבונות).

#### 1. מה קובע החוק ביחס לאירגוני טרור!

מדינת-ישראל היא מדינת חוק, ובה אין השילטון רשאי לעשות ככל העולה על רוחו, אלא עליו לפעול אך ורק בהתאם לחוק. מחויבותו של השילטון היא לקיים החוק על

שני מרכיביו: חיובי העשה שבו, וחיובי האלתעשה שבו. דהיינו, על השילטון לקיים את מצוות המחוקק, ואל לו לעשות מעשים אשר המחוקק אסר.

אירגון אש"ף, אשר עימו, ועם העמוד בראשו, חתמה ממשלת ישראל על הסכמי אוסלו, מוגדר בחוק הישראלי כאירגון טרור<sup>104</sup>. אש"ף היה בעל מעמד של אירגון טרור ביום 13.9.1993, בעת שנחתם עימו ההסכם הראשון, הידוע כ"הסכם הצהרת העקרונות", ומצב זה לא השתנה, מבחינת החוק הישראלי, עד עצם היום זה. גם יתר ההסכמים שנחתמו עם אש"ף מאז, ושבהם התחייבה ממשלת ישראל מה שהתחייבה, נחתמו אפוא עם אירגון, שעלפי המשפט הישראלי היה אירגון טרור.

מה קובע החוק הישראלי ביחס למעמדו של אירגון טרור? פקודת מניעת טרור, תשי"ח-1948, קובעת שורה של איסורים, לצידם של חיובי עשה, ביחס לאירגוני טרור. עיון בסעיפי הפקודה יגלה, למשל, שחל איסור על פרסום דברי תמיכה באירגון טרור (סעיף 14ב), איסור על תמיכה בכסף או בשווה-כסף באירגון כזה (סעיף 14ד), איסור על העמדת מקומות שימשו אירגוני טרור לצורך קיום מפגשים (סעיף 14ה), ואיסור על העמדת חפצים שימשו אותם במעילותם (סעיף 14ו). ולבסוף, החוק אוסר על מעשה שיש בו גילוי של הזדהות או אהדה לאירגון טרור (סעיף 14ז), עד כאן באשר לאיסורים שהחוק מטיל. החוק מפרט גם חיובי עשה המוטלים על השילטון ביחס לאירגון טרור: החרמת רכושו (סעיף 5), וסגירת מקומות הפעולה שלו (סעיף 6).

אדם פרטי שיעשה אחד המעשים האסורים הנזכרים צמי ליתן את הדין על מעשיו, כפי שאירע לא פעם בעבר<sup>105</sup>. והנה, ממשלת ישראל, שחתמה על הסכמי אוסלו ומיישמת אותם, עברה, לכאורה – כך נראה – על כל אחד מהסעיפים הנזכרים.

עצם החתימה על הסכמי אוסלו מטעם הנציגים המוסמכים ביותר של ממשלת ישראל – אקט שיש בו משום מתן לגיטימציה לאירגון טרור – מהווה תמיכה באירגון טרור, ועומדת לכן, לכאורה, בניגוד לסעיף 14ב לפקודת מניעת טרור. פעולתיה של הממשלה לתמיכה כספית וחומרית (כולל גיוס סיוע בינלאומי) באירגון אש"ף – פעולות שהחלו לחתימה על הסכמי אוסלו – שמדות, לכאורה, בניגוד לסעיף 14ד של הפקודה. בניגוד לסעיף זה עומדות, לכאורה, כל התחייבויותיה של הממשלה על-פי הסכמי אוסלו לשיתוף פעולה עם אש"ף בתחומים שונים. בהתחייבויות אלה, ככל שמדובר בפעולות שבהן מושיטה ישראל סיוע חומרי לאש"ף – אורחי וצבאי כאחד (כמו אספקת נשק ותחמושת לימסטרס הפלסטינית) – יש משום עבירה, לכאורה, על סעיף 14ז הנ"ל, ועל סעיף 14ו האוסר העמדת חפצים לשימושם של אירגוני טרור. מסירתם של המיתקנים הצבאיים ששימשו את צה"ל ברחבי ישי"ע לידי כוחות אש"ף, מהווה עבירה, לכאורה, על סעיף 14ה לחוק.

חמורה מכול היא ההתחייבות הכלולה בהסכמי אוסלו להעביר לידי אש"ף סמכויות חקיקה, שימט ומינהל באזורי

ישי"ע, ואת מרבית שטחי ישי"ע<sup>106</sup>. אם על-פי הפקודה למניעת טרור אסורים כל גילויי תמיכה והזדהות, וכן אסורה כל תמיכה כספית וחומרית באירגון טרור, על אחת כמה וכמה שאין להעניק לו סמכויות נרחבות שהן תשתית ברורה לריבונות מדינית, ואין למסור לידי שטחי מולדת, שערבם לאומה אינו ניתן למדידה כלל על-פי אמות מידה כספיות וחומריות. גם מי שמתייחס לאדמות המדינה של אי"י – קניינו של העם היהודי על-פי משפט העמים – כאל נדלין (כביטויי הידוע של ראש-הממשלה לשעבר), מכל מקום מהווה ההתחייבות למסור לאירגון אש"ף שטחים אלה, עבירה, לכאורה, לפי סעיף 14ז, שהרי אדמות אלה יש בהן לפחות משום שווה כסף במובן החוק.

מן האמור עד כה עולה, שעצם החתימה על הסכמי אוסלו, וכן כל הפעולות המסייעות לאירגון אש"ף מכוחם של הסכמים אלו, עומדות, לכאורה, בניגוד להוראות הפקודה למניעת טרור.

## 2. האם רשאית הממשלה לפעול בניגוד לחוק

האם רשאים ראש-הממשלה, או שר משרי הממשלה, לפעול בניגוד לחוק שחוקקה הכנסת? לעניות דעתי התשובה היא: לא מוחלט. על-פי עקרון שילטון החוק, שהוא יסוד מוסד בשיטת משטרנו הדמוקרטי, החוק חל על הכול במידה שווה, החל בראש הממשלה וכלה באחרון האזרחים, ולאיש במדינה אין זכויות יתר בעניין זה. על כך כתב נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק:

חשיבותו העיקרית של עקרון שילטון החוק, במובנו הפורמלי, היא בתחולתו על הרשות המבצעת. זהו העיקרון של חוקיותו של השילטון או חוקיות המנהל. עמדתו על כך ברורה אחת, בצייני:

בכל הנוגע לרשות המבצעת, שילטון החוק משמעותו חוקיות המינהל. הרשות המבצעת כפופה לחוק. ליחידה אין זכויות, כוחות או חסינויות, אלא אם כן החוק מעניק זאת להם. מכאן, שלאיש השילטון, 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"ץ 428/88, פד"י מ(3), עמ' 611).

על כן חייב כל איש שילטון לקיים את החוק. מראש-הממשלה לנמוך שבפקידים – חייבים בניגוד החוק. שירותי הביטחון – 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 מהווים צידוק להפרתו. נהפוך הוא: אין ביטחון ללא חוק. שילטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי<sup>107</sup>.

מחויבותם של ראש-הממשלה והשרים לכיבוד החוק, גדולה אף יותר ממחויבותו של אזרח מן השורה:

במדינה בה שולט עקרון שילטון החוק אין איש או גוף שהוא מעל למשפט... יכל הרשויות השילטוניות... כפופות לחוק, אין רשות שהיא מעל לחוקי [בג"ץ 6163/92, אייזנברג נ' שר-הביטוי והשיכון]<sup>109</sup> ניטלת החוק לדיימי – כלומר הפרת החוק – אסורה היא על כל אדם. על אחת כמה וכמה שאסורה היא על איש הציבור, אשר אמור לשמש דוגמה ומופת לציבור כולו. הפרת החוק על-ידי איש הציבור פוגעת באמון הציבור ברשויות הציבור.<sup>109</sup>

גם הממשלה עצמה, בתור שכזו, אינה פטורה מעולו של עיקרון זה:

מעמדה של הממשלה כרשות המבצעת של המדינה רם ומיוחד הוא... אך כפי שנאמר בבג"ץ 6163/92, 6177...<sup>110</sup> כל רשות שילטונית עלולה לקבל החלטה בלתי סבירה שתבוטל על ידי בית המשפט, והממשלה אינה חריג לכלל זה... אכן, זהו כוחה של הדמוקרטיה המכבדת את שילטון החוק. זהו שילטון החוק הפורמאלי, אשר לפיו כל הרשויות השילטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות לחוק.<sup>111</sup>

כה בסיסי הוא עקרון שילטון החוק בשיטת המשפט שלנו, עד שגם בית המחוקקים עצמו, שבידו הסמכות לבטל חוק קיים, איש ראוי לפעול בניגוד לחוק, כל זמן שזה קיים:

עקרון שילטון החוק מופנה הן לפרטים והן לזרועות השילטון, והוא חל גם על בית הנבחרים עצמו, בחינת "שילטון החוק במחוקקי".<sup>112</sup>

זאת ועוד: כידוע, עם היכנסם לתפקידם, מוסרים ראש הממשלה, וכל שר משרי הממשלה, הצהרת אמונים שבה הם מחויבים מכוח סעיף 16 לחוק יסוד: הממשלה. בהצהרה זו, על ראש-הממשלה להצהיר כדלהלן:

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:

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

מה משמעותה של הצהרת האמונים שמוסרים ראשי

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 נעדה אפוא הצהרת האמונים. היא נעדה לבטא את מחויבותם של ראש-הממשלה ושריו כשלוחי הציבור כולו. הצהרת האמונים למדינת-ישראל ולחוקיה שבה מחויבים ראשי הממשלה והשרים מבטאת את הנאמנות שבה תבים נושאי תפקידים אלה במילוי תפקודם כלפי מדינת-ישראל ולא כלפי שום מדינה אחרת, וכלפי חוקיה של מדינת-ישראל ולא כלפי שום מערכת חוקים אחרת.

שאלה היא, אם הצהרת האמונים של ראש-הממשלה והשרים, מחייבת אותם בציות גם לכל החלטה של הכנסת שאינה חוק, כמו בנושא המדיני, למשל<sup>113</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.

גם חברי-כנסת שאינם שר, שהצהרת האמונים שלו אינה כוללת פיסקה בדבר נאמנותו המוחלטת לחוק, מחוייב בנאמנות זו:

עלבון הוא לשכל הישר לגרום, שחבר של בית המחוקקים רשאי להעמיד עצמו מעל לחוקי הבית ועדיין להיחשב נאמן לשליחותו בכנסת ולמדינה.<sup>114</sup>

גם שיקולי ביטחון אינם יכולים לשמש בידי הרשויות כצידוק לטייה ממה שמצווה החוק. דברים בעניין זה כתב השופט ברק בפסק-דינו שנוכר לעיל:

דברים חריפים במיוחד כתב בשעתו פרופ' יצחק זמיר, כיום שופט בית-המשפט העליון, ביחס לשילטון המעמיד שיקולים כאלה ואחרים מעל החוק.<sup>115</sup>

עשויה הרשות השילטונית 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 מחוץ 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 בדן. לכאורה זוהי טענה שיש בה טעם. וכי מה לנו חשוב יותר מטובת המדינה אך קל להיווכח שבפעל זוהי טענה מסוכנת מאוד. ידועה האמרה שמאחורי הפטריוטיזם עשוי להסתתר כל מעשה נבלה. טענה זאת, כשהיא לעצמה, עשויה למוטט את העיקרון של חוקיות השילטון ועימו את שילטון החוק.

בבארו מדוע כה חשוב שהשילטון 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 השילטון. השאלה העיקרית בהקשר זה היא: מי מוסמך לקבוע מהי טובת המדינה או טובת הציבור – הממשלה? כל שר במסגרת משרדו? ואולי כל פקיד בתחום אחריו? התשובה היא, כמובן, שבמדינה דמוקרטית טובת הציבור נקבעת על ידי הציבור עצמו, באמצעות נציגיו, בדרך של חוק. מכאן שהחוק הוא שמבטא את טובת הציבור. הנבול שמציב החוק לסמכויות השילטון הוא הנבול של טובת הציבור. רשות שילטונית שמרצת נבול זה, ואפילו היא מתכוונת באמת ובתמים להיטיב עם הציבור, מועלת בניגוד לטובת הציבור. שוטר, לדוגמה, שמפעיל אלימות כדי לסחוט הודאה ממי שנחשד בביצוע עברה, יהיו כוונותיו טובות ככל שיהיו, כיוון שהוא מועיל בניגוד לחוק, הרי הוא מועיל גם בניגוד לטובת הציבור. אם נראה לציבור כי החוק לקוי ושוב אין הוא משרת את הציבור, ניתן לתקן את החוק. אך תמיד עלינו לזכור כי בחברה דמוקרטית לא השררה אלא החוק הוא שקובע את טובת הציבור. מכאן שהמאבק על חוקיות השילטון הוא גם המאבק על הדמוקרטיה.

וכך כותב השופט חיים כהן במקום אחד<sup>126</sup>:

יש מהן מן המדינות אשר בהן ביטחון המדינה, או קדושת הדת, או הישגי הרבולוציה וסכנות הקונטרברולוציה, וכל כיוצא באלה ערכים מערכים שונים, מכסים על כל פשע ומכפרים על כל מעשה שנעשה ללא סמכות ובניגוד לחוק. יש מהן אשר המצוא ימשפט טבעי הנבזה 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 הסמכתה המפורשת.

על המצב העלול להיווצר במדינה אם רשויות השילטון לא יטלו אחר העיקרון של שילטון החוק, כותב פרופ' יצחק זמיר<sup>127</sup>:

אם נרשח כי צורכי השעה, כפי שהם נראים לגורם זה או אחר במערכת השילטון, 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.

גם אם חוק הכנסת עומד בניגוד לעקרון יסוד שהוכרז עליו במגילת העצמאות – מסמך המבטא את חזון העם ואת הייאמי טאמין שלו – או בניגוד לעיקרון כלשהו שאין מקורו בחוק שחוקקה הכנסת, גם אז נובר 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 בסימון 83 לדבר המלך במועצה"<sup>128</sup>. בוודאי שאם בית המשפט כפוף לריבונות הכנסת, גם הממשלה כפופה לה.

עליונותו של החוק היא אפוא יסוד מוסד בשיטת המשפט שלנו, והיא הבסיס למשטרנו הדמוקרטי. כאשר חתמה הממשלה הקודמת על הסכמי אוסלו עם איראן, אשר עלי פי החוק הישראלי היה, ועדנו, איראן טורו, תוך הפרה בוטה, לכאורה, של פקודת מניעת טרור, היא ביצעה אפוא מעשה בלתי חוקי.

עשויה היתה אולי הממשלה לטעון כי היישובים הוא ערך כה נעלה, עד שגם החקיקה הקיימת נדחית<sup>129</sup>. בעקבות דבריו הנ"ל של השופט זמיר על כוחם של שיקולי ביטחון לגבור על החוק, נוכל אף אנו לומר: גם השלום – שהוא ללא ספק ערך בעל חשיבות ראשונה במעלה – משעו על שילטון החוק. כשם ש"אין ביטחון ללא חוק" – כמאמרו הנ"ל של השופט ברק – כך גם אין שלום ללא חוק. טענת הממשלה כי השלום הוא ערך כה נשגב עד שהוא דוחה מפניו אפילו את החוק, אינה עומדת במבחן הביקורת. משמעותו של שילטון החוק היא, שרק החוק יכול לשמש מקור לסמכותה של הרשות, ולו אין שום זכות ייתר שאינה נובעת מן החוק.

פקודת מניעת טרור – החלה, בדומה לכל חוק אחר, על היחיד ועל רשויות השילטון כאחד – קבעה את נורמות ההתנהגות הראויות כלפי איראני טרור. חוק זה מבטא את רצון הציבור לטהר כן, ורק כן, באיראני טרור המאיימים על ביטחון האזרחים ועל ביטחון המדינה. כל עוד החוק לא השתנה, אין בסמכותה של הממשלה לעשות מעשים הסותרים את כוונת המחוקק.

מובן מאליו שאין הממשלה מנועה מלנקוט יוזמות כאלה ואחרות במטרה לקדם השגת הסכמי שלום. ואולם, אין הממשלה רשאית לפעול במסגרת זו אלא בהתאם לחוק, ואם חוקי מדינת ישראל אוסרים מעשים כאלה ואחרים ביחס לאיראני טרור אשר עימם חפצה הממשלה לכתוב הסכמים, על הממשלה לפעול קודם לכן לשינויו של החוק הקיים, כדי שפעולותיה תחיינה בהתאם לחוק.

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

דומה שהתשובה לכך היא לא מוחלטת. כאמור לעיל, יסוד מוסד במשטרנו החוקי הוא ששום ערך אינו יכול לעמוד מעל לחוק, למעמים 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>130</sup>. באותו עניין נמנעה הממשלה מלפעול על-פי סמכויותיה מכוח החוק משום שהתכוונה להביא לשינוי החוק על-ידי הכנסת.

התשורה השאלה, אם ראוי שבית המשפט יימנע מלהתערב בעניין נוכח כוונת הממשלה להסדיר את הנושא הגדון בעתירה הסדר של קבע בחוק. בצטטו החלטה קודמת שלו, בה הוחלט שלא להתחשב בעובדה שיש הצעת חוק בעניין אלא נפק על בסיס המצב החוקי הקיים<sup>121</sup>, קבע בית המשפט העליון<sup>122</sup>:

אכן, על כל רשות מינהלית למעול ולהפעיל סמכותה בהתאם לדין הקיים, ואין היא רשאית שלא לעשות כן בגלל אפשרות שחקיקה עתידית תשנה את התמונה ותפתור בדרך כלשהי את הבעיה המתעוררת שנה בבית המשפט... 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 יימשך הליך החקיקה ומה יהיה תוכנו של החוק.

המסקנות הנובעת לעניינו, לאור העקרונות שהתווה כאן בית המשפט העליון, הן כדלהלן: על-פי המצב החוקי הקיים, אין להושיט לאירגון טרור סיוע כלשהו וחובה לעשות את הדרוש לשם מניעת פעילותו. חוק זה מוטל על הכול, ובראש ובראשונה על הממשלה, כגורם השילטוני שבידו היכולת לאכוף את החוק. ממילא, החתימה על הסכמי אוסלו, על כל הכרוך בכך מבחינת הסיוע המורלי והחומרי שהם מעניקים לאירגוני הטרור, עומדת בעליל בניגוד לחוק, ומהווים על-כך הפרה בוטה של עקרון שילטון החוק.

לא ייתכן כלל מצב דברים שבו החוק חל על אורח מן השורה בלבד, ואילו הממשלה ורשויותיה מטורות מן החיובים ומן האיסורים הקבועים בחוק. גם אם הממשלה אינה מעמידה לדין אורחים העוברים על הפקודה למניעת טרור מאז הסכמי אוסלו, מטעמים של מדיניות ציבורית ונעניין זה מסור לשיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אין בכך כדי להכשיר מלכתחילה פעולות האסורות על-פי החוק.

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 לשנות את הנורמות הקיימות, ולתת לגיטימציה לאירגון טרור, אשר על-פי חוקתו ממשך להיות מחוייב להשמדת מדינת ישראל.

כדי לקיים את דרישות המשטר החוקתי בישראל, היה על הממשלה לבטל תחילה את ההכרזה על אש"ף כאירגון טרור, ורק אחר כך לחתום עימו על ההסכמים וליישם. הטעם לכך שהממשלה לא נהגה בצורה זו הוא, כמובן, שאש"ף הוא, על-פי חוקתו, אירגון טרור, וביטול ההכרזה עליו כעל אירגון טרור היה מתקבל בציבור כאבסורד

מוחלט. אולם זהו נימוק מילטי, ואין בורחו לשנות את הנורמות המקובלות של סדרי שילטון ומשפט תקינים. כל זמן שאש"ף נחשב, על-פי החוק, לאירגון טרור, חלות עליו כל ההוראות של פקודת מניעת טרור, וממשלת ישראל חייבת בכיבוד החוק, כמו כל אורת, ולמעלה מזה, כמבואר לעיל.

### 3. הסמכות הפרונוגטיבית של הממשלה

נשאלת השאלה: כלום אין מקום להכשיר את פעולותיה של הממשלה במסגרת הסכמי אוסלו, באשר מדובר במדיניות החוץ של ישראל, שבה יש לממשלה סמכות פרונוגטיבית<sup>123</sup>?

ישנם נושאים שהם אמנם עניין שבמדיניות, ושבחם נקבע בעבר כי אין בית המשפט מתערב בהיותם בלתי שפויים. אחד הנושאים הללו הוא, למשל: מדיניותה הכלכלית של הממשלה. אומר על כך השופט ש"ו חשין<sup>124</sup>:

אם הממשלה רואה לנכון לפניה לנקוט מדיניות כלכלית אשר על-פיה יוגבל, למשל, היבוא לארץ של מצרכים מסויימים, או יוגבר היצוא של מצרכים אחרים, או יצומצם הייצור המקומי של מצרכים מסוג שלישי וכיוצא בזה מדרכי התכנון הכלכלי, לא יתערב בית-משפט זה ולא יטה אוזן קשבת לפונים אליו בדברי ביקורת על אותה מדיניות, שכן הממשלה אחראית לתכנוניה ולדרכי פעולתה רק כלפי דעת הציבור וכלפי ה"כנסת" המייצגת את הציבור בארץ על כל שכבותיו וזרמיו. דברים אלה אינם נכללים בתחום סמכותו של בית-משפט זה משום שאין הם עניינים אשר יש צורך לפסוק בהם למען הצדק, ומשום שלפי עצם טיבם ומחותם אינם ניתנים להכרעה שיטתית.

באותו עניין מדובר היה במדיניותה הכלכלית של הממשלה שהתוותה בצו מיוחד שנעשה מכוח תקנה שהסמיכה את הממשלה לכך, ואולם, האם רשאית הממשלה, באיצטלה של מדיניות כלכלית, לעשות מעשים הטנגזים לחוק? בוודאי שלא. אומר על כך השופט ש"ו חשין במקום אחר<sup>125</sup>:

אין אני מוכן לקבוע, כי הרשות המבצעת מותר לה לעשות מעשה בלתי-חוקי או בלתי-מוסמך ולעטמו בלבוש של "מדיניות כלכלית" או להדביק עליו תו של "מדיניות כלכלית".

כלומר, התוויות מדיניות כלכלית היא אמנם בסמכותה של הממשלה, ובה אין בית המשפט מתערב, אבל אין הדברים אמורים אלא במדיניות שאינה מנוגדת לחוק. אם הממשלה פועלת בניגוד לחוק, גם אם הדבר מעשה תחת איצטלה של מדיניות כלכלית, חשופה פעילות הממשלה לביקורת בית המשפט.

האם שונה הדין ביחס למדיניות חוץ וביטחון בכלל, וביחס לתהליכים מדיניים הקשורים במדיניות עשיית שלום בפרט?

במקום אחד נקבע אמנם עלידי בית המשפט העליון (ביחס למשא ומתן לשלום עם סוריה), כי "ממשלת ישראל, באמצעות העומד בראשה ונציגיה, שעה שהיא מנהלת שיחות שלום עם סוריה, מפעלת, במסגרת סמכותה הפרונוגטיבית, כדת וכדין, לנהל את יחסי החוץ של מדינת ישראל".<sup>126</sup>

אכן, לעניות דעתי, אין לממשלת ישראל כל פרונוגטיבה לנהל מדיניות-חוץ העומדת בניגוד לחוק שחוקקה הכנסת. גם באנגליה, המקור שממנו שאבה שיטת המשפט שלנו את מושג הפרונוגטיבה השילטונית,<sup>127</sup> משמעותו של מונח זה היא, זכויות השילטון באותם תחומים שבהם אין הסדר בחוק, והשילטון רשאי על כן ליהנות מזכויות היתר שלו, ככל שאין אלה מתנגשות עם הדין החרוט.<sup>128</sup> אולם אין לשילטון פרונוגטיבה המאפשרת לו להפר את החוק.<sup>129</sup>

כך, לדוגמה, קשירת יחסי מסחר עם ארצות-חוץ, היא בסמכותה של הממשלה. אולם אם יש חוק האוסר את הסחר עם מדינה מסויימת, כגון מדינת אויב,<sup>130</sup> או חוק האוסר סחר בסוג מסויים של סחורות, כגון סחר בסמים מסוכנים,<sup>131</sup> אין הממשלה רשאית, למרות סמכותה הכללית בתחום זה, לחתום על הסכם המנוגד לחוק.<sup>132</sup>

אכן, יחסי החוץ של המדינה ויחסיה הבינלאומיים הם עניין מובהק לרשות המבצעת והם נכללים בסמכויות הטבעיות – השירותיות – הכלליות של הממשלה. אבל כבר 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! (ובהיעדר מינבלה מפורשת – רשאית הממשלה לפעול בתחום זה במסגרת סמכויותיה הכלליות, גם ללא הסמכה מפורשת בחוק).<sup>133</sup>

הטענה, שלפיה תחום יחסי החוץ מסור כולו ללא הגבלה וללא סייג לרשות המבצעת היא אפוא טענה מוטעית. הפרונוגטיבה השילטונית אינה מקנה שום סמכות לפעול בניגוד לחוק.

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 מסויימת והיא נטלה אותה לעצמה), החליט בית-המשפט העליון להפוך את הצו גדה לחלטי ופסק (מפי השופט גולדברג):

גם אם סמכות הממשלה שבסעיף 29 חובקת עולם ומלואו, עדיין נותרות בה שתי מינבלות. 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>134</sup>

ומסיף השופט מצא לעניין תוקפו של מעשה מינהלי המנוגד לחוק.<sup>135</sup>

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

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

הדין שהממשלה יכפופה לו דוחה ממנו כל שיקול אחר: לא ביטחון המדינה, לא יחסיר-חוץ, לא צורכי הכלכלה והמשק, לא טובת הציבור ובוודאי לא קיומה הנמשך של הממשלה.<sup>136</sup>

הסכמי אוסלו – ככל שהם מכילים הוראות העומדות בניגוד לחוקי המדינה, אין להכשירם מן הנימוק שזוהי פרונוגטיבה של הממשלה לנהל את מדיניות החוץ של ישראל כראות עיניה. גם מדיניות חוץ חייבת להיעשות בהתאם לחוק, במידה ויש הוראות חוק בעניין.

יתרה מזו: גם אם אין הוראת חוק מפורשת, כפומת החלטותיה ופעולותיה של הרשות המינהלית לביקורת שיטטית על-פי אמות המידה של המשפט המינהלי, כגון: סבירותה של ההחלטה או הפעולה. אמות מידה אלה מופעלות גם כשמדובר בנושא המסווג כביטחוני שאין בו הוראת חוק מפורשת.

פסיקתו של בית המשפט העליון קבעה לא פעם, כי השיקולים הביטחוניים של הצבא, בין בתחומי ישראל ובין ביהודה, שומרון ועזה, נתונים לביקורת שיטטית, וכי ביקורת זו אינה משתרעת אך על שאלת הסמכות הפונקציונלית ועל עצם קיומו של השיקול הביטחוני, אלא משתרעת היא על כל העילות כולן, לרבות שאלת הסבירות של השיקול הביטחוני.<sup>137</sup>

ולהלן נאמר עוד:

השיפוטני וחוש המוסמכות ידריכו את בית־המשפט  
לדחות עתירה בשל היעדר שפיטות מוסדית.

בדומה לכך, דחה בית־המשפט הגבוה לצדק עתירה שכוונה כנגד חוקיותו של הסכם הצהרת העקרונות עם אש"ף, בנימוק ש"הבקשה כולה היא בעלת אופי פוליטי"<sup>137</sup>.

יתכן אמנם שנושא מדיניות החוץ והביטחון של המדינה אינו שפיט, בהיעדר כל קנה־מידה משפטי שבאמצעותו יוכל בית־המשפט להעריך את מעשי השלטון. אולם במה דברים אמורים? בתחום שבו אין חוק ולא אמות מידה של המשפט המינהלי שחלות באותו עניין, 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. הוא הדיון בתחום שבו חייבות פעולות הממשלה להיבדק על־פי אמות המידה של המשפט המינהלי. במקרה כזה אין מדובר "בהיעדר קנה־מידה משפטי לדון בו". החוק, וכללי המשפט המינהלי, הם שקובעים את קנה־המידה המשפטי, ועליכן איראפטר להתייחס לעתירה בעניין אשר כזה כעניין בלתי שפיט.

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 בוג"ץ. 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, כיוון שלא התמלאו הדרישות שבסעיף 5(a)(1) 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 מתחום 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 כינון היחסים הדיפלומטיים עם גרמניה, נדחתה העתירה מטעמים של חוסר שפיטות, ואמר על כך השופט ווסמן:

הממשלה החליטה מה שהחליטה ולא עוד אלא שהביאה את העניין לפני הכנסת, והכנסת תמכה

ישאל השואל: האם בכל מקרה ומקרה החלטה של רשות שילטונית שפיטה היא? האם, למשל, לצאת למלחמה או לעשות שלום אף הן החלטות "שפיטות" ועשויות "להיכלא" לטרמה משפטית ולדיון שיפוטני תשובתי היא בחיוב. גם לעניין מלחמה ושלום יש לקבוע, מהו האורגן המוסמך לקבל החלטה, ומהו טיב שיקוליו (למשל, איסור שחיתות אישית)... על כל פעולה שילטונית חלה טרמה משפטית, וכי במסגרת הטרמה החלה ניתן תמיד לגבש אמות מידה וקני מידה לקביעת התנאים והנסיבות לפעולה במסגרת הטרמה... כך הוא גם העניין במקום שהטרמה המופעלת היא זו הדורשת התנהגות סבירה של השלטון. במסגרת טרמה זו ניתן תמיד לגבש אמות מידה עקרוניות לבחינת סבירות ההתנהגות, ועל־פי אמות מידה אלה תיבחן פעולת הרשות לגופה.

במקום שקיימות אמות מידה משפטיות לבחינת חוקיות פעולותיה של הממשלה, העניין הוא אפוא שפיט, ותפקידו של בית־המשפט הגבוה לצדק הוא לבדוק את חוקיות פעולות הממשלה.

לפיכך, נראות לי שגויות כמה מהחלטות בית־המשפט העליון שבהן הוא קבע, כי נושא ניהול מדיניות החוץ של ישראל אינו שפיט (במקום שנטען לא־חוקיות ביחס לפעולותיה של הממשלה).

ביחס לניהול המשא ומתן לשלום עם סוריה נטען בעתירה שהוגשה לבית־המשפט העליון, כי בנכונות הממשלה לותר על שטח ריבוני ישראלי לטובת סוריה יש משום עבירה על החוק. בית־המשפט קבע שם, בין היתר, "שעצם נושא העתירה – היט אופן ניהול מדיניות החוץ של מדינת־ישראל – מקומו לא יכירט בבית־משפט זה"<sup>138</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 שפיט, 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: "...בעניין 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 הוריעה השיפוטית הטרמטיבית של בית־המשפט, הרי ייתכן כי על ההחלטה לעשות שלום או לצאת למלחמה אין מקום להפעיל את הכללים הרגילים של תורת שיקול־הדעת המנהלי... וניסיון החיים

## ד' תקיפותם של הסכמי אוסלו

אלת תקיפתם של הסכמי אוסלו מבחינה משפטית עשויה להתערר במישור הדין הבינלאומי, ובמישור הדין הישראלי.

מבחינת הדין הבינלאומי, לכאורה אין להסכמים אלה תוקף מחייב – וזאת, גם בלא להתייחס כלל לשאלת אי-החוקיות שבה נועים החסכמים – באשר אין המשפט הבינלאומי מכיר אלא באמנות שבין מדינות, או בין מדינה ואירגון בינלאומי.<sup>142</sup> אשיף אינו לא מדינה ולא אירגון בינלאומי, ולפיכך ההסכמים עימו אינם מוכרים כהסכמים בינלאומיים המחייבים במישור הדין הבינלאומי.

באשר לדין הישראלי, על-פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשלי"ג-1973, חוזה הנגד את תקנת הציבור הוא חוזה פסול. האם יש הבדל בין חוזה בין שני אנשים פרטיים ובין חוזה שכורתת רשות מרשויות המדינה? כותבת על-כך פרופ' נביראלה שלו.<sup>143</sup>

חוזה-רשות [חוזה של רשות שילטונית], ככל חוזה, ייחשב בטל כאשר כריתתו, תוכנו או מטרתו סותרים את תקנת-הציבור. סעיף 30 הקובע בטלות חוזה העומד בניגוד לתקנת-הציבור, אינו חל רק על חוזה פרטי, או רק על חוזה בין פרטים. כל חוזה הנערך בישראל חייב להתאים לתקנת הציבור הישראלית, וחוזר-רשות בודאי שאינם פטורים מחובה זו.

היעלה על הדעת, שהסכם עם גוף המחוייב קונסטיטוציונית להשמדת מדינת-ישראל – הסכם המכיל מרכיבים המהווים תשתית למדינה עצמאית שנוף זה מבקש לכונן – אינו נגד את תקנת הציבור בישראל! בפשטות צריך לומר, כי מאחר שמטרתם של הסכמי אוסלו היא להעביר לאירגון אשיף סמכויות רחבות (חקיקה, שיטת, מינהל וביטחון) ושליטה באדמות מדינה ומקורות המים – מה שמהווה תשתית ברורה למדינה עצמאית – עומד הדבר בניגוד לתקנת הציבור הישראלי, שהרי אותה מדינה עתידה להיות מחוייבת – מכוח מצע של הנוף שכונן אותה – להשמדתה של מדינת-ישראל, וכיצד אפשר לומר על הסכמים אלו שאינם נוגדים את תקנת הציבור הישראלי!

פרט לכך, מבחינת תוכנם מכילים הסכמי אוסלו הוראות העומדות בניגוד לחוקי מדינת-ישראל, כמבואר לעיל, וגם מטעם זה הרי זה חוזה פסול לפי סעיף 30 הנ"ל. לא למותר לציין שגם מבחינת המשפט הבינלאומי מהווה אירחוקיות עילה לשלילת תוקפו של חוזה.<sup>144</sup>

אכן, בעקבות חתימתם של הסכמי אוסלו, קיבלה הכנסת שלושה חוקים שמטרתם ליישם את ההסכמים הללו ואת ההסדרים הכלכליים והעברת הסמכויות והאחריות לרשות הפלסטינית על-פי הסכמים אלה.<sup>145</sup> לכאורה, ניתן אפוא תוקף חוקי בדיעבד, למעשה, שבשעתו היה בלתי חוקי.

בהחלטת הממשלה, העניין לא היה עניין משפטי אלא עניין פוליטי מובהק; אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה-מידה משפטי... השיקולים אינה שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ... שלא בית-משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם.<sup>146</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 שפיות, אם השאלה היתה חוקיות נטילת השוחד בקשירת הקשרים הדיפלומטיים.<sup>147</sup>

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

כיוצא בזה נפסק זה לא מכבר ביחס להסכם קואליציוני, שמטרתו זרות למטרות החוק.<sup>148</sup>

הסכם קואליציוני בין מפלגות כבודו במקומו מונח, אל לא ידעתי כיצד עשוי הוא להשפיע על הפעלת סמכויות על-פי חוק, במקום שהכול מסכימים כי מטרתו של אותו הסכם זרות למטרות החוק שבו מדובר. במדינה בה שולט החוק – וכך היא בישראל – החוק הוא שיקבע דרכי הנהגתו של השלטון, החוק ולא הסכם קואליציוני זה או אחר. יכולה ממשלה לנסות ולהביא לשינוי של החוק – על כך תחליט הכנסת – אך כל עוד לא חל שינוי החוק, אין בכוחו של הסכם קואליציוני כדי להעלות או להוריד, אלא אם אמור הוא לקבוע מדיניות שהיא חוקית לעצמה על-פי אותו חוק.

וכך גם בעניינינו: גם אם ניהול משאומתן לשלום הוא מסוג העניינים הבלתי-שפטיים, לכאורה, הנתונים מענם טיבם ומהותם לסמכותה הבלעדית של הממשלה, מכל מקום מהלך ניהול המשאומתן הזה אסור לו שייפגע בחוק מחוקי המדינה. מאחר שבמסגרת המשאומתן המתנהל במסגרת מה שקרוי "יתהליך השלום", נחתמו על-יד הממשלה הסכמים, ונעשו מעשים, שהם, לכאורה, בניגוד לחוק, כמבואר לעיל, חדלה הסוגייה להיות בלתי-שפיתה, והיא צריכה להיות נטונה לביקורת בג"ץ.

בודאי שאין טענת חוסר שפיות מחסנת את פעולת הממשלה בפני ביקורת שיטתית שתכליתה לבקר את חוקיותה של הפעולה מבחינת סבירותה ומיתר הבחינות של כללי המשפט המינהלי, כמבואר בדברינו לעיל.



עליה יאסר ערפאת בשם אש"ף. חלופת המכתבים הנוכרת, בין ראש הממשלה רבין לבין יאסר ערפאת (מיום 9.9.93), נעשתה בין ראש ממשלת ישראל ובין יו"ר אש"ף, כשהרשות הפלשטינית טרם הוקמה, וההכרה שבמכתבו של ראש הממשלה לא ניתנה לרשות, כי אם לאש"ף, וזה נוסח המכתב, בקטע הנוגע לעניינו (מן המקור באנגלית):

"לאור התחייבויות אש"ף הכלולות במכתבך, ממשלת ישראל החליטה להכיר באש"ף כנציג העם הפלשטיני, ולפתוח במשא ומתן עם אש"ף במסגרת תהליך השלום במזרח התיכון".

גם הסכם קהיר מיום 4.5.94 נעשה עם אש"ף, ונחתם על ידי יאסר ערפאת, וכן ביחס לפרוטוקול על יחסים כלכליים שנעשה בפריס ביום 29.4.94 – אף הוא נעשה עם אש"ף. הסכם הביניים שנחתם בושינגטון ביום 28.9.95 נעשה עם אש"ף וחתום עליו יאסר ערפאת בשם אש"ף. ולבסוף, גם ההסכם הידוע כ"הסכם חברון" מיום 17.1.1997, ושנעשה לאחר שהרשות הפלשטינית כבר קמה נעשה עם אש"ף כמובח מנוסח ההסכם, שיש בו זיקה ברורה ל"הסכם הביניים".

כל ההסכמים הידועים כ"הסכמי אוסלו" נעשו איפוא אם ארגון טרור, והם נעשים בעליל באי-חוקיות, ולפיכך אין כל בסיס לטעון כאילו יש להבחין בין אש"ף כארגון טרור ובין הרשות הפלשטינית שהוא נוף הנפרד ממנו.

סיכומם של דברים: הסכמי אוסלו נעשו עם ארגון טרור ונעשים באי-חוקיות. העמידה על משמור האינטרסים של עם ישראל וארצו מחייבת את הממשלה להתמער ככל האפשר מן המרכיבים בהסכמי אוסלו. המסכנים את ביטחונם של העם היהודי ומדינתו והמוגעים בזכויותיו בארצו (ואת, בלא לגרוע מחובתה של הממשלה להתמיד במאמצי השלום על בסיס תכנית האוטונומיה המקורית, שמשמשתה מסירת המינהל העצמי לתושביה הערביים של א"י, כשהזכויות על אדמות המדינה הפטיות שמורות לעם היהודי, והאחריות העליונה והבלעדית לביטחון היא בידי כוחות הביטחון של ישראל). בודאי שאין הממשלה מחויבת לבצע את ההסכמים בניסבות שבחן הצד השני אינו ממלא את התחייבויותיו, וזאת מכוח עקרון ההדדיות שעליו הכריז ראש הממשלה לא פעם<sup>148</sup>. חובת הממשלה היא לנהוג כך, כדי להקדים ולמנוע את האסונות שההסכמים צופים בחובם, ושעתידים לבוא על ראש כולנו אם לא ייפסק באופן מידי תהליך יישוםם של המרכיבים המסוכנים שבהסכמים.

ואולם לענין, אם הממשלה הנוכחית תגיע למסקנה שמדובר ביישום חלקים בהסכמי אוסלו הנוגעים באי-חוקיות והלוקים בחוסר סבירות קיצוני, וזבה עליה להימנע מיישוםם של אותם חלקים למרות החוקים הנייל. לענין, חוקי היישום הנייל לא נועדו אלא לצורך התאמות ביישום ההסכמים ככל שהם מבוצעים בפועל. אין בהם, כשלעצמם, כדי לחייב את המשך ביצועם במידה שמדובר בהתחייבויות הנוגעות באי-חוקיות ובחוסר סבירות קיצוני. הממשלה הקודמת, שחתמה על הסכמי אוסלו, והעבירה בכוח הרוב הפרלמנטרי שלה בכנסת את חוקי היישום, פעלה מתוך עיוורון למציאות. אם הממשלה הנוכחית בראשות בנימין נתניהו, סבורה, כפי שניתן לצפות, כי יישוםם המלא של הסכמי אוסלו מסכנים את ביטחונם של עם ישראל, פוגעים בזכויותיו ההיסטוריות בארצו ומאיימים על עצם קיומה של המדינה – כל זאת, בניגוד לעקרונות החוקתיים שהם בתשנית משטרנו החוקתי – חובה עליה להימנע מהמשך יישום ההסכמים<sup>149</sup>.

אין כל חובה על הממשלה למלא את הסכמים הנוגעים בכל הפגמים שנסקרו לעיל, והמסכנים את עצם קיומה של המדינה כמדינה יהודית. הדרישה המופנית כלפי הממשלה לכבד הסכמים שעליה חתמה קודמתה ושקיבלו את אישור הכנסת, כמוה כדרישה שהופנתה בשעתו כלפי ווינסטון צ'רצ'יל ליישם את מדיניות הכניעה של הסכם מינכן<sup>147</sup> – מדיניות שקיבלה אמנם את אישורו של הפרלמנט הבריטי, אבל המיטה אסון כבד על העולם החופשי בכלל ועל עמנו בפרט. הסכמי אוסלו – כהסכם מינכן בשעתו – נדונו מראש לכישלון, ואירועי הדמים שהתרחשו בחודש ספטמבר 1997, ולאחר מכן, הוכיחו בפועל ולמי שהיה זקוק להוכחה, כי הרעיון שלפיו ניתן להפקיד את ביטחונם של העם היהודי בידי אירגון מרצחים, הוא חסר כל בסיס במציאות.

יש הסבורים, כי הסכמי אוסלו (ומה שנעשה מכוח זה) אינם נעשים באי-חוקיות, באשר ייש להבחין בין אש"ף לבין הרשות הפלשטינאית, נוף נבחר באופן דמוקרטי אשר ממשלת ישראל החליטה להכיר בו כנציג העם הפלשטינאי ולנהל עמו משא ומתן לשלום (מתוך חלופת המכתבים בין ראש הממשלה דאז מר יצחק רבין ז"ל לבין יו"ר הרשות, מר יאסר ערפאת). במעשים אלה יצרה הממשלה מצב חדש ובכך ניטל השקף מן הפליליות שבמעשה" (מתוך מכתב מטעם פרקליטות המדינה).

עמדה זו אינה נראית לי. הסכם הצהרת העקרונות מיום 13.9.1993 נעשה בטרם הוקמה הרשות הפלשטינית, וחתום

## הערות

1. יחסנו אוסלו הוא עם טרל להסכמים שנחתמו בין ראש הממשלה המטה, יצחק רבין, ובין ראש אש"ף, יאסר עראפת, וראשיתם בהסכם הפהות העקרונית שנחתם באוסלו ביום 13.9.93, שהסכם הביניים שנחתם בוויינגטון ביום 28.9.95.
2. א. רובינשטיין, המשפט הקונסטוטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה רביעית, תל אביב תשנ"א, עמ' 17.
3. נוסח ההצהרה ראה מי מדויני, קובץ מסמכים בתולדות המדינה, ירושלים תשמ"א, עמ' 19; ניס' נלבר, הצהרת בלפור ותולדותיה, ירושלים תרצ"ט, עמ' 119; דב יוסף, השלטון הבריטי בארץ ישראל, ירושלים תשי"ח, עמ' 17.
4. ראה די יוסף, עמ' 44-39, ראה גם סובאות מן העיתונות הבריטית, במספרו של די גנו, זכותם ההיסטורית-הפסקנית על ארץ ישראל, ירושלים תרצ"ג, עמ' 170.
5. עמ' 41
6. עמ' 43
7. ראה ניס' נלבר, עמ' 122
8. ראה די יוסף, עמ' 37
9. עמ' 39
10. Statement of the Zionist Organization Regarding Palestine, 1919. המסמך המגורסת לתוכיו זה מובאת על ידי כי בוגר, מושבת כתר או בית לאימן, ירושלים תשמ"ג, עמ' 22, וכן אצל Mark Gilbert, The Arab-Israeli Conflict: Its History in Maps, 5th ed., 1992, p. 9.
11. ראה יועמידה ליעקב לרקי, עמ' 49, סמוך להערה 124.
12. לוסף החסכם ראה מי מדויני, עמ' להערה 3 לעיל, עמ' 20.
13. די יוסף, עמ' 44
14. עמ' 55
15. עמ' 19
16. עמ' 271 (הסם מובא נוסח כתב המנדט על ארץ ישראל בשלמותו, ראה גם מי מדויני, עמ' להערה 3 לעיל, עמ' 123).
17. ראה י טרויטש, אומי הספטי של המנדט האי"י, בתוך: ספר טרויטש, תל אביב תשכ"ב, עמ' 52. וראה כי מיינגר, הסכסוך הערבי-ישראלי, ירושלים 1970, עמ' 20 ואילך; כי מיינגר, ארץ ישראל בתקופת המנדט ומדינת ישראל, ירושלים תשכ"ב, עמ' 18 ואילך. על מעמדו הספטי של העם היהודי במישור המשפט הבינלאומי, ראה עמ' 36-11. ריש להדגיש: זכותו של העם היהודי לחקים את ביתו הלאומי בארץ ישראל לא נעקבה לו על ידי גמת הביות או חבר הלאומים, אלא היא נובעת מהקשר ההיסטורי של העם היהודי עם ארץ ישראל. גמת הברית וחבר הלאומים רק החזירו על קיומה של זכות זו זה סבב. המישה זו היא שהיחיתה את התנועה הציונית בכל סאבקה, וראה לדוגמא דבריו של דוד בן גוריון במי עדת מיל בשנת 1936: "זכותנו על הארץ יוחתה לא ב-1917 ולא ב-1922. בשנים אלה רק הוכרז קשרינו ההיסטוריים עם הארץ ואשרה זכותנו לחקים מחדש את הבית הלאומי... התניין שנכתב בשפתנו הוא המנדט שלנו. זכותנו נבעת לא מן המנדט, היא נבעת מחיינו ההיסטוריים בארץ, מזכותה של אומה לבית משלה" (י' אילצקי, מהדורה למדינה, ירושלים תשי"ט, עמ' 275). לעיכך, הטיעון הטיבי, כאילו ארץ ישראל יתנה למם היהודי על ידי חבר הלאומים או ארגון האומות המאוחדות, ויכולה על כך הקהילה הבינלאומית לטול זכויות אלה תורה, הוא חסר שחר. כתב המנדט מדבר על הכרה בזכויות של העם היהודי (הקיימות זה מברר) ולא על העקדת זכויות, ראה Douglas J. Fein, The League of Nations Mandate for Palestine, in: Israel's Legitimacy in Law and History, E.N. Segal, ed., N.Y. 1993, p. 7.
18. מל י ריבנבלד, ההתחללות ביישע משענת בזכות חוקית ללא ערעור, **תניב**, גיליון 1995/1 (42), עמ' 39. בהמשך דבריו, מצטט המחבר
- מדבריו של הוספט מר מביה הדין הקבוע לצדק הבינלאומי, שקבע במסג הדין במרשה מברוסטסיס, כי הכללת מדיניות הבית הלאומי היהודי בכתב המנדט, מהווה יסעשה חקיקה בינלאומי של המעשה"י של חבר הלאומים.
- על שלילת זכותם של הערבים להצורה עצמית בארץ מבריות המשפט הבינלאומי, ראה כי סטון ולאלו הערה 27, עמ' 9 ואילך, ועמ' 72 ואילך.
- דב יוסף, עמ' להערה 3 לעיל, עמ' 77.
- סעיפים 6-5 לכתב המנדט. וראה ר' גנו, עמ' להערה 4 לעיל, עמ' 156 ואילך.
- מי אטיאש (שרן), ספר התנגדות של הועד הלאומי לבנות ישראל בארץ ישראל, ירושלים תשכ"ב, עמ' 16. אפילו אישיות מתונה כחיים ויעמן התנגדה לכך, ראה מאמר הנ"ל של דגלס מייט להערה 17 לעיל, עמ' 11-12.
- על חקיקות של מעשה זה, כמו על חקיקתה של העברת שטחי הערק לדי המנדט הבריטי בשנת 1923, לא נדון כאן. וראה מאמרי: מעשה המשפטי של ישראל כרמת הערק, **תניב**, עמ' שישית, גיליון 2131, אדר תשנ"במרס 1993, עמ' 8.
- מדבריו של ויליאם טרר, סגן יו"ר ועדת המנדטים של חבר הלאומים. העברים מובאים על ידי מל י ריבנבלד, עמ' להערה 18 לעיל, עמ' 44. ראה גם, לאחרונה, מה שכתב דגלס מייט, מוסמח לענייני הסודר התיכון, שאיישט בעבר בתפקידים בכירים במישור האמריקאי, בקשר להצרת בלפור, המונחת ביסוד כתב המנדט. "ההצהרה אינה יוצרת, או מכירה, בזכויות פוליטיות, כמעגדות לזכויות אזרחיות ודומות, של עדות שאינן יהודיות בארץ ישראל", ראה מאמר הנ"ל בהערה 183, עמ' 4.
- מי ריבנבלד, עמ'. על כך שבכוחו של המנדט לא היה להקים מדינה ערבית בארץ ישראל, ראה די יוסף, עמ' להערה 3 לעיל, עמ' 249 ואילך.
- דבר זה עולה מתוך מוסר שכתב המשא רובבלד לער הרוץ שלו, כשעוד לו על מדיניות יחסיה חב"י של בריטניה, ראה עמ' 43. וראה עתה מחקרה המקיף של ג'ון מיסרס על ההגירה הערבית הבלתי-חוקית לארץ ישראל בתקופת המנדט הבריטי, בעירו, או בתעלמת עמו, של המיסרס הבריטי: Joan Peters, From Time Immemorial: The Origins of the Arab-Jewish Conflict over Palestine. - Immemorial New York 1984. כמו כי מעלה מסעלת בריטניה בחובתה שמכוח כתב המנדט, להקנות ארמות מדינה להתיישבות יהודית צומת בא"י, ראה נדשו כינר, מושבת כתר או בית לאומי, ירושלים תשמ"ג, עמ' 176. ובמשך חוסן גם מעלה, באמצעות מדיניות הספר הלבן, להגבלת ההתיישבות היהודית בכלל, ראה יוסף אילצקי, מהדורה למדינה, ירושלים תשי"ט, עמ' 376 ואילך, עמ' 426 ואילך.
- על כטולתה של החלטת החלוקה על הארץ בשנת 1947 כמבוצאה מדיניתה על ידי חבר הערבי, וכן התקמנות הערבית נגד ישראל, ראה Julius Stone, Israel and Palestine-Assault on the Law of Nations, 127-128. Balzova 1981, p. 59-66. גם בית משפט בישראל קבע בחלטת עקרונות, כי ריבונות המדינה מבוטסת בראש ובראשונה על הזכות הטבעית וההיסטורית של העם היהודי, ולכן הגבולות שנטברו בחלטת החלוקה לא הם שקבעו למעשה את גבולות המדינה. ראה כי שגב, 1999 הישראלים הראשונים, ירושלים 1984 עמ' 16. המצטט מספק דיט של הוספט מי עניונו בבית המשפט הסחורי בחיפה (לימים שופט בית המשפט העליון), על-פי הפרסום בעיתון **הארץ** סיום 10.1.1949.
- ראה בג"ץ 81/49 אבו עינא ד מפקד אזור יהודה השמרון, פ"ד ל(2), עמ' 228-230.
- ראה ספרו של סטון, עמ' להערה 27 לעיל, עמ' 51-52.

הספר חלקו של הלורד טספילו, בספר הנעדרות של הוועד האומני, בעריכת סי אטיאס, ירושלים תשכ"ג, עמ' 174-175 (סי קטג); יבית אומני בלי עלייה ובלי קרקע זהו לעג ליש וצביעות פוליטיות... ומותו ההיסטורית להקים מחדש את ביתנו האומני בא"י הוצרה ע"י חבר האומנים נארוויגי... כוח זמנתי יפה מנחתה של איזו מפשלה שהיא לרגע... וכן גם עמ' 176 (סי קטג): "ישום שילטון לא ויכל ע"י שימוש ליתר בוילטונו לתת קשר עולם שבין איי והגם העבריי... וביחס למסר חלקו מיום 17.5.39, שאושר עוד יותר את סמדי העלייה וחסיל גירות נוספות על ההתיישבות לראש פי מדויני, עם (הערה 3 לעיל, עמ' 42-43), ראה תבנית הוועד האומני, עם, עמ' 291-292 (סי רכג): "...הצאיל הוועדו ככלים קשים על העליית... איסורים והצבלות חמורים ויסל מעשיו על רכישות קרקע, והבטת לשמור על שמטת הארץ הזאת... ושאיפת שחרור הקוסה של עם ישראל במשך 1800 שנה הוכחה מכה קשה ואכזרית, ומפלג ההתיישבות שחוקם במאמצי עם שלם והתחלשות המונים הוספר בודי שלטון ערבי שזוג ואויב לבית האומני, מכריו היים הישוב היהודי קבל כל השלם, כי מדיניות הגבירה לא תקום ולא תהיה... היישוב העברי לא ישלים עם הגזירה להשאיר את ארמת הארץ בחורבנה ושפלותה. עמנו, הרעב לקרקע, ידבק בה לחוגה ולהחיות, יתן לך את חלקו דרמו השום מה לא יפרידה ממנו... בעקבות מרסום תקנות הגבירה הקרקעות ביום 20.4.30 - תקנות שאסרו רכישת קרקע ע"י יהודים ברובה המכריע של איי הפערבית - התקיימו החלטות והתקנות בכל רחבי הארץ, והוועד האומני מרסם הודעה בה נאמר לשם, עמ' 302-303, סי רלג) "חוק הקרקעות החדש של ממשלת המנדט... משמעותו - סגירת ארץ התייך במי עם התייך... הוא דן את הבית האומני לקיום של נגס, נמול קרקע נאוויר... הוועד האומני מוחה ביום היישוב נגד גזירה זו, והסגירה בודון את מעיפי המנדט, ומתחת את עצם המסירה אשר לשמה נסדר המנדט לממשלת בריטניה" ראה גם עם, עמ' 367, 413, 373

מתוך נאום בקונגרס הציוני התיא, באול תרצ"ו, אכן, בחוקר הטיבות ההיסטוריות דאו, מוכן היה ב"גוריון המסכים גם להחזקת הארץ, אבל זאת נכח סמנת החשמה שריחפה מעל יהדות אירופה - סכנה שב"גוריון היה מדע לה - ראה פי אביזוור, תכנית המדינה אצל ב"גוריון שלב "הציונות החמסתי", בתוך: עיונים בתבניות החלוקה, 1947-1947, שדה בוקר תשס"ד, עמ' 98, ומכאן הערכתו שאין במסו היישוב היהודי למפת את תבניותיו על השילטון הבריטי ולא את שילטונו על טריטוריה המאובללת בצמיחת בטריבים, ראה עם, עמ' 107. אין לסיק מכך מאמה לבני טיבות שבין איי הפערבית נשלאת במעל על"ידי המדינה היהודית שכבר קמו, והעל"פי תקותיו של ב"גוריון אמורה הייתה להיות כולה את שטח המדינה היהודית, ראה עם, עמ' 121 (במודאי לא לבני אדמות המדינה הריקות, שוך רוב שטחי יהודה ושומרון), מכל מקום ראוי להדגיש, כי מבחינת הזכות על איי, הנטיים ב"גוריון נאוסם הניל, כי אם יודעש ממנו לוותר על זכותו של העם היהודי על איי, אי על חלק ממנו, בתמורה לחקמת מדינה יהודית על חלק מאיי, לא יהיה מוכן לוותר על הזכות גם במחיר אי"הקמתה של המדינה.

פי מדויני, עם (הערה 3 לעיל, עמ' 41.  
ראה הפסיקה המוצגת על"ידי אי רובינשטיין, עם (הערה 2 לעיל), עמ' 39 ואיך  
ראה אי רובינשטיין, עם (הערה 2 לעיל, עמ' 82. האולם, ההתייחסות לשטחי ישע כאל שטחים "במחשבים" אין לה, לעשות דעתו, כל בטיס בחוק, האסמכתא החיודה לכך שמבחינה משפטית מחשבים שטחי ישע כמחשבים "במחשבים". יכולה להימנע אולי נכונותה של ממשלת ישראל להכיר בתחלוקה של האמנות הבינלאומיות על שטחים אלה, ראה ב"יך 306, 302/72, שמיך חיל הא"י מ ממשלת ישראל הוא, פ"ד כולג, עמ' 176; ב"יך 610, 606/78, סוליסן תפקי איוב הא"י מ שר הביטחון הוא, פ"ד לגנ, עמ' 126. אולם נכונותה של ממשלת ישראל להכיר בתחלוקה של

30 ראה י"י בלום, ערך במשפט הבינלאומי ומנה, הפרקליט, כרך כ"ו תשל"א, עמ' 319.  
31 ראה Stephen M. Schwelb, What weight to Conquest, American Journal of International Law, Vol. 64, 1970, p. 346. Julius Stone, of International Law, Vol. 64, 1970, p. 346, הערה 27 לעיל, עמ' 45 ואיך, ועמ' 116 ואיך.  
32 גם אם ירדן הייתה מוכרת סריבון בעת שלמה באוויר יהודה המוסרין - מה שאינו נ"לא כביטת י רובינשטיין, ע"ן במשפט הבינלאומי תימנה, הפרקליט, כרך כ"ו (1971), עמ' 5-11; יהודה לא נמחתי או ילא המנות אלא מעשיים, עם, עמ' 519-522) - מכל מקום הוא הסתלקה מריבנות זו, לשיטתה, בעקבות הברית של המלך חייסין מיום 31.7.1966, בדבר ניתוק העדה הערבית (כוללל ירושלים) מירדן בתחומי המשפט המיוחלי; ראה R. Lapidot and M. Hecht, The Arab-Israeli Conflict and its Resolution. Selected Documents, לונדן, מבחינת המשפט הבינלאומי אין חובה על ישראל להחזיר שטחים אלה לירדן, אכן, באותה שנה (1968) הכריזה מועת א"י"ן על הקמת מדינת פלסטין שבירתה ירושלים, ראה עם, עמ' 344-356, וכן בקובץ, העהרות והחלטות בנושא הפלסטין 1950-1969, משה נבאי, שרף, תל אביב 1990, עמ' 211-221. אולם, א"י"על"י שבמקמת הכרזה זו הכירו מדינות רבות ב"ישראל" פלסטין, לא היה נכך כדי לציגר ריבנות מדינית חדשה של "פלסטין", באשר לא תקיימו כל התנאים לכך מבחינת המשפט הבינלאומי, ובמיוחד התנאי הדרוש שלטון אפקטיבי, ראת ה"ת לפירות ושמה הודש, ירושלים - חיבטים מדיניים ומשפטיים, ירושלים 1994, עמ' 7.  
33 מ"ל סי ריבנמל, עם (הערה 18 לעיל, עמ' 39.  
34 עם, עמ' 116.  
35 ד"ב יוסף, עם (הערה 3 לעיל, עמ' 108.  
36 Eugene v. Rostow, To the Editor, The American Journal of International Law, vol. 64 (1960), p. 718-719.  
37 מליכום והחלטות (במה טנוע לעייננו), ראה Encyclopedia of Public International Law, 2, Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations, 1961, p. 261, 267-268.  
38 ראה גם דגלס מייס, עם (הערה 17 לעיל), עמ' 34. זו גם הייתה התמימה של התנועה הציונית, כפי שבוטאה על"ידי דוד ב"גוריון: "במודאי יש ליישוב הערבי בארץ הזכות להגדרה עצמית" (= מבחינה דתית, תרבותית וכו'), לשאלו עמנו, לא ישל על דעתו לקחת זכות זו או להסגיטה... אבל אין אנו מודים בזכות שלטון על הארץ" - ילקט אחרות הגבירה, ת"א, תל אביב תרס"ט, עמ' 297. שאלות כמו: כיצד יהיה ערביי ארץ ישראל את עניינותם, ושם המתרון הגאוגרפי ליכנסו הערביי ישראל, הן שאלות חשובות שכלעמך שחייך בהן חורג ממשפטו של חיבור זה. על חקירתה של ההתיישבות היהודית בתבלי ישע מבחינת המשפט הבינלאומי, ראה גם Eugene Rostow, Palestine Self-Determination Possible Features For The Unallocated Territories of the Palestinian Mandate, Yale Studies in World Public Order, vol. 9, 1979, p. 147. Julius Stone, עם (הערה 27 לעיל), עמ' 167-181.  
39 עם (הערה 17 לעיל, עמ' 13.  
40 במאמרו The Peace-Making Process: UN Resolutions 242 and 338 שבקובץ הניל בחוקה 17, עמ' 34.  
41 כפי ששלה מן האמנה הפלסטין, וראה במיוחד סעיפים 1, 2, 3, 19, 20, 21, 22. נוסח האמנה התפרסם, בין היתר, במספר של פי מדויני, עם (הערה 3 לעיל), עמ' 242, במספר של יוסף נרוב, סמסון ישראל ע"ב, רשת"ץ 1983, עמ' 173-177. ראה גם ויחשפט הרכבי ובתי שטיינברג, האמנה הפלסטין במבחן הוסף והמועצה, ירושלים תשס"ד, עם מופיע נוסח האמנה בליווי דברו פרשנות של המחברים המוסרים על החלטות הוועד האומני המוסמכים של הארגון.  
42 ראה החלטה סליאת הוועד האומני מיום 23.10.30, בעקבות מרסום

60. שם, עמ' 733-734.
61. שם, עמ' 763.
62. בניץ 855/89, פ"ד מנדל, עמ' 513-514. ראה יו' וסיר, שם, עמ' 765 ואילך.
63. ע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסאס, פ"ד לונד, עמ' 694.
64. ראה בניץ 880/88 שניצר ואח"י נ' הנוצור הצבאי הראשי ואח"י, פ"ד מבוא, עמ' 636-637.
65. ראה הערה 41 לעיל.
66. ראה לוזק, סמוך להערה 75.
67. י' הרכבי ופי' שטיינברג, האמנה הפלסטינית במבחן הזמן והמעשה, עמ' 27.
68. סגוטט, שם, שם.
69. שם, עמ' 41.
70. בניץ 243/82 זכרוני נ' הוועד המטל של רשות השידור ואח"י, פ"ד לזיל, עמ' 767.
71. בניץ 6163/92, איוונברג ואח"י נ' שר הביטח והאיכות ואח"י, פ"ד מזל, עמ' 229.
72. שם, עמ' 259.
73. בניץ 245/88 בושנאי סחה נ' המפקח הכללי לפשטות ישראל, פ"ד כזא, עמ' 445.
74. בניץ 554/81 בראנשה נ' אלוף מיקוד המרכז, פ"ד לזא, עמ' 250-249. ראה גם בניץ 1378, 1361/91 מסלם נ' מקד כוחות צה"ל כבחינת עזה; אבו נדיאן נ' שר הביטחון, פ"ד מזל, עמ' 456-457.
75. ראה פי' נבאי, ערך, הצהרות והחלטות בנושא הפלסטיני 1989-1990, תלאביב 1990, עמ' 91.
76. סגוטט על ידי ד"ר מרדכי ניסן, אטיף והשמאל הישראלי – היעד המשותף, **תניב**, 2/1994, עמ' 5.
77. ראה הודעתו של הש"ק עבדול ע"ה, הסמכות הדתית העליונה בשטחית, 'יהואר'י' מיום 20.1.1995.
78. ראה S. de Smith, *The Political Language of Islam*, Chicago 1991, p. 73.
79. ע"ן ע"ד *Shah*, אנטיקלפדיה של האיטלאם (באנגלית), כרך 10, גיליון 1965, עמ' 539.
80. איי כ"ך, חידושים באיטלאם, ירושלים תשי"ז, עמ' 118.
81. ראה ב' לאיס, שם (הערה 78 לעיל), שם.
82. איי כ"ך, שם, עמ' 8.
83. אנטיקלפדיה של האיטלאם, שם.
84. 'משלמה וחיאראם כעניו המשפט המוסלמי המשפט החיצוני', בקובץ 'ימות האדם ביהדות' (תקדים כ"ד), ירושלים תשנ"ב, עמ' 213.
85. ראה ב' לאיס (הערה 78 לעיל), שם.
86. 'המשפט הרכבי, ילאוניסמיה הערבית מחדש', סמוך: שטת ישראל לחירותה, שמואל אלמוג (עורך), ירושלים תש"ם, עמ' 258. עלינו ציטוט מן העיתון 'אלאחר' על משמעותו של המונח 'שום איסלמי' באיטלאם, ראה ב' לאיס, שם (הערה 78 לעיל), עמ' 78-79.
87. ראה ב' לאיס, שם (הערה 78 לעיל), עמ' 2-3.
88. ב' לאיס, האיטלאם בהיסטוריה, תלאביב, תשמ"ד, עמ' 17. לשורשים האיטלאמיים של מאבק ארגוני המורד ע"י ישראל, ראה ענת קרץ (עורכת), סדרה איטלאמי ישראל, הוצ' מפורז, תלאביב, 1993.
89. אז ועדה – ע"ב השואה ולקחיו, **תניב**, גיליון 3/1994, עמ' 15.
90. ראה John W. Wheeler-Bennet, London 1963, p. 216.
91. ראה שם, עמ' 65.
92. ראה שם, עמ' 217 ואילך.
- האמנת הבינלאומית על אזורי ישיע אינה אלא לגבי התנגה על זכויות האדם באותם שטחים, ראה דבריו של הדיקט המשפטי לממשלה, מאיר שמגר, יקיום המשפט הבינלאומי כמשמיהם הסדר חוקי, 'ספר השנה של זכויות האדם בישראל (תלאביב 1971)', עמ' 262 ואילך; Eyal Benvenist, *The International Law of Occupation*, Princeton, 1993, p. 119. בניץ 61/80, הנוצרי נ' ממשלת ישראל, פ"ד ל-131, עמ' 597-599. אין בנכונות זו של הממשלה שום ויתור של ישראל על טענה לריבונות על אזורים אלה. לא זו בלבד שישם כניג רשמי של ישראל לא ביטא עמדה הבורכת את תחילתו של האמנת הבינלאומית על שטחי ישיע בויתור כלשהו על טענה לריבונות, אלא שאפילו אישיו ממשל בכירים בממשלת ארצות הברית סבורים שאמנת אלה לא נחתה כדי להכריע בקאלת של ריבונות, אלא אך ורק לצורך התנגה על זכויות האדם של תושבי שטחים כבושים. ראה Eugene V. Rostow, *To The Editor, The American Journal of International Law*, p. 716-719.
47. ראה פסק דינו של הנשיא אגרטל בבניץ 223/67 שבדו כן דב' נ' שר החוץ, פ"ד כזא, עמ' 442. כן ראה אי' רובינשטיין, שם (הערה 2 לעיל), עמ' 84, והמסיקה הנכונה שם.
48. עלינו הודעה הרווחת, משאית הקשורים בריבונות המדינה על שטחה, כסיפוח שטחים או ויתור על שטחים, הם עניין למחוקק הראשי לגנות בו.
49. ראה דבריו של המשפטיים בכנסת, בעת הבאת העגה הודיק לאישור הכנסת, דברי הכנסת, כרך 49 (תשכ"ז), עמ' 2420.
50. שם, שם.
51. פי' מדויק, שם (הערה 3 לעיל), עמ' 230.
52. שם, עמ' 231-232.
53. שם (הערה 49 לעיל).
54. ולענין אין כל אמירות למרש אחת סעיף זה. שכן, אם השטחים שכבוש ישראל במלחמת ששת הימים היו נחשבים על ידי המחוקק לשטחי כיבוש, לא ניתן היה לחייל עליהם במפעל את הריבונות הישראלית באמצעות צווים מינהליים, כהוראת החוק, סמוך כן שהמחוקק הסמיך את הממשלה לחיל את הריבונות כדרך של הנצאת צווים מינהליים, כאמור לעיל, משמע שהמחוקק התירם לשטחי ארץ ישראל שכבוש במלחמת ששת הימים כשטחים שאחריהם, והכפופים לריבונות, או לפחות לטענת ריבונות, של ישראל.
55. ויתור על שטח שנטעם לגבי טענת ריבונות, אינו יכול להיעשות אם בכלל, אלא על ידי הריבון, באנגלית, למשל, עבה אין חוקה סובבה, וגם אין חוק מפורז על כך, הועלו ספקות ביחס למסכתו של הכתר הבריטי לותר על שטחים של הממלכה המאוחדת, אבל מכל מקום הפרקטיקה היא שלא לפנות מעשה כזה ללא עיון בחוק של הפרלמנט. ראה S. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, 7th ed., London 1994, p. 163. מרידונטיבה לותר על חלק כלשהו של הממלכה המאוחדת, אבל יש דוגמאות מן העבר לותר על חלקים של מושבות הכתר שמעבר לים (כמו ההכרה בעצמאות ארז'יב ב-1783)... אם פרידונטיבה זו נעלמה – אין זו ברור עכשיו, אך עלינו שבפרקטיקה המודרנית, החעבה של מרידונטיבה בריטית החימוש של חזוי שלום משו הסדר בדרך של חוקי. ראה Chalmers and Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law of Great Britain*, 5th ed., London, p. 174; H. W. Clerk, *Constitutional and Administrative Law*, London 1971, p. 90.
56. בניץ 170/81 סלמה נ' ראש המענה המקומית טורען, פ"ד לונד, עמ' 438. ראה בניין וז' י' וסיר, הסמכות המינהלית, ירושלים תשי"ז, ח"ב, עמ' 554.
57. ראה פי' מדויק, שם (הערה 3 לעיל), עמ' 64.
58. דיווח על אישור של טראפ מיום 30.1.1996, ניתן למצוא ב**תניב**, גיליון 2/1996, עמ' 10-11.
59. ראה יו' וסיר, הסמכות המינהלית, ירושלים תשי"ז, עמ' 216.

93. ראה שם, עמ' 478.
94. ראה שם, עמ' 221 ואילך.
95. ראה John Taland, Adolf Hitler, N.Y. 1976, p. 409. על הפרשנות שנמנה בפרט זו לדימות האזורים, התונים הדמוקרטיים וחגיגה הממלא על ידי היטלר, כביטויים של שלום, ראה J. Mallow, Chained Circle, London 1974, p. 372. השקפתה על אשיותו של היטלר היתה, כי ילעלם לא ילך למלחמה. הוא אינו מסוכן. הוא וממסדו גרמני הוא רצח באשליה של מנצח ובוט, בחוד ובזווה של אלה, אבל הוא לא יוכל לסבול את חום והוליסמה הכרוכים בהשגתו, ראה J. Birkin, The Third Rose, London 1960, p. 365.
96. למעט חוץ היסטוריה התיכון החדשי של הרים ושר החוף לעבר, משען פרס, השווה עם דבריו של הרמטכיל לעבר, אהוד ברק, **בידיעות אחרונות** מיום 23.12.94, שלפיהם האסור שבו את חיים ממשיך להיות מסוכן ואלים.
97. חוות הדעת מורסמה בכתביהעת **הניב**, גיליון 1/1990, עמ' 60-61.
98. מל ריכנפלד, ההתנהלות בישיע מעוגנת בזכות חקיקת ללא ערעור, **הניב**, גיליון 1/1995, עמ' 45.
99. בדאו להיסוף ולגיין, שתגול מטה של מכללת המלחמה של חילת חיכשה של צבא ארזי, כאשר לגבולת המיוסום הדרשיים להגנתה של ישראל, משעך בשנת 1974, אישר את חוות הדעת הביל של מרצה המנוון, ראה 34 p. 34, Yuash Taddon, Israeli Facts, 1981.
100. דברים מפורשים בעיין זה כותב יונין רוטנברג עמ' 52 במאמר שפורסם בשנת 1993, ושם הוא מגיין שאינו יודע אם היום היו ראשי המגנת המשלבים של צבא ארזיב משרטטים מפה אחרת של גורכי הביטחון של ישראל, אבל הוא מטיל ספק רב בכך. ראה מאמרו הביל בהגדה 40, עמ' 35.
101. חוות הדעת מורסמה בכתביהעת **הניב**, גיליון 3/1989, עמ' 61-63.
102. ראה הדיווח בעיין **ידיעות אחרונות**, מיום 22.11.92. וראה במאמר זה גם דבריהם של אישי צבא ומיסל אמריקאים בכירים. האיוולת שנחננת מוח אמריקני ברמתהעל, **הניב**, גיליון 1/94, 26 במבר 1994, עמ' 58-66. על הסכנת האיוולת המאיוולת על ישראל במקרה של התקפת נשק כימי, בלא שיהיו בידה שטחי מילטט לסילוניו התחשים המאכלסים בפנימות את אזור השפלה, ראה גיין המספר, האיום הביזוכימי של ישראל, **הניב**, 1994, גיליון 2, עמ' 28. כי ראה מאמרו המסור של אדוארד מער לטנרם, יהודה והשמרון – מוח קיוסי בעיין חשק החכם, **הניב**, 1990, גיליון 3, עמ' 5.
103. בגיץ 680/88 (הגדה 64 לעיל), עמ' 439-640.
104. הכרזה למי התקודה למענת סוחר, ילקוט הפרסומים 2665, תשמ"א, עמ' 195.
105. למשל, ע"מ 538/89 רשבעקי ואח"י מדינת ישראל, פ"ד מדל, עמ' 870.
106. סעיף 4 להחכם הביזוכימי מיום 28.9.1995.
107. א"י ברק, "שלטון החוקי" (חגיגה המהפצה המאומית לקודום ערכי שלטון החוק והדמוקרטיה), עמ' 5-4, A.V. Clay, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th ed. 1955, p. 153.
108. פ"ד מזל, עמ' 229.
109. בגיץ 1843/93, מחסי מ כנסת ישראל ואח"י טרם מורסם, מיסקה 15 של ספק הרין, תקדין-עליון, כ"ד 0913, תשנ"ה-תשנ"ו (1995), עמ' 568.
110. איוונבר ואח"י כי שר הביטחון והיטיון ואח"י, פ"ד מזל, עמ' 274.
111. בגיץ 3872/93 מיטראל כי ראש הממשלה ושר הדתות ואח"י, פ"ד מזל, עמ' 497.
112. בגיץ 652/81 ח"כ שרד כי יו"ר הכנסת מנחם סביזור, פ"ד מזל, עמ' 202. ראה גם בגיץ 1843/93, ח"כ שם ראה גם בגיץ 620/85 מיטראל ואח"י כי יו"ר הכנסת ואח"י, פ"ד מזל, עמ' 195.
113. א"י רובינשטיין, שם להגדה 2 לעיל, עמ' 501.
114. בגיץ 400/87, כחא כי יו"ר הכנסת, פ"ד מזל, עמ' 738.
115. י' וסיר, יהיועך המשפט לממשלה והמאבק על חקיקת העליון, עיני משפט, כרך י"א (תשמ"ד-י"ו), עמ' 413.
116. ע"ב 1/65 ידודר כי ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד י"ט (3), עמ' 362.
117. משה נבזי, "משבר שלטון החוקי", תלאביב תשמ"ו, עמ' 10.
118. ע"א 450/70, רובינשטיין ואח"י מדינת ישראל, פ"ד מזל, עמ' 136; בגיץ 142/89, תנועת לאורי ואח"י, כי יו"ר הכנסת ואח"י, פ"ד מזל, עמ' 555, 553.
119. דוגמא לתפיסה ארנכנית זו באשר ליחס שבין ערכים קבועי מדיניות ובין הרואות החוק ניתן למצוא, למשל, בדבריו של הח"כ יוסי שרד, שאמר: "יגם אם מדובר בחוקי התיישבות חוקי החלוטין, הרין כיוון שהוא נגזר את מדיניות הממשלה ומהווה מכשיל לשלום, ימנו המתיישבים מבתיים". חקשוד זה, ראויים לביטול דבריו הקולטים של השופט ויהקין בבגיץ 210/52 מרכו והיגה ילכלי כי עד המסחר והתעשייה, פ"ד ו', עמ' 803: יאדם שלחוק סמנה לו זכות מסויימת, בדאי אין לשלול ממנו את זכותו אלא בדרך החוק, כלומר, עלידי מעשה חקיקה, ואינו לא יתקן כי אפשר למענת את המצב על ספק החלטת הממשלה. במקרים אלה, אין ספק בדבר: הדין יוכרע בהתאם לזכותו הפרויזוכית של האזרח, ואין מקום במסגרת הדיון המשפטי לשקולים מדיניים. שקולים אלה אינם עניין למאן כלל וכללי.
120. בגיץ 3872/93 מיטראל בעיין כי ראש הממשלה ושר הדתות ואח"י, פ"ד מזל, עמ' 485.
121. בגיץ 5304/92 מדיה 1992 סיוע למעני חוקה כי שר המשפטים, פ"ד מזל, עמ' 715.
122. שם להגדה 120 לעיל, עמ' 496.
123. על הסכנת הפרויזוכית באופן כללי, ראה א"י רובינשטיין, שם להגדה 2 לעיל, עמ' 583 ואילך.
124. בגיץ 210/52 מרכו והיגה ילכלי ואח"י כי שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו', עמ' 798.
125. בגיץ 125/57 אגיות מיכל ומשה בעיין כי שר האוצר ייבטי בעיין, ואח"י, פ"ד י"א, עמ' 1500.
126. בגיץ 4354/92 תנועת מאמי הרדיבית וארץ-ישראל כי ראש הממשלה ואח"י, פ"ד מזל, עמ' 41.
127. א"י רובינשטיין, שם להגדה 2 לעיל, עמ' 583-584.
128. Halsbury's Laws of England, 4th ed., 1974, vol. 8, 4929, p. 586-596.
129. א"י רובינשטיין, שם להגדה 2 לעיל, עמ' 592.
130. ס"ב לפקודת המסחר עם האויב, 1939.
131. ס"ב 13 לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), תשל"ג-1973.
132. כוון עלימי סעיף 5 לפקודת המסחר עם האויב, 1939, או עלימי השיא של סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים הביל.
133. בגיץ 5128/94, מדרסן כי שר המשפטה ואח"י, פ"ד מזל, עמ' 653-655.
134. בגיץ 2918, 4235/93, עריית קריתגת כי מדינת ישראל, מעשה מקובלת אריאל ואח"י כי ממשלת ישראל, פ"ד מזל, עמ' 842-844, שם, עמ' 845.
135. חיים ח"י כוון, המשפט (ירושלים, תשנ"ב), עמ' 337.
137. בגיץ 910/86 רסלר ואח"י כי שר הביטחון, פ"ד מזל, עמ' 486, מפי השופט ברק.
138. בגיץ 4354/92 (הגדה 126 לעיל), עמ' 43.
139. נוסח ספק הדין מורסם ב**הניב**, גיליון 2/1995, עמ' 58.
140. בגיץ 186/85, ריינר כי ראש הממשלה ואח"י, פ"ד יזל, עמ' 487.
141. בגיץ 910/86, יהודה רסלר ואח"י כי שר הביטחון, פ"ד מזל, עמ' 479. ולחקר בעניי 485 כותב השופט ברק, כי גם אם מדובר בשקול

93. ראה שם, עמ' 478.
94. ראה שם, עמ' 221 ואילך.
95. ראה John Taland, Adolf Hitler, N.Y. 1976, p. 409. על הפרשנות שנמנה בפרט זו לדימות האזורים, התונים הדמוקרטיים וחגי המסאל על ידי היטלר, כביטויים של שלום, ראה J. Mallow, Chained Circle, London 1974, p. 372. השקפתה על אשיותו של היטלר היתה, כי ילעלם לא ילך למלחמה. הוא אינו מסוכן. הוא וממסיון גרמני הוא רצה באשליה של נצחון ובוט, בחוד ובזוהר של אלה, אבל הוא לא יוכל לסבול את חום והוליסמה הכרוכים בהשגתו, ראה J. Birkin, The Third Rose, London 1960, p. 365.
96. למעט חוץ יחסית הניבון החדשי של הרים ושר החוף לעבר, משען פרס, השווה עם דבריו של הרמטכיל לעבר, אהוד ברק, **בידיעות אחרונות** מיום 23.12.94, שלפיהם האסור שבו את חיים ממשיך להיות מסוכן ואלים.
97. חוות הדעת מורסמה בכתביהעת **הניב**, גיליון 1/1990, עמ' 60-61.
98. מל ריכנפלד, ההתנהלות בישיע מעוגנת בזכות חקיקת ללא ערעור, **הניב**, גיליון 1/1995, עמ' 45.
99. בדאו להיסיף ולגייץ, שתגול משה של מכללת המלחמה של חילת חיכשה של צבא ארזיב, באשר לגבולות המינימום הדרושים להגנתה של ישראל, משעך בשנת 1974, אישר את חוות הדעת הביל של מרצה המנוון, ראה ר. Yuash Taddon, Israeli Facts, 1981, p. 34.
100. דברים מפורשים בעניין זה כותב יוניץ רוסטוב עמ' 26 במאמר שפורסם בשנת 1993, ושם הוא מציין שאינו יודע אם היום היו ראשי המגנת המשלבים של צבא ארזיב משרטטים משה אחרת של גורכי הביטחון של ישראל, אבל הוא מטייל ספק רב בכך. ראה מאמרו הביל בהגדה 40, עמ' 35.
101. חוות הדעת מורסמה בכתביהעת **הניב**, גיליון 3/1989, עמ' 61-63.
102. ראה הדיווח בעניון **ידיעות אחרונות**, מיום 22.11.92. וראה במאלה זו גם דבריהם של אישי צבא ומיסאל אמריקאים בכירים. האיוולת שנבנתה מזה אמריקני ברמתהעל, **הניב**, גיליון 1/94, 26 במבר 1994, עמ' 58-66. על הסכנת האיוולת המאיימת על ישראל במקרה של התקפת נשק כימי, בלא שיהיו בידה שטחי מילטט לסילוניו התחשים המאכלסים בנימינות את אזור השפלה, ראה גיץ המספר, האיום הביזוכימי של ישראל, **הניב**, 1994, גיליון 2, עמ' 28. כי ראה מאמרו המספר על אדוארד מער לטנרם, יהודה ושומרון – מרחק קיומי בעניון חשק החכם, **הניב**, 1990, גיליון 3, עמ' 5.
103. גיץ 680/88 (הגדה 64 לעיל), עמ' 439-640.
104. הכרזה למי התקודה למענת סוחר, ילקוט הפרסומים 2665, תשמ"א, עמ' 195.
105. למשל, ע"מ 538/89 רשבעקי ואח"י מדינת ישראל, פ"ד מדל, עמ' 870.
106. סעיף 4 להסכם הבינוי"ם מיום 28.9.1995.
107. א. ברק, "שלטון החוקי" (חצי) המתנה האומית לקודום ערכי שלטון החוק והדמוקרטיה, עמ' 5-4, A.V. Clay, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th ed. 1955, p. 193.
108. פ"ד מזל, עמ' 229.
109. גיץ 1843/93, מחסי מ כנסת ישראל ואח"י טרם מרסם, מיסקה 15 של ספק הרץ, תקדין-עליון, כ"ד 0913, תשנ"ה-תשנ"ו (1995), עמ' 568.
110. איוונבר ואח"י כי שר הבינוי והשיכון ואח"י פ"ד מזל, עמ' 274.
111. גיץ 3872/93 מיטראל כי ראש הממשלה ושר הדתות ואח"י פ"ד מזל, עמ' 497.
112. גיץ 652/81 ח"כ שרד כי יויר הכנסת מנחם סביזור, פ"ד מזל, עמ' 202. ראה גם גיץ 1843/93, ח"כ שם ראה גם גיץ 620/85 מיטראי ואח"י כי יויר הכנסת ואח"י פ"ד מזל, עמ' 195.
113. א. רובינשטיין, שם להגדה 2 לעיל, עמ' 501.
114. גיץ 400/87, כחא כי יויר הכנסת, פ"ד מזל, עמ' 738.
115. י. וסיר, יחידות המשפט לממשלה והמאבק על חקיקת העליון, עניי משפט, כרך י"א (תשמ"ד-י"ו), עמ' 413.
116. ע"ב 1/65 ידוד כי עזרת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד י"ט (3), עמ' 362.
117. משה גברי, "משבר שלטון החוק", תלאביב תשמ"ו, עמ' 10.
118. ע"א 450/70, רובינשטיין ואח"י מדינת ישראל, פ"ד מזל, עמ' 136; גיץ 142/89, 172, תנועת לאויר ואח"י כי יויר הכנסת ואח"י פ"ד מזל, עמ' 555, 553.
119. דוגמא לתפיסה ארנסתה זו באשר ליחס שבין ערכים קבועי מדיניות ובין הרואות החוק ניתן למצוא, למשל, בדבריו של הח"כ יוסי שרד, שאמר: "יגם אם מדובר בחלקי התיישבות חוקי לחלוטין, הרי כיוון שהוא נגד את מדיניות הממשלה ומהווה מכשול לשלום, ילמו המתיישבים מבתיהם". חקשוד זה, ראויים לביטול דבריו הקולטים של השופט ויהקן בגיץ 210/52 מרכו והיגי ילכלי כי שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו, עמ' 803: יאדם שחוקק סמנה לו זכות מסיימת, בדאי אין לשליל ממנו את זכותו אלא בדרך החוק, כלומר, עלידי מעשה חקיקה, ואינו לא יתק כי אפשר למענת את המצב על ספק החלטת הממשלה. במקרים אלה, אין ספק בדבר: הדיו יוכרע בהתאם לזכותו הפרויזוכית של האזרח, ואין מקום במסגרת הדיון המשפטי לשקולים מדיניים. שקולים אלה אינם עניין למאן כלל וכללי.
120. גיץ 3872/93 מיטראל גני"ם כי ראש הממשלה ושר הדתות ואח"י פ"ד מזל, עמ' 485.
121. גיץ 5304/92 מדיח 1992 סיוע למעני חוקה כי שר המשפטים, פ"ד מזל, עמ' 715.
122. שם להגדה 120 לעיל, עמ' 496.
123. על הסכנת הפריוזוכית באופן כללי, ראה א. רובינשטיין, שם להגדה 2 לעיל, עמ' 583 ואילך.
124. גיץ 210/52 מרכו והיגי ילכלי ואח"י כי שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו, עמ' 798.
125. גיץ 125/57 אגיות מיכל ומשה כני"ם כי שר האוצר ייב"ם בני"ם, ואח"י פ"ד י"א, עמ' 1500.
126. גיץ 4354/92 תנועת מאמי הרדיבית וארץ ישראל כי ראש הממשלה ואח"י פ"ד מזל, עמ' 41.
127. א. רובינשטיין, שם להגדה 2 לעיל, עמ' 584-583.
128. Halsbury's Laws of England, 4th ed., 1974, vol. 8, 4929, p. 586-596.
129. א. רובינשטיין, שם להגדה 2 לעיל, עמ' 592.
130. ס"ב לפקודת המסחר עם האויב, 1939.
131. ס"ב 13 לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), תשל"ג-1973.
132. כוון על"מ סעיף 5 לפקודת המסחר עם האויב, 1939, או על"מ הסיפא של סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים הניל.
133. גיץ 5128/94, מדרסן כי שר המשפטים ואח"י פ"ד מזל, עמ' 655-653.
134. גיץ 2918, 4235/93 עריית קריתגת כי מדינת ישראל, מעשה מקובלת אריאל ואח"י כי ממשלת ישראל, פ"ד מזל, עמ' 844-842, שם, עמ' 845.
135. חיים ח' כוון, המשפט (ירושלים, תשנ"ב), עמ' 337.
137. גיץ 910/86 רסלר ואח"י כי שר הביטחון, פ"ד מזל, עמ' 486, מפי השופט ברק.
138. גיץ 4354/92 (הגדה 126 לעיל), עמ' 43.
139. נוסח ספק הדיון מרסם ב**הניב**, גיליון 2/1995, עמ' 58.
140. גיץ 186/85, ריינר כי ראש הממשלה ואח"י פ"ד יזל, עמ' 487.
141. גיץ 910/86, יהודה רסלר ואח"י כי שר הביטחון, פ"ד מזל, עמ' 479. ולחק בני"ם 485 כותב השופט ברק, כי גם אם מדובר בשקול

- 144 לדוגמה: M. Sornarajoo, Manual of Public International Law (Singapore, 1984), p. 204.
- 145 חוק ייסוס החסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו הסדרים כלכליים וחוראות שונות) (תיקוני חקיקה, תשנ"ה-1994; חוק ייסוס החסכם בדבר העברה מכינה של סמכויות לרשות הפלסטינית (תיקוני חקיקה וחוראות שונות, תשנ"ה-1995; חוק ייסוס החסכם הניינים בדבר העדה המערבית ורצועת עזה לסמכויות שיטתי וחוראות אחרות) (תיקוני חקיקה, תשנ"ו-1996.
- 146 ראש הממשלה בעצמו, בסמכו. מקום תחת השטח ירושלים תשס"ה, עמ' 19 ועוד, ראה ביישום של הסכמי אוסלו סכנה לעצם קיומה של מדינת ישראל.
- 147 ראה קריאתו של לורד מוזס, ה-Lord High Chancellor of England, להצבתם לזרוע של סמכויות המלחמה באגלות, קרי: צירייל וחבריו, תמיכתו ללא סיוע במדיניותו של צימברליין, בספרו של *Wheeler-Bennet* (הערה 90 לעיל), עמ' 300.
- 148 לפיכךו לסמוך להערה 142 לעיל, אין להסכימו אוסלו מעמד של אמנה בינלאומית. אולם, גם אם נהנים הסכמים אלה מעומד כזה, הרי למו סעיף 1601 של אמנת וינה, הפרה מהותית של אמנה, המבוצעת על ידיו צד אחד, מוכה את הצד האחר להסתמך על ההפרה כעילה לסיום האמנה. אטיף כנד ל"אמנה", אחראי להורה ארכה של הפרה, ובראשן: סירובו העיקש לבטל את סעיפי האמנה הפלסטינית הקוראים להשמדת ישראל. אם גם זו אינה הפרה מהותית – איננו נכנס בזה ליחוד פרטי ההפרה, כמו שימוש בטקס על ידי המשטרה הפלסטינית לרצח חיילים ישראליים, חייבנות ספירוק נשקם של המחוקקים בו בניגוד להסכמים – הפרה מהותית מהי?
- מלכיו של השלטון, אין בכך כדי לעלל את הנוהך לבחון אם השיקול הוא חוקי מבחינה משפטית. באותו ענין, למרות חיזוק בגדר של שאלה פוליטית, צריך היה לבחון את סבירותה של ההחלטה – שאלה שהיא משפטית.
141. בניץ 3872/93 מישראל בנים נ' ראש הממשלה ושר הדתות ואחי פיד מיו 31, עמ' 512.
142. סעיף 6 ל-Vienna Convention on the Law of Treaties. וראה יו דינסטון, אמנת בינלאומיות, תל-אביב 1974, עמ' 17-19. והשווה: א' זסיר ואי בובנשטי, "אדמות היהודים כיהודה שומרון, הכל מה ומטרת ירושלים, ירושלים 1993, עמ' 68, שם נטוית השוואה בין אטיף ובין ארנוני שחריר שפעלו במקומות שונים בעולם. שם נאמר, כי יבמודה כזו או אחרת של הכלחה, וכו ארנונים אלה להכרה בינלאומית, העדרו משפטנים לשון כי ארנונים אלה מהווים משאים – גם אם בעלי אופי מיוחד – של המשפט הבינלאומי. לענין, אין לקבל השוואה זו. ארנוני השחריר הנוכחים שם, כמו האף-אלאן בולגיר, לחמו כנגד מדינות אימפריאליסטיות שכבשו שטחים לא להן, בעוד שאטיף לחם כנגד מדינתו של העם היהודי, שארץ ישראל הוכרה במשפט הבינלאומי כארצו. האמור שם ביחס לזכות ההגדרה העצמית של הפלסטינים, יש בו משום התנגשות מן העברות, שזכות זו של העם הערבי כבר סומשה בעבר בארצות ערב, בד בבד עם ההכרה בזכות ההגדרה העצמית של היהודים בארצם שלהם (ראה לעיל, סמוך להערה 18). לאחר שזכות זו של היהודים הוכרה במשפט הבינלאומי, שוב לא ניתן לערער עליה תוך מתן לניטסציה לארנון טרור, אשר עליו חוקתו היא מבקש להביא להפסקת קיומה של מדינת היהודים על שטח כלשהו של איי.
143. ג' של, דיני חוים, מהדורה שנייה, ירושלים תשנ"ה, עמ' 660.