



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6654/22

בג"ץ 6664/22

בג"ץ 6712/22

בג"ץ 6784/22

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג

העותר בבג"ץ 6654/22 : פורום קהלת

העותר בבג"ץ 6664/22 : לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד התיישבות

העותרים בבג"ץ 6712/22 : אורי עבודי ו-51 אח'

העותרים בבג"ץ 6784/22 : 1. ח"כ איתמר בן גביר
2. מפלגת עוצמה יהודית (חזית יהודית לאומית)

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 6654/22 : 1. ראש הממשלה
2. ראש הממשלה החלופי
3. ממשלת ישראל
4. כנסת ישראל

המשיבים בבג"ץ 6664/22 : 1. שר החוץ
2. ממשלת ישראל
3. ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני)

המשיבים בבג"ץ 6712/22 : 1. ראש הממשלה
2. ראש הממשלה החלופי
3. ממשלת ישראל
4. היועצת המשפטית לממשלה
5. כנסת ישראל

המשיבים בבג"ץ 6784/22 : 1. ראש הממשלה
2. ראש הממשלה החלופי
3. ממשלת ישראל

4. הקבינט המדיני ביטחוני
5. היועצת המשפטית לממשלה

המבקשת להצטרף כ"ידידת
בית המשפט":
משמר הדמוקרטיה הישראלית

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: כ"ה בתשרי התשפ"ג (20.10.2022)

בשם העותר בבג"ץ 6654/22: עו"ד אריאל ארליך; עו"ד מאיר בוחניק; עו"ד אפרת סונא

בשם העותר בבג"ץ 6664/22: עו"ד יצחק בם; עו"ד מיכאל דבורין

בשם העותרים בבג"ץ
: 6712/22

עו"ד זהבה גור

בשם העותרים בבג"ץ
: 6784/22

עו"ד איתמר בן גביר; עו"ד זאב וולף

בשם המשיבים 3-1 בבג"ץ
6654/22, המשיבים בבג"ץ
6664/22, המשיבים 4-1
בבג"ץ 6712/22 והמשיבים
בבג"ץ 6784/22:

עו"ד ענר הלמן; עו"ד רן רוזנברג; עו"ד דניאל מארקס

בשם המשיבה 4 בבג"ץ
6654/22 והמשיבה 5 בבג"ץ
: 6712/22

עו"ד ענת גולדשטיין

בשם המבקשת להצטרף: עו"ד יובל יועז; עו"ד אוהד שפק

פסק-דין (נימוקים)

חלק כללי

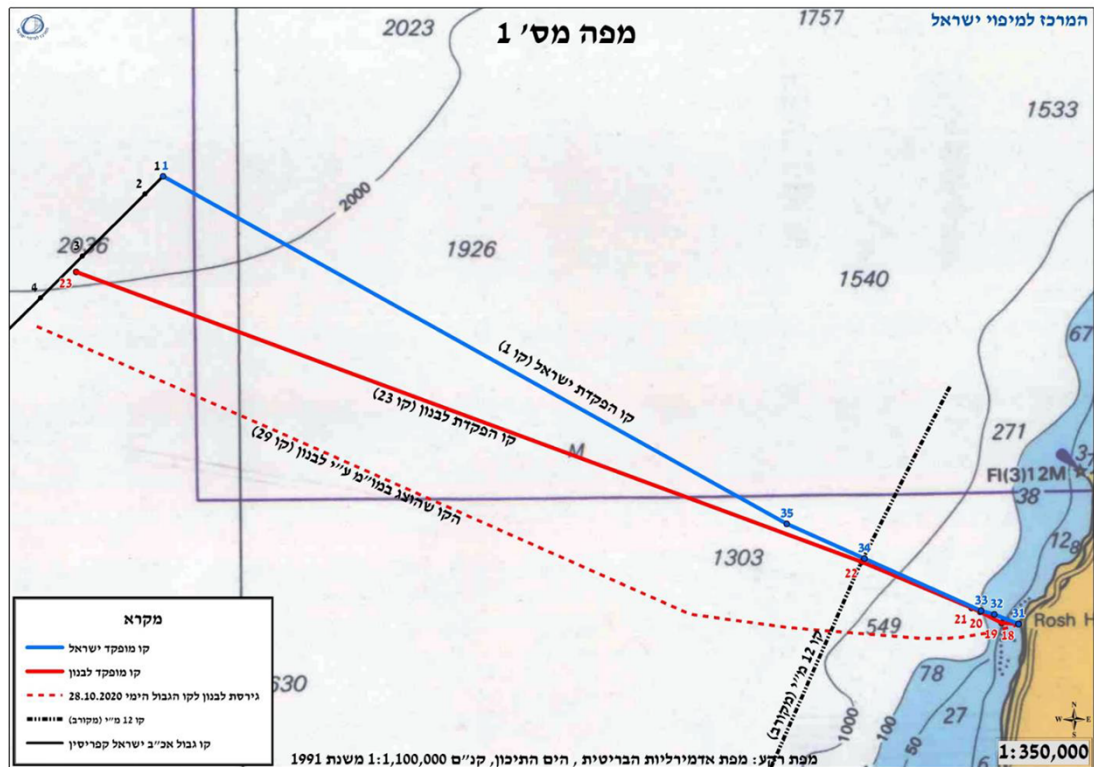
המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

עניינן של 4 העתירות שלפנינו בהסכם הימי בין מדינת ישראל לבין מדינת לבנון בנוגע לתיחום הגבול הימי ביניהן ולקביעת הסדר לניצול מאגר גז טבעי חוצה הגבול

(להלן: ההסכם). בעיקרם של דברים, העתירות מעלות שלוש סוגיות משפטיות משותפות: הראשונה, האם חוק-יסוד: משאל עם (להלן גם: חוק היסוד) חל על השטח נושא ההסכם, ומשכך יש לקיים לגבי הסכם זה משאל עם (או לאשרו ברוב של 80 חברי כנסת); השנייה, האם הממשלה, בהיותה ממשלת מעבר, רשאית לחתום על הסכם מעין זה; והשלישית, בהנחה שהממשלה הייתה רשאית לחתום על הסכם מעין זה, האם פעלה כדין כשהחליטה שלא להביא את ההסכם לאישור הכנסת ולהסתפק בהנחתו על שולחן הכנסת.

הרקע להסכם בין הצדדים

1. בין מדינת ישראל לבין מדינת לבנון אין קו גבול מוסכם – לא במרחב הימי ולא במרחב היבשתי. לאחר נסיגת צה"ל מדרום לבנון בשנת 2000, הציב צה"ל באופן חד צדדי 10 מצופים (להלן: קו המצופים): 8 מהם באזור שעד כ-5 ק"מ מהחוף; ושניים נוספים במרחק של עד כ-7.5 ק"מ מהחוף. בחודש יולי 2010 הפקידה לבנון באו"ם, חד צדדית, קואורדינטות גאוגרפיות שמגדירות את תביעתה לקו התיחום הדרומי של השטחים הימיים שלה. קו זה הופקד כרשימת נקודות שמוספרו 18, 19, 20, 21, 22 ו-23, וקו זה מכונה "קו 23" (להלן: קו 23). ביום 10.7.2011 התקבלה החלטה 3452 של הממשלה ה-32 "קביעת קו התיחום הימי הצפוני של מימי החופין והאזור הכלכלי הבלעדי של מדינת ישראל בים התיכון" (להלן: החלטה 3452 או החלטת הממשלה) שבמסגרתה החליטה ממשלת ישראל לקבוע כי קו התיחום הימי הצפוני של מימי החופין ושל האזור הכלכלי הבלעדי של מדינת ישראל בים התיכון יהא לפי רשימת הקואורדינטות הגיאוגרפיות שפורטו בהחלטה. כן החליטה הממשלה למסור הודעה לאו"ם בערוצים המקובלים על ההחלטה; ולייפות את כוחו של שר החוץ בכל הנוגע לביצוע ההחלטה. לפי דברי ההסבר להחלטה זו, מטרתה הינה לקבוע את העמדה הישראלית בנוגע למיקומו המדויק של קו התיחום הימי הצפוני בהתאם לעקרונות דיני הים הבינלאומיים המקובלים ולהביא לפרסום העמדה באופן פומבי באו"ם כמקובל. בהתאם, ביום 12.7.2011 הופקד באו"ם הקו ברשימת נקודות שמוספרו 31, 32, 33, 34, 35 ו-1 (להלן: קו 1). השטח שנתחם בין קו 23 לבין קו 1 הוא השטח שמצוי במחלוקת בין ישראל ולבנון (כ-870 קמ"ר; להלן גם: שטח המחלוקת). להלן תשריט שהוגש בהליך דנן על ידי משיבי הממשלה, שבו מוצגים הקווים שתוארו לעיל (סעיף 21 לתגובת משיבי הממשלה; יוער כי קו 29 שמופיע בתשריט הוא קו חדש שהעלתה ממשלת לבנון במסגרת המשא ומתן בין הצדדים, אך קו זה פחות רלוונטי לענייננו):



2. יוער למען שלמות התמונה כי בשנת 2010, חודשים ספורים לפני החלטה 3452, נחתם הסכם תיחום הגבול הימי בין ישראל לבין קפריסין (הסכם בין ממשלת מדינת ישראל לרפובליקה של קפריסין בדבר תחמת האיזור הכלכלי הבלעדי כ"א 59, 1566 (נחתם ב-2010)). נקודת הקצה בהסכם זה היא גם הנקודה ששימשה בקו התיחום הצפוני בהחלטת הממשלה.

3. החל משנת 2011, לאחר הפקדת הקווים האמורים באו"ם, התקיימו מגעים בתיווכה של ארצות הברית בין ישראל לבין לבנון בניסיון להגיע להסכם שנוגע לשטח המחלוקת. משך שנים, לא הבשילו מגעים אלה לכדי הסכם. כעולה מתגובת משיבי הממשלה, בהמשך להחלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט) משנת 2018, הואץ המשא ומתן, ובחודש ספטמבר 2020 הסכימו הצדדים על תנאים שבמסגרתם יתקיים המשא ומתן. בחודש אוקטובר 2020 החלו בין הצדדים סבבי משא ומתן בתיווך אמריקאי, בבסיס יוניפי"ל שבנאקורה. בהמשך, מונה מר עמוס הוכשטיין (שליח האנרגיה האמריקאי) כמתווך לשיחות (להלן: המתווך האמריקאי), ובמשך מספר חודשים הוא קיים מפגשים נפרדים עם הצדדים. במקביל להתקדמות השיחות, התקדם גם פיתוחו של מאגר הגז "כריש" – שלא מצוי באזור המחלוקת – אך כעולה מתגובת משיבי הממשלה, ממשלת לבנון וארגון חיזבאללה יצרו זיקה בין המועד שבו תחל ההפקה ממאגר זה לבין סיכום המשא ומתן.

4. עם התקדמות המשא ומתן הניח המתווך האמריקאי נוסח מתקדם של טיוטת הסכם לפני הגורמים הרלוונטיים בישראל ובלבנון. ביום 6.10.2022 התכנס הקבינט לדיון בנושא, ובמקביל דחה הצד הלבנוני את הטיוטה שנמסרה לו ומסר הערות חדשות לטיוטת ההסכם. הערות הצד הלבנוני נדחו על ידי ראש הממשלה וצוות המשא ומתן בהודעה שנמסרה למתווך. בימים שלאחר מכן החל משא ומתן אינטנסיבי בין הצדדים בניסיון להגיע לנוסח מוסכם. ביום 11.10.2022 הנחה ראש הממשלה את מזכיר הממשלה לכנס ישיבה של הקבינט, שלאחריה תכונס ישיבת ממשלה לסוגיה זו. בו ביום שלחה היועצת המשפטית לממשלה (להלן גם: היועצת) מכתב לחברי הממשלה (להלן: מכתב היועצת). במכתבה, ציינה היועצת המשפטית לממשלה כי קידום ההסכם והשלמתו בסמוך למועד הבחירות מעוררים שאלות משפטיות כבדות משקל שהממשלה נדרשת לדון גם בהן. במסגרת המכתב התייחסה היועצת המשפטית לממשלה לשלוש הסוגיות שניצבות גם במוקד העתירות שלפנינו, וציינה כי מצאה שחוק-יסוד: משאל עם אינו חל על ההסכם; כי אין מניעה משפטית לקידום ההסכם בעת הזו; וכי על הממשלה לקיים דיון בשאלה כיצד יתבצע הפיקוח הפרלמנטרי על ההסכם – בין אם בדרך של הנחת ההסכם לידיעת הכנסת לתקופה של שבועיים ובין אם בדרך של הבאתו להצבעה ולאישור הכנסת (זאת, לפי הסמכות שקבועה בסעיף 10 לתקנון עבודת הממשלה ה-36 (ממשלת חילופים) (להלן: תקנון הממשלה או התקנון)). בהקשר זה ציינה היועצת כי לעמדתה, הגם שהבאת ההסכם לאישור הכנסת אינה מתחייבת, בראי דיני הבחירות, "ראוי ונכון שההסכם יובא לאישור הכנסת" (מכתב היועצת, בעמ' 2). בצד האמור הובהר כי אין מניעה משפטית לנקוט בחלופה של הנחת ההסכם לידיעת הכנסת למשך שבועיים, כאמור. למכתב צורפה חוות דעת של המשנים ליועצת המשפטית לממשלה מיום 11.10.2022 שהתייחסה לשאלות אלו (להלן: חוות דעת המשנים ליועצת המשפטית לממשלה).

5. עוד באותו יום פנה מזכיר הממשלה ליושב ראש הכנסת וביקש ממנו לכנס את מליאת הכנסת בתקופת הפגרה לשם הנחת ההסכם לפני הכנסת, בכפוף להחלטת הממשלה שהייתה צפויה להתקבל ביום 12.10.2022. יושב ראש הכנסת הורה על קיום כינוס פגרה מיוחד ביום 12.10.2022 בשעה 18:00. עוד ציין יושב ראש הכנסת כי במקביל להנחת ההסכם על שולחן הכנסת יועבר ההסכם לעיונם של חברי הכנסת באמצעות דואר אלקטרוני. בבוקר ה-12.10.2022 התכנס הקבינט, ובישיבתו הוצג ההסכם ונסקרו שורת שיקולים ביטחוניים ומדיניים שתומכים בחתימה על ההסכם (אלו הוצגו על ידי היועץ לביטחון לאומי וראש המועצה לביטחון לאומי; הרמטכ"ל; ראש

המוסד; ראש אמ"ן; ראש חטיבת המחקר באמ"ן; וגורמים נוספים). בתום הדיון התקבלה החלטת הקבינט בכותרת "סיכום ראש הממשלה בעניין קידום הליכי אישור ההסכם הימי בין ישראל לבין לבנון" ובתוכנה: "מחליטים לאשר את סיכום ראש הממשלה כדלקמן: ההסכם הימי בין ישראל לבין לבנון הוצג לקבינט המדיני ביטחוני, לרבות החשיבות והדחיפות להגעה להסכם בעת הזו וחברי הקבינט הביעו תמיכה בקידום הליכי אישור ההסכם על-ידי הממשלה". מליאת הממשלה התכנסה לדיון בנושא בהמשך היום ולשרים הועברו שורת מסמכים, ובהם: עותק מן ההסכם, מכתב היועצת המשפטית לממשלה וחוות הדעת של המשנים ליועצת, חוות דעת משרד החוץ והמטה לביטחון לאומי, מסמכים מסווגים של מערכת הביטחון, משרד החוץ, המטה לביטחון לאומי ומשרד האנרגיה (ראו את רשימת המסמכים בסעיף 39 לתגובת משיבי הממשלה). בישיבה הוצגו לחברי הממשלה סקירות מהתחום הביטחוני, המדיני והכלכלי. עוד במסגרת הישיבה, גורמי המקצוע הבהירו כי עמדתם המקצועית היא שקיימים שיקולים ביטחוניים ומדיניים כבדי משקל לחתימה על ההסכם, וכי אישורו בעת הזו נחוץ, חיוני ודחוף. בין גורמים אלה ניתן למנות את הרמטכ"ל, ראש אגף המודיעין בצה"ל, ראש אגף המבצעים בצה"ל, ראש אגף אסטרטגיה בצה"ל, היועץ לביטחון לאומי וראש המטה לביטחון לאומי, ראש המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים וגורמי משרד החוץ. בתום הדיון קיבלה הממשלה את החלטה מס' 1897 "קידום הנחת ההסכם הימי בין ישראל לבין לבנון בכנסת", שלפיה ההסכם יועבר למזכיר הכנסת על מנת להביאו לידיעת חברי הכנסת לפני הבאתו לאישור הממשלה. עוד כחלק מהפיקוח הפרלמנטרי, נקבעו שלושה דיונים בוועדת החוץ והביטחון: שניים במליאת הוועדה (דיון אחד גלוי ודיון אחד חסוי) ודיון חסוי בוועדת המשנה למודיעין, שירותים חשאיים ושבויים ונעדרים. כן הוזמן יושב ראש האופוזיציה לקבל תדריך של ראש הממשלה והמזכיר הצבאי לפי סעיף 13 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994. בנוסף, זומנו ראשי סיעות בכנסת לקבלת תדריך מקצועי בנושא.

6. בו ביום פנה מזכיר הממשלה למזכיר הכנסת ומסר כי ראש הממשלה ושר החוץ מבקש להביא בפניו את ההסכם על מנת להביאו לידיעת חברי הכנסת, בהתאם לסעיף 10(א) לתקנון הממשלה. למכתב זה צורפו, בין היתר, נוסח ההסכם ותרגומו לעברית; דברי הסבר שמפרטים את עיקרי ההסכם; וחוות דעת גלויות. בערב אותו היום כונסה מליאת הכנסת וההסכם הונח על שולחן הכנסת לתקופה של 14 ימים (קרי, עד ליום 26.10.2022).

7. לפני שאפנה לתיאור העתירות והתפתחויות שאירעו לאחר הגשתן, יש לעמוד על פרטי ההסכם. מבחינה צורנית, ההסכם יערך במתכונת של חילופי מכתבים: ארצות הברית תציג לישראל וללבנון מכתבי התחייבויות שמפרטים את תנאי ההסדר, וכל אחת מהמדינות תאשר שהיא מסכימה לתנאים שמפורטים במכתב. לחילופי המכתבים יצורף נספח שבו נוסח הודעה לאו"ם שכוללת את רשימת הקואורדינטות שסוכמו בין הצדדים ואשר יחליפו את הקואורדינטות שהופקדו בעבר על ידי שתי המדינות. הצדדים מסכימים כי הקואורדינטות יופקדו ביום קבלת ההודעה האמריקאית על כניסתו של ההסכם לתוקף. ההסכם יכנס לתוקפו עם קבלת הודעה מארצות הברית כי שני הצדדים אישרו במכתב שהתנאים שמופיעים במכתב מקובלים עליהם. בכוונת הצדדים להיפגש, ככל שיתאפשר, בנאקורה למסירת המכתבים החתומים לידי המתווך האמריקאי.

8. מבחינה מהותית, עוסק ההסכם בחמישה נושאים מרכזיים, כפי שיתואר להלן:

א. הסדרת הגבול הימי – חלק זה בהסכם מתייחס לשלושה אזורים ימיים: אזור 1 הוא חמשת הקילומטרים הראשונים של המים הטריטוריאליים הסמוכים לחוף (להלן: אזור 1). ביחס לאזור זה מסכימים הצדדים על שמירת הסטטוס קוו הקיים, כולל לאורך "קו המצופים" שהוצב בעבר על ידי חיל הים הישראלי (להלן: קו המצופים). היעדרה של הסדרה מלאה ביחס לקו זה נובעת גם מכך שיש בו כדי להשליך על תיחום קו גבול יבשתי עתידי בין ישראל לבין לבנון. אזור 2 הוא האזור שבין חמשת הקילומטרים הסמוכים לחוף (קצה אזור 1) לבין קצה המים הטריטוריאליים (12 מיילים ימיים מהחוף) (להלן: אזור 2). ביחס לאזור זה, ההסכם קובע כי קו התיחום באזור זה ייקבע לפי קו 23 (שאותו הפקידה בעבר, כאמור, לבנון). אזור 3 הוא האזור שבין קצה אזור 2 ועד סוף המים הכלכליים, עד סמוך לקו התיחום המוסכם בין ישראל לבין קפריסין (להלן: אזור 3). קו התיחום באזור זה ייקבע אף הוא לפי קו 23.

ב. פתרון קבע ביחס לסכסוך הימי – המדינות מסכימות כי ההסדר שאליו הגיעו ביחס לגבול הימי (לרבות החלק שנוגע לשימור הסטטוס קוו באזור 1 שתואר לעיל) מהווה פתרון קבוע והוגן (כלשון ההסכם: Permanent and equitable) של הסכסוך הימי ביניהן.

ג. פיתוח מאגר הגז הקיים – שתי המדינות מכירות בכך שבשטח המחלוקת קיים מאגר גז טבעי חוצה גבולות שהיתכנותו המסחרית לא ידועה כיום (המכונה "הפרוספקט"). ההסכם כולל הסכמה עקרונית שהמאגר יפותח מהצד הלבנוני של הגבול וכי קונסורציום החברות שמפעיל את המאגר בצד הלבנוני ישפה

את ישראל על זכויותיה הכלכליות (הסדר שיפוי כלכלי). גובה השיפוי ייקבע בהסכם עתידי בין ישראל לבין הקונסורציום של החברות שמפעיל את המאגר בצד הלבנוני. היקף התמורה הכלכלית ייקבע בטרם פיתוח המאגר. עוד נקבע כי ישראל לא תנצל את המאגר. אם יתברר שיידרש קידוח מהצד הישראלי הדבר ייעשה בהסכמת הצדדים (ישראל מתחייבת שלא להימנע ממתן הסכמה באופן שאינו סביר) ובהתאם למסגרת המשפטית הישראלית.

ד. פיתוח מאגרים חוצי גבולות עתידיים – הצדדים מסכימים שככל שיתגלו מאגרים חוצי גבולות נוספים, בכוונת הצדדים לפנות לארצות הברית על מנת שתסייע (כלשון ההסכם: to facilitate) למדינות להגיע להבנה לגבי הקצאת הזכויות. הצדדים מתחייבים להעביר מידע בדבר מאגרים חוצי גבול באזור לארצות הברית ומצפים כי בעלי הזכויות במאגרים מכל צד, יעשו זאת גם הם. ארצות הברית תשתף במידע את הצדדים להסכם.

ה. יישוב סכסוכים ופרשנות – הצדדים מסכימים כי כל מחלוקת לגבי פרשנות ההסכם או יישומו תיפתר באמצעות שיח בסיועה של ארצות הברית.

העתיירות

9. נגד ההסכם המתגבש הוגשו מספר עתירות: ביום 3.10.2022 הוגשה העתירה הראשונה (בג"ץ 6654/22) על ידי פורום קהלת (להלן גם: עתירת קהלת); באותו היום הוגשה העתירה השנייה (בג"ץ 6664/22) על ידי ארגון לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד התיישבות (להלן גם: עתירת לביא); וביום 6.10.2022 הוגשה העתירה השלישית (בג"ץ 6712/22) על ידי קבוצת אזרחים (להלן גם: עתירת האזרחים). בעתירת קהלת ובעתירת לביא הוגשו גם בקשות לצווי ביניים שנדחו ביום 3.10.2022 (השופט ד' מינץ). ביום 11.10.2022, בסמוך להבאת ההסכם לדיון בקבינט ובמשלה, הוגשו שתי בקשות נוספות למתן צווי ביניים בעתירת קהלת ובעתירת לביא. ביום 12.10.2022 נדחו בקשות אלו (השופט ד' מינץ) ונקבע כי הדיון בעתירות יאוחד. ביום 13.10.2022 הוגשה העתירה הרביעית (בג"ץ 6784/22), על ידי חבר הכנסת איתמר בן גביר ומפלגת עוצמה יהודית, ולצדה בקשה למתן צו ביניים (להלן גם: עתירת בן גביר); בקשה אחרונה זו נדחתה בהחלטה מאותו היום (השופט י' כשר).

10. בימים שלאחר מכן הוגשו לבית משפט זה מספר בקשות: בקשה לתיקון העתירות בבג"ץ 6654/22 ובבג"ץ 6664/22 (התקבלו בהחלטה מיום 18.10.2022); בקשה להרחבת ההרכב שידון בעתירות (נדחתה בהחלטה מיום 18.10.2022); בקשה מטעם משמר הדמוקרטיה הישראלית להצטרף כ"ידידת בית המשפט" (בהחלטה מיום

19.10.2022 ציינו כי החלטנו להסתפק בעמדה הכתובה שהוגשה בבקשה); בקשה לשידור הדיון בעתירות (התקבלה בהחלטה מיום 19.10.2022); בקשה לתיקון העתירה בבג"ץ 6712/22 (התקבלה בהחלטה מיום 19.10.2022); בקשה מטעם העותרים בבג"ץ 6784/22 להגשת הודעת עדכון וראיות נוספות (נדחתה בהחלטה מיום 19.10.2022); ובקשה מטעם העותרים בבג"ץ 6712/22 לצירוף חוות דעת (נדחתה בהחלטה מיום 19.10.2022).

11. יוער כבר עתה כי העתירות עסקו כולן – בשינויים ובדגשים כאלה ואחרים – בשלוש השאלות המשפטיות שתוארו לעיל. טענות הצדדים יובאו בהרחבה במסגרת הדיון בשאלות המשפטיות, כפי שיתואר להלן.

12. ביום 20.10.2022 קיימנו דיון בעתירות, ובמסגרתו שמענו בהסכמת העותרים חומר חסוי במעמד צד אחד שהוצג בשלבי קבלת ההחלטות לממשלה ולקבינט. במסגרת הדיון במעמד צד אחד שמענו סקירה ארוכה, הועבר לידינו חומר כתוב וקיבלנו מענים לשאלות. קיבלנו גם עדכון של ההערכות לגבי "תקופת הביניים", היינו פרק הזמן שחלף מאז שניתנו חוות הדעת הכתובות שהיו לפני הממשלה בדיון מיום 12.10.2022. כנטען לפנינו, המידע שהגיע בתקופת הביניים מחזק את ההערכות בדבר הצורך החיוני והדחוף בהשלמת התהליך בעת הזו, וההשלכות הביטחוניות כבדות המשקל שעלולות להיות להקפאת אישור ההסכם. ביום 23.10.2022 נוכח הדחיפות שבמתן הכרעה בעתירות דנן, ניתן פסק דיננו ללא נימוקים ובמסגרתו ציינו כי הוחלט פה אחד לדחות את העתירות שבכותרת.

מבנה הדיון

13. סדר הדיון בשאלות המשפטיות יהיה כדלקמן: אנוכי אדון בשאלה המשפטית הראשונה, היינו בתחולת חוק-יסוד: משאל עם על השטח נושא ההסכם; חברתי, הנשיאה א' חיות תדון בשאלה השנייה והיא – האם הייתה הממשלה, כממשלת מעבר, מנועה לחתום על ההסכם; וחברי השופט נ' סולברג ידון בשאלה האם הממשלה פעלה כדין כשהחליטה שלא להביא את ההסכם לאישור הכנסת ולהסתפק בהנחתו על שולחן הכנסת.

השאלה הראשונה: תחולת חוק-יסוד: משאל עם

14. נפנה עתה לבחון אם הוראות חוק-יסוד: משאל עם חלות על ההסכם, ומשכך מחייבות את אישורו על ידי רוב חברי הכנסת ולאחר מכן עריכת משאל עם לגביו, או לחלופין מחייבות את אישורו ברוב של 80 חברי כנסת (להלן גם: מנגנוני האישור בחוק היסוד). כפי שקבענו בפסק הדין החלקי, וכפי שיתואר להלן בהרחבה, אנו סבורים כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה, וכי ההסכם דנן אינו בא בגדר ההסכמים שעליהם חל חוק היסוד.

טענות הצדדים

15. בעתירת קהלת נטען כי השטח שלגביו חל ההסכם, שטח המחלוקת, הוא שטח ישראל "לכל דבר ועניין" (בעמ' 2 לעתירה), וכי מכוח דברי חקיקה שונים (שיתוארו להלן בהרחבה) ניתן ללמוד כי המשפט, השיפוט והמינהל הוחלו בו. כנטען, החוק הישראלי מוחל גם במים הטריטוריאליים של המדינה (12 מיילים ימיים מקו החוף) וגם במדף היבשתי (שטח קרקע הים הסמוך לחופי ישראל ותת-הקרקע בשטח זה). עוד נטען כי החלטה 3452 קובעת את גבולה הצפוני של המדינה, וכי בשטח המחלוקת נהגה מדינת ישראל כבשלה. לטענת פורום קהלת, שינוי מעמדו של השטח, באופן שיחדלו מלחול בו המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים מחייב עמידה במנגנוני האישור בחוק היסוד. כזכור, פורום קהלת הגיש בקשה לתיקון העתירה ובמסגרת העתירה המתוקנת, נטען גם כי העברת שטח ממימיה הטריטוריאליים של המדינה, כמו גם החלק בהסכם שבו מתחייבת ישראל שלא לנצל את המאגר שבשטח שבמחלוקת סותרים את חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, בהיותם העברת בעלות במקרקעי ישראל (כמו גם את הוראות חוק הנפט, התשי"ב-1952; להלן: חוק הנפט). עתירת האזרחים ועתירת בן גביר חזרו, בעיקרם של דברים, על הטענות שהובאו במסגרת עתירת פורום קהלת. כן יוער כי עתירת לביא לא כוונה, בעיקרה, לתחולתו של חוק היסוד על שטח המחלוקת.

16. לטענת משיבי הממשלה, חוק-יסוד: משאל עם לא חל בעניינו של ההסכם, וזאת בראש ובראשונה מאחר שבין ישראל לבין לבנון מעולם לא שורטט ותוחם קו ימי – וגבול זה משורטט לראשונה בהסכם. משיבי הממשלה טוענים כי המדינה לא נקטה בצעדים שאותם ראה המחוקק לנגד עיניו ככאלה שמבססים את תחולת חוק היסוד. קו התיחום שנקבע בהחלטת הממשלה לא הוביל להחלת "המשפט, השיפוט והמינהל" של המדינה על השטח שבמחלוקת – לא במישור הבינלאומי ולא בדין הפנימי – ונועד לשמר את תביעתה של המדינה במישור הבינלאומי מול צעדי ממשלת לבנון. לבסוף, לטענת משיבי

הממשלה, "עיקר ההסכם" נוגע למים הכלכליים, שכפופים להסדרה משפטית ייחודית (בדין הבינלאומי ובדין הפנימי), ואינם שטחים שחל בהם המשפט, השיפוט והמינהל כמשמעותם בחוק היסוד.

17. היועצת המשפטית לכנסת מצדה סבורה כי התשובה לשאלה אם חוק היסוד חל על ההסכם נטועה במישור היישומי-עובדתי. כך, לטענתה, בהיעדר הוראת דין מפורשת שמחילה את "המשפט, השיפוט והמינהל" על השטח, יש לבחון את מאפייניו של השטח נושא ההסכם ואת האופן בו תפסה אותו מדינת ישראל והפעילה את סמכויותיה בו. שאלה אחרונה זו מצויה לפתחה של הממשלה, ובהינתן התשתית העובדתית כפי שתוארה בחוות הדעת של המשנים ליועצת המשפטית לממשלה – המסקנה כי ההסכם לא כולל ויתור על שטחים שעליהם חל חוק היסוד היא "מסקנה אפשרית העולה בקנה אחד עם פרשנות חוק-היסוד וההיסטוריה החקיקתית שלו" (סעיף 6.6 לתגובה).

18. במסגרת הדיון שקיימנו בעתירות, הטיעון שנוגע לתחולת חוק היסוד הובא בעיקרו על ידי בא כוחו של פורום קהלת. בדבריו טען כי תכליתו של חוק היסוד היא לכבול את ידיה של הממשלה בהחלטה שעניינה ויתור על שטח – גם כאשר מדובר על שטחים "קטנים". עוד נטען כי קיומו של שטח צבאי סגור מצפון לקו 23 מלמד כי השטח שבמחלוקת הוא שטח שהוחלו עליו המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי; וכי עמדתה העקבית של מדינת ישראל הייתה שקו 1 הוא קו הגבול שלה. זאת ועוד, כנטען, עמדה זו מבוססת על שיטת חישוב קביעת גבולות מקובלת – שיטת קו הניצב, אשר עדות לה ניתן למצוא עוד בשנת 1967 (בנוסח ההודעה על חלוקת שטח המדינה למחוזות ולנפות ותיאורי גבולותיהם; להלן: ההודעה על חלוקת שטח המדינה למחוזות ולנפות). משיבי הממשלה והכנסת חזרו, בעיקרם של דברים, על טענותיהם בתגובות בכתב.

דיון והכרעה

19. דרך הילוכנו בבחינה האם ההסכם כפוף למנגנוני האישור בחוק היסוד תהא כדלקמן: תחילה, נעמוד על הרקע לכינונו של חוק היסוד ולהקמת החובה החוקתית לעריכת משאל עם. בהמשך, נפנה לבחון על אילו שטחים הוחל "המשפט, השיפוט והמינהל" של מדינת ישראל ואת תחולת "המשפט, השיפוט והמינהל" בשטח רצועת הים סמוכה לחופי מדינת ישראל; ומשם נפנה לשאלה אם השטח שבמחלוקת – היינו השטח שתחום בין קו 1 לבין קו 23 (באזורים 2 ו-3 שתוארו לעיל בחלק הכללי) – הוא שטח שעליו הוחלו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל.

20. הערה מקדימה: במהלך חקיקת ההסדר שקבוע בחוק היסוד (על גלגוליו), כמו גם בטענות הצדדים לפנינו בכל הנוגע לתחולת חוק היסוד בנסיבות העניין, נעשה שימוש במונחים שונים ביחס לשטחים שלגביהם חל כנטען ההסדר שקבוע בחוק היסוד. בכלל זאת, נטען שחוק היסוד חל כל אימת שמדובר ב"ויתור על שטח ריבוני"; בויתור על שטח ש"סופח"; בנסיבות של שינוי גבולות המדינה; במקרה של שינוי שטחה של המדינה וכיוצא באלה. ואולם, השימוש במונחים אלה עשוי להיות מטעה, בין היתר מאחר שאין חפיפה הכרחית ביניהם, מאחר שחלקם שנויים במחלוקת משפטית, ומאחר שלחלקם עשויה להיות משמעות שונה בהקשרים שונים ובכלל זאת במשפט הבינלאומי (ראו, בין היתר: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 924 ואילך (מהדורה שישית, 2005); בנימין רובין "תחום תחולת המשפט, שטח המדינה ומה שביניהם" משפטים כה 215, 216 (1995) (להלן: רובין, תחום תחולת המשפט)). משכך, נחדד ונעמוד על כך שהשאלה שלפנינו היא זו: האם השטח שבמחלוקת, היינו השטח שבין קו 1 לבין קו 23, בין קצה אזור 1 עד בסמוך לקו התיחום המוסכם בין ישראל לקפריסין, הוא שטח שלפי המשפט הישראלי הפנימי חל עליו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל והאם משכך ההסכם כפוף למנגנוני האישור שבחוק היסוד.

הרקע לחקיקת חוק-יסוד: משאל עם

(א) חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999

21. הרקע ההיסטורי לחקיקת חוק היסוד נחלק לשלושה שלבים – שבכולם עוגן בחקיקה עקרון היסוד בדבר עריכת משאל עם מקום שבו תבקש הממשלה להתקשר בהסכם שכולל ויתור על שטח שבו חל המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. בחודש יוני 1998 הונחה על שולחן הכנסת לדיון מוקדם הצעת חוק סיוג ויתור על שטח, התשנ"ח-1998. ברקע להגשת הצעת החוק עמד משא ומתן בין ישראל לבין סוריה. מציעי החוק ביקשו לקבוע כי ויתור על שטח רמת הגולן, או על חלק משטחה, יותנה באישור של הכנסת ובמשאל עם (להצעת חוק זו קדמו הצעות חוק דומות שהונחו על שולחן הכנסת ה-13 וה-14, ראו: הצעת חוק רמת הגולן (תיקון – משאל עם), התשנ"ד-1993; והצעת חוק סיוג ויתור על שטח, התשנ"ח-1998 שהונחה על שולחן הכנסת לדיון מוקדם בחודש מרץ 1998). הצעת החוק ביקשה להטיל מגבלה על סמכותה של הרשות המבצעת – הממשלה – להתקשר ולכרות הסכמים בינלאומיים ככל שאלה כוללים ויתור על שטחי רמת הגולן (ביחס לסמכות הממשלה להתקשר בהסכמים בינלאומיים באופן כללי ראו: ע"פ 131/67 קמייאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 97 (1968) (להלן: עניין קמייאר);

ברק מדינה ויובל שני "חלוקת סמכויות בהליך כריתת אמנות: עקרונות יסוד" הסמכות לכרות אמנות במדינת ישראל: ניתוח ביקורתי והצעה לרפורמה 7, 11-12 (משה הירש עורך, 2009); שמעון שטרית "תפקיד הכנסת בכריתת אמנות" הפרקליט לו 349, 356 (1985)). לשון הצעת החוק לא כללה התייחסות מפורשת לרמת הגולן, וקבעה כי ויתור של ממשלת ישראל על ריבונות המדינה בשטח "שעליו החילה מדינת ישראל את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה" יותנה במשאל עם ובאישור רוב חברי הכנסת (סעיפים 1-2 להצעת החוק).

22. עיון בהליכי החקיקה מגלה כי הגם שהחוק לא הוגבל, על פי לשונו, לשטחי רמת הגולן, הדיונים בכנסת (הן במליאה, הן בוועדות) נעשו, בעיקרם, כשברקע האפשרות שיערך הסכם שנוגע לשטחים אלה וביחס לשטחי ירושלים שעליהם הוחלו המשפט, השיפוט והמינהל, כפי שיתואר להלן (ראו, למשל: פרוטוקול ישיבה 263 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14, 3-5, 9-11, 17-21 (25.11.1998) (להלן: פרוטוקול הישיבה מיום 25.11.1998); פרוטוקול ישיבה 296 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14, 2, 11-12 (12.1.1999) (להלן: פרוטוקול הישיבה מיום 12.1.1999)). כך למשל, כאשר הציג חבר הכנסת יהודה הראל את הצעת החוק במסגרת הדיון המוקדם במליאה ("קריאה טרומית"), פתח דבריו במילים הבאות:

" [...] תרשו לי להגיד כמה מלים אישיות בשם עצמי, כמעט בשם כל תושבי הגולן, בשם ועד יישובי הגולן, בשם כל מזכירות היישובים, המועצה האזורית, המועצה המקומית של קצרין. [...] אנחנו רואים בגולן חלק בלתי נפרד מישראל, חלק שכולל למעלה מ-30 יישובים ועיר; אזור שמספק חלק ניכר מהמים של מדינת ישראל, את הביטחון, את מיטב התוצרת החקלאית והתעשייתית. אנחנו לא מאמינים בויתורים בגולן. אנחנו נתנגד להם. אנחנו נתנגד לעקירת יישובים" (פרוטוקול ישיבה 232 של הכנסת ה-14, 81-82 (22.7.1998)).

וכן ראו את דבריו של חבר הכנסת שבח וייס באותה הישיבה:

"קבלת החוק הזה תפגע בכל סיכוי של הידברות עם סוריה. קבלת חוק כזה תפריע למשא-ומתן של ממשלה זו ושל אלה שיבואו אחריה [...] הסתדרנו בלי משאלי-עם במשך 50 שנה, עשינו החלטות יותר היסטוריות בעניין הזה [...] אני מקווה שגם תושבי רמת-הגולן בחלקם הגדול מבינים את העניין הזה" (שם, בעמ' 96).

במסגרת הליך החקיקה, כונתה הצעת החוק גם "הצעת חוק רמת הגולן" (פרוטוקול ישיבה 268 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14, 9 (2.12.1998); כן ראו את דברי חבר הכנסת ויו"ר ועדת החוקה, חוקה ומשפט, חנן פורת, שמציין כי הצעת החוק ידועה בכינויה "חוק שיריון הגולן" (פרוטוקול הישיבה מיום 12.1.1999, בעמ' 2); ראו גם את דבריו של חבר הכנסת דוד צוקר: "אם מביאים חוק ספציפי לרמת הגולן – וזה חוק ספציפי לרמת הגולן – המסר המדיני הוא חד משמעי [...] (פרוטוקול הישיבה מיום 25.11.1998, בעמ' 23)). עוד עולה מהליך החקיקה, שחברי הכנסת העירו כי הצעת החוק והשימוש בתיבה "המשפט, השיפוט והמינהל" יוצרים הבחנה בין שטחים שונים במדינת ישראל (ראו למשל את דברי חבר הכנסת אלי גולדשמידט בהכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה: "מצבה של רמת הגולן מבחינת הריבונות הוא הרבה יותר טוב ממצבה של תל אביב", ואת תשובתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד יהושע שופמן: "לכן בהסכם השלום עם ירדן, כשהיו הסדרים לגבי קביעת גבולות, הסדרי ריבונות בגבול הערבה, לא היה צורך בחוק באישור ההסכם" (פרוטוקול הישיבה מיום 25.11.1998, בעמ' 12)).

23. עוד בהליך החקיקה, הועלה הצורך להסדיר בחקיקה נפרדת (בחוק או בחוק יסוד) את עצם האפשרות לעשות שימוש במשאל עם (פרוטוקול הישיבה מיום 25.11.1998, בעמ' 12-15; פרוטוקול הישיבה מיום 12.1.1999, בעמ' 2-5). בהליך החקיקה הושם דגש גם על חריגותו של כלי משאל העם, ככזה שמבטא שינוי מסוים במשטר בישראל – מאחר שמשמעותו היא גם הטלת מגבלה על ריבונות הכנסת (ראו למשל פרוטוקול הישיבה מיום 25.11.1998, בעמ' 12; פרוטוקול הישיבה מיום 12.1.1999, בעמ' 4-5). מאחר שהוקדמו הבחירות באותה העת, לא עלה בידי הכנסת לעגן בחקיקה את האפשרות לערוך משאל עם, ולכן נקבע שהחובה לערוך משאל עם תיכנס לתוקפה רק לאחר עיגונו של משאל העם בחוק יסוד (סעיף 4 לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999 (להלן: חוק סדרי השלטון והמשפט): "תחילתו של סעיף 3 [סעיף משאל העם – ע' פ'] ביום תחילת תוקפו של חוק יסוד אשר יסדיר את עריכתו של משאל עם"). עוד שונה שמה של הצעת החוק ("סיוג ויתור על שטח") לשמו של החוק כפי שהתקבל בסופו של יום ("חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל)"). הצעת החוק אושרה בקריאה שניה ושלישית ביום 25.1.1999 והחוק פורסם ברשומות ביום 9.2.1999 ובמסגרתו נקבע כי החלטת ממשלה שלפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח, טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתתקבל ברוב חבריה ולאחר מכן אישור במשאל עם (סעיפים 2-3).

24. לאחר חקיקת החוק, וחרף האמור בסעיף 4 לחוק שהובא לעיל, האפשרות לערוך משאל עם לא עוגנה בחוק יסוד. בשנת 2007 הועלתה הצעת חוק שביקשה לבטל את התניית משאל העם בעיגונו בחוק יסוד (ראו הצעת חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון) (עריכת משאל עם), התשס"ח-2008). לימים, הצעת חוק זו התגבשה לחוק תיקון סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א-2010 (להלן: התיקון משנת 2010 או התיקון). ראשיתה של הצעת החוק בשינויו של סעיף 4 לחוק סדרי השלטון והמשפט, כך שחלף עיגון הסמכות לעריכת משאל עם בחוק יסוד, אופן עריכתו של משאל עם ייקבע בתקנות שיותקנו על ידי ועדת הבחירות המרכזית. ואולם, במסגרת הדיונים שנערכו בהצעת החוק בוועדה משותפת של ועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: הוועדה המשותפת), הוחלט להסדיר את האופן שבו יערך משאל עם בחוק "רגיל" (על הצעת החוק, שהוגשה בכנסת ה-17, הוחל דין רציפות, וחקיקת החוק הסתיימה בכנסת ה-18). עוד הוסיף התיקון שחלופה לעריכתו של משאל עם היא אישור הכנסת את ההסכם ברוב של 80 חברי כנסת. הוספת חלופה זו נבעה מהרצון של המחוקקים להימנע ממשאל עם – מנגנון חריג ביותר כאמור – כאשר מדובר ב"ויתור" על שטח "קטן", ולהותיר את מנגנון משאל העם ל"ויתורים" על שטחים גדולים (פרוטוקול ישיבה 5 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 6 (5.3.2008)). הגם שכך, יוער כבר עתה כי נוסח החוק הנוכחי אינו מבחין בין שטח "קטן" לבין שטח "גדול" ומשכך אישור הסכם ברוב של 80 חברי כנסת הינו מנגנון חלופי למשאל עם (בדיון הובע הרציונל שלפיו רוב של 80 חברי כנסת משקף הסכמה רחבה ומייתר את הצורך במשאל עם; פרוטוקול ישיבה 7 של הוועדה המשותפת של ועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 6-8 (19.5.2008)).

25. גם במסגרת חקיקת התיקון שבו והבהירו המחוקקים כי החובה לערוך משאל עם שמורה להסכמים שבהם ויתור על שטח שעליו הוחלו, בצורה ברורה, "המשפט, השיפוט והמינהל" של מדינת ישראל. עדות לעמדה זו ניתן לראות במסגרת חילופי הדברים בין יו"ר הוועדה המשותפת, חבר הכנסת יריב לוין, לבין חברת הכנסת רחל אדטו:

"רחל אדטו:

אני רוצה לשאול שאלה מאוד בסיסית בכל מה שקשור למשאל העם. מי יקבע את הכללים מתי אתה משתמש במשאל עם. היום יצאה הצהרה של ראש הממשלה על ירושלים שהוא חשב, על כן או לא. האם על זה הכוונה, האם על דת ומדינה הכוונה? האם על נישואים כאלה

ואחרים הכוונה? האם זה רק לרמת הגולן הכוונה? אני רוצה להגדיר על מה אנחנו---

היו"ר יריב לויין:

אני אענה בעניין הזה באופן ברור לגמרי.

[...]

פה אני אומר את זה בצורה גלויה ביותר. החוק מדבר על ביטול החלת השלטון והמשפט הישראלי על שטח, הווה אומר שטח ריבוני של מדינת ישראל. לא, לצורך העניין, שטח שישראל מחזיקה בו, אבל לא סופח אליה או הוחל עליו המשפט הישראלי באופן מלא.

רחל אדטו:

יעני ירושלים?

היו"ר יריב לויין:

בירושלים ישנו חוק ירושלים. מה שבתוך הגבולות של חוק ירושלים, כן, מה שאיננו, לא.

בי"ת, לא פחות חשוב מהעניין הזה, צריך לקחת בחשבון שאנחנו מדברים בסוגיה הזאת וזאת---

רחל אדטו:

תחזור שנייה. לא ירדתי לסוף דעתך. שתי שאלות מאוד עקרוניות, ירושלים עם הריבונות הישראלית כרגע, כן או לא, האם היא חלק ממשאל עם, כן או לא? ולחילופין, גם בתוך הריבונות הישראלית, האם החוקים האזרחיים דת ומדינה הם גם חלק ממשאל עם.

היו"ר יריב לויין:

אני עונה בצורה הכי ברורה שיכולה להיות. אני לא רוצה להגיד את המלה ירושלים, כי השאלה היא שאלה של מפה כפי שהיא מצורפת לחוק. כל מה שנמצא והוחל עליו המשפט הישראלי, כלומר שסופח, במלים אחרות, למדינת ישראל, נכלל במסגרת החוק. מה שלא סופח, מה שישראל מחזיקה בו בהחזקה כזאת או בהחזקה אחרת, שלא בדרך של החלה מלאה של השלטון והמשפט הישראלי, איננו.

רחל אדטו:

יעני רמת הגולן ויהודה ושומרון?

היו"ר יריב לויין:

לא, יהודה ושומרון, לא. ירושלים, בגבולות החוק הקיים - כן. השאלה מה נכלל בגבולות ירושלים, היא גם כן שאלה. מה שהוחל עליו באופן מפורש - כן. מה שלא - לא. זה מאוד פשוט" (ההדגשות הוספו - ע' פ'; פרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המשותפת של ועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 3-4 (12.1.2010)).

"המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל". בכלל זאת, קבע התיקון את המועד לעריכת משאל העם; את התנאים לזכאות להשתתף בו; את נוסח השאלה שיופיע בתא ההצבעה; ואת יום עריכת משאל העם כ"יום בחירה". כן הורה התיקון על החלת דברי חקיקה שונים שנוגעים לבחירות לכנסת, בשינויים כאלה ואחרים.

27. בחודש דצמבר 2010 הוגשה לבית משפט זה עתירה שעסקה בחוקתיותו של חוק סדרי השלטון והמשפט לאחר תיקונו בשנת 2010. בין היתר, העלתה העתירה טענות שכוונו לכך שההסדר עוגן בחקיקה ראשית, ולא בחוק-יסוד. ביום 20.11.2012 ניתן בעתירה צו על תנאי בנוסח "האם ההסכמה לעריכת משאל עם אינה חייבת להיות מעוגנת בחוק יסוד, ואם כן – היש מקום להתערבות שיפוטית". בהמשך לעתירה זו קודמה חקיקתו של חוק היסוד (ויוער כי לאחר השלמת חקיקתו של חוק היסוד, נמחקה העתירה; בג"ץ 9149/10 ותד נ' כנסת ישראל (13.5.2014)).

(ג) חוק היסוד

28. כינון חוק היסוד נועד בעיקרו של דבר לעגן את הסדר משאל העם בחוק יסוד, ולא שינה מההסדר המהותי שנקבע בחוק או מהיקף תחולתו. כעולה מהליכי חקיקתו, חברי הכנסת התייחסו, בעיקרם של דברים, לתרחישים של ויתורים על שטחים ברמת הגולן או בירושלים, ובאופן כללי על שטחים שבהם הוחלו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. כך למשל, הובהר במסגרת הדיון בהכנתו של חוק היסוד לקריאה שניה ושלישית בוועדה המשותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת הכנסת להצעת חוק-יסוד: משאל עם:

"אביעד בקשי [ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת, העותר בבג"ץ 6654/22 – ע' פ']:
 [...] באופן מעשי מדובר כאן על כך שכאשר יש החלטת ממשלה לוותר על שטח ריבוני – חייבים לקבל את אישור הכנסת, ורק אחר כך ללכת למשאל עם. זאת אומרת, כל המרכיב של המשא ומתן הפוליטי, של היכולת להגיע לפשרות - - -

דוד רותם:

מה זה שטח ריבוני? השטחים הכבושים זה שטח ריבוני?

אביעד בקשי:

שטח שבו חל המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל.

דוד רותם:

הוא לא חל שם.

אביעד בקשי:

אנחנו מדברים על החוק הזה, שעוסק בירושלים ובגולן, או בתל אביב, אם ירצו גם שם.

אברהים צרצור:

זה לא כולל את השטחים האחרים, לפי דעתך?

היו"ר יריב לוין:

לא, לא. לא רק לפי דעתו, גם לפי דעתי. החוק מדבר אך ורק על שטח שהוחלה עליו הריבונות, הוחל עליו השיפוט. ירושלים, הגולן וכמובן – תל אביב ופתח תקווה. אבל הוא לא מדבר על אותם שטחים ששחררנו, ולצערי לא השכלנו עדיין להחיל את הריבונות" (פרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המשותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט ושל ועדת הכנסת להצעת חוק-יסוד: משאל עם, הכנסת ה-19, 4 (26.11.2013); ראו גם פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המשותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט ושל ועדת הכנסת להצעת חוק-יסוד: משאל עם, הכנסת ה-19, 16 (24.12.2013) (להלן: פרוטוקול הישיבה מיום 24.12.2013)).

בסופו של יום, נקבע ההסדר החוקי שקבוע כיום בסעיף 1(א) לחוק היסוד, ואשר מחייב שהסכם שלפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו – יאושר בכנסת ברוב של 80 חברי כנסת או בכנסת ברוב חבריה ובמשאל עם. וזו לשון חוק היסוד:

1. (א) החליטה הממשלה לאשרר הסכם או לחתום על הסכם, שלפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו, לרבות הסכם הכולל התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים, יהא ההסכם, לאחר שאושר בכנסת ברוב חבריה, טעון אישור במשאל עם, אלא אם כן אושר ברוב של שמונים חברי הכנסת.

משאל עם

29. הליך חקיקתו של ההסדר שמעוגן כיום בחוק היסוד מלמדנו כי הרקע לחקיקתו הוא האפשרות שיחתמו הסכמים ביחס לשטחי רמת הגולן וירושלים. במסגרת הליך החקיקה ניכרה ההבנה כי משאל העם הוא הסדר חריג וייחודי, הסדר שמבטא עקרון משטרי שמגביל בשלב הראשון את סמכותה של הממשלה להיקשר בהסכמים בינלאומיים; ובשלב השני את סמכותה של הכנסת, ומתנה את אישור ההסכם בעריכת משאל עם (להוציא אם ההסכם אושר בכנסת ברוב מיוחד של 80 חברי כנסת). בהתאם,

השימוש בהסדר יוחד לשטחים שבהם הוחלו "המשפט, השיפוט והמינהל" של מדינת ישראל בצורה ברורה ומפורשת. ואולם, חוק היסוד לא מפרט מהם השטחים שבהם חלים "המשפט, השיפוט והמינהל" של מדינת ישראל ואף לא מבהיר עד תום את משמעותו של מונח זה. משכך, דומה שעלינו לפנות לשאלה מהם אותם שטחים שעליהם הוחלו המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה.

שטחים שעליהם הוחלו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל

30. החלתו של משפט המדינה נעשתה במספר דברי חקיקה שקשורים קשר הדוק לדברי ימיה. כך, בימיה הראשונים של המדינה בשנת 1948 התעורר הצורך להחיל את המשפט הישראלי בשטחים שנתפסו על ידי צה"ל במהלך מלחמת העצמאות (ביחס לאפשרות לקבוע את גבולות המדינה בהכרזת העצמאות ראו: אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל – אחרי בלותר (כמעט) היתה לה עדנה" נתיבי ממשל ומשפט 179, 180-181 (2003)). בהתאם, נחקקה פקודת שטח השיפוט והסמכויות, התשנ"ח-1948 (להלן: פקודת שטח השיפוט), שסעיף 1 לה קובע:

1. כל חוק החל על מדינת ישראל כולה
 ייראה כחל על כל השטח הכולל גם את
 שטח מדינת ישראל וגם כל חלק מארץ-
 ישראל אשר שר הבטחון הגדיר אותו
 במנשר כמוחזק על ידי צבא-הגנה לישראל.

שטח תחולת
 החוק

ניסוחו של סעיף זה אינו מבהיר באופן מיטבי מהם גבולות תחולת המשפט הישראלי, אך הדעה המקובלת גורסת שהסעיף החיל את החוק הישראלי על שטחי מפת החלוקה של האו"ם לצדם של השטחים שנתפסו על ידי צה"ל במלחמת העצמאות (לסקירה מקיפה בהקשר זה ראו אצל רובין, תחום תחולת המשפט, בעמ' 226-231; כן ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א 84-83 (מהדורה חמישית, 1996)). בהתאם לסמכות שנתונה בפקודה, שני מנשרים פורסמו על ידי שר הביטחון: אחד לגבי ירושלים והאחר לגבי שאר השטחים המוחזקים (יוער כי שני מנשרים אלה פורסמו לפני חקיקת פקודת שטח השיפוט). עוד יצוין כי הסעיף מתייחס לתחולת החוק ולא לתחולת "המשפט, השיפוט והמינהל", אך דומה כי אין מחלוקת ממשית שביחס לשטחים שעליהם חל הסעיף חלים המשפט, השיפוט והמינהל.

למען שלמות התמונה אעיר כי בשנת 1948 נחקקה גם פקודת שטח נטוש, התש"ח-1948, שאף עניינה בהחלת "החוק הקיים" (סעיף 2(א) לפקודה זו) – אך דומה

כי חשיבותה פחותה (לא אותר צו שהוציאה הממשלה מכוח פקודה זו; ראו גם אצל רובין, תחום תחולת המשפט, בעמ' 226).

31. בשנת 1967, שבועות ספורים לאחר מלחמת ששת הימים, החליטה הממשלה להחיל את משפט המדינה על מזרח ירושלים. הגם שפקודת שטח השיפוט שלשונה הובאה לעיל נתנה בידי שר הביטחון אפשרות לעשות כן, הוחלט לעשות זאת במתווה חוקי אחר. כך, ביום 28.6.1967 פורסם החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), התשכ"ז-1967 שהוסיף לפקודה את סעיף 11ב, שלשונו: "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו". לאחר התיקון, פרסמה הממשלה את צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967 שקובע את גבולות מזרח ירושלים ומחיל על שטח זה את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה. יוער כי במקביל תוקנה גם פקודת העיריות, ומכוח התיקון הוצאה גם ה"אכרזה על הרחבת תחום עיריית ירושלים". בהמשך עוגן מעמד האכרזה גם בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 512-513 (2005); בג"ץ 256/01 רבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים, פ"ד נו(2) 930 (2002)).

32. החלה מפורשת נוספת של המשפט, השיפוט והמינהל נעשתה בשנת 1981, בעת חקיקת חוק רמת הגולן. סעיף 1 לחוק זה קובע כי: "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בשטח רמת הגולן כמתואר בתוספת". בתוספת מופיעה מפה של האזור הרלוונטי. משמעותו של חוק זה נדונה בין היתר בעתירה שהוגשה לבית משפט זה ובה טענו תושבי רמת הגולן כי לא חלה עליהם החובה להחזיק בתעודות זהות (מכוח תקנות שעת חירום (החזקת תעודת זהות והצגתה), התשל"א-1971 שהיו אז בתוקף). באותו עניין קבע השופט א' ברק:

"[...] מכוח חוק רמת הגולן הוחלו כל הנורמות המשפטיות החלות במדינה על רמת הגולן, באופן שבכל מקום בחקיקה שבו נאמר 'ישראל' או 'המדינה' או 'מדינת ישראל' גם רמת הגולן במשמע. אכן, מקובל עלי כי עצם החלטה של נורמה ישראלית פלונית על מקום אלמוני שמחוץ למדינה אינו עושה בהכרח אותו מקום אלמוני לחלק מישראל. [...] הכל תלוי במטרתה, לשונה ופועלה של הנורמה המתפרשת.

[...] אין כל ספק, כי מטרת החקיקה – ולשון ההוראה – היא להשוות את רמת הגולן, לעניין המשפט, השיפוט והמינהל, למדינת ישראל עצמה" (בג"ץ 205/82 אבו צלאח נ' שר הפנים, פ"ד לז(2) 718, 720-721 (1983) (להלן: עניין אבו צלאח)).

הנה כי כן, שלושה דברי חקיקה עסקו בהחלת המשפט הישראלי על שטח המדינה, שניים מתוכם עסקו במפורש בהחלת "המשפט, השיפוט והמינהל" על שטחי ישראל – ביחס למזרח ירושלים ולרמת הגולן. בנקודה זו יש לעמוד על כך שההיסטוריה החקיקתית של חוק-יסוד: משאל עם משתלבת עם דברי החקיקה שהובאו לעיל. הבחירה בתיבה "המשפט, השיפוט והמינהל" אינה מקרית, ולא בכדי ההיסטוריה החקיקתית ודברי חברי הכנסת שהובאו לעיל מתייחסים בעיקרם למזרח ירושלים ולרמת הגולן. אין באמור לעיל כדי להעיד שחוק היסוד אינו חל ביחס לשטחים אחרים (ודומה כי אין מחלוקת שהוא חל גם ביחס לשטחים אחרים), אך הוא מלמד כי חוק היסוד נועד לחול במצבים ברורים ומובהקים של תחולת המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי. רואים אנו אפוא כי תחולת המשפט, השיפוט והמינהל היא פועל יוצא של שילוב בין מספר דברי חקיקה, ואין מדובר בדבר חקיקה אחד המתווה בצורה מפורשת את גבולות תחולתם.

תחולת "המשפט, השיפוט והמינהל" בשטח הים

33. על המורכבות שעליה עמדתי לעיל בדבר גבולות פרישתם של המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל, יש להוסיף נדבך מורכבות נוסף, והוא שאלת תחולתם של אלה בשטחי הים. עיון בהליך חקיקת חוק-יסוד: משאל עם (כמו גם בדברי החקיקה שקדמו לו ושנסקרו לעיל) מגלה שלא עמדה לנגד עיניהם של המחוקקים האפשרות שיחול ביחס להסכם שנוגע לשטח ימי. מוכן אני להניח, לצורך הדיון ולטובת העותרים כי חוק היסוד חל גם בשטח ימי, ככל שחלים בו "המשפט, השיפוט והמינהל" של מדינת ישראל. משכך, עלינו לפנות לשאלה האם המשפט, השיפוט והמינהל חל על שטח הים הנדון.

34. רצועת הים שסמוכה לחופי מדינת ישראל מוסדרת בשני דברי חקיקה עיקריים. הראשון הוא חוק מימי חופין, התשי"ז-1956 (להלן: חוק מימי חופין) שקובע, בצירוף עם סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, כי מימי החופין של מדינת ישראל הם "רצועת ים פתוח לאורך חופי המדינה, ברוחב שנים עשר מילים ימיים מנקודת שפל המים שבחוף". רצועת ים זו מכונה גם "המים הטריטוריאליים". חוק מימי חופין לא כולל מפה שמסמנת את גבולות מימי החופין – לא מצפון ולא מדרום ולפיכך אין הוא מלמדנו מהם "גבולותיה" הימיים המדויקים של מדינת ישראל. דבר חקיקה רלוונטי נוסף הוא חוק השטחים התת-ימיים, התשי"ג-1953 (להלן: חוק השטחים התת-ימיים) שאוחד סעיף אחד שזו לשונו:

1. (א) שטח מדינת ישראל יכלול את קרקע הים והתת-קרקע של השטחים התת-ימיים הסמוכים לחופי ישראל, והם מחוצה למים הטריטוריאליים, עד היכן שעומק המים שמעליהם מאפשר את ניצול אוצרות הטבע שבשטחים אלה.
- (ב) שום דבר האמור בסעיף קטן (א) לא יפגע באופיים של המים שמעל לשטחים התת-ימיים הללו, ושמחוץ למים הטריטוריאליים של ישראל, כמימי לב-ים.

חוק השטחים התת-ימיים מתייחס אפוא להמשכה הטבעי של קרקע היבשה, וקובע עקרון כי שטח זה – שמכונה גם "המדף היבשתי" – יכלול אף הוא ב"שטח מדינת ישראל" (מקובל לראות את ראשיתו של עקרון זה בהכרזה של נשיא ארצות הברית הארי ס. טרומן משנת 1945; עקרון זה עוגן לימים באמנה בדבר המדף היבשתי, כ"א 12, 259 (נפתחה לחתימה ב-1958; נחתמה ב-1961)). חוק השטחים התת-ימיים, בדומה לחוק מימי חופין, לא כולל תיחום של השטחים שעליהם הוא חל, ואף לא מבהיר מה משמעותו בהיבט תחולת המשפט הישראלי בשטחים אלה. בנקודה זו יש מקום לחדד כי אין זהות בין המדף היבשתי לבין המונח המוכר "מים כלכליים" (ראו, שרה וייס מעודי "דיני הים" משפט בינלאומי 525, 536-537 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים 2016) (להלן: וייס מעודי, דיני הים)). ה"מים הכלכליים" הם למעשה האזור הכלכלי הבלעדי (Exclusive economic zone; להלן גם: אכ"ב) – רצועת הים שרוחבה עד 200 מיילים ימיים משטח החוף; ואילו המונח מדף יבשתי, במשמעותו הגיאוגרפית, מתאר את ההמשך הטבעי של קרקעית היבשה שמתרע מתחת לפני המים. רוחבו של המדף היבשתי אינו חופף בהכרח את גבול האכ"ב.

35. מקורם של שני החוקים שהובאו לעיל בשנות ה-50 של המאה הקודמת, עוד קודם להתגברות המשמעותית בעיסוק בקביעת גבולות ימיים חד משמעיים בים התיכון (נוכח תגליות הגז) ולכן אין זה מפליא כי הם אינם מגלים הכרעה ברורה בדבר היקף תביעותיה הימיות של המדינה (וייס מעודי, דיני הים, בעמ' 539-540, 550); כן ראו את דברי ההסבר להצעת החוק שתתואר להלן, בעמ' 48). זאת ועוד, חוקים אלה מתייחסים לשני רכיבים בלבד מהאזורים הימיים הסמוכים לחופי מדינת ישראל: המים הטריטוריאליים והמדף היבשתי. ואולם, אין בהם התייחסות לרכיבים אחרים בתחום דיני הים, דוגמת האזור הכלכלי הבלעדי. ניסיון לרפא חלק מהקשיים המתוארים קודם במסגרת הצעת חוק האזורים הימיים, התשע"ח-2017 (להלן: הצעת חוק האזורים הימיים). כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, תכליתה "לקבוע בצורה ברורה את המסגרת המשפטית החולשת על שטחי הים, את הזכויות שיש למדינת ישראל בשטחים אלה וכן

את גדרי הסמכויות שרשויות המדינה השונות רשאיות להפעיל בהם" (שם, בעמ' 48).
 אציין כי בדברי ההסבר להצעת חוק האזורים הימיים צוין ביחס לחוק השטחים התת-ימיים כי הוא לא מתייחס במפורש "להיקף המשפט הישראלי שאפשר להחיל מכוחו על שטחי הים שמעבר למים הטריטוריאליים, שטחים שבהם – ככלל, לפי המקובל – לא חלה ריבונות ישראלית" (שם, בעמ' 48). קידומה של הצעת חוק זו נעצר, בין היתר בשל מערכות הבחירות התכופות, ומשכך דיני הים הפנימיים עדין מוסדרים, בעיקרם, בחוקים שתוארו לעיל.

36. חוקים אלה ופרשנותם דומים בהקשרים מסוימים לדיני הים הבינלאומיים, כפי שאלה מעוגנים באמנת האו"ם בדבר משפט הים משנת 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982; להלן: אמנת הים), ושונים מהם בהקשרים אחרים. יודגש כבר עתה כי ישראל אינה צד לאמנת הים, אך כדברי משיבי הממשלה, ישראל "רואה עצמה מחויבת להוראותיה בכל הקשור לאזורים הימיים, מאחר שאלו נחשבות כמשקפות את הדין הביין-לאומי המנהגי, שכידוע נקלט במשפט הפנימי הישראלי כל עוד אין חקיקה נוגדת" (פסקה 115 לתגובת משיבי הממשלה; ראו גם בדברי ההסבר להצעת חוק האזורים הימיים). אמנת הים קובעת מעין "מדרג ריבונות" בין סוגים שונים של אזורי מים: כך, בכל הנוגע למים הפנימיים (דוגמת נהרות ואגמים), קובעת האמנה כי הם חלק משטח המדינה, חל בהם דין המדינה, למדינה סמכות בלעדית עליהם ולמדינות זרות אין זכויות שיט או שימוש בהם (ראו סעיף 2 לאמנה); המים הטריטוריאליים של המדינה, שרוחבם המקסימלי הוא 12 מיילים ימיים, הם בריבונות המדינה אך כפופים לזכותם של כלי שיט זרים למעבר בתום לב (innocent passage); סעיפים 3, 17 לאמנה; האכ"ב (שיכול להשתרע כאמור עד 200 מייל ימי מ"קו הבסיס"), אשר בו למדינות "זכויות ריבוניות" לחפש ולנצל משאבי טבע בקרקעית הים, תת-הקרקע והמים, וכן לבצע פעולות לחיפוש וניצול כלכלי. באכ"ב יש למדינה זכויות בלעדיות, אך לא ריבונות, למעט במתקנים ואיים מלאכותיים הבנויים באזור ימי זה (להרחבה ראו וייס מעודי, דיני הים, בעמ' 528-537). יוער כי בכל הנוגע למדף היבשתי, קובע המשפט הבינלאומי כי למדינה החופית נתונה הזכות לנצל את קרקעית ותת-קרקע המדף היבשתי (ראו סעיפים 76-77 לאמנת הים; וייס מעודי, דיני הים, בעמ' 536-537).

37. בהינתן ההסדרים החוקיים הקיימים, ברי כי שאלת תחולת המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי ברצועת המים שצמודה לחופי ישראל, ובהתאם תחולת הוראות חוק-יסוד: משאל עם היא שאלה מורכבת. העותרים ביקשו ללמוד מחוק מימי חופין ומחוק השטחים התת-ימיים כי המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל חל בכל רצועת הים שסמוכה לחופי מדינת ישראל (ב-12 המיילים הימיים הראשונים מכוח חוק מימי

חופין; ובהמשך, במדף היבשתי מכוח חוק השטחים התת-ימיים). מן העבר השני, טענו משיבי הממשלה כי לשיטתם חוק-יסוד: משאל עם לא חל, באופן עקרוני, על השטחים שבאכ"ב (ומשתמע כי עמדה זו חלה גם ביחס למדף היבשתי). בתמצית, עמדה זו נשענת על הוראות המשפט הבינלאומי (שכאמור, קובעות שבאזור זה למדינה "זכויות ריבוניות", אשר לשיטת משיבי הממשלה נבדלות מריבונות "הבדל מהותי"; סעיף 127 לתגובה) ועל עמדת הממשלה ביחס לתחולת הדין הישראלי בשטחים אלה. כך למשל, עמדת הממשלה היא שחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 אינו חל באזורים אלה (וראו עמדת משיבי הממשלה בבג"ץ 7189/17 החברה להגנת הטבע נ' הממונה על ענייני הנפט (3.7.2018), שממנה עולה גם כי חוק זה מעולם לא הופעל בשטחי האכ"ב; למשל, בסעיפים 6, 25 ו-100 לתגובה המקדמית מיום 11.2.2018), אך מנגד, הרגולציה הישראלית בתחום הגז והנפט, דיני הגנת הסביבה והחוקים הפיסקליים של מדינת ישראל, חלים באזורים אלה (ראו גם את חוות דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) מיום 15.1.2013, שצורפה כמש/14 לתגובת משיבי הממשלה). זאת ועוד, הסכם תיחום האכ"ב עם קפריסין (שתואר בחלקו הכללי של פסק הדין) שנגע לקו הגבול הימי עם ישראל באכ"ב, לא הובא על ידי הממשלה לאישור הכנסת ולא נערך בעניינו משאל עם (בהתאם לחוק סדרי השלטון והמשפט שקבע אז את החובה האמורה).

38. בעיניי, עמדת העותרים מעוררת קושי, ולו מן הטעם שלא ברור כיצד היא עולה בקנה אחד עם אמנת הים, ובפרט עם חלקיה המנהגיים (תוצאת עמדת העותרים היא ריבונות ישראלית מלאה גם בקרקעית שטחי האכ"ב ואף מעבר להם). זאת ועוד, עמדה זו לא מעניקה משקל לכך שלנגד עיניהם של חברי הכנסת בהליכי חקיקת ההסדר שקבוע כיום בחוק-יסוד: משאל עם לא ניצבו השטחים הימיים (עיון בהליכי החקיקה, כאמור לעיל, מלמד כי סוגיה זו לא הועלתה בהם כלל). עוד יש לציין כי מעמדת העותרים משתמע כי בעוד המשפט, השיפוט והמינהל חלים על קרקע הים והתת קרקע (המדף היבשתי), הם אינם חלים בהכרח במים שמעל הקרקע (ובכלל זאת במים הכלכליים) – והפרדה זו מעוררת קושי (ראו גם סעיף 124 לתגובת משיבי הממשלה). מן העבר השני, עמדת משיבי הממשלה מציבה את הדגש על (היעדר) תחולת המשפט, השיפוט והמינהל באכ"ב – אך בכך אין כדי לפתור את המחלוקת בתיק דנן. נזכיר כי ההסכם דנן נוגע גם לשטחים שמצויים בטווח 12 מיילים ימיים מהחוף (המים הטריטוריאליים) ומשיבי הממשלה לא טענו נגד תחולת המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל בשטח המים הטריטוריאליים (בכפוף כאמור להגבלות המצומצמות מכוחו של המשפט הבינלאומי המנהגי; כן ראו והשוו: בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(3) 675, 680 (1994)).

39. במכלול שיקולים מורכב זה, נוטה אני לדעה שראוי לקבוע שהסדר בחוק היסוד חל ביחס למים טריטוריאליים, אך אינו חל ביחס למים כלכליים (ולא כל שכן בשטח המדף היבשתי שחורג מגבול המים הכלכליים, ככל שישנו כזה). זאת, בעיקר בהישען על היקפן של זכויות המדינה בשטח המים הכלכליים, בהתאם להוראות הדין הבינלאומי המנהגי. ואולם, איני סבור כי עלינו לטעת מסמרות בשאלה זו – מאחר שממילא, אין בה כשלעצמה כדי להכריע במחלוקת בתיק דנן. אף אם אקבל את עמדת העותרים, שלפיה המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל חלים ככלל במים הטריטוריאליים ובמדף היבשתי של מדינת ישראל, על מנת לקבוע שחוק היסוד חל בנסיבות העניין, עלינו לבחון האם קו 1 קבע את גבולה הימי של מדינת ישראל (כך שהמים שדרומית לקו זה הם המים הכלכליים והמים הטריטוריאליים של מדינת ישראל). כפי שאראה להלן, אני סבור שהתשובה לכך שלילית וכי אף התנהלות המדינה בפועל מלמדת כי לא ראתה בו ככזה.

מעמדו של השטח שתחום בין קו 1 לקו 23

40. שאלת מעמדו של השטח שבמחלוקת הייתה בליבת טענות הצדדים. מחד גיסא, לשיטת משיבי הממשלה, קו 1 לא קבע את גבולם הצפוני של מימי ישראל וממילא בשטח זה לא הוחל המשפט, השיפוט והמינהל. מאידך גיסא, העותרים טוענים כי שטח זה הוא במובהק שטח ישראלי שעליו הוחל המשפט, השיפוט והמינהל וכי החלטת הממשלה היא שהכריזה על קו הגבול הימי הצפוני של המדינה – הוא קו 1.

41. בבית משפט זה הועלו לא אחת טענות שביקשו שייקבע כי שטח מסוים מצוי בתוך או מחוץ לשטחה של מדינת ישראל. כבר בשנותיה הראשונות של המדינה התעוררה השאלה אם שטח מסוים שמצוי באזור המפורז בצפון הארץ מצוי בתחום ריבונות מדינת ישראל או שריבונות זו נשללה בהסכם שביתת הנשק בין ישראל לבין סוריה (ע"פ 126/51 אל טוראני נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו 1145 (1952) (להלן: עניין אל טוראני)). באותה פרשה התבקשה עמדת שר החוץ, ולאחר שזו מצאה שהשטח נמצא בגבולות המדינה קבע בית המשפט כי "הודעתו של שר-החוץ נותנת גם תשובה ניצחת לטענת ב"כ המערער שגבולות המדינה טרם נקבעו לגבי השטח המפורז וכי עדיין ישנו ספק, אם הוא נכלל בשטח המדינה אם לאו" (שם, בעמ' 1146; כן ראו בג"ץ 283/69 רוידי נ' ביהמ"ש הצבאי נפת חברון, פ"ד כד(2) 419, 423 (1970)). מקורה של קביעה זו בדבר מעמדה של הודעת שר החוץ במשפט האנגלי, שקבע כלל ראייתי למניעת מצב שבו, בעניינים שמשפיעים על יחסי המדינה עם מדינות זרות, "תדבר המדינה בשני קולות" (הרשות השופטת בקול אחד והרשות המבצעת בקול אחר; ע"א 2561/09 עומרי נ' רשות הפיתוח מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 14 (24.2.2011); שבתאי רוזן "תעודת משרד

החוץ" הפרקליט יא 33 (התשט"ו)). בהמשך, במסגרת בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: עניין אלון מורה) טענו המתיישבים כי יש לראות ביהודה ושומרון חלק ממדינת ישראל ולא כשטח מוחזק שנתון לשלטון צה"ל. בכלל זאת הזכירו המתיישבים כי המחוקק הישראלי לא הגדיר את גבולות המדינה (תוך הפנייה לסעיף 1 לפקודת שטח השיפוט שהובא לעיל). הטענה נדחתה והשופט א' ויתקון ציין כי "אילו נתעורר כאן ספק רציני בדבר מעמדו של השטח הנידון, היינו חייבים לפנות למשרד החוץ ולבקש ממנו תעודה רשמית המגדירה את מעמד השטח. שאלה זו אינה 'שפיטה' ובכגון דא יפעל בית-המשפט על-פי החלטת הממשלה" (עניין אלון מורה, בעמ' 28-29). בדומה, בעניין אחר, דן בית המשפט באופן שבו יש להכריע בטענה שמקרקעין מסוימים נמצאים בתחום השליטה של המפקד הצבאי או של רשות זרה (בג"ץ 2717/96 ופא נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 848, 855 (1996)). השופט י' זמיר ציין בהקשר זה כי:

"התשובה היא, לדעתי, שבדרך כלל סכסוך בשאלה, אם שטח מסוים מצוי בתחום השליטה של צה"ל, תוכרע, לצורך הדין הפנימי, על-ידי המפקד של כוחות צה"ל באזור. מבחינתו של בית המשפט בישראל, כשם ששר החוץ מוסמך לומר מהם הגבולות הקיימים של המדינה, כך גם מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון מוסמך לומר מהו השטח הנתון לשליטת כוחותיו באזור זה. שר החוץ, המופקד על ענייני החוץ מטעם הממשלה, מדבר בשם המדינה ככל שמדובר בשטח המצוי בגבולות המדינה, ואילו מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, שאף הוא פועל מטעם הממשלה, מדבר בשם המדינה ככל שמדובר בשטח המצוי באזור זה. הקול, של זה כמו של זה, הוא קול המדינה" (שם, בעמ' 855).

באותו עניין הוגש תצהיר של המפקד הצבאי כי המקרקעין מצויים באזור שנתון לשליטתו, ומשלא הביאו העותרים ראיה אחרת שיש בכוחה "לקעקע" את עמדת המפקד הצבאי – נדחתה טענתם זו (שם, בעמ' 856).

42. בפרשה אחרת, שעסקה בשאלת תחולתו של חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, על מקרקעין בירושלים, הכריע תחילה בית המשפט המחוזי בירושלים בתובענה על יסוד תעודה "לקונית" של שר החוץ שלפיה החלקה שבמחלוקת "הייתה בתחום מדינת ישראל ובשליטתה האפקטיבית אף לפני שנת 1967". בית משפט זה הורה על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שיידרש לנפקותה של התעודה (בשים לב לנסיבות אותו מקרה; ע"א 948/05 עומרי נ' רשות הפיתוח – מנהל מקרקעי ישראל (11.4.2007)). המדינה הגישה בקשה לדיון נוסף בפסק הדין, מאחר שסברה שהוא סותר את ההלכה שתוארה לעיל ואשר קובעת שתעודה זו היא בבחינת ראיה קונקלוסיבית. בקשה זו לדיון נוסף נדחתה (דנ"א

3888/07 רשות הפיתוח מנהל מקרקעי ישראל נ' עומרי (10.6.2007), מאחר שצוין כי אין בפסק הדין כדי לסתור את ההלכה שלפיה "מחלוקת בשאלה אם שטח מסויים נכלל בגבולות המדינה תוכרע בדרך כלל לפי תעודה של שר החוץ" (ההדגשה הוספה – ע' פ'). לימים, דחה בית משפט זה את הערעור שהוגש על פסק הדין המאוחר של בית המשפט המחוזי, אך במסגרת פסק הדין הביעה השופטת ע' ארבל עמדה שלפיה קיימות נסיבות שבהן יש לצמצם את השימוש בתעודת שר חוץ, בפרט בנסיבות שבהן המדינה היא בעלת דין, "ולא מקור סמכות נייטרלי" (שם, פסקה 17; כן ראו: עניין קמיאר, בעמ' 94). בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנ"א 1995/11 עומרי נ' רשות הפיתוח מנהל מקרקעי ישראל (14.8.2011).

43. בענייננו מתעוררת סוגיה דומה, והיא האם קו 1 קבע את גבול מימיה הצפוני של מדינת ישראל ולחלופין האם המדינה החילה את המשפט, השיפוט והמינהל שלה בשטח ש"כלוא" בין קו 1 לבין קו 23. בהעדרו של דבר חקיקה מפורש שקובע את גבול המדינה בהקשר זה (או את תחולת המשפט, השיפוט והמינהל), מדובר בשאלה עובדתית שמצויה במחלוקת בין הצדדים, והוכחה טעונה ראיות. בנסיבות המקרה שלפנינו, מוכן אני להניח – לצורך הדיון ולטובת העותרים – כי אין די בתצהיר שהוגש לנו (בין היתר, של מנכ"ל משרד החוץ) כדי להכריע בשאלה זו. אף משיבי הממשלה לא העלו טענה ברוח זו (ראו בהקשר זה גם את האמור בעמדת היועצת המשפטית לכנסת, סעיפים 39-42). גם בהנחה מיטיבה זו עם העותרים, מוטל עליהם הנטל להניח תשתית עובדתית ראויה לביסוס טענותיהם בעתירה (ראו, באופן כללי אצל דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד 296, 433-435 (2017); כן ראו: בבג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403, 409-410 (1994)). זאת ועוד, הנטל להראות כי בשטח פלוני חל המשפט, השיפוט והמינהל כתימוכין לטענה כי השטח בא בגדרו של חוק היסוד נובע גם מתכליתו: לחול ביחס לשטחים שהם במובהק "שטח ישראל".

44. מכאן נפנה אפוא לראיות שהביאו הצדדים ביחס למיקום גבולם הצפוני של מימי המדינה (ככל שקיים גבול כאמור). במוקד הדברים בהקשר זה ניצבה החלטה 3452, היא החלטת הממשלה שבעקבותיה הופקד קו 1 באו"ם וכותרתה "קביעת קו התיחום הימי הצפוני של מימי החופין והאזור הכלכלי הבלעדי של מדינת ישראל בים התיכון". נביא תחילה את ההחלטה כלשונה:

"מחליטים:

א. כי קו התיחום הימי הצפוני של מימי החופין ושל האזור הכלכלי הבלעדי של מדינת ישראל בים התיכון

נקבע בהתאם לרשימת הקואורדינטות הגיאוגרפיות
(בדאטום WGS84) שלהלן
[טבלת נקודות הציון שמרכיבות את קו 1 – ע' פ']
ב. למסור הודעה לאו"ם בערוצים המקובלים על החלטה
זו.
ג. לייפות את כוחו של שר החוץ בכל הנוגע לביצוע
החלטה זו.

45. דברי ההסבר להחלטת הממשלה – שלא פורסמו אך צורפו לעמדת משיבי הממשלה בהליך זה (מ/ש/11) – מלמדים כי ברקע להחלטה זו ניצבה הפקדת הקואורדינטות על ידי לבנון באו"ם בשנת 2010. בהקשר זה, צוין בדברי ההסבר כי העדרה של תגובה ישראלית למהלכיה של לבנון עלול להתפרש על ידי ערכאות משפטיות כהסכמה שבשתיקה; כי מטרת ההחלטה היא "לקבוע את העמדה הישראלית בנוגע למיקומו המדויק של קו התיחום הימי הצפוני הן של מימי החופין והן של האכ"ב [...]. בהתאם לעקרונות דיני הים הבינלאומיים המקובלים והשיטות הטכניות הנובעות מהם [...]"; וכי "בהיעדר גבול ימי מוסכם בין ישראל ללבנון החלטה זו מעגנת את תביעתה של מדינת ישראל לזכויותיה הריבוניות והכלכליות בים התיכון" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; סעיפים 10-12 לדברי ההסבר).

46. הצדדים שניהם ביקשו לקרוא את החלטת הממשלה ככזו שתומכת באופן בלעדי בטיעונם, אך לדעתי התמונה מורכבת יותר. לטענת העותרים, את החלטת הממשלה יש לקרוא כפשוטה: היא קובעת את קו הגבול (החלטת הממשלה נוקטת במונח "תיחום") של מימי החופין (המים הטריטוריאליים) והמים שבאכ"ב של מדינת ישראל. אין לכחד, לשונה של החלטת הממשלה, אם הייתה ניצבת לבדה, ייתכן שניתן היה לראות בה אינדיקציה למיקומו של הגבול הימי הצפוני של ישראל. ואולם, החלטת הממשלה לא ניצבת לבדה, ולצדה ניצבים דברי ההסבר שלה ששימשו כבסיס לה (להתייחסות לדברי ההסבר של החלטות ממשלה, ראו למשל: בג"ץ 1765/22 משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים, פסקה 28 (3.7.2022); בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך, פסקה 13 לדעת המיעוט של השופט נ' סולברג (29.3.2022); בג"ץ 3354/12 זנלכל בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 4 (18.8.2014)). נקודת המוצא של דברי ההסבר היא כי הרקע להחלטת הממשלה, כמו גם הצורך בהוצאתה בעת הזו הוא ההפקדה הלבנונית באו"ם של קו 23. העותרים ניסו למזער משקלה של נקודה זו, אך מדובר בנקודה מהותית: בעיקרה, החלטת הממשלה נעשתה בתגובה להחלטת ממשלת לבנון להפקיד את קו 23 – ולא כחלק ממהלך מתוכנן "לבאר" את גבולותיה הימיים של מדינת ישראל. זאת ועוד, אין בלשונה של החלטת הממשלה או בדברי ההסבר לה עדות כלשהי לכך שתוצאת ההחלטה הינה הצהרה על קו 1 ככזה

שתוחם את המים הטריטוריאליים והכלכליים של המדינה או החלת המשפט, השיפוט והמינהל על השטח. כך למשל, בחלק בדברי ההסבר שמתייחס ל"השפעות אפשריות להחלטה", מתואר כי היא עשויה לשמש "תירוץ נוסף להמשך 'ההתנגדות', במיוחד בפי החזבאללה". חרף השפעה אפשרית זו, דברי ההסבר מבהירים כי יש חשיבות בפרסום "העמדה הישראלית" מאחר שבלעדיה יתפרש הדבר כהסכמה שבשתיקה. היינו אין מדובר בגבול קיים או בגבול שהייתה כוונה לקבעו אלא ב"תביעה" של מדינת ישראל כנגד ההפקדה הלבנונית.

47. מנגד, אין להתעלם כי הקילומטרים הראשונים של קו 1 חופפים (ברובם) ל"קו המצופים" שתואר לעיל (ושנקבע, כאמור, על ידי חיל הים בשנת 2000). לכאורה, ניתן היה לטעון כי שילובה של החלטת הממשלה עם הקו שנקבע בעת נסיגת צה"ל מלבנון (בחלקו) מלמד על "קו הגבול" שראתה המדינה לקבוע, קו גבולם של המים הטריטוריאליים והכלכליים של המדינה. ואולם, דברי ההסבר להחלטת הממשלה כללו התייחסות מפורשת לסוגיה זו, ואביאה כלשונה:

"יש לציין כי העמדה הישראלית המוצעת בנוגע למיקומו של קו התייחום הימי הצפוני כמפורט בהחלטה כמעט שאינה משפיעה על הקו הטקטי ('קו המצופים') המהווה בסיס לפעילות הימית של חיל הים (ישנה השפעה שולית בקצה המערבי של קו המצופים). (קו המצופים הינו קו טקטי בלבד, אורכו כ-3 מיילים ימיים והוא אינו מציין את הגבול הימי בין ישראל ולבנון)" (שם, בעמ' 3; ההדגשה הוספה – ע' פ').

התייחסות זו מלמדת כי הממשלה, בזמן אמת, לא ראתה בקו המצופים ככזה שמציין את קו הגבול הימי בין ישראל לבין לבנון. משכך, אין בשילוב (החלקי) של הקו שנקבע בהחלטת הממשלה עם קו המצופים כדי להוכיח כי מדובר בקו הגבול הימי הרשמי של מדינת ישראל.

48. בחוות הדעת המשפטית של משרד החוץ שצורפה להצעת ההחלטה ניתן לאתר אמירות שתומכות בטענות העותרים, ובהן כי מדובר ב"שטחים ימיים השייכים לישראל" וכי הצעת ההחלטה קובעת "למעשה את הגבול בין מימי החופין והאכ"ב של ישראל לאלו של לבנון"; ולצדן גם אמירות שמבהירות כי מדובר בשטח שבמחלוקת וכי "לעניין הצורך ליישב את המחלוקת [...] באשר לתייחום המדויק של האכ"ב והגבול הימי בין שתי המדינות" יש כוונה לפרסם אמירה ישראלית בדבר הנכונות ליישב את המחלוקת על פי הדין הבינלאומי. בעיניי, המכלול הנלמד הן מהחלטת הממשלה, הן מהחומרים שצורפו להצעת ההחלטה מוליך למסקנה כי אין מדובר בקביעה ברורה שלפיה מדובר

בשטח ישראלי (ובהתאם שטח ימי שבו חל המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה), וממילא אני מתקשה לראות בה ככזו שמלמדת על הצהרה ישראלית על גבולה הימי הצפוני.

49. טוענים העותרים ובצדק כי דברי ההסבר להחלטת הממשלה לא היו גלויים. ואולם, טיעון זה אינו מעלה או מוריד מהשאלה שלפנינו והיא האם מדינת ישראל, באמצעות החלטת הממשלה, קבעה את גבולם הצפוני של מימי המדינה, ובהתאם (כאמור בפסקה 39 לעיל), את גבולה הצפוני של תחולת המשפט, השיפוט והמינהל ברצועת הים שלחופי ישראל. משכך, ניתן להסתייע בדברי ההסבר שמלמדים מה היו, לשיטת הממשלה בזמן אמת, השלכות החלטתה. ודוקו: אין מדובר בפרשנות מאוחרת להחלטת הממשלה, שננקטת אגב גיבוש העמדה בעתירות שלפנינו, אלא בעמדתה במועד קבלת ההחלטה (השור: עע"ם 7825/19 יוניון מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, פסקה 26 (18.10.2020)). בשנת 2011 אפוא, לא ראתה הממשלה בהחלטתה ככזו שמשמעותה קביעת קו גבול ימי עם לבנון, אלא, בעיקרם של דברים, נקיטת עמדה מול הפקדת הקואורדינטות על ידי לבנון.

50. לכל האמור לעיל יש להוסיף כי בידי הממשלה הייתה נתונה סמכות לקבוע שהמשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בשטח המצוי דרומית לקו 1 – וזאת באמצעות סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ככל שרצתה לעשות כן. כך, כפי שעשתה ביחס למזרח ירושלים בשנת 1967. זאת לא נעשה. נוכח האמור לעיל, מצאתי שעמדת העותרים שלפיה משמעותה של החלטת הממשלה היא קביעת הגבול הצפוני של מימי ישראל והחלת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה אינה עמדה מבוססת.

51. עמדת המשיבים שלפיה הגבול הצפוני הימי של מדינת ישראל טרם נקבע לא נשענה רק על החלטת הממשלה אלא גם על התנהלותה של מדינת ישראל בשטח זה משך שנים. בהקשר זה, טען פורום קהלת בעתירה כי בשטח שמדרום לקו 1 "מדינת ישראל נהגה [...] כשטח שלה" (סעיף 41 לעתירה). ואולם, דומה כי לא אלה הם פני הדברים. משיבי הממשלה מנו 4 תחומים שונים שבהם לא הפעילה המדינה סמכויות ריבוניות בשטח במחלוקת, ובעיני יש ליתן משקל לכל אחד מהם, לא כל שכן בצירופם זה לזה:

52. ראשית, בכל הנוגע לפעילות חיל הים בשטח האמור (היינו שטח שבמחלוקת באזור 2) – זו מסתכמת בכריזה לכלי שיט או שחיינים שנמצאים בתנועה מצפון לדרום, ולא בפעולה אקטיבית לעצירתם. פעולה אקטיבית כאמור ננקטת רק ככל שכלי השיט או השחיין ימשיכו וייכנסו לאזור שנסגר בצו סגירת שטחים בים (מס' 100) (01), התשע"ד-

2014 (להלן: צו 100). גבולו הצפוני של השטח שנסגר מכוח צו 100 (ומסומן 69א; ראו מש/16), חופף בעיקרו לקו המצופים (באזור 1), ובהמשך חוצה דרומה את קו 23. כלומר, במרחק של 5 ק"מ מהחוף ועד קצה המים הכלכליים, השטח הסגור מצוי ברובו דרומית לקו 23. מעמדת משיבי הממשלה ניתן ללמוד שקיים שטח סגור בהיקף 0.46 קמ"ר מצפון לקו 23 (שבחלקו אף חורג מקו 1). בא כוח פורום קהלת ביקש לטעון כי עצם קיומו של שטח סגור מצפון לקו 23 מלמד כי בשטח זה חל המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל (וזאת מאחר שהשטח נסגר מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 שחלות בשטח ישראל). בעיני, קיומו של שטח סגור שמצוי צפונית לקו 23, אינו מוליך למסקנה כי המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל חל בשטח זה. ההסדר בחוק היסוד לא נועד, על פי תכליתו, לחול כל אימת שנורמה משפטית מסוימת הוחלה על שטח מסוים (כפי שראינו לעיל, חוק היסוד כוון למצבים ברורים של תחולת "המשפט, השיפוט והמינהל"). כפי שכבר נקבע בעבר, "עצם החלתה של נורמה ישראלית פלונית על מקום אלמוני שמחוץ למדינה אינו עושה בהכרח אותו מקום אלמוני לחלק מישראל" (עניין אבו צלאח, בעמ' 720). והדברים יפים בפרט בהינתן היקפו המצומצם של השטח הסגור מצפון לקו 23. עמדה אחרת, שלפיה מקום שבו די בהחלת חוק אחד בשטח כלשהו כדי להכפילו להסדר שקבוע בחוק היסוד היא מוקשית, עומדת בסתירה לעמדתם של מחוקקיו וממילא לא נומקה די הצורך (וראו את דברי חבר הכנסת יריב לוין ביחס לתחולת ההסדר על אזור יהודה ושומרון, פסקה 25 לעיל; כן ראו פרוטוקול הישיבה מיום 24.12.2013, בעמ' 3). בנקודה זו מצאתי להבהיר כי פעילות חיל הים בשטח מסוים (כמו גם היעדרה) יכולה לשמש לכל היותר אינדיקציה לתחולתו של המשפט, השיפוט והמינהל. זאת, מאחר שאין חולק שפעילות צה"ל נעשית לא אחת גם בשטחים שבהם לא חל המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל ושאינם כפופים להסדר בחוק היסוד.

שנית, משרד האנרגיה לא התייחס לשטח שתחום בין קו 1 לבין קו 23 כשטח ריבוני, ולא הפעיל סמכויותיו ביחס אליו. כך, לשם ההדגמה, בהליך תחרותי לחיפוש גז ונפט בים משנת 2020 ביחס לבלוק 72 (שידוע גם בכינויו הקודם "אלון D", ומשתרע עד קו 23), לא כלל הבלוק חלקים מצפון לקו 23. כמו כן, ברישיון שניתן לחברות "נובל אנרג'י לימיטד", "דלק קידוחים" ו-"אבנר חיפושי נפט" ביחס לבלוק זה (עוד קודם להליך התחרותי משנת 2020), צוין במפורש כי גבולות המים הכלכליים של ישראל טרם נקבעו סופית.

שלישית, במסגרת הסדר המקרקעין בים התיכון, שהותנע בשנת 2009, סיכמו הגורמים המקצועיים במרכז למיפוי ישראל ובהנהלת הרשות לרישום והסדר זכויות מקרקעין כי תיוותר רצועה של שטח לא מוסדר בכל המקומות שלגביהם אין הסכמים על

תוואי הגבולות הימיים של מדינת ישראל בים התיכון. בהתאם, אזורים 1 ו-2 נושא ההסכם לא נכללים בגדרי הגושים המוסדרים שנרשמו בבעלות המדינה אלא מצויים בגושים לא מוסדרים. ואעיר כי אין בדברים אלה כדי ללמד על משמעות רישום מקרקעי הים ככאלה המצויים בבעלות מדינת ישראל, כי אם בתפיסת המדינה, בזמן אמת, שיש מקום להבחין בין השטחים שמדרום לקו 23 (באזורים 1 ו-2) לבין אלה שמצפון לו.

רביעית, בכל הנוגע לשמורת הטבע שמצויה בסמוך לאזור זה, האכרזה על השמורה (אכרזת גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה) (שמורת טבע ים ראש הנקרה – אכזיב, לפי תכנית מס' ג/21211), התש"ף-2019; להלן: האכרזה) נמנעה מהכללת השטחים שבמחלוקת (וכך גם התכנית שקודמה לעניין זה – תכנית מתאר מקומית הכוללת הוראות של תכנית מפורטת ג/21211 "שמורת טבע ים ראש הנקרה – אכזיב"). פורום קהלת טען כי ניתן ללמוד מהאכרזה על תחולת המשפט, השיפוט והמינהל על המדף היבשתי – אך מהאמור לעיל עולה כי דווקא ביחס לשטח שמדרום לקו 1 לא יצאה אכרזה, באופן שמחליש את הטענה כי שטח זה כפוף להוראות חוק היסוד.

53. בעיני אינדיקציות אלו הן ראיות משמעותיות ביותר בשאלת קיומו של גבול צפוני למימי המדינה, כמו גם בשאלת תחולת המשפט, השיפוט והמינהל בשטח במחלוקת, ולא בכדי לא נתנו להם העותרים מענה ממשי. העולה מהן הוא כי משרדים שונים במדינה פעלו, כל אחד בגדרי סמכותו, עד קו 23 אך דאגו שלא לחצותו – בהסדר המקרקעין, באכרזה על שמורת טבע, ברישיונות חיפוש ובהגנה על גבולות המדינה. מכאן שאין מדובר בעמדה שגובשה בדיעבד, אגב הגשת העמדה בתיק דנן או סביב המגעים להסכם עם לבנון. בזמן אמת הבחינה המדינה בין השטחים שעד לקו 23 לבין השטחים שצפונית לו.

54. חרף האמור ביקשו העותרים להצביע על אינדיקציות אחרות, שלפיהן דווקא קו 1 הוא קו הגבול הרשמי של מדינת ישראל. בהקשר זה, הפנה בא כוח פורום קהלת במהלך הדיון להודעה על חלוקת שטח המדינה למחוזות ולנפות – שבה מתואר גבולה הצפוני של נפת עכו באופן הבא:

"צפון: מנקודת המוצא בנקודת המפגש של גבול מימי החופין עם קו ניצב לשפת ים התיכון היוצא מראש-הנקרה, מזרחה לאורך הקו הניצב האמור עד שפת הים, משם מזרחה לאורך גבול השטח עד הפינה הצפונית-מערבית של תחום המועצה האזורית מרום הגליל."

איני סבור כי ההודעה מוליכה למסקנה שאותה הסיקו העותרים. ראשית, ספק בעיני אם ניתן להקיש ממנה, כפי שמבקש בא כוח העותרים, שמדינת ישראל אימצה (אגב הודעה זו) את שיטת "קו הניצב" לקביעת גבולות ימיים (ככל שהיו אלה פני הדברים, קיים קושי ליישב את הצבת המצופים בשנת 2000 באופן שאינו תואם במלואו לקו 1, ואת ההסתייגות ממשמעות הפקדת הקו שהובאה בפסקה 47 לעיל). זאת ועוד, העותרים לא תמכו טענתם זו בהפניה כלשהי שמלמדת שברקע להודעה עמד הרצון לקבוע גבול ימי (או לחלופין לקבוע את האופן שבו נקבע הגבול הימי). אף לו הייתי מניח לטובת העותרים שאכן אלה פני הדברים, היה עליהם להניח תשתית עובדתית – ולו ראשונית – כי הקו המתואר בהודעה חופף לקו 1 (ואעיר כי קביעת הגבול הימי בין מדינות, אף לפי כללי המשפט הבינלאומי, אינה מלאכה פשוטה ויכולה להשתנות בהתאם לנסיבות המקרה; וייס מעודי, דיני הים, בעמ' 537-538). דומה כי אף בא כוח העותרים לא חולק על כך שמדובר בטענה שיש לתמוך אותה באמצעות מומחה מתאים, אך לדבריו, היה על המדינה להביא מומחה מטעמה (פרוטוקול הדיון, בעמ' 28, ש' 24-26). דא עקא, טיעון זה, בכל הנוגע להודעה על חלוקת שטח המדינה למחוזות ולנפות, הועלה לדאשונה בדיון שהתקיים לפנינו, ולא נזכר בעתירת פורום קהלת (גם לאחר שזו תוקנה לבקשתו), וממילא ברור שמשיבי הממשלה לא היו יכולים להשיב לטענה זו בכתובים.

55. אעיר שהעותרים ביקשו גם להסתמך על דברים פומביים שנאמרו בקשר להסכם, ובכלל זאת להצהרת ראש המועצה לביטחון לאומי בתדרוך לכתבים, שלפיה במסגרת ההסכם נעשה ויתור על 10 קמ"ר מהמים הטריטוריאליים של ישראל. ואולם, אין בכוחה של התבטאות בתדרוך לכתבים כדי לסתור את העולה במפורש מטענות משיבי הממשלה, המבוססות בין היתר על תיעוד ונתונים עליהם עמדנו ונתמכו, בין היתר, גם בתצהירו של ראש המועצה לביטחון לאומי.

56. לבסוף, אבקש להתייחס לטענה שלפיה קביעה שחוק היסוד אינו חל בנסיבות המקרה שלפנינו תוביל לכך שגם במקרים עתידיים תוכל לטעון הממשלה שמדובר בשטחים שבמחלוקת, שלא נקבע קו גבול ביחס אליהם (ולכן לא חל בהם המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל). איני סבור כי בטענה זו יש ממש. כפי שכבר ציינתי, עמדת המדינה בהליך דנן – שלפיה מדובר בשטח שלא הוחל בו המשפט, השיפוט והמינהל – נתמכה בעדויות "מזמן אמת" על התנהלות המדינה בשטח זה (בשונה מהתנהלות המדינה בשטח שמצוי דרומית לקו 23). ואדגיש: במקרה דנן הראתה המדינה כי המשפט, השיפוט והמינהל לא הוחלו למעשה בשטח שבמחלוקת ולא נמצאה הוראת חוק שממנה ניתן להסיק את תחולתם בשטח זה. ומכאן הקטגוריה שלפנינו אינה מעין

אלו שאותן ביקשו מכונני חוק היסוד "לתפוס ברשת". כזכור, חוק היסוד נועד למקרים ברורים ומובהקים: מקרים דוגמת רמת הגולן ומזרח ירושלים – שבהתייחס אליהם גובש ההסדר בחוק היסוד.

סתירה להוראות חוק-יסוד: מקרקעי ישראל

57. לפני סיום אתיחס בקצרה גם לטענת פורום קהלת כי רכיבים בהסכם עומדים בסתירה להוראות חוק-יסוד: מקרקעי ישראל וחוק הנפט. בעיקרה, הטענה מכוונת כלפי "גריעת" מים טריטוריאליים משטח מדינת ישראל וכלפי הרכיב בהסכם שנוגע לחלוקת הרווחים והפעולה במאגר הגז ("הפרוספקט"). אציין כי טענות אלו נטענו באורח אגבי, בשולי הטיעון ומבלי שהובאה תשתית משפטית מספקת לתימוכין בהן. לשיטתי, די היה בכך כדי לדחותן, אך בבחינת למעלה מן הצורך אציין כי אף לגופן, לא ראיתי לקבלן. ראשית, בכל הנוגע ל"וויתור" על מים טריטוריאליים במסגרת ההסכם, איני סבור כי נוכח כל האמור לעיל בדבר השטח במחלוקת ניתן לראות בהסכם כזה ש"מעביר בעלות" ב"מקרקעי ישראל" (כלשון חוק-יסוד: מקרקעי ישראל). אשר לטענות שמופנות להסכמות ביחס לפרוספקט, טענת העותר, שלפיה מכלול ההסכמות הכלכליות ביחס לחלוקת הרווחים והפעילות במאגר הגז "עולה כדי העברת בעלות במקרקעי ישראל" אינה ברורה (עמ' 3 לבקשה לתיקון העתירה). השטח שבו מצוי המאגר הוא שטח המים הכלכליים, והעותר לא הבהיר מדוע יש לראות במקרקעין אלה כמקרקעין בבעלות המדינה, בשים לב גם לדין הבינלאומי המנהגי (וממילא, לא הוברר עד תום אם חוק-יסוד: מקרקעי ישראל חל בשטח זה). יתר על כן, רכיבי "בעלות" מסוימים נותרים גם לאחר ההסכם בידי ישראל (דוגמת האפשרות לסירוב סביר לקידוח בשטח ישראל; סעיף 2.2 להסכם; והזכות המשפטית לעשות שימושים שונים בים ובקרקע בשטח זה – דוגמת דיג, פנאי ורחצה).

58. עוד טען פורום קהלת כי חוק הנפט לא מתיר למדינה להעניק היתרי חיפוש, רישיונות וחזקות ללא הגבלת זמן. עם זאת, העותר לא סיפק הנמקה כלשהי בשאלה מדוע לשיטתו הוראות חוק הנפט חלות בנסיבות ההסכם דנן, ובהן שהחברה שתבצע את החיפוש והפיתוח במאגר תעשה זאת – ככלל – בצד הלבנוני של הגבול (האם לשיטת העותר על החברה לקבל היתר מוקדם או רישיון? האם גם על חיפושם וקידוחים שנעשים בצד הלבנוני?). משכך, ואף מבלי לטעת מסמרות בממשקים אפשריים בין חוק הנפט לבין ההסכם – איני סבור כי יש בטיעון זה כדי להוליך למסקנה שההסכם אינו חוקי, כשיטת פורום קהלת.

59. חוק-יסוד: משאל עם ביקש לעגן עיקרון חוקתי ייחודי שמגביל את סמכותה של הממשלה להיקשר בהסכמים בינלאומיים שנוגעים להפסקת תחולתם של המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה בשטחים שבהם חלו. הסדר ייחודי זה מגביל גם את סמכותה של הכנסת לאשר הסכם כאמור ומכפיו לאישור במשאל עם (להוציא אם אושר ברוב מיוחס של שני שלישים מחברי הכנסת). ברקע להסדר זה, רצון הכנסת בהעצמת הפיקוח על הממשלה בכל הנוגע לויתור אפשרי על שטחי רמת הגולן (כמו גם מזרח ירושלים). השאלה שניצבה לפנינו הייתה אפוא אם הסדר זה חל בעניינו של ההסכם הימי עם לבנון. מבלי שראיתי לטעת מסמרות בתחולתו העקרונית של חוק היסוד בכל הנוגע לשטחים ימיים – נמצא כי השטח נושא ההסכם אינו שטח שחל בו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל, ומשכך אין חובה משפטית לקיים את מנגנוני האישור שקבועים בחוק היסוד. קו 1, הקו שהופקד באו"ם בעקבות החלטת הממשלה, אינו קו "אקראי" או "שרירותי" – נעשה בו שימוש (ולמצער, בחלקו) על ידי המדינה עוד קודם להחלטת הממשלה (לאחר יציאת צה"ל מלבנון) והפקדתו באו"ם ביטאה את התביעה הישראלית בהתאם לפרשנות דיני הים והשיטות הטכניות הנובעות מהם. עם זאת, כפי שהובהר אין בצעד זה כדי להעיד שמדובר בקו שנקבע כקו הגבול הצפוני של מימי מדינת ישראל וכי בשטח שנמצא מדרום לו חל המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. בידי הממשלה היו נתונים הכלים להחיל בצורה מפורשת את המשפט, השיפוט והמינהל בשטח זה, וזאת לא נעשה. יתר על כן, משרדי הממשלה נמנעו במודע מלנקוט פעולות בעלות סממנים ריבוניים בשטח שמצפון לקו 23, לרבות במישור הפעילות הצבאית. בנסיבות אלו, איני סבור כי השטח נושא ההסכם (היינו, השטח שבין קו 1 לבין קו 23) הוא שטח שבו חל המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל. משכך, אין ההסכם כפוף למנגנוני האישור שקבועים בחוק היסוד.

המשנה לנשיאה

השאלה השנייה: קידום אישור ההסכם על ידי ממשלת מעבר

הנשיאה א' חיות:

1. אני מסכימה לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה ע' פוגלמן בכל הנוגע לשאלה המשפטית הראשונה, ולמסקנתו לפיה ההסכם העומד במוקד העתירות אינו כפוף למנגנוני האישור שנקבעו בחוק-יסוד: משאל עם.

2. השאלה המשפטית השנייה שהתעוררה בעתירות דנן נוגעת לעיתוי שבו החליטה הממשלה לקדם את אישור ההסכם: לאחר שהכנסת ה-24 התפזרה ביום 30.6.2022 (ראו: חוק התפזרות הכנסת העשרים וארבע ומימון מפלגות, התשפ"ב-2022), וערב הבחירות לכנסת ה-25 שנקבעו ליום 1.11.2022. משמעות הדברים היא כי במועד שבו ביקשה הממשלה ה-36 לאשר את ההסכם עם לבנון היא כיהנה כממשלת מעבר, ומשכך נשאלת השאלה האם ממשלה כזו רשאית לחתום על ההסכם.

במאמר מוסגר יוער כי היו שהבחינו בין "ממשלה יוצאת" המכהנת עד יום הבחירות, ל"ממשלת מעבר" המכהנת מיום הבחירות ועד הרכבת הממשלה החדשה (בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (22.9.2022) (להלן: עניין לביא)). לשם הנוחות אשתמש עם זאת להלן במונח "ממשלת מעבר", ככזה המתייחס לכל ממשלה מכהנת שלא נהנית עוד מאמון הכנסת (ראו: בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פסקה 1 (9.1.2020) (להלן: עניין אור הכהן); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 831 (מהדורה שישית, 2005)).

3. העותרים טוענים כי ממשלה שאינה זוכה לאמון הכנסת אינה רשאית לנקוט בצעדים בלתי-הפיכים שיכבלו את הממשלה שתבוא אחריה, בפרט כאשר מדובר בחתימה על הסכם בינלאומי שיקבע את הגבול הימי הצפוני של מדינת ישראל ושיש לו השלכות מדיניות, ביטחוניות וכלכליות כבדות-משקל. לשיטת העותרים, מדובר בצעד שאינו עולה בקנה אחד עם הכלל לפיו על ממשלת מעבר לפעול באיפוק וריסון ולטענתם, חתימה של ממשלת המעבר על ההסכם יש בה משום חריגה קיצונית ממתחם הסבירות, שהוא צר מזה של ממשלה המכהנת מכוח אמון הכנסת.

4. משיבי הממשלה טוענים מנגד כי בנסיבות המיוחדות של העניין חתימה על ההסכם מצויה בגדר מתחם שיקול הדעת הנתון לממשלה. בהקשר זה נטען שכלל

הגורמים המקצועיים סבורים כי ההסכם מגן על אינטרסים חיוניים של המדינה, וכן כי ההסכם אינו פרי יוזמה שנולדה בתקופת הבחירות אלא תוצר של עבודת מטה שנמשכה מספר שנים. אשר לדחיפות בחתימה על ההסכם לפני מועד הבחירות, משיבי הממשלה מציינים כי נוצר "חלון הזדמנויות" ייחודי וצר לאישור ההסכם שלא ניתן לחזות אם ומתי ייפתח שוב, וכי אי-חתימה על ההסכם "עלולה להוביל להשלכות חמורות על הביטחון הלאומי של ישראל" (פסקה 183 לתגובת משיבי הממשלה). על רקע דברים אלה, טוענים משיבי הממשלה כי אף שבמצב הדברים הרגיל אכן לא היה מקום לחתום על הסכם בעל משמעויות נכבדות בעיתוי כה סמוך למועד הבחירות, קיימים במקרה דנן שיקולים מדיניים וביטחוניים כבדי-משקל המצדיקים את קידום אישור ההסכם בעיתוי זה.

5. היועצת המשפטית לכנסת סבורה כי השאלה אם הממשלה רשאית להתקשר בהסכם נוגעת באופן מובהק לשיקול הדעת הנתון לממשלה בכל הנוגע להפעלת סמכויותיה, ומשכך אין מקום מבחינה מוסדית כי הייעוץ המשפטי לכנסת יביע עמדה בנושא זה.

6. על מנת ליתן מענה לשאלה הניצבת בפנינו, עלינו להידרש לכללים הקבועים בדין ביחס לממשלת מעבר הממשיכה לפעול כל עוד לא הושבעה ממשלה חדשה. התפיסה העומדת בבסיס העיקרון של רציפות הממשלה – המוסדר באופן תמציתי בסעיף 30 לחוק-יסוד: הממשלה (ראו: עניין אור הכהן, בפסקה 10) – היא כי כל עוד לא זכתה ממשלה אחרת לאמונה של הכנסת, הממשלה המכהנת מוסיפה לשמש כרשות המבצעת של המדינה. זאת, כדי להימנע ממצב של "ריק שלטוני" וכדי להבטיח את היציבות וההמשכיות של השלטון במדינה (בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה, פ"ד נה(2) 455, 465 (2001) (להלן: עניין וייס); בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר, פסקה 9 (26.12.2005) (להלן: עניין לנדשטיין)). אכן, "לא תיתכן מדינה ללא רשות מבצעת [...] ממשלות קמות ונופלות, אך הממשלה לעולם עומדת" (בג"ץ 5/86 סיעת ש"ס התאחדות הספרדים שומרי תורה בכנסת נ' שר הדתות, פ"ד מ(2) 742, 751 (1986)).

עם זאת, העובדה שממשלת מעבר אינה מכהנת עוד מכוח אמון הכנסת, אלא מכוח עיקרון הרציפות, מעוררת קשיים חוקתיים לא מבוטלים. זאת, הן לנוכח הלגיטימציה הדמוקרטית החלשה לכהונתה של ממשלה כזו (מצב המכונה גם "גרעון דמוקרטי"); והן לנוכח החשש כי "[...] ממשלה כזו תפעל ממניעים פסולים ולצורך השגת רווח פוליטי בבחירות הקרבות או במטרה לכבול את ידי הממשלה הבאה [...]" (עניין אור הכהן, בפסקה 10; ראו גם: עניין לביא, בפסקה 1 לחוות הדעת של השופט סולברג; רבקה ווייל "תקופת בין השמשות: על סמכויותיה של ממשלת מעבר" משפט

וממשל יג 167, 173-181 (2011); שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק-יסוד: הממשלה 520 (2018)). על רקע זה הובהר בפסיקה כי סמכויותיה של ממשלת מעבר אומנם אינן שונות מסמכויותיה של ממשלה "רגילה", אך במישור שיקול הדעת מתחם הסבירות של ממשלת מעבר הוא צר מזה של ממשלה המכהנת מכוח אמון הכנסת (ראו: עניין וייט, בעמ' 465, 468, 477; בג"ץ 9202/08 לבנת נ' ראש הממשלה, פסקה 4 (4.12.2008) (להלן: עניין לבנת)).

7. כפי שנפסק לא אחת בעבר, משמעות הדברים היא שממשלת מעבר נדרשת לאזן בין הריסון והאיפוק המתחייבים מעצם מהותה כממשלה שאינה זוכה לאמון הכנסת ובין הצורך בהבטחת יציבות, המשכיות ופעילות תקינה של מוסדות השלטון (עניין וייט, בעמ' 469). עליה לנקוט איפוק באותם עניינים בלתי-חיוניים שאין כורח ודחיפות להסדירם בתקופת הבחירות ואולם, כך נפסק, "חובת האיפוק אינה קיימת מקום שקיים צורך ציבורי חיוני בעשייה" (שם; ראו גם: עניין לנדשטיין, בפסקה 9; עניין לביא, בפסקה 1 לחוות דעתו של השופט סולברג). כך למשל, נקבע כי ככלל יש להימנע ממינויים לתפקידים בשירות הציבורי בתקופת כהונתה של ממשלת מעבר, אך לעיתים – כאשר מתעורר צורך חיוני באיזון תפקיד מסוים – תקום הצדקה לקידום המינוי, ובמקרים מסוימים ממשלת המעבר אף מחויבת לפעול לאיזון התפקיד (בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 53 לחוות דעתי (25.3.2021); ראו גם: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1501 "מינויים בתקופת בחירות" (יולי 2019)).

בסופו של יום, כאשר באים לבחון אם ממשלת מעבר פעלה כדין כשנקטה פעולה מסוימת, עלינו לשאול אם "[...] באיזון הכולל – המתחשב במכלול הנסיבות – נדרשים איפוק או עשייה" (עניין וייט, בעמ' 469). בהקשר זה יש חשיבות ניכרת למהות הפעולה שבה עסקינן ולעיתוי הפעולה. כאשר למהות הפעולה נקבע כי "[...] מתחם הסבירות שעומד לרשות הממשלה בתחום ניהול יחסי החוץ והביטחון – גם כאשר מדובר בממשלת מעבר – הוא רחב; ולפיכך ההתערבות השיפוטית בהחלטות בתחום זה, שמרכיביו הדומיננטיים הם פוליטיים, תיעשה רק במקרים חריגים" (עניין לבנת, בפסקה 4). ברוח דברים אלה, כאשר התבקש בית המשפט למנוע ממשלת מעבר לקיים משא ומתן מדיני (עניין וייט ועניין לבנת); או לשחרר אסירים כמחווה של רצון טוב לרשות הפלסטינית (בג"ץ 10357/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל, ע"ד נ' מדינת ישראל (9.12.2008) (להלן: עניין הפורום המשפטי)), נמנע בית המשפט מהתערבות בשיקול דעתה של הממשלה בציינו, בין היתר, כי מדובר בסוגיות שנטועות עמוק בתחום ניהול יחסי החוץ והביטחון של המדינה (עניין וייט, בעמ' 472; עניין לבנת, בפסקה 5; עניין הפורום

המשפטי, בפסקה 3). אשר לעיתוי הפעולה שבה מבקשת ממשלת המעבר לנקוט, נפסק כי "[...] הצורך באיפוק ובריסון מתעצם ככל שאנו קרבים למועד הבחירות לכנסת" (עניין לבנת, בפסקה 5).

8. ומן הכלל אל הפרט. אין חולק כי ההסכם נושא העתירות הוא הסכם בעל משמעויות נכבדות: הוא מסדיר באופן מלא חלק ניכר מהגבול הימי בין ישראל ללבנון; נקבע בו כי מדובר בפתרון קבע ביחס לסכסוך הימי בין המדינות; ונכללות בו הוראות לעניין פיתוח מאגר גז טבעי חוצה-גבולות ולעניין פיתוח מאגרים חוצי-גבולות עתידיים. משיבי הממשלה עצמם מציינים כי "להתחייבויות בהסכם משמעויות מדיניות, כלכליות ואנרגטיות בעלות משקל" (פסקה 177 לתגובתם), וכי הוויתור על חלק מפוטנציאל הרווח ממאגר הגז חוצה-הגבולות הוא בעל משמעות כלכלית שהיקפה לא ידוע בשלב זה (פסקה 179 לתגובתם). כמו כן, ובהינתן המנגנון שנקבע לאישור ההסכם וכניסתו לתוקף (הודעה מטעם ארצות הברית בדבר אישור התנאים על ידי שני הצדדים), אישור ההסכם על ידי הממשלה יחייב גם את הממשלות שאחריה. לכל אלה יש להוסיף כי הליך אישור ההסכם בוצע סמוך מאוד למועד הבחירות לכנסת – ההסכם הונח על שולחן הכנסת ביום 12.10.2022, דהיינו – כשלושה שבועות לפני מועד הבחירות, וזאת לתקופה של 14 יום שהסתיימה ימים ספורים לפני מועד הבחירות.

9. משיבי הממשלה עומדים בטיעוניהם על כך שלפי עמדת ראשי מערכות הביטחון והחוץ, ההסכם עם לבנון מחזק אינטרסים ביטחוניים ומדיניים חשובים. עוד נטען כי ההסכם מקדם אינטרסים כלכליים של מדינת ישראל ואינטרסים בתחום משק האנרגיה הישראלי, שכן מצב של חיכוך סביב מקורות האנרגיה של ישראל עלול להרתיע חברות בין-לאומיות בתחום האנרגיה מהצטרפות לניסיונות חיפוש ופיתוח של מאגרי גז במים הכלכליים והטריטוריאליים של ישראל. בהקשר זה צוין כי הגעה להסכמות בהקדם טומנת בחובה פוטנציאל להגדלת מספר החברות השוקלות לחפש מאגרי גז באזור והדבר עשוי להוביל למציאת מקורות אנרגיה נוספים הנדרשים לעתידה הכלכלי והאנרגטי של מדינת ישראל.

10. יתרונות אלה – משמעותיים ככל שיהיו – אין בהם כשלעצמם כדי להצדיק את אישור ההסכם על ידי ממשלת מעבר במועד כה קרוב לפני הבחירות לכנסת. עם זאת, משיבי הממשלה הוסיפו והדגישו כי בנוסף לכך קיים צורך ציבורי דחוף וחיוני להשלים בהקדם את המהלך לאישור ההסכם, ועוד טרם מועד הבחירות לכנסת. בהקשר זה צוין, ראשית, כי עמדתם של כל ראשי מערכת הביטחון היא שיש דחיפות בקידום ההסכם נוכח היווצרות "חלון הזדמנויות" ייחודי להשלמת המשא ומתן, אשר לא ניתן לחזות אם ומתי

יפתח שוב. עמדה זו של גורמי המקצוע, כך נטען, נובעת מן ההערכה כי דחיית השלמת אישור ההסכם עד לאחר הבחירות "מפחיתה משמעותית את הסיכויים להגיע להסכם [...] בין השאר, על רקע המצב בזירה הפנים-לבנונית, כמפורט בחוות דעת מסווגת" (פסקה 183 לתגובת משיבי הממשלה). שנית, נטען כי אם ההסכם לא ייחתם ב"חלון הזמנים" הדחוק שנוצר, יהיו לכך השלכות ביטחוניות כבדות-משקל וייגרם נזק כבד לאינטרסים של מדינת ישראל. זאת, בהתבסס על חוות הדעת החסויות שהוצגו בפני הממשלה.

כלל חוות הדעת המקצועיות הרלוונטיות – הגלויות והחסויות – הוצגו בפני חברי הממשלה לקראת ישיבת הממשלה שהתקיימה ביום 12.10.2022, ובמהלך דיון זה נשמעו גורמי מקצוע ובהם הרמטכ"ל, ראשי אגף המודיעין, המבצעים והאסטרטגיה בצה"ל, ראש המל"ל, ראש המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים וכן גורמים במשרד החוץ. גורמים אלה הדגישו כולם את הנחיצות, החיוניות והדחיפות שבהשלמת הליך אישור ההסכם (פסקה 40 לתגובת משיבי הממשלה). לפיכך, בהתבסס על כלל המידע שהוצג בפני הממשלה, כאמור, ועל חוות דעתה של היועצת המשפטית לממשלה מיום 11.10.2022 כי אין מניעה משפטית לקדם את ההסכם חרף הקשיים המשמעותיים הנובעים מקידומו במועד סמוך ליום הבחירות – התקבלה החלטת ממשלה מס' 1897 "לתמוך בקידום הליכי אישור ההסכם הימי בין ישראל לבין לבנון [...]".

11. עיינו בחוות הדעת המקצועיות הגלויות שצורפו כמ/ש 7 ומ/ש 10 לתגובת משיבי הממשלה (ובפרט בחוות הדעת המשותפת של משרד החוץ והמל"ל מיום 9.10.2022). כמו כן, קיימנו במסגרת הדיון מיום 20.10.2022, בהסכמת העותרים, דיון במעמד צד אחד. במהלך הדיון האמור, עיינו בחומר חסוי ושמענו סקירה מפורטת והבהרות מטעם הגורמים הרלוונטיים, לרבות הערכות מעודכנות בהינתן פרק הזמן שחלף מאז שנערכו חוות הדעת שהונחו בפני הממשלה בדיון מיום 12.10.2022. בהקשר זה הובהר כי במהלך התקופה האמורה התחזקו ההערכות בדבר הצורך החיוני והדחוף בחתימה על ההסכם, ובאשר להשלכות הביטחוניות החמורות שעלולות לנבוע מהקפאת תהליך אישורו.

12. נוכח המידע החד-משמעי שהוצג על ידי כלל גורמי המקצוע הרלוונטיים, כאמור, אני סבורה כי משיבי הממשלה אכן הצביעו על קיומו של צורך חיוני מובהק ומשמעותי להשלמת תהליך אישור ההסכם לפני מועד הבחירות, ובכגון דא כבר נפסק כי "ככל שמידת החיוניות בפעולה השלטונית גוברת, כך תקטן מידת האיפוק הנדרשת" (עניין לנדשטיין, בפסקה 9). זאת ועוד – כפי שצוין לעיל, הלכה היא כי התערבות בית המשפט לכתחילה בסוגיות הנוגעות לענייני חוץ וביטחון היא מצומצמת, גם כאשר מדובר בממשלת מעבר (ראו האסמכתאות בפסקה 7 לעיל). ולבסוף – העובדה שההסכם אינו

פרי יוזמה שהתגבשה בתקופת הבחירות, אלא תוצר של מגעים שהחלו כבר לפני מספר שנים והואצו החל משנת 2020, מחזקת אף היא את המסקנה שאליה הגעתי ולפיה בשל כל הטעמים שפורטו, אין מקום להתערב בהחלטתה של ממשלת המעבר לקדם את אישור ההסכם נושא העתירות, הגם שהדבר נעשה סמוך לפני מועד הבחירות.

ה נ ש י א ה

השאלה השלישית: האם הייתה מחויבת הממשלה להביא את ההסכם לאישור הכנסת?

השופט נ' סולברג:

1. עיינתי בחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, העוסקת בשאלה המשפטית הראשונה המתעוררת בעתירות שלפנינו, ואני מצטרף לעיקרי דבריו, ולמסקנתו שלפיה ההסכם הימי, שלגביו הוגשו העתירות, אינו כפוף למנגנוני האישור שנקבעו בחוק-יסוד: משאל עם. בנוסף, כחברי, גם אני סבור, כי על מנת להגיע למסקנה זו, אין צורך לטעת מסמרות בשאלה העקרונית, אם ההסדר שבחוק היסוד חל ביחס למים הטריטוריאליים או הכלכליים של ישראל, אם לאו; דעתי כדעתו, כי ניתן להותיר סוגיה זו לעת מצוא.

2. כמו כן, עיינתי בחוות הדעת של חברתי הנשיאה א' חיות, המתייחסת לשאלה המשפטית השנייה שלפנינו. תמים-דעים אני עם מרבית דבריה, ועם מסקנתה, שלפיה, בנסיבות העניין דנן, נוכח הטעמים כבדי המשקל שהוצגו לנו בהיבט המדיני-ביטחוני, במעמד צד אחד, בדלתיים סגורות, נוסף על טעמים מן ההיבט האזרחי-כלכלי, ניתן היה לקדם את ההסכם ולאשרו על-ידי הממשלה ה-36, חרף היותה ממשלה יוצאת, שאינה נהנית עוד מאמון הכנסת, ועל אף הסמיכות הרבה שבין מועד אישור ההסכם למועד הבחירות. על כך אוסיף, למען הסר ספק, כי לא בכל מקרה שבו תעלה הממשלה טענה לקיומם של טעמים מדיניים וביטחוניים, לגבי הסכם מדיני כזה או אחר, תקום הצדקה אוטומטית לקדמו בתקופת בחירות, על-ידי 'ממשלה יוצאת' או 'ממשלת מעבר' (ראו: בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה, פסקה 1 לחוות דעתי (22.9.2022)). אפשרות זו, שמורה אך למקרים חריגים שבחריגים, שבהם נמצא, כדברי חברתי הנשיאה, לאחר עיון בחוות דעת מקצועיות, חד-משמעיות, כי קיים

“צורך חיוני מובהק ומשמעותי להשלמת תהליך אישור ההסכם לפני מועד הבחירות” (פסקה 11 לחוות דעתה).

3. לאחר שהחלטנו, כי הוראות חוק-יסוד: משאל עם אינן חלות בענייננו, וכי הממשלה רשאית היתה לקדם ולאשר את ההסכם דנן, חרף תקופת הבחירות, נותר עוד לברר שאלה אחת יחידה: האם פעלה הממשלה כדין, בעת שבחרה להסתפק בהנחת ההסכם על שולחן הכנסת, מבלי להביאו לאישור הכנסת?

אישור הסכמים מדיניים – יחסי הגומלין בין הממשלה לכנסת

4. העותרים טוענים, כי היה על הממשלה להגיש את ההסכם לאישור הכנסת, ולא להסתפק בהנחתו על שולחנה, לעיון חברי הכנסת. את דבריהם אלה, מבקשים העותרים לתמוך בטענה לקיומו של 'מנהג חוקתי', המחייב את הממשלה לפעול בדרך זו, הגם שאין הוראת-דין המורה לה לעשות כן. בדיון שהתקיים בעל-פה, הוסיפו העותרים וטענו, כי גם אם 'מנהג חוקתי' אין כאן, למצער התגבש נוהג שכזה, אשר משמעותו היא כי ככלל, יש להביא הסכמים כגון דא לאישור הכנסת, וכי זו דרך המלך, הרווחת והמקובלת. טענה נוספת בפי העותרים, והיא – כי החלטת הממשלה להניח את ההסכם על שולחן הכנסת, מבלי להביאו גם לאישור חבריה, חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות, וממילא מחייבת התערבות שיפוטית. בפרט, מקום שבו היועצת המשפטית לממשלה סברה, בחוות דעת שהוגשה מטעמה לממשלה, כי מוטב להביא את ההסכם לאישור הכנסת, ולא להסתפק בהנחתו בלבד.

5. משיבי הממשלה טוענים לעומת זאת, כי יש לדחות את טענות העותרים מכל וכל. ראשית נטען, כי העותרים כלל לא הרימו את הנטל המוטל עליהם, ולא הוכיחו, על יסוד תקדימי-עבר, כי התגבש מנהג חוקתי בעניין שלפנינו. מעבר לכך נטען, כי דוקטרינה זו, של מנהג חוקתי, לא הוחלה עד כה במשפט הישראלי, וממילא לא ניתן ללמוד ממנה על קיומה של חובה משפטית כלשהי, בת-אכיפה. בנוסף נטען, כי גם אם נניח, לצורך הדיון בלבד, שמדובר בדוקטרינה משפטית מחייבת על-פי המשפט הישראלי, אין די בכך כדי להכריע בשאלה שעל הפרק. זאת, שכן לדברי משיבי הממשלה, בשנים האחרונות ביקשה הכנסת, בכמה וכמה הזדמנויות, לקדם תיקון חוקתי שיסדיר את דרך אישורן ואשרורן של אמנות בינלאומיות, על-ידי הממשלה והכנסת. בתוך כך, הוצעו מודלים שונים, שיחייבו את אישור הכנסת עובר לחתימה על אמנות בינלאומיות. אמנם, הליכי החקיקה הללו לא הושלמו, ולא עוגנו בספר החוקים הישראלי, אך לטענת המשיבים, יש בעצם הניסיון כדי ללמד כי עד כה לא נתגבש מנהג חוקתי, המחייב את אישור הכנסת לאמנות בינלאומיות. זאת, שכן קשה להלום טיעון שלפיו מחד גיסא, נוצר מנהג חוקתי

מחייב, שנתגבש מקדמת דנא, בעוד שמאידך גיסא, ניסיונות להסדיר חובה כאמור, בדבר-חקיקה, לא צלחו. עוד נטען, כי לאורך השנים, הסכמים בינלאומיים, בהם גם בעלי-חשיבות, לא הובאו לאישור הכנסת, באופן שמלמד גם הוא על העדר פרקטיקה עקבית ואחידה, כך שלא ניתן לומר כי נוצר נוהג חוקתי, אשר עשוי להביא, ברבות הימים, ליצירת מנהג חוקתי מחייב.

6. בהתייחס לטענה השנייה שבפני העותרים, כי ההחלטה להסתפק בהנחת ההסכם על שולחן הכנסת, ולא לאשרו על-ידה, חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות, השיבו משיבי הממשלה, כי על-פי ההלכה הפסוקה, בענייני חוץ וביטחון, מסור לרשות המבצעת שיקול דעת רחב ביותר, כשמכך נובע, כי בית המשפט מצדו, ינהג ריסון רב, וימנע בכל מאודו מלהשיג את גבולה של הרשות המבצעת. בעניין דנן נטען, כי הממשלה בחנה בקפידה את מכלול הנסיבות, עד אשר הגיעה למסקנה, העולה בקנה אחד עם הסמכות הנתונה לה, כי ההסכם יונח על שולחן הכנסת, אך לא יובא לאישור חבריה. למסקנה זו הגיעה, לאחר ששקלה, בין היתר, את הנתונים הבאים: כי מדובר בהסכם עם מדינת אויב, להסדרת גבול-ימי, הסכם שלו השלכות כלכליות פוטנציאליות, בהיקף לא ידוע; כי אין מדובר בהסכם שלום או בהסכם מדיני ישיר עם מדינת אויב; כי כלל גורמי המקצוע, בכללם ראשי מערכת הביטחון, סבורים שיש לקדם את ההסכם בדחיפות בעת הזו ממש, כדי למנוע השלכות חמורות על הביטחון הלאומי; כי לא ניתן להציג את כלל השיקולים העומדים מאחורי ההסכם במליאת הכנסת, בדיון גלוי ופומבי, שכן בבסיס ההסכם עומדים שיקולים ביטחוניים ומדיניים חסויים, שלא ניתן לחשפם בפומבי, במליאת הכנסת; כי אמנם היועצת המשפטית לממשלה סברה שמוטב יהיה אם יובא ההסכם לאישור הכנסת, אך לצד זאת הבהירה, כי אין מניעה משפטית להסתפק בהנחתו בלבד על שולחן הכנסת. לבסוף, לאחר ששקלה ואיזנה בין כל אלה, הכריעה הממשלה כי ההסכם יונח על שולחן הכנסת, אך לא יובא לאישורה; ובנוסף, כי יתקיים דיון לגבי ההסכם בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, אשר יכלול גם דיון חסוי בוועדת המשנה של הוועדה, שבמסגרתו יוצגו כלל הטעמים, הגלויים והחסויים, העומדים ביסוד ההחלטה לקדם את ההסכם בעת הזו, ולאשרו על-ידי הממשלה בלבד. לטענת משיבי הממשלה, במצב דברים זה, ברי כי אין לקבל את טענת העותרים, כי ההחלטה שלא להביא את ההסכם לאישור הכנסת, שהתקבלה על יסוד מסד נתונים עובדתי, מלא ומדויק, מצדיקה התערבות שיפוטית.

7. בתגובת היועצת המשפטית לכנסת נטען, כי קיים נוהג, לא מחייב, שלפיו הסכמים בינלאומיים בעלי חשיבות מיוחדת מובאים לאישור הכנסת, אך לצד זאת, מדובר בנוהג בלבד, שלא התגבש לכדי מנהג חוקתי. מה גם, שממילא עדיין לא הוכרע אם

דוקטרינה זו, של מנהג חוקתי, היא מקור משפטי מחייב בדין הקיים. מכל מקום צוין, כי לעמדת הכנסת, ראוי כי הסכמים בינלאומיים בעלי חשיבות יובאו לאישור הכנסת, בפרט כך, כאשר מדובר בתקופת בחירות. בהתייחס לטענת העותרים, כי החלטת הממשלה חורגת ממתחם הסבירות, ציינה היועצת המשפטית לכנסת בתגובתה, כי מבחינה מוסדית, אין מקום להבעת עמדה בהקשר זה על-ידי הכנסת, באשר זו אינה מונחת לפתחה, וממילא אין בידיה את מכלול הטעמים שיש בהם כדי ללמד על סבירות ההחלטה. לצד זאת נטען, כי קיומו של הנוהג האמור, עשוי להשליך על מידת סבירות ההחלטה, שכן יש להביאו במניין השיקולים הדרושים לעניין.

דיון והכרעה

8. אין חולק, כי לממשלה נתונה סמכות לקדם הסכמים מדיניים ולנהל משאים ומתנים, עם מדינות זרות ועם גופים זרים. זאת, מכוח סמכותה השירותית של הממשלה, המעוגנת בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה: "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת"; ובצירוף סעיף 1 לחוק זה, הקובע כי – "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".

9. אופן הפעלת סמכויותיה של הממשלה, בכלל זה גם הסמכות לאשר ולאשרר אמנות בינלאומיות, מוסדר ב"תקנון לעבודת הממשלה", הקובע את סדרי העבודה של הממשלה (להלן: התקנון). בהקשר זה אציין, כי בעת חילופי ממשלות, מגיש ראש הממשלה הנבחר תקנון חדש, לאישור מליאת הממשלה. התקנון החל כיום, אושר על-ידי הממשלה ה-36 ביום 20.6.2021 (בהחלטת ממשלה מספר 5), ותוקן ביום 8.8.2021 (בהחלטת ממשלה מספר 312). בכל הנוגע לשאלה שלפנינו, רלבנטיות ההוראות שבסעיף 10 לתקנון – "אשרור ואישור אמנות בין-לאומיות"; אביאן כלשונן:

"א. שר המבקש להגיש הצעה להחלטה בדבר אשרור אמנה בין-לאומית יעביר למזכיר הכנסת שבועיים קודם שני עותקים מנוסח האמנה בתרגומה לעברית ואת עיקריה, על מנת שזה יביאם לידיעת חברי הכנסת. בתקופת הפגרה יימנו השבועיים ממועד כינוס פגרה של הכנסת.

ב. סעיף (א) לעיל לא יחול אם לדעת השר המגיש, בהסכמת שר החוץ ושר המשפטים, נמנעת המצאת עותקי האמנה לכנסת מטעמי דחיפות או סודיות.

ג. לאחר העברת עותקי האמנה לידיעת הכנסת כאמור לעיל ובחלוף פרק הזמן הנקוב בסעיף (א) לעיל, תועבר למזכיר הממשלה על-ידי השר המגיש הצעת החלטה בעניין אשרור האמנה. להצעת ההחלטה יצורפו נוסח האמנה בתרגומה לעברית ועיקריה. דברי ההסבר להצעת ההחלטה יובאו כמפורט בסעיף 4 ובנספח א' לתקנון זה. כמו כן יובאו עמדות היועץ המשפטי לממשלה, או מי מטעמו, ומשרד החוץ. ננקטה

בכנסת פעולה בעניין האמנה בהתאם לתקנון הכנסת, יודיע על כך השר מגיש ההצעה בדברי ההסבר. מזכיר הממשלה יעביר את הצעת ההחלטה בדבר אשרור האמנה לידיעת כל חברי הממשלה, ויבקש את עמדתם בדרך שנוהגים בסעיף 19(ב) בתקנון.

ד. ההליך הקבוע בסעיף זה יחול גם על:

(1) אישור הממשלה להצטרפות לאמנה בין-לאומית רב צדדית (accession).

(2) אישור הממשלה לחתימה על אמנה בין-לאומית דו-צדדית אשר בשל צורך מיוחד, שיפורט בדברי ההסבר, נכנסת לתוקף עם אקט החתימה עצמו.

ה. הממשלה רשאית לקבוע, כי בשל חשיבותה, תוגש אמנה בין-לאומית גם לאישור הכנסת.

ו. ראש הממשלה רשאי לקבוע, מטעמים מיוחדים של ביטחון המדינה ו/או יחסי החוץ של המדינה, כי אמנה בין-לאומית מסוימת תובא לאשרור או לאישור בפני ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, במקום בפני הממשלה. קביעה זו תיעשה לאחר התייעצות עם השר המוביל את הטיפול באמנה הבין-לאומית ועם שר החוץ, וכן עם שר הביטחון כאשר הקביעה מתבססת על טעמים מיוחדים של ביטחון המדינה.

ז. להצעת ההחלטה המוגשת לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, בהתאם לסעיף (ו) לעיל, יצורפו נוסח האמנה בתרגומה לעברית ועיקריה. דברי ההסבר להצעת ההחלטה יובאו כמפורט בסעיף 4 ובנספח א' לתקנון זה. כמו-כן יובאו עמדת היועץ המשפטי לממשלה, או מי מטעמו, ועמדת משרד החוץ. השר המוביל את הטיפול באמנה יציג את האמנה בפני ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי וישתתף בדיון גם אם אינו חבר הוועדה (ההדגשות הוספו – נ' ס').

10. הא למדנו: לגבי מערכת היחסים שבין הממשלה לכנסת, בכל הנוגע לאישור ואשרור הסכמים בינלאומיים – כי הממשלה נדרשת להביא טיוטת הסכם כאמור לידיעת חברי הכנסת, אך אינה מחויבת להביאו לאישורם. לא זו בלבד, אלא שהממשלה אף יכולה להימנע מעצם הנחת ההסכם לפני הכנסת, אם השר המגיש סבור, בהסכמת שר החוץ ושר המשפטים, כי לא ניתן לפעול בדרך זו, מטעמים של דחיפות או סודיות. אמנם, מן התקנון עולה, כי הממשלה רשאית לקבוע, ביחס לאמנה בינלאומית מסוימת, כי זו תוגש לאישור הכנסת מפאת חשיבותה, אך כאמור, אין מדובר בסמכות חובה, אלא בסמכות שברשות; ברירת המחדל היא הנחה בלבד. בתקנון אף נקבע, כי במקרים מתאימים, רשאי ראש הממשלה להורות, מטעמים מיוחדים הנוגעים ליחסי החוץ והביטחון של המדינה, כי אמנה בינלאומית מסוימת תובא לאשרור או לאישור ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי בלבד, ולא לממשלה כולה.

11. עינינו הרואות, כעולה מחוק-יסוד: הממשלה ומסעיפי התקנון, כי הרואות הדין, הכתובות עלי-ספר, אינן מחייבות את הממשלה להביא הסכמים בינלאומיים לאישור הכנסת. ברי אפוא, מדוע בחרו העותרים לפנות לצדי דרכים, לדוקטרינת המנהג החוקתי, בניסיון לתור אחר ענף משפטי להיאחז בו, לתמוך בו את יתדותיהם. ואולם, כטענת משיבי הממשלה, ענף זה אינו יכול לשאת את משקלו של הטיעון שהציגו העותרים לפנינו. כפי שנפסק זה לא מכבר, בבג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (20.8.2020) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל): "תוקפו המחייב של המנהג החוקתי טרם הוכר במשפטנו" (פסקה 29 לחוות הדעת של השופט י' עמית). אם כן, משדוקטרינה זו, של מנהג חוקתי, טרם הוכרה במשפט הישראלי, לא ניתן לעשות בה שימוש, ואין כל הצדקה לחייב מכוחה את הממשלה, להביא את ההסכם מושא העתירות לאישור הכנסת. לכך אוסיף, מעבר לעובדה שלא הוכח קיומה של דוקטרינה זו בדין המצוי, כי לא ראיתי מקום להידרש כאן, לשאלה אם קמה הצדקה להכיר בדוקטרינה זו על-פי הדין הרצוי, משלא הוצג לפנינו טיעון מלא ומקיף, לגבי סוגיה חוקתית סבוכה זו. יתרה מכך, כפי שנקבע עוד באותו עניין (שם, שם): "אף אילו היינו נכונים להכיר, לצורך הדיון בלבד, בתוקפו המחייב של המנהג החוקתי, המענה לשאלה האם הפרקטיקה שהתקיימה לאורך תקופה ביחס לנציגות של האופוזיציה עלתה כדי מנהג חוקתי, רחוק מלהיות ברור".

12. בדומה לאמור שם, גם כאן, אף אם אניח, לצורך הדיון בלבד, כי ניתן לעשות שימוש בדוקטרינה זו, הרי שכלל לא ברור אם התגבש מנהג חוקתי מחייב בנסיבות העניין דנן; ואף לא כי נוצר נוהג שכזה. כאמור בתגובת משיבי הממשלה, הגם שבמהלך השנים הובאו הסכמים שונים, בעלי-חשיבות, לאישור הכנסת, לא ניתן לומר כי נוצרה בהקשר זה מדיניות ברורה, עקבית ואחידה. ניתן לראות, כי לעתים בחרה הממשלה להביא לאישור הכנסת הסכמים בינלאומיים חשובים, ולעתים לא (כך למשל, לאורך השנים לא הובאו לאישור הכנסת: ההסכם בדבר העברת סמכויות בין ישראל לפלסטינים; ההסכם על נוכחות בינלאומית זמנית בחברון; הפרוטוקול העוסק במעבר הבטוח בין עזה לאיו"ש; והסכם ההבנות בדבר בניית נמל ימי בעזה). הנה כי כן, פרקטיקה מסוימת, להבאת הסכמים בינלאומיים בעלי-חשיבות לאישור הכנסת – כן; חיוב הממשלה לעשות זאת – לא. כפי שנקבע עוד בעניין התנועה למען איכות השלטון בישראל (שם): "מבט אל עבר ההיסטוריה ואל התנהלותן של כנסות העבר, מלמד כי במישור העובדתי נותרו סימני שאלה ביחס לקיומה של פרקטיקה עקבית ואחידה לאורך עשרות בשנים שהתגבשה לכדי מנהג חוקתי. [...] אחד מהיסודות הנדרשים לצורך התגבשותו של מנהג חוקתי, הוא קיומה של 'תודעת חיוב'. מההיסטוריה החקיקתית, לרבות מהעת האחרונה בסמוך לפני שהכנסת ערכה את ההצבעה מושא העתירה דנן, נראה כי הכנסת לא ראתה עצמה כפופה לתודעת חיוב כלשהי בסוגיה הנדונה".

13. אכן, גם בעניין דנן, לא זו בלבד שבמישור העובדתי לא הוצגה לפנינו תשתית עובדתית מלאה, העשויה להעיד על קיומו של מנהג ברור ומובהק, או למצער נוהג עקבי וסדור, אלא שמטיעוני משיבי הממשלה ניתן ללמוד, כי גם 'תודעת חיוב' אין כאן. זאת, שכן כפי שטענו משיבי הממשלה בתגובתם, בשנים האחרונות ניסתה הכנסת, מספר פעמים, לקדם מודלים שונים לתיקון חוקתי, שיסדיר את דרך האישור והאשרור של אמנות בינלאומיות, על-ידי הממשלה והכנסת. דא עקא, הליכי החקיקה הללו לא הבשילו, ולא השתכללו לכדי חוק. נתון זה עשוי להעיד על כך שגם הפרקטיקה הנוהגת, אינה עולה בקנה אחד עם הנטען; כי הממשלה לא ראתה עצמה כמי שחלה עליה 'תודעת חיוב' שכזו. יהא זה מועיל לעיין בדברי ההסבר לאותה הצעה (הכנסת השש-עשרה, ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה (2006)), שם צוין, בפרק העוסק בהצעת חוקה לגבי אמנות, כדלקמן:

“הפרק המוצע כאן עוסק בעניין אמנות בינלאומיות, קבלתן ואישורן, ואולם יש מקום לדון באפשרות להוסיף לפרק גם הוראה בדבר ניהול יחסי החוץ של המדינה וייצוגה כלפי חוץ. מוצע לקבוע בחוקה את התפישה המקובלת היום אצלנו, ולפיה הממשלה היא האחראית על כריתת הסכמים בינלאומיים והיא המוסמכת לחתום בשם המדינה על אמנה. על גישה זו הודיעה ישראל לאו"ם והיא התקבלה גם בבית המשפט העליון לפני שנים רבות (שאימץ בכך את עמדת היועץ המשפטי לממשלה). הגרסה המוצעת צרה ומתמקדת בסמכות החתימה על אמנה. יש צורך להחליט מה תפקידו של נשיא המדינה בעניין זה. בד בבד מוצעים מודלים לאישור הכנסת לאמנות, בשל חשיבותו של המשפט הבינלאומי, חשיבות ההתחייבויות עצמן לגבי המדינה וכן המחויבויות שיש אחרי כריתת אמנות לשינויים במשפט הפנימי (תהא צורת הקליטה של האמנה אשר תהא). במובן זה, הסעיף הבא מהווה שינוי משמעותי לעומת המצב הקיים, שבו קיימת מחויבות חלשה מאוד של הממשלה להביא הסכמים לידיעת הכנסת או לאישורה (מכוח תקנון הממשלה והנחיות היועץ המשפטי לממשלה בלבד) ומתגלעות מחלוקות מדי פעם בנושא טיב המנהג (ואם קיים בכלל). יצוין כי רוב המדינות מסדירות עניין זה בחוקותיהן כחלק מהיחסים בין בית הנבחרים לבין הרשות המבצעת” (ההדגשה הוספה – נ' ס').

14. גם טענת העותרים, שלפיה החלטת הממשלה להניח את ההסכם על שולחן הכנסת, ולא להביאו לאישורה, חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות – דינה להידחות (בנסיבות העניין שעל הפרק, כמפורט להלן, אין צורך לקיים דיון מעמיק בעילה זו. דינו בארגז הכלים הישן והטוב של המשפט המינהלי, מבלי להידרש לשאלות של איזון ומשקל. אסתפק אפוא בהפניה לדברים שכתבתי במקום אחר: נעם סולברג “על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים” השילוח 18, 37 (2020)). ראש לכל, קשה עד מאוד להלום את טענת העותרים, שמשמעותה המעשית היא חיוב גורף של הממשלה,

להביא הסכמים בינלאומיים לאישור הכנסת, בניגוד גמור לתקנון עבודת הממשלה, שלפיו ברירת המחדל היא הבאת ההסכם לידיעת חברי הכנסת, מבלי שנדרש לאשרו על-ידם. ודוק, על-פי כללי המשפט המינהלי, מובן כי על הממשלה מוטלת חובה לשקול אפשרות זו, אך זאת להבדיל מחיובה לפעול בדרך זו. כעולה מתגובת משיבי הממשלה, הממשלה שקלה גם שקלה, בכובד ראש, אם להביא את ההסכם לאישור הכנסת; לבסוף קבעה, לאחר דיון מעמיק, כי בנסיבות העניין דנן אין מקום לעשות כן, והוחלט להסתפק בהנחתו בלבד, לעיון חברי הכנסת, נוסף על דיון בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת (כולל דיון מסווג בוועדת המשנה). אם כן, בנסיבות שתוארו לעיל, אין לקבל את טענת העותרים, שמשמעה – הפיכת הסמכות שברשות, לסמכות שבחובה (וראו למשל: בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 758 (2000)).

15. מעבר לכך, הלכה פסוקה היא, כי מתחם שיקול הדעת המסור לרשות המבצעת, בעניינים הנוגעים למדיניות חוץ וביטחון – רחב עד מאוד; אל לו לבית המשפט להשיג את גבולה. שומה עליו להימנע מלבוא בנעליה של הרשות המבצעת, בפרט כאשר מבוקשת התערבות בענייני מדיניות חוץ וביטחון, המצויים בליבת העשייה של הממשלה (זאת, אף מבלי להידרש לשאלה אם מדובר בסוגיה שפיטה); כל רשות ותפקידה היא, "איש על מַחְנֵהוּ וְאִישׁ עַל דַּגְלוֹ" (במדבר א, נב).

16. גם אם נעמיק חקר, ונבחן את התנהלות הממשלה במקרה זה מקרוב, נמצא כי הממשלה קיימה דיון מעמיק ופורה, בהשתתפות 23 שרים, קודם שהחליטה כי בנסיבות העניין דנן, ניתן להסתפק בהנחת ההסכם על שולחן הכנסת, מבלי להיזקק לאישורו על-ידי חבריה. במסגרת אותו דיון, שקלו חברי הממשלה את כלל השיקולים הצריכים לעניין, אלה הגלויים ואלה החסויים. בתוך כך, נשקלה העובדה שמדובר בתקופת בחירות, ובקידום ההסכם על-ידי ממשלה יוצאת; כמו כן נשקלה עמדת גורמי המקצוע, בכללם ראשי מערכת הביטחון, אשר הבהירו נחרצות, כי נדרש לקדם את ההסכם בדחיפות, דווקא בעת הזו, כדי למנוע השלכות קשות וחמורות על הביטחון הלאומי. עוד נשקלה העובדה, כי מדובר בהסכם עם מדינת אויב, אשר נועד להסדרת הגבול הימי עמה, כאשר הסכם זה עשוי להביא להשלכות כלכליות פוטנציאליות, בהיקף לא ידוע; כמו כן נשקלה העובדה, כי אין מדובר בהסכם שלום או בהסכם מדיני ישיר עם מדינת אויב. הממשלה שקלה בכובד ראש את האפשרות להביא את ההסכם לאישור הכנסת, ולא להסתפק בהנחה בלבד, כהעדפת היועצת המשפטית לממשלה, הגם שצוין כי אין מניעה משפטית לפעול בדרך של הנחה על שולחן הכנסת בלבד. ברם, מנגד הועלתה הבעייתיות הנובעת מפעולה בדרך זו, שכן לא ניתן יהיה להציג את השיקולים החסויים העומדים ביסוד ההסכם, במליאת הכנסת, כך שחברי הכנסת לא יוכלו להכריע לגביו באופן מושפל. בתוך כך,

נשמעה עמדת שניים מהשרים, אשר סברו כי יש חשיבות בהבאת ההסכם לאישור הכנסת, כדי להעניק לו תוקף ציבורי משמעותי, אך מנגד טענו שרים אחרים, כי הכנסת מצויה בתקופת בחירות, על כל המשמעויות הנובעות מכך; הן במישור הציבורי והפוליטי, הן בכל הקשור ליחסי ממשלה-כנסת. לבסוף הוחלט, על דעת רוב השרים, בהתנגדות של שרה אחת, ובהימנעות של שר אחר, להסתפק בהנחת ההסכם על שולחן הכנסת למשך שבועיים, מבלי להביאו לאישורה. לצד זאת, קודמה הצעת ראש הממשלה, ליזום דיון בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, לגבי ההסכם ופרטיו, ולקיים גם דיון חסוי בוועדת המשנה. הנה כי כן, מן האמור עולה, כי כלל השיקולים הרלבנטיים – נשקלו, הנסיבות המורכבות – הובאו בחשבון, שיקולים זרים – לא באו במניין.

17. הפועל היוצא מן האמור הוא אפוא, כי הממשלה פעלה כדין, בגבולות סמכותה ואחריותה, בשעה שבחרה להסתפק בהנחת ההסכם על שולחן הכנסת, מבלי להביאו לאישור הכנסת. העניין הוא יחודי, ובנסיבותיו – אין מקום להתערב במסקנת השקלא וטריא של הממשלה, המושתתת על טעמים ביטחוניים ומדיניים, חסויים ונדירים. לא קמה אפוא עילה להתערבותנו.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מצטרפת למסקנתו של חברי השופט נ' סולברג לפיה בנסיבות העניין פעלה הממשלה כדין כשבחרה להסתפק בהנחת ההסכם על שולחן הכנסת. מן הטעמים שעליהם עמד חברי, אף אני סבורה כי יש לדחות את טענת העותרים בדבר קיומו של מנהג חוקתי המחייב את הממשלה להביא את ההסכם לאישור הכנסת. כמו כן, ובהינתן הנסיבות החריגות של ההסכם שבו עסקינן – אני סבורה כי אין לקבל את הטענה לפיה החלטת הממשלה להסתפק בהנחת ההסכם על שולחן הכנסת ולא להביאו לאישורה, חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות. זאת, בפרט נוכח מידע חסוי ורגיש ביותר, שלא ניתן להציגו בפני מליאת הכנסת, שהיווה רכיב מרכזי בהחלטה על חתימת ההסכם (ראו והשוו: בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי נ' ראש ממשלת ישראל, פסקאות 7-8 לחוות דעתי (30.11.2006); ולעמדתי העקרונית בסוגיות הנוגעות לעילת הסבירות ראו גם: חוות דעתי בבג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ (12.2.2015); דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פסקאות 14-12 לחוות דעתי (15.12.2021)). למען הסדר הטוב, אוסיף עם זאת כי המסקנה שאליה

הגענו, בהינתן הנסיבות החריגות של העניין, אין בה כדי לשלול את האפשרות כי בנסיבות אחרות עשויה לקום לממשלה חובה להביא הסכמים בין-לאומיים לאישור הכנסת והדברים ייבחנו אף הם בהינתן מכלול השיקולים והאיזונים הנדרשים לאותו העניין.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות בכל שאמור בשאלה השנייה ומצטרף למסקנת חברי השופט נ' סולברג בכל הנוגע לשאלה השלישית, כמו גם להערותיה של הנשיאה בהתייחס לשאלה זו. אף לשיטתי בנסיבות המקרה דנן פעלה הממשלה כדין בהחלטתה שלא להביא את ההסכם לאישור הכנסת ולהסתפק בהנחתו על שולחן הכנסת. מסכים אני גם עם דברי חברי שלפיהם דוקטרינת הנוהג החוקתי (שטרם הוכרה במשפט הישראלי) לא חייבה את הממשלה לעשות כן. לצד האמור, אבקש להתייחס בקצרה לטענת העותרים בדבר סבירות החלטת הממשלה שלא להביא את ההסכם לאישור הכנסת.

סבירות החלטה זו נבחנת באיזון שערכה הממשלה בין השיקולים השונים ובמשקל שנתנה להם (בג"ץ 389/90 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 445, 421 (1980)). כפי שמציין חברי בחוות דעתו (שם, פסקה 16), החלטת הממשלה התקבלה לאחר שחבריה שקלו מכלול שיקולים רלוונטיים ובכלל זאת את היקף הפיקוח הפרלמנטרי הראוי. ההחלטה להימנע מהעברת ההסכם לאישור הכנסת נשענה, בין היתר, גם על כך שלא ניתן יהיה להעמיד לעיני חברי הכנסת את מכלול הטעמים החסויים שעומדים בבסיס ההסכם. זאת, באופן שהיה מעמיד לפני חברי הכנסת תשתית עובדתית חלקית, ושונה מזו שעמדה לפני הממשלה. אין לכחד, מצב דברים שבו שיקול זה מצדיק הימנעות מהבאת הסכם לאישור הכנסת מעורר קושי. זאת, בעיקר נוכח השלכות הרוחב הפוטנציאליות שלו, מאחר שדומה כי בבסיסם של הסכמים מדיניים רבים ניצבים גם טעמים חסויים. בהקשר זה הבהיר בא כוח משיבי הממשלה, במענה לשאלתי, כי נסיבותיו של המקרה דנן ייחודיות ביותר ולכן אין לראות בטיעון זה שינוי "בסיסי" של הכללים שנוגעים להבאת אמנות לאישור הכנסת (ראו בפרוטוקול הדיון, בעמ' 23, ש' 18-19). ואכן, לאחר שעיינו בחומר החסוי במעמד צד אחד, השתכנעתי שנסיבות המקרה דנן חריגות מאוד, וכי החומר החסוי הוא במשקל סגולי משמעותי דיו כדי לקבוע שלא נפל

פגם במתן משקל שניתן לשיקול האמור. בהינתן המשקל שניתן לשיקול זה, ובבחינת האיזון שערכה הממשלה עם יתר השיקולים, אני סבור כי החלטת הממשלה שלא להביא את ההסכם לאישור הכנסת בנסיבות חריגות אלו אינה חורגת ממתחם הסבירות באופן שמחייב התערבות בה.

המשנה לנשיאה

העתירות נדחות אפוא.

ניתן היום, י"ט בכסלו התשפ"ג (13.12.2022).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה