

**סיפוח שטחי יהודה ושומרון, בהחלטת ממשלה, בזמן ממשלת מעבר**

**מר אמיר אלשטיין**

יו"ר הוועד המנהל

**מר יוחנן פלסנר**

נשיא

**מר ברנרד מרכוס**

יו"ר בינלאומי

**פרופ' גרהרד קספר**

יו"ר המועצה הבינלאומית

**ד"ר ג'ורג' שולץ**

יו"ר של כבוד

**חברי הוועד המנהל**

פרופ' ורד וניצקי-סרוסי

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר טלי מרידור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

**המועצה הבינלאומית**

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה

מר אליז אברמס, ארה"ב

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

גב' אן אפלכאוס, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייר, ארה"ב

השופט סלים ג'ובראן, ישראל

ד"ר אימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוגרט מונקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קושלר, קנדה

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

**סגני נשיא**

ד"ר ישי (ג'סי) פרס, אסטרטגיה

פרופ' קרנית פלוג, מחקר

פרופ' יובל שני, מחקר

**עמיתים בכירים**

פרופ' תמר הרמן

פרופ' מוסטפא כבא

פרופ' עמיהי כהן

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' עליה פישר

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קורמניצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שורץ אלטשולר

פרופ' ידידיה צ' שטרן

פרופ' איתן ששינסקי

**מייסד ונשיא לשעבר**

ד"ר אריק ברמון

ראש-ממשלת ישראל הודיע כי בכוונתו לספח ("להחיל ריבונות"), באמצעות החלטת ממשלה, שטחים מסוימים ביהודה ושומרון, בהם בקעת הירדן וצפון ים המלח, וכן את כל היישובים הישראליים שבשטחי יהודה ושומרון.

אנו סבורים כי ההלכה הקיימת באשר למגבלות על ממשלת מעבר מחייבת את המסקנה כי הממשלה הנוכחית מנועה מלבצע פעולה זו בטרם הבחירות.

**ממשלת המעבר - חוק יסוד הממשלה**

1. הממשלה הנוכחית מכהנת מכח סעיף 30 (ב) לחוק יסוד הממשלה ("רציפות הממשלה") הקובע כי הממשלה היוצאת תמשיך במילוי תפקידיה עד לכינון ממשלה חדשה. החוק אינו קובע מגבלות על סמכויות ממשלה המעבר. הרציונל העומד מאחורי הסעיף הוא של מניעת ואקום שלטוני.

**רציונלים להגבלת ממשלת המעבר**

2. **לגיטימציה דמוקרטית:** הלגיטימציה הדמוקרטית של ממשלה מכהנת למשול נובעת מאמון הכנסת, המייצגת את הריבון, הוא העם. במשטר פרלמנטרי, הממשלה מכהנת מכח אמון הכנסת. מכאן שממשלה שאינה נהנית מאמון הכנסת מכהנת ללא "מנדט מהעם"<sup>1</sup>.

3. **בעיית הנציג:** בכל מצב שיש נציג עלולה להתעורר בעיה בה הנציג מקדם את האינטרסים שלו ולא של המיוצג – ובמקרה זה את האינטרס הפוליטי או האישי של הממשלה/השר ולא של הציבור. במקרה של ממשלת מעבר, בעיה זו מתעצמת, שכן עלולים להיכנס שיקולי בחירות או ניסיון לבצע "מחטפים" לפני הבחירות בכדי לקבוע "עובדות בשטח" שיהיו בלתי-הפיכות.

<sup>1</sup> רבקה וייל, "תקופת בין השמשות, על סמכויותיה של ממשלת מעבר" משפט וממשל יג, בעמ' 174.

4. מרבית הדמוקרטיות מטילות מגבלות על ממשלות מעבר מתוך התפיסה שהן צריכות לשמר ככל הניתן את עמדות המדיניות שהיו בתוקף כאשר הממשלה היוצאת איבדה את בסיסה הפרלמנטרי. ההצדקה למגבלות כאלה היא כפולה: (א) "הקפאה" של קו המדיניות האחרון שנהנה מהמנדט של הפרלמנט; (ב) כיוון שממשלה חדשה עשויה להתמנות תוך זמן קצר אין זה ראוי לכבול אותה ליוזמות מחייבות של הממשלה הקודמת.<sup>2</sup>

#### ההלכה בבית המשפט העליון באשר לממשלת מעבר

5. ההלכה המנחה בבית המשפט העליון לעניין המגבלות (המעטות) על ממשלת המעבר היא הלכת וייס.<sup>3</sup> בעניין וויס, מדובר היה בראש הממשלה אהוד ברק, שהתפטר מראשות הממשלה (וכתוצאה מכך גם הממשלה), וניהל משא-ומתן בטאבה עם יאסר ערפאת זמן קצר לפני הבחירות המיוחדות לראשות הממשלה. אף שקבע את הדין שנוהג ביחס לממשלת מעבר, בג"ץ לא להתערב במקרה זה – אך זאת תוך הסתמכות על התחייבות היועץ המשפטי לממשלה שאם יושג הסכם מדיני כלשהו – הוא יובא לאישור הכנסת:

"מסקנה זו מבוססת, בין השאר, על הצהרתו של היועץ המשפטי לממשלה, כי אם יחתם הסכם כלשהו בין נציגי הממשלה היוצאת לבין נציגי הרשות הפלסטינית, ייקבע בהסכם עצמו, כי תנאי לתוקפו של ההסכם במישור הבין-לאומי הוא שההסכם יקבל את האישורים הנדרשים על-פי הדין הפנימי, ובכלל זה שהוא יאושר על-ידי הממשלה ועל-ידי הכנסת" (עניין וייס, עמ' 473).

ההלכה הכללית שנקבעה בפסק הדין היתה כי כאשר בית המשפט יבדוק, כביקורת מנהלית את סבירות פעולת הממשלה, "מתחם הסבירות" של ממשלת המעבר יהיה מצומצם יותר מזה של ממשלה רגילה. עליה "לנהוג באיפוק" ולפעול רק איפה שיש "צורך ציבורי חיוני בעשייה". בנוסף, בית המשפט קבע שממשלת מעבר **לאחר בחירות** מוגבלת אף יותר מממשלת מעבר **לפני בחירות**.<sup>4</sup> כאמור, בית המשפט ראה במשא ומתן המדיני כ"צורך חיוני" הנובע מחלון הזדמנויות נדיר, אך גם הסתמך על ההתחייבות הציבורית לאשר את ההסכם בכנסת – ובכך הכריע כי אין חריגה ממתחם הסבירות הרלוונטי. הלכות מאוחרות יותר אשררו את הלכה זו באשר למשא ומתן מדיני.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> ראו סקירה משווה ב"ממשלה בהקפאה", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה.

<sup>3</sup> בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פד נה (2) 455 (2001).

<sup>4</sup> וייס, שם, בעמ' 469.

<sup>5</sup> בג"ץ 9202/08 לבנת נ' ראש הממשלה (2008).

על הלכה זו חזר בית המשפט לאחרונה, בעתירה שהוגשה כנגד מינוי של חבר-הכנסת בנט לשר הבטחון:<sup>6</sup>

"...עצם קיומה של ממשלת מעבר אשר אינה נהנית מאמון הכנסת ועל כן סמכותה מעוגנת בלגיטימציה דמוקרטית חלשה בלבד, מעורר קשיים חוקתיים. כמו כן קיים חשש משמעותי שממשלה כזו תפעל ממניעים פסולים ולצורך השגת רווח פוליטי בבחירות הקרבות או במטרה לכבול את ידי הממשלה הבאה ... מטעמים אלה נקבע בעבר בפסיקה כי אף שלממשלת מעבר נתונות סמכויותיה של ממשלה רגילה, בבוא ממשלת מעבר להפעיל את סמכויותיה, עומד לרשותה מתחם סבירות צר מזה העומד לרשות ממשלה רגילה (עניין וייס, בעמ' 470). בהקשר זה ציין בית המשפט כי במתח שבין הצורך ביציבות שלטונית והמשכיות ובין זמניותה של הממשלה ומקור סמכותה הבעייתי, על ממשלת מעבר לנהוג איפוק בפעולותיה אלא אם כן קיים "צורך ציבורי חיוני בעשייה", וגם אז מוטלת עליה החובה לפעול להגשמתו במידתיות."

#### ייחודיות ממשלת המעבר הנוכחית

6. הממשלה הנוכחית היא מקרה מיוחד מאד וחסר תקדים בישראל ממשלת מעבר. בניגוד לכל ממשלות-המעבר בהן עסקו ההלכות של בית המשפט העליון אין המדובר במקרה השכיח, של ממשלה שכינה מכח אמון הכנסת הנוכחית, איבדה אותו ואנו נמצאים לקראת בחירות. זוהי ממשלה שאיבדה את אמון הכנסת ה-20 בדצמבר 2018. מאז, לא זכתה כלל לאמון הכנסת ה-21 ולא לאמון הכנסת ה-22. מכאן שזוהי ממשלת מעבר במובן חזק הרבה יותר: היא גם נמצאת, כמו כל ממשלת מעבר, במצב של בעיית נציג וחשש מ"מחטפים" לקראת בחירות או ניגוד עניינים של מעשים שהם במהותם קמפיין בחירות. אך באופן מיוחד, היא סובלת מחוסר-לגיטימציה מובהק ומוגבר, וזאת משום שהיא גם ממשלת מעבר "אחרי בחירות" – מבחינה זו שהיא עדיין מכהנת ללא אמון הכנסת, לאחר הבחירות לכנסת ה-21 ולאחר הבחירות לכנסת ה-22. מובן נוסף בו הממשלה המכהנת יוצאת דופן מבחינת חוסר הלגיטימציה הדמוקרטית שבה, היא שמכהנים בה כיום **שישה שרים** שמינויים לא אושר כלל בכנסת, מכח סעיף 30(ד) לחוק יסוד הממשלה המאפשר למנות שרים בממשלת מעבר. בעניין *אור הכהן* הנזכר לעיל, העירה הנשיאה חיות בהקשר לעודף מינויי השרים בממשלה הנוכחית כי "אין להלוים התנהלות לפיה ממשלת מעבר, שאינה נהנית מאמון הכנסת, תנצל את הסמכות הנתונה לה מתוקף סעיף 30(ד) לחוק היסוד ותגדיל עד בלי די את מספרם של חברי הממשלה ללא אישור הכנסת. התנהלות כזו מצד ממשלת מעבר עשויה להוות, בנסיבות מסויימות, הפרה של האיזון הנדרש בין הצורך בהמשכיות ויציבות שלטונית מחד גיסא ובין האיפוק והריסון שממשלת מעבר מחוייבת בהם מאידך גיסא".

<sup>6</sup> בג"צ 7510/19 יוסי אור הכהן נ' ראש הממשלה (2009).



מכאן, שברי כי הממשלה הנוכחית היא ממשלה ש"מתחם הסבירות" שלה הוא מצומצם במיוחד, ובוודאי שיותר מאשר זה של ממשלת מעבר "רגילה" כפי שנדונה בעניין וייס.

#### אופי הפעולה – סיפוח שטחים ביהודה ושומרון

7. מבלי להכנס לנבכי המשמעויות המשפטיות, מבחינת הדמוקרטיה הישראלית ומבחינת השלכות של משפט בינלאומי – מובן שסיפוח שטחי יהודה ושומרון – כולל לשיטת המציעים לפעול כך הינה מעשה "היסטורי", חד פעמי, יוצא דופן, משנה מציאות, שלו השלכות רוחב רבות על פעולת משרדי הממשלה כולם, על יחסי החוץ של ישראל והשלכות בטחוניות.

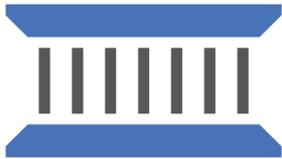
8. בשונה מעניין וייס, בו נדונה שאלת ניהול מו"מ, כאן מדובר **בביצוע פעולה משנת-מציאות בשטח**. כאמור, בניגוד למצב בו למו"מ אין משמעות על המצב המשפטי בישראל, **ללא אישור הכנסת**, בעניין הזה בעל הסמכות היא הממשלה<sup>7</sup>. לפי פקודת סדרי השלטון והמשפט סעיף 11ב: המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו. מכאן, שקבלת החלטת ממשלה בצו של סיפוח אזורים ביהודה ושומרון, היא קונסטיטוטטיבית ומשנה את פני המציאות **גם ללא אישור הכנסת**

#### האם מדובר ב"צורך ציבורי חיוני בעשייה"?

9. בכדי לקבוע שאכן פעולה של סיפוח שטחים מיהודה ושומרון, על ידי ממשלת המעבר עומדת בדרישות הדין, יש צורך להראות מדוע מדובר ב"צורך ציבורי חיוני בעשייה". ודוק, עצם הצבעה על חשיבות גדולה של הפעולה למדינת ישראל או שמדובר בהזדמנות בלתי חוזרת מבחינת תמיכת הממשל האמריקאי לא מספיקה. השאלה היא האם יש צורך חיוני לעשות פעולה זו **דווקא עכשיו** ולא לאחר הבחירות, בעוד כחודש (בשים לב שלא צפוי שינוי בממשל האמריקאי או בתמיכתו עד אז). מובן גם שאם הדחיפות נובעת מעצם קיומן של הבחירות בישראל אין בכך טיעון משכנע - אלא ההיפך, היא הנותנת - בין שמדובר בנסיון למחטף ולקביעת עובדות בשטח מחשש שלא יהיה עוד רוב פוליטי לביצוע פעולה זו לאחר הבחירות ובין אם מדובר בשיקולי קמפיין – שכן אז מדובר **בדיוק** בפעולה שההגבלה על ממשלת המעבר נועדה למנוע.

10. לטעמנו, אם כן, צירוף הגורמים השונים – העובדה שמדובר בממשלת מעבר מיוחדת הסובלת מחוסר לגיטימציה קיצונית ומיוחדת, והעובדה שמדובר במעשה קונסטיטוטטיבי המשנה את המציאות – מדובר במקרה שונה מהמקרה מניהול מו"מ בעניין וייס, ולמעשה **דוגמה מובהקת** למקרה הדורש איפוק וריסון – ובהעדר סיטואציה המצביעה באופן ברור וחד משמעי שיש צורך דחוף

<sup>7</sup> ניתן גם להשוות מקרה זה לבג"צ 3123/99 הילמן נ' השר לבטחון פנים (1990) בו הוציאה השופטת דורנר צו ביניים שמנע את סגירת האוריינט האוס, שבוע לפני הבחירות.



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

מאד בפעולה – פעולה זו חורגת מהסבירות והיא מסוג הפעולות שעל ממשלת מעבר להמנע מהם לקראת בחירות (או קל וחומר לאחר בחירות).

### הערה באשר לסמכות הכנסת

11. נציין, כי מובן שלכנסת יש **סמכות** לחוקק חוק שמספח שטח (כמו במקרה של חוק רמת הגולן משנת 1980). עם זאת יש לציין כי כנסת בפגרת בחירות – ראוי לה לנהוג בריסון ובאיפוק, ונכון שתפעל לחקיקת חוקים כאלה רק במצבים של הסכמה רחבה.

12. עולה השאלה האם ניתן להסתפק באישור הכנסת להחלטת הממשלה לספח. ניתן מחד לטעון שאישור הכנסת "מרפא" את הפגם בחוסר הלגיטימציה של ממשלת המעבר (תוך הסתמכות על האמירה בפסק דין וייס). מאידך, יש לזכור שבניגוד לאשרור הסכם מדיני, הכנסת, אינה מוסמכת מכח "החלטה" לספח שטח (בניגוד לממשלה) ובכך לא יכולה לרפא את הפגם בהפעלת הסמכות של ממשלת המעבר.<sup>8</sup>

### סיכום

13. לטעמנו, בשל היותה של הממשלה הנוכחית ממשלת מעבר בעלת לגיטימציה דמוקרטית חלשה במיוחד, ובשל האופי משנה המציאות של הפעולה הנדונה (סיפוח שטח ביהודה ושומרון) – פעולה כזו מצד הממשלה הנוכחית תחרוג מגדר ההלכות באשר להגבלות על פעולת ממשלת מעבר באשר ל"צורך ציבורי חיוני בעשייה" ומכאן תהיה פעולה הנוגדת את הדין.

על החתום,

ד"ר אמיר פוקס

פרופ' יובל שגן

המכון הישראלי לדמוקרטיה

<sup>8</sup> ראו גם גישתה של וייל, השוללת אפשרות של אישור הכנסת לפעולות חריגות של ממשלת המעבר, לעיל הע' מס' 1, בעמ' 220-221.