



מדינת ישראל
משרד המשפטים
State of Israel
Ministry of Justice

Deputy Attorney General (International Law) המושנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט בין-לאומי)

תאריך: 2 אוקטובר 2022

ז' תשרי תשפ"ג

מספר: [השלם]

חוות דעת – חתימה על הסכם לתיחום הגבול הימי הצפוני

הגבול הימי בין ישראל לבנון מעולם לא הוסדר, וכתוצאה מכך, בין חופי ישראל ולבנון קיים שטח ימי המצוי במחלוקת. השטח, שגודלו כ-860 קמ"ר, מצוי בין שני קווי תיחום סותרים שהפקידו המדינות באו"ם בשנים 2010-2011, "יקו 1" המייצג את הקו שהפקידה ישראל,¹ ו"יקו 23" המייצג את הקו שהפקידה לבנון,² (להלן: "אזור המחלוקת"). מזה כשנתיים מתקיים משא ומתן בין מדינת ישראל לבין לבנון, בתיווך ארצות הברית, בנוגע לתיחום הגבול הימי ביניהן באזור המחלוקת ולקביעת הסדר באשר לניצול מאגר הגז חוצה-הגבול המשתרע משטח המים הכלכליים של ישראל, עובר דרך אזור המחלוקת ומסתיים בצד הלבנוני (להלן: "המאגר").

כעת, חלה התקדמות משמעותית במשא ומתן, והצדדים הגיעו לטיטה מתקדמת של הסכמות ביחס לתיחום הקו הימי באזור המחלוקת (להלן: "ההסכם"). על רקע האמור, התעורר הצורך לבבן שלוש סוגיות משפטיות מרכזיות:

1. האם יש מניעה משפטית לחתום על ההסכם בתקופת הבחירות (על-ידי הממשלה היוצאת), ובפרט בסמיכות רבה למועד הבחירות עצמו?
2. ככל שאין מניעה לחתום על ההסכם כעת, האם חוק-יסוד: משאל עם חל עליו באופן המחייב עריכת משאל עם לבניו (או לחלופין אישורו ברוב של 80 חברי הכנסת)?

Commented [IA1]: זה המונח במכתב בחירות שלנו.

¹ ראו איגרת מטעם משלחת ישראל לאו"ם מתאריך 12.7.2011, מסי 12072012.
² הפקדות שביצעה לבנון: 9 of Add.1 of M.Z.N.79.2010.LOS and 24 August 2010 and M.Z.N.79.2010.LOS. Available at: https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn_s/mzn79ef.pdf and https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn_s/mzn79add1ef.pdf

3. ככל שחוק יסוד: משאל-עם לא חל, מהו הליך האישור של ההסכם מבחינת הממשק שבין הממשלה לכנסת?

בחלק הראשון נעמוד על הרקע לחתימת ההסכם וכן על המאפיינים של ההסכם המתגבש (ככל הידוע בעת כתיבת חוות הדעת). אלו מהווים את התשתית העובדתית העומדת בבסיס הניתוח המשפטי. לאחר מכן, נעבור לליבון הסוגיות המשפטיות האמורות – בחינת סוגית אישור ההסכם בתקופת בחירות בסמוך למועד הבחירות; בחינת השאלה האם אישור ההסכם מחייב עריכת משאל-עם; ומה מידת הפיקוח הפרלמנטרי שיש להבטיח ביחס להסכם. יצוין כבר עתה, כי אמנם מדובר בשלוש סוגיות משפטיות העומדות בפני עצמן, אולם כפי שיפורט להלן, הן כרוכות ושלובות זו בזו, ומשכך מצאנו לנכון להביאן במסגרת חוות דעת משפטית אחודה.

חלקי חוות הדעת הדנים בשאלות של תחולת חוק יסוד: משאל עם ובהליך אישורו של ההסכם גובשו במשותף ועל דעתם של המשנה למשפט-ציבורי מנהלי, ד"ר גיל לימון, ושל המשנה למשפט ציבורי-חוקתי, עו"ד אביטל סומפולינסקי.

א. רקע לחתימת ההסכם

הרקע לחתימה על ההסכם עם לבנון מפורט במספר מסמכים אשר הונחו בפנינו.³

מהמסמכים האמורים, ומההיכרות והמעורבות של המחלקה למשפט בין-לאומי ביעוץ וחקיקה בנושא במהלך השנים, עולה התמונה העובדתית הבאה.

המגעים בין ישראל ללבנון לחתימת ההסכם, בתיווכה של ארה"ב, החלו כבר בשנת 2011. במסגרת זו, כבר בשנת 2012 הציע השליח האמריקאי פרדריק הוף הצעת פשרה לתיחום הקו מול לבנון, המכונה "קו הוף". ההצעה הציגה קו המחלק את אזור המחלוקת ביחס של כ- 45%-55% לטובת לבנון. במסגרת מתווה זה ניהלה ישראל מו"מ על חלוקת המאגר בין ישראל לבין לבנון וקביעת הגבול הימי ביניהן. ואולם, לבנון לא השיבה להצעת הוף, ועל כן מתווה זה לא הבשיל לכדי הסכם.⁴

בשנים האחרונות הליך הוואץ, וזאת בהתאם להחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני משנת 2018. בהמשך לכך, בספטמבר 2020, לאחר תקופה ממושכת של מגעים בסיוע ארה"ב, הסכימו ישראל ולבנון לראשונה, בתיווך אמריקאי, לתנאים במסגרתם יתקיים המו"מ בין הצדדים.⁵ בהמשך לכך, באוקטובר 2020 החל המשא ומתן בין הצדדים, בתיווכה של ארה"ב. במסגרת זו התקיימו סבבי

Commented [GN2]: להוסיף – חוה"ד המסווגות המעודכנות שנמסרו היום (7.10).

Commented [IA3R2]: הוספתי. לוודא שאכן מדובר בחוות דעת מסווגות של מערכת הביטחון ומשרד החוץ.

³ טיוטה לחוות דעת מל"ל ומשרד החוץ מיום 3.10.22 (להלן: "חוות דעת" מל"ל). לא התקבלה חוות דעת מעודכנת מעבר לטיוטה. חוות דעת משרד האנרגיה מיום 2.10.22 ו- 5.10.22, חוות דעת משרד החוץ מסווגות מיום 2.10.22. חוות דעת מערכת הביטחון מסווגות מיום 2.10.22. חוות דעת משרד החוץ וחוות דעת משרד האנרגיה מצ"ב כנספח לחוות דעת זו. חו"ד מסווגות ממערכת הביטחון וממשרד החוץ שנתקבלו ביום 7.10.22.

⁴ עמ' 12 לחוות הדעת של המל"ל מיום 2.10.22.

⁵ מסמך 6 הנקודות שנשלח על ידי ארצות הברית לישראל ולבנון שמתווה את עקרונות היסוד לניהול המו"מ בין הצדדים, מיום 29 בספטמבר 2020; עמ' 12 לחוות הדעת המל"ל מיום 2.10.22.

משא ומתן בבסיס יוניפי"ל שבנאקורה בתיווך המתווך האמריקאי ג'ון דרושר. לאחר שהאחרון מונה לשגריר בקטאר, מונה שליח האנגריה האמריקאי, עמוס הוכשטיין, למתווך במו"מ. בשלב זה החל המשא ומתן להתנהל באמצעות דילוגים של המתווך בין הצדדים ואינטנסיביות המגעים התעצמה. המתווך קיים מפגשים בנפרד עם כל אחד מהצדדים במשך מספר חודשים במטרה להגיע להסכמות.⁶

בחוות דעת המל"ל צוין גם כי ברקע הדברים, חברת אנרגיאן, שקיבלה זיכיון לפיתוח מאגר כריש, מתקדמת עם פיתוחו ומצויה בשלב האחרון לפני תחילת הפקת גז ממאגר זה. מאגר כריש נמצא **במים הכלכליים של ישראל**, מחוץ לאזור המחלוקת ולכן, לעמדת ישראל, אינו קשור למו"מ על ההסכם. עם זאת, חיזבאללה וממשלת לבנון קושרים בין המשך פיתוח מאגר הגז כריש לבין הגעה להסכמה שתאפשר את פיתוח המאגר שבשטח המחלוקת ע"י לבנון, על כל המשתמע מכך.⁷

כמפורט בחוות הדעת של המל"ל, לכל אורך התקופה התנהלו ההליכים על ידי צוות מקצועי, הכולל נציגים מכל הגופים הרלוונטיים: משרד האנרגיה, משרד החוץ, המטה לביטחון לאומי, משרד המשפטים וצה"ל. בשנה החולפת, התקיימו מספר דיונים בראשות ראש הממשלה (הנוכחי והקודם) במטרה לתקף את העמדות והאינטרסים הישראליים.

יודגש כי לאור הימשכות הליכי המו"מ, הליכים אלה התנהלו לאורך תקופה של בה כיהנו מספר ממשלות, לרבות **במהלך** מערכות הבחירות האחרונות, וזאת בגיבוי השרים הרלוונטיים. כמפורט בחוות דעת המשרדים, בעת הזו נוצר חלון הזדמנויות ייחודי אשר מאפשר את הבשלת ההסכם, ועל כן בהסתמך על שיקולים מדיניים וביטחוניים, מבקשת הממשלה להביאו לכדי סיום עוד קודם לתקופת הבחירות.⁸

כבר עתה ייאמר, כי מצב דברים זה, שבו הממשלה מבקשת להתקשר בהסכם בין-לאומי ייחודי במסגרתו נקבע קו גבול ימי עם מדינת אויב, סמוך למועד בחירות, הוא חריג ביותר ומעורר סוגיות משפטיות כבדות משקל שאליהן, כאמור, תתייחס חוות הדעת בהמשך. ואולם, קודם לכן, נעמוד על מאפייניו של הסכם ייחודי זה.

ב. מאפייני ההסכם

על בסיס המידע שנמסר לנו ממשרד החוץ, אלו הם המאפיינים העיקריים של ההסכם, מבחינה צורנית ומבחינה מהותית.

1. **מבחינה צורנית** – בשל העובדה שמדובר בהסכם עם מדינת אויב, ועל רקע תפקידה המרכזי של ארה"ב כמתווכת בין הצדדים, נגזר מבנה ההסכם כמפורט להלן:

⁶ עמ' 13 לחוות הדעת של המל"ל מיום 2.10.22.

⁷ עמ' 2 לחוות הדעת של המל"ל מיום 2.10.22.

⁸ עמ' 13 לחוות הדעת של המל"ל מיום 2.10.22.

- i. חילופי מכתבים זהים של ארה"ב (להלן: "המתווכת") מול ישראל ומול לבנון. המשמעות היא שארה"ב מציגה לכל אחת משתי המדינות מכתב התחייבויות, וכל אחת מהמדינות מאשרת לארה"ב כי היא מסכימה לאמור במכתב. חילופי מכתבים אלה מהווים הסכם בין-לאומי בעל תוקף משפטי מחייב במישור הבין-לאומי (וכן הסכם בין-לאומי לעניין סעיף 10 לתקנון הממשלה, כפי שיפורט בהמשך).
- ii. הפקדת קואורדינטות זהות באו"ם שסוכמו מראש על ידי הצדדים, שיחליפו את הקואורדינטות שהופקדו בעבר ושהגדירו את אזור המחלוקת (ביחס לאזור הקרוב לחוף גובש הסדר מיוחד, שיתואר להלן). בכך קו הגבול שיופקד על-ידי ישראל ולבנון יהיה זהה ומוסכם. הצדדים מסכימים כי הקואורדינטות יופקדו באו"ם תוך שבוע מיום קבלת ההודעה האמריקאית על הכניסה לתוקף של ההסכם.
- iii. כניסה לתוקף של ההסכם - ההסכם ייכנס לתוקף עם קבלת הודעה מארה"ב כי שני הצדדים אישרו במכתב כי התנאים המופיעים במכתב האמריקאי מקובלים עליהם.
- iv. בשלב זה לא ברור האם טרם כניסת ההסכם לתוקף ייערך מפגש סיכום בין הצדדים, באירוח יוניפי"ל ובתיווך אמריקאי, שבו יביעו את הצדדים את כוונתם להפקיד את המכתבים אצל ארה"ב.

2. מבחינה מהותית - להלן פירוט על מספר הסדרים מרכזיים הנוגעים לתוכן המתגבש:

2.1. ההסדר המרכזי הראשון נוגע לסיכום קו הגבול הימי בין ישראל ולבנון - ההסכם כולל הסדרה של קו הגבול הימי לפי שלושת האזורים הבאים:

- i. אזור 1 - 5 הק"מ הראשונים של המים הטריטוריאליים הסמוכים לחוף – באזור זה נקבע בהסכם כי הצדדים שומרים על הסטאטוס קוו הקיים, כולל כפי שמוגדר על ידי "קו המצופים". הקו מורכב מ-10 מצופים המוצבים מאזור החוף ועד לכ-5 ק"מ ממנו. הקו תואם באופן כללי את "קו 1" אותו, כאמור, הפקידה ישראל באו"ם ב-2011. "קו המצופים" הוצב באופן חד צדדי על ידי חיל הים, לאחר נסיגת צה"ל מדרום לבנון בשנת 2000, משיקולים מבצעיים ובהתאם לצרכים ביטחוניים באזור זה. צה"ל מתנהל בפועל לפי "קו המצופים", ואולם המדינה לא ראתה בהצבה זו משום קו גבול קבוע, והקו גם לא זכה להכרה פורמלית כלשהי על-ידי הצד הלבנוני, יוניפי"ל או כל גורם בין-לאומי אחר. במסגרת ההסכם, מוסכם על שימור הסטאטוס קוו באזור זה על מנת שלא להשליך על תיחום קו יבשתי עתידי בין ישראל לבין לבנון. להלן הנוסח המלא של הסעיף בעניין זה:

"In order not to prejudice future discussions on the status of the land boundary, the maritime boundary landward of the easternmost point of the MBL is expected to be delimited in the context of, or in a timely manner after, the Parties' demarcation of the land boundary. Until that

time, the Parties agree that the status quo near the shore, including along and as defined by the current buoy line, shall be maintained”

בפועל, ההסכם כולל הכרה בקו מצופים והסכמה כי קו זה יישאר על כנו, ובכך יהווה למעשה קו התייחוס באזור זה (גם אם לא בגדר קו גבול מוסכם). יצוין, כי לעמדת מערכת הביטחון, הסכמה על הסטאטוס קוו באזור זה היא בעלת חשיבות ביטחונית, ובפרט שהקו תואם באופן כללי את קו 1 ב-5 הק"מ הנוכחיים הקרובים לחוף, ומקבע אותו לטווח הארוך.

ii. אזור 2 – האזור במים הטריטוריאליים שבין ה-5 ק"מ הסמוכים לחוף (סוף אזור 1) עד קצה המים הטריטוריאליים (12 מייל ימי מהחוף) –

ההסכם קובע כי קו התייחוס באזור 2 ייקבע לפי "קו 23", שהוא הקו שאותו הפקידה לבנון. נציין כי ההבדל בין "קו 1" לבין "קו 23" באזור 2 נע לאורך שני הקווים בין 100 מ' לבין 500 מ' (בממוצע של 300 מ' לאורך הקו) – ובמונחי עומק הים, מדובר בהבדלים שאינם משמעותיים. כמו כן, לפי עמדות גורמי המקצוע במשרד הביטחון ובמשרד האנרגיה, הפער בין הקווים באזור זה נעדר משמעות כלכלית וביטחונית מבחינת ישראל. על כל פנים, לעמדת מערכת הביטחון, סימון קו הגבול באזור זה, גם אם הוא בהתאם ל"קו 23", עדיף בהיבט ביטחוני, על הותרת האזור במחלוקת.

iii. אזור 3 – אזור המים הכלכליים (קרי מקצה אזור 2 במים הטריטוריאליים ועד סוף המים הכלכליים) – ההסכם קובע כי הקו שיופקד באזור 3 של המים הכלכליים יהיה בהתאם ל"קו 23". לשם ההמחשה יצוין כי שטח המים הכלכליים כולו הוא כ- 850 קמ"ר.

Commented [IA4]: גיל-עד כתב שהתוספת הזאת לא ברורה. דנה – אולי אפשר להסביר מה המשמעות של "קו 23" מבחינת המים הכלכליים במסגרת ה- 850 קמ"ר.

2.2. ההסדר המרכזי השני נוגע להסכמה על הגעה לפתרון קבע ביחס לסכסוך הימי. המדינות מסכימות כי ההסדר הני"ל ביחס לגבול הימי (לרבות החלק הנוגע לשימור הסטאטוס קוו הקיים בקו המצופים) מהווה פתרון קבוע והוגן (permanent and equitable) של הסכסוך הימי ביניהן. סעיף זה למעשה מקבע את ההבנה כי יש לראות בהסכם כמיישב את המחלוקת הימית בין המדינות **(האם לציין שעד להגעה להסכמה אחרת בעתיד?)**

2.3. ההסדר המרכזי השלישי נוגע להסדרים ביחס לאופן פיתוח המאגר והתנאים לכך. המדינות מכירות בכך כי בשטח המחלוקת ישנו מאגר גז טבעי חוצה גבולות (לרבות נפט על סוגי השונים שייתכן שיופק מהמאגר). ההסכם כולל הסכמה עקרונית כי המאגר יפותח מהצד הלבנוני של קו הגבול, וכי החברה המפתחת את המאגר תרכוש את הזכויות של ישראל מדרום לקו 23 (הסדר "Buy Out"). כלומר, כלל המאגר יפותח מהצד הלבנוני, אלא אם יתברר שיידרש קידוח מהצד הישראלי. במקרה כזה, הדבר ייעשה בהסכמת הצדדים ובהתאם למסגרת המשפטית הישראלית. כמו כן, ישראל תשופה בעבור הזכויות הכלכליות שלה במאגר הנמצא דרומית לקו הגבול הימי. גובה השיפוי יוסכם בין ישראל לבין החברה המפתחת את המאגר בצד הלבנוני. מרכיב משמעותי בהסכם קובע כי ישראל והגורם שיפתח את המאגר יגיעו להסכמה בדבר התמורה הכלכלית טרם פיתוח המאגר (החלטת ה-FID (Final Investment Decision) מצד החברה.

יצוין כי טרם שבוצעה אקספלורציה במאגר לא ניתן לומר בוודאות מהן כמויות הגז הקיימות במאגר, אם בכלל, ומה חלוקת הכמויות משני צידי הגבול, ומכאן גם שלא ניתן לאמוד את גובה השיפוי שתקבל ישראל, אם בכלל. מבחינה גיאוגרפית, לאחר קביעת קו 23 כקו הגבול ה**ימני** בין המדינות, כ- 17% מהמאגר יהיו בצד הישראלי.

2.4. ההסדר המרכזי הרביעי נוגע להסדרת אופן פיתוח מאגרים חוצי גבולות עתידיים – יש הסכמה בין הצדדים, כי במקרה של גילוי מאגרים חוצי גבולות נוספים, הצדדים יפנו לארה"ב על מנת שתתווך בין המדינות (to facilitate). כלומר, הצדדים מסכימים שלא יהיה פיתוח חד צדדי של מאגרים כאלה, וככל שיתגלו מאגרים מסוג זה, הם יפותחו בכפוף להסכמה של שתי המדינות.

2.5. ההסדר המרכזי החמישי נוגע ליישוב מחלוקות ביחס לפרשנות ויישום ההסכם - הצדדים מסכימים כי כל מחלוקת לגבי פרשנות ההסכם או יישומו תיפתר באמצעות שיח שיתווך (facilitated) על ידי ארה"ב.

יובהר כי הניתוח לעיל כולל עקרונות מרכזיים בהסכם, ויש חשיבות כי מקבלי החלטות יעינו בהסכם עצמו (שהינו קצר למדי) כדי לקבל הכרעה מושכלת על בסיס כל מסד הנתונים.

ג. האם ניתן לחתום על ההסכם בתקופת ממשלת המעבר?

כידוע, ביום 30.6.2022 קיבלה מליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את חוק התפזרות הכנסת העשרים וארבע ומימון מפלגות, התשפ"ב-2022, ומשכך עלינו לבחון את האפשרות לחתום על הסכם שכזה בתקופת **בחירות (על-ידי הממשלה היוצאת)**. זאת, בהתאם לאמות המידה המפורטות במכתבי בעניין חתימה ואשרור הסכמים בין-לאומיים בתקופת בחירות מיום 7.7.22. מכתבי זה משקף את עקרונות הלכת הריסון והאיפוק שנקבעה בפסיקת בית המשפט העליון, תוך פירוט השיקולים הרלוונטיים בהקשר של חתימה על הסכמים בין-לאומיים בתקופת בחירות.

הניתוח המשפטי שלהלן מבוסס על פניות וחוות דעת של משרדי החוץ והאנרגיה ושל המל"ל, שאליהם צורפו נספחים מסווגים. מטבע הדברים, הניתוח במסמך זה לא יתייחס באופן ישיר לתוכן החומר המסווג.

1. מסגרת נורמטיבית לקבלת החלטות בתקופת בחירות – הלכת הריסון והאיפוק

בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, ממשלה יוצאת המכהנת ערב בחירות מחויבת באיפוק וריסון בהפעלת סמכויותיה לגבי כל אותם עניינים שאין כורח ודחיפות מיוחדת לפעול בעניינם בתקופה זו. זאת, על מנת שלא לכבול את ידי הממשלה הבאה לפעול בהתאם למדיניותה, וכן למנוע חשש מפני השפעת שיקולי התמודדות בבחירות על החלטות המנהליות אשר על הפרק.⁹ מתחם הסבירות

⁹ ר' בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה פ"ד נה(2) 455 (2001) (להלן: "פרשת וייס"); בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר (ארי"ש 26.12.2005) (להלן: "עניין לנדשטיין").

לעניין זה נבחן בשים לב למאפייניה של הסמכות הקונקרטית המופעלת ובהתחשב באיזון הנדרש בין הצורך בעשייה הממשלתית לבין דרישת האיפוק כאמור, כאשר "ככל שמידת החיוניות בפעולה השלטונית גוברת, כך תקטן מידת האיפוק הנדרשת, ולהפך".¹⁰

מתוך פסיקת בית המשפט בהקשר זה יש מקום להזכיר בפרט את המקרים שעסקו במישרין בקיומו של משא ומתן מדיני בתקופת בחירות.¹¹ במסגרת זו, הדגיש בית המשפט כי בעניינים מעין אלה נתון לממשלה שיקול דעת רחב, המשליך על מתחם הסבירות לפעולותיה. נוסף על כך, הבהיר בית המשפט, כפי שיבואר גם להלן, שככלל, הגורם המתאים לפיקוח על פעילות הממשלה במישור המדיני, היא הכנסת ולא בית המשפט, גם בתקופת הבחירות. לצד זאת חשוב לציין כי הפסיקה האמורה עסקה, ככלל, בהסכמים מהסוג של הסכמים עם הפלסטינים או משא ומתן עם סוריה על רמת הגולן (הסכמים שונים במהותם מההסכם הייחודי ביחס לתיחום הגבול הימי עם לבנון).

במכתבי מיום 7.7.2022 פורטו אמות המידה המשקפות את השיקולים הרלוונטיים להלכת הריסון והאיפוק בהקשר של אישור הסכמים בין-לאומיים. אמות מידה אלה מספקות בסיס לניתוח המשפטי בדבר האיזון הנדרש בנסיבות העניין בין מידת כבילת שיקול הדעת של הממשלה הבאה, והחשש מפני השפעת שיקולי התמודדות בבחירות, אל מול מידת החיוניות או הדחיפות בהשלמת ההסכם.

2. ניתוח השיקולים השונים בהתאם להלכת הריסון והאיפוק

חלופה א'

ביחס לעוצמת כבילת שיקול הדעת של הממשלה הבאה, הרי שהוא מחייב ככל הסכם בין-לאומי, וכולל התחייבויות משמעותיות כלפי לבנון באמצעות התייחוד האמריקני. כמו כן, כאמור לעיל, מדובר בהסכם שמגדיר פתרון קבע לסכסוך הימי בין ישראל ללבנון.¹² להתחייבויות בהסכם משמעותיות מדיניות וכלכליות בעלות משקל. נוסף על כך, דומה כי מדובר בהחלטה המצויה בליבת קביעת המדיניות של הממשלה.

בהיבטים תקציביים, אמנם ההסכם אינו כרוך בהוצאה תקציבית כשלעצמו, אולם אין להתעלם מכך שיש להסכם משמעותיות תקציביות פוטנציאליות, ככל שיתגלה גז במאגר חוצה הגבולות הקיים (או מאגרים חוצי גבולות עתידיים). ומנגד, גם מעצם הוויתור על פוטנציאל הרווח מן החלק במאגר המצוי באזור המחלוקת שישראל מוותרת עליו בהסכם.

Commented [YMS5]: בהמשך להערת הבלון הקודמת – אמות המידה המנויות ברשימה שבמכתבי המשנים אינן עומדות בפני עצמן, אלא משמשות ככלי ליישום נוסחת האיזון שנקבעה בהלכת הריסון והאיפוק. לכן, כל אזכור של אמות המידה צריך להיות קשור למידת התקיימותו של אחד משלושת השיקולים שנכללים באותה נוסחת איזון פסיקתית – כבילה, שיקולי בחירות, או צורך.

לדוגמה, ציון קיומה של עבודת המטה ארוכת הטווח לא תורם כשלעצמו למסקנה של הניתוח המשפטי, אלא יש להבהיר שזה מעיד על מידה נמוכה יחסית של חשש מפני השפעת שיקולי בחירות (מכיוון שזה לא תהליך שהחל עכשיו בהשפעת הנסיבות הקשורות לתקופת הבחירות).

בעיניי, מסיבה זו עדיף המבנה שהצענו קודם לכן, שמצא את כל האינדיקציות שמעידות על התקיימות כל אחד מהשיקולים לפי סדר השיקולים עצמם. אם המבנה הזה לא מקובל, יש צורך לכל הפחות לפרט ביחס לכל אינדיקציה כיצד היא אמורה להשפיע על הניתוח המשפטי של נוסחת האיזון.

לשם הנוחות, שמת' 2 חלופות, כאשר חלופה א' מבטאת את המבנה הנכון יותר בעיניי, וחלופה ב' משתדלת להיצמד למבנה הנוכחי ולתת קודם כל את השיקולים לקולא ולאחר מכן את השיקולים לחומרא.

¹⁰ עניין לנדשטיין.

¹¹ עניין וייס, לעיל ה"ש 9; בג"ץ 9202/08 לבנת נ' ראש הממשלה (ארי"ש 4.12.2008).

¹² ראו עמ' 4 לחוות הדעת זו.

נוסף על האמור, אף המחלוקת הציבורית בעניין הסכם זה, מעידה על צמצום שיקול דעתה של הממשלה הבאה אשר תיכון. אמנם, מטבע הדברים, עיקרה של המחלוקת הציבורית עד כה נגע להליכי אישור ההסכם,¹³ אולם, במקביל לפרסום על ההתקדמות המשמעותית במגעים מול לבנון, ועם גילוי פרטי המשא ומתן, נשמעו קולות בשיח הפוליטי והציבורי אשר הביעו התנגדות גם לרכיבים שונים בתוכן ההסכם. לצד זאת, תומכי ההסכם מסבירים כי ההסכם חשוב לישראל ושיש הכרח ביטחוני ומדיני לחתום עליו.

המחלוקת הציבורית באה לידי ביטוי גם בשיח המשפטי. פניות שהתקבלו אצל היועצת המשפטית לממשלה וגורמים נוספים בממשלה העלו את הטענה כי ככל שיושג הסכם הרי שהוא כפוף להוראות חוק-יסוד: משאל עם, ועל כן נדרש להביאו להכרעה במשאל עם או לאישורה של הכנסת ברוב של 80 חברי כנסת (כאמור בחוק היסוד הני"ל). כמו כן הועלו טענות לפיהן יש להביא את הסכם לאישור הכנסת וטענה כנגד חתימת ההסכם בתקופת בחירות. שתי עתירות נגד ההסכם שהוגשו לבג"ץ בטענות אלו נדחו בטענות סף.¹⁴ שתי עתירות נוספות הוגשו ביום 3.10.22 ובהן עלו שוב טענות אלו, בהתייחסות לפרסומים אודות מהות ההסכם וההשלכות שלו לגבי האזורים הימיים השונים בין ישראל ללבנון. לגבי עתירות אלה נקבע, בהחלטת כבוד השופט מינץ, כי "המשיבים יגישו תגובה מקדמית לעתירה עד ליום ה- 27.10.22 וכי אין מקום למתן צו ביניים."¹⁵

Commented [YM6]: הערה טכנית – בפסקי הדין שמצוטטים, הדגשת הצדדים באמצעות bold או underline. כרגע לא אחיד לגמרי לאורך כל המסמך.

אשר לחשש מפני השפעתם של **שיקולי התמודדות בבחירות**, יש לציין בהמשך לתיאור המחלוקת הציבורית המובאת לעיל, כי אין ספק שסוגיית החתימה על ההסכם הפכה לסוגיה מרכזית על סדר היום של מערכת הבחירות המתנהלת כעת. עם זאת, בהתאם למפורט בחוות הדעת של המל"ל ומשרד החוץ, וכפי שמפורט בהרחבה בחלקה הראשון של חוות דעת זו, ההסכם הינו תוצר של עבודת מטה שנמשכה לאורך כל העשור האחרון במעורבות כל הגורמים הרלוונטיים, כולל ראשי הממשלות ודרגים בכירים אחרים לכל אורך התקופה. כל הממשלות בתקופה זו עסקו בקידום ההסכם כך שמדובר במאמץ מדינתי רציף שנמשך לאורך זמן ולא ביוזמה של הממשלה הנוכחית, ובוודאי שאין המדובר ביוזמה שהתעוררה בתקופת הבחירות. עובדה זו מפחיתה ממידת החשש ביחס להשפעתם של שיקולי הבחירות. כמו כן, אין מדובר בהחלטה המשקפת הטבה לציבור בוחרים מסוים, אלא החלטת מדיניות כללית מובהקת.

ביחס להערכת **הצורך החיוני והדחוף**, כעולה מהתיאור העובדתי דלעיל, מדובר בהסכם בין-לאומי משמעותי מבחינה מדינית וביטחונית וצפויות לו גם השלכות משמעותיות על שוק האנרגיה בישראל. כפי שפורט בחוות הדעת של המשרדים, מעבר לכך שמדובר בהסכם ייחודי מול מדינת אויב (שנותרת מדינת אויב גם לאחר ההסכם), יהיה בו כדי לקדם משמעותית את סופיות הסכסוך בין ישראל ללבנון לגבי תיחום האזורים הימיים והוא יוצר שיתוף פעולה ראשוני וייחודי בהפקת

¹³ עמ' 14 לחוות הדעת של המל"ל מיום 2.10.22.

¹⁴ בג"ץ 5323/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה (ארי"ש 09.08.22), העתירה נדחתה מפאת אי מיצוי הליכים. בג"ץ 5642/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה (ארי"ש 24.8.22), העתירה נדחתה בהיותה מוקדמת ותיאורטית.

¹⁵ שתי העתירות שהוגשו הן: בג"ץ 6664/22 לביא זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד התיישבות נ' שר החוץ ואח'; בג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה ואח'.

משאבי גז טבעיים שיתרמו לכלכלות שתי המדינות.¹⁶ חוות הדעת של משרד החוץ הדגישה עוד כי המעורבות של ארה"ב בקידום ההסכם לאורך השנים מקנה גם היא משמעות מדינית מיוחדת ודרמטית להסכם.

בהתאם לאמור בחומר שהגישו כלל הגורמים המקצועיים בו הובעה תמיכה לאישור ההסכם, לצד האינטרסים הביטחוניים והמדיניים כבדי המשקל (המפורטים בחוות הדעת המסווגות) קיימים גם אינטרסים כלכליים ואינטרסים בתחום משק האנרגיה, אשר אותם יסייע ההסכם לממש. ההסכם יסייע להגדיל את הסיכוי שחברות בין-לאומיות יפעלו בישראל ביחס למאגרי הגז הנוכחיים ומאגרי גז נוספים שעשויים להתגלות בהמשך (שכן ההסכם גם יתרום לאיתור מאגרים פוטנציאליים בעתיד). לכך עשויות להיות השלכות חיוביות על משק האנרגיה בישראל שצפויות להביא לרווח כספי משמעותי עבור ישראל.¹⁷

לעמדת משרד האנרגיה, קיים היום חלון הזדמנויות לספק צרכי אנרגיה לאירופה לאור משבר האנרגיה המסתמן שם, באופן שמצריך פיתוח מהיר של המאגר כדי שישראל גם תוכל להפיק רווחים ממנו.¹⁸ בהקשר זה ציין גם משרד האנרגיה כי המשרד מתעתד לצאת בשבועות הקרובים להליך תחרותי רביעי המזמין חברות בתחום להתחרות על אתרי חיפוש ימיים.¹⁹

ביום 3.10.22 הוצגו בפניי חוות הדעת המסווגות הדנות בהיבטים הביטחוניים והמדיניים שתומכים באימוץ ההסכם בעת הזו. לבקשת היועצת המשפטית לממשלה, ביום 6.10.2022 הוגשו לעיון השלמות לחוות דעת אלו. בחוות הדעת של משרדי החוץ והאנרגיה, שמקובלות גם על ראש המל"ל,²⁰ הודגש כי חתימה על ההסכם תאפשר מימוש של אינטרסים ביטחוניים, מדיניים ואסטרטגיים (לצד השגת יתרונות כלכליים ואנרגטיים) חיוניים ודחופים למדינת ישראל.

כמו כן, עמדת גורמי המקצוע, לפיה קיימת דחיפות ביטחונית ומדינית לחתימה על ההסכם נובעת גם מן ההערכה כי דחייתו עד לאחר הבחירות עלולה להפחית משמעותית את הסיכויים להגיע להסכם. זאת, בין השאר, בשל ההערכה כי לאחר ה- 31.10.22 (מועד הבחירות לנשיאות בלבנון), יקטן הסיכוי שלבנון תוכל לחתום על ההסכם. הערכה זו, לצד נימוקים מדיניים וביטחוניים כבדי משקל, מבססים, לעמדת המשרדים וגורמי הביטחון, את עמדת המשרדים לפיה אי חתימה על ההסכם בתקופה הקרובה מאוד עלולה להוביל להשלכות חמורות על הביטחון הלאומי של ישראל.

¹⁶ פסקאות ב-ד לחוות דעת משרד האנרגיה מיום 2.10.22. לגבי חוות דעת משרד החוץ, לא ניתן לפרט מעבר לכך או להפנות לאסמכתא ספציפית מאחר ומדובר בחוות דעת מסווגות.

¹⁷ חוות דעת משרד האנרגיה מיום 2.10.22, חוות דעת משרד האנרגיה מיום 4.10.22.

¹⁸ פסקה א' לחוות הדעת משרד האנרגיה מיום 4.10.22.

¹⁹ פסקה 4 לחוות הדעת משרד האנרגיה מיום 4.10.22.

²⁰ עמ' 14 לחוות הדעת של המל"ל מיום 2.10.22.

חלופה ב'

בהתאם למפורט בחוות הדעת של המל"ל, וכפי שפורט לעיל, ההסכם הוא תוצר של **עבודת מטה שנמשכה לאורך כל העשור האחרון**, המקצוע הרלוונטיים בממשלה. ברי כי יש בכך כדי להפחית מחשש להשפעת שיקולי התמודדות בבחירות בהנעת ועיצוב ההסכם.

במעורבות כל הגורמים הרלוונטיים, כולל ראשי הממשלות ודרגים בכירים אחרים לכל אורך התקופה. כל הממשלות בתקופה זו עסקו בקידום ההסכם כך שמדובר במאמץ מדינתי רציף לאורך זמן ולא ביוזמה של הממשלה הנוכחית. מפניות המשרדים עולה כי מדובר בהבשלה של הסכם שמקורה **תהליך ממושך וחוצה ממשלות**, שהיו שותפים לו כלל גורמי המקצוע במדינה, וברי כי יש לכך משקל בבואנו לבחון את ההצדקה להשלים מהלך חריג זה בתקופת הבחירות.

באשר ל**היבט הכלכלי** הגלום בהסכם – ההסכם אינו בגדר הטבה לציבור הבוחרים או כרוך בהוצאה תקציבית, ועל כן היבטים אלה אינם מעוררים קושי. בצד האמור, יש ליתן את הדעת גם לכך שיש להסכם משמעויות תקציביות פוטנציאליות, אם יתגלה גז במאגר חוצה הגבולות. אף בכך, יש כדי להקל במישור האפשרות להשפעת שיקולי בחירות.

בכל הנוגע ל**חיוניות** בחתימה על ההסכם – הרי שיש בחוות הדעת הגלויות והחסויות בכדי לבסס באופן ברור ביותר היבט זה. כעולה מהתיאור העובדתי דלעיל, מדובר בהסכם בין-לאומי משמעותי מבחינה מדינית וביטחונית, שלעמדת גורמי המקצוע יהיו לו גם השלכות משמעותיות על שוק האנרגיה בישראל. כפי שפורט בחוות הדעת של המשרדים, מעבר לכך שמדובר בהסכם ייחודי מול מדינת אויב (שנותרת מדינת אויב גם לאחר ההסכם), יהיה בו כדי לקדם משמעותית את סופיות הסכסוך בין ישראל ללבנון לגבי תיחום האזורים הימיים, והוא כולל הסדר ראשוני וייחודי להפקת משאבי גז טבעיים שיתרמו לכלכלה של שתי המדינות.²¹

בהתאם לאמור, בחומר שהגישו כלל גורמי המקצוע בתמיכה לאישור ההסכם, לצד האינטרסים הביטחוניים והמדיניים כבדי המשקל (המפורטים בחוות הדעת המסווגות), קיימים גם אינטרסים כלכליים ואנרגטיים, אשר ההסכם יסייע במימושו.

בהתייחס להיבט האנרגטי של ההסכם, לעמדת משרד האנרגיה, קיים היום חלון הזדמנויות לספק צרכי אנרגיה לאירופה לאור משבר האנרגיה המסתמן שם, באופן שמצריך פיתוח מהיר של המאגר כדי שגם ישראל תוכל להפיק רווחים ממנו. בהקשר זה ציין גם משרד האנרגיה כי המשרד מתעתד לצאת בשבועות הקרובים להליך תחרותי רביעי המזמין חברות בתחום להתחרות על אתרי חיפוש ימיים. עוד נמסר ממשרד האנרגיה כי חתימה על ההסכם תקל גם על פיתוח והפקה של מאגר הגז "כרישי", שעשוי לתרום משמעותית למשק האנרגיה בישראל.²²

²¹ פסקאות ב-ד לחוות דעת משרד האנרגיה מיום 2.10.22. לגבי חוות דעת משרד החוץ, לא ניתן לפרט מעבר לכך את הפנות לאסמכתא ספציפית מאחר ומדובר בחוות דעת מסווגות.
²² חוות דעת משרד האנרגיה מיום 5.10.22.

בנוסף לחיוניות, חוות הדעת מצביעות בבירור גם על טעמים כבדי משקל של **דחיפות ביטחונית ומדינית** המצדיקים חתימה על ההסכם דווקא בעת הזו. ביום 3.10.22 הוצגו בפנינו חוות הדעת המסווגות הדנות בהיבטים הביטחוניים והמדיניים שתומכים באימוץ ההסכם בעת הזו. לבקשת היועצת המשפטית לממשלה, ביום 7.10.2022 הוגשו לעיונו השלמות לחוות דעת אלו. לפי עמדות גורמי המקצוע, קיים צורך מדיני וביטחוני לחתימה על ההסכם שכן דחייתו עד לאחר הבחירות עלולה להפחית משמעותית את הסיכויים להגיע להסכם. זאת, בין השאר, בשל ההערכה כי לאחר ה-31.10.22 (מועד הבחירות לנשיאות בלבנון), יקטן הסיכוי שלבנון תוכל לחתום על ההסכם. הערכה זו, לצד נימוקים מדיניים וביטחוניים כבדי משקל, מבססים, לעמדת המשרדים וגורמי הביטחון, את עמדתם שלפיה אי חתימה על ההסכם בתקופה הקרובה מאוד עלולה להוביל להשלכות חמורות על הביטחון הלאומי של ישראל.

בחוות הדעת של משרדי החוץ והאנרגיה, המקובלות גם על ראש המל"ל,²³ הודגש כי חתימה על ההסכם תאפשר מימוש של אינטרסים ביטחוניים, מדיניים ואסטרטגיים (לצד השגת יתרונות כלכליים ואנרגטיים) חיוניים ודחופים למדינת ישראל.

אל מול **החיוניות והכרח** שבחתימה על ההסכם דווקא בעת הזו – מתעוררים שיקולים המקשים על חתימת ההסכם דווקא בתקופת הבחירות.

כפי שעולה גם מחוות הדעת של המל"ל ומשרד החוץ, יש **מחלוקת ציבורית** בנוגע להסכם, הן לגבי מהותו והן לגבי היבטים הנוגעים להליך אישורו, ועל כן לא ניתן לומר כי הוא מצוי בקונצנזוס ציבורי.²⁴ במקביל לפרסום על ההתקדמות המשמעותית במגעים מול לבנון, נשמעו קולות של גורמים פוליטיים ואחרים המתנגדים לחתימה על ההסכם בכלל, ובעת הזו בפרט, תוך שנטען כי ההסכם כולל ויתורים משמעותיים של ישראל ללבנון. מנגד, תומכי ההסכם מסבירים כי ההסכם חשוב לישראל ושיש הכרח ביטחוני ומדיני על חתימתו דווקא בעת הזו. סוגיית החתימה על ההסכם מצויה בשבועות האחרונים בשיח ציבורי ער, המשפיע גם על סדר היום הפוליטי של מערכת הבחירות.

גם במישור המשפטי הועלו טענות ביחס להסכם. ליועצת המשפטית לממשלה ולגורמי הממשלה הופנו מספר פניות, בין היתר של חברי כנסת, בהן נטען כי ההסכם כפוף להוראות חוק יסוד: משאל עם, ועל כן אישורו בממשלה מותנה בעריכת משאל עם או באישור הכנסת ברוב של 80 חברי הכנסת (כאמור בחוק היסוד הני"ל). כמו כן הועלו טענות כי יש להביא את ההסכם לאישור הכנסת וטענות כנגד חתימת ההסכם בתקופת בחירות. שתי עתירות נגד ההסכם שהוגשו לבג"ץ בטענות אלו נדחו בטענות סף.²⁵ שלוש עתירות נוספות הוגשו בשבוע האחרון ובהן עלו שוב טענות אלו, בהתייחסות לפרסומים אודות מהות ההסכם והשלכות שלו לגבי האזורים הימיים השונים בין ישראל ללבנון.

²³ עמ' 14 לחוות הדעת של המל"ל מיום 2.10.22.

²⁴ עמ' 14 לחוות הדעת של המל"ל מיום 2.10.22.

²⁵ בג"ץ 5323/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה, העתירה נדחתה מפאת אי מיצוי הליכים (09.08.22). בג"ץ 5642/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה, העתירה נדחתה בהיותה מוקדמת ותיאורטית (מיום 24.8.22).

כולל המים הטריטוריאליים. ולגבי שלושתן נקבע כי "המשיבים יגישו תגובה מקדמית לעתירה עד ליום ה- 27.10.22 וכי אין מקום למתן צו ביניים."²⁶

המחלוקת הציבורית המתוארת בעניין הסכם זה, מעידה על צמצום שיקול דעתה של הממשלה הבאה אשר תיכון ומידת הכבילה של שיקול דעתה. כמו כן, אין ספק שסוגיית החתימה על ההסכם הפכה לסוגיה מרכזית על סדר היום של מערכת הבחירות המתנהלת כעת, ולכך, כמובן השפעה על מידת החשש מפני השפעתם של שיקולי התמודדות בבחירות. עם זאת, כפי שמפורט בחלקה הראשון של חוות דעת זו, ההסכם הינו תוצר של עבודת מטה שנמשכה לאורך כל העשור האחרון במעורבות כל הגורמים הרלוונטיים, כולל ראשי הממשלות ודרגים בכירים אחרים לכל אורך התקופה. כל הממשלות בתקופה זו עסקו בקידום ההסכם כך שמדובר במאמץ מדינתי רציף שנמשך לאורך זמן ולא ביוזמה של הממשלה הנוכחית. בכך יש כדי להשפיע על הערכת עוצמתה של המחלוקת הציבורית והשפעותיה על השיקולים הנוגים לתקופת הבחירות.

מעבר לכך, גם בהשוואה להסכמים בין-לאומיים אחרים, אשר מעצם טבעם יש בהם כדי לקבוע עובדות מוגמרות המצמצמות את שיקול דעתן של ממשלות, מאפייניו של הסכם ייחודי זה הינם כאלה שבאופן מובהק יש בהם מידה גבוהה של כבילות שיקול הדעת של הממשלות הבאות. משההסכם כולל התחייבויות משמעותיות כלפי האמריקאים וכלפי לבנון, ויש בו סיום קבוע של הסכסוך הימי בין ישראל ללבנון.²⁷ ההסכם כולל באופן מובהק הכרעות שבמדיניות של הדרגים הבכירים ביותר, ואין מדובר בהסכם טכני או הסכם אחיד שאליו בחרה ישראל להצטרף.

3. השפעת הקרבה למועד הבחירות

כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון, ככל שמתקרב מועד הבחירות הולך מתחם הסבירות בגדרן פועלת הממשלה והופך צר יותר.²⁸ דהיינו, ככל שמועד החתימה המסתמן סמוך יותר למועד הבחירות ב- 1.11.22 כך גובר משקלה של חובת האיפוק והריסון המפורטת לעיל. לאור האמור, הקשיים הבלתי מבוטלים אשר תוארו לעיל בהיבטי כבילות שיקול הדעת והשפעת שיקולי תקופת הבחירות אף גוברים.

סיכום ביניים: נקודת המוצא, הנובעת מהאיפוק הנגזר על ממשלה בתקופת בחירות, היא שעל ממשלה להימנע מלהתקשר בהסכמים בין-לאומיים מסוג זה סמוך כל-כך ליום הבחירות, ובמיוחד כשהדברים קשורים לסוגיות כבדות משקל שבמדיניות והם מצויים בלב מחלוקת ציבורית, וכאשר ברור שההסכם קובע עובדות בשטח ויחייב את הממשלות הבאות. אלמלא חוות הדעת הגלויות והמסווגות של הגורמים המדיניים והביטחוניים, המצביעות על חלון ההזדמנויות הצר ועל ההשלכות שעלולות להיות לדחיית ההסכם בעת הזו, דעתי היתה כי יש מניעה משפטית להתקשר

²⁶ שלוש העתירות שהוגשו הן: בג"צ 6664/22 לביא זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד התיישבות נ"י שר החוץ ואח' (3.10.2022); בג"צ 6654/22 פורום קהלת נ"י ראש הממשלה ואח' (3.10.2022); בג"צ 6712/22 אורי עבודי נ"י ראש הממשלה (6.10.22).

²⁷ ראו עמ' 5 לחוות הדעת.

²⁸ עניין וייס, פס" 10 לפסק דינו של הנשיא ברק.

בהסכם בעת הזו. אין ספק שקידומו בעת הבחירות הוא מעשה חריג. אולם, משהוצגו בפנינו חוות דעת אלה, ולא בלי התלבטות, איננו סבורים כי חתימה על ההסכם גם במועד הסמוך למועד הבחירות, אינה עולה לכדי מניעה משפטית להתקשר בהסכם.

לחד עם זאת, נוכח המצב החריג, וכפי שיוסבר להלן, יש חשיבות מיוחדת בעת הזו בקיום פיקוח פרלמנטרי אפקטיבי על הצעד שבו מעוניינת לנקוט הממשלה בתקופת בחירות, כפי שנסביר בהמשך חוות הדעת. לבסוף, חשוב לציין שככל שתהליך גיבושו של ההסכם יתמשך והוא יבשיל לכדי אישור רק לאחר הבחירות, תידרש בחינה נוספת של הנסיבות שיהיו נכונות לאותה עת, בין היתר בשים לב לאיונים המשתנים בכל הנוגע למצב המשטרי הקיים לאחר בחירתה של כנסת חדשה ועובר להקמתה של ממשלה חדשה. בהתאם, חוות דעת זו מתייחסת רק לאפשרות חתימתו של ההסכם בתקופה שעד לבחירות.

ברם, עוד קודם שנידרש לסוגיית הפיקוח הפרלמנטרי, יש לבחון האם על ההסכם חלות הוראות חוק-יסוד: משאל עם, כך שאישורו מותנית בעריכת משאל עם.

ד. האם חוק יסוד: משאל עם חל על ההסכם:

כמפורט לעיל,²⁹ ההסכם ישנה את נקודות הציון של האזורים הימיים בקו הצפוני, כפי שאלו נקבעו בהחלטת ממשלה 3452 מיום ה-10 ביולי 2011 (להלן: "החלטה 3452" או "החלטת הממשלה") והופקדו בהתאם באו"ם (להלן "נקודות הציון" או "הנקודות"). לפיכך, השאלה היא האם שינוי זה מותנה בקיומו של משאל עם, או באישור של 80 חברי כנסת, בהתאם לחוק יסוד: משאל עם וחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט - 1999.

1. רקע כללי - הוראות החוק ביחס לשטח שחל עליו המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל

מראשית ימיה של המדינה התעורר הצורך מעת לעת להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל על שטחים שונים. כך, בסעיף 1 לפקודת שטח שיפוט וסמכויות, התש"ח-1948, נקבע כי "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". מקובל לחשוב כי הכוונה בסעיף זה הייתה באותה העת לשטחי מפת החלוקה של האו"ם לצד השטחים שנתפסו על ידי צה"ל במלחמת העצמאות כפי שאלו הופיעו במנשר הרלוונטי.³⁰

²⁹ ראו בחלק ב' לחוות דעת זו.

³⁰ בנימין רובין, תחום תחולת המשפט, שטח המדינה ומה שביניהם, משפטים כ"ה תשנ"ה, עמ' 226-227. עם זאת, לעמדתו של בני רובין, בהתאם לאמור בסעיף זה, ופרשנותו העכשווית, אין הכרח בחקיקה כדי לקבוע ששטח מסוים נמצא בריבונות ישראלית או כדי להחיל בה את המשפט הישראלי. שם, בעמ' 231. ואולם, עמדה זו אינה תואמת לפרקטיקה שהתפתחה מאז שנת 1967, בעיקר לגבי שטחים שניים במחלוקת במישור הבין-לאומי.

בשנת 1967, לאחר מלחמת ששת הימים, תוקנה פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, והוסף לה סעיף 11ב, שקבע כי "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו."

לאחר המלחמה החליטה הממשלה מכוח סעיף 11ב האמור, להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל על שטחים שהוגדרו כחלק מהשטח המוניציפלי של עיריית ירושלים. על בסיס סעיף 11ב האמור פורסם צו סדרי השלטון והמשפט (צו מס' 1), התשכ"ז-1967, שקבע בסעיף 1 כי "השטח של ארץ-ישראל המתואר בתוספת נקבע בזה כשטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה." התוספת אליה מפנה הסעיף כוללת רשימה ארוכה של נקודות ציון ותיאורים גיאוגרפיים מדויקים.³¹ באותה העת גם פורסמה ה-"אכרזה על הרחבת תחום עיריית ירושלים", לפי פקודת העיריות שגם בה נכללה תוספת עם נקודות ציון. מעמדן של האכרזה והתוספת שלצדה עוגנו בהמשך, בשנת 1980, בחוק יסוד: ירושלים.³² בהמשך, בשנת 2000, תוקן חוק יסוד ירושלים כך שסעיפים 5-7 לחוק קבעו כי לא ניתן להעביר לגורם מדיני זר כל סמכות בתחום ירושלים.

מעבר להחלת הריבונות על שטחים בירושלים, בשנת 1981 הוחל המשפט, השיפוט והמינהל על רמת הגולן. הכנסת חוקקה ביוזמת הממשלה חוק ייחודי לעניין זה - חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981. סעיף 1 לחוק קובע כי: "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בשטח רמת הגולן כמתואר בתוספת". התוספת אליה מפנה הסעיף כוללת מפה המתארת את האזור הרלוונטי שלגביו הוחלו המשפט, השיפוט והמינהל.³³

משהחלו לאורך השנים משאים ומתנים מדיניים בנוגע למעמד אותם שטחים שהמשפט, השיפוט והמינהל הוחלו עליהם כמתואר לעיל, הונחו על שולחן הכנסת הצעות שונות אשר ביקשו להבטיח כי החלטות של הממשלה בעניין זה יהיו מותנות באישור הכנסת. בשנת 1999 הביטול הצעות החוק השונות לכדי חקיקה - חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלטת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק ביטול החלטת המשפט, השיפוט והמינהל").

בסעיף 1 לחוק נקבע כי החלטת ממשלה על ביטול המשפט, השיפוט והמינהל על שטח מסוים, מותנית באישור הכנסת ברוב חבריה. וזו הייתה לשונו של הסעיף כפי שאושר במקור:

"1. לעניין חוק זה –
"החלטת ממשלה" - החלטה של ממשלה בדרך של אישור אמנה או הסכם או בדרך אחרת לרבות התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים.
"שטח" - שטח שחלים בו המשפט השיפוט והמינהל של מדינת ישראל.
2. החלטת ממשלה לפיה המשפט השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה.

³¹ לשם המחשה ראו מתוך השורה הראשונה של התוספת – מ-נ.צ. 1678613520 צפונה לאורך ואדי עיסא עד נ.צ. 1673613678 ומשם בקו ישר צפונית מזרחית עד למפגש עם הדרך ב-נ.צ. 1675413700 ומשם מזרחה לאורך הדרך עד ל-נ.צ. 1678813706 ומשם בקו ישר ל-ג.ג. 777.3.

³² על הכוונה לעגן את השטחים באזור ירושלים ככפופים למשפט, השיפוט והמינהל של ישראל ניתן ללמוד מהדגשים שניתנו בדיון בכנסת בהצעת חוק יסוד: ירושלים. הדוברים השונים הדגישו את החשיבות הרבה של שמירה על "שלמות" ירושלים כלפי חוץ וכלפי פנים, ואת המשמעות הרבה שהם העניקו לקביעת האמור בחוק יסוד. ראו למשל הדיון במליאת הכנסת מיום 30.7.1980 (דברי הכנסת 4313-4311) והדיון במליאת הכנסת מיום 23.7.1980 (דברי הכנסת 4037-4039).

³³ הדיון בכנסת מיום 14.12.81 (דברי הכנסת 765-764).

3. החלטת ממשלה שאושרה על ידי הכנסת כאמור בסעיף 2 טעונה גם אישור במשאל עם שיתקבל ברוב הקולות הכשרים של המשתתפים במשאל תחילה.
4. תחילתו של סעיף 3 ביום תחילת תוקפו של חוק יסוד אשר יסדיר את עריכתו של משאל עם. (הדגשה נוספה)

יצוין, כי בתחילת הדרך שמה של הצעת החוק היה "הצעת חוק סיוג ויתור על שטח, התשנ"ט-1998", והיא כללה הסדר לפיו "לא תוותר ממשלת ישראל על ריבונות המדינה או על שליטתה, בשטח או בחלק משטח, לרבות ויתור עתידי וויתור בתנאים עתידיים, אלא לאחר שהויתור אושר ברוב של חברי הכנסת ובמשאל עם ברוב רגיל". "שטח" - הוגדר כ- "כל שטח שעליו החילה מדינת ישראל את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה".

מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: **ועדת החוקה**) עולה בבירור כי ברקע הצעת החוק עמד משא ומתן בעיקר ביחס למעמד רמת הגולן, וכתוצאה מכך החוק אף כונה בפני חברי הכנסת "חוק שריון רמת הגולן".³⁴

כך, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, עוה"ד יהושע שופמן, העיר בדיוני הוועדה, כי די בהתייחסות בחוק לכך שמדובר בשטח שהמשפט, השיפוט והמינהל חל עליו, והתוספת לכך שמדובר על ויתור על ריבונות המדינה או על שליטה בשטח, מיותרת. זאת, משום שמטרת ההסדר היא להבטיח שלא יהיה ויתור על שטחים שיש ודאות לגבי ריבונות המדינה לגביהם - "אנחנו לא רוצים לשים סימן שאלה לגבי ריבונות המדינה בשטחים האלה שהמדינה החילה עליהם את המשפט, השיפוט והמינהל, כמו רמת הגולן, ירושלים וכדומה".³⁵

ואכן, במהלך הדיונים התחדד, כי ההסדר המוצע חל רק על אותם שטחים שבהם המדינה קבעה בבירור כי השיפוט, המשפט והמינהל שלה חלים עליהם. בהתאם לכך, הובהר כי ההסדר לא יחול על שטחי יהודה ושומרון, שבהם מחזיקה המדינה בתפיסה לוחמתית, וזאת אף אם היה עומד על הפרק הסדר קבע בנושא.

כאמור, חוק ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל משנת 1999 עיגן את החובה לערוך משאל עם במקרה של ביטול החלת השיפוט, המשפט והמינהל על שטח מסוים, ואולם בשנים שלאחר מכן הכנסת לא הצליחה לגבש הסדר חוקתי בסוגיה. בהמשך לכך, בשנת 2010 אישרה הכנסת תיקון לחוק ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל, אשר ביטל למעשה את התניית הסדר עריכת משאל עם בעיגונו בחקיקת יסוד.³⁶ במקום להתנות עריכת משאל עם בחקיקת יסוד, התיקון עצמו קבע את החובה לערוך משאל עם. נקבע כי אם הממשלה מחליטה שלגבי שטח מסוים לא יחול יותר המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה, החלטתה תותנה באישור הכנסת ברוב רגיל ועריכת משאל עם או לחלופין באישור הכנסת ברוב של 80 חברי הכנסת. כמו כן, נקבע הסדר מפורט ביחס לאופן עריכת משאל עם.

³⁴ על המיקוד של הצעת החוק בשינוי J או ירושלים, ראו למשל את דברי חברי הכנסת בדיון מיום 25.11.1998, שה"כ יהודה הראל, בעמ' 5; שה"כ אלכס לובוצקי, בעמ' 9; שה"כ דדי צוקר, בעמ' 23.

³⁵ שם בעמ' 11.

³⁶ חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת משפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התש"ע-2010.

וכך נקבע בסעיף 1א לחוק ביטול החלטת המשפט, השיפוט והמינהל:

1א. (א) הממשלה לא תאשרר הסכם הטעון אשרור ולא תחתום על הסכם שאינו טעון אשרור, שלפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו על שטח, לרבות הסכם הכולל התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים, אלא לאחר שההסכם אושר בידי הכנסת ובמשאל עם, לפי הוראות חוק זה.
(ב) החלטת הממשלה שלפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שלא בדרך של הסכם כאמור בסעיף קטן (א), טעונה אישור בידי הכנסת ובמשאל עם, לפי הוראות חוק זה, בשינויים המחויבים כאילו היתה הסכם כאמור."

סעיף 1 לחוק מגדיר "שטח" כשטח שחלים בו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. בסעיף 3 לחוק הובהר, כי הסכם שהכנסת אישרה ברוב של שמונים חברי הכנסת, אינו טעון גם אישור במשאל עם.³⁷

בדומה לדיוני החקיקה בשנת 1999, גם במסגרת הדיונים בוועדה המשותפת לוועדת הכנסת וועדת החוקה שדנה בהצעת החוק (להלן: "הוועדה המשותפת"), חברי הכנסת שבים ומתייחסים למהותו של ההסדר ככזה שנועד למנוע ויתור על שטחים אשר הוחל עליהם בבירור המשפט, השיפוט והמינהל. כלומר, גם במוקד דיוני חקיקה אלה עמדו שטחים כגון רמת הגולן וירושלים.³⁸

חלק נכבד מדיוני החקיקה עסקו בשאלה האם חובת עריכת משאל עם צריכה להיות מוסדרת בחקיקת יסוד, וכן בשאלת ההצדקה לקביעה המשטרית החריגה של העברת סמכות ההכרעה בסוגיות מסוימות מידי הממשלה והכנסת לידי "הריבון".

עוד עולה כי חברי הכנסת התלבטו בשאלה האם הסכם שיכלול ביטול החלטת המשפט, השיפוט והמינהל רק ביחס לשטח מזערי או ביחס לשטח לא מאוכלס, יחייב עריכת משאל עם. בתחילה הועלתה האפשרות כי הסכמים מסוג זה יוחרגו מההסדר בחוק. בהמשך הדיונים הוחלט כי גם שטח קטן בהיקפו עשוי להיות רגיש עד מאד לפי מהותו (למשל בהר הבית) ולעומת זאת שטח גדול יותר (למשל באזורי המדבר) עשוי דווקא שלא לעורר רגישות ציבורית קשה. לצורך כך נקבעה הוראה כללית לפיה חלופה לעריכת משאל עם תהיה אישור ההסכם ברוב מיוחד של 80 חברי הכנסת. נקודת המוצא שעולתה מהדיונים הייתה כי אם מדובר בשטח שאינו שנוי במחלוקת, ניתן יהיה להשיג לגביו הסכמה רחבה בכנסת אשר תייתר את הצורך בעריכת משאל עם.³⁹

³⁷ סעיף 4 לחוק קובע את המועד שבו נדרש לערוך את משאל העם בהתאם למועד אישור הכנסת, אך סעיף 5 קובע כי אם ההסכם מאושר על-ידי הכנסת, ובין 30 ל-120 יום ממועד האישור חל יום הבחירות לכנסת, ייערך משאל העם ביום הבחירות לכנסת.

³⁸ ראו למשל דברי פרופ' אשר מעוז בדיון בוועדה המשותפת, מיום 23.1.2008, המתייחס לחוק כחל על שני שטחים רלוונטיים – רמת הגולן וירושלים (שם, בעמ' 7); דברי חה"כ זהבה גלאון שהביעה התנגדות להסדר משאל העם תוך התייחסות ברורה לירושלים ורמת הגולן – "אסור לנו לתת יד לזה שאנחנו מפרקים את הכנסת מאחריה, פוגעים במעמד של הכנסת. שאלת רמת הגולן היא שאלה רגישה, אולי שאלת ירושלים רגישה יותר. אסור לנו בכלל להיכנס למשחק הפוליטי הזה..." (שם, בעמ' 14); דברי חה"כ אביגדור יצחקי אשר דיבר על החוק כמתייחס ל"הסכם שלום עם ויתור מלא על רמת הגולן" (שם, בעמ' 24); דברי חה"כ יצחק לוי בהתייחסו לשאלה האם החוק צריך לחול גם על תושבי המקום שאינם אזרחים, ומתייחס לתושבי רמת הגולן, ובהמשך מסביר כי החוק יחול גם על ירושלים או על מקרה של חילופי שטחים (דיון בוועדה המשותפת מיום 20.2.2008, בעמ' 5-7); דברי חה"כ טיבי (שם, בעמ' 16); חה"כ יואל חסון (דיון בוועדה המשותפת מיום 18.6.2008, בעמ' 17).

³⁹ ראו למשל הדיון בוועדה המשותפת מיום 5.3.2008, בעמ' 4-5; וראו גם דיון בעניין זה בפרוטוקול הדיון מיום 19.5.2008.

גם בשלב הכנת הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית עלתה שאלת היקף ההסכמים אשר ההסדר יחול עליהם. חה"כ יריב לוי, יו"ר הוועדה, הסביר כי ההסדר חל על שטח אשר המשפט, השיפוט והמינהל חלים עליו באופן מלא, ולא מדובר רק שטח שבשליטת המדינה או בהחזקתה. וכלשונו (דיון בוועדה המשותפת מיום 12.1.2010, בעמ' 3 ו-6):

"החוק מדבר על ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל על שטח, הווה אומר שטח ריבוני של מדינת ישראל. לא, לצורך העניין, שטח ישראל מחזיקה בו, אבל לא סופח אליה או הוחל עליו המשפט באופן מלא... זה גם הנגב, גם מה שהוחלה עליו הריבונות הישראלית שנמצא בתוך מה שנקרא ירושלים, וכל דבר אחר שיש עליו ריבונות ישראלית."

ומכאן לחוק-יסוד: משאל עם.

כפי שעולה מפרוטוקולי הדיונים בכנסת, לאורך דיוני החקיקה בחוק ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל, שבה ונבחנה שאלת החריגות המשטרית בעצם קביעת החובה להתנות החלטת ממשלה מסוימת בעריכת משאל עם, ובהתאמה לכך גם נדונה השאלה האם יש מקום לעגן חובה זו בחקיקת היסוד, או שמא ניתן לעשות כן בחקיקה ראשית. בשנת 2013 הוכרעה שאלה זו עם חקיקתו של חוק-יסוד: משאל עם, אשר מהווה, למעשה, נדבך נוסף ואחרון של הליכי החקיקה אשר תוארו לעיל.

בחוק היסוד נקבע ההסדר החוקתי לפיו מקום בו הממשלה החליטה שהמשפט, השיפוט והמינהל לא יחולו על שטח מסוים, החלטה כזו תחייב אישור במשאל עם או אישור הכנסת ברוב של 80 חברי הכנסת.

וזו לשון סעיף 1 בחוק 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."
(ב). החליטה הממשלה, שלא בדרך של הסכם, שהמשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו, תהא החלטה, לאחר שאושרה בכנסת ברוב חבריה, טעונה אישור במשאל עם, אלא אם כן אושרה ברוב של שמונים חברי הכנסת."

יובהר, כי מלבד עצם העיוגן החוקתי של החובה לערוך משאל עם, אין בהסדר שבחוק היסוד כל חידוש, וכך גם משתקף מפרוטוקולי הדיון בהצעת החוק בוועדה המשותפת.⁴⁰ מאחר שלא נערך דיון מחדש בהסדר המהותי עצמו, הדיונים בהצעת החוק היו יחסית מצומצמים. ואולם, גם מדיונים

Commented [GN7]: לבדוק ציטוט. כתוב "מעתיקה" – האם זה כך במקור או שאמור להיות "מעבירה"?

Commented [IA8R7]: לא הצלחתי למצוא את הפרוטוקול. לדעתי אפשר להניח שזה "מעתיקה".

⁴⁰ ראו לעניין זה דברי היועצת המשפטית לוועדה, עוה"ד ארבל אסטרן (פרוטוקול הדיון מיום 17.11.2013, בעמ' 6): "ההצעה שמונחת כרגע לא משנה שום דבר בהסדר שנקבע בכנסת הקודמת, היא לא פתאום אומרת: אה, זה היה רק על שטח ריבוני ועכשיו זה על שטח אחר, או שם נקבע שאלה יכולים להצביע ועכשיו אלה לא יכולים – לא, היא ממש מעתיקה מהוראות החוק שנוחק בכנסת הקודמת, אין שינוי מהותי"; וראו גם דברי יו"ר הוועדה, חה"כ יריב לוי, שהיה מבין מציגי הצעת החוק (שם, בעמ' 16).

אלה עולה בבירור, כי תכלית ההסדר היא להבטיח כי ויתור על שטחים אשר ברור כי המדינה החליטה במפורש להחיל עליהם את המשפט, השיפוט והמינהל שלה, ייעשה בדרך של משאל עם.⁴¹

הנה כי כן, חוק-יסוד: משאל עם קובע הליך מיוחד לאישור של הסכם (או החלטה של הממשלה שלא בדרך של הסכם) לפיהם המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו. ההליך כולל אישור של הכנסת ולאחריו אישור במשאל עם, כאשר הדרישה למשאל עם לא תחול אם אישור הכנסת ניתן ברוב של 80 חברי הכנסת או יותר.

3. בחינת ההסכם לתיחום הקו הימי הצפוני

לאור האמור, ועל רקע פניות הציבור והעתירות לבג"ץ שהעלו טענות בדבר כפיפות ההסכם להוראות חוק יסוד: משאל עם, נדרש לבחון האם ההסכם המתגבש בעניינינו הוא הסכם שחל עליו חוק היסוד באופן המחייב את אישורו בכנסת ברוב חבריה ועריכת משאל עם (או לחלופין אישורו בכנסת ברוב של 80 חברי הכנסת).⁴²

השאלה המרכזית הניצבת בפנינו היא האם על האזור הימי מושא ההסכם חל "המשפט, השיפוט והמינהל" של מדינת ישראל, והאם ההסכם שבפנינו מבטל החלה זו. כפי שיפורט להלן, בחינת ההסכם ומהותו, אל מול לשונו והתכליות של חוק-יסוד: משאל עם מובילים למסקנה, כי חוק היסוד אינו חל על המקרה דנו, ועל כן אין חובה להתנות את אישורו בעריכת משאל עם.

ואלו שלושת הטעמים המרכזיים אשר בהצטברותם מבססים עמדה זו:

ראשית, לבנון וישראל הינן מדינות חוף סמוכות, שמעולם לא שורטט ביניהן קו גבול ימי. המחלוקת הימית בין המדינות, שהצריכה שרטוט קו גבול גם בהינתן המשך מצב האיבה בין המדינות, החלה על רקע גילוי פוטנציאל משאבי הטבע בשנים האחרונות. על רקע זה התעורר הצורך בקביעת קו תיחום ימי לראשונה. על רקע התכלית שבבסיס חוק יסוד: משאל עם והפרשנות שיש לתת להחלת "השיפוט, המשפט והמינהל" במשמעות ביטוי זה בחוק היסוד, ספק רב האם חוק היסוד נועד לחול על נסיבות מיוחדות מעין אלה, שבהן למעשה לא היה קיים כלל קו גבול ימי בין המדינות, הגבול משורטט לראשונה בהסכם זה, וקודם לכן לא נקטה ישראל כל צעד מסוג הצעדים שהמחוקק ראה לנגד עיניו כמבססים את תחולת חוק יסוד: משאל עם.

Commented [GN9]: ניסחתי מחדש, לאחר היוועצות עם אביטל והתלבטות שבבסיסה החשש שלי מ"הרחבת חזית" מיותרת. עשיתי התאמות גם בהמשך.

שנית, קו התיחום שהפקידה ישראל באו"ם בשנת 2011 ביחס לגבול הימי עם לבנון, אינו בגדר החלת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על הגבול הימי עם לבנון, לא במישור הבין-לאומי ולא במישור הדין הפנימי-ישראלי. החלטת הממשלה 3452 אשר קבעה את קו התיחום הימי הצפוני וההפקדה של הקו באו"ם בעקבותיה, לא נועדו לשרטט תחום גבול ריבוני, אלא לשמר את תביעתה

⁴¹ כך למשל, יו"ר הוועדה, ח"כ יריב לוין, מבהיר כי ההסדר אינו חל על שטחי יהודה ושומרון. "החוק מדבר אך ורק על שטח שהוחלה עליו ריבונות, הוחל עליו השיפוט. ירושלים, והגולן וכמובן תל אביב ופתח תקווה. אבל הוא לא מדבר על אותם שטחים ששחררנו ולצערנו לא השכלנו עדיין להחיל עליהם את הריבונות" (דיון בוועדה המשותפת מיום 26.11.2013, בעמ' 4; וראו גם דבריה של ח"כ אורית סטרוק, שם בעמ' 15).

⁴² כאמור, ליועצת המשפטית לממשלה הועברו מספר פניות בעניין זה מחברי כנסת שונים וכן פניות ציבור, אשר טענו כי אישור ההסכם שבפנינו מחייב עריכת משאל עם. כמו כן, כפי שפורט לעיל, הוגשו לבג"ץ עתירות שעוסקות, בין היתר, בסוגיה זו ועל המדינה ליתן את התשובות להן עד ליום 27.10.2022.

של ישראל במישור הבין-לאומי אל מול הצעדים הקודמים שבהם נקטה לבנון בהקשר זה, ולשמם בסיס למשא ומתן לקביעת גבול ימי על ידי הגדרת אזור המחלוקת.

שלישית, עיקר ההסכם בענייננו נוגע למים הכלכליים. גם אם האזור לא היה מוגדר כאזור מחלוקת, מדובר באזורים ימיים שמעצם טיבם כפופים להסדרה משפטית ייחודית במשפט הבין-לאומי ובדין הפנימי, באופן שאינו מבסס ראייתם כשטחים שחל עליהם "השיפוט, המשפט והמינהל", כמשמעות ביטוי זה בחוק יסוד: משאל עם.

להלן נפרט בהרחבה.

א. הגדרת הקו הימי הצפוני אינה מסוג הנסיבות שחוק יסוד: משאל עם נועד לחול עליהן

כאמור, מההיסטוריה החקיקתית של חוק-יסוד: משאל עם, והחקיקה שקדמה לו עולה בבירור כי תכליתו לחול על שטחים שתחולת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה עליהם ברורה. כך, ברקע החקיקה עמדו השטחים אשר הוחלו עליהם באופן אקטיבי שטח המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה - ברמת הגולן וירושלים.

מההיסטוריה החקיקתית עולה, כי במקרים בהם מדינת ישראל התכוונה באופן אקטיבי ומפורש להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל על שטח מסוים וספציפי, הדבר נעשה באמצעות צו או חקיקה שהתייחסו לאזורים מוגדרים מתוך כוונה ברורה להחלת הדין לגבי אזורים אלו, על כל המשתמע מכך מבחינה מדינית ובין-לאומית ומבחינת הדין הפנימי. דבר זה לא נעשה ביחס לקביעת תיחום הקו הימי הצפוני של מדינת ישראל. משך שנים ארוכות לא עסקו המדינות כלל בסוגיית קו תיחום ימי המסדיר את הזכויות המשפטיות הריבוניות שלהן ביס. הדברים התעוררו, כאמור, על רקע ההפקדות הסותרות של הקווים והגדרת אזור המחלוקת, בתחילת העשור הקודם.

לאף אחד מהצעדים שנקטה ישראל באזור הימי בסמוך ללבנון, אין את המאפיינים של הדרכים בהם הוחלו בעבר המשפט, השיפוט והמינהל על שטחים בכלל ושטחים שנויים במחלוקת בפרט. ויובהר, חוק היסוד לא קבע חובה כללית לערוך משאל עם ביחס לכל הסכם מדיני חשוב, ואף לא חובה כללית להביא הסכם הנוגע לגבולות המדינה – חוק היסוד צומצם וסוג מפורשות רק למצבים שבהם הממשלה מבקשת לבטל את תחולת המשפט, השיפוט והמינהל על שטח מסוים, כאשר כוונת המחוקק היתה לשטחים שמדינת ישראל גילתה דעתה באופן ברור שהן חלק משטחה לכל דבר ועניין. בנסיבות המיוחדות של קביעה, לראשונה, של קו גבול ימי מוסכם עם מדינת חוף שכנה, אין לומר שחוק היסוד נועד לחול. זאת, במיוחד על רקע עצם החריות בהתניית הסכם מדיני בעריכת משאל עם.

ב. קו התיחום שהופקד באו"ם אינו בגדר קביעת גבול ימי שסטייה ממנו מהווה ויתור על החלת "המשפט, השיפוט והמינהל"

גם בצעד שבו נקטה ישראל בשנת 2011, קרי – החלטת הממשלה בדבר הקו הימי והפקדת הקו באו"ם שבאה בעקבותיה – אין כדי להוות החלה של המשפט, השיפוט והמינהל במשמעות חוק היסוד.

על מנת לראות בשינוי הקו הימי שהופקד באו"ם בשנת 2011 על-ידי ישראל משום ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל על השטח, נדרש תחילה לקבוע שעצם הפקדת הקו עולה לכדי החלת השיפוט, המשפט והמינהל של ישראל על השטח, בדומה לצעדים שתוארו לעיל ושנקטו במהלך השנים על מנת לקבוע את גבולות סמכויותיה הריבוניות של ישראל. הפקדת הקו הימי על ידי ישראל בשנת 2011 שונה במהותה מהפרקטיקה שנסקרה לעיל ביחס להחלת המשפט, השיפוט והמינהל על שטחים ושעמדה ברקע חקיקת חוק יסוד : משאל עם.

אולם, מעבר להיבט הפורמלי המבחין בין הפקדת קו ימי לבין החלת המשפט, השיפוט והמינהל כמקובל, הרי שגם מבחינה מהותית, וכפי שיפורט להלן, כלל הנסיבות מצביעות על כך שהפקדת קו התיחום באו"ם לא היוותה מעשה של החלת המשפט, השיפוט והמינהל.

מצורפת כנספח לחוות דעת זו, חוות הדעת של אגף היועץ המשפטי משרד החוץ מיום 2.10.2022 בדבר "בחינת מעמד קו התיחום הימי הצפוני של ישראל", המבהירה כי העמדה המשפטית של ישראל שעמדה ברקע הפקדת הקו הימי בשנת 2011 ונשמרה במהלך השנים מאז ובניהול המשא ומתן אל מול לבנון, היא כי מדובר היה בקו המבסס את התביעה הישראלית כחלק ממחלוקת עם לבנון, שתוכרע במשא ומתן.

לעמדתנו, לא ניתן לומר כי הקו שנקבע בהחלטת הממשלה ואשר הופקד באו"ם, הינו קו גבול מן הסוג שישראל רואה בו כקו המתווה שטח שבו חל "השיפוט, המשפט והמינהל" כמשמעות ביטוי זה בחוק היסוד. החלטת הממשלה וההפקדה באו"ם נועדו להציב טענה משפטית לזכויות ריבוניות באזור המחלוקת (אל מול הטענה הנגדית של לבנון). ההקשר הימי הייחודי, שבו מדינת חוף אחת מפקידה קו על מנת לבסס את תביעותיה, ומנגד מדינת החוף השנייה מפקידה קו, באופן היוצר אזור מחלוקת, שונה במהותו ממצב שבו מדינה, גם אם באופן חד צדדי ושנוי במחלוקת, מגדירה את שטחה הריבוני היבשתי, וודאי שאינו דומה לתיחום של אזורים שלגביהם המדינה בוחרת להחיל את "המשפט, השיפוט והמינהל" שלה כפי שנעשה במהלך השנים ביחס לאזורים יבשתיים.

על-מנת להבין את ההקשר הייחודי של הפקדת הקו הימי ומשמעותיה, נעמוד להלן, ביתר פירוט, על הצעד שבו נקטה ישראל בשנת 2011.

i. תיחום הקו הצפוני בשנת 2011

ביום 10.7.2011, אימצה הממשלה את החלטה 3452 בנושא קביעת קו התיחום הימי הצפוני של מימי החופין והאזור הכלכלי הבלעדי של מדינת ישראל בים התיכון. לשון החלטה קובעת קואורדינטות לקו התיחום הימי הצפוני וכן קובעת כי הודעה על החלטה תימסר לאו"ם בערוצים המקובלים.

סעיף 12 לדברי ההסבר להצעת החלטת הממשלה קובע כי "בהיעדר גבול ימי מוסכם בין ישראל ללבנון החלטה זו מעגנת את תביעתה של מדינת ישראל לזכויותיה הריבוניות והכלכליות ביס התיכון". בחוות דעת של הייעוץ המשפטי של משרד החוץ שצורפה להצעת המחליטים בהיות משרד החוץ המשרד היוזם של החלטה, מוסבר כי אימוץ ההחלטה נעשה בתגובה להפקדה קודמת של קו התיחום על ידי לבנון כשנה קודם לכן. עוד נאמר כי ישראל נדרשת לפרסם את הקו, שאחרת העדר פרסום עמדה ישראלית עלול להתפרש כהסכמה שבשתיקה לעמדת לבנון. החלטת הממשלה אף קבעה כי ישראל תציין בעת הפקדת קו התיחום באו"ם כי יש לישראל נכונות ליישב את המחלוקת עפ"י הדין הבין-לאומי; כמו כן נאמר כי "הפקדת הקו תסייע לעיגון זכויותיה הריבוניות ... של ישראל...". להשלמת התמונה נציין כי הסכם תיחום האזור הכלכלי הבלעדי עם קפריסין משנת 2010,⁴³ אשר נחתם מספר חודשים לפני החלטה 3452, קבע במסגרתו את נקודת הקצה ששימשה אף בקביעת קו התיחום הצפוני. הסכם התיחום עם קפריסין לא קבע דבר לגבי החלת ריבונותה של ישראל באזור הכלכלי הבלעדי הצפוני, או באזור הכלכלי הבלעדי הרלוונטי להסכם עם קפריסין (כמו גם לעניין החלת המשפט, השיפוט והמינהל באזור זה).

בהתאם לאמור בהחלטת הממשלה, בחודש יולי 2011 הפקידה ישראל את הקואורדינטות באו"ם. ההפקדה כוללת התייחסות לקואורדינטות, לצד אמירה כי בהתאם להסכם התיחום שנחתם בין ישראל לקפריסין בשנת 2010 יתכן שינוי ביחס לנקודת הקצה של קו התיחום (נקודה 1) ככל שיהיו הסכמות במשא ומתן בין שלוש המדינות הרלוונטיות.⁴⁴ במכתב נלווה אשר צורף להפקדה באו"ם הביעה ישראל את עמדתה כי היא פתוחה לקיים דיאלוג ושיתוף פעולה עם שכנותיה, בהתאם לעקרונות המשפט הבין-לאומי בנוגע לתיחום הקו הצפוני המתחם את המים הטריטוריאליים והאזור הכלכלי שלה.⁴⁵ המשא ומתן שמגיע כעת לכדי נקודת ההכרעה התנהל על בסיס ההנחה שישאל ולבנון סימנו קווים המגדירים את אזור המחלוקת ביניהן, ושהן נכונות להסדיר את המעמד המשפטי של שטח זה במשא ומתן. פעולות ישראל ולבנון אינן יוצאות דופן כאשר יש מחלוקות בין מדינות על איזורים ימיים ומוכרות דוגמאות לעניין זה גם לגבי מדינות אחרות שהגבול הימי ביניהן שנוי במחלוקת.⁴⁶ שרטוט של קו ימי בנסיבות כאלה מגדיר את עמדות הצדדים במחלוקת ומתווה את אזור המחלוקת.

⁴³ הסכם תיחום האזור הכלכלי הבלעדי בין ממשלת ישראל לבין ממשלת קפריסין, 17 בדצמבר 2010. ראו: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/cyp_isr_eez_2010.pdf

⁴⁴ הפקדת ישראל לאו"ם, Note 1. ההפקדה מפנה לסעיף 1(e) בהסכם התיחום בין ישראל לקפריסין. *"The Government of Israel remains open to dialogue and cooperation, in accordance with the principles of international maritime law, with the relevant neighboring States regarding the northern limit of Israel's Territorial Sea and Exclusive Economic Zone."*

⁴⁵ ב-4.4.2018 הפקידה אלג'יריה באו"ם קואורדינטות לתיחום האזור הכלכלי הבלעדי שלה, ר' 4/4/18 ב-28.8.2018. הפקידה ספרד באו"ם קואורדינטות לתיחום האזור הכלכלי הבלעדי שלה (בהתאם לצו מלכותי פנימי משנת 2013, ר' LOS of 31 August 2018. איטליה שלחה מכתב מחאה לאו"ם כנגד ההפקדה של אלג'יריה, ר' 28/11/18. שלוש המדינות הגישו מכתבי התנגדות לאו"ם ביחס להפקדות הנוגדות והביעו במסגרתן את נכונותן לקיים הידברות על מנת להגיע לפתרון הוגן בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי. דוגמה נוספת היא ההפקדה של ונאטו ביום 1.10.2010. קואורדינטות לנקודות הבסיס לחישוב האזורים הימיים שלה (פרסום העשוי להשפיע על חישוב טווח האזורים הימיים), ר': LOS of 20 July 2010. ביום ה-6.12.2010 שלחה צרפת למחלקת דיני הים במזכירות האו"ם מכתב התנגדות להפקדה זו (בטענות להפרת הסטטוס הטריטוריאלי באיים מסוימים בניו קלדוניה הסמוכה), ר' NV. ביום ה-3.5.2011 הפקידה צרפת הפקדה נוגדת ביחס לתיחום האזורים הימיים של ניו קלדוניה, ר' LOS of 3 May 2011. דוגמה שלישית הינה ההפקדה של מאוריציוס ביוני 2008 קואורדינטות לנקודות הבסיס לחישוב האזורים הימיים שלה, ר' LOS of 27 June 2008. ב-30.7.2009 שלחה צרפת מכתב למזכ"ל האו"ם בו הביעה מחאה כנגד ההפקדה של מאוריציוס בטענה כי זו פוגעת בריבונותה על האי טרומלין (לגבי קבעה אזור כלכלי בצו פנימי 146-78 עוד בשנת 1978),

לדינו, כל הנזכר לעיל מעיד על כך שישראל לא ראתה בהחלטה כצעד המציב גבול רשמי לשטח שבו היא מחילה את המשפט, השיפוט והמינהל שלה כמשמעות ביטוי זה בחוק היסוד. הפקדת הקוארדינטות נועדה לעגן ולשמר את תביעותיה של ישראל אל מול תביעות הזכויות המוקדמת של לבנון, באזור בו קיימת מחלוקת שיש נכונות ליישבה בהתאם לדין הבין-לאומי.⁴⁷

להשלמת התמונה נציין כי אף שהחלטת הממשלה עצמה לא כללה כל אמירה שמדובר בגבול או בשטחים ש"שייכים לישראל", הרי שבחוות הדעת של משרד החוץ, אשר צורפה להצעת החלטה 3452, ישנן גם אמירות בדבר "שטחים ימיים ששייכים לישראל"; וגם ש"הצעת ההחלטה קובעת... ולמעשה את הגבול בין מימי החופין והאכ"ב של ישראל לאלו של לבנון". כמו כן, במהלך השנים הגישה ישראל לאו"ם מכתבים הכוללים אמירות שמתארות את אזור המחלוקת, הכוללים אמירות היכולות להתפרש לכאן ולכאן – הן אמירות הנוקטות בלשון "תביעה – claim", "זכויות ריבוניות", ומנגד אמירות המתייחסות ל"שטחים השייכים לישראל" או "שטחים בהם ישראל מחילה ריבונות או זכויות ריבוניות". זאת, לצד אמירות הקוראות לדיאלוג ומו"מ מול לבנון להסדר המחלוקת באזור.⁴⁸

ואולם, כפי שמוסבר בחוות הדעת של היועץ המשפטי של משרד החוץ הנספחת לחוות הדעת הנוכחית, ובשים לב לנסיבות קבלת ההחלטה ולאמירות הברורות שהבאנו לעיל בדבר הרקע שהוביל להפקדת קו התיחום, אין באמירות אלה כדי לבסס התייחסות משפטית של ישראל לשטח המחלוקת כשטח מסוג השטחים שישראל רואה בהם כשטח המדינה לכל דבר, וודאי לא שבמובן של שטח שהוחלט לראות בו ככפוף ל"משפט, השיפוט והמינהל של ישראל" במשמעות ביטוי זה בחקיקה הרלוונטית.

ii. הפעלת סמכויות באזור המחלוקת דה פקטו

לעמדתנו, די באמור לעיל כדי לבסס את המסקנה שמדינת ישראל לא התייחסה לאזור המחלוקת כשטח המצוי במעמד דומה לשטחים שישראל רואה בהם ככפופים ל"שיפוט, המשפט והמינהל" שלה באופן מלא. כפי שיפורט להלן, האופן שבו המדינה התייחסה להפעלת סמכויותיה באזור המחלוקת, במיוחד כשמדובר בנושאים הנוגעים לליבת הסמכויות הריבוניות, כגון פעילות חיל הים באזור ומתן רישיונות להפקת משאבי טבע, מחזקים ותומכים בביסוס המסקנה המשפטית הנ"ל.⁴⁹

⁴⁷ ר"ב-2009.5.8.NV. הפקידה צרפת קוארדינטות נוגדות לתיחום האזור הכלכלי הבלעדי של האיים טרומלין וראוניון, LOS of 18 December 2009.

⁴⁸ ההפקדות של ישראל ושל לבנון היו הצעות חד צדדיות בלבד וכפופות לשינויים וכך גם תוארו בכתביה אקדמית בנושא. Z. Lawen, Prospects for the Delimitation of the Maritime Boundary between Lebanon and Israel: A Case Study. *Ocean Yearbook Online* 35 (2021) 1 496, 525.; Blakely E. Whilden, *Navigating the Conflict over Natural Gas Reserves in the Levant Basin of the Mediterranean Sea*, 39 N.C. J. INT'L L. 927 (2013), p.960 – מקור זה מתייחס בעיקר באזור הכלכלי הבלעדי *Israel-Lebanon Offshore Oil & Gas Dispute-Rules of International Maritime Law*, AMER. Soc. OF INT'L L., Dec. 5, 2011, 3.

⁴⁹ ראו דוגמאות למכתבים שהגישה ישראל לאו"ם בחוות הדעת המצורפת של משרד החוץ. בהתאם למשפט הבין-לאומי, במקרים מסוימים בשטחי מחלוקת הסמכויות שמפעילות מדינות למעשה יכולות לשמש להכרעה במחלוקת הריבונית כגון במקרים של טענה ל"התיישנות" או כשתי מדינות מבססות זיקות עובדתיות לשטח ויש להכריע למי יש זיקות עובדתיות חזקות יותר, אולם אין זה המקרה בסכסוך הנוכחי. ראו למשל:

להלן נביא שתי דוגמאות מרכזיות המשקפות את התייחסותה של ישראל, הלכה למעשה, לשטחים הימיים הרלוונטיים כאזור שבמחלוקת. דוגמאות אלו אינן מתיימרות להציג התייחסות מקיפה באשר לאופן שבו פעלה המדינה באזור המחלוקת. מטבע הדברים, המציאות היומיומית המתקיימת בשטחים ימיים שבמחלוקת, וודאי שמדובר בשתי מדינות אויב כדוגמת ישראל ולבנון, הינה מורכבת. מטרת הדברים הינה לשקף כיצד בהתייחסות לנושאי הליבה של אכיפה ביטחונית וניהול מדיניות הרישיונות של משרד האנרגיה, נהגה ישראל באופן המביא בחשבון את מעמד האזור.

הפעלת סמכויות אכיפה על ידי חיל הים:

כפי שנמסר על ידי חיל הים באמצעות המחלקה לדין הבין-לאומי (דבל"א) בפרקליטות הצבאית, בשטחי המים הטריטוריאליים שבאזור המחלוקת הרחוק מהחוף (קרי, מעבר ל"קו המצופים" המשתרע 5 ק"מ מהחוף), המצב הינו כדלקמן:

מאז הנסיגה מלבנון עיקר פעילות חיל הים באזור הגבול הימי עם לבנון עניינה במניעת מעבר כלי שיט או שחיניים מתחומי המים של לבנון אל תחומי המים של מדינת ישראל ולהיפך. זאת, באמצעות אכיפת איסור הכניסה לשטחים שנסגרו בהתאם לצו סגירת שטחים בים (מס' 100). שטחים אלו נסגרו לאחר נסיגת צה"ל מלבנון בשנת 2000, ותיחומם הצפוני בקו אזימוט 290 מעלות משקף תפיסה לפיה עד קו זה בוודאי מדובר במים הטריטוריאליים של ישראל (שהרי תקנות ההגנה יכולות לחול רק בשטח הטריטוריאלי של המדינה). התיחום הצפוני של השטחים הצבאיים הסגורים ממוקם דרומית לקו 23 שהופקד על ידי לבנון.

בשטחים אלו, אוכף צה"ל את איסור הכניסה והשהייה, וכל כלי שיט או שחיין שייפס בשטח זה, ייעצר ויועבר לטיפול רשויות האכיפה האזרחיות (משטרת ישראל ופרקליטות המחוז). למיטב ידיעת חיל הים, בהליכים כאלו, מתמקדת עמדת המדינה אך ורק בתיחום האזורים הסגורים.

בשטח אזור המחלוקת הרלוונטי למשא ומתן לעומת זאת, פועל חיל הים, בהקשרו, רק כאשר המדובר בכלי שיט או שחיין המצוי בתנועה מצפון לדרום (קרי, לכיוון האזור הסגור) ומתוך מטרה למנוע ממנו מלהיכנס לאזור הצבאי הסגור. הפעולה היחידה בה נוקט חיל הים באזור זה היא כריזה, לאותו כלי שיט או שחיין, לשנות את נתיב תנועתו ולחזור על עקבותיו או לשבור מערבה על מנת שלא להיכנס לאזור הסגור. פעולה אקטיבית לעצירת כלי השיט והשחיין תינקט רק במידה שזה ימשיך וייכנס לתוך האזור הסגור, המצוי כאמור דרומית לאזור המחלוקת.

כלומר, בשטח אזור המחלוקת הרלוונטי למשא ומתן, חיל הים פועל רק מתוך כוונה למנוע כניסה לאזורים הסגורים, וגם פעולות אלו מתמצות באזור הזה בכריזה בלבד. בהקשר זה, יצוין כי פעילות זו של חיל הים באזור זה כיום, זהה לפעילותו באזור זה אף בשנים שקדמו להפקדת הקו הישראלי

PCA, Island of Palmas Case (United States v. The Netherlands), 1928, p. 12-15; M. G. Kohen, M. Hébié, **Territory, Acquisition**, Max Planck Encyclopedias of International Law, Oxford Public International Law, 2021; M. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 5th Addition P. 433-434; *PCIJ Legal Status of Eastern Greenland Case*, Series A/B, No. 53, 1933, p.45-46.

באיו"ם (2000-2011). כך שלמעשה לא חל כל שינוי באזור הפעילות הצבאית בעקבות החלטת הממשלה וההפקדה שנעשה בעקבותיה. מכאן עולה, כי אף הצבא לא ראה בהחלטת הממשלה משנת 2011 ככזו ששינתה את הסטטוס של השטח.

לצד האמור, יובהר, כי הפעלת סמכויות ביטחוניות מסוימות על ידי צה"ל באזורים ימיים מסוימים כשלעצמה, אין בה ככלל בכדי להעיד על ריבונות מסוימת בשטח או הפעלתה על ידי מדינת ישראל.

התנהלות משרד האנרגיה:

גם מההתנהלות של הממשלה בפועל עולה כי התפישה לא הייתה שמדובר בקו גבול שנקבע.

לאורך השנים לא פעל משרד האנרגיה באזור המחלוקת ולא הפעיל סמכויות בתוכו, ואף פעל בזהירות יתרה באזור הסמוך לו. כך למשל, בתנאי הרישיון שניתן ב-1.3.2009 לנובל אנרג'י לימטד, דלק קידוחים וחברת אבנר חיפושי נפט ביחס לבלוק אלון D (המכונה היום בלוק 72 ואשר משתרע עד קו 23 מדרום ולא מעבר לו), צורפה הבהרה כי "השטח המתואר נכלל בתחום המים הכלכליים של מדינת ישראל שגבולותיהם טרם נקבעו סופית. אם בתקופת הרישיון... יגרעו שטח או שטחים מהאזור המתואר לעיל, שטח ההיתר או הזכויות האחרות יוקטן בהתאם ללא פיצוי כלשהו".⁵⁰ בהחלטתו בערר של נובל אנרג'י על פקיעת רישיון אלון D משנת 2017, כתב שר האנרגיה דאז, פרופ' יובל שטייניץ, כי "לאורך כל תקופת הרישיון סירבה המדינה לאשר קידוחים בשטח הרישיון. סירוב המדינה לא היה שרירותי אלא נבע מנימוקים מדיניים וביטחוניים מהמעלה הראשונה. נימוקים הקשורים למחלוקת בדבר תיחום המים הכלכליים הסמוכים לרישיון מול מדינת אויב (לבנון), והרצון להימנע מהתלקחות עד לפתרון הסוגיה באמצעות מתווכים בינלאומיים". אף בתשובת המדינה לעתירה בבג"צ בעניין אלון D של נובל אנרג'י ודלק (הליך שעדיין מתנהל) צוטט הסעיף מהרישיון לפיו: "השטח המתואר נכלל בגבול המים הכלכליים של ישראל שגבולותיהם טרם נקבעו סופית...".⁵¹

אף כשיצא משרד האנרגיה בשנת 2020 להליך תחרותי חדש בבלוק 72 (שכונה בעבר אלון D ומצוי מחוץ לאזור המחלוקת כאמור) נקטה ישראל זהירות והבלוק (הכולל את המאגר חוצה הגבולות המצוי במרכז השיח מול לבנון כיום) לא כלל חלקים מעבר לקו ההפקדה הלבנוני – קו 23.

באשר לשרטוט הבלוקים 1-3 על ידי ישראל בשטח המחלוקת הובהר על ידי משרד האנרגיה כי לפני ההליך התחרותי הראשון (שנת 2016) השטח הימי של מדינת ישראל חולק וסומן לפי בלוקים, בשיטת שתי וערב. וכי לשם החלוקה עצמה לבלוקים לא ננקטה פעולה משפטית כלשהי ואין צורך באקט סטטוטורי לפי חוק הנפט. מכיוון שכבר אז הייתה מודעות לרגישות הקיימת לגבי אזור המחלוקת, המשרד סימן את הבלוקים שם כך שהבלוקים הצפוניים אינם המשכים של הבלוקים

⁵⁰ ראו סעיף 2 לרישיון מספר 367 "אלון D" מ-2009, אשר ניתן לחברת Noble Energy Mediterranean LTD, אבנר חיפושי נפט שותפות מוגבלת, ודלק קידוחים שותפות מוגבלת: "השטח המתואר נכלל בתחום המים הכלכליים של מדינת ישראל שגבולותיהם טרם נקבעו סופית. אם בתקופת הרישיון או בתקופה של כל זכות נפט שניתן בעקבותיו (רישיון או החזקה) יגרעו שטח או שטחים מהאזור המתואר לעיל, שטח ההיתר או הזכות האחרת יוקטן בהתאם ללא פיצוי כל שהוא לבעל הזכות".
⁵¹ בג"צ 4015/20 נובל אנרג'י מדיטריאן לימטד ואח'י נ' שר האנרגיה ואח'י, תשובת המדינה מיום 13.5.2021, פס"כ 13.

שמדרום לקו 23 אלא מתוחמים בנפרד, רק בשטח המחלוקת, כדי שאפשר יהיה להפריד באופן ברור בין האזורים ככל שיבחרו לעשות זאת בעתיד.

מן האמור עולה, כי ההתנהלות של ישראל למעשה מחזקת את המסקנה כי ההתייחסות לשטח הימי שבין הקווים שהפקידו ישראל ולבנון היתה כאל חלק מאזור במחלוקת הכפוף לקביעת קו ימי מוסכם בעתיד.

ג. תחולת חוק היסוד על אזורים ימיים, ובפרט מים כלכליים

היבט נוסף שיש להידרש אליו בבחינת תחולת חוק היסוד על ההסכם, הוא העובדה שהוא נוגע לאזור ימי, ועיקרו נוגע למים הכלכליים.

האזורים הימיים במשפט הבין-לאומי:

המסגרת המקיפה ביותר לדיני הים הבין-לאומיים הינה אמנת האו"ם בדבר משפט הים משנת 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982) (להלן: "אמנת הים"). ישראל אינה צד לאמנת הים, אך רואה עצמה מחויבת להוראותיה בכל הקשור לאזורים הימיים, מאחר שאלו נחשבות כמשקפות את הדין הבין-לאומי המנהגי.⁵²

המים הטריטוריאליים

על פי אמנת הים, אזור המים הטריטוריאליים הוא אזור הנמצא תחת ריבונות מדינת החוף ויכול להשתרע עד 12 מייל ימי מהחוף.⁵³ ריבונות המדינה נמשכת (extends) מן היבשה למים הטריטוריאליים.⁵⁴ ריבונות המדינה במים הטריטוריאליים כפופה להסדרים באמנת הים ולכללים

⁵² לעניין מעמדן המנהגי של הוראות אמנת הים הנוגעות לאזורים ימיים ראו: הצעת חוק האזורים הימיים, התשע"ז-2017. וגם:

Schmitt, M. (2017). Law of the sea. In *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (pp. 232). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316822524.014; *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, 21 April 2022, para. 57.

⁵³ אמנת הים, סעיף 3:

"Every State has the right to establish the breadth of its territorial sea up to a limit not exceeding 12 nautical miles, measured from baselines determined in accordance with this Convention."

⁵⁴ שם, סעיף (1)2:

"The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea."

וגם:

Military and Paramilitary Activities (Nicaragua / United States of America), ICJ Reports 1986, p. 14; Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Article 1; and Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, 3rd ed. (CUP, 2020), p. 94.

נוספים בדין הבין-לאומי.⁵⁵ כך למשל, מדינת החוף מחויבת לאפשר לספינות מכל מדינה מעבר תם (innocent passage) במים הטריטוריאליים, בכפוף לסייגים מסוימים.⁵⁶

נציין כי בעוד שאמנת הים כוללת הסדרים ביחס לתיחום המים הטריטוריאליים, אף בין מדינות בעלות חופים סמוכים,⁵⁷ הרי שבתוך טווח 12 המייל הימיים ישנו מרחב שיקול דעת מסוים באשר לאופן קביעת קו הבסיס לחישוב המים הטריטוריאליים (ואזורי הים הנוספים שיש למדינת החוף זכויות בהם כמוסבר להלן) ולקביעת קו התיחום בין מדינות בעלות חופים סמוכים.⁵⁸

האזורים הכלכליים (המדף היבשתי והאזור הכלכלי הבלעדי)

על פי אמנת הים, האזור הכלכלי הבלעדי של מדינת חוף יכול להשתרע עד 200 מייל ימיים מקווי הבסיס בחוף.⁵⁹ אמנת הים קובעת כי למדינת החוף יש, באזור הכלכלי הבלעדי, זכויות ריבוניות למטרת אקספלורציה, ניצול, שימור וניהול של משאבים טבעיים, וכן סמכות שיפוט בהתאם למוגדר בסעיפים אחרים של אמנת הים ביחס לנושאים של הקמה ושימוש באיים מלאכותיים, בהתקנים ובמבנים; לצרכי מחקר מדעי ימי, לצורך הגנה ושימור של הסביבה הימית וזכויות וחובות נוספות שאמנת הים מקנה למדינות ביחס לאזור זה.⁶⁰ ההסדר המשפטי שחל על המדף היבשתי, על פי אמנת הים, דומה למדי (אך המדף היבשתי יכול להשתרע אף מעבר למרחק של 200 מייל ימי מקווי הבסיס).⁶¹ הסדרים אלו, אינם מתירים למדינת חוף להחיל את ריבונותה על האזורים הימיים הנ"ל, אלא רק לממש בהם מה שמכונה "זכויות ריבוניות" כאמור לעיל, בנוגע לפיתוח והפקה של משאבים ימיים.⁶²

⁵⁵ שם, סעיף 32(3).

⁵⁶ שם, סעיפים 17-26.

⁵⁷ שם, סעיף 15.

"Where the coasts of two States are opposite or adjacent to each other, neither of the two States is entitled, failing agreement between them to the contrary, to extend its territorial sea beyond the median line every point of which is equidistant from the nearest points on the baselines from which the breadth of the territorial seas of each of the two States is measured. The above provision does not apply, however, where it is necessary by reason of historic title or other special circumstances to delimit the territorial seas of the two States in a way which is at variance therewith."

סעיף דומה קיים אף באמנת מימי החופין משנת 1958 (Territorial Sea Convention, 1958) אשר ישראל צד לה – סעיף 12.

⁵⁸R.R. Churchill, A.V. Lowe, **Law of the Sea**, Manchester University Press, 3rd ed., p. 33-40, and 182-18 (1999).

⁵⁹ אמנת הים, סעיף 57.

⁶⁰ שם, סעיף 56.

"In the exclusive economic zone, the coastal State has: (a) sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the seabed and of the seabed and its subsoil, and with regard to other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds; (b) jurisdiction as provided for in the relevant provisions of this Convention with regard to: (i) the establishment and use of artificial islands, installations and structures; (ii) marine scientific research; (iii) the protection and preservation of the marine environment; (c) other rights and duties provided for in this Convention."

⁶¹ שם, סעיפים 76-77 (ההבדל העיקרי הוא לעניין הנחת כבלים ימיים באזור זה).

⁶² M.H. Nordquist, S. Rosenne and L. B. Sohn, **United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 A Commentary**, Volume V, Martinus Nijhoff Publishers. University of Virginia, p 525 (1985):

"Article 56 contains the core concept of the exclusive economic zone. Taken together with articles 58 and 59, it describes the "specific legal regime" for the exclusive economic zone envisaged in article 55. The purpose of article 56 is to indicate the general nature of the rights, jurisdiction and duties of the coastal

יחודיות המים הכלכליים לעניין תחולת חוק היסוד

הפרשנות המשפטית שיש ליתן ל"תחולת המשפט, השיפוט והמינהל" בהתאם לדין הפנימי בענייננו צריכה לקחת בחשבון גם את ההיבט הייחודי הנובע מהגדרתם של אזורים ימיים. מרבית אזור המחלוקת הינו שטח של מים כלכליים, אשר בהיסטוריה החקיקתית אין כל התייחסות אליהם. ככל שהדברים אמורים במים הכלכליים, יש רלוונטיות להיקף תחולת הדין באזורים אלו ביחס לשאלה האם אזורים אלה ככופים ל"משפט, השיפוט והמינהל" של מדינת ישראל כמשמעות מונח זה בחוק היסוד. זאת, אף מעבר לנסיבות המיוחדות הקיימות ביחס לאזור המחלוקת ושתוארו לעיל.

בנוגע לאזורי המים הכלכליים, בחוות הדעת שנתן המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) דאז, עו"ד אבי ליכט, בינואר 2013, שכותרתה "הדין החל באזורים הימיים",⁶³ נקבעה פרשנות תכליתית של חוק השטחים התת-ימיים, התשי"ג-1953 (להלן: חוק השטחים התת-ימיים). בהתאם לפרשנות זו, בשטחים לגביהם חל החוק (האזורים הימיים) ישנה תחולה חלקית של דיני מדינת ישראל, בקרקע, תת-הקרקע והמתקנים שמוקמים עליה. חוות הדעת מבהירה כי היא "אינה עוסקת כלל בריבונות של מדינת ישראל על האזורים הימיים. כמו כן, חוות הדעת אינה קובעת קביעות לגבי תחולת הדין הישראלי כולו באזורים אלה" (ההדגשה במקור).⁶⁴

חוק השטחים התת-ימיים מגדיר את קרקע הים ותת הקרקע כשטח מדינת ישראל, אך הוא אינו מתייחס במפורש להיקף תחולת הדין הישראלי על אותו שטח (כפי שצוין אף בדברי ההסבר להצעת חוק האזורים הימיים). בשאלה זו דנה חוות הדעת של עו"ד ליכט,⁶⁵ וקובעת כי חל הדין הישראלי **הרלוונטי** לפעולות בהן עוסקת חוות הדעת.⁶⁶

הפרשנות התכליתית בחוות הדעת מתבססת על חלוף הזמן מאז חקיקתו של חוק השטחים התת-ימיים וההתפתחות בתחום זה, ועל השינויים במשפט הבין-לאומי המנהגי בתחום דיני הים מאז חקיקתו, אשר יפורטו להלן.

חוות הדעת קובעת כי הרגולציה הישראלית על תחום הגז והנפט, דיני הגנת הסביבה והחוקים הפיסקאליים של מדינת ישראל חלים באזורים ימיים אלו (הנ"ל עשויים לכלול עשרות חוקים). דינים אלה חלים על קרקע הים ותת-הקרקע על המתקנים המיועדים לחיפוש אוצרות הטבע והפקתם מקרקע הים וכן על כל פעילות המיועדת לקידום הפקת אוצרות הטבע מקרקע הים. חוות

State in this one. These are "sovereign rights" for the purpose of "exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources," together with consequential duties, and "jurisdiction" with regards to certain other specified activities and purposes".

Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, 3rd ed. p. 153 (CUP 2020) ("the concept of sovereign rights must be distinguished from territorial sovereignty, which is comprehensive unless international law provides otherwise") and 154 ("unlike territorial sovereignty, the sovereign rights of the coastal State over the EEZ lack comprehensiveness of material scope"), p. 173 ("Overall sovereign rights of the coastal State over the continental shelf are limited to certain matters provided by international law.") and 182 ("Sovereign rights are limited to the matters defined by international law (limitation *ratione materiae*)").

⁶³ "הדין החל באזורים הימיים" (חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) מיום 15.1.2013).

⁶⁴ שם, פסקה 6.

⁶⁵ שם, פסקה 15.

⁶⁶ שם, פסקה 19.

הדעת התייחסה לתחומים אלה כיוון ששאלות בעניינים אלו הופנו למשרד המשפטים באותה עת. לא היה בחוות הדעת כדי למצות באופן מוחלט את הדינים החלים באזורים הימיים.

כאמור לעיל, כללי המשפט הבין-לאומי הנוגעים להסדרת האזור הכלכלי הבלעדי והמדף היבשתי קובעים כי מדינת ישראל, בהיותה מדינת חוף, נהנית מ"זכויות ריבוניות" (sovereign rights) באזורים אלה במגוון תחומים,⁶⁷ ובכלל זה – ניצול, מחקר, שימור וניהול של משאבי הטבע המצויים באזור זה. לצורך הגשמת "זכויות ריבוניות" אלה, יש למדינת החוף גם "סמכות שיפוט" (jurisdiction) ביחס לאיים מלאכותיים, מתקנים ומבנים אחרים באזור הכלכלי הבלעדי וכן ביחס לשמירה והגנה על הסביבה הימית.⁶⁸

על בסיס זה, בהתאם לחוות הדעת של המשנה ליועמ"ש ליכט, החלת חלק מהמשפט הישראלי בלבד באזורים הימיים – בתחומי הפקת משאבי הטבע הטמונים באזורים הימיים, הגנת הסביבה והסדרה פיסקלית של הפעילות המבוצעת באזורים אלה, תואמת את הדין הבין-לאומי.

יודגש כי חוות הדעת של עו"ד ליכט אינה עוסקת כלל בריבונות של מדינת ישראל על האזורים הימיים. אולם, ההנחה היא כי תחולת הדין הישראלי באזורי המים הכלכליים הינה תחולה חוף-טריטוריאלית.⁶⁹ חוות הדעת אינה קובעת קביעות לגבי תחולת הדין הישראלי כולו באזורים אלה. להיפך, חוות הדעת מבהירה כי יש לבחון בכל מקרה אילו דינים חלים באזורים הימיים ומה היקף תחולתם.⁷⁰

כאמור, חוות הדעת התייחסה לתחולה של תחום הגז והנפט, דיני הגנת הסביבה והחוקים הפיסקאליים. בעשור שחלף מאז מתן חוות הדעת התקבלו במחלקת ייעוץ וחקיקה מספר פניות ייעוץ לגבי תחולת דינים באזור הכלכלי הבלעדי וזו הורחבה לנושאים נוספים, כגון דיני עבודה והיתרי עבודה במתקנים.⁷¹ מנגד, בהתייחס לחוק התכנון והבניה, גובשה העמדה כי חוק התכנון והבניה לא חל באזורים הימיים. עתירה להחלת חוק התכנון והבניה על ביצוע והקמה של מתקני הפקה לגז ונפט במתחמים המכונים 'כריש' ו'תנין' שבתחום המים הכלכליים של ישראל, נדחתה על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 7189/17 החברה להגנת הטבע נ' הממונה על ענייני הנפט ביום ה-3 ביולי (2018), אם כי מטעמים שונים.⁷²

יזכר, להשלמת התמונה, כי במקור חוות הדעת נכתבה כפרשנות מבהירה לתקופת הביניים ועד לחקיקת הסדר כולל ועדכני לעניין תחולת הדינים באזורים הימיים. לכן, בעשור האחרון משרד המשפטים ניסה לקדם מספר פעמים את הצעת חוק האזורים הימיים.⁷³ הצעה זו נידונה בדיונים

Commented [GN10]: כאן נדרש גיבוי בהערות שוליים מתאימות.

Commented [IA11R10]: מדובר בפניות רבות יחסית לאורך השנים שקיבלנו מהמחלקה של אבי ליכט ואחרי זה מאיר (כולל בדוא"לים) וקשה למצוא להן סימוכין. ראה הצעה להערת שוליים בעניין אם זה מסייע.

⁶⁷ ראו אמנת הים, סעיפים 56 ו-77. למשמעות הנודעת ל"זכויות ריבוניות" אלה ראו: Gail Osherenko, *New Discourses on Ocean Governance: Understanding Property Rights and Public Trust*, 21 J. ENVTL. LAW AND LIT. 317, 340 (2006).

⁶⁸ ראו אמנת הים, סעיף 56(b).

⁶⁹ חו"ד אבי ליכט, ה"ש 33, פסקאות 56-52.

⁷⁰ שם, פסקה 16.

⁷¹ הפניות התקבלו כחלק משיח שוטף בין גורמים במדינה ומחוצה לה בנושא ההסדרים החקיקתיים שיחולו באזור הכלכלי הבלעדי. אמת המידה שלאורה נבחנו הפניות הייתה האם הפעילות קשורה בהכרח להפקה וחיפוש של משאבים ימיים באזור הכלכלי- הבלעדי.

⁷² בג"ץ 7189/16 החברה להגנת הטבע נ' הממונה על ענייני הנפט (אר"ש 3.7.2018).

⁷³ הצעת חוק האזורים הימיים, התשע"ח-2017, הצעות חוק הממשלה, י"ז בחשון התשע"ח, 6.11.2017.

בוועדת הכלכלה של הכנסת להכנה לקריאה שנייה-ושלישית בסוף שנת 2018 ולאור התפוררות הכנסת וריבוי הבחירות מאז, טרם הושלמה חקיקת החוק בנושא. בהצעת חוק האזורים הימיים, הוצעה גם כן החלה חלקית של דיני מדינת ישראל באזורים הימיים ולא החלה מלאה של כלל הדינים. וכוונתה הייתה לבטל את חוק השטחים התת-ימיים. הצעת החוק מבטאת את עמדת המשלה, עמדה עדכנית שבוטאה בעקביות בשנים האחרונות.⁷⁴

הצעת חוק האזורים הימיים, התשע"ח – 2017, מבירה בדברי ההסבר כדלקמן: "החוק האמור [חוק השטחים התת-ימיים] לא מתייחס במפורש להיקף המשפט הישראלי שאפשר להחיל מכווח על שטחי הים שמעבר לים הטריטוריאליים, שטחים שבהם – ככלל, לפי המקובל – לא חלה ריבונות ישראלית. הפרשנות המקובלת בישראל היא כי מכווח חוק השטחים התת-ימיים, ניתן להחיל בשטחי הים שמעבר לים הטריטוריאליים של המדינה, לכל הפחות, את החיקוקים העוסקים ברגולציה של תחום הנפט והגז הטבעי, חיקוקי הגנת הסביבה והחיקוקים הפיסקליים של מדינת ישראל".⁷⁵ דברי ההסבר, כמו גם סעיף שמירת המשפט הבין לאומי (סעיף 32 להצעת החוק) דנים ב"שטחי הים" באופן כללי, והם אינם מפרידים בין "שטח", קרי קרקע או תת קרקע, לבין "מים". בהתאם, גם ההגדרות המוצעות בהצעת חוק האזורים הימיים, למונחים מימי החופים, המים הפנימיים והאזור הכלכלי הבלעדי, מתייחסות למים, לקרקע ולתת הקרקע כמכלול אחד (סעיפים 3, 4, ו-9 להצעת החוק, בהתאמה).⁷⁶

דברי ההסבר להצעת חוק השטחים התת-ימיים מבהירים כי קביעת שטח המדינה בקרקע ובתת הקרקע אינה פוגעת באופיים של המים שמעליהם ושמוחוץ למים הטריטוריאליים, כמימי לב ים.⁷⁷

⁷⁴ לעניין זה ניתן לראות אמירות שנאמרו על ידי נציגי המחלקה למשפט כלכלי ביעוץ וחקיקה אשר הובילו את מהלך חקיקת הצעת החוק בדיוני ועדת הכלכלה (ההדגשות אינן במקור):

- פרוטוקול מספר 779, וועדת הכלכלה, תאריך 12/06/2018, יערה למברגר, עו"ד, מחלקת ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים, עמוד 8:

"ניסיון להדגיש כאן את ההבדל בין פסקה (1) לפסקה (3). פסקה (1) מדברת על משהו שהוא חלק מן השטח הטריטוריאלי של מדינת ישראל ולכן זה ריבונות מלאה. פסקה (3) מדברת על האזור הכלכלי הבלעדי והמדף היבשתי, ולגבי רצינו להדגיש שמדובר בזכויות ריבוניות, שזה מעמד אחר מבחינת המשפט הבין-לאומי, ובעצם החוק בהמשך יפרט מה הן אותן זכויות ריבוניות. הסעיף ניסה להבחין בין האזור הטריטוריאלי לאזור הכלכלי הבלעדי, שהם במעמד שונה."

ובהמשך, יערה למברגר, עו"ד, מחלקת ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים, עמוד 21:

"התחלנו מן התפיסה שלפיה יש את השטח הטריטוריאלי של המדינה שבו כל החוקים חלים. אנחנו מדברים פה על האזור הכלכלי הבלעדי, שבו אנחנו אומרים אילו חוקים יחולו. בתפיסה הכללית, בעיקרון דיני העבודה – למשל בא עובד לספינה. מה שחל עליו הוא דין הדגל של הספינה. אם הספינה הזאת רשומה במדינה X או חלים הדינים של אותה מדינה. יכול להיות שדיני העבודה במדינה ההיא שונים. הרבה מן הדינים במדינת ישראל לא בהכרח מקובלים בכל העולם. יכול להיות שהם ברמת הגנה גבוהה יותר או שונה. לגבי מיתקן ימי קבוע רצינו להבטיח את הדינים האלה במדינת ישראל."
- פרוטוקול מספר 779, וועדת הכלכלה, תאריך 12/06/2018, יערה למברגר, עו"ד, מחלקת ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים, עמוד 33:

"זה לא שטח של מדינת ישראל אלא שטח של מדינת ישראל יש זכויות ריבוניות בו. כלומר יש את האזור הטריטוריאלי, שזה היבשה ומימי החופים, וזה מעבר למימי החופים. זה לא שטח של המדינה."
- פרוטוקול מספר 737, וועדת הכלכלה, 07/05/2018, הצעת חוק האזורים הימיים, התשע"ח – 2017, מאיר לוין, המשנה ליועץ המשפטי, עמוד 6: "...מהם החוקים שחלים בכל אחד מהאזורים. מימי החופים – חלים כלל הדינים הישראליים. באזור הסמוך, שזה 12 מייל ימי נוסף אחרי המים הטריטוריאליים – פיקוח ואכיפה בתחומי הבטיחות, הגירה, בריאות והיגיינה. באזור הכלכלי הבלעדי – יש לנו הבחנה בין מתקנים קובעים למתקנים אחרים. מתקנים לא קובעים – יחולו הביטוח הלאומי וביטוח בריאות, ובמתקנים הקובעים, שהם בעיקר מתקני הפקה, גם מה שציינתי כעת וגן חקיקת עבודה ורווחה – עובדים שם אנשים, ולכן יש להסדיר את ההיבטים האלה..."

⁷⁵ הצעת חוק האזורים הימיים, עמ' 48.

⁷⁶ שם, עמ' 52, 54.

⁷⁷ הצעת חוק השטחים תת-ימיים, תשי"ב-1952, הצעות חוק 188, כ' באב תשי"ב, 11.8.1952.

מכך אין להסיק כי לקרקע ולתת הקרקע במים הכלכליים מעמד נורמטיבי שונה ממעמדם של מימי לב הים ביחס להיקף תחולת הדין הישראלי, שבו לא דן חוק השטחים התת-ימיים. כאמור, בהיבט זה עסקה חוות הדעת של עו"ד ליכט. ויובהר, חוק שטחים תת-ימיים לא ביקש ליצור החלה של "המשפט, השיפוט והמינהל" על כל האזור בו חל החוק, קרי על המים הכלכליים של ישראל.

בעקבות המסקנה הנובעת מחוות הדעת האמורה של מר ליכט ויישומה לאורך השנים, כמו גם המעמד המשפטי הייחודי שיש למים כלכליים במשפט הבין-לאומי, מתעוררת שאלה לגבי תחולת חוק היסוד על שטחים מעין אלה מלכתחילה, ואף ללא קשר לנסיבות הייחודיות של אזור המחלוקת הקיימות כאן.

כאמור, נקודת המוצא היא הקביעה כי באזורים הכלכליים חלים רק חלק מחוקי המדינה אך לא כולם, וכי התחולה נובעת ממעמדם המיוחד של אזורים אלה בהתאם לדין הבין-לאומי. ניתן לטעון שהעובדה שתחומי משפט שלמים, הרלוונטיים לסמכויות שמדינת החוף מפעילה באזורים הכלכליים, הוחלו באזורים אלה (כגון בתחומי הגז והנפט, הגנה על הסביבה, חוקים פיסקאליים ודיני עבודה הנוגעים לעבודה במתקני הפקת הגז הטבעי), מספיקה על-מנת לקבוע שיש תחולה לחוק יסוד משאל עם באזורים מעין אלה. על פי גישה זו, די בכך שהמדינה מחילה סמכויות ריבוניות מסוימות בשטח מסוים כדי להכניסו תחת כנפי חוק היסוד. עמדה זו אינה תואמת את לשונו של חוק היסוד הנוקט בצורת הביטוי המיוחד "המשפט, השיפוט והמינהל" להבדיל מ"משפט, שיפוט ומינהל", את תכלית חקיקתו ואת ההיסטוריה החקיקתית שלו. אכן, חוק היסוד כיוון לתחולה מלאה וממשית של השיפוט המשפט והמינהל במובן שמבטא את רעיון הריבונות. כמוסבר לעיל, מה שעמד לנגד עיני חברי הכנסת היה בעיקר ויתור על ריבונות בשטחים שמדינת ישראל החילה עליהם באופן ברור ומפורש את השיפוט, המשפט והמינהל, כגון רמת הגולן וירושלים. במקרים כאלה של ויתור על שטחים הכפופים מעצם הגדרתם החוקית בישראל לכלל סמכויותיה הריבוניות של המדינה, ראה המחוקק לנכון להתנות זאת באישור במשאל עם או ברוב של 80 חברי כנסת. תחולה חלקית של חוקים מסוימים, האינהרנטית לאזורים הימיים, לא עמדה לנגד עיני המחוקק וספק רב אם היא עולה כדי תחולה של "המשפט השיפוט והמינהל" במובן המהותי שאליו כיוון חוק היסוד. זאת, גם בלי להידרש לשאלות הסבוכות של תחולה חוץ-טריטוריאלית של חקיקה בכלל, ושל חוקי היסוד בפרט. לפיכך, לעמדתנו, אין בויתור על שטח במים הכלכליים שבהם חלים דינים מסוימים בלבד, כדי להיכלל בגדרי הוראת חוק היסוד. כאמור, עריכת משאל עם הינה מהלך חריג ויש להידרש למהלך כזה רק כאשר מתקיים החשש העומד בלב חוק היסוד – ויתור על ריבונות בשטח שבו ישראל בחרה להחילה באופן מלא.

להשלמת התמונה יצוין, כי הפרשנות לפיה חוק היסוד לא חל על המים הכלכליים, אינה בגדר חידוש, שכן בשנת 2010 חתמה הממשלה על הסכם תיחום האזור הכלכלי הבלעדי עם קפריסין משנת 2010 (כמה חודשים קודם להחלטה 3452). הסכם זה נגע לקו הגבול הימי עם ישראל באזור המים הכלכליים וכלל בעיקרו קואורדינטות לתיחום האזור הכלכלי הבלעדי מול קפריסין כולל אמירות שונות לגבי המשך שיתופי הפעולה בין הצדדים, למשל בהיבטים של מאגרים חוצי גבולות. הסכם זה לא הובא לכנסת, וכל שכן שלא נערך לגביו משאל עם.

3. סיכום – היעדר תחולת חוק יסוד משאל עם

בחלק זה בחנו את שאלת תחולת חוק יסוד : משאל עם על הסכם עם לבנון לתיחום הגבול הימי. כמוסבר לעיל, ועל בסיס חוות הדעת של הייעוץ המשפטי במשרד החוץ, החלטת הממשלה 3452 אשר קבעה את קו התיחום הימי הצפוני וההפקדה של הקו באו"ם בעקבותיה, לא נועדו לשרטט תחום גבול ריבוני, אלא לשמר את תביעתה של ישראל במישור הבין-לאומי אל מול הצעדים הקודמים שבהם נקטה לבנון בהקשר זה. ישראל הביעה את עמדתה כי היא רואה באזור המחלוקת כשטח הכפוף לשיח ומשא ומתן בין המדינות, לשם קביעת גבול מוסכם בהתאם לדין הבין-לאומי. לפיכך, אין לראות באזור המחלוקת כשטח שבו ישראל החילה את "המשפט, השיפוט והמינהל" שלה, כמשמעות מונח זה בחוק היסוד. משכך, אין מקום לבחון את ההסדר המתגבש מול לבנון כהעברת שטח ריבוני של מדינת ישראל, ולחייב את אישורו בעריכת משאל עם.

כמו כן, חוק היסוד לא נועד, מלכתחילה, לחול על שטחי המים הכלכליים, שבהם, המסגרת המשפטית הייחודית היא כזו שלא חלים בהם באופן מלא "המשפט, השיפוט והמינהל" של מדינת החוף.

מסקנתנו היא אפוא כי שינוי קו התיחום בתוך אזור המחלוקת כתוצאה מהסכם בין ישראל ללבנון אינה כפופה להליך הקבוע בחוק יסוד משאל עם ובחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999.

לבסוף אעיר, כי למיטב ידיעתנו, שאלת פרשנותם של חוקים אלה, ובוודאי שאלת תחולתם בנסיבות מיוחדות כגון אלו, לא התלבנה בפסיקה. הצגנו לעיל את עמדתנו בנושא, אולם ודאי שיתכנו פרשנויות אחרות של ההוראות של חוקים אלה, המבקשות להחילן על נסיבות רחבות יותר מכפי שתוארו. לעמדתנו, כאמור, כוונת המחוקק העולה מלשון דברי חקיקה אלה ותכליתן, בין השאר בשים לב להיסטוריה החקיקתית שלהם, מבססת באופן משכנע את המסקנה שלפיה החוקים הנ"ל אינם חלים על הנסיבות של הסכם תיחום הקו הימי. עקב העתירות שהוגשו בנושא, בג"ץ יידרש להכריע בדבר.

משהגענו למסקנה כי **אין מניעה** לחתום על ההסכם בתקופת הבחירות וכי חוק יסוד : משאל עם אינו חל, יש מקום לבחון מהו ההליך הנדרש כדי לאשר את ההסכם בממשלה ובכנסת.

ה. מהו ההליך הנדרש כדי לאשר את ההסכם בממשלה ובכנסת?

בחלק זה של חוות הדעת נבקש לעמוד על עצם סמכות הממשלה להתקשר בהסכמים בין-לאומיים ונבחן את מקומה של הכנסת בהליך, בהתאם לחוקים ולהסדרים הרלוונטיים. בתוך כך, נסקור

מקרי עבר שבמסגרתם נדרשו היועצים המשפטיים לממשלה לדורותיהם לשאלת הצורך בהבאתם של הסכמים בין-לאומיים לאישור הכנסת ואת הפרקטיקה שהתפתחה בעניין זה. לבסוף נעמוד על שאלת הפיקוח הפרלמנטרי המתאים לנסיבות ההסכם שמתגבש עם לבנון.

1. האם מדובר בהסכם בין-לאומי?

כמפורט לעיל,⁷⁸ ההסכם לתיחום הגבול הימי בין ישראל ללבנון צפוי להיעשות בצורה של חילופי מכתבים בין ישראל לארה"ב וחילופי מכתבים בין לבנון וארה"ב. לפי אמנת וינה בדבר דיני אמנות משנת 1969,⁷⁹ אמנה בין-לאומית מוגדרת כהסכם בין-לאומי שנכרת בין מדינות בכתב ונשלט על ידי המשפט הבין-לאומי, בין אם נעשה במסמך אחד או יותר ויהא כינויו אשר יהא.⁸⁰ משכך, גם חילופי אגרות, מזכרי הבנות ופרוטוקולים מהווים אמצעים מתאימים לתיעוד הסכמים בין-לאומיים. כמו כן, ישנם תקדימים לכך שחילופי אגרות מול צד שלישי הוגדרו הלכה למעשה כהסכמים בין-לאומיים בני שני הצדדים ששלחו את "אגרות ההסכמה" לצד השלישי, והכל בהתאם לכוונת הצדדים, כפי שנלמדה מנסיבות ההתקשרות.⁸¹ נוכח האמור, בכפוף להסכמות הסופיות בין הצדדים, חילופי המכתבים של ישראל ולבנון מול ארה"ב יהיו הסכם בין-לאומי.

2. סמכות הממשלה להתקשר בהסכמים בין-לאומיים

הסמכות להתחייב בשם המדינה בהסכמים בין-לאומיים נתונה לממשלה ונובעת מסמכותה השירית הקבועה בסעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה.⁸² על פי סעיף זה "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". סעיף 1 לחוק היסוד מהווה אף הוא מקור לסמכותה של הממשלה לאשרר הסכמים בין-לאומיים.⁸³

על אף שלאורך השנים הונחו על שולחן הכנסת הצעות חוק שונות שביקשו להתוות את אופן אישור ההסכמים על-ידי הממשלה, הצעות החוק השונות לא הבשילו, ואופן ההתקשרות בהסכמים בין-

⁷⁸ ראו פרק ב' לחוות הדעת.

⁷⁹ ישראל, לבנון וארה"ב אינן צד לאמנה אך הוראותיה הרלוונטיות נחשבות כמשפט בין-לאומי מנהגי.
⁸⁰ סעיף 1(a) לאמנת וינה קובע כאמור: "treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation
⁸¹ כך, למשל, הסכם בין קטאר לבחריין באמצעות חילופי אגרות מול ערב הסעודית על הפניית סכסוך לבית הדין הבין-לאומי לצדק משנת 2015, הסכם בין ארה"ב לאיראן באמצעות חילופי אגרות מול אלג'יריה על מנגנון ליישוב סכסוכים על רכוש בעקבות המהפכה משנת 1981 (1981, p. 19) (Anthony Aust, Modern Treaty Law and Practice (2013)) והסכם בין ישראל ומצרים, באמצעות חילופי אגרות מול ארה"ב, בעניין חילופי שגרירים כחלק מהסכם השלום. (אסתר אפרת-סמילג, דיני אמנות והפרקטיקה הישראלית, עמ' 751. בתוך: רוני וסיבל, המשפט הבינלאומי (2016). כתבי אמנה 25, עמ' 755).

⁸² "הסמכות לכרות אמנות במדינת ישראל: ניתוח ביקורתי והצעה לרפורמה", בעריכת פרופ' משה הירש, עמ' 41. מסתמך על מאמרה של פרופ' רות לפידות:

Ruth Lapidot, National Treaty Law and Practice: Israel in NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICES 385 (Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakseele and L. Benjamin Ederington eds. 2005).

⁸³ בפרשת וייס נקבע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה (סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה). מכוחה זה ומסמכויות נוספות הנתונות לה (ראו, למשל, סעיפים 40 ו-51 לחוק-יסוד: הממשלה) היא מוסמכת לנהל את מדיניות החוץ והביטחון של המדינה." (סעיף 40 הנ"ל הוא סעיף 32 בחוק יסוד הממשלה הנוכחי. ר' גם ע"פ 131/67 הישמט קמייאר נ' מדינת ישראל, כב(2) 85, 97-96 (1968).

לאומיים לא הוסדר בחקיקה, אלא במנגנונים ומסמכים פנים-ממשלתיים. ההסדר הרלוונטי לעניין הסכמים בין-לאומיים קבוע בסעיף 10 לתקנון לעבודת הממשלה ה-36 (ממשלת חילופים) (להלן: "התקנון"), העוסק ב"אשרור ואישור אמנות בינלאומיות".

הסעיף קובע כי על שר המבקש להגיש הצעה להחלטה בדבר אשרור אמנה בין-לאומית להעביר למזכיר הכנסת, שבועיים קודם לכן, שני עותקים מנוסח האמנה בתרגומה לעברית ואת עיקריה, על מנת שזה יביאם לידעת חברי הכנסת (סעיף 10(א)). הליך האשרור מתבצע לאחר חתימה על אמנה, וככלל מהווה תנאי, על פי ההליכים פנימיים, לכניסתה של אמנה לתוקף. ההליך הקבוע בסעיף 10(א) יחול, בין היתר, גם על אישור הממשלה לחתימה על אמנה בין-לאומית דו צדדית אשר בשל צורך מיוחד, שיפורט בדברי ההסבר, נכנסת לתוקף עם מעשה החתימה עצמו (סעיף 10(ד)) – מצב הדומה למצב בענייננו. לבסוף נקבע בסעיף, כי הממשלה רשאית לקבוע כי בשל חשיבותה תוגש אמנה בין-לאומית גם לאישור הכנסת (סעיף 10(ה)). בנוסף, הסעיף מסמיך את ראש הממשלה 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 (סעיף 10(ו)) – וזאת, לאחר התייעצות עם השר המוביל את הטיפול באמנה הבין-לאומית ועם שר החוץ, וכן עם שר הביטחון, מטעמים מיוחדים של ביטחון המדינה.⁸⁴

ההסדר האמור בתקנון מתייחס לפי לשונו לכל הסכם בין-לאומי שמדינת ישראל תתחייב עליו באותו אופן, יהא זה הסכם סטנדרטי לשיתוף פעולה כלכלי בתחום מסוים או הסכם מדיני משמעותי עם מדינה שישאל לא קיימה עמה יחסים דיפלומטיים עד כה. על כל פנים, כפי שצוין לעיל, ההסכם לתיחום הגבול הימי בין ישראל לבנון הוא הסכם בין-לאומי, ועל כן אין חולק כי ההסדר האמור בתקנון חל לגביו.

⁸⁴ להלן נוסחו המלא של סעיף 10 לתקנון:

"(א) שר המבקש להגיש הצעה להחלטה בדבר אשרור אמנה בינלאומית יעביר למזכיר הכנסת, שבועיים קודם, שני עותקים מנוסח האמנה בתרגומה לעברית ואת עיקריה, על מנת שזה יביאם לידעת 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 עותק האמנה לידעת הכנסת כאמור לעיל ובחלוף פרק הזמן הנקוב בסעיף (א) לעיל, תועבר למזכיר הממשלה על-ידי השר המגיש הצעת החלטה בעניין אשרור האמנה. להצעת החלטה יצורפו נוסח האמנה בתרגומה לעברית ועיקריה. דברי ההסבר להצעת החלטה יובאו כמפורט בסעיף 4 ובנספח א לתקנון זה. כמו-כן יובאו עמדות משרד החוץ ומשרד המשפטים. ננקטה בכנסת פעולה בעניין האמנה בהתאם לתקנון הכנסת, יודיע על כך השר מגיש ההצעה בדברי ההסבר. מזכיר הממשלה יעביר את הצעת החלטה בדבר אשרור האמנה לידעת כל חברי הממשלה, ויבקש את עמדתם בדרך שנוהגים בסעיף (ב19) בתקנון.

(ד) ההליך הקבוע בסעיף זה יחול גם על:

(1) אישור הממשלה להצטרפות לאמנה בינלאומית רב צדדית (accession).

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

(ה) הממשלה רשאית לקבוע כי בשל חשיבותה תוגש אמנה בינלאומית 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 החלטה המוגשת לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, בהתאם לסעיף (ו) לעיל, יצורפו נוסח האמנה בתרגומה לעברית ועיקריה. דברי ההסבר להצעת החלטה יובאו כמפורט בסעיף 1 ובנספח א' לתקנון זה. כמו-כן יובאו עמדות 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."

ואולם, יישומו של הסדר זה כפוף כמובן לכללי המשפט המנהלי שמחייבים את הממשלה בפעולותיה. כמו כן, כפי שיפורט בהמשך, התפתחה לאורך השנים פרקטיקה מסוימת בנוגע להסכמים מהסוג בו עסקינן אשר גם אליה יש ליתן את הדעת. נוכח האמור, מתעוררת השאלה מהי הדרך שבה על הממשלה לפעול בכל הנוגע לפיקוח הפרלמנטרי על ההסכם, ובפרט האם קמה חובה משפטית להביא את ההסכם לאישור הכנסת.

3. שאלת הצורך בהבאת הסכמים בין-לאומיים לאישור הכנסת

כאמור, לפי התקנון, ברירת המחדל היא כי שבועיים לפני הגשת הצעת החלטה לאישורו של הסכם בין-לאומי ע"י הממשלה, יש להעבירו למזכיר הכנסת על מנת שיביאו לדעת חברי הכנסת. מדובר בכלל אשר אומץ על-ידי הממשלה כבר בשנת 1984 ומטרתו לאפשר לכנסת לבצע פיקוח פרלמנטרי על ההסכם - לבחון אותו, ליזום דיון לגביו ולהעיר את הערותיה לממשלה. ניתן לחרוג מכלל זה, אם לדעת השר המגיש, בהסכמת שר החוץ ושר המשפטים, טעמי דחיפות או סודיות מחייבים "לדלג" על שלב הבאת ההסכם לכנסת (סעיף 10(ב)).

באשר לצורך באישור הכנסת, למעט הסכמים מיוחדים שאישורם מוסדר בחקיקה מיוחדת, אין הוראת דין המחייבת את הממשלה להביא הסכמים בין-לאומיים לאישור הכנסת. כאמור לעיל, סעיף 10(ה) לתקנון הותיר סוגיה זו לשיקול דעת של הממשלה, בקובעו כי הממשלה רשאית להחליט כי בשל חשיבותה תוגש אמנה בין-לאומית גם לאישור הכנסת.

עם זאת, על אף היעדר חובה מפורשת להבאת הסכמים בין-לאומיים לאישור הכנסת, ניתן לראות כי במהלך השנים ננקט דפוס פעולה מסוים, לפיו ממשלות ישראל נהגו להביא הסכמים מדיניים חשובים או הסכמים בעלי חשיבות מיוחדת לאישור הכנסת, מראש או בדיעבד. יש אף שגרסו כי דפוס פעולה זה הפך למנהג חוקתי.⁸⁵ יחד עם זאת, לא אומצה בפסיקה אל המשפט הישראלי, דוקטרינת המנהג חוקתי לא הוכרה בפסיקה, ולא נקלטה במשפט הישראלי. וכן לא הוכרה האפשרות המשפטית לאכוף מנהג שכזה באופן מחייב, אף אם היה מתקיים.⁸⁶ כך למשל, דחה ביהמ"ש העליון, בשנת 1995, טענות נגד סמכות הממשלה לחתום על הסכם הביניים ללא אישור מראש של הכנסת וקבע כי העותר לא הצליח להראות קיומה של נורמה משפטית מחייבת, המתנה את תוקפם של הסכמים בעלי אופי מדיני, שנערכו בין מדינת ישראל לגופים אחרים במישור המשפט הבין-לאומי, באישורה המוקדם של הכנסת.⁸⁷ בנוסף, בשנת 2001, קבע נשיא בית המשפט העליון

⁸⁵ שמעון שטרית, "תפקיד הכנסת בכריתת אמנות", הפרקליט לו (תשמ"ו) 349, בעמ' 351; אמנון רובינשטיין וברק מדינה, "המשפט החוקתי של מדינת ישראל" (כרך ב, מהדורה שישית, תשס"ה, 2005), בעמ' 918.

⁸⁶ ראו לעניין זה חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה דאז, מני מזוז, בעניין הצורך באישור הכנסת להסדר פריסת כוחות מצריים באזור ציר פילדלפי (חוות דעת מיום 6 ביולי 2005). חוות הדעת של מני מזוז קבעה כאמור: "אף שהדין אינו מחייב זאת - התפתחה בישראל פרקטיקה - שטרם הוכרע אם היא עולה כדי נוהג חוקתי מחייב - לפיה הממשלה מביאה לאישור הכנסת, מראש או בדיעבד, "אמנות בינלאומיות בעלות חשיבות מיוחדת" [...]. אכן, כאשר מדובר ב"אמנות בינלאומיות בעלות חשיבות מיוחדת", כגון הסכמי שלום והסכמים הכרוכים בויתור על שטחים, מן הראוי כי הממשלה תביא הסכמים אלו לאישורה של הכנסת כדי "לקבל את ברכתה", אף אם הדין אינו מחייב לעשות כן". פסקה 14 לחוות הדעת. דברים דומים נכתבו גם בחוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת, איל ינון, בעניין הצורך באישור הכנסת לתגבור כוחות הצבא המצרי בסיני בעקבות המשבר הפוליטי במצרים (חוות דעת מיום 13 בפברואר 2011).

⁸⁷ בג"ץ 5934/95 דב שילנסקי נ' ראש הממשלה, (27.9.95). יצוין כי בסופו של דבר הביאה הממשלה את הסכם הביניים לאישור הכנסת כשבוע לאחר חתימתו (על פי הוראות ההסכם הוא נכנס לתוקף עם החתימה עליו).

דאז, אהרון ברק, כי לא הוכח קיומו של מנהג חוקתי לפיו יש להביא אמנות בעלות חשיבות מיוחדת לאישור הכנסת **טרם** חתימתן.⁸⁸ עוד חשוב לציין כי התנהלות הממשלות, בפועל, לא תמיד הייתה אחידה ולאורך ההיסטוריה היו גם הסכמים מדיניים שלא הובאו לאישור הכנסת.⁸⁹ בהינתן שלא ניתן להצביע על פרקטיקה עקבית ואחידה של הממשלה בסוגיה, ובהעדר "תודעת חיוב" מצד הממשלה בדבר החובה להביא הסכמים אלה לאישור הכנסת, אין מקום לשינוי מהעמדה המסורתית לפיה ככלל לא קמה לממשלה חובה משפטית להביא הסכמים מדיניים לאישור הכנסת.

Commented [GN12]: מוודא שיש מונח ושיש לו משמעות במשפט המנהלי?

Commented [IA13R12]: תשובת חיליק: יש לכך התייחסות במסגרת פסקי הדין שעסקו בשאלת המנהג החוקתי.

עם זאת, יש לציין כי בית המשפט הכיר בכוחו של מנהג להשפיע על פרשנותו של הסדר משפטי או על הערכת סבירותה של הפעולה המינהלית במסגרת ביקורת שיפוטית.⁹⁰ בהמשך לאמור, נסקור להלן את עמדות היועצים משפטיים לממשלה ולכנסת אשר נדרשו לסוגיה זו בעבר, תוך הבאת דוגמאות לפרקטיקה של ממשלות ישראל לגבי הסכמים שונים, ולאורם נתייחס להסכם הנוכחי ולנסיבותיו הייחודיות.

4. חוות דעת קודמות לעניין הצורך בהבאת הסכמים בין-לאומיים לאישור הכנסת

כבר בפתח הדברים יובהר, כי חוות הדעת שניתנו בעבר בנוגע להבאת הסכמים מדיניים לאישור הכנסת, גובשו בהקשר של הסכמי שלום או הסכמי פריסת כוחות, ולא מצאנו חוות דעת שמתייחסת להסכמים שדומים במהותם להסכם התייחוס הימי.

א. היועץ המשפטי לממשלה, **מיכאל בן יאיר**, נדרש לשאלת הגשת הסכמים מדיניים לכנסת בחוות דעת מיום 23.10.94.⁹¹ בחוות דעתו קבע בן יאיר, בין היתר, כי:

"אין [הממשלה] זקוקה לאישור הכנסת לשם אישור הסכמים בינלאומיים... עם זאת, ראינו כי ככל הנוגע להסכמים מדיניים⁹², התמידה הממשלה בהבאת הסכמים אלה לכנסת, בין על דרך דיווח סתם, בין על דרך אישור טיוטת הסכם (לאחר גיבוש נוסח וחתימה עליו בראשי תיבות) ובין על דרך אישור בדיעבד... אני סבור כי ראוי לה לממשלת ישראל להביא הסכמים מדיניים בפני הכנסת, על מנת שיוזכו לברכת

⁸⁸ בעניין וייס, בית המשפט מצא כי מקובל להביא אישור של הסכם בעל חשיבות מיוחדת לכנסת, בין היתר על סמך עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין. בית המשפט לא קבע כי מדובר בחובה. צוין כי: "אשר לאשרורן של אמנות בינלאומיות בעלות חשיבות מיוחדת, מקובל על הממשלה (מפי היועץ המשפטי לממשלה בפנינו) כי כל הסכם שיערך בעניין זה יובא לאישור הכנסת".

⁸⁹ כך למשל, כפי שמובא בהמשך מתוך חוות הדעת של יועמ"ש הכנסת, לא הובאו לאישור הכנסת ההסכם על העברת סמכויות בין ישראל לפלסטינים, ההסכם על נוכחות בין-לאומית זמנית בחברון, פרוטוקול בנוגע למעבר הבטוח בין עזה לגדה המערבית והסכם ההבנות בדבר בניית נמל ימי בעזה.

⁹⁰ ר' בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (א"י"ש 20.8.2020); בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (א"י"ש 1.12.2017).

⁹¹ חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן-יאיר, בעניין הגשת הסכמים מדיניים לכנסת, 1994 (להלן: חוות דעת בן-יאיר). נראה כי חוות הדעת התבקשה בהקשר של הצהרת העקרונות עם ירדן מיום 25.7.94, שקדמה להסכם השלום עם ירדן, אך היא מנוסחת באופן כללי ואינה כוללת התייחסות ספציפית לעניין הצהרה.

⁹² בהתייחסותו להסכמים מדיניים נראה כי בן יאיר מתייחס להסכמי שביתת נשק, הסכמי הפרדת כוחות, הסכמי ביניים וחווה שלום – פסקה 4.4 לחוות הדעת.

הרשות המחוקקת. אין המדובר בהכרח, בחובה, שסנקציה או בטלות בצידה. המדובר במוסכמה או בנוהג הנגזרים מעצם המבנה החוקתי של מדינת ישראל ומן הפרקטיקה שנהגה באשר להסכמים מעין אלה.⁹³

ב. היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, נדרש בחוות דעת מיום 6.7.05 לשאלה האם ההסדר לפריסת כוחות מצריים באזור פילדלפי (שכונה גם "הסדר משטרת הגבול (מ"ג)") טעון אישור הכנסת. בחוות דעתו קבע, בין היתר, כי:

"הנה כי כן, אף שהדין אינו מחייב זאת, התפתחה בישראל פרקטיקה – שטרם הוכרע אם היא עולה כדי נוהג חוקתי מחייב – לפיה הממשלה מביאה לאישור הכנסת, מראש או בדיעבד, "אמנות בינלאומיות בעלות חשיבות מיוחדת", כלשון בית המשפט בפרשת וייס לעיל. אכן, כאשר מדובר ב"אמנות בינלאומיות בעלות חשיבות מיוחדת", כגון הסכמי שלום והסכמים הכרוכים בויתור על שטחים, מן הראוי כי הממשלה תביא הסכמים אלה לאישורה של הכנסת, כדי "לקבל את ברכתה", אף אם הדין אינו מחייב לעשות כן. גישה זו נובעת ממעמדה של הכנסת ומתפקידי הפיקוח שלה על הרשות המבצעת, ומהמשמעויות מרחיקות-הלכת של הסכמים מעין אלה.⁹⁴

יצוין כי ביחס להסדר לפריסת הכוחות המצריים באזור פילדלפי, שהיה מונח לפתחו, מצא מזוז כי "אין לראותו – לפי כל הגדרה – כ"הסכם מדיני בעל חשיבות מיוחדת" ולכן "אין מדובר בהסכם או באמנה הטעונים אישור של הכנסת לפי הפרקטיקה או הנוהג שהתגבשו בישראל". בסופו של דבר החליטה הממשלה להביא את ההסדר בפני הכנסת (ככל הנראה מטעמים "ציבוריים"), לאחר שאישרה את חתימתו ותוך הבהרה כי נציג צה"ל יוכל לתתם על ההסדר רק לאחר קבלת אישור הכנסת.⁹⁵ הכנסת אישרה את החתימה,⁹⁶ וההסדר נחתם.⁹⁷

ג. היועץ המשפטי לכנסת, איל ינון, נדרש בחוות דעת מיום 13.2.11 לשאלת הצורך באישור הכנסת לתגבור כוחות הצבא המצרי בסיני. בחוות דעתו מצא, בין היתר, כי:

"בדיקת הפרקטיקה הנוהגת מאז הקמת המדינה ועד היום מצביעה על כך שהממשלה הביאה לאישור הכנסת הסכמים רבים בעלי חשיבות מדינית מיוחדת, גם בלא שהיה מדובר בויתור על שטח ריבוני... אולם, ככל הנראה, בשל העדר נורמה מחייבת (בין מכות חוק מפורש ובין מכוח מנהג חוקתי מחייב), ואי הבהירות המאפיינת את הסוגיה, לעיתים נהגת הממשלה להביא את ההסכמים לאישור הכנסת לפני חתימתם

⁹³ שם, פסקה 3.3.

⁹⁴ חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, בעניין הצורך באישור הכנסת להסדר פריסת כוחות מצריים באזור ציר פילדלפי (חוות דעת מיום 6 ביולי 2005), פסקה 14. (להלן: "חוות דעת מזוז").

⁹⁵ החלטת ממשלה מס' 2404 מיום 28.8.2005.

⁹⁶ הכנסת אישרה את הודעת הממשלה בעניין ההסדר ביום 31.8.2005.

⁹⁷ ההסדר נחתם ביום ה-1.9.2005.

לכך, לדוגמה, בהסכם השלום עם מצרים⁹⁸ ובהסכם השלום עם ירדן⁹⁹, ולעיתים לאחר חתימתם (כך, לדוגמה, בהסכם עזה ויריחו¹⁰¹, בהסכם הביניים עם הפלסטינים¹⁰² וכן בהסכם וואי עם הפלסטינים¹⁰³). לצד דוגמאות אלה, היו מקרים בהם הממשלה ביכרה שלא להביא הסכמים בינלאומיים חשובים לאישור הכנסת (כך, לדוגמה, ההסכם על העברת סמכויות בין ישראל לפלסטינים¹⁰⁵, ההסכם על נוכחות בינלאומית זמנית בחברון¹⁰⁶, פרוטוקול בנוגע למעבר בטוח בין עזה לגדה המערבית¹⁰⁷, ההסכם הבנות בדבר בניית נמל ימי בעזה¹⁰⁸ ו¹⁰⁹ חוסר הקוהרנטיות בעניין זה נובע, ככל הנראה, מכך שהסיבה להבאת ההסכמים לאישור הכנסת לא נגזרת ממחויבות שבדין... אלא מכך שהממשלה "העדיפה להביאם לאישור הכנסת מסיבות פוליטיות וציבוריות בעקרון"¹¹⁰.

בהמשך לכך קבע כי:

"הנה כי כן, על פי המצב המשפטי הנוהג כיום אין כל דבר חקיקה המחייב את הממשלה להביא הסכמים בינלאומיים חשובים לאישור הכנסת (למעט הסכמים הכרוכים בויתור על שטחים משטחי מדינת ישראל), לפיכך, ספק רב אם הפרקטיקה שנוצרה, הראויה בפני כשלעצמה, להביא הסכמים חשובים לאישור הכנסת, הינה אכיפה מבחינה משפטית. על כן, חתימת הממשלה על הסכם כזה בוודאי תחייב את המדינה, הן במישור הפנימי והן במישור הבינלאומי, גם אם ההסכם לא הובא לאישור הכנסת."¹¹¹

ביחס להסדר תגבור הכוחות המצריים בסיני, מצא היועץ המשפטי לכנסת כי אין מדובר בתיקון להסכם השלום עם מצרים וכי נוכח הנסיבות יוצאות הדופן, הדחיפות והזמניות, ניתן לראות

⁹⁸ תאריך החתימה: 26.3.79. תאריך הדיון בכנסת: 21.3.79 – כניסה לתוקף עם החלפת מסמכי האשרור.
⁹⁹ תאריך החתימה: 26.10.94. תאריך הדיון בכנסת: 25.10.94 – כניסה לתוקף עם החלפת מסמכי האשרור.
¹⁰⁰ חוות דעת מזוז מציינת תחת הסכמים אלו גם את הפרוטוקול לגבי הפריסה מחדש בחברון, תאריך החתימה: 17.1.97. ותאריך הדיון בכנסת: 16.1.97 (פריסה מחדש 10 ימים לאחר חתימה); את ההסכם השלום בין ישראל ללבנון, תאריך החתימה: 17.5.83. ותאריך הדיון בכנסת: 16.5.83 (כניסה לתוקף עם החלפת מסמכי האשרור); ואת הפרוטוקול על הקמת הכוח הרב הלאומי ומשקיפים בסיני, תאריך החתימה: 3.8.81. ותאריך הדיון בכנסת: 28.7.81 (כניסה לתוקף עם הודעה על מילוי הדרישות החוקתיות של כל צד).
¹⁰¹ תאריך החתימה: 4.5.94. תאריך הדיון בכנסת: 11.5.94 – כניסה לתוקף עם החתימה.
¹⁰² תאריך החתימה: 28.9.95. תאריך הדיון בכנסת: 5.10.95 – כניסה לתוקף עם החתימה.
¹⁰³ תאריך החתימה: 23.10.98. תאריך הדיון בכנסת: 17.11.98 – כניסה לתוקף 10 ימים לאחר החתימה.
¹⁰⁴ חוות דעת מזוז מציינת תחת הסכמים אלו גם את הסכמי קמפ-דיוויד, תאריך החתימה: 17.9.78. ותאריך הדיון בכנסת: 27.9.78; את ההסכם הצהרת העקרונות בין ישראל לאש"ף (הסכם אוסלו) תאריך החתימה: 13.9.93. ותאריך הדיון בכנסת: 23.9.93 (כניסה לתוקף חודש לאחר החתימה); ואת מזכר שארם (בין ישראל והפלסטינים) תאריך החתימה: 4.9.99. ותאריך הדיון בכנסת: 8.9.99 (כניסה לתוקף שבוע מיום החתימה).
¹⁰⁵ תאריך החתימה: 29.8.94 – כניסה לתוקף עם החתימה.
¹⁰⁶ תאריך החתימה: 9.5.96 – כניסה לתוקף עם החתימה.
¹⁰⁷ תאריך החתימה: 5.10.99 – כניסה לתוקף עם החתימה.
¹⁰⁸ תאריך החתימה: 20.9.00 – כניסה לתוקף עם החתימה.
¹⁰⁹ חוות דעת מזוז מציינת תחת הסכמים אלו גם את הפרוטוקול להקמה והפעלה של שדה תעופה בין-לאומי בעזה (נחתם ביום 20.11.98).
¹¹⁰ חוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת, איל ינון, בעניין הצורך באישור הכנסת לתגבור כוחות הצבא המצרי בסיני בעקבות המשבר הפוליטי במצרים (חוות דעת מיום 13 בפברואר 2011), פסקאות 7-8. (להלן: "חוות דעת ינון").
¹¹¹ חוות דעת ינון, פסקה 9.

בהכנסת הכוחות המצריים לתקופה מוגבלת, השלמה והתאמה של הסדרי הביטחון שבהסכם השלום לנסיבות המשתנות באזור. לדבריו, "בנסיבות אלה בוודאי שלא ניתן לקבוע שיש חובה להבאת הנושא לאישור הכנסת". יחד עם זאת, הוא ציין כי על אף שאין חובה לאשר את ההסדר הזמני במליאת הכנסת הוא סבור כי על ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, באמצעות אחת מוועדות המשנה שלה, לפקח על הנושא ולעקוב מקרוב על ההתפתחויות בעניין, נוכח רגישותו ומשמעותיותו.¹¹²

5. הבאת ההסכם לאישור הכנסת

כפי שסקרנו לעיל וכעולה מחוות הדעת שנוכרו, במצב הדברים הרגיל, בהתאם לעמדה העקבית של הייעוץ המשפטי לממשלה, אין חובה משפטית להבאת הסכמים בין-לאומיים לאישור הכנסת. אמנם, לאורך השנים התקיימה פרקטיקה מסוימת של ממשלות ישראל להביא לאישור הכנסת הסכמים מדיניים בעלי חשיבות מיוחדת, ובפרט הסכמי שלום,¹¹³ ולאחרונה הובאו גם הסכמי אברהם (ההסכמים עם איחוד האמירויות ובחריין וההצהרה המשותפת עם מרוקו) לאישור הכנסת, לאחר החתימה עליהם ולפני אשרורם על ידי הממשלה. אולם, כאמור, הפרקטיקה אינה אחידה וקיימים גם הסכמים מדיניים שלא הובאו לאישור הכנסת.

בנוסף, נראה שלא ניתן להצביע על פרקטיקה ספציפית שלפיה מובאים לאישור הכנסת של הסכמים בעניין תיחום איזורים ימיים. לישראל שני הסכמי תיחום מוקדמים יותר – ההסכם לתיחום מים טריטוריאליים עם ירדן, משנת 1996,¹¹⁴ וההסכם לתיחום האזור הכלכלי הבלעדי עם קפריסין, משנת 2010.¹¹⁵ למיטב ידיעתנו שני הסכמים אלה לא הובאו על ידי הממשלה לאישור הכנסת. יצוין גם כי החלטת הממשלה משנת 2011 לגבי קביעת אזורי התיחום של הקו הצפוני עם לבנון (שאינה בגדר הסכם בין-לאומי), אותה צפוי לשנות ההסכם המתגבש כעת, לא הובאה לאישור הכנסת.

הסכם התיחום הימי עם ירדן היווה השלמה להסכם השלום בין המדינות אשר הובא לאישור הכנסת, ואשר קבע כי המדינות ישלימו תוך מספר חודשים את גיבושו של הסכם תיחום האזורים הימיים ביניהן.¹¹⁶ יחד עם זאת ההתייחסות לכך בהסכם השלום הייתה כללית ביותר, והתיחום הימי עצמו נעשה במסגרת ההסכם המשלים, שכאמור, לא הובא לאישור הכנסת. ההסכם עם קפריסין עיגן הסכמות ביחס לקצוות האזור הכלכלי הבלעדי וביחס לזכויות כלכליות. בצד האמור נציין, כי למיטב ידיעתנו, הזכויות הכלכליות בהסכם עם קפריסין פחותות בהרבה, **כאשר החלק של**

¹¹² שם, פסקאות 16 ו-18.

¹¹³ בחוות דעתו משנת 1994, הדגיש בן יאיר כי להבדיל מהסכמים מדיניים אחרים, ראוי כי חווי שלום יובאו לכנסת בטרם הפכו "מעשה עשוי" (פסקה 4.6 לחוות הדעת).

¹¹⁴ Maritime Boundary Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan, 18 January 1996 (entry into force: 17 February 1996; registration #: 35333; registration date: 11 November 1998)

¹¹⁵ הסכם בין ממשלת מדינת ישראל לרפובליקה של קפריסין בדבר תחומת האיזור הכלכלי הבלעדי כתבי אמנה 1566, כרך 59 (נחתם ביום 17.12.2010, נכנס לתוקף ביום 25.2.2011).

¹¹⁶ סעיף 7(7) להסכם השלום עם ירדן – The Parties shall, upon the signature of the Treaty, enter into negotiations to conclude, within 9 months, an agreement on the delimitation of their maritime boundary in the Gulf of Aqaba.

המאגר שנמצא במים של ישראל או קרוב להם מוערך כקטן בהרבה מאשר ההערכות לגבי המאגר באזור המחלוקת מול לבנון. עם זאת, שיקולים כלכליים כשלעצמם לא היוו קו מנחה מרכזי בבחינת השאלה האם יש מקום להביא הסכמים לאישור הכנסת, וכעניין שבשגרה הממשלה חותמת על הסכמים בהיקפים כלכליים משמעותיים מאוד גם ללא אישור הכנסת (כאשר במידה ומדובר בהסכמים מסחריים באופיים, הם כלל אינם כפופים להליך בסעיף 10 לתקנון עבודת הממשלה).¹¹⁷

Commented [GN14]: דנה – לבדוק שוב לאור ההערכות האחרונות.

נראה אפוא כי ביחס להסכם תיחום הקו הצפוני קיימים שיקולים לכאן ולכאן. מצד אחד, אין מדובר בהסכם שלום או בהסדר מדיני ישיר מול מדינת אויב, או בהסדרת פריסת כוחות צבאיים של מדינה זרה, אשר הובאו כאמור בעבר לאישור הכנסת. אמנם, להסכם יש השלכות כלכליות ומדיניות, אך הדבר היה נכון גם ביחס להסכם עם קפריסין, שהשליך על חלוקת הרישיונות באזור הכלכלי הבלעדי ועל היחסים עם טורקיה באותה העת, והוא כאמור לא הובא לאישור הכנסת. מאידך גיסא, מדובר בהסכם שנעשה עם מדינת אויב (גם אם הוא נעשה בנסיבות העניין במנגנון מבוסס תיווך של צד שלישי). ההסכם עוסק בהסדרת גבול מול מדינה זו, גם אם הגבול הוא ימי בלבד והגבול בחלק הקרוב לחוף של המים הטריטוריאליים תואם את המצב הקיים בשטח, משיקולי ביטחון. בנוסף, להסכם יש נפקויות משמעותיות במישור המדיני והביטחוני, יש בו פוטנציאל לויתור על זכויות כלכליות בהיקף לא ידוע (שכן טרם ביצעו אקספלורציה לא ניתן לדעת מהו פוטנציאל ההפקה במאגר הגז), והוא משקף הכרעת מדיניות ביחס לאיזון בין שיקולים אלו.

נוכח האמור, גם לו היינו במצב דברים רגיל, אזי ביחס להסכם זה עמדנו הייתה כי הממשלה אינה נדרשת להביא את ההסכם לאישור הכנסת, שכן אין לקבל את הטענה בדבר קיומו של נוהג חוקתי מחייב. ברם, בענייננו קיים נתון מהותי נוסף שנדרש לקחת בחשבון בבחינת השאלה אם יש חובה לעשות כן, והוא העובדה שאנו מצויים בתקופת בחירות. לפיכך, יש לבחון מהי ההשפעה של דיני הבחירות על הנסיבות החריגות של חתימה על הסכם בין-לאומי בעל השלכות ביטחוניות, מדיניות וכלכליות בתקופה כה סמוכה למועד הבחירות.

כפי שפורט לעיל בפרק ג', מדובר כידוע בתקופה בה הממשלה מחויבת לנהוג באיפוק וריסון בהפעלת סמכויותיה לגבי כל אותם עניינים שאין כורח ודחיפות מיוחדת לפעול בעניינם בתקופה זו. קבלת החלטות ממשלה בעת הזו מחייבת איזון בין חובת האיפוק בעשייה של הממשלה היוצאת לבין הצורך בעשייה ובשמירה על רציפות הפעילות הממשלתית. זאת, על מנת שלא לכבול את ידי הממשלה הבאה לפעול בהתאם למדיניותה, וכך כדי למנוע חשש מפני השפעת שיקולי התמודדות בבחירות על החלטות המנהליות אשר על הפרק. מתחם הסבירות לעניין זה נבחן בשים לב למאפייניה של הסמכות הקונקרטית המופעלת ובהתחשב באיזון הנדרש בין הצורך בעשייה לבין דרישת האיפוק כאמור, כאשר "ככל שמידת החיוניות בפעולה השלטונית גוברת, כך תקטן מידת האיפוק הנדרשת, ולהפך".¹¹⁸

¹¹⁷ כך למשל ההסכמים עם חברות התרופות לרכישת חיסוני הקורונה עמדו על סכומים של עשרות מיליארדי ש"ח.

¹¹⁸ בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר, פסי' 9 (אר"ש 2005.12.26).

כאמור לעיל, לאור הנימוקים הביטחוניים והמדיניים כבדי המשקל, עמדתנו היא כי לא קיימת מניעה משפטית לחתום על ההסכם בתקופת ממשלת מעבר, על אף הסמיכות למועד הבחירות.¹¹⁹ אולם, לא ניתן להתעלם מהמורכבות הרבה והחריגות שבמהלך זה, עליהם עמדנו לעיל, אשר מחייבים לבחון האם נסיבותיה המיוחדות של התקופה הופכות את סמכותה של הממשלה להחליט כי בשל חשיבותה תוגש אמנה בין-לאומית גם לאישור הכנסת (סעיף 10(ה) לתקנון), מסמכות שברשות לסמכות שבחובה.¹²⁰

כפי שצוין לעיל, מדובר, כאמור, בהסכם לקביעת קו התיחום הימי בין מדינת ישראל לבין לבנון, שהיא מדינת אויב, עמה אין לישראל יחסי שלום. ההסכם מבטא תפיסה המבכרת יציבות אזורית וודאות כלכלית על פני אחיזה בשטחים מסוימים. זוהי הכרעת מדיניות מובהקת, שיש בה כדי לכבול את ידיהן של ממשלות ישראל הבאות. אמנם, אין מדובר בהסכם הנוגע לגבול יבשתי, או כזה הכולל פינוי שטחים ואוכלוסייה, כפי שעמד על הפרק בפרשת וייס, ואף אין מדובר, לפי חוות דעתנו, בהסכם שכולל ויתור על שטח שחל עליו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל, באופן המכפיף אותו לחוק יסוד: משאל עם. אך מן הצד השני, גם אין מדובר בהסכם לקביעת גבולות ימיים עם מדינה ידידותית אחרת, שבו עיקר ההכרעה היא בהיבטים הכלכליים בלבד. זאת ועוד, כפי שהתברר בימים האחרונים, קיימת מחלוקת פוליטית וציבורית עזה ביחס לחתימה על ההסכם, ואף הוגשו עתירות לבג"ץ, המבקשות בין היתר לחייב את הממשלה להביא את ההסכם לאישור הכנסת.

Commented [GN15]: הערה טכנית: להגדיר במקום מתאים במסמך למעלה את "פרשת וייס".

Commented [IA16R15]: מוגדר בהערת שוליים 9 (בנוסח של ערב 8.10.22).

לאור מכלול הנסיבות והשיקולים המתוארים, עמדתנו היא כי בעת הזו, הדרך המתאימה ביותר להלך בה היא הבאת ההסכם המתגבש עם לבנון לאישור הכנסת קודם לאישורו בממשלה. זאת, לנוכח השילוב בין המאפיינים המיוחדים של ההסכם כאמור לבין מאפייניה של התקופה שבה מכהנת ממשלה יוצאת, וביתר שאת משאנו מצויים בסמיכות רבה ביותר ליום הבחירות עצמו. נתונים אלו בהצטרבם מקרבים את סמכות הרשות להבאת ההסכם לאישור הכנסת לכדי סמכות שבחובה. יתר על כן, לאור חשיבות הנושא, רגישות קבלת ההחלטה בתקופה זו, ובשים לב לכך שלפי הוראת סעיף 10 לתקנון, הממשלה היא זו אשר רשאית לקבוע כי הסכם בין-לאומי יוגש לאישור הכנסת, עמדתנו היא כי בנסיבות העניין הייחודיות, יש מקום כי ההכרעה בשאלה אם להביא את ההסכם לאישור הכנסת או רק לידיעתה, תתקבל על ידי הממשלה במליאתה. **כלומר יתקיים דיון במליאת הממשלה, ובו תוכרע השאלה, האם להביא את ההסכם לאישור הכנסת.**

למותר לציין כי ככל שתחליט הממשלה כי על אף האמור אין בכוונתה להביא את ההסכם לאישור הכנסת, בכל מקרה יש להבטיח שלכנסת תינתן האפשרות לערוך פיקוח פרלמנטרי על האישור, ועל כן למצער יש להביאו לידיעת הכנסת שבועיים לפחות לפני הבאתו לאישור הממשלה (כמתחייב לפי סעיף 10(א) לתקנון הממשלה), כאשר במהלך תקופה זו הכנסת יכולה לנקוט כל פעולה המותרת על

פי תקנון הכנסת.

Commented [AS17]: להכרעת היועצת האם אכן לכלול פיסקה זו

¹¹⁹ פרק ג' לחוות דעת זו.
¹²⁰ ר' בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים פ"ד לז(3) 29, 35 (1983); בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 21-22 (1996); יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, כרך א - המינהל הציבורי(מהדורה שנייה מורחבת, 2010), 322-323.

1. סיכום

חוות הדעת לעיל הציגה את הרקע להסכם המסתמן בין ישראל ללבנון לגבי הקו הצפוני ואת מאפייניו. לאור הניתוח של מרכיבים אלו, חוות הדעת הציעה מענה לשלוש השאלות המשפטיות שעומדות על הפרק ביחס להסכם. להלן בתמצית רבה התשובה לשאלות האמורות:

1. **האם יש מניעה משפטית לחתום על ההסכם בתקופת ממשלת המעבר?** – ישנם קשיים רבים בחתימה על ההסכם בתקופת **בחירות** (הממשלה היוצאת). מדובר בהסכם שמעורר קשיים בהיבטי הלכת האיפוק והריסון, לאור מחלוקת ציבורית חריפה ביותר והתחייבויות מדיניות לגבי תיחום גבולות ימיים שיכבלו ממשלות עתידיות. לצד זאת קיימים נימוקים ביטחוניים ומדיניים כבדי משקל לגבי הדחיפות והחיוניות בניצול חלון ההזדמנויות לחתימה על ההסכם שמכריעות את הכף לטובת היעדר מניעה משפטית לחתימה על ההסכם גם בעת הזאת.

2. **האם חוק יסוד: משאל עם חל על ההסכם?** – ישראל לא החילה את "המשפט, השיפוט והמנהל", כמשמעות מונח זה בחוק היסוד, על איזור הקו הצפוני בהחלטת הממשלה משנת 2011, אלא שהיה מדובר בהצהרה על תביעותיה הריבוניות של ישראל בתגובה לצעד דומה שבו נקטה לבנון. קו ישיר נמתח בין צעדים אלה לבין המו"מ וההסכם המונח לפתחנו כעת, שנועד ליישב מחלוקת זו. בחינת ההיסטוריה החקיקתית של חוק יסוד: משאל עם מלמדת כי המחוקק התכוון להחילו רק על מקרים בהם הוחלו המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל בצורה ברורה ומפורשת כפי שנעשה במקרים של ירושלים ורמת הגולן. כמו כן, האזורים הכלכליים אינם, מלכתחילה, אזורים שיש לראות בהם ככפופים באופן מלא ל"משפט, השיפוט והמנהל" של ישראל, כמשמעות מונח זה בחוק היסוד.

3. **ככל שחוק יסוד משאל-עם לא חל, מהו הליך האישור של ההסכם מבחינת הממשלה והכנסת?** – אין חובה בדין להביא הסכם מסוג זה לאישור הכנסת. לצד זאת, לאור האופי המיוחד של ההסכם, והקרבה המשמעותית לתאריך הבחירות, דרך המלך היא להביא את ההסכם לאישור הכנסת. ככל שההמשלה תחליט שלא לנקוט בדרך זו עליה לקבל את החלטה על כך במליאתה. בכל מקרה יש חשיבות רבה לפעול בהתאם לסעיף 10 לתקנון הממשלה ולהניח את ההסכם על שולחן הכנסת למשך 14 יום.

בברכה,

ד"ר גיל-עד נועם

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט בין-לאומי)

העתקים :

מר שרון אפק, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (מנהל מערך ייעוץ וחקיקה)
ד"ר גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי)
גבי אביטל סומפולינסקי, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי)
מר מאיר לוי, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט כלכלי)
גבי יעל ויינר, ראש תחום (משפט בין-לאומי), ייעוץ וחקיקה (משפט בין-לאומי)
גבי הילה אקרמן, ראש אשכול (משפט בין-לאומי כלכלי), ייעוץ וחקיקה (משפט בין-לאומי)