

ניתוח אונטולוגי למוסד החסידות הדיפלומטית:

פרשת השגריר בסיוני

מאת

מיכאל קרייני*

המאמר נכתב על רקע פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בעניין חסינותו הדיפלומטית של שגריר מצרים בישראל, מר מוחמד בסיוני. עיון בפסק הדין מעלה כמה תהיות. ראשית, אין בפסק הדין תיאור לנסיבות שהולידו את התביעה האזרחית נגד השגריר. גם ההנמקה המשפטית בפסק הדין – שמבחינה כמותית נחזית כמקיפה – אינה מציעה הסברים משכנעים למציאות שלפיה נציג דיפלומטי נהנה מחסידות מפני תביעה אזרחית גם כשהוא נתבע בגין פעילות שבעליל אינה תלויה בתפקידו. אחת הטענות המרכזיות במאמר היא שעמדתו של בית המשפט בפרשת בסיוני הושפעה מאוד מחששות – כנראה מבוססים למדי – מפני פוטנציאל הפגיעה של התביעה ביחסי ישראל-מצרים. חזוק לטענה זו אפשר למצוא בכך שהנימוקים המסורתיים למוסד החסידות הדיפלומטית לא היו מצדיקים היקף כה נרחב של החסידות.

המאמר מחולק למעשה לארבעה חלקים. החלק הראשון מתאר את ההשתלשלות המשפטית בפרשת בסיוני וקושר בין העמדות שבאו לירי ביטוי בהכרעות המקדמיות – למשל בעניין צווי איסור הפרסום – לבין העמדה הנורמטיבית שבפסק הדין בעניין החסידות עצמה. החלק השני של המאמר מנתח את הנימוקים השונים בספרות ובפסיקה לחסידות הרחבה שממנה נהנים הנציגים הדיפלומטים. כמו כן יתוארו בחלק זה החריגים לחסידות הדיפלומטית, תוך הבלטת הסינתזה הרעיונית בין חריגים אלה לבין היסודות הרעיוניים של החסידות הדיפלומטית הרחבה. החלק השלישי של המאמר

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מבקש להודות למר עלא מחאגינה ולגב' אירית קאופמן על עבודתם כעוזרי מחקר. כמו כן, ברצוני להודות לחברי מערכת משפטים על הערותיהם המועילות.

עורך השוואה בין החסינות הדיפלומטית לבין חסינויות אחרות המוכרות במשפט הבינלאומי, תוך ניסיון להבין לעומק את פשר ההבחנות בין חסינויות אלו. החלק הרביעי של המאמר בוחן את הטקסט של פסק הדין בפרשת בסיוני, שהניאנסנים שבו מאששים את התיזה העיקרית שלפיה הדגש ניתן דווקא לתקינות היחסים הבינלאומיים.

א. מבוא. ב. פרשת בסיוני – הרקע המשפטי. 1. המערכה על סודיות הפרשה; 2. המערכה על החסינות הדיפלומטית; ג. החסינות הדיפלומטית ונימוקיה המשפטיים. 1. הנימוק הריבוני; 2. הנימוק הפונקציונלי; 3. נימוק ההדדיות; 4. מבט אונטולוגי נוסף על מוסד החסינות הדיפלומטית דרך החריגים; ד. מבט השוואתי: החסינות הדיפלומטית וחסינויות אחרות מתחום המשפט הבינלאומי. ה. ניתוח טקסטואלי לפרשת בסיוני. ו. סוף דבר: יחסיות הערכים.

א. מבוא

פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בעניין חסינותו הדיפלומטית של שגריר מצרים בישראל, מר מוחמד בסיוני,¹ הוא פסק הדין העקרוני והמקיף ביותר שניתן בישראל בנושא החסינות הדיפלומטית. אף כי נדמה שפסק הדין מנומק היטב, עשיר באסמכתאות וציטטות ומשיב אחת לאחת לטענות הצדדים, הוא נותר עמום, הן במרכיביו העובדתיים הן במרכיביו המשפטיים. אשר למרכיבים העובדתיים, כל שנאמר בפתח פסק הדין על הנסיבות שהצמיחו את התביעה כנגד השגריר היו הדברים הבאים:

המערערת הגישה תביעה כספית בסכום של מליון ש"ח כנגד המשיבים 2 ו-3 בגין נזקים שנגרמו לה, לטענתה, עקב ביצוע עוולות של תקיפה, כליאת שווא והפרת חובה חקוקה על ידי משיב 3, שגריר מצרים בישראל (להלן: השגריר), במעורבותו של משיב 2, כמתואר בכתב התביעה.²

מי היא "המערערת" וכיצד קרה ששגריר בישראל תקף וכלא אותה כליאת שווא? מתי קרו הדברים והיכן? איזו חובה חקוקה הפר השגריר? מיהו "משיב 2", וכיצד בדיוק

1 ע"א (ת"א) 4289/98 שלום נ' הירעץ המשפטי לממשלה, פ"מ תשנ"ח (3) 1.
2 שם, בעמ' 7.

נעשו הדברים במעורבותו?³ המשך הדברים בפסק הדין רק מקצינים את העמימות האמורה. כך, למשל, במסגרת הבאת טענות "המערערת" כנגד החלטת בית המשפט של הערכאה הראשונה, עולה כי המעשים המיוחסים לשגריר התרחשו "במסגרת יחסיו המסחריים-מקצועיים עם המערערת, כאשר הפגישה בה בוצעו העוולות הנטענות בתביעה נקבעה לתכלית מסחרית".⁴ וכי מה היה פשר יחסים מסחריים אלה? שוב מובאת טענת "המערערת", כי "מדובר כאן בפעילות 'מסחרית' ברורה של הצעה לקבלת תמורה מינית כנגד סידור הופעה באמצעות קשריו הענפים של השגריר".⁵

העמימות במרכיב המשפטי נוגעת לתוצאת פסק הדין, שלפיה נמחקה תביעתה של גב' שלום נגד השגריר בסיוני ונגד ד"ר שולמן אל נוכח המחסום הדינוי שמקימה החסיונות הדיפלומטית.⁶ תוצאה זו תמוהה משתי סיבות. ראשית, אם שגריר מצרים בישראל זכאי לחסיונות הדיפלומטית – כפי שבית המשפט אכן האמין – הרי שמחיקת התביעה מתחייבת רק לגבי מר בסיוני. אין בפסק הדין שום הסבר מדוע נמחקה התביעה גם נגד ד"ר שולמן, שאין חולק כי אינו נציג דיפלומטי.⁷

שנית, במקור הנורמטיבי העיקרי שמסדיר את נושא החסיונות הדיפלומטית – אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים, 1961⁸ – נקבע כי לא תעמוד לדיפלומט חסיונות מפני "תובענה המתייחסת לפעילות מקצועית או מסחרית שבוצעה על ידי הנציג הדיפלומטי במדינה המקבלת, מחוץ למסגרת תפקידיו הרשמיים".⁹ חריג זה הגיוני, מאחר שכפי שנקבע בה, אמנת וינה נועדה להגן על פעילותו של הדיפלומט כשהוא ממלא פונקציה דיפלומטית.¹⁰ לפיכך, על פי הוראות האמנה, אם הדיפלומט בוחר לעסוק בזמנו החופשי

3 יצוין שגם החלטת בית השלום בתל-אביב-יפו, מושא הערעור, מתאפיינת באותה אי-בהירות. בהחלטה זו תוארו הנסיבות העובדתיות של הפרשה כדלקמן: "המבקשת הגישה תביעה כספית בסכום של מליון ש"ח נגד המשיבים בגין נזקים שנגרמו לה כמתואר בסעיפים 20-29 לכתב התביעה בת"א 105294/97 (שלום-ת"א) ע"י ביצוע עוולות של תקיפה, כליאת שווא והפרת חובה חקוקה ע"י משיב 1, שגריר מצרים בישראל (להלן: המשיב), כמתואר בסעיפים 14-16 ובמעורבותו של משיב 2 כמתואר בסעיפים 17-19 לכתב התביעה". ת"א (ת"א) 105294/97 שלום נ' בסיוני (לא פורסם).

4 ע"א שלום, הערה 1 לעיל, בעמ' 11.

5 שם.

6 שם, בעמ' 54.

7 שם. יצוין, שעל פי פסק הדין גב' שלום אף חויבה לשלם לד"ר שולמן הוצאות משפט בסך 7,500 ש"ח.

8 כ"א 22, בעמ' 13 (להלן: "אמנת וינה").

9 סעיף 31(1)(ג).

10 בפתיח של אמנת וינה הוצהר בשם המדינות החתומות כי: "תכליתן של זכויות יתר וחסינויות אלה אינה להביא תועלת ליחידים אלא להבטיח ביצועם היעיל של תפקידי הנציגויות הדיפלומטיות כמייצגות מדינות...".

בפעילות עסקית או מסחרית כגון סחר במכוניות או עיצוב בגדים,¹¹ הוא לא ייחנה מחסינות דיפלומטית לגבי תביעות הקשורות לפעילות זו.¹² אם כך הם פני הדברים, תוצאת פסק הדין מעוררת תמיהה נוספת, והפעם במישור הערכי: הכיצד ייתכן שדיפלומט חייט התופר חליפה שאינה מתאימה למידות הלקוח לא ייחנה מחסינות, אך דיפלומט התוקף איש או אשה ומבקש לקבל תמורה מינית יוכל ליהנות מהחסינות? כלום אין זה ברור מאליו שהדיפלומט התוקף נושא כתם מוסרי כבד מזה של דיפלומט-חייט רשלן? ואם אין האחרון נהנה מחסינות, האין לומר מקל וחומר שגם הדיפלומט התוקף אינו צריך ליהנות? התמיהה בהקשר זה רק גדלה משום שחסינויות אחרות המוענקות לגופים שלטוניים בהקשר הבינלאומי, בייחוד חסינות הריבון הזר, עברו לאחרונה שינויים המאפשרים בירורה של תביעה משפטית אם עניינה הוא בפעילות לא שלטונית. היות שאין חולק כי התנהגותו של השגריר בסיוני, כפי שתוארה בפסק הדין, נעשתה מחוץ לפעילותו הדיפלומטית, שוב עולה השאלה – על שום מה הגיעה לו החסינות?

במאמר זה בכוונתי לטעון כי העמימות על שני ראשיה – העובדתי והמשפטי – אינה תמימה כפי שהיא נחזית להיות. עיון בחומר המשפטי בנושא החסינות הדיפלומטית מגלה שאי-ההכרה בקיומה של החסינות על ידי מדינה פלוגית לוותה תמיד בחשש שמא יתעורר משבר ביחסים המדיניים בין המדינות הנוגעות בדבר, או שמא המדינה הזרה (שהחסינות הדיפלומטית של מי מנציגיה נשללה בפורום המקומי, בענייננו: מצרים) תנקוט פעולות תגמול כלפי דיפלומטים או אפילו כנגד אזרחים מקומיים (בענייננו: ישראלים) השוהים בתחומה. התוצאה המתקבלת היא שהחסינות הדיפלומטית נועדה להגן על האינטרסים של המדינה המארחת את הדיפלומט שביצע על פי החשד את הפעולות הנפסדות יותר משהיא נועדה לשרת את האינטרסים של המדינה ששלחה אותו.

11 מקרים אלו מופיעים בתוך קטע המצוטט בגוף פסק הדין. ראו ע"א שלום, הערה 1 לעיל, בעמ' 45.

12 אם מצב כזה אינו מציאותי במיוחד מבחינתו של הנציג הדיפלומטי עצמו, הוא בהחלט יכול להיות מציאותי מבחינת בן זוגו של הדיפלומט או בן משפחה אחר המבקש לעסוק במשלח ידו במדינה המקבלת, ונהנה בעיקרון מאותה חסינות שישי לנציג הדיפלומטי. הענקת החסינות הדיפלומטית גם לבן המשפחה של הנציג הדיפלומטי נועדה למנוע פעולות של הטרדה והצקה לנציג הדיפלומטי עצמו באמצעות נקיטת הליכים משפטיים נגד בני משפחתו, שמחמת שהותו הארוכה יחסית במדינה המקבלת נאלצו ללוות אותו. ההוראה הרלבנטית באמנת וינה לעניין זה מצויה בעיקר בסעיף 37. ראו, באופן כללי, Patrick J. O'Keefe, "Privileges and Immunities of the Diplomatic Family," 25 *Int'l & Comp. L. Q.* 329 (1976); Clifton E. Wilson, "Diplomatic Privileges and Immunities: The Retinue and Families of the Diplomatic Staff," 14 *Int'l & Comp. L. Q.* 1265 (1965).

על פי שיקול זה, מדינת ישראל אומרת כביכול: "אני מוכנה לתת לשגריר בסיוני את החסינות הרחבה ביותר כי אני חוששת מפני הפגיעה ביחסי עם מצרים, וכן משום שאני חוששת מפני פגיעה בשלומם 'המשפטי' של הדיפלומטים או האזרחים שלי השהים במצרים". מסתבר שחשש זה מפעולות תגמול הוא כה אופייני למערכת היחסים הבינלאומיים, עד כדי כך שהוא חייב את יצירתה מראש (*ex ante*) של החסינות הדיפלומטית הרחבה, כפי שהיא באה לידי ביטוי באמנת וינה.¹³

שיקול זה, של כוונת ניגוח, יכול לחייב את קיומה של החסינות הדיפלומטית הרחבה תוך שהוא מתמקד באינטרסים של הדיפלומט הזר ושל מדינתו – קרי: המדינה המשגרת – במקום באלה של המדינה המארחת. החשש כאן הוא, כאמור, מפני הפיכת ההליך המשפטי כנגד הדיפלומט הזר למכשיר של ניגוח פוליטי-מדיני, בהתחשב במצב היחסים שבין שתי המדינות הרלבנטיות, או אפילו בעמדות שהדיפלומט נתן להם ביטוי – אלא שהפעם מי שעומד במוקד החשש הוא הדיפלומט הזר. אם נתרגם שוב שיקול זה לנסיבות של פרשת בסיוני, הטיעונים כביכול מצד מצרים היו יכולים להיות: "לשגריר שלי מגיעה החסינות הרחבה כי אני חוששת שמא יתנכלו לי או לו בפתחה בהליכי נפל נגדו לאור מצב היחסים ביני לבין ישראל".

במהותם אין שני השיקולים האלה אלא שני פנים של מציאות הניגוח המשפטי: פעם הניגוח יכול לבוא בעקבות נקיטת הליכים מקומיים נגד דיפלומט זר ופעם הוא גלום בעצם נקיטת ההליך המשפטי נגד הדיפלומט הזר. אכן, בכוונתנו לטעון שהמטרה העיקרית, אם לא הבלעדית, של החסינות הדיפלומטית הרחבה, כפי שהיא קבועה באמנת וינה המגינה גם על פעילות בעלת אופי פלילי במובהק, היא לסכל מראש את האפשרות שהליך משפטי יזמין פעולות ניגוח עתידיות או שהוא עצמו ישמש כאמצעי ניגוח. ההתדיינות בעניין חסינותו הדיפלומטית של השגריר בסיוני מהווה המחשה יוצאת דופן לעצמתם הנורמטיבית של נימוקים אלה. מצד אחד ניצבה ישראל – שיוצגה בהליכים על ידי היועץ המשפטי לממשלה – לימינו של השגריר בסיוני, ורמזה לבית המשפט שאי-הכרה בחסינות הדיפלומטית של השגריר בסיוני תביא את מצרים לנקוט צעדים שיסכנו את יחסי החוץ שבין שתי המדינות. מצד אחר, העמדה המצרית – שביטאה גם את עמדתו של השגריר בסיוני עצמו – הייתה שההליך האזרחי אינו אלא מעשה התנכלות מצדה של ישראל או מטעמם של חוגים קיצוניים, הנובע מהמתחים הקיימים ביחסי החוץ של שתי המדינות.

עוד נטען כי החששות מפני פעולות של ניגוח והתנכלות מציאותיים יותר כאשר מאשימים את הדיפלומט בביצוע מעשה עבירה חד-פעמי, כמו מעשה תקיפה, מאשר אם מאשימים אותו ברשלנות אגב פעילות עסקית מתמשכת. טיעון זה סוגר מעגל ומסביר ביתר שאת את האנומליה המשפטית הקיימת באמנת וינה – וכתוצאה מכך גם בפרשת

13 ראו Charles J. Lewis, *State and Diplomatic Immunity* 20-21 (2d ed., 1985).

בסיוני – לפיה דיפלומט המואשם בביצוע עבירה פלילית נהנה מחסינות, ואילו אם הוא נאשם ברשלנות בעיסוקו במשלח ידו הוא לא ינהנה מחסינות.

מאמר זה מחולק לארבעה חלקים. החלק הראשון עומד מקרוב על ההשתלשלות הדיונית והמשפטית של פרשת בסיוני. החלק השני של המאמר מתחקה אחר הנימוקים שניתנו להצדקת קיומה של החסינות הדיפלומטית, במטרה לדלות מהם את הרציונל האמיתי לחסינות הדיפלומטית הרחבה. החלק השלישי של המאמר מבקש להשוות בין היקפה של החסינות הדיפלומטית להיקפן של חסינויות אחרות המוכרות במשפט הבינלאומי, מתוך מגמה להעמיק עוד יותר בפשרה של החסינות הדיפלומטית הרחבה. החלק הרביעי של המאמר מתמקד בנרטיב המשפטי ובנרטיב העובדתי הלקוניים מאוד שבפסק הדין. בהקשר זה ביקשנו לטעון שהרציונל הנסמך על הניגוח שעלול לבוא, או זה המצוי באקט המשפטי עצמו המובא כנגד הנציג הדיפלומטי, מניח הנחות משפטיות המקשות על בית המשפט מלהעלותו במפורש. יתרה מזאת: לעתים עצם העלאתו של רציונל הניגוח יכולה לגרום בעצמה למשבר ביחסים ולאותן פעולות ניגוח שמבקשים למנוע כל כך.

בטרם ניכנס לעובי הקורה נבקש להבהיר שבדיון להלן אין בכוונתנו לעסוק הרבה בצדקת מסקנתו של בית המשפט, שלפיה השגריר בסיוני נהנה מחסינות דיפלומטית. אדרבה: בהתחשב בלשונה הברורה של אמנת וינה ובפרשנות שנתנו לה בתי משפט ברחבי העולם, לבית המשפט לא הייתה, לדעתנו, כל ברירה אלא להגיע לתוצאה שאליה הגיע. עיקר התעניינותנו במאמר זה הוא הנימוקים לעמדות שעלו בפסק הדין וכן לאלה שקיבלו ביטוי באמנת וינה עצמה.

ב. פרשת בסיוני – הרקע המשפטי

1. המערכה על סודיות הפרשה

מסתבר, שהמערכה הראשונה בפרשת בסיוני לא הייתה סביב שאלת החסינות הדיפלומטית אלא סביב השאלה אם ראוי או לא ראוי להתיר את פרסום פרטי הפרשה. בסמוך לאחר הגשת תלונתה של גב' שלום במשטרה נגד השגריר בסיוני פנתה המשטרה וביקשה צו איסור פרסום כללי לגבי פרטי התלונה, החקירה וכל מה שקשור בפרשה. הצו ניתן ביום 22.8.97. ניסיונותיהם של כלי התקשורת לבטל את הצו, שכללו גם פנייה לבג"ץ, העלו חרס. אולם, לאחר החלטת המשטרה לסגור את תיק החקירה כנגד השגריר בסיוני, פנתה המשטרה עצמה ביום 15.10.97 וביקשה את ביטול הצו. הבקשה נענתה בחיוב. כחודשיים לאחר מכן, ביום 8.12.97, הוגשה התביעה האזרחית נגד

השגריר בסיוני ונגד ד"ר שולמן לבית משפט השלום בתל-אביב-יפו. בד בבד עם הגשת התביעה ביקשה התובעת וקיבלה צו איסור פרסום לגבי פרסום שמה. ביום 12.3.98 הגישו נציגי היועץ המשפטי לממשלה בקשה למתן צו איסור פרסום כללי המתייחס לפרשה בכללותה. בקשה זו נסמכה על סעיף 68(ב)(2) (לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]), התשמ"ד-1984, המאפשר לבית המשפט לדון בעניין מסוים בדלתיים סגורות "לשם מניעת פגיעה ביחסי החוץ של המדינה". על פי סעיף 70 לחוק האמור, אם בית המשפט משתכנע שאכן כזה המקרה ומורה על עריכת המשפט בדלתיים סגורות, חל על כולם איסור כללי לפרסם כל דבר הנוגע בדיון. יצוין, כי בקשה זו של היועץ המשפטי לממשלה נסמכה על תצהיר של נציגת משרד החוץ, שבו נטען כי "כל פרסום חדש נוסף בפרשה יעורר בעתיד גל תגובות ציבוריות חדש המעורר חשש לפגיעה ביחסי החוץ עם מצרים".¹⁴ הדיון בבקשה זו התקיים משום מה במעמד נציגיו של היועץ המשפטי לממשלה בלבד, וניתן בו צו איסור פרסום כמבוקש. ביום 28.4.98 התקיים דיון בעניין צווי איסור הפרסום במעמד הצדדים ובוטלו כל הצווים, לרבות הצו שאסר את פרסום שמה של התובעת. הנימוק העיקרי של בית המשפט היה שמאז בוטל הצו הראשון ביום 15.10.97 ועד שהוגשה הבקשה של נציגי היועץ המשפטי ביום 12.3.98 – תקופה של כחמישה חודשים – היה פרסום ניכר לפרטי הפרשה, דבר שהפך את צו איסור הפרסום לחסר משמעות. בית משפט השלום הדגיש בדבריו שביטול צו איסור הפרסום הראשון (מיום 15.10.97) נעשה לבקשת המשטרה, מה שמוכיח כי המדינה לא חששה עוד מפגיעה ביחסי החוץ עם מצרים – שאם לא כן על שום מה ביקשה המשטרה עצמה, שהיא אורגן של המדינה, את ביטול הצו?

היועץ המשפטי לממשלה לא הרפה והגיש ערעור על החלטה זו. שלושת שופטי בית המשפט המחוזי שדנו בערעור היו מאוחדים בדעה שהתרת פרסום פרטי הפרשה אכן עלול לפגוע ביחסי החוץ של המדינה.¹⁵ בית המשפט אמנם הכיר בכך שכבר היה פרסום

14 ע"א 3102/98 (ת"א) היועץ המשפטי לממשלה נ' פלתי (לא פורסם, 14.7.1998), פסקה 4 לפסק-דינו של השופט גרוס.

15 השופט י' גרוס קבע: "מסקנתי היא כי אין ספק שהתרת הפרסום עלולה לגרום לפגיעה ביחסי החוץ של המדינה וכי שקילה זהירה של פגיעה שכזו לעומת עקרון הפומביות חייבת להוליך למסקנה כי בנסיבות אלה יש להעדיף את ההגנה המעוגנת בד' אמותיו של סעיף 68(ב) [לחוק בתי המשפט] - שם, פסקה 7 לפסק-דינו. השופט מ' רובינשטיין קבעה "אכן כן יש כדברי חברי סתירה לכאורה בין עמדותיהן של רשויות השלטון בשלבי הדיון השונים, אך כאשר עולה ממה שהוצג בפנינו כי עלול להגרם נזק ממשי ליחסי החוץ של המדינה, גובר משקלו של החשש המהותי מפני הנזק האמור על משקלו של העדר העקביות בעמדת השלטונות". השופט י' בן-שלמה הוסיף והטעים "אף אני שוכנעתי כי בנסיבות העניין, פרסום הדיון עלול לפגוע ביחסי החוץ של מדינת ישראל עם מצרים..." - שם.

על אודות הפרשה בכלי התקשורת, אך הדגיש כי המשך הפרסום עלול לגרום נזק עתידי ליחסי החוץ שבין ישראל למצרים – נזק שניתן למנוע. צו איסור הפרסום ניתן, הוא עודנו בתוקף, והסייג היחידי שבו הוא אי-תחולתו על ההחלטה שבעניינו.¹⁶

להערכתנו, מערכה זו על איסור פרסום פרטי הפרשה השפיעה באופן מהותי על עמדתו של בית המשפט בשאלת החסינות הדיפלומטית. ראשית, צו איסור הפרסום שניתן מסביר את העמימות העובדתית שאפפה את פסק הדין, כפי שהיא באה לידי ביטוי בהחלטה בעניין החסינות. הכיצד יכול בית המשפט לספר את שהתרחש כשהוא עצמו אסר על אחרים את פרסום פרטי התביעה?

כמו כן, הדיון באיסור הפרסום יצר מומנטום משלו, שללא כל ספק השפיע על העמדות הנורמטיביות שעלו מתוך ההחלטה בנושא החסינות. הדיון גרם לשופטים להפנים את הפוטנציאל המזיק שיש לפרשה על יחסי ישראל ומצרים. הדברים בולטים במיוחד משום שבהרכב שדן בשאלת החסינות ישבו גם שניים מחברי ההרכב שישבו בערעור בעניין איסור הפרסום (השופטים "גרוס ומ' רובינשטיין"), ועיינו בחומר הראיות שלימד על הנזק הצפוי ליחסי החוץ בין מצרים לישראל אם ימשך פרסום הפרשה. חומר זה כלל תצהיר מטעמה של נציגת משרד החוץ הישראלי (שהוגדרה על ידי בית המשפט כ"מומחית לדבר"), שעמד על רגישות הפרשה, ומחמת החיסיון שקיבל נאסר לפרסמו. בנסיבות כאלה ניתן להניח שבית המשפט היה מודע בהחלט לתוצאות הקשות יותר שהיו עלולות להיות עקב אי-ההכרה בחסינות הדיפלומטית של השגריר בסיוני, שהרי אם המשך פרסומה של הפרשה עלול להזיק ליחסי החוץ שבין שתי המדינות עד כדי מתן צו איסור פרסום וקיום הדיון המשפטי בדלתיים סגורות – נקל לשער מה תהיינה התוצאות ליחסים האלה אם לא תוכר החסינות הדיפלומטית של השגריר בסיוני.

נפח דיוני נוסף, שלהערכתנו רק חיזק את הפנמת התוצאות הקשות הצפויות מאי-ההכרה בחסינותו של השגריר, הוא מעשה "הלאמת" הסכסוך הפרטי בין התובעת לשגריר בסיוני מבחינתה של מדינת ישראל. השגריר עצמו כלל לא הופיע בהליכים. המערכה המשפטית על צו איסור הפרסום וכן בשאלת החסינות הדיפלומטית נוהלה על ידי משרד החוץ הישראלי עם היועץ המשפטי לממשלה. מהלך זה יצר ללא כל ספק את התחושה שבמאבק מעורבים אינטרסים כבדי משקל של מדינת ישראל, והדגיש כלפי כל – ובייחוד כלפי בית המשפט – את הסכנות הטמונות ליחסי שתי המדינות בפרשה בכללותה. בהקשר זה חשוב לציין שעל פי רוב, בשאלה אם במקרה מסוים צריך להכיר בקיומה של חסינות לנציג הדיפלומטי או לריבון הזר, בתי המשפט ברחבי העולם וגם בישראל קשובים לעמדתה של הרשות המבצעת, משרד החוץ או משרד המשפטים בדרך

16 נציין שלצו איסור פרסום זה אין זכר בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בפרשת בסיוני כפי שהתפרסם. דבר קיומו של הצו נודע לנו רק לאחר עיון בתיק בית המשפט, עיון שנעשה במטרה לגלות את הגרסאות העובדתיות של בעלי הדין.

כלל.¹⁷ ההתחשבות בעמדת המדינה נבעה בעיקר מכך שחזקה על הגורמים הרשמיים שהם מכירים מקרוב את מצב היחסים עם המדינות השונות ובכללן עם המדינה הזרה שהחסינות שלה או של נציגה עומדת על הפרק, ולפיכך הם מבינים שאי-הכרה בחסינות, בניגוד לעמדת המדינה, עלולה להביא למשבר ביחסי המדינות. דברים אלה עולים בקנה אחד עם הדברים שנביא בהמשך, שלפיהם החסינות הדיפלומטית הרחבה, כפי שהתבטאה בפרשת בסיוני, עולה בעצם מתוך אמנת וינה ומבוססת בחלקה הגדול על חששות דומים. כלומר: מפאת החשש שמא ייפגעו יחסי החוץ בין המדינה המארחת למדינה השולחת, בעקבות ניהול של ההליך המשפטי, מערכת המשפט מוכנה, באופן נורמטיבי, להעניק לנציג הדיפלומטי חסינות רחבה. על כן נראה לנו כי מעשה "הלאמת" הסכסוך בפרשת בסיוני על ידי מדינת ישראל השפיע באופן מהותי על שיקול דעתו של בית המשפט, הן לצורך מתן צווי איסור הפרסום והן בהכרה כי מגיעה לשגריר בסיוני חסינות דיפלומטית מלאה מפני תביעתה של גב' שלום.

2. המערכה על החסינות הדיפלומטית

המערכה על החסינות הדיפלומטית נפתחה בעקבות בקשתם של נציגי היועץ המשפטי לממשלה לדחות את התביעה כנגד השגריר בסיוני בשל היותו נציג דיפלומטי. לעומתם, הגישה התובעת בקשה להצהיר שהשגריר בסיוני אינו נהנה מחסינות דיפלומטית, בשל הטענות הבאות: ראשית נטען שלתובעת יש זכות, המעוגנת בסעיף 3 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], להגיש תביעה בגין אחת העוולות המנויות בפקודה. בהיותה של זכות זאת מעוגנת בחוק חרות טענה התובעת כי הזכות גוברת על עקרונות החסינות הדיפלומטית, כפי שנקבעו במשפט הבינלאומי המנהגי ובהוראות אמנת וינה. התובעת הוסיפה והבהירה שלטענה זו יש גם היבט חוקתי. הטענה נסמכה על סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". הזכות לתבוע פיצויים, נשוא התביעה, היא זכות קניינית. מכאן, שאי-אפשר לפגוע בזכותה של התובעת לתבוע פיצויים אלא בדרך הקבועה בסעיף 8 לאותו החוק, המחייב לצורך כך חקיקת חוק חרות של הכנסת. חוק כזה לא נחקק.¹⁸ לחלופין טענה התובעת כי גם אם השגריר זכאי לחסינות דיפלומטית, הרי מתקיימים במקרה הנידון שני חריגים הקבועים באמנת וינה, המתירים בכל זאת את הגשת התביעה האזרחית נגדו. חריג אחד הוא זה הקבוע בסעיף

17 Note, "The Relationship Between Executive and Judiciary: The State Department as the Supreme Court of International Law," 53 *Minn. L. Rev.* 389 (1968); Michael H. Cardozo, "Judicial Deference to State Department Suggestions: Recognition of Prerogative or Abdication to Usurper," 48 *Cornell L. Q.* 461 (1963); ראו בישראל ת"א (י-ם) 208/52 יורשות שבבו נ' היילן, פ"מ תש"ח 455.

18 ע"א שלום, הערה 1 לעיל, בעמ' 11.

131(ג) לאמנת וינה, המאפשר הגשת תביעה אזרחית כנגד הנציג הדיפלומטי אם מדובר בתביעה "המתייחסת לפעילות מקצועית או מסחרית שבוצעה על ידי הנציג הדיפלומטי במדינה המקבלת, מחוץ למסגרת תפקידיו". בהקשר זה נטען שהפגישה שנערכה בין השגריר בסיוני לבין התובעת הייתה פגישה עסקית, משום שבפגישה קיווה השגריר לקבל "תמורה מינית כנגד סידור הופעות באמצעות קשריו הענפים..."¹⁹. חריג נוסף לאמנת וינה, שלטענת התובעת התקיים, הוא סעיף 38(1) הקובע, בין השאר, כי נציג דיפלומטי היושב במדינה המקבלת "ישיבת קבע לא ייהנה אלא מחסינות בפני שיפוט ... לגבי פעולות רשמיות שביצע תוך מילוי תפקידו...". על פי הטענה, במקרה זה נכנס השגריר בסיוני בגדר החריג מאחר שעד למועד הגשת התביעה הוא שירת 17 שנה כשגריר בישראל – מה שהפך את ישיבתו בה לישיבת קבע.

טענות אלה נדחו כולן הן בבית משפט השלום והן בערעור בבית המשפט המחוזי. בהתחשב בעובדה שבית המשפט המחוזי שדן בערעור שהגישה התובעת אימץ למעשה את נימוקיו של בית משפט השלום, ואף מצא לנכון להרחיב בהבאת דעותיהם של בתי משפט זרים, ועדות רשמיות ומלומדים, בחרנו להתמקד להלן בנימוקיו של בית המשפט המחוזי בלבד.

בקשר לסעיף 3 לפקודת הנזיקין הבהיר בית המשפט כי אם תתקבל טענה זו, משמעות הדבר היא ביטולו מהיסוד של מוסד החסינות הדיפלומטית לגבי ההליך האזרחי שבבסיסו עוולת נזיקין.²⁰ הובהר גם כי עמדת המשפט הישראלי לגבי סעיף 3 לפקודת הנזיקין היא שאין הסעיף קובע זכות מוחלטת אלא זכות יחסית, שבמקרים מסוימים עלולה לסגת מפני הסדרים אחרים.²¹ הוא הדין בעניינה של החסינות הדיפלומטית שאומצה על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי, המחייב בישראל גם בלי חקיקה מפורשת, וכן על ידי אמנת וינה שישראל חתומה עליה. עוד הובהר בעניין זה, שהסדרים הקשורים לחסינות הדיפלומטית הם בבחינת דין מיוחד שמבחינת דיני הפרשנות הרגילים צריכים לגבור על ההוראה הכללית שבסעיף 3 לפקודת הנזיקין.²² גישה דומה אומצה גם לגבי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלטענת התובעת הגן על זכותה להגיש תביעת

19 שם.

20 שם, בעמ' 48.

21 בעניין הזה הסתמך בית המשפט על ההלכה שלפיה אין בסעיף 3 לפקודת הנזיקין למנוע תחולת דין זר על תביעת נזיקין אם כללי ברירת הדין בנזיקין מחייבים זאת. משמע, שזכות התביעה בנזיקין כפי שהיא קבועה בסעיף הנ"ל אינה בבחינת זכות מוחלטת. לעניין ההתנגשות האפשרית בין כללי ברירת הדין לבין סעיף 3 לפקודת הנזיקין הסתמך בית המשפט על ע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"ד לו(4), 449. לעניין זה ראו גם ע"א 702/87 מ"י נ' כהן, פ"ד מח(2) 705, 725-726; ע"א 98/67 ליבהר נ' "גזית ושחם" חברה לבנין בע"מ, פ"ד כא(2) 243, 248-249.

22 ע"א שלום, הערה 1 לעיל, בעמ' 49.

פיצויים בהיות התביעה לפיצויים בבחינת זכות קניין. בית המשפט קבע שסעיף 10 לחוק היסוד מאפשר בכל זאת את הפגיעה בזכות הקניין המוגנת אם הדבר נעשה מכוחו של "דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי בנושא החסינות הדיפלומטית הוא בבחינת "דין" במובן סעיף 10 לחוק היסוד, ולכן הפגיעה הנטענת היא פגיעה מותרת.

לעניין סעיף 131(ג) לאמנת וינה, הקובע חריג לחסינות הדיפלומטית כאשר מדובר "בפעילות מקצועית או מסחרית", נקבע שאין די בכך שהפעילות נעשתה מחוץ למסגרת התפקיד הדיפלומטי – תנאי שללא כל ספק התקיים במקרה הנדון. כדי שחריג זה יתקיים דרושה "פעילות מתמשכת, אשר ודאי אינה יכולה להתמצות בפעולה אחת ויחידה...".²³ לפיכך המשיך בית המשפט וקבע, כי המפגש שנערך בין השגריר לתובעת אין בו כדי למלא אחר תנאי זה, שהרי מדובר רק במפגש אחד. זאת ועוד: האדם שלגביו נבחנת הפעילות הוא הדיפלומט – בענייננו: השגריר בסיוני – שכלל לא ראה במפגש עניין מסחרי או מקצועי, ולא האדם הפרטי – בענייננו: התובעת – שעל פי טענתה אכן ראתה במפגש עניין עסקי.²⁴

אשר לחריג הנסמך על סעיף 138(1) לאמנת וינה, המסיר את החסינות הדיפלומטית לגבי דיפלומט היושב ישיבת קבע במדינה שבה הוא משרת, נקבע שאין די לצורך החריג שהדיפלומט ישהה במדינה המקבלת שהות ארוכה וממושכת. אם זו ההשקפה, הדבר עלול לפגוע ביחסים הדיפלומטיים שבין המדינות; שכן אם דיפלומט הצליח במיוחד בשליחותו והוחלט להמשיך את שהותו במדינה המקבלת, מעתה יעלה השיקול שלא להאריך את השליחות כאמור מחמת החשש לפגיעה בחסינותו הדיפלומטית עקב שהותו הממושכת במדינה המקבלת.²⁵ כדי שיתקיים החריג דרושים תנאים נוספים המלמדים על קשר הדוק עם המדינה המקבלת, דבר שלא התקיים כאן.²⁶

מעניין שנימוקיו של בית המשפט מדוע אין לקבל את טענות התובעת תופסים רק כשביעית מפסק הדין. החלק הארי של הדיון הוקדש לסקירה רחבה של ספרות ופסיקה זרה שעניינה תולדות החסינות הדיפלומטית והנימוקים שעמדו בבסיסה; ההתפתחות שחלה במשפט האמריקני ובמשפט האנגלי; וכן עמדתו של המשפט העברי לגבי מעמדם של נציגים דיפלומטים. ואכן, עקרונות המשפט המשווה מחזקים את מסקנתו של בית המשפט שהשגריר בסיוני זכאי ליהנות מחסינות דיפלומטית גם לגבי הפעילות החוץ-דיפלומטית שיוחסה לו בכתב התביעה. נציגים דיפלומטיים ובני משפחותיהם שהוואשו

23 שם, בעמ' 51.

24 שם.

25 שם, בעמ' 52.

26 שם.

בעבירות חמורות כגון ניסיון לרצח,²⁷ אונס,²⁸ כליאת שווא²⁹ ונהיגה בשכרות³⁰ נהנו מחסינות מלאה במדינה המארחת.³¹ הצעד האופרטיבי היחידי שהמדינה המקבלת יכולה לעשות במקרים האלה הוא להכריז על הנציג הדיפלומטי או על בן משפחתו כ"אישיות בלתי רצויה" (*persona non grata*),³² דבר המחייב את החזרתו למדינה המשגרת.³³ מצב הדברים הזה הוא הרקע העומד מאחורי הקריאות העולות מעת לעת לתיקונה של אמנת וינה משנת 1961;³⁴ אולם עד כה לא השתנה בה דבר. אדרבה: האמנה היא אחת האמנות המקובלות ביותר אם לקבוע על פי מספר המדינות שאשררו אותה.³⁵ לעומת זאת, מה שלא זכה לדיון מעמיק בפסק הדין של בית המשפט המחוזי הוא הרציונל המשפטי המצדיק חסינות רחבה כל כך. הדיון שלהלן עומד מקרוב על רציונלים אלה, תוך שהוא מעמיד בבדיקה את השאלה אם כל אחד מהם אכן מצדיק את החסינות הדיפלומטית הרחבה שהנציג הדיפלומטי זוכה לה.

- 27 ראו *R. v. Guerchy* [1765] 96 E.R. 315.
- 28 כך למשל, בשנת 1981, בנו של שגריר גאנה באו"ם, שהיה חשוד בביצוע כחמישה עשר מעשי אונס תוך איום בסכין, שוחרר על ידי משטרת ניו יורק אף על פי שזוהה בוודאות על ידי שתיים מקרבנותיו. בשנת 1987 דווח בפני ועדה מיוחדת של הפרלמנט הבריטי כי רשויות המשטרה בלונדון נמנעו מפתחת חקירה פלילית כנגד בן זוגה של דיפלומטית אמריקנית שהיה חשוד בביצוע עבירות מין כלפי קטינה. למקרים האלה ולמקרים נוספים ראו Dror Ben Asher, *Human Rights Meets Diplomatic Immunities: Problems and Possible Solutions* (Working Paper Series, Harvard Law School, Graduate Program Academic Year 2000-01, Paper No. 2, 2000).
- 29 *Abdulaziz v. Metropolitan Dade County*, 741 F.2d 1328 (11th Cir., 1984).
- 30 *Knab v. Republic of Georgia*, 1998 U.S. Dist. Lexis 8820 (May 29, 1998).
- 31 יש לציין כי הנציג הדיפלומטי אינו חסין מפני שיפוטה של המדינה השולחת. זו בהחלט יכולה להעמידו לדין בגין המעשים המיוחסים לו. ראו סעיף 31(4) לאמנת וינה.
- 32 סעיף 9(1) לאמנת וינה.
- 33 צריך להוסיף, שבפרקטיקה הקיימת עדיין קיימות כמה דרכים נוספות שתוכלנה להשפיע על המאמץ למצות את הדין עם הנציג הדיפלומטי. כפי שהובהר (הערה 31 לעיל), ניתן לפתוח כנגד הנציג הדיפלומטי בהליכים במדינה המשגרת. שנית, המדינה המקבלת יכולה למחות בפני המדינה המשגרת על ההתנהגות המזיקה של הנציג הדיפלומטי – הליך שבסופו אולי תסכים המדינה המשגרת לשלם פיצויים לניזוק. נוסף על כך, בכמה מדינות, בעיקר בארצות-הברית ובאנגליה, מחייבים את הנציג הדיפלומטי, בין בחוק ובין בהוראות משרד החוץ המקומי, לרכוש ביטוח מתאים שיכסה את האחריות בגין מעשים מסויימים, לרוב בנושא תאונות דרכים.
- 34 Stephen L. Wright, "Diplomatic Immunity: A Proposal for Amending the Vienna Convention to Deter Violent Criminal Acts," 5 *B. U. Int'l L. J.* 177 (1987).
- 35 Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* 2 (2d ed., 1998).

ג. החסינות הדיפלומטית ונימוקיה המשפטיים

1. הנימוק הריבוני

אחד הנימוקים המסורתיים לחסינות הדיפלומטית המוחלטת הוא עיקרון השוויון בין מדינות ריבוניות. בהתבסס על הנחת שוויון זו, כפי שהיא קבועה במשפט הבינלאומי, נגזר הכלל הידוע: *par in parem non habet imperium* (בין שווים אין לאחר שלטון על זולתו).³⁶ עיקרון זה גרם למעשה לשלילת קיומו של כוח השיפוט של מדינה אחת כלפי מדינה אחרת,³⁷ שכן כוח השיפוט מניח אינהרנטית את קיומה של כפיפות ה"נשפט" ל"שופט".³⁸ בהיותו של הנציג הדיפלומטי זרועה הארוכה של המדינה המשגרת, ואף מגלם בעצמו את הריבון ששלחו, הרי שבהתבסס על הנחת השוויון האמורה לא ניתן להעמידו לדין במדינה המארחת כלל ועיקר.³⁹

יש שנימוק זה אינו מתבטא במושגים של כוח ומרות הנעדרים כאמור ממערכת היחסים בין מדינות בשל חזקת השוויון שביניהן, אלא באמצעות מושגים של כבוד כלפי

36 יורם דינשטיין, סמכויות המדינה כלפי פנים 105 (תשל"ב); ראו גם: Yoram Dinstein, "Par In Parem Non Habet Imperium," 1 *Isr. L. Rev.* 407 (1966); *Ghosh v. D'Rozario* [1962] 2 All E.R. 640, 643.

37 ראו *The Parlement Belge*, 5 P.D. 197, 206 (1880).

38 קשר הכפיפות כתנאי לקיום כוח השיפוט בלט גם בדבריו של Blackstone. הוא הבהיר: "For all jurisdiction implies superiority of power; authority to try would be vain and idle without an authority to redress." William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book 1, Ch. 7, p. 242 (Thomas M. Cooley ed., 3d ed. Rev., 1884). הנחה זו עצמה שימשה גם את הלורד Campbell ב- *The Magdalena Steam Navigation Co. v. Martin* 28 L.J.R. 310, 314 (1859). "He [i.e. the ambassador] does not owe even a temporary allegiance to the sovereign whom he is accredited..." על רקע זה אפשר להבין את דבריו של מונטסקיה: "משפט העמים דורש שהשליטים ישלחו זה אל זה שגרירים; והתבונה, המבוססת על מהות העניין, לא מותירה קיומה של תלות כלשהי בריבון שאליו השגרירים נשלחים ולא בבתי דינו. השגרירים הם נושאי רברו של השליט ששלחם..." ראו מונטסקיה, על רוח החוקים, ספר 26, פרק כא (תשנ"ח).

39 Kenneth R. Simmonds, "The 'Rational' of Diplomatic Immunity," 11 *Int'l & Comp. L. Q.* 1210 (1962). בהתאם לכך יש המכנים את הנימוק הריבוני בתור תורת הייצוג (representative character theory). Michael J.L. Hardy, *Modern Diplomatic Law* 10-12 (1968).

המדינה הזרה.⁴⁰ על פי פרדיגמה זו, חזקת השוויון בין המדינות מחייבת כל מדינה לנהוג כבוד עם רעותה, דבר שחייב להתבטא, בין היתר, במניעת הפעלת כוח השיפוט כלפי המדינה הזרה או כלפי נציגיה.⁴¹

עוד נטען לעתים, כי בניין השגרירות וכן אישיותו של השגריר, אף שהם מצויים פיזית במדינה המקבלת, נחשבים כמצויים מבחינה משפטית במדינה המשגרת. מאחר שעל פי עקרונות הריבונות, כפי שהיו מקובלים בזמנו, נעדרת מדינה אחת כוח שיפוט על דבר או על אדם המצוי בתחומה של מדינה אחרת, כך נעדר מהמדינה כוח השיפוט כלפי השגרירות או כלפי השגריר הזר הנוכחים בתחומה.⁴²

הנימוק הריבוני קיבל ביטוי מפורש בהוראותיה של אמנת וינה גם במישורין וגם בעקיפין. במישורין כיצד? על פי הפסקה השנייה שבפתיחת האמנה, שנאמר בה שהוראות האמנה נקבעו בהתחשב ב"מטרות והעקרונות של מגילת האומות המאוחדות בדבר שוויון ריבוני...".⁴³ בעקיפין כיצד? באמצעות ההבחנה הנורמטיבית שהאמנה נוקטת בין ההליך הפלילי להליך האזרחי לצורכי קביעת היקפה של החסינות הדיפלומטית. על פי סעיף 31(1) לאמנה, החסינות הדיפלומטית לגבי ההליך הפלילי היא מוחלטת, ואילו לגבי ההליך האזרחי היא יחסית בלבד.⁴⁴ על פי החשיבה הכללית של המשפט הבינלאומי, הרצון הריבוני המתבטא בכוח השיפוט והמפר את הנחת השוויון – בין משום שהוא מניח את הכפיפות ובין משום שהוא עלול לבטא העדר כבוד למדינה הזרה – גלום בהליך הפלילי ורק בו. הדברים נעוצים בזה שהליך פלילי נפתח על ידי רשויות המדינה, והנורמה שמבקשים לאכוף בו מהווה ביטוי מובהק לעניין הציבורי הקרוב מאוד לאינטרסים הריבוניים של המדינה. לעומת זאת, בהליך אזרחי שבו מבקשים לאכוף זכות פרטית שקרובה יותר ללבו של בעל הדין הפרטי מאשר לריבון, אין בהליך כדי לשמש פגיעה כה קשה בריבונות זרה, שהרי לא את האינטרס של הריבון המקומי מבקשים

40 *The Parlement v. Nizam of Hyderabad* [1958] A.C. 379, 417, 418; פסק-דין *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*; פסק-דין *Belge*, הערה 37 לעיל, בעמ' 215-214.

41 פסק-דין *Ghosh*, הערה 36 לעיל, בעמ' 645-644.

42 ראו בעיקר פסק-דין *The Magdalena Steam Navigation Co.*, הערה 38 לעיל בעמ' 314; "He is not supposed even to live within the territory of the sovereign to whom he is accredited... he is for all judicial purposes supposed to be in his own country" Clifton E. Wilson, *Diplomatic Privileges and Immunities* 2 (1967); James S. Parkhill, "Diplomacy in the Modern World: A Reconsideration of the Basis of Diplomatic Immunity in the Era of High Tech Communications," 21 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 565, 571-572 (1998).

43 ההדגשה הוספה.

44 לדיון במהות החריגים לחסינות הדיפלומטית בהליך האזרחי ופשרם, ראו בפרק ג.4 להלן.

לאכופ.⁴⁵ לפיכך, אם צריך להכיר בקיומה של החסינות הדיפלומטית על פי נימוק השוויון והכבוד, ההכרה צריכה להיות מוגבלת בעיקרון להליכים פליליים בלבד.⁴⁶ יש לציין שהנימוק הריבוני נחלש במרוצת השנים.⁴⁷ הגישה המודרנית מוכנה בהחלט להכיר בכוח השיפוט של בית המשפט אף על פי שאחד המתדיינים אינו כפוף למרותו מבחינה היררכית. כך, למשל, בהקשר הפנים-מדינתי מכירים היום בישראל בכך שמעשי הריבון, אם בתחום הציבורי⁴⁸ ואם בתחום הפרטי,⁴⁹ הם שפיטים בפני בתי המשפט המקומיים. הוא הדין גם בזירה הבינלאומית. חסינות הריבון הזר מפני השיפוט עברה ב-50 השנים האחרונות תהליך של עיצוב מחדש, כך שהיום, למרות עיקרון השוויון, ניתן להגיש תביעה כנגד ריבון זר רק אם הפעילות שהתביעה מבוססת עליה היא בעלת אופי פרטי.⁵⁰ ודוק: התפתחות זו התרחשה לצד המשך קיומו של עיקרון השוויון בין המדינות. לפיכך נראה כי אף שאין יחס של כפיפות בין המתדיין לבין בית המשפט, הגישה המודרנית היא בעד קיומו של כוח השיפוט.

כמו כן, גם אם צריך להוסיף ולראות בנציג הדיפלומטי alter ego של הריבון שהוא מייצג, קשה להבין מדוע הוא צריך ליהנות מחסינות דיפלומטית כשהוא פועל כאדם פרטי ולא כדיפלומט.⁵¹ משבחר הנציג הדיפלומטי לחדול מייצוג שולחו, מתחייב מזה שפעילותו הפרטית תישפט גם היא במישור הפרטי. זאת ועוד: לגבי נימוקי הכבוד,

James E. Hickey & Annette Fisch, "The Case to Preserve Criminal Jurisdiction Immunity Accorded Foreign Diplomatic and Consular Personal in the United States", 41 *Hastings L. J.* 351, 358-359 (1990) 45

חזוק לדברים אלה ניתן למצוא גם בהלכות המשפט הבינלאומי הפרטי, המסייגות את החלתו של דין זר בעל אופי ציבורי ובכלל זה את הדין הפלילי, וכן את אכיפתו של פסק דין הנותן ביטוי לדין כזה. אחד הנימוקים לעמדה זו נעוץ שוב בכך שדין פלילי מהווה ביטוי מובהק של האינטרס הציבורי של הריבון. אכיפת הדין הפלילי הזר, אם באמצעות החלתו מכוח כללי ברירת הדין ואם מכוח אכיפתו של פסק דין הנסמך עליו, הופכת את בית המשפט האוכף לכלי שרת בידי הריבון הזר, דבר שהנחת השוויון בין המדינות אינה סובלת. אגב: זה גם אחד הנימוקים לשאלה מדוע אין החלת דין או אכיפה של פסק דין שהם פיסקליים. לדין בעניינים אלה ראו Clive M. Schmitthoff, *The English Conflict of Laws* 55, 57-59 (3d ed., 1954); Martin Wolff, *Private International Law* 171 (2d ed., 1950) 46

ראו Leslie S. Farhangi, "Insuring Against Abuse of Diplomatic Immunity," 38 *Stan. L. Rev.* 1517, 1520-1521 (1986) 47

סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. 48

ראו גבריאלה שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 64-57 (תש"ס). 49

לדין בנושא חסינות הריבון הזר ראו להלן, חלק ג'. 50

ראו Joshua D. Groff, "A Proposal for Diplomatic Accountability Using the Jurisdiction of the International Court: The Decline of an Absolute Sovereign Right," 14 *Temp. Int'l & Comp. L. J.* 209, 216 (2000) 51

אנשים בכלל – ונציגים דיפלומטיים בפרט, אולי – צריכים לכבד את הוראות החוק ולא להפר אותן.⁵² אשר לנימוק הרואה את הנציג הדיפלומטי כמי שנמצא תמיד על אדמת ארצו, הרי גם על נימוק זה נמתחה ביקורת קשה משום הפיקציה שבו.⁵³ זאת ועוד: הרי זה לא מכבר שהמדינות השונות מוכנות להפעיל סמכות שיפוט גם על נתבע הנמצא מחוץ לתחומי הטריטוריה הריבונית שלהן, בתנאי שיש זיקה עניינית הקושרת את הנתבע או את מעשהו למדינה המבקשת להפעיל את כוח השיפוט.⁵⁴ לפיכך, הטענה שלפיו הנציג הדיפלומטי נחשב כמי שנמצא בתחומה של המדינה המשגרת הוא מיושן ואינו צריך להשפיע על כוח השיפוט של המדינה המקבלת, אם יש לה זיקות ענייניות לסכסוך. נראה לנו, אפוא, שעיקרון השוויון אינו מחייב את קיומה של החסינות הדיפלומטית הרחבה כפי שהיא באה לידי ביטוי הן באמנת וינה והן בפרשת בסיוני.

2. הנימוק הפונקציונלי

נימוק שני לחסינות הדיפלומטית הרחבה, כפי שהיא באה לידי ביטוי באמנת וינה, הוא הנימוק הפונקציונלי.⁵⁵ הדיפלומטים נוטלים חלק מרכזי ביצירתם ובטיפוחם של יחסים מיחסים שונים בין המדינות השונות באמצעות סמכויות הייצוג שמעניקה להם מדינתם (המדינה המשגרת) במדינה המקבלת.⁵⁶ כבר בימי קדם הורגש הצורך בהענקת חסינות

52 עמדה דומה הובעה כבר במישור חסינות הריבון הזר. ראו *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* [1977] 2 W.L.R. 356, 385-386; *Thai-Europe Tapioca Serv. Ltd. v. Government of Pakistan Directorate of Agricultural Supplies* [1975] 1 W.L.R. 1485, 1491 (per Denning).

53 ראו דינשטיין, הערה 36 לעיל, בעמ' 104-105; Michael B. McDonough, "Privileged Outlaws: Diplomats, Crime, and Immunity," 20 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 475, 486 (1997). מסתבר שכמה בתי משפט בעולם אף דחו במפורש את הפיקציה. ראו Ben Asher, הערה 28 לעיל, בהערה 34.

54 ראו בהקשר הישראלי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

55 ראו McDonough, הערה 53 לעיל, בעמ' 486-487; ואכן, בספרות המקצועית ידוע נימוק זה בתור ה-"functional approach". ראו Simmonds, הערה 39 לעיל, בעמ' 1210; Groff, הערה 51 לעיל, בעמ' 216.

56 ואכן, בפתיח לאמנת וינה הובהר בשם המדינות המתקשרות כי "בהיותן מאמינות שאמנה בינלאומית בדבר מגע ומשא, זכויות-יתר וחסינות דיפלומטית תסייע לפיתוח יחסי ידידות בין האומות, ויהיה אשר יהיה משטרן החוקתי והחברתי, בהבינן שתכליתן של זכויות יתר וחסינויות אלה אינה להביא תועלת ליחידים אלא להבטיח ביצועם היעיל של תפקידי הנציגויות הדיפלומטיות כמייצגות מדינות.....". ראו להוסיף שהמדינה המשגרת רשאית להסיר את החסינות הדיפלומטית מהנציג הדיפלומטי; ראו סעיף 32 לאמנת וינה. אולם, ברור כי הסרת החסינות בדרך זו היא דבר לא שגרתי, וזאת שוב מטעמים פונקציונליים. ראשית, יש להניח שהנציג הדיפלומטי מחזיק מידע שחשיפתו עלולה לפגוע במדינה

אישית לנציג הדיפלומטי מפני נקיטתם של הליכים פלייליים ואזרחיים נגדו במדינה המקבלת, כדי להבטיח את מילויה של השליחות הדיפלומטית על הצד הטוב ביותר.⁵⁷ ביטא את הדברים הלורד Campbell, שהבהיר כי יש להשאיר את הנציג הדיפלומטי חופשי מסמכות השיפוט כדי שיוכל "להתמסר בגופו ובנפשו לענייניה של השגרירות" ("to devote himself body and soul to the business of the embassy").⁵⁸ הנציגות הדיפלומטית משמשת אפוא ערוץ תקשורת נוח בין המדינות, כאשר כוחה של המדינה המקבלת לשפוט את הנציגים הדיפלומטים של המדינה המשגרת נתפס כאיום על עצם קיומו של ערוץ זה.⁵⁹

גם הנימוק הפונקציונלי קיבל ביטוי מפורש בפתוח לאמנת וינה, בהנחה שהחסינות הדיפלומטית "תסייע לפיתוח יחסי ידידות בין האומות". זאת ועוד: כדי להבטיח שהנציג הדיפלומטי יקדיש את כל זמנו לשליחותו הדיפלומטית נקבע בסעיף 42 לאמנת וינה כי "נציג דיפלומטי לא יעסוק במדינה המקבלת בשום פעילות מקצועית או מסחרית לשם רווח אישי". על רקע זה ניתן להבין הוראה נוספת המופיעה בפתוח של אמנת וינה, שבה

השולחת, ולפיכך זו תחשוש שמא ייחשף המידע אם תוסר החסינות. שנית, אם הסרת החסינות תהיה פעולה שגרית יש להניח כי המדינות יתקשו בגיוס נציגים דיפלומטיים. עם זאת, לאחרונה הוסרה חסינותו של נציג דיפלומטי מגרוזיה שנהג תחת השפעת אלכוהול ברחובות העיר וושינגטון ודרס למוות נערה בת 16. על פי הדיווחים, הוסרה החסינות כתוצאה מיחסי הידידות המיוחדים בין נשיא גרוזיה, אדוארד שוורדנוזה, לבין מזכיר המדינה האמריקני, ג'יימס בייקר. ראו Groff, הערה 51 לעיל, בעמ' 217-218.

57 ואכן, למוסד החסינות הדיפלומטית יש סימוכין גם במשפט העתיק וכן בעקרונות המשפט של הדתות השונות. ראו Keith A. Hamilton & Richard Langhorne, *The Practice of Diplomacy, its Evolution, Theory and Administration* (1994); M. Cherif Bassiouni, "Protection of Diplomats Under Islamic Law," 74 *Am. J. Int'l L.* 609. (1980).

58 *Engelke v. The Magdalena Steam Navigation Co. v. Martin v.* הערה 38 לעיל; ראו גם: *v. Musmann* [1928] A.C. 433, 450; פסק-דין Ghosh, הערה 36 לעיל, בעמ' 644; נימוק פונקציונלי זה הצליח להביא להכרה בחסינות הדיפלומטית על ידי בית משפט אנגלי גם כאשר הנציג הדיפלומטי שנתבע (שגריר ונצואלה) לא היה מוצב באנגליה אלא בצרפת. ראו *The New Chile Gold Mining Co. v. Blanco* [1888] 4 T.L.R. 346. בית המשפט הסביר כי אם מטרת החסינות היא לאפשר לנציג הדיפלומטי להקדיש את כל זמנו בענייני שליחותו, אין זה משנה לבית המשפט האנגלי אם השגריר מוצב באנגליה או מחוצה לה. למקרה דומה שהתעורר בארצות-הברית ראו *Bergman v. De Sieyes*, 170 F. 2d 360 (2d Cir., 1948).

59 מעניין לציין שהפילוסוף הנודע מונטסקיה החיחס גם הוא למוסד החסינות הדיפלומטית ולחשיבותו של הנימוק הפונקציונלי, בקובעו: "השגרירים הם נושאי דברו של השליט ששלחם, ועל דבר זה להיות חופשי. אסור ששום מכשול יפריעם מלפעול". מונטסקיה, הערה 38 לעיל; על הנימוק הפונקציונלי בכלל ראו Denza, הערה 35 לעיל, בעמ' 1, 4-5; Hardy, הערה 39 לעיל, בעמ' 10-12.

הודגש כי "תכליתן של זכויות יתר וחסינויות אלה אינה להביא תועלת ליחידים אלא להבטיח ביצועם היעיל של תפקידי הנציגויות הדיפלומטיות כמייצגות מדינות". מסתבר שהנימוק הפונקציונלי האמור, המבקש להבטיח שהנציג הדיפלומטי לא ייאלץ לזנוח את עיסוקו הרגיל לטובת ההתגוננות המשפטית, לא נועד רק להבטיח הקדשת זמן מלא מצד הדיפלומט למילוי שליחותו אלא גם להגן עליו מפני מעשי התנכלות וניגוח באמצעות ההליך המשפטי. המציאות המדינית-פוליטית ביחסים הבינלאומיים לוותה תמיד בחשש שמא המדינה המארחת או מי מתושביה יעשו שימוש לרעה בהליך השיפוט כדי להתנכל לנציג הדיפלומטי בעקבות משבר ביחסים בין המדינות, או אפילו כדי ליצור את המשבר באמצעות ההליך המשפטי עצמו מתוך מניעים פוליטיים. אותה מציאות פוליטית-מדינית מניחה, כנראה, שדחף ההתנכלות האמור יכול להיות כה חזק עד כדי הפעלת הליכי נפל כנגד הנציגים הדיפלומטיים. במציאות זאת, הדיפלומט שייאלץ להתגונן מפני הליכים כאלה יתקשה למלא את תפקידו – דבר שיפגע בהכרח גם במרקם היחסים שבין המדינה המשגרת למדינה המארחת. לא זו אף זו: גם אם אין חשש זה מציאותי ברגע נתון, הרי שבהתחשב בתהפוכות האפשריות ביחסים המדיניים שבין המדינות, החשש מפני הליכי נפל עתידיים כאמור עלול להרתיע אנשים מהצטרפות לסגל הדיפלומטי של המדינות. כדי להגן על הנציג הדיפלומטי ועל מוסד הנציגות הדיפלומטית בכלל נקבעה אפוא באמנת וינה חסינות רחבה המגינה מפני פתיחתם של הליכים פליליים במדינה המארחת, ובאופן כמעט מלא גם מפני פתיחתם של הליכים אזרחיים.

אם נתמקד בגרסה המצרית, לדבות גרסתו של השגריר בסיוני עצמו, באשר למניעים שעמדו מאחורי הגשת התביעה נגדו, נוכל להתרשם מקרוב עד כמה החשש מפני התנכלות באמצעות הליכים משפטיים אכן מצדיק את החסינות הדיפלומטית הרחבה. ראשית, העיתונות המצרית שהתייחסה לפרשת בסיוני ראתה בתביעה האזרחית התנכלות מצד ישראל, שבאה בתגובה להרשעתו של האזרח הישראלי עזאם עזאם על ידי בית משפט מצרי בריגול לטובת ישראל.⁶⁰ עוד נטען, כי ההליכים המשפטיים שנקטו נגד השגריר אינם אלא חלק ממסע רחב של התנכלות אישית לשגריר בסיוני, שכלל איומים עליו ועל אשתו, הפגנות מול ביתו בהרצליה, חיפוש ברכבו הפרטי במעבר רפית ועוד.⁶¹ מניע נוסף להתנכלויות האלה, על פי העיתונות המצרית, היה המעורבות של מצרים

60 "אלאבתזאז אלג'נסי ללסיאסיין" ["הסחיטה המינית לפוליטיקאים"], רחז אליוסף 19.1.1998, 64. עוד נטען בכתבה זו, כי הגורם הישראלי שעמד מאחורי פרשת בסיוני היה המוסד הישראלי.

61 "תהדידאת מסתמרה מן מחטרפין אשראליין בקתל אלספיר בסיוני ומעוראניה" ["איומים מתמשכים מצד קיצוניים ישראלים בהריגת השגריר בסיוני ועוררו"], אלאהראם 26.9.1997, 2.

בתהליך השלום במזרח התיכון, שנראתה לגורמים ישראליים אינטנסיבית מדי – עד כדי חציית גבול אדום, מבחינתה.⁶²

נימה דומה באה לידי ביטוי גם בעיתונות הישראלית שתיעדה את תגובותיו של השגריר בסיוני להליכים נגדו.⁶³ מלבד האשמת גורמים רשמיים ישראלים כמי שעומדים מאחורי מסע ההתנכלויות נגדו, צוין בשם השגריר גורם "סחטן שמתנגד לשלום ושאיף להשפיע לרעה על תהליך השלום".⁶⁴ עם זאת, בניגוד לעיתונות המצרית, העיתונות הישראלית דיווחה על המאמצים שנעשו מטעם של גורמים רשמיים בישראל, בעיקר משרד החוץ, כדי לסיים את הפרשה.⁶⁵

כל אלה הן האשמות שלאחדים נראו חסרות שחר, ולאחדים – לפחות אלה שהעלו אותן – מבוססות. ייתכן גם שההאשמות כלל לא הוטחו, ואם כן נאמרו, אולי בוטאו בלשון עדינה יותר. היה מצב הדברים אשר היה, נסתפק בכך שככלל לא קשה לדמיין מקרים שבהם גורמים רשמיים, או לפחות גורמים פוליטיים קיצוניים, אכן יעמדו מאחורי מסע התנכלות לנציג דיפלומטי על רקע מתיחות ביחסים בין המדינה השולחת למדינה המארחת. מטעמים אלו ראוי אפוא לקבוע חסינות דיפלומטית רחבה כדי להגן על הנציג הדיפלומטי ושליחותו.⁶⁶

למרות כל האמור לעיל עדיין ניתן לטעון שאין בנימוקים אלה כדי להצדיק את החסינות הרחבה כפי שהיא מתוארת באמנת וינה. אם החשש הוא מפני הפיכת ההליך המשפטי למכשיר של ניגוח והתנכלות, מדוע צריך דינו של הנציג הדיפלומטי להיות שונה מדינו של אזרח מן השורה? באופן כללי ניתן לטעון שצריך לסמוך על ההליך המשפטי הרגיל כדי לברר אם ההאשמות אמיתיות או חסרות כל בסיס, במקום לבוא ולהעניק חסינות רחבה שאינה מאפשרת מלכתחילה לנהל הליך משפטי. נדמה, שהתשובה לטעון זה מצויה בקו החשיבה הפונקציונלי שפתחנו בו, ולפיו אם יצטרך הנציג הדיפלומטי להתגונן מפני ההאשמות המוטחות כלפיו – ולו רק כדי להפריכן – תיפגע יכולתו לייצג את שולחיו. הוא יצטרך להקדיש את זמנו ומרצו כעת כדי לנהל את המערכה המשפטית במקום להיות מרוכז כל כולו בעבודתו הדיפלומטית. זאת ועוד: בהתחשב בתפקידו הייצוגי של הדיפלומט, הוא עשוי להיות מטרה נוחה ומתאימה לפעולות התנכלות וניגוח, ובכך הוא נבדל עוד יותר מאותו אזרח מן השורה. כפי שנראה להלן, השיקול הפונקציונלי תקף במידה רבה גם מבחינת המדינה שבה מבקשים להעמיד

62 שם.

63 ראו סמדר פרי, "בסיוני: אם לא רוצים אותי כאן, אני מוכן לעזוב", ידיעות אחרונות 25.9.1997, 2; ניקול קראו, "המשטרה ומשרד החוץ התאמצו למנוע את הפרסום, מחשש למשבר חמור עם מצרים", הארץ, 17.10.1997, 10.

64 סמדר פרי, "פרשת השגריר בסיוני", ידיעות אחרונות 19.10.1997, 3.

65 איתמר אייכנר, "במשרד החוץ נושמים לרווחה", ידיעות אחרונות 17.10.97, 3.

66 ראו Lewis, הערה 13 לעיל.

לדין נציג דיפלומטי זר, שכן עקב העמדתו לדין של הדיפלומט מהמדינה המשגרת במדינה המארחת ייתכנו פעולות נגד הדיפלומטים של המדינה המארחת בתחומי המדינה המשגרת.

3. נימוק ההדדיות

נימוק נוסף העומד מאחורי החסינות הדיפלומטית הוא זה הנסמך על עיקרון ההדדיות. נימוק זה אינו מתעניין בצידוק החיובי לקיומה של החסינות, כדוגמת שני הנימוקים הקודמים, אלא בצידוק שלילי: מה עלול לקרות אם לא תוכר החסינות של הנציג הדיפלומטי במדינה המקבלת.⁶⁷ החשש כאן הוא משתי פעולות תגמול בעקבות אי-ההכרה בחסינות הדיפלומטית. ראשית, חשש ממעשה "נקם" במדינות אחרות, בייחוד במדינה השולחת, באמצעות פתיחת הליכים משפטיים מוצדקים או לא מוצדקים כלפי דיפלומטיים מקומיים המשרתים שם. שנית, חשש מפגיעה ביחסי החוץ בין המדינה המארחת לבין המדינה המשגרת. כדי למנוע פעולות תגמול כאלה קובעים מראש שהנציגים הדיפלומטיים ייהנו מחסינות דיפלומטית רחבה.

על פי נימוק זה, החסינות מוענקת יותר כדי להגן על האינטרסים של המדינה המארחת מאשר על האינטרסים של המדינה המשגרת.⁶⁸ במובן מסוים נחשב נימוק ההדדיות בהחלט כנימוק פונקציונלי, שהרי הוא נועד להגן על תפקודו של הנציג הדיפלומטי (כמו גם על שלומם של אזרחים תמימים). אולם, השוני העיקרי בין נימוק ההדדיות לנימוק הפונקציונלי הוא נקודת המבט. במתחם נימוק ההדדיות מבקשים להגן על התפקוד של הנציג הדיפלומטי מנקודת המבט של המדינה המארחת – שהדיפלומטים שלה משרתים במדינות אחרות – ולא מנקודת המבט של המדינה המשגרת.⁶⁹ במהות, אפוא, החשש הוא אותו חשש: שיעשה שימוש בהליך המשפט כדי להתנכל לנציג הדיפלומטי או לפגום ביכולתו למלא את שליחותו. מהשתקפות זו אפשר לומר שהנימוק הפונקציונלי ונימוק ההדדיות מאוחדים ברעיון הפונקציונלי במובנו הרחב.

אמנת וינה, אף שנמצאה מלאזכר את נימוק ההדדיות במפורש, נותנת רמז עבה לכך שעיקרון ההדדיות הוא הנימוק הבסיסי שהדריך את מנסחי האמנה. בסעיף 47 לאמנה נקבע לאמור:

1. בהפעלת הוראותיה של אמנה זו לא תפלה המדינה המקבלת בין מדינה למדינה.

67 ראו Denza, הערה 35 לעיל, בעמ' 2; Farhangi, הערה 47 לעיל, בעמ' 1534.

68 Lindsay Zelniker, "Towards a Functional International Criminal Court: An Argument in Favor of a Strong Privileges and Immunities Agreement," 24 *Fordham Int'l L. J.* 988, 994-995 (2001).

69 ראו בעיקר Hickey & Fish, הערה 45 לעיל.

2. אולם לא יהיו רואים במקרים הבאים משום הפליה:

(א) מקום שהמדינה המקבלת מפעילה הוראה מהוראות אמנה זו במידה מגבילה על שום הפעלה מגבילה של אותה הוראה לגבי נציגותה שלה במדינה המסגרת;⁷⁰....

מכאן עולה שאם מדינה א' מגבילה את חסינותו של דיפלומט ממדינה ב', תוכל מדינה ב' לטעון שהגבלת החסינות על ידי מדינה א' לא הייתה על פי האמנה, ולפעול גם היא להגבלת החסינות של הדיפלומטים ממדינה א' המשרתים אצלה.⁷¹ אולם, גם כך נימוק ההדדיות המועלה על ידינו מועלה כנימוק של *ex ante*, מאשר נימוק של *ex post*, כפי שהוא מופיע בבירור בהוראת סעיף 47 לאמנת וינה. כלומר: חשש המדינות מתמקד במגננה מפני צעדי גקס עתידיים שיינקטו נגדן עקב העמדה לדין של דיפלומטים זרים בבתי המשפט שלהן, ולא בחיפוש אחר היתר לפעולות תגמול כאשר הן טוענות להגבלה לא חוקית לחסינות של הדיפלומטים שלהן. על בסיס הנחה זו מוכנות המדינות השונות להסכים על קיומה של חסינות דיפלומטית רחבה ביותר.⁷² חסינות דיפלומטית מוגבלת בצורתה של החסינות הפונקציונלית תזמין בהכרח פרשנויות שונות באשר למה שנכלל במסגרת התפקיד הדיפלומטי ומה לא נכלל. יתרה מזו: החסינות המוגבלת תפתח פתח רחב לפעולות עתידיות של תגמול והאשמות שווא כדוגמת הליכים משפטיים שעל פי הנטען סובבים סביב התנהגות חוץ-דיפלומטית. כדי להפיג חשש כזה, הנטייה תהיה לשאוף לחסינות רחבה ככל האפשר.

נוסף על כך יש לנימוק ההדדיות, כמובן, השפעה על שמירתה של החסינות הדיפלומטית הרחבה – גם אם לא היה הנימוק עצמו סיבה לעיצובה של החסינות הרחבה מלכתחילה. אי-הכרה חד-צדדית מצד מדינה א' בחסינות הדיפלומטית של הנציגים ממדינה ב' עלולה לגרום למדינה ב' לנקוט פעולות תגמול נגד הדיפלומטים של מדינה א' המשרתים אצלה. לפיכך בוחרות המדינות לשמור אפוא על הוראות האמנה כפי שהן, שמא סטייה חד-צדדית מההוראות וצמצומה של החסינות הדיפלומטית תגרוור אחריה פעולות תגמול מצד מדינות זרות.⁷³

נימוק ההדדיות הודגש בייחוד בשנות השמונים של המאה ה-20 – עשור שבו היינו עדים לכמה תקריות מדיניות שבמרכזן עמדה שאלת החסינות הדיפלומטית. תקרית אחת חמורה במיוחד הייתה קשורה להריגתה של שוטרית בריטית מחוץ לשגרירות לוב

70 ההדגשה הוספה.

71 השו"ד Denza, הערה 35 לעיל, בעמ' 404.

72 767 Third Ave. Assocs. v. Permanent Mission of Zaire to United Nations, 988 F.2d 295, 300 (2d Cir., 1993).

73 ראו Ben Asher, הערה 28 לעיל, בטקסט הסמוך להערה 92; Zelniker, הערה 68 לעיל, בעמ' 994-995.

בלונדון. ביום 17.4.1984 נערכו שתי הפגנות מול בניין השגרירות: אחת על ידי חוגים אופוזיציונרים שהתנגדו למשטרו של קראפי ואחרת על ידי קבוצה של תומכים במשטר. המשטרה, שידעה מבעוד מועד על הכוונה לקיים את ההפגנות, שלחה כוח משטרה מיוחד שהוצב בפתח השגרירות הלובית ובסביבתה. בעיצומן של ההפגנות נפתחה אש מנשק אוטומטי מאחד מחלונות השגרירות, שהביאה להריגתה של שוטרת בריטית ולפציעתם של 11 מפגינים.⁷⁴ התקרית הביאה למשבר עמוק ביחסים שבין לוב לבריטניה, ובסופו של דבר אף לניתוק היחסים ביניהן. עם זאת, נתנו השלטונות הבריטים לכל הדיפלומטים הלובים שהיו בתוך בניין השגרירות בעת הירי לצאת את מתחם השגרירות ולחזור לארצם מבלי לנקוט נגדם הליכים משפטיים כלשהם.

פרשה זו עוררה ויכוח סוער בבריטניה ומחוצה לה, ובמרכזו עמדה הטענה שהגיעה העת לצמצם את החסינות הדיפלומטית – אולם היא לא התקבלה.⁷⁵ הממשלה הבריטית סירבה לפעול להגבלת החסינות הדיפלומטית מתוך חשש לשלומם של הדיפלומטים הבריטים שהיו מוצבים באותה שעה בלוב. מסתבר, שהשיקול העיקרי שהנחה את השלטונות הבריטים בטיפולם בפרשה היה דאגתם לשלומם של הדיפלומטים הבריטים שהיו מוצבים באותה שעה בלוב עצמה.⁷⁶ נוסף על כך, גם הארגונים שייצגו את ציבור הדיפלומטים הבריטיים נקטו עמדה חד-משמעית בעד השמירה על החסינות הדיפלומטית במתכונתה הקיימת. אלה הבהירו נחרצות כי אם ממשלת בריטניה תחליט באופן חד-צדדי לצמצם את היקף החסינות של דיפלומטים זרים המשרתים בתוך בריטניה, היא עלולה לחשוף את עצמה לפעולות תגמול כלפי דיפלומטים בריטיים המשרתים בארצות זרות עד כדי פגיעה בשלומם האישי.⁷⁷

מהלכים דומים התרחשו גם בארצות-הברית. הסנטור הרפובליקני, ג'סי הילמס, הגיש בשנת 1987 הצעת חוק לקונגרס, שבה ביקש לצמצם את היקף החסינות המוענקת לדיפלומטים וקונסולים זרים. ההצעה ביקשה לצמצם את החסינות הדיפלומטית למספר מוגבל מאוד של נציגים דיפלומטיים ולשלילתה מנציגים אחרים ומבני משפחותיהם של אלה החשודים בביצוע מעשה תקיפה, נהיגה פזיזה או נהיגה בשכרות או תחת השפעתם

74 לתיאור מפורט של המאורעות ראו: Grant V. McClanahan, *Diplomatic Immunity: Principles, Practices and Problems* 5-7 (1989).

75 Rosalyn Higgins, "The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience," 79 *Am. J. Int'l L.* 641 (1984); Rosalyn Higgins, "UK Foreign Affairs Committee Report on the Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges: Government Response and Report," 80 *Am. J. Int'l L.* 135 (1985).

76 McClanahan, הערה 74 לעיל, בעמ' 8.

77 שם, בעמ' 176-177.

של סמים.⁷⁸ המניע להצעת החוק הובהר היטב בדבריו של הילמס בדיונים על הצעתו: הדעת אינה סובלת שהקהילה הדיפלומטית הזרה בארצות-הברית (שלדעתו מנתה באותה העת כ-37 אלף נציגים ונציגות) תהיה חופשית לבצע כל עבירה, קלה וחמורה כאחד.⁷⁹ גם ניסיון זה לא הצליח. משרד החוץ האמריקני וכן האיגוד המקצועי שייצג את הדיפלומטים האמריקניים התנגדו נמרצות לכל שינוי חד-צדדי בהיקפה של החסינות הדיפלומטית.⁸⁰ כך, לדוגמה, נשיא ארגון שירות החוץ האמריקני (The American Foreign Service Association), שהוא למעשה איגוד מקצועי לעובדי שירות החוץ של ארצות-הברית, הבהיר בדיוני ועדת הסנט שדנה בהצעתו של הילמס:

[T]hat recent calls for the United States to alter its obligations under the Vienna Convention could seriously jeopardize the freedom and even lives of those who represent the United States at foreign posts...⁸¹

המציאות מוכיחה כי החשש מפעולות תגמול או נקם מוצדק לחלוטין, ויש לא מעט דוגמאות המעידות על כך.⁸² למעשה, החוק האנגלי הראשון בנושא החסינות הדיפלומטית, שנודע בשם Act of Queen Ann 1708, והעניק לנציג דיפלומטי זר המשרת באנגליה חסינות מוחלטת מפני שיפוט בהליכים פליליים ואזרחיים, בא לעולם מתוך מטרה ברורה למנוע פעולות נקם בדיפלומטים בריטיים ששירתו במדינות זרות. בשנת 1708 נעצר שגריר רוסיה הצארית ברחובות לונדון מאחר שלא פרע את חובותיו. המעצר עורר את חמתו של פטר הגדול, שדרש את שחרורו המיידי של השגריר הרוסי והוצאה להורג של האנשים שהביאו למעצרו. כמו כן איים הצאר הרוסי כי פעולות נקם כנגד דיפלומטים בריטיים המשרתים בארצו בוא יבואו. כדי להפסיק את דעתו של הצאר הרוסי נחקק באנגליה החוק הנזכר, שקבע כי כל הזמנה לדין או פקודת מעצר כנגד שגרירים או עוזריהם בטלים ומבוטלים. יתרה מכך: החוק גם קבע שכל מי שמנסה להוציא הזמנה לדין או פקודת מעצר כאמור אף אשם בביצוע דבר עבירה.⁸³

78 לנוסח המלא של החוק ראו, S.1437, 100th Cong., 1st Sess. 133 Cong. Rec. 510, 790 במקביל להצעה זו הוגשה הצעת חוק נוספת בבית הנבחרים על ידי חבר הקונגרס סטיבן סולארז (Stevan Solarz), שביקש לאפשר לקורבנות של עבירות המבוצעות על ידי דיפלומטים הנהנים מחסינות לקבל פיצוי מקרן מיוחדת שתקום במיוחד לצורך כך. ראו McClanahan, הערה 74 לעיל, בעמ' 167-168.

79 100th Cong., 1st Sess., 133 Cong. Rec. S8876-77.

80 ראו: McClanahan, הערה 74 לעיל, בעמ' 167, 174-175.

81 שם, בעמ' 175.

82 לרשימה של מקרים שבהם נעשו פעולות תגמול ונקם ראו Ben Asher, הערה 28 לעיל.

83 ראו: McClanahan, הערה 74 לעיל, בעמ' 34.

נראה שגם בפרשת בסיוני הייתה לנימוק ההדדיות השפעה, ואולי אף השפעה ניכרת. בכתבה שהתפרסמה בעיתון ידיעות אחרונות מיד לאחר שנחשפה הפרשה בכלי התקשורת צוטט השגריר, תוך שהוא מפציר בממסד הישראלי:

לאורך כל תקופת הכהונה שלי בישראל, השתדלתי לטפח קשרים טובים עם כולם, ללא אבחנות פוליטיות. אין לי הסבר מדוע יש עכשיו סידרה של הטרדות והתגרריות נגדי. אתם גם צריכים לזכור, שדעת הקהל במצרים רותחת בגלל הקיפאון בתהליך המדיני. אתם רוצים להוסיף שמן למדורה? הלא כל צעד שאתם נוקטים נגדי כאן, אנחנו יכולים לנקוט גם במצרים נגד השגריר שלכם.⁸⁴

ואכן, הממסד הישראלי יצא מגדרו כדי לפייס את השגריר בסיוני. על פי הדיווחים השונים, ראש ממשלת ישראל דאז, בנימין נתניהו, התקשר אישית לשגריר בסיוני כדי להודיע לו שתיק החקירה הפלילית נסגר.⁸⁵ כמו כן שלח משרד החוץ הישראלי מכתב לכלל הסגל הדיפלומטי בישראל, שבו נאמר כי המשטרה, פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי לממשלה הגיעו למסקנה שאין ראיות לתקיפת גב' שלום על ידי השגריר וכי משרד החוץ רוחש אמון מלא כלפי השגריר בסיוני.⁸⁶ קשה להאמין שהצעדים הללו היו ננקטים לולא היה חשש רציני של ישראל שהפרשה עלולה להביא לפגיעה חמורה ביחסי החוץ בין ישראל למצרים, וכן לצעדי תגובה מצד מצרים. כפי שעלה בבירור מדיווחי העיתונות של אותה תקופה, "במשרד החוץ נשמו לרווחה לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה החליטו לגנוז את תיק החקירה נגד השגריר המצרי", וזאת בצל החשש שהיה במשרד החוץ "כי הפרשה עלולה לפגוע בנושאות ביחסי ישראל-מצרים".⁸⁷

כאן, לדעתנו, יכול להיות טמון ההסבר למהלך הדיוני בפרשת בסיוני, שלפיו נמחקה גם התביעה נגד ד"ר שולמן, שנתבע על ידי גב' שלום יחד עם השגריר בסיוני. אם התביעה הייתה נדונה כלפי ד"ר שולמן, כל המבוכה שישראל ביקשה לחסוך מעצמה באמצעות סגירת תיק החקירה נגד השגריר, המשך קיומם של צווי איסור הפרסום וההכרה בקיומה של החסינות הדיפלומטית הייתה מתממשת אגב הדיון בתביעה נגד ד"ר שולמן – שהרי לשם בירורה של תביעה זו, שעיסוקה כזכור בסיוע שנתן ד"ר שולמן לשגריר בסיוני, יצטרך בית המשפט המטפל בתביעה להיזקק לאותם בירורים עובדתיים ומשפטיים שהיה נזקק להם אילו הייתה התביעה נדונה גם נגד השגריר בסיוני. מאחר

84 פרי, הערה 63 לעיל, בעמ' 5. ההדגשה הוספה.

85 פרי, הערה 63 לעיל.

86 שם.

87 שם.

שעל פי הנימוקים שהובאו לעיל, השיקול בדבר הרצון להימנע ממבוכה זו – כמו גם החשש שמא תנקוט מצרים פעולת תגמול בתחומה כנגד דיפלומטים או אזרחים ישראלים – היה שיקול מרכזי בהענקת החסינות, בהחלט סביר להניח שבית המשפט ראה במחיקת התביעה גם נגד ד"ר שולמן דבר טבעי.⁸⁸

ברי אפוא שנימוק ההדדיות מהווה היום נימוק מרכזי לקיומה של חסינות דיפלומטית רחבה.

זאת ועוד: אם נתבונן על הדיון הקודם בכללותו נמצא כי הרצון למנוע את הפיכת ההליך המשפטי לכלי של ניגוח או שישמש בעצמו סיבה לפעולות ניגוח, אם הוא מוגש כנגד נציג דיפלומטי, הוא למעשה הנימוק הדומיננטי היום למוסד החסינות הדיפלומטית הרחבה. דומיננטיות זו מזדקרת עוד יותר לאור העובדה שנימוק הריבונות שלא התבסס על כוונת ניגוח זו או אחרת התגלה כנימוק חלש במיוחד.

4. מבט אונטולוגי נוסף על מוסד החסינות הדיפלומטית דרך החריגים

לעתים יש בחריגים שנקבעו לכלל מסוים כדי ללמד על הרציונל העומד ביסוד הכלל יותר מאשר הכלל עצמו. זאת ועוד: ההתבוננות בחריגים שנקבעו מלמדת ברוב המקרים גם על הסיבולת של הכלל, שכן מעצם הגדרתם החריגים תוחמים את המחוזות שבהם הכלל אמור לסגת מפני שיקולים אחרים. העיון בחריגים שנקבעו לחסינות הדיפלומטית אכן מאשש את שלושת הנימוקים שהבאנו בסעיפים הקודמים כעומדים ביסוד החסינות; כלומר: הנימוק הריבוני, הנימוק הפונקציונלי ונימוק ההדדיות. כמו כן, הפרשנות שניתנה בפרשת בסיוני לחלק מהחריגים הקבועים באמנת וינה, אף שלא התחייבה מלשון האמנה ונבחרה בלי הסברים מעמיקים, ניתנת לרציונליזציה על בסיס שלושת הנימוקים שלעיל. הואיל והמשימה שלקחנו על עצמנו בחלק זה היא לעמוד מקרוב על החריגים שנקבעו באמנת וינה לחסינות הדיפלומטית, כדי להראות עד כמה הם תומכים בנימוקים האמורים, נפתח בסעיף החריגים המרכזי באמנה, הוא סעיף 31(1). בסעיף זה נקבע:

88 אבקש לציין שכל ניסיונותינו להבין מתוך תיק בית המשפט על קיומה של הסכמה דיונית בין הצדדים, שלפיה מחיקת התביעה נגד השגריר בסיוני תביא גם למחיקת התביעה נגד ד"ר שולמן, לא העלו דבר. סביר להניח שהסכמה זו גם לא הייתה קיימת, שכן בפסק דינו בית משפט השלום הסתפק בקביעה שגב' שלום מנועה מלהגיש את התביעה נגד השגריר בסיוני היות שרק בחזית שבינו לבינה ביקש היועץ המשפטי לממשלה להכיר בקיומה של החסינות הדיפלומטית. מצב דברים זה רק מקצין את התהיות לגבי פסק דינו של בית המשפט המחוזי שלפיו המחיקה מתחייבת גם לגבי ד"ר שולמן. ההסבר שאנו מציעים כאן הוא אמנם בגדר השערה, אך בהעדר כל הסבר אחר, השערה זו נראית לנו בתור ההסבר ההגיוני היחיד.

נציג דיפלומטי ייהנה מחסינות בפני השיפוט הפלילי של המדינה המקבלת. הוא גם ייהנה מחסינות בפני השיפוט האזרחי והמנהלי שלה, למעט מקרה של:

1. תובענה חפצית המתייחסת לנכסי דלא נידי פריטיים הנמצאים בשטחה של המדינה המקבלת, אלא אם כן הוא מחזיק בהם מטעם ממשלתו לצורכי הנציגות;
2. תובענה המתייחסת לירושה שבה מעורב הנציג הדיפלומטי כמוציא לפועל, או כמנהל עיזבון, כיורש או כנהנה, כאדם פרטי ולא מטעם המדינה המשגרת;
3. תובענה המתייחסת לפעילות מקצועית או מסחרית שבוצעה על ידי הנציג הדיפלומטי במדינה המקבלת, מחוץ למסגרת תפקידיו הרשמיים.

התבוננות כללית בהוראה זו מלמדת שהנימוק הטהור, המבקש להגן על אדם הממלא פונקציה מסוימת רק כאשר הוא פועל במסגרת הסמכויות שהוענקו לו, לא היה הנימוק היחיד שהנחה את מנסחי האמנה.⁸⁹ ראשית, ההבחנה הנמתחת בסעיף 31(1) בין הליך פלילי להליך אזרחי מהווה אנטי-תזה גמורה לנימוק הפונקציונלי הטהור; אם הרעיון הוא הגנה על הדיפלומט רק כאשר הוא מבצע פעילות דיפלומטית, אזי בחירת הנימוק הפונקציונלי הטהור הייתה מחייבת התעלמות מאופייה הפלילי או האזרחי של הפעילות. כמו כן, אין בנימוק הפונקציונלי הטהור הסבר להבחנה הנמתחת בסעיף 31(1)(ג), כפי שהתפרש בפרשת בסיוני,⁹⁰ בין פעילות מקצועית או מסחרית נמשכת מטעמו של הנציג הדיפלומטי לבין פעילות מקצועית או מסחרית חד-פעמית.⁹¹ הוא הדין גם מבחינת ההבחנות שנערכו בסעיף 31(1)(א) בין הליך פרטי הנוגע במקרקעין לבין הליך פרטי הנוגע במיטלטלין, ובסעיף 31(1)(ב) בהבחנה בין ירושה לבין מתנה, למשל. פשר ההבחנות האלה מתבהר, לפחות חלקית, רק אם נתחשב בנימוק הפונקציונלי במובן הכללי יותר, כלומר: הרצון לצמצם את היקף ההליכים שניתן לפתוח כנגד נציג

89 כפי שעוד נראה להלן, נימוק פונקציונלי צר כזה עומד ביסוד החסינות הקונסולרית.

90 חשוב להוסיף ולציין שפרשנות זאת היא אכן הפרשנות המקובלת היום גם במדינות אחרות. ראו Denza, הערה 35 לעיל, בעמ' 250-251.

91 ומכאן, שאם הפעילות של הנציג הדיפלומטי עניינה בעסקה מסחרית חד-פעמית (להבדיל מפעילות מסחרית נמשכת), שעל פיה הוא התחייב לשלם לפלוני סכום כסף, אותו פלוני לא יהיה מסוגל לכונן סמכות שיפוט ביחס לתביעה לתשלום החוב לאור קיומה של החסינות הדיפלומטית. ראו פסק-דין *The Magdalena Steam Navigation Co.*, הערה 38 לעיל, (הכירו בחסינות של נציג דיפלומטי שהחזיק במניות שלא נפרעו שעה שנתבע על ידי מפרק החברה במסגרת הליכי הפירוק). הוא הדין גם כאשר הדיפלומט הזר נוהג באופן רשלני וגורם לנזקי גוף חמורים לאדם אחר. ראו Groff, הערה 51 לעיל, בעמ' 217-218.

דיפלומטי, כדי שהוא יוכל למלא את תפקידו מבלי שיצטרך לעסוק בהתגוננות מפני הליכים משפטיים, בין שהם מבוססים על תביעות אמיתיות ובין שמדובר בתביעות סרק. כפי שראינו, השיקול הזה ממלא תפקיד מרכזי בעניינו של הנימוק הפונקציונלי ובעניינו של נימוק ההדדיות. בהקשר זה נראה לנו שהשאלה ששאלו את עצמם מנסחי אמנת וינה ובית המשפט בפרשת בסיוני היא מתי קיים פוטנציאל מיוחד להטריד או להציק לנציג הדיפלומטי באמצעות הליך משפטי. גדמה, שהחריגים הקיימים מאפשרים את פתיחת ההליכים רק במקרים שבהם פוטנציאל זה הוא כמעט אפסי, ולכל היותר נתון לשליטה. זה ההסבר להבחנה הנמתחת בסעיף 31(ג) בין פעילות מקצועית או מסחרית נמשכת לפעילות מקצועית או מסחרית חד-פעמית. נכונותם של מנסחי האמנה לא להכיר בחסינות כאשר מדובר בפעילות מקצועית או מסחרית מתמשכת נובעת, להערכתנו, מכך שהסיכויים שנציג דיפלומטי אכן יקיים פעילות כזאת הוא אפסי. לא רק משום שעול תפקידו מחייב אותו להתמסר לחלוטין לתפקידו הרשמיים, אלא גם משום שבסעיף 42 לאמנה נקבע במפורש ש"נציג דיפלומטי לא יעסוק במדינה המקבלת בשום פעילות מקצועית או מסחרית לשם רווח אישי". אמנם, החריג הזה רלבנטי יותר מבחינת בני משפחתו של הנציג הדיפלומטי המבקשים להמשיך ולעסוק במקצועם גם בהתלוותם אליו. אולם, גם אז, הסיכויים שבן משפחה כזה ייתבע למשפט לאור ההוראות הסעיף הוא קטן, וחשוב מכך – אותו בן משפחה וכן המדינה השולחת יכולים לשלוט באופן אפקטיבי בנסיבות שיכולות לאפשר את הגשת התביעה לפי חריג כזה. פעילות מסחרית או מקצועית מתמשכת תתבצע, מעצם טיבה וטבעה, רק כשהיא גלויה ומשום כך גם מוכרת למדינה השולחת. אם מדינה זו בכל זאת מרגישה שלא בנוח עם הפעילות, בין היתר משום שהיא חושפת את הנציג הדיפלומטי לתביעות באמצעות בן המשפחה, היא יכולה לאסור אותה. לא כן המצב כשמדובר בפעילות מקצועית או מסחרית חד-פעמית, בייחוד אם נטען לגביה שהיא גם בבחינת פעילות פלילית. במקרה כזה כל איסור שייקבע על ידי המדינה השולחת וכן על ידי האמנה עצמה לא יהיה אפקטיבי. לא זו אף זו: במקרים כאלה, בייחוד בשל אופייה החד-פעמי של הפעילות, הסיכוי שבעל דין או משטר פוליטי עוין במדינה המקבלת יוכלו להמציא תביעות במטרה להתנכל לנציג הדיפלומטי או למדינתו, הוא ממשי יותר ממקרה שבו מדובר בפעילות סדרתית מטעמו של הנציג.

ניתן לתת הסבר דומה גם לגבי ההוראות האחרות שבסעיף 31(1). כבר עמדנו קודם לכן על כך שנימוק הריבונות יכול להסביר את ההבחנה בסעיף האמור בין הליך פלילי להליך אזרחי.⁹² ברם, הבחנה זו בין ההליכים ניתנת להסבר גם על ידי הנימוק הפונקציונלי, המבקש להעמיד את הנציג הדיפלומטי בסכנה המזערית מפני הטרדה בהליכים משפטיים. ראשית, האישום הפלילי טומן בחובו כתם מוסרי כבד הרבה יותר

92 ראו לעיל, הטקסט הנלווה להערות 44-46.

מההליך האזורי, ועצם קיומו עלול להביך במיוחד את הנציג הדיפלומטי ואת מדינתו. דברים אלו עושים את השימוש בהליך הפלילי לכלי ניגוח מושך, בייחוד מצד אלה שיבקשו להתנכל לנציג הדיפלומטי או למדינתו⁹³ – ומשום כך החסינות לגביו היא מוחלטת.

אשר לשני החריגים האחרים שבסעיף 31(1) – האחד בעניין תביעה חפצית המתייחסת למקרקעין הנמצאים בשטחה של המדינה המקבלת (סעיף 31(1)(א)), והאחר בעניין תובענה המתייחסת לירושה שבה מעורב הנציג הדיפלומטי (סעיף 31(1)(ב)) – אלה הוצדקו בעיקר מטעמים של כורח משפטי. במקרה הראשון של תביעה חפצית לגבי מקרקעין, על פי העקרונות המקובלים בהרבה מדינות, הסמכות הבינלאומית הבלעדית לדון בתביעה כזאת נתונה בידי המדינה שבה המקרקעין נמצאים. לפיכך, אם לא יאפשרו את קיום הסמכות במדינה המקבלת, שבה נמצאים המקרקעין, בשל מעורבותו של נציג דיפלומטי, הרי הכלל האמור ימנע מהתובע קבלת כל סעד אפקטיבי על המקרקעין האלה.⁹⁴ עם זאת, חריג זה בכל זאת נקשר לדברים שנאמרו לעיל בכך שהוא מבקש לצמצם עד למזער ההכרחי את מספר המקרים שבהם יהיה הנציג הדיפלומטי חשוף לתביעות משפטיות. ראשית, החריג מסיר את החסינות לגבי המקרקעין המצויים במדינה המקבלת רק במקרה שההליך הוא חפצי, כלומר: כזה שעניינו בשאלת הבעלות או החזקה על המקרקעין.⁹⁵ לעומת זאת, אם עניינה של התביעה הוא תביעה אישית הקשורה למקרקעין מקומיים (תשלום חוב דמי שכירות, פיצויים בשל נזק שנגרם למקרקעין וכדומה), כי אז תעמוד החסינות לנציג הדיפלומטי. שנית, אם התביעה נוגעת בנכסי מקרקעין שהנציג הדיפלומטי מחזיק בהם מטעם ממשלתו לצורכי הנציגות, גם אז תעמוד לו החסינות הדיפלומטית גם אם עניינה של התביעה הוא חפצי. סייג אחרון זה לחריג המחזיר את החסינות על כנה מרמז גם הוא על היסוד הפונקציונלי של החסינות הדיפלומטית, שכן כשברור שהחזקת הנכס היא מטעמה של הממשלה השולחת וחיונית לצורכיה של הנציגות כדי לאפשר את תפקודה של הנציגות הדיפלומטית, שוב אנו חוזרים לעיקרון היסוד של האמנה המכיר בקיומה של החסינות הדיפלומטית. לגבי החריג המסיר את החסינות כאשר מדובר בהליך ירושה שהנציג הדיפלומטי צד לו, נדמה שהשיקול היחידי הוא שיקול של נוחות דיונית. חריג זה, שלא הוכר ערב קבלתה של אמנת וינה על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי אלא נקבע לראשונה באמנה עצמה, נועד לאפשר את ריכוז הליך הירושה בפורום אחד. החשש היה שהכרה בחסינות הדיפלומטית בפורום של המדינה המקבלת תמנע את הריכוז האמור, הואיל וייתכן שרק

93 ראו Lewis, הערה 13 לעיל.

94 ראו Denza, הערה 35 לעיל, בעמ' 237.

95 שם, בעמ' 238.

בפורום זה ניתן לרכז בהליך אחד את כל הצדדים הרלבנטיים להליך הירושה.⁹⁶ ענינו הרואות, שאותם חששות המצדיקים את החסינות הדיפלומטית הרחבה – בעיקר החשש מפני פעולות ניגוח, הטרדה והצקה באמצעות ההליך המשפטי – עומדים גם ביסוד החריגים של החסינות.

ד. מבט השוואתי: החסינות הדיפלומטית

וחסינויות אחרות מתחום המשפט הבינלאומי

נוסף על החסינות הדיפלומטית מוכרות במשפט הבינלאומי חסינויות נוספות, שגם הן קשורות לגופים המבצעים תפקידים ייצוגיים מטעמה של המדינה. בעיקר הדברים אמורים לגבי חסינות המוענקת לריבון זר, לחסינות הקונסולרית וכן לתורה הידועה בשם "מעשה מדינה" (act of state doctrine). בפרק זה נבקש להשוות בין העקרונות המנחים של החסינות הדיפלומטית מצד אחד לבין העקרונות המנחים של החסינויות האחרות מצד אחר. השוואה זו חיונית לנושא המאמר לא רק משום שהיא מגדירה ביתר דיוק את החסינות הדיפלומטית לעומת שאר החסינויות, אלא בעיקר משום שיש בהשוואה עצמה, כפי שיתבהר להלן, כדי להוסיף נפח ייחודי משלה באשר למהותם ולמשקלם של הרעיונות העומדים ביסוד מוסד החסינות הדיפלומטית.

המשפט הבינלאומי המנהגי מכיר בחסינות של הריבון הזר מפני סמכות השיפוט של הפורום המקומי.⁹⁷ לפיכך, אם ריבון זר או זרוע מזרועותיו⁹⁸ ייתבעו בפורום המקומי, קיימת חובה עקרונית לסלק את התביעה נגדם על הסף מחמת החסינות. ברם, חסינות זו נבדלת מהחסינות הדיפלומטית בשני דברים עקרוניים. ראשית, החסינות הדיפלומטית מוענקת רק לנציגים הדיפלומטיים המוכרים על ידי המדינה המסגרת והמדינה המקבלת.⁹⁹ לעומת זאת, החסינות של ריבון זר מוענקת לכל אורגן של הריבון הממלא

96 שם, בעמ' 246.

97 סוגיית החסינות של הריבון הזר זכתה לאחרונה להתייחסות מעמיקה מטעמו של בית המשפט העליון בישראל ברע"א 7092/94 *Her Majesty The Queen in Right of Canada v. Adlson*, פ"ד נא(1) 625.

98 ראו למשל פסק-דין *Rahimtoola*, הערה 40 לעיל.

99 ראו בעיקר סעיפים 2-7, 10 לאמנת וינה. בפועל משרד החוץ של המדינה המקבלת מחזיק רשימה של הנציגים הדיפלומטיים מטעמה של כל מדינה. במקרה של ספק אם נציג פלוני הוא כבחירת נציג דיפלומטי במובנה של אמנת וינה, חכריע בדבר תעודה רשמית של משרד החוץ של המדינה המקבלת. ראו דינשטיין, הערה 36 לעיל, בעמ' 124; ראו גם ת"א יורשות שבבו, הערה 17 לעיל; ראו גם *Carrera v. Carrera*, 174 F.2D 496, 497 (D.C.).

תפקיד שלטוני – אולם עדיין אין אמנה מיוחדת לגביה, ובהעדר חקיקה מקומית היא נשלטת על ידי עקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי.^{100, 101} הבדל חשוב נוסף הוא בהיקף החסינויות. החסינויות המוענקת לריבון הזר עברה מהפכה יסודית במאה הקודמת, שפעלה להגבלת החסינויות רק לגבי פעילות בעלת אופי שלטוני (*acta imperii*). זו תורת החסינויות היחסית שבאה להחליף את תורת החסינויות המוחלטת, שעד לאחרונה שלטה בכיפה ללא

(1949, Cir., פסק-דין *Engelke*, הערה 58 לעיל; 490 F.Supp. *United States v. Enger*, 472 (D.N.J. 1978).

100 לפחות זה המצב מבחינתה של ישראל. ראו " מורין, "בקיעים בעקרון החסינות הדיפלומטית", הפרקליט כח 317 (תשל"ג). עם זאת, בלא מעט מדינות נחקקו חוקים מקומיים בנושא החסינות של הריבון הזר, שבמידה רבה עושים קוריקציה למשפט הבינלאומי המנהגי בנידון.

101 אולם יש מי שמבקש להבחין בין החסינות של הריבון הזר לבין החסינות של זרוע ביצועית מטעמו, כמו למשל כשמדובר בראש מדינה או בשר בממשלה שמוצאים את עצמם בעלי דין בהליכים משפטיים. מבחינת המינוח יש שמתייחסים לחסינות המוענקת לראשי מדינה בתור "חסינות המדינה" (*state immunity*) [לעומת "חסינות הריבון" (*sovereign immunity*), המוענקת שעה שהריבון עצמו נתבע לדין]. ראו C.J. Lewis, *State and Diplomatic Immunity* 1-2 (3d ed. 1990). נוסף על כך, יש המתייחסים לחסינות של נציגיה הרשמיים של המדינה במסגרת הדוקטרינה הכללית של "מעשה מדינה" (*act of state*). ראו דינשטיין, הערה 36 לעיל, בעמ' 119. לדעתנו, מתאים יותר להתייחס לחסינותו של נציג המדינה במסגרת החסינות הכללית של הריבון הזר. ראשית, הביטוי "חסינות המדינה" מבלבל ואינו שגור במיוחד בפסיקה ובספרות המשפטית המטפלת בסוגיה. שנית, על פי ההשקפה המקובלת היום, עניינה של דוקטרינת "מעשה מדינה" הוא יותר בשאלת שפיטותן של פעולות שלטוניות המתבצעות בתוך הטריטוריה הריבונית של מדינה מסוימת ולא בפעולות כאלה המתבצעות מחוצה לה. ברם, נציג רשמי של מדינה עדיין יכול ליהנות מחסינות בשל פעילותו בשירות הריבון גם מחוץ למדינתו. לפיכך ההתייחסות לפעולות נציג רשמי של המדינה במסגרת דוקטרינת "מעשה מדינה" גם היא מבלבלת. ראו דיון בהמשך חלק זה באשר למשמעותה של דוקטרינת "מעשה מדינה". באשר להיקפה של החסינות המוענקת לראשי מדינה, הרי היא דומה מאד להיקף החסינות המוענקת לנציגים דיפלומטים על פי אמנת וינה. ראו בעניין זה פסק דינו של בית המשפט הבינלאומי הקבוע בהאג, *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, www.icj-cij.org/icjwww/idocket/COBE/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214.pdf שבו נדונה שאלת חסינותו של שר בממשלת קונגו מפני סמכות השיפוט הפלילית של בתי המשפט בבליה בעבירות שהוגדרו על פי החקיקה הבלגית כפשעי מלחמה וכפשעים נגד האנושות. כמו כן ראו *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate* [1998] 4 All E.R. 897, שבו נדונה שאלת חסינותו של נשיא צילה לשעבר, פינשוה, מפני ההליכים שנפתחו באנגליה לצורך הסגרתו לשלטונות ספרד בגין אישומים של רצח עם, רצח, חטיפה ועינויים.

עוררין במדינות המשפט המקובל.¹⁰² לפיכך, הכלל התקף היום קובע כי אם נושא התביעה המשפטית הוא פעילות בעלת אופי פרטי (*acta gestionis*) מטעמו של הריבון הזר, לא יוכל הריבון הזה לטעון לחסינות.¹⁰³ לעומת זאת, כפי שראינו לעיל, היקפה של החסינות הדיפלומטית רחב הרבה יותר. על פי המצב הקיים היום, אם הפעילות הדיפלומטית שבגינה נפתחו ההליכים אינה נופלת לאחד החריגים שבסעיף 31 (1) לאמנת וינה, ייהנה הנציג הדיפלומטי מחסינות מלאה גם אם פעילותו, לרבות הפלילית, נעשתה מחוץ למסגרת תפקידו והייתה בעלת אופי פרטי לחלוטין.¹⁰⁴ נקיטת ההליכים משפטיים נגד הנציג הדיפלומטי תיתכן במקרים כאלה בפני בתי המשפט של המדינה המסגרת,¹⁰⁵ אם זו תוותר על החסינות המוענקת לנציג הדיפלומטי.¹⁰⁶ ועם תום המינוי הדיפלומטי של הנציג.¹⁰⁷

- 102 באופן כללי ראו Gary B. Born, *International Civil Litigation in United State Courts* 199-285 (3d ed., 1996). יצוין, שבמדינות הקונטיננטל אומצה תורת החסינות היחסית של הריבון הזר זה מכבר. דינשטיין, הערה 36 לעיל, בעמ' 106-107.
- 103 ראו עניין אדלסון, הערה 97 לעיל.
- 104 ראו דינשטיין, הערה 36 לעיל, בעמ' 122.
- 105 ראו סעיף 31(4) לאמנת וינה; ראו גם, *Demartinez v. Drug Enforcement Administration*, 111 F.3d 1148 (4th Cir., 1997). במקרה זה אוזרח ותושב קולומביה, שנפגע בתאונת דרכים בקולומביה שבה הייתה מעורבת נציגה דיפלומטית אמריקנית, הגיש בסופו של דבר תביעת פיצויים לבית משפט אמריקני.
- 106 ראו סעיף 32 לאמנת וינה; השווה פסק-דין *Knab*, הערה 30 לעיל, שבו נקבע כי ויתור על החסינות הדיפלומטית של נציג דיפלומטי שנהג בשכרות וגרם למותה של נערה מפני הליכים פליליים אינו מסיר את החסינות מפני תביעה אזרחית בגין אותו מעשה.
- 107 סעיף 39(2) לאמנת וינה. ראו *United States v. Guinand*, 688 F. Supp. 774 (D.D.C., 1988); ראו גם Joan E. Donoghue, "Perpetual Immunity for Former Diplomats? A Response to the Absinthe Affair: A Restrictive Theory of Diplomatic Immunity", 27 *Colum. J. Transnat'l L.* 615 (1989). כאן המקום לציין כי החסינות הדיפלומטית מסווגת לצורכי קביעת היקף תחולתה במרחב הזמן כהוראה ריונית. לפיכך, אם המעשים מושאי ההליכים המשפטיים בוצעו על ידי הנציג הדיפלומטי לפני שהפך לכוזה, אך בעת פתיחת ההליכים נגדו הוא כבר הפך לנציג דיפלומטי, החסינות תעמוד לו. *Denza*, הערה 35 לעיל, בעמ' 256; כלומר: המשתנה הרלבנטי במרחב הזמן לצורכי הקביעה אם החסינות עומדת לנציג הדיפלומטי אם לאו הוא רגע פתיחת ההליכים נגדו ולא רגע ביצוע המעשים. ראו פסק-דין *Ghosh*, הערה 36 לעיל; הדברים אמורים גם כאשר נכנס לתוקף חוק חדש הקובע היקף חסינות שונה לנציג הדיפלומטי לעומת היקף החסינות שהיה קיים בעת ביצוע המעשה. גם במקרה זה הרגע הקובע הוא מועד פתיחת ההליכים. ראו *Empson v. Smith*, 2 All E.R. 881 [1965]; יורם דינשטיין, "חסינות דיפלומטית – באנגליה ובישראל", הפרקליט כב 5 (תשכ"ו).

עם זאת, עדיין ייתכנו יחסי גומלין בין חסינות הריבון הזר לחסינות הנציג הדיפלומטי. הסיבה לכך נעוצה בכך שהנציג הדיפלומטי הוא גם בבחינת שליח של המדינה המגשרת ולעתים אף יכול להיחשב בתור אורגן שלה. לפיכך, כשדיפלומט נתבע בשל פעילות במסגרת תפקידיו, אפשר שהוא יהיה מוגן גם על ידי חסינות הריבון.¹⁰⁸ ברם, ברגיל אין הנציג הדיפלומטי נזקק לחסינות הריבון הזר כדי להדוף את ההליכים שנפתחו נגדו, הואיל והחסינות הדיפלומטית רחבה דיה כדי לאפשר לו לעשות כן. אולם, כפי שאמרנו, החסינות הדיפלומטית מוגבלת בזמן: היא פגה עם סיום המינוי של הדיפלומט.¹⁰⁹ ברגע זה הופכת חסינות הריבון הזר להיות רלבנטית מבחינתו של הנציג הדיפלומטי, שכן חסינות זאת היא "מהותית" ותעמוד לנציג הדיפלומטי תמיד, בתנאי שהפעילות הנדונה היא בעלת אופי שלטוני.¹¹⁰ במקרה זה, צירופן של החסינות הדיפלומטית ושל חסינות הריבון הזר יחדיו מקשה עוד יותר על התובע המחפש סעד כנגד הפעילות שהזיקה לו.¹¹¹

לעומת זאת, העובדה שהנציג הדיפלומטי נחשב לשליח או לאורגן של מדינתו יכולה בעצמה להביא לתוצאה הפוכה: הרחבת אפשרות קבלת סעד מצדו של התובע. זאת, משום שמבחינה עיונית ניתן לייחס לעתים את ההתנהגות המזיקה של הנציג הדיפלומטי למדינה המגשרת מתוקף עקרונות האחיות השלוחיות או תורת האורגנים. הואיל והריבון נהנה מחסינות מוגבלת – לפחות יחסית לחסינות של הנציג הדיפלומטי – אזי תיתכן בהחלט האפשרות שבעוד התביעה כנגד הנציג הדיפלומטי תסולק על הסף מחמת החסינות הדיפלומטית, היא בכל זאת תידון לגופה כנגד הריבון הזר.¹¹² אולם, בפועל, הסיכויים שהתובע יצליח במהלך כזה קלושים למדי, משום שעל פי הדעה המקובלת, תנאי לייחוס התנהגותו של הנציג הדיפלומטי לריבון עצמו הוא שההתנהגות נעשתה

108 אין זה מענייננו כאן אם התביעה מוגשת כנגדו אישית. המבחן לצורך זה הוא מהותי ולא פורמלי. ראו פסק-דין *Rahimtoola*, הערה 40 לעיל.

109 אגב: זו הסיבה מדוע על פי הדעה המקובלת על בית המשפט, המקבל את טענת החסינות מטעמו של הדיפלומט, לעכב את הדיון בתביעה במקום לדחותה על הסף. ראו, למשל: פסק-דין *Ghosh*, הערה 36 לעיל, בעמ' 645. קו המחשבה שבבסיס עמדה זו הוא, שמי שניזוק על יד הדיפלומט יכול לפתוח בהליכים נגדו עם תום המינוי הדיפלומטי, דבר שלא יתאפשר אם התביעה תידחה על הסף. שכן, מעשה הדחייה, להבדיל ממעשה העיכוב, נחשב על ידי רבים כמעשה שיוצר השתק עילה שאינו מאפשר הגשת התביעה בשנית. ראו שלום, הערה 1 לעיל, בעמ' 53; אולם ראו גם נינה זלצמן, מעשה-בית-דין כהליך אזורי 313-306 (חשן"א).

110 דינשטיין, הערה 36 לעיל, בעמ' 122-123.

111 אם כי אפשרי לטעון כי הסיפא של סעיף 39(2) לאמנת וינה גם היא נותנת יסוד לסברה שפעילות בעלת אופי שלטוני מצד הנציג הדיפלומטי תזכה את הנציג הדיפלומטי בחסינות מלאה אם הפעילות האמורה בוצעה "תוך כדי מילוי תפקידיו כאיש הנציגות..."

112 ראו בעניין זה *Denza*, הערה 35 לעיל, בעמ' 271-272.

במסגרת פעילותו הייצוגית.¹¹³ הואיל ומרב הסיכויים הם שפעילות כזאת תהיה בעלת אופי שלטוני, לא יהיה בייחוסה לריבון כדי להועיל לתובע – שהרי תעמוד לריבון הטענה של חסינות ריבון זר. עם זאת, אם ההתנהגות של הדיפלומט בוצעה מחוץ למסגרת תפקידו, יהיה קשה מאוד לייחסה לריבון והוא יהיה פטור.¹¹⁴

חסינות נוספת המצריכה כמה מילות הבהרה היא החסינות הקונסולרית.¹¹⁵ ברמה הפונקציונלית נבדלת הנציגות הקונסולרית מהנציגות הדיפלומטית במהות השירותים המסופקים על ידי כל דרג.¹¹⁶ בעוד הנציגות הדיפלומטית מופקדת על ייצוגה הלכה למעשה של המדינה המשגרת אצל המדינה המקבלת וביצירת קשרי החוץ ביניהן, הנציגות הקונסולרית מופקדת בעיקר על מתן שירותים פקידותיים מטעמה של המדינה המשגרת במדינה המקבלת. שירותים אלו כוללים מתן אשרות, ניהול פנקס רישום לנתיני המדינה המשגרת כגון רישום נישואין; גירושין; לידה; פטירה וכיוצא באלו.¹¹⁷ בבסיסה של חסינות זו עמדה הסברה שכדי שהדרג הקונסולרי יהיה מסוגל לבצע את משימותיו, גם הוא צריך חסינות.¹¹⁸ ברם, בהתחשב בפונקציות שהדרג הקונסולרי ממונה עליהן, שהן פקידותיות באופיין, ניתנה לדרג זה חסינות פונקציונלית בלבד, כלומר: רק בגין פעילות המבוצעת במסגרת התפקיד.¹¹⁹ לפיכך, אם, למשל, נחשד נציג קונסולרי במעשה

113 שם, בעמ' 271; ראו גם *Skeen v. Federative Rep. Of Brazil*, 566 F. Supp. 1414 (D.D.C. 1983).

114 ראוי להעיר בהקשר זה שהיום הולכת ומתפתחת במשפט הבינלאומי מגמה המבקשת לייחס אחריות אישית לממלאי תפקידים רשמיים שביצעו מעשים שלטוניים הנחשבים כמנוגדים למשפט הבינלאומי. זאת, חרף העובדה שאילו היו מבקשים לתבוע בגין אותם מעשים את המדינה עצמה שבשמה הם נעשו היא הייתה נהנית מחסינות. ראו C.A. Whomersley, "Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts," 41 *Int'l & Comp. L. Q.* 848 (1992).

115 המסמך הבסיסי המסדיר את החסינות הקונסולרית הוא אמנת וינה בעניין הקשרים הקונסולריים משנת 1963. להוראות האמנה ראו 57 *Am. J. Int'l L.* 995 (1963) וראו גם: 596 U.N.T.S. 261 (1963).

116 ראו Curtis J. Milhaupt, "The Scope of Consular Immunity Under the Vienna Convention on Consular Relations: Towards a Principal Interpretation," 88 *Colum. L. Rev.* 841 (1988); Albert H. Garreston, "The Immunities of Representatives of Foreign States," 41 *N.Y.U.L. Rev.* 67, 78-79 (1966).

117 לפירוש הפונקציות הדיפלומטיות ראו סעיף 5 לאמנת וינה בעניין הקשרים הקונסולריים משנת 1963, הערה 115 לעיל.

118 ראו דינשטיין, הערה 36 לעיל, בעמ' 126-129.

119 ראו לעניין זה יורם דינשטיין, "אחריותם של קונסולים זרים בישראל לפעולות 'חצי רשמיות'", הפרקליט כא 317 (תשנ"ה); יורם דינשטיין, "חסינות קונסולרית ופעולות שאינן קונסולריות", הפרקליט כב 190 (תשכ"ו).

תקיפה, נהג במהירות מופרזת או התקשר בעסקה חד-פעמית, הוא לא יהיה זכאי לחסינות אם יינקטו נגדו הליכים לגבי מעשים כאלה, בעוד שנציג דיפלומטי היה נהנה ממנה.¹²⁰ דוקטרינה נוספת הקשורה קשר הדוק לחסינות המוענקת לריבון הזר ולנציגיו היא דוקטרינת "מעשה מדינה" (act of state). דוקטרינה זו, שפותחה בעיקר במשפט האמריקני,¹²¹ הופכת פעולות שלטוניות שביצעה מדינה זרה או נציג מטעמה בתחומי הטריטוריה הריבונית שלה לבלתי-שפיטות.¹²² מסתבר שגם דוקטרינה זו מוגבלת לפעולות שלטוניות מטעמה של המדינה, ואין היא תקפה לגבי פעולות לא-שלטוניות.¹²³ או לגבי פעולות שלטוניות מטעמה של המדינה הזרה הנעשות מחוץ לתחומה.¹²⁴ רק לעתים רחוקות מצטלבות דרכיה של דוקטרינה זו עם החסינות הדיפלומטית, האיל ועניינה של החסינות הדיפלומטית אך ורק בפעילות של הנציג הדיפלומטי במדינה המקבלת, כלומר: מחוץ לשטחה הריבונית של המדינה שהוא מייצג. עינינו הרואות, שהחסינות הדיפלומטית היא למעשה החסינות הרחבה ביותר. החסינות המוענקת היום לריבון הזר, לנציג הקונסולרי וזו המוענקת בגין מעשה מדינה הן מוגבלות. במקרים כאלה נוהגים לפי מבחן פונקציונלי ברור: אם הפעילות נעשתה במסגרת התפקידים השלטוניים שגופים אלו מופקדים עליהם החסינות תוכר, ואם לאו – החסינות לא תמנע את הפעלת סמכות השיפוט כלפיהם. לא כן המצב לגבי החסינות של הנציג הדיפלומטי, שנותרה רחבה מאוד. כפי שראינו, חסינות זו חלה גם על פעילות שביצע הדיפלומט מחוץ לתפקידו, בתנאי שהיא לא נופלת לאחד החריגים שבסעיף 31, שגם הם מצומצמים למדי.

120 ראו Jonathan Brown, "Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations," 37 *Int'l & Comp. L. Q.* 53, 77 (1988).

121 יצוין כי במשפט האנגלי יש משמעות שונה לדוקטרינה. ראו Lewis, הערה 101 לעיל, בעמ' 3; ראו גם Michael Singer, "The Act of State Doctrine of the United Kingdom: An Analysis, With Comparisons to United States Practice," 75 *Am. J. Int'l L.* 283 (1981). אולם אין פירוש הדבר שבאנגליה ניתן להגיש תביעה אזרחית בגין מעשה מדינה, שהרי גם באנגליה מקובלת הדעה שמעשים כאלה אינם שפיטים. ראו *Luther v. Sagor & Co* [1921] 3 K.B. 532.

122 Born, הערה 102 לעיל, בעמ' 685-744. מבחינה פורמלית, דוקטרינת "מעשה מדינה" אינה דוקטרינה של חסינות מפני השיפוט, אלא הדוקטרינה מבקשת למנוע ממדינה אחת מלבדוק את חוקיות מעשה המדינה האחרת. לכן יכול בית המשפט להיזקק לדוקטרינה גם כשהמדינה הזרה שאת חוקיות מעשיה מבקשים לבדוק אינה צד לדיון, והדיון הוא בין שני צדדים פרטיים. ראו Ian Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity, Recent Developments," 167 *Recueil des Cours* 113, 213-214 (1980-II).

123 ראו *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682 (1976).

124 ראו בג"ץ *Bacardi & Co. Ltd.* 90/70 רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר, פ"ד כה(2) 87.

ובכן, השאלה הנשאלת בשלב זה היא האם החסינות הדיפלומטית מהווה היום מוסד אנרכיסטי המחזיק בהיקף סמכות החורג באופן משמעותי מההיקף שנמצא מתאים בהקשרים אחרים? לדעתנו, מתוך התבוננות מעמיקה יותר בגורמים שעמדו מאחורי אימוצה של החסינות הפונקציונלית היחסית – בעיקר בתחום חסינות הריבון הזר, שם כאמור התרחש המהפך הגדול נגד מוסד החסינות המוחלטת – עולה כי מעבר זה התרחש בעיקר מתוך התחשבות באינטרסים של המדינות יותר מאשר מתוך התחשבות בשיקולים של צדק מופשט.¹²⁵ במלים אחרות: כשם שהחסינות הדיפלומטית הרחבה נועדה לשרת אינטרסים מדיניים, כך גם חסינות הריבון הזר היחסית. הציר המרכזי שסביבו נקבע היקפה הראוי של החסינות הוא אותו ציר המבקש לשמור על האינטרסים של המדינות השונות. זאת ועוד: כאשר האינטרסים המדיניים האמורים חייבו אחרת, אזי חלה הרחבה בהיקפה של החסינות כדי לרצות את האינטרסים המדיניים.

עיון בתולדות מוסד החסינות של הריבון הזר מגלה כי הנימוקים הניתנים להצדקת קיומה של החסינות הם שניים: עיקרון השוויון בין המדינות ועיקרון הכבוד (comity) כלפי הריבון הזר.¹²⁶ – עקרונות שבמהותם נסמכים על אותם נימוקים שעומדים ביסוד הנימוק הריבוני, כפי שעמדנו עליו לעיל בהקשר של החסינות הדיפלומטית. זאת ועוד: בחלק מהמחקרים שעקבו אחר התפתחותה של חסינות הריבון הזר נטען, שחסינות זאת נגזרה מהחסינות הדיפלומטית, שמבחינה היסטורית קדמה בהרבה לחסינות הריבון הזר.¹²⁷ הדבר המעניין במיוחד לגבי חסינות הריבון הזר הוא שגם בראשיתה, כמו גם היום, היא התבססה על אותם נימוקים של שוויון וכבוד, בעוד שבהיקפה חל כאמור צמצום – מחסינות מוחלטת לחסינות יחסית. יותר מכל דבר אחר מלמדת התפתחות זו שביסוד חסינות הריבון הזר עמדו שיקולים נוספים. ואכן, ההתחקות אחר התפתחות חסינות הריבון הזר מלמדת ששיקולים כמו חשש מפגיעה במעמדה של המדינה, חשש מפגיעה ביחסי החוץ שלה עם מדינות אחרות ורצון למנוע פעולות ניגוח עמדו גם הם ביסוד עיצובה של חסינות הריבון הזר. היקף החסינות נקבע אפוא כפונקציה של עצמת האינטרסים, כפי שנחפסו מעת לעת.

ציון דרך חשוב ראשון בהקשר זה הוא פסק דינו של בית המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין *The Schooner Exchange v. M'Fadden*.¹²⁸ ג'ון מפאדן ושותפו, שניהם

- 125 אם כי יש בהחלט גם סימוכין לכך שהשינוי נבע מרצון לעשות צדק עם האדם הפרטי שהתקשר בעסקה פרטית עם ריבון זר. ראו, George Kahale & Matias A. Vega, "Immunity and Jurisdiction: Towards a Uniform Body of Law in Actions Against Foreign States," 18 *Colum. J. Transnat'l L.* 211, 212 (1979).
- 126 ראו למשל, Sompong Sucharitkul, "Immunities of Foreign States Before national Authorities," 149 *Recueil des Cours* 86 (1976-I).
- 127 ראו למשל Sinclair, הערה 122 לעיל, בעמ' 121.
- 128 11 U.S. 116 (1812).

אזרחי ארצות-הברית, היו הבעלים של ספינת שיט בשם ה-Exchange. ספינה זו נתפסה בשנת 1810 על ידי חיל הים הצרפתי כאשר התקרבה לממלכה המאוחדת, וזאת מכוחו של צו מיוחד שהוציא נפוליון בונפרטה והכריז על מצור כללי על הממלכה המאוחדת, ואף ציווה על תפיסתו של כל כלי שיט הנעצר בתחומי הממלכה המאוחדת במסגרת מסעו אל היבשת. לאחר תפיסתה של ה-Exchange היא הפכה לחלק מהצי הצרפתי ואף ניתן לה שם חדש: ה-Balaou, או כלי שיט ציבורי מספר 5. בשנת 1811 נאלצה הספינה לעגון בנמל פילדלפיה בארצות-הברית, ככל הנראה בגלל מזג אוויר סוער שנתקלה בו בלב ים. מפאדן ושותפו גילו זאת והם הגישו תביעת בעלות בבית המשפט הפדרלי של מחוז פנסילבניה. בית המשפט דחה את התביעה על הסף מחמת החסינות של הריבון הזר, ומי שטען בזכות קיומה של החסינות היה לא אחר מאשר נציגו של התובע הכללי של ארצות-הברית. מפאדן ושותפו ערערו על החלטה זו בפני בית המשפט הפדרלי לערעורים, שקיבל את הערעור ואפשר את הגשת התביעה. נציגו של התובע הכללי של ארצות-הברית ערער על כך לפני בית המשפט העליון של ארצות-הברית, וזה קיבל בסופו של דבר את הערעור ואישר את החסינות של הריבון הזר. פסק הדין של בית המשפט העליון ניתן על ידי זקן השופטים באותה תקופה, ג'ון מרשל, שפתח את נימוקיו דווקא בציון העיקרון הטריטוריאלי של סמכות השיפוט, המניח כי למדינה ריבונית יש סמכות בלעדית על כל אשר קיים בתוך הטריטוריה שלה. הוא ציין שכל הגבלה של סמכות המדינה כאמור יש בה משום צמצום כוחותיה הריבוניים, דבר שלא ייעשה אלא אם מוצאים לכך בסיס בהסכמתה המפורשת או המשתמעת של המדינה עצמה.¹²⁹ לפיכך, נקודת המוצא של מרשל בעניין זה הייתה כי ההכרה בחסינות הריבון הזר היא מעשה רצוני מבחינתה של ארצות-הברית ולא בבחינת נורמה בינלאומית שארצות-הברית חייבת לכבד. נאמן לגישתו, מרשל אף הבהיר שהריבון המקומי יכול להכיר בסמכותו כלפי הריבון הזר, אם באמצעות הפעלת כוח כלפי הריבון הזר ואם באמצעות הפעלתה הלכה למעשה של סמכות השיפוט; ברם, באין כוונה מפורשת כזאת, ההנחה היא שאין הריבון הזר כפוף לסמכות השיפוט המקומית. זאת כיצד? המשיך מרשל בדבריו והסביר, כי

129 דבריו של מרשל בהקשר זה והמצוטטים להלן הפכו בשלב מאוחר יותר לאסמכתא חשובה לצמיחתה של הגישה הטריטוריאלי בתחום סמכות השיפוט הכין-לאומית וכן בתחום ברירת הדין "The Jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it, deriving validity from an external source, would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction, and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction. All exceptions, therefore, to the full and complete power of a nation within its own territories, must be traced up to the consent of the nation itself. They can flow from no other sources." בעמ' 120.

מדינה זרה שמי מטעמה נכנס לתחומה של מדינה ריבונית אחרת, ובכלל זה גם נציג דיפלומטי, אינה נתפסת כמי שמוכנה לכפוף את עצמה לסמכות השיפוט של המדינה המארחת, וזו – שוב על בסיס אותה הנחה – נחשבת כמי שמכבדת את כוונותיה של המדינה הזרה. לפיכך קבע מרשל לגבי הספינה הנידונה:

Equally impossible is to conceive, whatever may be the construction as to private ships, that a prince who stipulates a passage for his troops, or an asylum for his ships of war in distress, should mean to subject his army or his navy to the jurisdiction of a foreign sovereign. And if this cannot be presumed, the sovereign of the port must be considered as having conceded the privilege to the extent in which it must have been understood to be asked.¹³⁰

לפיכך הכירו בחסינות הריבון הזר. פסק דין זה הפך להיות האסמכתה העיקרית במשפט המקובל בכללותו לכך שהריבון הזר נהנה מחסינות מוחלטת. אולם, ההקשר ההיסטורי של פרשה זו מגלה שמאחורי הקלעים פעלו שיקולים אחרים. רמז עבה לכך מצוי כבר בזה שהתובע הכללי של ארצות-הברית הוא שטען בעד החסינות בפני שלוש ערכאות פדרליות, תוך שהוא מעדיף את האינטרסים של צרפת על פני האינטרסים של אזרחים אמריקניים תמימים שהפסידו את רכושם על לא עוול בכפם. עיון במקורות מגלה שבאותה תקופה שררה מתיחות בין ארצות-הברית לבריטניה הגדולה, שבסופו של דבר אף הובילה למלחמה בין שתי המדינות. אחת התוצאות של מאבק זה הייתה התקרבות ביחסים שבין ארצות-הברית לצרפת, במטרה לכוות נגד בריטניה הגדולה. על רקע זה מובן לחלוטין מדוע לארצות-הברית, שבאמצעות נשיאה דאז מדיסון נחנה פומבי לכוונותיה הידידותיות כלפי צרפת, היה עניין בהכרה בחסינות של צרפת מפני השיפוט של בתי המשפט שלה; אי-הכרה בחסינות באותם ימים הייתה עלולה לפגוע קשה באינטרס אסטרטגי חשוב של ארצות-הברית.¹³¹ אכן, בשלבים מאוחרים יותר הורו כמה בתי משפט שההצדקה העיקרית לקיומה של החסינות המוחלטת לריבון הזר היא החשש שאי-הכרה תביא לפעולות תגמול מצד הריבון הזר, דבר שעלול לפגוע ביחסי החוץ בין שתי המדינות.¹³² הנה כי כן, חסינות הריבון הזר, כשהייתה רחבה, הוצדקה מטעמים של

130 שם, בעמ' 122.

131 Gamal M. Badr, *State Immunity. An Analytical and Prognostic View* 14 (1984).

132 Richard C. Pugh & Joseph McLaughlin, "Jurisdictional Immunities of Foreign States," 41 *N. Y. U. L. Rev.* 25 (1966).

חשש לפגיעה ביחסי החוץ – נימוק שכפי שראינו עמד ביסוד החסינות הדיפלומטית הרחבה.

המשך התפתחותה של חסינות הריבון הזר באמצע המאה ה-20, עת היה סחף כבד לכיוון החסינות היחסית, גם הוא מעיד כי היקף החסינות נקבע בין היתר תוך התחשבות באינטרסים הפנימיים של המדינות השונות, ולא רק בשם כיבודו של עיקרון הצדק שביקש לאפשר הגשת תביעה כנגד ריבון זר שלא עמד בהתחייבויותיו. דברים אלו מתקשרים לנימוקים שביסוד החסינות הדיפלומטית הרחבה בכך שגם הם מעמידים במרכז את האינטרסים הפנימיים של המדינות, שכפי שראינו היו מרכזיים הן מבחינת הנימוק הפונקציונלי והן מבחינת נימוק ההדדיות.

בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה (ואולי אף קודם לכן) החלו המדינות ליטול חלק פעיל בחיי המסחר בזירה הבינלאומית.¹³³ מעמד זה הקשה על המדינה לנהל קשרי מסחר תקינים, שהרי נוכח החסינות המוחלטת שנהנה ממנה הריבון נרתעו גופים שונים שבאו במגע עם מדינות שונות מלהתקשר אתן. גורם אחד עיקרי שדחף את המדינה לפעילות מסחרית כזאת היה נעוץ במאמציה למצוא שווקים לתוצרת המקומית, כדי להיטיב בראש ובראשונה עם הכלכלה הלאומית.¹³⁴ אין תמה אפוא, שעוד לפני שנתקבלה תורת החסינות היחסית מבחינתו של הריבון הנתבע מחוץ למדינתו, בחרו מדינות רבות, מרצונן, לוותר על חסינותן שעה שנתבעו בגין פעילות מסחרית רגילה.¹³⁵ על כן ניתן להעריך שאילו האינטרס הפנימי של המדינות עצמן לא היה מחייב כי תאומן תורת החסינות היחסית לגבי התביעות המוגשות נגדן, לא היה מתקבל היקף מוגבל כזה של חסינות.¹³⁶

John N. Hazard, "State Trading in History and Theory," 24 *Law & Contemp. Probs.* 243 (1959).

134 ראו בייחוד: Michael Singer, "Abandoning Restrictive Sovereign Immunity: An Analysis in Terms of Jurisdiction to Prescribe," 26 *Harv. Int'l L.J.* 1, 9-10 (1985).

135 Clive M. Schmitthoff, "The Claim of Sovereign Immunity in the Law of International Trade," 7 *Int'l & Comp. L. Q.* 452 (1958).

136 ראו Vernon G. Setser, "The Immunities of the State and Government Economic Activities," 24 *Law & Contemp. Probs.* 291, 292 (1959); הערה 131, Badar גם Lewis, הערה 101 לעיל, בעמ' 13; עם זאת, חשוב להוסיף ולציין כי נוסף על נימוק זה פעלו גורמים נוספים שהשפיעו על הפיכת חסינות הריבון הזר מחסינות מוחלטת לחסינות יחסית. כך למשל נטען, שאם חסינות הריבון הזר מגיעה בהתחשב במעמדו השווה של הריבון הזר לריבון המקומי ובכבוד שצריך לייחס לו, החסינות חייבת לסגת כשהריבון עוסק בפעילות מסחרית פרטית. הדבר נובע בעיקר משום שפעילות מסחרית איננה ממין הפעילויות שריבון אמור לבצע מלכתחילה. סיבה אחרת הייתה נעוצה בפוליטיקה העולמית של התקופה ההיא, שהייתה גם תקופת תחילתה של המלחמה הקרה. כידוע, מדינות הגוש המזרחי שמשתרן היה קומוניסטי אדוק השתלטו על כלל הפעילות

עוד הוכחה לכך שהיקף החסינות נקבע עקב התחשבות מיוחדת באינטרסים הפנימיים של המדינות עצמן, יותר משהוא נקבע עקב כיבודם של ערכי הצדק במישור של המתדיינים, מצויה בהקשרה של החסינות הקונסולרית. כפי שהובהר לעיל, ההוראות המסדירות את החסינות הקונסולרית, כפי שהן קיימות באמנת וינה משנת 1963, מעניקות לצוות הקונסולרי חסינות מצומצמת בהשוואה לחסינות של הנציג הדיפלומטי הקיימת באמנת וינה משנת 1961.¹³⁷ ברם, בכמה מקרים הסכימו מדינות שונות באמצעות אמנות דו-צדדיות להרחיב את היקף החסינות לנציגים הקונסולריים שלהן עד כדי השוואתה לחסינות של הנציג הדיפלומטי. מציאות זאת מתקשרת לעניינו בכך שהמדינות שמצאו לנכון להרחיב את החסינות הקונסולרית היו כאמור מדינות ששררו ביניהן קונפליקטים ומתחים פוליטיים, כדוגמת ארצות-הברית וברית-המועצות בתקופת המלחמה הקרה.¹³⁸ המניע שעמד מאחורי הסדרים אלה היה, שוב, החשש לשלומם של הדרג הקונסולרי שמייצג כל מדינה בתקופות של משבר או עימות.¹³⁹ כלומר: כאשר שררה בין שתי מדינות מתיחות מסוימת, וקנין חשש שמא תוביל המתיחות למעשה נקם בדרג הקונסולרי המשרת אצל המדינה האחרת, פעלו המדינות להרחבת החסינות הקונסולרית להיקף השווה לזה של החסינות הדיפלומטית עצמה.

הנה כי כן, השוואת החסינות הדיפלומטית לחסינויות המוכרות האחרות, ובעיקר לחסינות הריבון הזר, מלמדת כי על אף השוני ביניהן נקבע היקף הסמכויות בראש ובראשונה בהתאם לאינטרסים הפנימיים של המדינות. לפיכך, שתי החסינויות טובבות סביב ציר אחד, כשהשונה והדומה ביניהן, כפי שהתגלה מעת לעת, היה פונקציה של הרצון למקסם את האינטרסים הפנימיים של המדינות.

המסחרית, גם הפנימית וגם הבינלאומית. מתן חסינות מוחלטת למדינות האלה בפני בתי משפט זרים חרג מכל אמת-מידה סבירה מבחינתן של המדינות המערביות. צריך גם לזכור שבאותה תקופה לא היה אפשר להגיש תביעה משפטית כנגד המדינה שנמנתה על הגוש המזרחי לפני בתי המשפט שלה. כדי לאפשר בכל זאת שיפוט כלפי מדינות הגוש המזרחי שעה שמוגשת תביעה בפני בית משפט זר, נוצר אפוא דחף חזק בעד צמצום חסינות הריבון רק לפעילות שלטונית. ראו בעניין זה, Sigmund Timberg, "Sovereign Immunity," 56 Nw.U. L. Rev. 109 (1961); הערה 134 לעיל, בעמ' 6. ברם, היו מקרים שבהם גם מדינה קומוניסטית אדוקה כמו ברית המועצות של אמצע המאה ה-20 ויתרה מרצון על חסינותה כשנתבעה לפני בית משפט זר בגין פעילות מסחרית, וזאת שוב מתוך אינטרס עצמי שיבקש לעודד התקשרויות מסחריות עמה. ראו Schmitthoff, הערה 135 לעיל, בעמ' 452.

137 ראו הערות 115 ו-116 לעיל.

138 ראו Consular Convention, June 1, 1964, United States of America – Union Soviet Socialist Republics, 19 U.S.T. 5018, T.I.A.S. No. 6503.

139 ראו McClanahan, הערה 74 לעיל, בעמ' 46.

ה. ניתוח טקסטואלי לפרשת בסיוני

הדיון בפרק הקודם מדגים עד כמה החשש מפני פעולות ניגוח, אם במישור הנימוק הפונקציונלי ואם במישור נימוק ההרדיות, הוא חשש אמיתי, שהוביל לחסינות דיפלומטית רחבה ומשם גם לתוצאה שנחקבלה בפרשת בסיוני. עם זאת, בית המשפט בפרשת בסיוני, כמו בתי משפט אחרים שנדרשו לשאלה דומה, לא ציין חשש זה במפורש, למרות הדומיננטיות שלו.¹⁴⁰ במקום זאת מעדיפים בתי המשפט להישען על האות הכתובה: אם מתקיים החריג בסעיף 31(1) לאמנת וינה, ניתן לשפוט את הנציג הדיפלומטי; אם אין החריג מתקיים תעמוד החסינות לנציג הדיפלומטי.¹⁴¹ המקום שבו טוענים בלהט בזכות החסינות הרחבה של הנציג הדיפלומטי במטרה להגן מפני פעולות הניגוח הנקמניות הוא בעיקר בספרות המשפטית. היש הסבר לתופעה? לדעתנו התשובה חיובית.

המפתח להבנת תופעה זו טמון בכך שבית משפט המתבקש שלא להכיר בחסינות הדיפלומטית אך בוחר שלא לעשות כן מחשש לנקמה, ייאלץ, מן הסתם, להעלות את הדברים במפורש בפסק דינו. כפי שראינו, החשש מפני פעולות ניגוח איננו נימוק תמים הנסמך על רציונל משפטי מופשט. ההיפך הוא הנכון. בעניין נימוק ההרדיות, למשל, מתבססים על מהלך עתידי צפוי במדינה זרה שבבסיסו עומדת הנחה ממש לא מוסרית – נקמה. זאת ועוד: בכל המקומות שעלה נימוק ההרדיות הודגש שהנקמה בוא תבוא, נוסף על הטרדות והצקות, איומים, בידוי ראיות, מעצר שווא ועוד.

כך, למשל, המלומדת Eileen Denza ראתה נקמה כמי שבאה מתוך מגמה של "harassment for political motives..."¹⁴² Hickey ו-Fisch דיברו על נקמה בצורה של "arbitrary arrest, manufactured charges of criminal activity and unduly harsh punishment..."¹⁴³

האחריות על אגף הפרוטוקול במחלקת המדינה האמריקנית, לאחר שהבהירה כי החסינות הדיפלומטית הרחבה מוענקת יותר כדי להגן על הדיפלומטים האמריקנים המשרתים במדינות זרות מאשר על דיפלומטים זרים המשרתים בארצות-הברית, צוטטה כמי שהסבירה כי אחרת הדיפלומט האמריקני עלול למצוא את עצמו:

140 ראו למשל פסק-דין *Skeen*, הערה 113 לעיל.
 141 ראו למשל *Brown*, הערה 120 לעיל, בעמ' 76.
 142 *Denza*, הערה 35 לעיל, בעמ' 5.
 143 *Hickey & Fisch*, הערה 45 לעיל, בעמ' 360-361.

[I]n a country where the legal system leaves a great deal to be desired, or where [an American diplomat] could be framed if he were not protected by diplomatic immunity.¹⁴⁴

בדומה לכך הובהר במקום אחר (שוב בהקשר האמריקני):

The United States maintains a large diplomatic presence around the world and has a strong interest in preserving immunities for its own citizens posted abroad. From the State Department's perspective, some abuse of immunity in this country is a good bargain in exchange for the protection of American diplomats from the vagaries of foreign courts.¹⁴⁵

בדברים אלו יש משום האשמה חמורה מאוד כלפי שיטות המשפט הזרות. הם מניחים כי מעשים פסולים של פתיחה בהליכי נפל, נגיסה, הטורדה והצקה יכולים להיות מעשה ידיו של ריבון זר המבקש לנקום את מעשה העמדת הדיפלומט שלו לדין במדינה המקבלת. הנחה מובלעת נוספת בדברים אלו היא כמובן העובדה שהריבון המקומי נקי מכל ההאשמות האלה, וכי בעיקרון, פתיחת ההליך המקומי מוצדקת.¹⁴⁶ לניתוח זה יש קשר ישיר לרטוריקה של הספרות המשפטית לעומת הרטוריקה של הפסיקה. כל עוד אין ההאשמות מיוחסות למדינה פלונית, אין בהעלאתן כדי להעליב שום מדינה. הספרות המשפטית ופקידי ממשל יכולים להרשות לעצמם להעלות את הנימוק ברמה הכללית. זאת ועוד: גם אם תיחס הספרות את הנקמה הצפויה למדינה מסוימת, יישארו הדברים בתור אמרות שפר של מלומדים. לא כן הפסיקה. הדיון המשפטי שיתקיים בפסק הדין הוא ממוקד משום שההליך המשפטי הנפתח לפניו הוא ממוקד. לפיכך, אם יעלה בית המשפט את נימוק ההדדיות בפסק דינו, אפילו ברמה העקרונית, יהיה בכך רמז עבה שהמדינה המשגרת הנדונה עלולה לעמוד מאחורי הליך נפל כדי לנקום בדיפלומטים המקומיים המשרתים בתחומה.¹⁴⁷ זאת ועוד: אם ייאמרו הדברים על ידי בית המשפט, הם ייאמרו על ידי אורגן רשמי של מדינת הפורום, הוא בית המשפט, ולא על ידי מלומד זה או אחר שמעצם תפקידו אינו מזוהה עם השלטון. לכן, סביר יותר שאם נימוק ההדדיות יעמוד מאחורי העמדה המשפטית של בית משפט הדין

144 Farhangi, הערה 47 לעיל, בעמ' 1534, הערה 90.

145 שם, בעמ' 1537.

146 ראו McClanahan, הערה 74 לעיל, בעמ' 174, שמבהיר כי כל שינוי בהוראות אמנת וינה יפגע בסופו של דבר באינטרסים של ארצות-הברית ובריטניה בהיותן מדינות המכבדות את שלטון החוק.

147 השוו פסק-דין 767 Third Ave. Assocs. הערה 72 לעיל.

בשאלה אם החסינות הדיפלומטית עומדת לנציג זה או אחר, הוא יעשה זאת בסתר ולא בגלוי.

דברים אלו יומחשו אם נציגם בהקשר של פרשת בסיוני. עד כמה אמיתי היה חששו של בית המשפט בפרשת בסיוני מפעולות נקם על ידי מצרים בדיפלומטים ישראליים המשרתים בתחומה אילולא הכיר בחסינותו של השגריר בסיוני מפני תביעתה של גב' שלום? ובכלל, עד כמה אמיתי היה חששו של בית המשפט שמצרים תגיב בפעולות שיסכנו את יחסי שתי המדינות אם השגריר בסיוני יועמד לדין בישראל? נימוק ההדדיות, כמו גם המציאות, כפי שהצבענו עליה לעיל, מלמדים שחששות אלה אכן היו אמיתיים. יתרה מכך: על פי הניתוח הקודם, נימוק ההדדיות מהווה למעשה אחד הנימוקים המשפטיים הדומיננטיים שעדיין מצדיק את היקפה הרחב כל כך של החסינות הדיפלומטית. אולם, עד כמה היה בית המשפט חופשי להעלות נימוק זה על הכתב בפסק דינו? שוב ברור, כי לו היה עושה כן היה נראה כמי שמייחס את הנקמה ואת הפסול שבה לא בעלמא, כי אם למצרים – וזאת לא בתור הדיוט אלא בתור אורגן רשמי של מדינת ישראל.

ו. סוף דבר: יחסיות הערכים

מסתבר שמאחורי מוסד החסינות הדיפלומטית מסתתרים ערכים נורמטיביים הנשענים על העדר רצון להביך ריבון זה, פחד ממעשה תגמול מצדו של הריבון הזר והכרה בכך שנקמה היא דפוס פעולה אפשרי בזירה הבינלאומית. דברים אלה עומדים בניגוד גמור לערכים אחרים שהמשפט המוניציפלי בהרכבה מדינות מבקש לאמץ. לגרום עוול לאדם אחד בשם העוול שנגרם לאחר, ועוד יותר מכך – העדר רצון לאפשר בירורה של תביעה שמא יביך הדבר מישהו, הן תופעות שמזמן הוצאו מהלקסיקון המשפטי של שיטות משפט מוניציפליות שונות. ובכל זאת, אותם ערכים המתעניינים במבוכה של הריבון הזר ומהחשש מתגובתו הצליחו בפרשת בסיוני, כמו בפרשות רבות אחרות שהתעוררו בפני בתי משפט אחרים בעולם, לגבור על עילת תביעה פרטית של אדם פרטי הטוען כי נגרם לו עוול ולעתים אף עוול נורא. מסתבר, ולדבר יש יותר מראיה אחת, שנורמה מוניציפלית איננה כנורמה בינלאומית גם בממד הערכי. בעוד שפגיעה באדם בשם הנקמה נחשבת לדבר מגונה על פי הערכים הפנימיים, הרי מעשה הנקמה עצמו נחשב למגונה הרבה פחות כשעוברים לזירה הבינלאומית. המעבר הנורמטיבי בין ההקשר הפנימי להקשר הבינלאומי גורם לפיחות מסוים בערכים שבני אדם מוכנים לקבל על עצמם. הוא הדין בפרשת בסיוני. אילו תבעה גב' שלום פקיד ממשל מקומי, בכיר ככל שיהיה, האם היה

מישהו מעלה על הדעת שתביעתה תסולק על הסף מחמת חסינות כלשהי?¹⁴⁸ אך בו ברגע שהקשר הופך להיות בינלאומי, כשתביעה מופנית כנגד שגריר זר, התוצאה של סילוק על הסף נראית כה טבעית.

להערכתנו, בדברים אלה טמונה הסיבה להתנסחות היבשה והפורמלית בפרשת בסיוני. התמודדות ערכית עם הפרשה הייתה בלתי-אפשרית נוכח הצורך להכיר בערכים של ניגוח ונקמה כמחייבים אי-הכרה בעילת התביעה מלכתחילה. מסתבר שעידן הפורמליזם עוד לא תם,¹⁴⁹ לפחות כשצריך להכיר בערכים שזה לא כבר למדנו להתרחק מהם בשיטות המשפט המוניציפליות.

148 ראו בעניין זה *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997), היכן שנדחתה טענת נשיא ארצות-הברית לחסינות מפני תביעה אזרחית שבסיסה היה עוולה להטרדה מינית. עם זאת, אילו מי שהיה נתבע כגין אותה עוולה היה נציג דיפלומטי זר, כפי שהדיון הקודם מלמד, הוא כן היה נהנה מחסינות.

149 השוו מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג).

