

מלכוד 22 - מעמד השטחים הימיים של מדינת ישראל בעקבות החלטת בג"ץ בדבר ההסכם הימי עם לבנון

מאת

שני פרידמן*

מאמר זה בוחן את העתירות שהוגשו לבג"ץ כנגד ההסכם בין ישראל ולבנון על תיחום האזורים הימיים וניצול המשאבים הימיים באגן המזרחי של הים התיכון. מאמר זה מנתח את עמדת המדינה והחלטת בג"ץ בשאלה הראשונה שהעלו העתירות לגבי תחולת חוק-יסוד: משאל עם על השטח מושא ההסכם, בעיקר ביחס למים הטריטוריאליים של ישראל, תוך התייחסות לקשיים שמתעוררים בעקבות פסק הדין מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי, ולהשלכות הפוטנציאליות על הדין המדינתי ועל האינטרסים של ישראל. המאמר טוען כי בעוד שההסכם בין ישראל ולבנון חשוב וראוי, הן מבחינת המשפט הבינלאומי והן מבחינת האינטרסים של ישראל, הדרך בה התמודדה הממשלה עם שאלת התחולה של חוק-יסוד: משאל עם היא בעייתית. מסקנת המאמר היא שעמדת המדינה, שאומצה על ידי בג"ץ, אינה תואמת את המשפט הבינלאומי, ובפרט את כללי המשפט הימי הבינלאומי. כמו כן, העמדות המשתקפות מפסק הדין עשויות דווקא לפגוע באינטרסים של מדינת ישראל, וליצור עמימות משפטית.

מבוא א. עמדת המדינה והחלטת בג"ץ ביחס להסכם הימי עם לבנון. **ב.** דיני הים במשפט הבינלאומי. **ג.** התאמת הפסיקה למשפט הבינלאומי. **ד.** משמעות פסק הדין והאתגרים מבחינת מעמד המים הטריטוריאליים של מדינת ישראל. **1.** תוקף ההסכמים הימיים של מדינת ישראל. **2.** מעמד השטחים הימיים של מדינת ישראל וסמכויותיה בשטחים אלו. **3.** עמימות משפטית וערעור שלטון החוק. **ה.** סיכום

מבוא

באוקטובר 2022 ישראל ולבנון חתמו על הסכם לתיחום האזורים הימיים שלהן, בעיקר המים הטריטוריאליים והמים הכלכליים הבלעדיים (להלן: "אכ"ב"), ולניצול המשאבים הימיים באגן המזרחי של הים התיכון.¹ קן הגבול שנקבע בהסכם מאמץ את התביעה הלבנונית באופן כמעט מלא, והחל מ-2.7 מייל ימי (5 ק"מ) מהחוף, ועד לסוף האכ"ב, הוא עוקב אחר הקו שהציגה לבנון

* פוסט דוקטורנטית באוניברסיטת UBO בצרפת (AMURE lab, IUEM). דוקטורט מהפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. Shani.friedman@mail.huji.ac.il. הכותבת מבקשת להודות לצוות כתב העת על ההערות המועילות.

¹ משרד החוץ "[Israel and Lebanon reach historic agreement settling maritime dispute](#)" (הודעה לתקשורת 11.10.2022).

במשא ומתן. כפי שיידון בהרחבה בהמשך, ההסכם למעשה מעביר חלקים מהמים הטריטוריאליים והאכ"ב של ישראל לריבונות לבנון.²

נגד ההסכם הוגשו עתירות לבג"ץ בבקשה להורות לממשלה שלא לחתום או לאשרר את ההסכם.³ העתירות העלו שלוש סוגיות משפטיות עיקריות: האם חוק-יסוד: משאל עם חל על השטח מושא ההסכם, ומשכך יש לקיים לגבי הסכם זה משאל עם; האם ממשלת מעבר רשאית לחתום על ההסכם; והאם הממשלה, בהנחה והיא רשאית לחתום על ההסכם, פעלה כדין שלא הביאה את ההסכם לאישור הכנסת והסתפקה בהבאת דבר ההסכם לידיעת חברי הכנסת.⁴ פסק הדין אימץ לחלוטין את עמדת המדינה ודחה פה אחד את העתירות.⁵

מאמר זה מנתח את עמדת המדינה והחלטת בג"ץ בשאלה הראשונה שהעלו העתירות לגבי תחולת חוק-יסוד: משאל עם על השטח מושא ההסכם, בעיקר ביחס למים הטריטוריאליים של ישראל, תוך התייחסות לקשיים שמתעוררים בעקבות פסק הדין ולהשלכות הפוטנציאליות על הדין המדינתי ועל האינטרסים של ישראל. כבר כעת כדאי לציין כי לדעת הכותבת ההסכם חשוב וראוי, אולם הדרך בה התמודדה הממשלה עם ביקורת מבית היא בעייתית. מסקנת המאמר היא שעמדת המדינה, שאומצה על ידי בג"ץ, אינה תואמת את המשפט הבינלאומי, ובפרט את כללי המשפט הימי הבינלאומי (להלן: "דיני הים"). כמו כן, העמדות המשתקפות מפסק הדין עשויות דווקא לפגוע באינטרסים של מדינת ישראל, וליצור עמימות משפטית.

א. עמדת המדינה והחלטת בג"ץ ביחס להסכם הימי עם לבנון

כאמור לעיל, נגד ההסכם הימי הוגשו מספר עתירות. הסוגיה הראשונה בה עסק בית המשפט, ובה יתמקד מאמר זה, היא תחולת חוק יסוד: משאל עם על השטח הימי מושא ההסכם, ובאופן ספציפי על החלק של המים הטריטוריאליים.

חוק היסוד קובע כי אשרור או חתימה על הסכם לפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו, טעון אישור במשאל עם או אישור ברוב של 80 חברי כנסת.⁶ כאמור, בהתבסס על קווי הגבול שהוצגו על ידי הצדדים במהלך המשא ומתן וקו

² Shani Friedman, *Challenges Concerning the Maritime Delimitation Agreement between Israel and Lebanon: Israeli Law and International Law Perspectives*, 69 JUST. 3, 4 (Spring 2023). ראו גם בג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה פס' 8.א. לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן (אר"ש 13.12.2022) (להלן: "בג"ץ ההסכם הימי"); אורנה מזרחי "ההסכם עם לבנון - פשרה שיתרוניתה עולים על חסרונותיה" *המכון למחקרי ביטחון לאומי (INSS) – מבט על* 1652 (23 באוקטובר 2022).

³ ראו עתירה למתן צו על תנאי, צו ביניים ובקשה לדיון דחוף בבג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה

(03.10.2022) (העתירה נמצאת במסמכים שצורפו למכתב מדין מרזוק, מזכיר הכנסת, לשלום שלמה, מזכיר הממשלה,

בעניין הבאת הסכם ימי בין ישראל לבין לבנון לידיעת חברי הכנסת (12.10.22) (להלן: "מכתב הממשלה לחברי הכנסת"), בעמ' 87.

⁴ בג"ץ ההסכם הימי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4.

⁵ בג"ץ ההסכם הימי, לעיל ה"ש 2, פס' 12 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

⁶ ראו ס' 1 לחוק יסוד: משאל עם.

הגבול שאומץ לבסוף בהסכם, נראה שההסכם הימי עם לבנון אכן מעביר חלק מהשטחים הימיים מושא ההסכם מריבונות ישראל ללבנון.⁷ הסוגיה המשפטית שיש לבחון היא האם מדובר בשטחים שחלו בהם המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל, ותחולתם מתבטלת לאור העברת השטחים בהסכם לשליטת לבנון.

העותרים טענו כי השטח מושא ההסכם הוא שטח שהמשפט, השיפוט והמינהל הוחלו בו.⁸ המשיבים, כלומר באי-כוח הממשלה, טענו כי לא מדובר בשטח בו חלו המשפט, השיפוט והמינהל, וזאת מכמה טעמים. ראשית, מעולם לא נקבע קו גבול ימי בין ישראל ולבנון. שנית, המדינה לא נקטה בצעדים שאותם ראה המחוקק לנגד עיניו ככאלה שמבססים את תחולת חוק היסוד. ולבסוף, עיקר ההסכם נוגע לאכ"ב שאינו שטח שבו יש תחולה לחוק היסוד.⁹ כפי שניתחתי במאמר קודם, אכן לפי דיני היס, האכ"ב אינו שטח ריבוני בו חלים המשפט, השיפוט והמינהל, אלא שטח שבו למדינת החוף יש זכויות מצומצמות למטרות ספציפיות של ניצול כלכלי של השטח. לכן, בניגוד לעמדת העותרים, חוק יסוד: משאל עם לא חל ביחס למדף היבשתי.¹⁰

לעומת זאת, המים הטריטוריאליים הם שטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל, ולכן העברת חלק מהשטח לריבונות וסמכות לבנון מקימה תחולה לחוק יסוד: משאל עם. הטעם לכך הוא שבניגוד לאכ"ב, המשפט הבינלאומי קובע שהמים הטריטוריאליים הם שטח ריבוני של מדינת ישראל כמדינת חוף. אם מדובר בשטח ריבוני של מדינת ישראל, המשפט, השיפוט והמינהל חלים בו באופן אוטומטי.¹¹

למרות שחוק יסוד: משאל עם, ודברי החקיקה הרלוונטיים שנסקרו בפסק הדין, לא התייחסו באופן מפורש לאפשרות של תחולה בשטחים ימיים, בית המשפט קבע כי הוא מוכן עקרונית

⁷ ראו טקסט בסמוך לה"ש 2.

⁸ בג"ץ ההסכם הימי, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

⁹ שם, בפס' 16 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

¹⁰ לעיל ה"ש 8; Friedman, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4. המדף היבשתי הוא קרקעית היס מ-12 מייל ימי ועד כ-200 מייל ימי מהחוף. יש לציין כי ההסכם הימי התייחס לאכ"ב ולא למדף היבשתי. עם זאת, המדף היבשתי הוא חלק מהאכ"ב ולכן ניתן להניח שהעותרים התכוונו באופן כללי לשטח שבין 12 מייל ימי ועד לקו התייחסות של האכ"ב עם קפריסין. ראו גם בג"ץ ההסכם הימי, לעיל ה"ש 2. להסבר מעמיק על המדף היבשתי ועל יחסו לאכ"ב ראו שני פרידמן "דיני היס" יעל רונן ורובי סיבל **משפט בינלאומי** 557-566-569 (מהדורה רביעית, יעל רונן עורכת 2023) (להלן: "פרידמן I"). וכן ראו להלן טקסט בסמוך לה"ש 22.

¹¹ Friedman, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4. פרשנות זו עולה גם מס' 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות, התשנ"ח-1948. על אף עמימותו, הסעיף קובע כי המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל חלים ב"שטח מדינת ישראל", כלומר בשטח שבו יש לישראל ריבונות. קביעה זו נלמדת מכך שהסעיף גם מתייחס לשטחים נוספים בהם חל המשפט, השיפוט והמינהל – שטחים המוחזקים על ידי צבא ההגנה לישראל. יש לציין כי פקודת שטח השיפוט והסמכויות, התשנ"ח-1948 משתמשת במונח "חוק" ולא "המשפט, השיפוט והמינהל", אך לשיטת בג"ץ מדובר למעשה במונחים זהים, ראו בג"ץ ההסכם הימי, לעיל ה"ש 2, פס' 30 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן. וראו גם החלטות קודמות של בג"ץ לעניין תחולת המשפט, השיפוט והמינהל ב"מדינת ישראל עצמה", שם, פס' 32 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

לקבל טענה שכזו בהנחה שהמשפט, השיפוט והמינהל חלים על שטחי היס. בית המשפט הכיר בכך שהמשפט הבינלאומי מגדיר את המים הטריטוריאליים כשטח ריבוני של המדינה.¹² זאת ועוד, באי כוח המדינה לא טענו נגד תחולת המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל בשטח המים הטריטוריאליים.¹³ לאור זאת, בית המשפט אמר כי באופן עקרוני הוא "נוטה לדעה שראוי לקבוע שהסדר בחוק היסוד חל ביחס למים טריטוריאליים".¹⁴

למרות קביעה עקרונית זו, הסתפק בית המשפט בשאלה האם, בנסיבות הספציפיות של המקרה הנדון, חוק היסוד חל במים הטריטוריאליים שבשטח מושא ההסכם. לשיטת בית המשפט, הספק מתעורר לאור העובדה שהחוק הישראלי לא קבע מעולם את גבולות המים הטריטוריאליים של ישראל מצפון ומדרום, אלא רק את הגבול לכיוון עומק הים במרחק של 12 מייל ימי מקו החוף. כמו כן החוק לא מבהיר את משמעותו לעניין תחולת המשפט הישראלי בשטח זה.¹⁵ בהקשר זה, לשיטת בית המשפט, החלטת הממשלה על קו 1 – הקו המשקף את עמדת ישראל במשא ומתן מול לבנון – לא קבעה את קו הגבול הימי הצפוני של מדינת ישראל, אלא נועדה רק "לקבוע את העמדה הישראלית" והיא בסך הכול "מעגנת את תביעתה של מדינת ישראל" במסגרת המשא ומתן. לפיכך, לא ניתן לטעון שמדרום לקו זה אלו שטחים ימיים של ישראל,¹⁶ ובית המשפט קיבל את עמדת המדינה שלא ניתן לקבוע בבירור שמדובר בשטח שחל בו המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל.¹⁷

נראה כי עמדת המדינה ופסיקת בית המשפט קושרים את סוגית הסדרת הגבולות הימיים לסוגית שיוכו של השטח לישראל (ולתחולת חוק היסוד). קריאה אחת אפשרית של פסק הדין היא שלכאורה בג"ץ קובע שרק לאחר ההסכם וקביעת הגבול הצפוני יכוננו למעשה השטחים הימיים של ישראל – כלומר, תהיה זכאות משפטית לשטח, הוא יוגדר כשייך למדינה, ותהיה תחולה למשפט, השיפוט והמינהל של ישראל, לפחות במים הטריטוריאליים. לעומת זאת, לפי קריאה שנייה ואפשרית בפסק הדין, אף שיש לישראל ריבונות במים הטריטוריאליים שלה, בהעדר קו גבול צפוני למדינת ישראל, הרי שלא ניתן לקבוע בבירור שהמים הטריטוריאליים שבשטח מושא ההסכם הינם המים הטריטוריאליים של ישראל ולא של לבנון. כלומר, קו הגבול נדרש רק כאינדיקציה לדעת היכן נגמרים המים הטריטוריאליים של ישראל והיכן מתחילים המים הטריטוריאליים של לבנון. כפי שאדון בהמשך, שתי האפשרויות יוצרות קשיים משפטיים ועובדתיים ומובילות לתוצאות אבסורדיות.

¹² שם, פס' 36 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

¹³ שם, פס' 38 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן. וראו גם "חתימה על הסכם לתיחום הגבול הימי הצפוני" (חוות דעת של משרד המשפטים 11.10.2022) (להלן: "חו"ד משרד המשפטים") (מובא במסמכים שצורפו ל**מכתב הממשלה לחברי הכנסת**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 34-69), בעמ' 45.

¹⁴ בג"ץ ההסכם הימי, לעיל ה"ש 2, פס' 39 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

¹⁵ שם, פס' 34 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

¹⁶ שם, פס' 39-40 ו-45 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

¹⁷ שם, פס' 48 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

בשולי הדברים אציין שהמדינה גם טענה שהיא לא הפעילה סמכויות בשטח המדובר, דבר המעיד ומחזק את המסקנה בדבר היעדר גבול ומעמד השטח כשטח ישראלי.¹⁸ ניתן לבקר את עניין זה שכן טענה זו אינה מעלה או מורידה לעניין הגדרת השטח ככזה שחל בו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. העובדה שהמדינה לא הפעילה את סמכויותיה בשטח לא מבטלת את העובדה שהיא יכולה להפעיל סמכויות בשטח, ככל שהוא מוגדר כשטח ריבוני של המדינה.¹⁹

ב. דיני הים במשפט הבינלאומי

המסגרת המשפטית המסדירה את הזכויות והחובות של מדינות החוף בשטחי הים השונים בתחום המשפט הבין-לאומי היא "אמנת האו"ם בדבר דיני הים" (להלן: "אמנת הים"). למרות שישאל אינה חתומה על האמנה ואינה צד לה, היא מחויבת בהוראות האמנה, משום שהיא משקפת את הדין הבינלאומי המנהגי.²⁰

אמנת הים מגדירה את השטחים ימיים שכל מדינת חוף זכאית להם, כיצד מכוננת זכאות זו (כינון השטח מבחינה משפטית), וכן את הזכויות והחובות של מדינות החוף ומדינות אחרות בשטחים אלו. שטחים אלו נמדדים מקו הבסיס, הסמוך לחוף, לכיוון הים (מה שהאמנה מכנה "רוחב" – Breadth).²¹ האמנה קובעת כי המים הטריטוריאליים, מוקד מאמר זה, הם שטח ברוחב של עד 12 מייל ימי.²² בשטח זה, יש למדינות החוף ריבונות, לרבות באוויר שמעל לשטח ובקרקעית הים שמתחת לשטח.²³ האכ"ב משתרע מעבר למים הטריטוריאליים ועד 200 מייל ימי מקו הבסיס. למדינות החוף אין ריבונות בשטח זה אלא יש להן זכויות ריבוניות הקשורות לניצול והגנה על משאבים ימיים בלבד.²⁴ המדף היבשתי הוא הקרקעית המהווה את ההמשך הטבעי של היבשה, מעבר למים הטריטוריאליים, מתחת לפני המים, עד למרחק של קצה גבול היבשת או עד 200 מייל ימיים אם רוחב המדף צר מכך. למדינת החוף זכות ריבונית לחקור ולנצל את משאבי הטבע הלא-חיים בקרקעית ומתחת לקרקע במדף היבשתי.²⁵

חשוב להבחין בין כמה מושגים בסיסיים בדיני הים: הבחנה ראשונה היא בין זכאות לשטח ימי (entitlement) וקביעת רוחב השטח, כלומר הסדרת גבולות השטח. הזכאות למים טריטוריאליים היא אוטומטית ומתקיימת גם אם מדינת החוף אינה מסדירה את גבולות השטח

¹⁸ שם, פס' 51 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

¹⁹ ראו לעניין זה לעיל ה"ש 11 והטקסט הצמוד לה.

²⁰ ראו שני פרידמן "האתגרים שבהוראות הצעת חוק האזורים הימיים, התשע"ח-2017 מבחינת המשפט הבינלאומי" ספר רות לפידות: אסופת מאמרים לכבודה של פרופ' רות לפידות, 157, 158-157 (יובל שני והילי מודריק-אבן חן עורכים 2020) (להלן: "פרידמן II").

²¹ פרידמן I, לעיל ה"ש 11, בעמ' 558-559 ו-561.

²² United Nation Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 UNTS 397 (להלן: "UNCLOS"), ס' 3.

²³ שם, ס' 2.

²⁴ פרידמן I, לעיל ה"ש 11, בעמ' 566.

²⁵ שם, בעמ' 568.

(בין שמדובר בגבול חיצוני הנקבע באופן חד-צדדי ובין שמדובר בתיחום הגבול מול מדינה אחרת כמפורט בהמשך). במילים אחרות, הסדרת גבולות השטח אינה הליך קונסטיטוטיובי שיוצר זכאות אלא היא רק מסמנת את רוחב והיקף השטח.²⁶ על אף שאינן במוקד הדיון כאן, הזכאות למדף יבשתי גם היא מוקנית למדינות חוף באופן אוטומטי וללא צורך בפעולה כלשהי.²⁷ מנגד, הזכאות לאכ"ב אינה אוטומטית ויש להכריז (proclaim) על השטח על מנת ליצור זכאות אליו מבחינה משפטית (כינון השטח).²⁸

בתוך הסוגיה של קביעת רוחב השטח, ההבחנה השנייה היא בין סימון הגבול החיצוני (delineation או demarcation) הנעשה על ידי כל מדינה באופן עצמאי וחד-צדדי, ובין תיחום שטחים חופפים (delimitation) בין מדינות שכנות. כך למשל ביחס למים הטריטוריאליים, האמנה קובעת כי הגבול החיצוני (outer limit) הוא קו שכל נקודה בו מצויה במרחק של 12 מייל ימי מקו הבסיס.²⁹ כאמור גבול זה נקבע על ידי כל מדינה באופן חד-צדדי וללא קשר למדינות אחרות.³⁰ באופן דומה, האמנה מסדירה את סימון הגבול החיצוני של המדף היבשתי והאכ"ב.³¹ עם זאת, האמנה מתייחסת רק לגבול חיצוני לכיוון עומק הים (כאמור רוחב השטח), ואינה מתייחסת לגבולות ה"צדדיים" (היקף הגבול החיצוני). כלומר, במקרה שלפנינו האמנה לא מסדירה כיצד לקבוע את הגבול החיצוני הצפוני והדרומי של ישראל הסמוך לשכנותיה. היקף גבול חיצוני זה מושפע מהגדרת קו הבסיס ופרקטיקות סימון שפותחו על ידי מומחים עם הזמן.³²

NUNO MARQUES ANTUNES, TOWARDS THE CONCEPTUALIZATION OF MARITIME DELIMITATION 151 (2022); YOSHIFUMI TANAKA, THE INTERNATIONAL LAW OF THE SEA 103-104 (2019); John Noyes, *The Territorial Sea and Contiguous Zone*, in Donald Rothwell, and others (eds.), THE OXFORD HANDBOOK OF THE LAW OF THE SEA 91, 94 (2015) ניתן ללמוד גם מכך שהאמנה מפרידה את הסוגיות לסעיפים נפרדים שאינם תלויים זה בזה. לשון ס' 2 המתייחס לריבונות מצביע על היות הריבונות קיימת כעובדה, כלומר יש זכאות מלכתחילה מכוח קיומה של מדינת החוף. בסעיף נפרד האמנה מגדירה את הרוחב המקסימלי של המים הטריטוריאליים שכל מדינה יכולה להגדיר לעצמה. וראו גם את ההתפתחות ההיסטורית של הרעיון של "מים טריטוריאליים", המצביעה על כך שעיקר המחלוקת הייתה על רוחב השטח (כלומר המרחק לכיוון עומק הים) אך הייתה הסכמה על עצם קיומו של השטח מבחינה משפטית, כלומר הזכאות קיימת עוד לפני הגדרת רוחב השטח. Noyes, לעיל, בעמ' 92-95.

פרידמן I, לעיל ה"ש 11, בעמ' 568.

שם, בעמ' 566.

UNCLOS, לעיל ה"ש 25, ס' 4.

Antunes, לעיל ה"ש 29, בעמ' 6. ניתן ללמוד על כך גם מהעובדה שסעיף זה מתייחס למים הטריטוריאליים באופן כללי, כלומר גם במקרים שאין חפיפה עם שטח ימי של מדינה אחרת. כמו כן, כאשר מדובר על תיחום בין מדינות, האמנה אומרת זאת במפורש ובסעיף נפרד. ראו UNCLOS, לעיל ה"ש 25, ס' 15.

שם, ס' 57 ו-76.

Noyes, לעיל ה"ש 29, בעמ' 95. למשל, השיטה של קשתות מעגל (arcs of circle) שמצביעות על רדיוס הגבול החיצוני. להרחבה ראו [INTERNATIONAL HYDROGRAPHIC BUREAU, A MANUAL ON TECHNICAL ASPECTS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA – 1982 CHAPTER 5-3-5-8](#) (4th ed., March 2006).

לעומת סימון הגבול החיצוני, תהליך התיחום (delimitation) קורה לאחר קביעת הזכאות לשטח, והוא נועד לחלק שטח ימי חופף בין שתי מדינות נגדיות או סמוכות. מצב זה נוצר במקרה שבו רוחב הים שבין שתי מדינות נגדיות (opposite) אינו מספיק בשביל שיהיו לכל אחת מהן מים טריטוריאליים ברוחב של 12 מייל ימי, או במקרה של שתי מדינות סמוכות (adjacent) – כמו ישראל ולבנון – שיש להן תביעות חופפות בשטח הימי הסמוך להן. במקרים אלו, האמנה מסדירה כיצד הצדדים צריכים לחלק את השטח ולתחם את הגבול ביניהם. במקרה של המים הטריטוריאליים, האמנה קובעת כי שיטת התיחום היא קביעת קו חיצוני (median line) שיוצר שני שטחים שווים ברוחב בין הצדדים (equidistance), אלא אם יש נסיבות מיוחדות המצדיקות שימוש במודל תיחום אחר לקביעת קו הגבול.³³

ג. התאמת הפסיקה למשפט הבינלאומי

כאמור לעיל, ניתן לקרוא את פסק הדין בשני אופנים. האחד, לפיו עמדת המדינה שאומצה בפסק הדין, שיש צורך בסימון גבולות השטח כדי לקבוע שהשטח שייך לישראל ולהחיל בו את המשפט, השיפוט והמינהל, למעשה טוענת כי קביעת רוחב השטח היא הליך קונסטיטויטיבי, שיוצר את הזכאות לשטח מבחינה משפטית ומסדיר את החובות והזכויות של מדינת החוף בו. לפי הקריאה השנייה, סימון גבולות השטח נדרש מבחינה אינדיקטיבית, בשביל לדעת האם המים הטריטוריאליים שבשטח מושא ההסכם הינם המים הטריטוריאליים של ישראל ולא של לבנון. כפי שאראה להלן, שתי האפשרויות מנוגדות לדיני הים.

לעניין הקריאה הראשונה, כאמור לעיל, בהתאם לאמנת הים, המים הטריטוריאליים הם שטח ריבוני שכל מדינת חוף זכאית לו מבחינה משפטית באופן אוטומטי ואינהרנטי, ללא צורך בפעולה כלשהי מצד מדינת החוף. באי-כוח המדינה ובג"ץ לא מערערים על עובדה זו. המונח "ריבונות" מצביע על כך שאין כלל צורך להצהיר במפורש שחוקי המדינה חלים בשטח המים הטריטוריאליים שלה.³⁴ עם זאת, אין בעמדת המדינה או בפסק הדין כל התייחסות לכך שהזכאות למים הטריטוריאליים אינה תלויה בסימון גבולות או שחוקי המדינה חלים באופן אוטומטי בשטח ריבוני ללא צורך בהחלה מפורשת. לכן הטענה שישראל לא החילה את המשפט, השיפוט והמינהל בשטח מושא ההסכם אינה רלוונטית.³⁵ זאת ועוד, בחוות הדעת עליהן נסמכה עמדת המדינה כמעט שאין יחס למים הטריטוריאליים ומרבית הטענות נגד תחולת חוק היסוד נשענות על האכ"ב. בנוסף, לפי דיני הים, הגבול החיצוני של השטח נקבע באופן חד-צדדי על ידי מדינת החוף עצמה. אכן כאמור, האמנה שותקת לעניין גבולות אחרים של השטח כגון גבול 'צפוני' או 'דרומי'

³³ UNCLOS, לעיל ה"ש 25, ס' 15. בניגוד למים הטריטוריאליים, לגבי האכ"ב והמדף היבשתי האמנה קובעת כלל של "פתרון הוגן", כלומר הסדר גמיש יותר. הכללים הפרקטיים לתיחום שטחים אלו נקבעו בפרקטיקה של טריבונלים בינלאומיים. להרחבה ראו פרידמן I, לעיל ה"ש 11, בעמ' 573 Malcolm Evans, *Maritime Boundary*; *Delimitation*, in Donald Rothwell, and others (eds.), *THE OXFORD HANDBOOK OF THE LAW OF THE SEA* 254 (2015).

³⁴ Friedman, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4; Noyes, לעיל ה"ש 26, בעמ' 96.

³⁵ ראו חו"ד משרד המשפטים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 68.

כפי שעולה מפסק הדין, אולם פסק הדין לא התייחס לפרקטיקה הנהוגה בסימון הגבול החיצוני. ובכל מקרה, כאמור לעיל, הזכאות לשטח, ובכלל זה הזכויות והחובות של מדינת החוף, אינה תלויה בהסדרת גבולות השטח.

באופן דומה, זכאות לשטח גם אינה תלויה בתיחום שטח חופף בין שתי מדינות שכנות. אחת הטענות לאי תחולת חוק יסוד: משאל עם על השטח מושא ההסכם היא שהגבול בין המדינות מעולם לא שורטט ותוחם ביניהן.³⁶ כאמור, האמנה מגדירה את השטחים הימיים לה זכאית מדינת החוף באופן חד-צדדי. כאשר שטח ימי של שתי מדינות או יותר חופף, האמנה קובעת כללים לחלוקת השטח בין המדינות ולחובות המדינות עד להגעה להסכם. עם זאת, העובדה שהצדדים צריכים לחלק את השטח ביניהם, או קיומן של חובות התנהגות מיוחדים ביחס לשטח במצב זה, אינה מצביעה על ביטול הזכאות של צד אחד או יותר למים הטריטוריאליים, או היעדר זכאות כלל, עובר לתיחום. כאמור לעיל, תיחום שטחים חופפים לפי דיני הים אינו מכונן את השטח אלא מחלק בין הצדדים שטח ששני הצדדים זכאים לו באופן שווה. לכן, אין הכרח שהגבול הצפוני יתוחם בין הצדדים כדי שניתן יהיה לקבוע שיש למדינת ישראל מים טריטוריאליים ושהמשפט, השיפוט והמינהל שלה חלים בשטח זה. הזכאות והריבונות בשטח קיימות באופן אוטומטי, והיקף השטח נקבע לפי תביעת המדינה ביחס לשטח.³⁷

כזכור, ניתן לקרוא את פסק הדין בצורה נוספת, לפיה, גם אם עובר לתיחום הייתה למדינת ישראל זכאות למים טריטוריאליים באופן כללי, מכיוון שהגבול לא סומן על ידי ישראל – לא ברור אם השטח שבמחלוקת הינו חלק ממים טריטוריאליים אלו או שמא הוא מצוי בשטחה של לבנון. לפיכך, ההסכם על קו הגבול אינו ויתור על שטח, אלא הסכמה, הנעשית לראשונה, על סימון הגבול החיצוני (בו זמנית עם קביעת הגבול בין המדינות).³⁸

גם לפי פרשנות זו פסק הדין מנוגד לדיני הים ומעלה קושי עובדתי. ראשית, כאמור לעיל, היקף השטח נקבע לפי תביעת המדינה והפרקטיקה שלה ביחס לשטח. בפועל ישראל למעשה סימנה את קו הגבול החיצוני מבחינתה והצביעה על השטח בו חלים המשפט, השיפוט, והמינהל.³⁹ ניתן לומר שדי בתביעת המדינה, המגולמת בקו 1, בשביל לדעת כי השטח שבמחלוקת

שם, בעמ' 48.

ראו לעיל ה"ש 32 והטקסט הצמוד לה.

לכאורה, פרשנות זו עולה מבג"ץ ההסכם הימי, לעיל ה"ש 2, פס' 39 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן. שטח המחלוקת בין הצדדים מבוסס על קווים שהפקידו ישראל ולבנון ב-2011 ו-2010 באו"ם בהתאמה (בג"ץ ההסכם הימי, לעיל ה"ש 2, פס' 1 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן). הגם שפסק הדין מעלה ספק לגבי מעמד החלטת הממשלה ביחס לקו הגבול, הרי שלצורך המשא ומתן זו הייתה העמדה הישראלית לגבי היקף השטח הימי שלה. אף אם החלטת הממשלה לא משקפת קו גבול מול לבנון (כלומר תיחום ביליטראלי), בג"ץ מקבל את העובדה שהחלטתה משקפת את התביעה הישראלית בשטח (כלומר סימון גבול חיצוני באופן חד-צדדי) (וראו שם, פס' 59). בנוסף, הקו שהציגה ישראל מבוסס על קו המצופים משנת 2000, כאשר חלק זה של הקו נשמר ואומץ בהסכם בין הצדדים, וכן על הקו שנקבע בהסכם התיחום עם קפריסין מ-2010 (שם, פס' 1-2). וראו גם, מזרחי, לעיל ה"ש 2). אם כן, נראה שישראל כן סימנה את הגבול החיצוני של השטח הימי (demarcation), לפחות בחלק ה"צפוני". על אף שהדבר לא הוסדר בחקיקה ראשית אלא בפרקטיקה, זה משקף את היקף השטח הרלוונטי על מנת לקבוע את היחס מול השטח שתבעה לבנון.

36

37

38

39

הינו חלק מהמים הטריטוריאליים שבריבונות מדינת ישראל. זאת ועוד, הניסיון להציג את ההסכם עם לבנון כהסכמה ראשונית על סימון הגבול ולא כוויתור על שטח שבו יש לישראל זכאות הינו בעייתי, שכן אם כלל לא ברור שלישאל יש תביעה בשטח מושא ההסכם (לפחות לשיטת המדינה), הרי שהמחלוקת בין הצדדים מתייתרת שכן לא מדובר בשטח חופף. כלומר, ישראל מלכתחילה לא הייתה יכולה לנהל משא ומתן על תיחום השטח.

לאור האמור, וכפי שניתחתי במאמר קודם, לישראל יש מים טריטוריאליים ללא קשר להסכם עם לבנון, וכשטח ריבוני חלים בו המשפט, השיפוט, והמינהל של ישראל. לכן, מאחר וההסכם מעביר חלקים מהמים הטריטוריאליים של ישראל לריבונות וסמכות-שיפוט לבנון, היה צורך במשאל עם או אישור של 80 חברי כנסת.⁴⁰

ד. משמעות פסק הדין והאתגרים מבחינת מעמד המים הטריטוריאליים של מדינת ישראל

גם אם נקבל את עמדת המדינה שאומצה בהחלטת בג"ץ שיש קשר בין תיחום גבולות לכינון או סימון השטח (לפי פרשנות קונסטיטוטיובית או אינדיקטיבית, בהתאמה), הרי שזה עשוי דווקא לפגוע באינטרסים של ישראל וליצור עמימות משפטית לגבי מעמד המים הטריטוריאליים של ישראל ולגבי סמכויותיה באופן שמאתגר את עקרון שלטון החוק. להלן ניתוח של מספר קשיים שעשויים להתעורר עקב פסיקת בג"ץ.

1. תוקף ההסכמים הימיים של מדינת ישראל

האתגר הראשון שבעמדת המדינה והחלטת בג"ץ הוא השפעתן על התוקף המשפטי של הסכמי תיחום גבולות ימיים שחתמה ישראל. אם נקבל את העמדה שעובר לתיחום גבולות אין שטח שניתן לטעון בכירור ששייך לישראל,⁴¹ לפי שתי הפרשנויות האפשריות לעיל, הרי שאין סמכות לתחום את השטח בהתאם לכללי התיחום בדיני הים (delimitation) (להלן: "מלכוד 22"). כלומר, הפרשנות שמשקפת מעמדת המדינה שאומצה בהחלטת בג"ץ יוצרת מצב אבסורדי בו נדרש הסכם תיחום כדי לקבוע האם השטח שייך לישראל (בין שמדובר ביצירת זכאות – פרשנות קונסטיטוטיובית, או בסימון גבולות הזכאות – פרשנות אינדיקטיבית) בניגוד לדיני הים במשפט הבינלאומי, ומנגד אם השטח לא שייך לישראל, הרי שלא ניתן להפעיל כלפיו סמכויות. זאת ועוד, אם השטח לא מוגדר טרם התיחום, הרי שלא ניתן לדעת אם יש חפיפה לשטח של מדינה אחרת ולכן ההסכם שאמור להגדיר את גבולות השטח מלכתחילה מתייתר. כאמור, לא רק שאין תימוכין לפרשנות זו בדיני הים, אלא שזה גם מנוגד לכללי הפרשנות במשפט הבינלאומי.⁴²

⁴⁰ וראו בהרחבה Friedman, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4-5.

⁴¹ ראו לעיל ה"ש שגיאיה! הסימניה אינה מוגדרת. והטקסט הצמוד לה.

⁴² בפרשנות אמנות יש להתייחס למשמעות הרגילה של המילים, בהקשרן ולאור נושא ומטרת האמנה. ראו נעמי אלימלך שמרה "דיני אמנות והפרקטיקה הישראלית" יעל רונן ורובי סיבל משפט בינלאומי 743, 770 (מהדורה רביעית, יעל רונן עורכת 2023). וראו שם לרשימת המקורות שניתן להביא בחשבון לצרכי פרשנות.

זאת ועוד, פרשנות זו מנוגדת לעמדת המדינה בעבר, כפי שהיא משתקפת בהצעת חוק האזורים הימיים, התשע"ח-2017. משנת 2013 ועד 2019 היה ניסיון להסדיר בחקיקה את הגדרת האזורים הימיים של ישראל ולעגן את הזכויות והסמכויות שלה באזורים אלו.⁴³ מדברי ההסבר להצעת החוק עולה בבירור שעמדת המדינה היא שהמשפט הישראלי חל במים הטריטוריאליים וכי השטח קיים וניתן להפעיל בו סמכויות ללא קשר לשאלת סימון הגבולות.⁴⁴ בהיבט הפרקטי, פרשנות זו למעשה מערערת את סמכות המדינה לחתום על הסכמים ביחס לשטח שלכאורה לא ברור אם הוא שייך לישראל. לפי פרשנות זו, הסכמי התיחום עם לבנון וקפריסין נעשו לכאורה שלא בסמכות ובניגוד למשפט הבינלאומי שכן ישראל למעשה הסכימה לסמן גבול בשטח שזכאותה בו עוד לא התגבשה. כאמור, מדובר בפרשנות בלתי סבירה.

2. מעמד השטחים הימיים של מדינת ישראל וסמכויותיה בשטחים אלו

אתגר נוסף שעולה מעמדת המדינה כפי שאומצה בפסק הדין הוא המעמד המשפטי של המים הטריטוריאליים והאכ"ב. אם נקבל את העמדה שעובר לתיחום הגבולות של השטח, אין למדינת ישראל זכאות לשטח (לפי הפרשנות הקונסטיטויטיבית), או שיש ספק לגבי השתייכות השטח למדינת ישראל (לפי הפרשנות האינדיקטיבית), הרי שהדברים נכונים גם לחלק ה'דרומי' של המים הטריטוריאליים והאכ"ב.

ישראל טרם תחמה את הגבול הימי עם שכנותיה מדרום – מצרים או הרשות הפלסטינית.⁴⁵ לפי עמדת המדינה והחלטת בג"ץ, הרי שלגבי חלקים נרחבים מהשטחים הימיים של ישראל יש ספק אם הם אכן משתייכים לשטח מדינת ישראל ואם הם תחת ריבונותה (או, במקרה של האכ"ב, אם יש למדינה זכויות ריבוניות בהם). לכן, למעשה החוק הישראלי לא חל בהם, בפרט במים הטריטוריאליים. זה יוצר עמימות משפטית ופרקטית שכן היקף השטח והסמכויות של מדינת ישראל אינו ברור; אין מידע עד לאן מגיע השטח שהוגדר מצפון. הפרשנות שעולה מפסק הדין מובילה לתוצאה בלתי סבירה לפיה לישראל למעשה אין שטחים ימיים וסמכויותיה לא יכולות לחול לפחות בחלק מהשטח, וזאת בניגוד למשפט הבינלאומי שכאמור לא עושה הבחנה זו. המשמעות של פרשנות בית המשפט בפסק הדין היא שכל פעולה שנעשתה ביחס לשטחים הימיים לפני ה-27.10.22, מועד חתימת ההסכם,⁴⁶ נעשתה בחוסר סמכות. בין הפעולות שלכאורה נעשו בחוסר סמכות ניתן למצוא חקיקות כגון חוק מימי חופין המגדיר את המים

⁴³ ה"ח 48, ס' 1; פרידמן II, לעיל ה"ש 20, בעמ' 158-159.

⁴⁴ ה"ח 48, בעמ' 48 ו-52.

⁴⁵ ב-2015 הרשות הפלסטינית הצטרפה לאמנת הים והכריזה על שטחים ימיים, ראו פרידמן I, לעיל ה"ש 10, בעמ' 558. עם זאת, לאור ההפרדה בין הגדה המערבית לרצועת עזה מבחינה פוליטית ייתכן שיש קושי לזהות האם השטח הימי מדרום לישראל הוא של הרשות הפלסטינית או של מצרים. לאור קוצר היריעה לא ארחיב בנושא. בכל אופן יש גבול דומי' שיש לתחם, בין שזה עם מצרים ובין שזה עם הרשות הפלסטינית.

⁴⁶ ראו באתר דיני הים של האו"ם (DOALOS): ["Exchange of letters constituting a maritime agreement between the State of Israel and the Lebanese Republic" DOALOS \(27 October 2022\)](#).

הטריטוריאליים,⁴⁷ הצעת חוק האזורים הימיים,⁴⁸ וחוקי ספנות שונים.⁴⁹ בנוסף, הפעלת סמכויות בשטחים אלו לפני מועד ההסכם עם לבנון, כגון הקמת מתקני קידוח ומתן זיכיונות חיפוש וקידוח,⁵⁰ הפעלת סמכויות שיטור, והפעלת סמכויות בתחום שימור עתיקות, גם כן אינן בסמכות. כאמור, הפרשנות שמשקפת בהחלטת בג"ץ מביאה לתוצאות בלתי סבירות.

במאמר מוסגר, יש לשים לב לעניין נוסף העולה מתוך עמדת המדינה שאומצה בפסק הדין, ביחס למעמד האכ"ב של ישראל. עמדת המדינה היא שלמעשה לישראל אין אכ"ב שאותו היא יכולה לתחום בהסכמים כפי שעשתה עם קפריסין ולבנון. לא רק שלא ניתן להפעיל סמכות בשטח שלא שייך לישראל כפי שהוסבר לעיל, אלא שלפי עמדת המדינה ישראל לכאורה מעולם לא הכריזה על אכ"ב כפי שנדרש במשפט הבינלאומי. כאמור, בניגוד למים טריטוריאליים ומדף יבשתי שהם שטחים להם זכאית מדינת החוף באופן אוטומטי, על אכ"ב יש להכריז כדי לכוון את הזכאות לשטח.⁵¹ במאמר קודם טענתי כי ישראל מעולם לא הכריזה על אכ"ב,⁵² ונראה כי עמדת המדינה בפסק הדין תומכת לראשונה בטענה זו.

בחוות הדעת התומכת באישור ההסכם עם לבנון טענו נציגי המדינה כי החלטת הממשלה לגבי קו 1 לא שירטטה תחום גבול ריבוני אלא נועדה להיות צעד נגד לתביעות השטחים של לבנון ולשמר את תביעתה (העתידית) של ישראל במישור הבינלאומי. החלטה זו לא החילה את המשפט השיפוטי, והמינהל של ישראל בשטח, וישראל כלל לא עסקה בהסדרת הזכויות המשפטיות שלה בים.⁵³ בנוסף, בדברי ההסבר להצעת ההחלטה ב-2011 ביחס לקביעת קו 1 הוסבר כי "הפקדת הקו תסייע לעיגון זכויותיה הריבוניות [...] של ישראל".⁵⁴

כאמור לעיל, ביחס למים הטריטוריאליים טענה זו מנוגדת לדיני הים ולפרקטיקה. אולם ביחס לאכ"ב, השונה מהותית מהמים הטריטוריאליים מבחינת כינון הזכאות לשטח, טענה זו מחזקת המסקנה כי לישראל אין אכ"ב. כלומר, ישראל ראתה בהפקדת הקו פעולה שתעזור להסדיר בעתיד את זכויותיה בשטחים הימיים אך לא היוותה הכרזה שמכוננת את הזכאות המשפטית לאכ"ב. למעשה לישראל אין אכ"ב, לא בשל הפרשנות ביחס לצורך בתיחום גבולות, אלא משום שהוא מעולם לא הוכרז כפי שדורש המשפט הבינלאומי וכפי שהדבר משתקף מפרקטיקה של מדינות.

⁴⁷ חוק מימי חופין, התשי"ז-1956; חוק מימי חופין (תיקון), התשמ"ט-1989.

⁴⁸ לעיל ה"ש 43.

⁴⁹ למשל חוק הספנות (כלי שיט), התש"ך-1960.

⁵⁰ סוגיה זו הייתה גורם דחף משמעותי לכינון ההסכם, ראו "בקשה לקדם הליך אישור חתימה במהלך תקופת בחירות על הסכם בין ישראל ללבנון על הסדרת סוגיות הנוגעות לשטח הימי שבמחלוקת ביניהן – חוות דעת משפטית" (חוות דעת של המטה לביטחון לאומי ומשרד החוץ 09.10.2022) (מובא במסמכים שצורפו ל**מכתב הממשלה לחברי הכנסת**,

לעיל ה"ש 3, בעמ' 70-84), בעמ' 79-81.

⁵¹ ראו בהרחבה פרידמן II, לעיל ה"ש 20, בעמ' 159-160.

⁵² שם, בעמ' 164.

⁵³ ראו חו"ד משרד המשפטים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 48.

⁵⁴ שם, בעמ' 50.

עובדה זו מייצרת את ההסכם עם לבנון וקפריסין ביחס לשטח זה שכן כאמור לא ניתן לתחום גבול בשטח שאינו שייך למדינה. כאמור, מדובר בתוצאה אבסורדית נוספת שיוצרת אי ודאות משפטית.

3. עמימות משפטית וערעור שלטון החוק

עמדת המדינה והחלטת בג"ץ עשויות גם ליצור עמימות משפטית ביחס לסוגיות לעיל, מה שעשוי לפגוע בעקרונות שלטון החוק. כפי שנותח לעיל, עמדת המדינה והחלטת בג"ץ, לפחות ביחס למים הטריטוריאליים, נוגדת את המשפט הבינלאומי. כלומר יש שתי מערכות דין רלוונטיות שקובעות הלכות מנוגדות ביחס למעמד השטח וסמכויות ישראל.

מחד, לפי דיני הים, ישראל כמדינת חוף זכאית באופן אוטומטי למים טריטוריאליים, וקיום השטח אינו תלוי בסימון גבולות או תיחום שטחים חופפים. עוד נקבע כי מדובר בשטח ריבוני ולכן המשפט של מדינת החוף – להלן ישראל – גם כן חל באופן אוטומטי בשטח, שהוא חלק משטח המדינה. מאידך, לפי החלטת בג"ץ, ובהתאם לניתוח לעיל, השטח לא שייך למדינה לפני סימון הגבולות, מה שמשליך על המעמד המשפטי של השטח וסמכויות המדינה בו. לחלופין, ישראל סימנה את גבולות השטח בפועל, גם אם לא בחוק, כאמור לעיל. לכן, לפי המשפט הבינלאומי הפעלת הסמכויות בשטח טרום חתימת ההסכם נעשו באופן חוקי ותקין. לעומת זאת, כפי שהוסבר לעיל, לפי הדין המדינתי המשתקף בפסיקת בג"ץ, לכאורה כל הפעלת סמכות טרום ההסכם נעשתה בחוסר סמכות. זה יוצר בלבול מבחינת הדין החל, עקרון תקינות המנהל, ועקרונות שלטון החוק.

בלבול זה מעלה את שאלת היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הפנים מדינתי. באופן כללי, המשפט הבינלאומי אינו קובע את מעמדו בדין המדינתי, כל עוד המדינה מקיימת את חובותיה לפי המשפט הבינלאומי. הדין הפנימי צריך להעניק למדינה כלים ליישם את המשפט הבינלאומי.⁵⁵ בישראל נהוגה שיטה דואליסטית לקליטה של המשפט הבינלאומי בדין המדינתי; מדובר במערכות נפרדות וכדי שלמשפט הבינלאומי יהיה מעמד בדין המדינתי נדרש הליך קליטה – חקיקה הקובעת זאת.⁵⁶ בפסיקה הישראלית נקבע שהמשפט הבינלאומי המנהגי הוא חלק מהדין הישראלי, כל עוד הוא אינו נוגד חקיקה סותרת.⁵⁷ דיני הים, ובוודאי הכללים המגדירים שטחים ימיים, הם כללים של המשפט הבינלאומי המנהגי ולכן הם חלק מהדין הישראלי.⁵⁸

אולם, שאלת הסתירה בין המנהג הבינלאומי לבין הדין המדינתי עומדת בעינה. כדי שכלל מנהגי המשפט הבינלאומי לא יחול בהקשר שלנו, הוא צריך להיות מנוגד לחקיקה ולא לפסיקה,⁵⁹ מאחר ואין סתירה לחוק כלשהו הרי שהמשפט הבינלאומי המנהגי המשתקף בדיני הים חל. מנגד, יש סתירה בין פרשנות בג"ץ לחוק יסוד: משאל עם ופרשנות חוק היסוד לפי המשפט הבינלאומי,

⁵⁵ תומר ברודי "היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט המדינתי" יעל רונן ורובי סיבל **משפט בינלאומי** 59, 60 (מהדורה רביעית, יעל רונן עורכת 2023).

⁵⁶ שם, בעמ' 61-62.

⁵⁷ שם, בעמ' 62.

⁵⁸ ראו לעיל ה"ש 20.

⁵⁹ ברודי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 63.

לעניין הגדרת ריבונות ותחולת חוקי מדינת ישראל במים הטריטוריאליים. כלומר, בית המשפט יצר סתירה בין החוק הישראלי למשפט הבינלאומי במקום שאין בו באמת סתירה. כדי למנוע את הסתירה המלאכותית, בית המשפט היה צריך להפעיל את "חזקת ההתאמה הפרשנית". בפסיקה הישראלית נקבע שבתי המשפט יפרשו חקיקה מדינתית בהתאם למשפט הבינלאומי כל עוד אין סתירה מהותית, כדי לצמצם את היקף ההתנגשות.⁶⁰ החזקה דורשת להתאים את פרשנות חוק היסוד למשפט הבינלאומי - דבר שבג"ץ לא עשה במקרה שלנו. אמנם, ישנו ספק אם חזקת ההתאמה הפרשנית חלה על חוקי יסוד, אף שלפי הפרקטיקה המועטה הקיימת נראה שכן.⁶¹ אי יישום חזקת ההתאמה הפרשנית מחזק את העמימות המשפטית ויוצרת בלבול וקושי ביישום פסק הדין, מה שעלול לפגוע גם בעקרון שלטון החוק. לפיכך, נראה שגם אם יש ספק לגבי תחולת חזקת ההתאמה הפרשנית על חוקי יסוד בפועל, הרי שראוי להחילה על מנת למנוע עמימות משפטית.

ה. סיכום

ההסכם הימי בין ישראל ולבנון הוא הסכם חשוב והיסטורי המעניק יתרונות כלכליים לשני הצדדים, ומשקף את העקרון של יישוב סכסוכים בדרכי שלום במשפט הבינלאומי. מאמר זה אינו מטיל ספק בחשיבות ההסכם וטיבו. עם זאת, עמדת המדינה כפי שאומצה בפסק הדין מעלה אתגרים וקשיים מבחינת המשפט הבינלאומי והדין הישראלי.

המאמר ניתח את השאלה של תחולת חוק-יסוד: משאל עם על השטח מושא ההסכם, בעיקר ביחס למים הטריטוריאליים של ישראל. עמדת המדינה בהקשר זה והחלטת בג"ץ משקפים פרשנות בעייתית ביחס לביסוס הזכאות של ישראל לשטחים ימיים, להגדרת גבולות שטחים אלו, ולהיקף סמכויות ישראל בשטחים אלו. כותבת המאמר מבינה את השיקולים הרחבים, הלבר-משפטיים, שעמדו בפני רשויות השלטון. עוד הכותבת מוכנה לקבל את הטענות שעלו במשתמע בבג"ץ לגבי כוונת המחוקק ביחס לתחולת חוק יסוד: משאל עם על שטחים ימיים (כלומר שהמחוקק לא התכוון להחיל את חוק היסוד בשטחים ימיים).⁶² אולם הטענה לגבי מעמד המים הטריטוריאליים עובר להסכם התיחום עם לבנון היא בעייתית. הצורך להתמודד עם ביקורת מבית ולעקוף את הדרישה למשאל עם, מובילה למעשה לתוצאות בלתי סבירות ואבסורדיות ועשויה

⁶⁰ שם.

⁶¹ שם, בעמ' 66 ו-68.

⁶² ראו לעיל ה"ש 9. כמו כן, ראו את הניתוח לגבי היסטוריית החקיקה של חוק היסוד, בג"ץ ההסכם הימי, לעיל ה"ש 2, פס' 21-33 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן. בהתאם להיסטוריית חקיקה זו, בית המשפט קבע כי מתוך כוונת המחוקק משתמע שהביטוי "משפט, שיפוט ומינהל", כולל בתוכו דרישה לאקט של החלה מצד המדינה, "בצורה ברורה ומפורשת ביחס לשטח הנדון", שם, פס' 29 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן. פרשנות זו אינה סותרת את המשפט הבינלאומי, שכן לפיו חוקי המדינה חלים בשטח בו יש ריבונות באופן אוטומטי, אלא אם המדינה קובעת אחרת. אם כן, ניתן לפרש את חוק היסוד ככזה שדורש החלה מפורשת מצד המדינה ביחס לשטח, כלומר שכוונת המחוקק מתבטאת באמירה משתמעת שחוק היסוד לא חל בשטחים ימיים באופן אוטומטי, כחריג לכלל במשפט הבינלאומי.

ליצור קושי ביישום פסק הדין וכן עמימות משפטית. דרך חלופית טובה יותר לדעת הכותבת להתמודד עם הביקורת מבלי להוביל לתוצאות בעייתיות הייתה להסתפק בטיעונים לגבי כוונת המחוקק והיעדר התחולה הספציפית של חוק יסוד: משאל עם על שטחים ימיים, אם כי עמדה זו מתייתרת לאור הפסיקה שהתקבלה.

עמדת המדינה כפי שאומצה בבג"ץ והאתגרים עליהם הצביע המאמר מחדדים את הצורך להסדיר את השטחים הימיים של ישראל בחוק ובהתאם למשפט הבינלאומי. כאמור לעיל, הניסיון להסדיר את הסוגיה העלה חרס והסתיים למעשה ב-2019, ולא חודש מאז. הסדרת השטחים הימיים מבחינה משפטית וגיבוש מדיניות מוסדרת לניהול שטחים אלו צריך להיות אינטרס מרכזי של המדינה ורצוי שזו תפעל לחידוש הליך החקיקה על מנת לרפא את העמימות והקשיים שנוצרו עקב אי ההסדרה של סוגיה זו במפורש.