

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 נגד ההסכם בין ישראל ללבנון על תיחום האזורים הימיים וניצול המשאבים הימיים באגן המזרחי של הים התיכון. מאמר זה מנתח את עמדת המדינה ואת החלטת בג"ץ בשאלה הראשונה שהעלו העתירות בנוגע לתחולת חוק-יסוד: משאל עם על השטח מושא ההסכם, בעיקר בנוגע למים הטריטוריאליים של ישראל אגב התייחסות לקשיים שמתעוררים בעקבות פסק הדין מנקודת המבט של המשפט הבין-לאומי ולהשלכות הפוטנציאליות על הדין המדינתי ועל האינטרסים של ישראל. המאמר טוען כי בעוד שההסכם בין ישראל ללבנון חשוב וראוי, הן מבחינת המשפט הבין-לאומי והן מבחינת האינטרסים של ישראל, הדרך שבה התמודדה הממשלה עם שאלת התחולה של חוק-יסוד: משאל עם היא בעייתית. מסקנת המאמר היא שעמדת המדינה, שאומצה בבג"ץ, אינה תואמת את המשפט הבין-לאומי, ובייחוד את כללי המשפט הימי הבין-לאומי. כמו כן העמדות המשתקפות מפסק הדין עשויות דווקא לפגוע באינטרסים של מדינת ישראל וליצור עמימות משפטית.

מבוא. א. עמדת המדינה והחלטת בג"ץ בנוגע להסכם הימי עם לבנון. ב. דיני הים במשפט הבין-לאומי. ג. התאמת הפסיקה למשפט הבין-לאומי. 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 חתמו ישראל ולבנון על הסכם לתיחום האזורים הימיים שלהן, בעיקר המים הטריטוריאליים והמים הכלכליים הבלעדיים (להלן: "אכ"ב"), ולניצול המשאבים הימיים באגן המזרחי של הים התיכון.¹ קו הגבול שנקבע בהסכם מאמץ את התביעה הלבנונית כמעט במלואה, ומ-2.7 מייל ימי (5 ק"מ) מהחוף ועד לסוף האכ"ב הוא עוקב

* בתר-דוקטורנטית במכון דיוויד ליחסים בינלאומיים, האוניברסיטה העברית בירושלים. 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) <https://tinyurl.com/5n6pz6r4>

אחר הקו שהציגה לבנון במשא ומתן. כפי שיידון בהרחבה בהמשך, ההסכם למעשה מעביר חלקים מהמים הטריטוריאליים ומהאכ"ב של ישראל לריבונות לבנון.² נגד ההסכם הוגשו עתירות לבג"ץ בבקשה להורות לממשלה שלא לחתום על ההסכם ולא לאשררו.³ העתירות העלו שלוש סוגיות משפטיות עיקריות: האם חוק-יסוד: משאל עם חל על השטח מושא ההסכם, ואם כן, יש לקיים משאל עם על הסכם זה; האם ממשלת מעבר רשאית לחתום על ההסכם; והאם הממשלה, בהנחה שהיא רשאית לחתום על ההסכם, פעלה כדין כשלא 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 ואת החלטת בג"ץ בשאלה הראשונה שהעלו העתירות על תחולת חוק-יסוד: משאל עם על השטח מושא ההסכם, בעיקר בנוגע למים הטריטוריאליים של ישראל אגב 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 שבה התמודדה הממשלה עם ביקורת מבית היא בעייתית. מסקנת המאמר היא שעמדת המדינה, שאומצה בבג"ץ, אינה תואמת את המשפט הבינ-לאומי, ובייחוד את כללי המשפט הימי הבינ-לאומי (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 בנוגע להסכם הימי עם לבנון

כאמור לעיל, נגד ההסכם הימי הוגשו כמה עתירות. הסוגיה הראשונה שבה עסק בית המשפט, ובה יתמקד מאמר זה, היא תחולת חוק-יסוד: משאל עם על השטח הימי מושא ההסכם, ובייחוד על החלק של המים הטריטוריאליים. חוק היסוד קובע כי אשרור הסכם שלפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו, או חתימה על הסכם כזה, טעונים אישור במשאל עם

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 דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן (נבו 13.12.2022) (להלן: בג"ץ **ההסכם הימי**); אורנה מזרחי "ההסכם עם לבנון – פשרה שיתרונונית עולים על חסרונותיה" **המכון למחקרי ביטחון לאומי** (INSS) – **מבט על** 1652 2 (23.10.2022) <https://tinyurl.com/43mbpxam>.

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 בעמ' 127–87 שצורפו למכתב משלום שלמה, מזכיר הממשלה לרן מרזוק, מזכיר הכנסת, בעניין הבאת הסכם ימי בין ישראל לבין לבנון לידיעת חברי הכנסת (12.10.22) <https://tinyurl.com/bxkz2xbn> (להלן: מכתב הממשלה לחברי הכנסת).

4 בג"ץ **ההסכם הימי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 6.

5 שם, לעיל ה"ש 2, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן.

או אישור ברוב של 80 חברי כנסת.⁶ כאמור, בהתבסס על קווי הגבול שהציגו הצדדים במהלך המשא ומתן ועל קו 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 בשל 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 אין מדובר בשטח שבו חלו המשפט, השיפוט והמינהל, מכמה טעמים: ראשית, מעולם לא נקבע קו גבול ימי בין ישראל ללבנון; שנית, המדינה לא נקטה צעדים שהמחוקק ראה בהם כאלה שמבססים את תחולת חוק היסוד; לבסוף, עיקר ההסכם נוגע לאכ"ב, שאינו שטח שיש בו תחולה לחוק היסוד.⁹

כפי שניתחתי במאמר קודם, אכן לפי דיני הים, האכ"ב אינו שטח ריבוני שחלים בו המשפט, השיפוט והמינהל, אלא שטח של מדינת החוף יש בו זכויות מצומצמות למטרות ספציפיות של ניצול כלכלי של השטח. לכן בניגוד לעמדת העותרים, חוק-יסוד: משאל עם לא חל על המדף היבשתי.¹⁰

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

אף שחוק-יסוד: משאל עם ודברי החקיקה הרלוונטיים שנסקרו בפסק הדין לא התייחסו במפורש לאפשרות של תחולה בשטחים ימיים, בית המשפט קבע כי הוא מוכן עקרונית לקבל טענה שכזו בהנחה שהמשפט, השיפוט והמינהל חלים על שטחי הים. בית המשפט

6 ראו ס' 1 לחוק-יסוד: משאל עם.

7 ראו טקסט בסמוך לה"ש 2.

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

9 שם, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן.

10 לעיל ה"ש 8; Friedman, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4. המדף היבשתי הוא קרקעית הים 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 לבין קו התייחוס 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 הים" יעל רונן ורובי סיבל **משפט בינלאומי** 557, 569–566 (מהדורה רביעית, יעל רונן עורכת, 2023); 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 מתייחס לשטחים נוספים שבהם חלים 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 דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן. ראו גם החלטות קודמות של בג"ץ לעניין תחולת המשפט, השיפוט והמינהל ב"מדינת ישראל עצמה", שם, פס' 32 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן.

הכיר בכך שהמשפט הבינ-לאומי 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 לפיכך בית המשפט אמר כי עקרונית הוא "נוטה לדעה שראוי לקבוע שההסדר בחוק היסוד חל ביחס למים טריטוריאליים".¹⁴

למרות קביעה עקרונית זו הסתפק בית המשפט בשאלה אם בנסיבות הספציפיות של המקרה הנדון חוק היסוד חל במים הטריטוריאליים שבשטח מושא ההסכם. לשיטת בית המשפט, הספק מתעורר בשל 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 אינו מבחיר 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 עם 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 שחלים בו המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל.¹⁷

נראה כי עמדת המדינה ופסיקת בית המשפט קושרות את סוגיית הסדרת הגבולות הימיים לסוגיית 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, בהיעדר קו גבול צפוני למדינת ישראל, הרי שלא ניתן לקבוע בבירור שהמים הטריטוריאליים שבשטח מושא ההסכם הם 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 דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן.

13 שם, פס' 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן. ראו גם "חתימה על הסכם לתיחום הגבול הימי הצפוני" (חוות דעת של משרד המשפטים 11.10.2022), מובא במסמכים שצורפו למכתב הממשלה לחברי הכנסת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 34–69, ובאופן ספציפי בעמ' 45.

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

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

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

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

בשולי הדברים אציין שהמדינה טענה גם שהיא לא הפעילה סמכויות בשטח המדובר, דבר המחזק את המסקנה בדבר היעדר גבול ומעמד השטח כשטח ישראלי.¹⁸ ניתן לבקר את העניין הזה, שכן טענה זו אינה מעלה ואינה מורידה לעניין הגדרת השטח ככזה שחלים בו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. העובדה שהמדינה לא הפעילה את סמכויותיה בשטח אינה מבטלת את העובדה שהיא יכולה להפעיל סמכויות בשטח אם הוא מוגדר כשטח ריבוני של המדינה.¹⁹

ב. דיני הים במשפט הבין-לאומי

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

אמנת הים מגדירה את השטחים הימיים שכל מדינת חוף זכאית להם, כיצד זכאות זו מכוננת (כינון השטח מבחינה משפטית), וכן את הזכויות ואת החובות של מדינות החוף ושל מדינות 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 משאבים ימיים בלבד ולהגנה עליהם.²⁴ המדף היבשתי הוא הקרקעית שהיא ההמשך הטבעי של היבשה, מעבר למים הטריטוריאליים, מתחת לפני המים, עד למרחק של קצה גבול היבשה או עד 200 מייל ימי אם רוחב המדף צר מזה. 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) לקביעת רוחב השטח, כלומר הסדרת גבולות השטח. הזכאות למים טריטוריאליים היא אוטומטית ומתקיימת גם אם מדינת החוף אינה מסדירה את גבולות

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

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

20 אמנת האו"ם בדבר דיני הים 1982, Dec. 10, 1982, 1833 U.N.T.S 397 (להלן: UNCLOS); ראו גם שני פרידמן "האתגרים שבהוראות הצעת חוק האזורים הימיים, התשע"ח–2017 מבחינת המשפט הבינלאומי" **ספר רות לפידות: אסופת מאמרים לכבוד של פרופ' רות לפידות** 157, 158–157 (יובל שני והילי מורדיק-אבן חן עורכים, 2020).

21 פרידמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 558–559 ו-561.

22 UNCLOS, לעיל ה"ש 20, ס' 3.

23 שם, ס' 2.

24 פרידמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 566.

25 שם, בעמ' 568.

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

בתוך הסוגיה של קביעת רוחב השטח ההבחנה השנייה היא בין **סימון הגבול החיצוני** (delineation או demarcation) שכל מדינה עושה זאת בעצמה חד-צדדית, ובין **תיחום שטחים חופפים** (delimitation) בין מדינות שכנות. כך למשל אשר למים הטריטוריאליים, האמנה קובעת כי הגבול החיצוני (outer limit) הוא קו שכל נקודה בו מצויה במרחק של 12 מייל ימי מקו הבסיס.²⁹ כאמור, את הגבול הזה קובעת כל מדינה באופן חד-צדדי וללא קשר למדינות אחרות.³⁰ בדומה לזה, האמנה מסדירה את סימון הגבול החיצוני של המדף היבשתי ושל האכ"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 אינה מסדירה כיצד לקבוע את הגבול החיצוני הצפוני והדרומי של ישראל הסמוך לשכנותיה. היקף גבול חיצוני זה מושפע מהגדרת קו הבסיס ומפרקטיקות סימון שפותחו עם הזמן בידי מומחים.³²

26 NUNO MARQUES ANTUNES, TOWARDS THE CONCEPTUALIZATION OF MARITIME DELIMITATION 151 (2022); OSHIFUMI TANAKA, THE INTERNATIONAL LAW OF THE SEA 103–104 (2019); John Noyes, *The Territorial Sea and Contiguous Zone*, THE OXFORD HANDBOOK OF THE LAW OF THE SEA 91, 94 (Donald Rothwell et al eds., 2015). ניתן ללמוד גם מכך שהאמנה מפרידה את הסוגיות לסעיפים נפרדים שאינם תלויים זה בזה. לשון ס' 2 המתייחסת לריבונות מצביע על היות הריבונות קיימת כעובדה, כלומר יש זכאות מלכתחילה מכוח קיומה של מדינת החוף. בסעיף נפרד האמנה מגדירה את הרוחב המרבי של המים הטריטוריאליים שכל מדינה יכולה להגדירו לעצמה. וראו גם את ההתפתחות ההיסטורית של הרעיון של "מים טריטוריאליים", המעידה 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, שם, בעמ' 92–95.

27 פרידמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 568.

28 שם, בעמ' 566.

29 UNCLOS, לעיל ה"ש 20, ס' 4.

30 ANTUNES, לעיל ה"ש 26, 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 גם UNCLOS, לעיל ה"ש 20, ס' 15.

31 שם, ס' 57 ו-76.

32 Noyes, לעיל ה"ש 26, בעמ' 95. למשל, השיטה של קשתות מעגל (arcs of circle) שמצביעות על רדיוס הגבול החיצוני. להרחבה ראו INTERNATIONAL HYDROGRAPHIC BUREAU, A MANUAL ON

לעומת סימון הגבול החיצוני, תהליך התייחוס (delimitation) חל 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 כדי 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 את חלוקת השטח בין הצדדים ואת תיחוס הגבול ביניהם. במקרה של המים הטריטוריאליים, האמנה קובעת כי שיטת התייחוס היא קביעת קו חיצוני (median line) שיוצר שני שטחים שווים ברוחב בין הצדדים (equidistance), אלא אם יש נסיבות מיוחדות המצדיקות שימוש במודל תיחוס אחר לקביעת קו הגבול.³³

ג. התאמת הפסיקה למשפט הבין-לאומי

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 ואת המינהל, טוענת למעשה כי קביעת רוחב השטח היא הליך קונסטיטוטיבי שיוצר את הזכאות לשטח מבחינה משפטית ומסדיר את החובות ואת הזכויות של מדינת החוף בו. לפי הקריאה השנייה, סימון גבולות השטח נדרש מבחינה אינדיקטיבית, כדי לדעת אם המים הטריטוריאליים שבשטח מושא ההסכם הם המים הטריטוריאליים של ישראל ולא של לבנון. כפי שאראה להלן, שתי האפשרויות מנוגדות לדיני הים.

לעניין הקריאה הראשונה, כאמור לעיל, לפי אמנת הים, המים הטריטוריאליים הם שטח ריבוני שכל מדינת חוף זכאית לו מבחינה משפטית אוטומטית ואינהרנטית, ללא צורך בפעולה כלשהי מצד מדינת החוף. באי כוח המדינה ובג"ץ אינם מערערים על עובדה זו. המונח "ריבונות" מעיד 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 אוטומטית 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 שעליהן נסמכה עמדת המדינה כמעט שאין התייחסות למים הטריטוריאליים, ומרבית הטיעון נגד תחולת חוק היסוד נשענת על האכ"ב.

TECHNICAL ASPECTS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA – 1982

.Chapter 5-3-5-8 (4th ed. March 2006) <https://tinyurl.com/4aw53rvx>

33 UNCLOS, לעיל ה"ש 20, ס' 15. בניגוד למים הטריטוריאליים, כשמדובר באכ"ב ובמדף היבשתי האמנה קובעת כלל של "פתרון הוגן", כלומר הסדר גמיש יותר. הכללים הפרקטיים לתייחוס שטחים אלו נקבעו בפרקטיקה של טריבונילים בין-לאומיים; להרחבה ראו פרידמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' Malcolm Evans, *Maritime Boundary Delimitation*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE ; 573

.LAW OF THE SEA 254 (Donald Rothwell et al. eds., 2015)

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

35 ראו חוות הדעת של משרד המשפטים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 68.

נוסף על זה, לפי דיני הים, הגבול החיצוני של השטח נקבע חד־צדדית על ידי מדינת החוף עצמה. אכן כאמור, האמנה שותקת לעניין גבולות אחרים של השטח, כגון גבול "צפוני" או "דרומי" כפי שעולה מפסק הדין, אולם פסק הדין לא התייחס לפרקטיקה הנהוגה בסימון הגבול החיצוני. מכל מקום, כאמור לעיל, הזכאות לשטח, ובכלל זה הזכויות והחובות של מדינת החוף, אינה תלויה בהסדרת גבולות השטח.

ברומה לזה, זכאות לשטח גם אינה תלויה בתיחום שטח חופף בין שתי מדינות שכנות. אחת הטענות לא־תחולת חוק־יסוד: משאל עם על השטח מושא ההסכם היא שהגבול בין המדינות מעולם לא סורטט ותוחם ביניהן.³⁶ כאמור, האמנה מגדירה את השטחים הימיים שלהם 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 מיוחדות בנוגע לשטח במצב זה, אינם מצביעים על ביטול הזכאות של צד אחד או יותר למים הטריטוריאליים, או על 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 במידה שווה. לכן אין הכרח ש"הגבול הצפוני" יתוחם בין הצדדים כדי שאפשר יהיה לקבוע שיש למדינת ישראל מים טריטוריאליים, ושהמשפט, השיפוט והמינהל שלה חלים בשטח זה. הזכאות והריבונות בשטח קיימות אוטומטית, והיקף השטח נקבע לפי תביעת המדינה באשר לשטח.³⁷

זכור, ניתן לקרוא את פסק הדין בצורה נוספת, ולפיה גם אם עובר לתיחום הייתה למדינת ישראל זכאות למים טריטוריאליים ככלל, מכיוון שהגבול לא סומן על ידי ישראל – לא ברור אם השטח שבמחלוקת הוא 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 (בד בבד 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 באשר לשטח. בפועל ישראל סימנה את קו הגבול החיצוני מבחינתה והצביעה על השטח שבו חלים המשפט, השיפוט, והמינהל.³⁹ ניתן לומר שדי בתביעת המדינה, המגולמת בקו 1, כדי לדעת כי השטח

36 שם, בעמ' 48.

37 ראו לעיל ה"ש 32 והטקסט הצמוד לה.

38 לכאורה, פרשנות זו עולה מבג"ץ **ההסכם הימי**, לעיל ה"ש 2, פס' 39 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן.39 בג"ץ **ההסכם הימי**, לעיל ה"ש 2, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן. שטח המחלוקת בין הצדדים מבוסס על קווים שהפקידו ישראל ולבנון ב־2011 וב־2010 באו"ם, בהתאמה. הגם שפסק הדין מעלה ספק בדבר מעמד החלטתה של הממשלה בנוגע לקו הגבול, הרי שלצורך המשא ומתן זו הייתה העמדה הישראלית בדבר היקף השטח הימי שלה. אף אם החלטת הממשלה איננה משקפת קו גבול עם לבנון (כלומר תיחום בליטראלי), בג"ץ מקבל את העובדה שהחלטה משקפת את התביעה הישראלית בשטח (כלומר סימון גבול חיצוני באופן חד־צדדי) (וראו שם, פס' 59). נוסף על זה, הקו שהציגה ישראל

שבמחלוקת הוא 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 הוא בעייתי, שכן אם לא ברור כלל שלישאל יש תביעה בשטח מושא ההסכם (לפחות לשיטת המדינה), הרי שהמחלוקת בין הצדדים מתייתרת, שכן אין מדובר בשטח בו לשני הצדדים יש זכאות. 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 שההסכם מעביר חלקים מהמים הטריטוריאליים של ישראל לריבונותה ולסמכות שיפוט של לבנון, היה צורך במשאל עם או באישור 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 לסימון השטח (לפי פרשנות קונסטיטטיבית או אינדיקטיבית, בהתאמה), הרי שזה עשוי דווקא לפגוע באינטרסים של ישראל וליצור עמימות משפטית באשר למעמד המים הטריטוריאליים של ישראל ובאשר לסמכויותיה באופן שמאתגר את עקרון שלטון החוק. להלן ניתוח של קשיים שעשויים להתעורר בעקבות פסיקת בג"ץ.

1. תוקף ההסכמים הימיים של מדינת ישראל

האתגר הראשון שבעמדת המדינה ובהחלטת 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 בבירור ששייך לישראל,⁴¹ לפי שתי הפרשנויות האפשריות לעיל, הרי שאין סמכות לתחום את השטח לפי כללי התיחום בדיני הים (delimitation) (להלן: "מלכוד 22"). כלומר, הפרשנות שמשקפת מעמדת המדינה שאומצה בהחלטת בג"ץ יוצרת מצב אבסורדי שבו נדרש הסכם תיחום כדי לקבוע אם השטח שייך לישראל (בין שמדובר ביצירת זכאות – פרשנות קונסטיטטיבית – או בסימון גבולות הזכאות – פרשנות אינדיקטיבית) בניגוד לדיני הים במשפט הבינ-לאומי, ומנגד אם השטח אינו שייך לישראל, הרי שלא ניתן להפעיל כלפיו סמכויות. זאת ועוד, אם השטח אינו מוגדר טרם התיחום, הרי שלא ניתן לדעת אם הוא חופף לשטח של מדינה אחרת, ולכן ההסכם שאמור להגדיר את

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 שישאל כן סימנה את הגבול החיצוני של השטח הימי (demarcation), לפחות בחלק ה"צפוני". אף שהדבר לא הוסדר בחקיקה ראשית אלא בפרקטיקה, הדבר משקף את היקף השטח הרלוונטי שתבעה ישראל במשא ומתן כחלק מהמים הטריטוריאליים שלה (ושבהסכם עבר ללבנון).

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

41 ראו לעיל ה"ש 17 והטקסט הצמוד לה.

גבולות השטח מלכתחילה מתייטר. כאמור, לא רק שאין תימוכין לפרשנות זו בדיני הים, אלא שזה גם מנוגד לכללי הפרשנות במשפט הבין-לאומי.⁴²

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 ואת הסמכויות 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 בנוגע לשטח שלכאורה לא ברור אם הוא שייך לישראל. לפי פרשנות זו, הסכמי התיחום עם לבנון ועם קפריסין נעשו לכאורה שלא בסמכות ובניגוד למשפט הבין-לאומי, שכן ישראל למעשה הסכימה לסמן גבול בשטח שזכאותה בו עוד לא התגבשה. כאמור, מדובר בפרשנות לא סבירה.

2. מעמד השטחים הימיים של מדינת ישראל וסמכויותיה בשטחים אלו

אתגר נוסף שעולה מעמדת המדינה כפי שאומצה בפסק הדין הוא מעמדם המשפטי של המים הטריטוריאליים ושל האכ"ב. אם נקבל את העמדה שעובר לתיחום הגבולות של השטח לא הייתה למדינת ישראל זכאות לשטח (לפי הפרשנות הקונסטיטוטיובית), או שהיה ספק בנוגע להשתייכות השטח למדינת ישראל (לפי הפרשנות האינדיקטיבית), הרי שהדברים נכונים גם לחלק ה"דרומי" של המים הטריטוריאליים ושל האכ"ב.

ישראל טרם תחמה את הגבול הימי עם שכנותיה מדרום – מצרים או הרשות הפלסטינית.⁴⁵ לפי עמדת המדינה והחלטת בג"ץ, הרי שאשר לחלקים נרחבים מהשטחים הימיים של ישראל יש ספק אם הם אכן משתייכים לשטח מדינת ישראל, ואם הם בריבונותה (או, במקרה של האכ"ב, אם יש למדינה זכויות ריבונות בהם). לכן למעשה החוק הישראלי לא חל בהם, בייחוד 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 לא סבירה שלפיה לישראל אין

42 בפרשנות אמנות יש להתייחס למשמעות הרגילה של המילים, בהקשרן ולפי נושא האמנה ומטרתה. ראו נעמי אלימלך שמרה "דיני אמנות והפרקטיקה הישראלית" **משפט בינלאומי**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 743, 770, וראו שם לרשימת המקורות שניתן להביא בחשבון לצורכי פרשנות.

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

44 ה"ח 48, בעמ' 48 ו-52.

45 ב-2015 הצטרפה הרשות הפלסטינית לאמנת הים והכריזה על שטחים ימיים, ראו פרידמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 558. עם זאת בשל ההפרדה בין הגדה המערבית לרצועת עזה מבחינה פוליטית ייתכן שיש קושי לקבוע אם השטח הימי מדרום לישראל הוא של הרשות הפלסטינית או של מצרים. בשל קוצר היריעה לא ארחיב בנושא. מכל מקום, יש "גבול דרומי" שיש לתחם, בין שהוא עם מצרים ובין שהוא עם הרשות הפלסטינית.

למעשה שטחים ימיים, וסמכויותיה אינן יכולות לחול לפחות בחלק מהשטח, בניגוד למשפט הבין-לאומי, שכאמור אינו עושה הבחנה זו. משמעותה של פרשנות בית המשפט בפסק הדין היא שכל פעולה שנעשתה בנוגע לשטחים הימיים לפני 27.10.22, מועד חתימת ההסכם,⁴⁶ נעשתה בחוסר סמכות. בפעולות שלכאורה נעשו בחוסר סמכות ניתן למצוא חקיקות כגון חוק מימי חופין המגדיר את המים הטריטוריאליים,⁴⁷ הצעת חוק האזורים הימיים⁴⁸ וחוקי ספנות שונים.⁴⁹ נוסף על זה, 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 הן אינן בסמכות. כאמור, הפרשנות שמשתקפת בהחלטת בג"ץ מביאה לתוצאות לא סבירות.

אציין במאמר מוסגר כי יש לשים לב לעניין נוסף העולה מתוך עמדת המדינה שאומצה בפסק הדין בנוגע למעמד האכ"ב של ישראל. עמדת המדינה היא שלמעשה לישראל אין אכ"ב שאותו היא יכולה לתחום בהסכמים כפי שעשתה עם קפריסין ועם לבנון. לא רק שלא ניתן להפעיל סמכות בשטח שאינו שייך לישראל כפי שהוסבר לעיל, אלא שלפי עמדת המדינה, ישראל לכאורה מעולם לא הכריזה על אכ"ב כפי שנדרש במשפט הבין-לאומי. כאמור, בניגוד למים טריטוריאליים ולמדף יבשתי, שהם שטחים שמדינת החוף זכאית להם אוטומטית, על אכ"ב יש להכריז כדי לכוון את הזכויות 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 בנוגע לקו 1 לא סרטטה תחום גבול ריבוני אלא נועדה להיות צעד נגד לתביעות השטחים של לבנון ולשמר את תביעתה (העתידית) של ישראל במישור הבין-לאומי. החלטה זו לא החילה את המשפט, השיפוט, והמינהל של ישראל בשטח, וישראל לא עסקה כלל בהסדרת הזכויות המשפטיות שלה בים.⁵³ נוסף על זה, בדברי ההסבר להצעת ההחלטה ב-2011 בנוגע לקביעת קו 1 הוסבר כי "הפקדת הקו תסייע לעיגון זכויותיה הריבוניות [...] של ישראל".⁵⁴

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) <https://tinyurl.com/bdh692y7>

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 נכבד 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 למכתב הממשלה לחברי הכנסת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 70-84 וגם בעמ' 79-81).

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

52 שם, בעמ' 164.

53 ראו חוות הדעת של משרד המשפטים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 48.

54 שם, בעמ' 50.

כאמור לעיל, כשמדובר במים הטריטוריאליים טענה זו מנוגדת לדיני הים ולפרקטיקה. אולם כשמדובר באכ"ב, השונה מהותית מהמים הטריטוריאליים מבחינת כינון הזכויות לשטח, טענה זו מחזקת את המסקנה כי לישראל אין אכ"ב. כלומר, ישראל ראתה בהפקדת הקו פעולה שתעזור להסדיר בעתיד את זכויותיה בשטחים הימיים אך לא הכרזה שמכוננת את הזכויות המשפטיות לאכ"ב. למעשה, לישראל אין אכ"ב, לא בשל הפרשנות של הצורך בתיחום גבולות, אלא משום שהוא מעולם לא הוכרז כפי שדורש המשפט הבינ-לאומי, וכפי שהדבר משתקף מפרקטיקה של מדינות. עובדה זו מיתרת את ההסכם עם לבנון ועם קפריסין בנוגע 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 בנוגע לסוגיות דלעיל, מה שעשוי לפגוע בעקרון שלטון החוק. כפי שנותח לעיל, עמדת המדינה והחלטת בג"ץ, לפחות בנוגע למים הטריטוריאליים, נוגדת את המשפט הבינ-לאומי. כלומר, יש שתי מערכות דין רלוונטיות שקובעות הלכות מנוגדות בנוגע למעמד השטח ולסמכויות ישראל. מחד, לפי דיני הים, ישראל כמדינת חוף זכאית אוטומטית למים טריטוריאליים, וקיום השטח אינו תלוי בסימון גבולות או בתיחום שטחים חופפים. עוד נקבע כי מדובר בשטח ריבוני, ולכן המשפט של מדינת החוף – להלן ישראל – גם הוא חל אוטומטית בשטח, שהוא חלק משטח המדינה, ומאידך, לפי החלטת בג"ץ, ולפי הניתוח דלעיל, השטח אינו שייך למדינה לפני סימון הגבולות, מה שמשליך על המעמד המשפטי של השטח ועל סמכויות המדינה בו. לחלופין, ישראל סימנה את גבולות השטח בפועל, גם אם לא בחוק, כאמור לעיל. לכן לפי המשפט הבינ-לאומי, הפעלת הסמכויות בשטח טרם חתימת ההסכם נעשו באופן חוקי ותקין. לעומת זאת כפי שהוסבר לעיל, לפי הדין המדינתי המשתקף בפסיקת בג"ץ, לכאורה כל הפעלת סמכות טרם ההסכם נעשתה בחוסר סמכות. הדבר יוצר בלבול מבחינת הדין החל, עקרון תקינות המנהל ועקרון שלטון החוק. בלבול זה מעלה את שאלת היחס בין המשפט הבינ-לאומי לבין המשפט הפנים מדינתי. באופן כללי, המשפט הבינ-לאומי אינו קובע את מעמדו בדין המדינתי, כל עוד המדינה מקיימת את חובותיה לפי המשפט הבינ-לאומי. הדין הפנימי צריך להעניק למדינה כלים ליישם את המשפט הבינ-לאומי.⁵⁵ בישראל נהוגה שיטה דואליסטית לקליטה של המשפט הבינ-לאומי בדין המדינתי; מדובר במערכות נפרדות וכדי שלמשפט הבינ-לאומי יהיה מעמד בדין המדינתי נדרש הליך קליטה – חקיקה הקובעת זאת.⁵⁶ בפסיקה הישראלית נקבע שהמשפט הבינ-לאומי המנהגי הוא חלק מהדין הישראלי כל עוד הוא אינו נוגד חקיקה

55 תומר ברודי "היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט המדינתי" **משפט בינלאומי**, ראו לעיל ה"ש 10, בעמ' 59–60.

56 שם, בעמ' 61–62.

סותרת.⁵⁷ דיני הים, ובוודאי הכללים המגדירים שטחים ימיים, הם כללים של המשפט הבין-לאומי המנהגי, ולכן הם חלק מהדין הישראלי.⁵⁸ אולם שאלת הסתירה בין המנהג הבין-לאומי לבין הדין המדינתי עומדת בעינה. כדי שכלל מנהגי במשפט הבין-לאומי לא יחול בהקשר שלנו, הוא צריך להיות מנוגד לחקיקה ולא לפסיקה.⁵⁹ מאחר שאין סתירה לחוק כלשהו, הרי שהמשפט הבין-לאומי המנהגי המשתקף בדיני הים חל. מנגד, יש סתירה בין פרשנות בג"ץ לחוק-יסוד: משאל עם לפרשנות חוק היסוד לפי המשפט הבין-לאומי, לעניין הגדרת ריבונות ותחולת חוקי מדינת ישראל במים הטריטוריאליים. כלומר, בית המשפט יצר סתירה בין החוק הישראלי למשפט הבין-לאומי במקום שאין בו באמת סתירה. כדי למנוע את הסתירה המלאכותית היה בית המשפט צריך להפעיל את "חזקת ההתאמה הפרשנית". בפסיקה הישראלית נקבע שבתי המשפט יפרשו חקיקה מדינתית לפי המשפט הבין-לאומי כל עוד אין סתירה מהותית, כדי לצמצם את היקף ההתנגשות.⁶⁰ החזקה דורשת להתאים את פרשנותו של חוק היסוד למשפט הבין-לאומי – דבר שבג"ץ לא עשה במקרה שלנו. אומנם יש ספק אם חזקת ההתאמה הפרשנית חלה על חוקי יסוד, אף שלפי הפרקטיקה המועטה הקיימת נראה שכן.⁶¹ אי-יישום חזקת ההתאמה הפרשנית מגביר את העמימות המשפטית ויוצר בלבול וקושי ביישום פסק הדין, מה שעלול לפגוע גם בעקרון שלטון החוק. לפיכך נראה שגם אם יש ספק בדבר תחולתה של חזקת ההתאמה הפרשנית על חוקי יסוד בפועל, הרי שראוי להחילה כדי למנוע עמימות משפטית.

ה. סיכום

ההסכם הימי בין ישראל ללבנון הוא הסכם חשוב והיסטורי המעניק יתרונות כלכליים לשני הצדדים, והוא משקף את העיקרון של יישוב סכסוכים בדרכי שלום במשפט הבין-לאומי. מאמר זה אינו מטיל ספק בחשיבותו של ההסכם ובטיבו. עם זאת, עמדת המדינה כפי שאומצה בפסק הדין מעלה אתגרים וקשיים מבחינת המשפט הבין-לאומי והדין הישראלי. המאמר ניתח את השאלה של תחולת חוק-יסוד: משאל עם על השטח מושא ההסכם, בעיקר בנוגע למים הטריטוריאליים של ישראל. עמדת המדינה בהקשר זה והחלטת בג"ץ משקפות פרשנות בעייתית של ביסוס הזכאות של ישראל לשטחים ימיים, להגדרת גבולות שטחים אלו ולהיקף סמכויותיה של ישראל בשטחים אלו. כותבת המאמר מבינה את השיקולים הרחבים, הלבר-משפטיים, שעמדו בפני רשויות השלטון. הכותבת גם מוכנה לקבל את הטענות שעלו במשתמע בבג"ץ בדבר כוונת המחוקק בנוגע לתחולת חוק-יסוד: משאל עם על שטחים ימיים (כלומר שהמחוקק לא התכוון להחיל את חוק היסוד בשטחים

57 שם, בעמ' 62.

58 פרידמן, לעיל ה"ש 20.

59 ברודי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 63.

60 שם.

61 שם, בעמ' 66 ו-68.

ימיים).⁶² אולם הטענה בנוגע למעמד המים הטריטוריאליים עובר להסכם התייחוס עם לבנון היא בעייתית. הצורך להתמודד עם ביקורת מבית ולעקוף את הדרישה למשאל עם מוביל למעשה לתוצאות לא סבירות ואבסורדיות ועשוי ליצור קושי ביישום פסק הדין וכן עמימות משפטית. לדעת הכותבת, דרך חלופית טובה יותר להתמודד עם הביקורת מבלי להוביל לתוצאות בעייתיות הייתה להסתפק בטיעונים בדבר כוונת המחוקק ובדבר היעדר התחולה הספציפית של חוק היסוד: משאל עם על שטחים ימיים, אם כי עמדה זו מתייתרת בשל הפסיקה שהתקבלה.

עמדת המדינה כפי שאומצה בבג"ץ והאתגרים שעליהם הצביע המאמר מחדדים את הצורך להסדיר את השטחים הימיים של ישראל בחוק ולפי המשפט הבין-לאומי. 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 צריכים להיות אינטרס מרכזי של המדינה, ורצוי שזו תפעל לחידוש הליך החקיקה כדי לרפא את העמימות ואת הקשיים שנוצרו בשל אי-הסדרתה של סוגיה זו במפורש.

62 בג"ץ **ההסכם הימי**, לעיל ה"ש 2, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן. לניתוח של היסטוריית החקיקה של חוק היסוד, פס' 21–33 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן. לפי היסטוריית 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 הבין-לאומי, שכן לפיו חוקי המדינה חלים בשטח שבו יש ריבונות באופן אוטומטי, אלא אם המדינה קובעת אחרת. אם כן, ניתן לפרש את חוק היסוד ככזה שדורש החלה מפורשת מצד המדינה בנוגע לשטח, כלומר שכוונת המחוקק מתבטאת באמירה משתמעת שחוק היסוד אינו חל בשטחים ימיים אוטומטית, כחריג לכלל במשפט הבין-לאומי.