



מבזקי הארות פסיקה 24 | מרץ 2014, 21–37

הדין הישראלי הוא אוקיינוס רחב יותר משנהוג לסבור בעקבות הארת הפסיקה של יואב הריס "על טילים, על מלט ועל דיני השלל הימי (prize)"

זיו בורר*

1. הקדמה. 2. מעמדם של חוקים שחוקקו על ידי הפרלמנט הבריטי
במשפט הישראלי. 3. מעמדם של חוקים שחוקקו על ידי הפרלמנט
הבריטי במשפט הישראלי. 4. במקום סיכום.

1. הקדמה

לאחרונה פנתה המדינה אל בית המשפט המחוזי בחיפה על מנת שיפעיל את סמכותו
כבית דין לענייני מלקוח ימי (Prize Court), סמכות שככל הידוע לא נעשה בה שימוש
מאז ימי המנדט.¹ תכלית הבקשה היא הרצון שבית המשפט יאשר את החרמת הספינה
הפינלנדית "אסטל", שנתפסה על ידי צה"ל עת שניסתה לפרוץ את המצור הימי על עזה.²
רבים הגיבו לבקשת המדינה בזלזול תוך שהם צובעים את דיני המלקוח בגוון
אנכרוניסטי.³ כך הייתה גם נימת דבריו של עו"ד יואב הריס בהארתו.⁴ למשל, טען הריס

* ד"ר למשפטים. חבר סגל בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
1 בקשה להחרמת אנייה בת"ח (חי') 26861-08-13 מ"י נ' האנייה Estelle, פס' 27–30 (לא
פורסם, 25.8.2013) (להלן: "בקשת המדינה").

2 שם, פס' 8.
3 ראו לדוגמה "ידישע פיראטען" תקציר ההליך המשפטי בפרשת המלקוח הימי של האנייה
'אסטל' "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 24, 3, 4 (2014)
[www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika
Documents/24/24_march_2014_2_sub.pdf](http://www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Documents/24/24_march_2014_2_sub.pdf) (נטען ששורשי החוק נטועים ב-"קוריוז



שאין זה ראוי שהמקור החוקי עליו נסמכת המדינה יהיה "הודעה מנדטורית, ששורשיה קולוניאליים".⁵ על הטון האמור יש להצר; העובדה שדיני המלקוח הימי נטועים במשפט מנהגי בן מאות שנים אין בה לכשעצמה כדי להעיד על היעדר רלוונטיות של דינים אלו לימינו אנו. למשל, מקור החובה המוטלת על לוחמים לשאת סמלים ומדים מזהים הוא בימי הביניים וברנסנס;⁶ היעלה על הדעת לטעון, שבעצם עובדה זו יש כדי להפחית מחשיבות החובה האמורה לצורך מימוש עקרון האבחנה בין אזרחים ולוחמים (עקרון המהווה גם כיום עקרון יסוד בדיני הלחימה)?⁷ מדוע, אם כן, עלינו לקבל טיעון דומה בהקשרם של דיני המלקוח הימי? בגזרה שווה, מדוע עלינו לראות באופן אוטומטי בהסתמכות על הסדר שמקורו במדינה שבמשך מאות שנים "שלטה בימים" משום מעשה לא ראוי בעל ניהוח קולוניאלי?

נכון הדבר, שמכיוון ששדה הלחימה העיקרי בעשורים האחרונים לא היה הים, השימוש בדיני המלקוח התמעט. אך אין להסיק מכך שאבד עליהם הכלח.⁸ כך למשל,

Eliav Lieblich, *Yet Another Front in Israeli/Palestinian Lawfare—International Prize Law*, OPINIOJURIS (Jan. 13, 2014), <http://opiniojuris.org/2014/01/13/lieblich-guest-post-yet-another-front-israelipalestinian-lawfare-international-prize-law>

יואב הריס "על טילים, על מלט, ועל דיני השלל הימי (prize) "המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 24, 6 (2014) www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psi.ka/Documents/24/24_march_2014_3_harris.pdf

שם, בעמ' 18.

Toni Pfanner, *Military Uniforms and the Law of War*, 84 I.R.R.C. 93, 98 (2004).

שם, בעמ' 94.

Wolff Heintschel von Heinegg, *Visit, Search, Diversion, and Capture in Naval Warfare: Part II, Developments since 1945*, 30 CAN. Y.B. INT'L L. 89 (1992); בעמ' 89, טוען הכותב שההפחתה בשימוש בדיני המלקוח נובעת מההפחתה במקרי הלוחמה ביים. עם זאת, לאורך המאמר סוקר Heintschel von Heinegg מספר מקרים שבהם כן נעזרו בדינים אלו בחצי השני של המאה ה-20. יתר על כן, הוא סוקר את המשך ההתייחסות לדינים אלו ב-manuals המשפטיים של צבאות רבים, דבר המרמז על כך שהצבאות הללו מניחים שקיים פוטנציאל להיזקקות לדיני המלקוח בעתיד.



הדין הישראלי הוא אוקיינוס רחב יותר משנהוג לסבור

לאחרונה, עם התגברות שוד-הים במפרץ עדן, היו שהציעו לעשות שימוש בדינים אלו.⁹ כמו כן, העיר לא מזמן בית המשפט הבריטי לערעורים, בהערת אגב, שהחרמת סירה מכוח דיני המלקוח מהווה: "[T]he typical case of capture, by a nation's warship"¹⁰. יתרה מכך, נראה שמנסחי מדריך סאן-רמו לדיני הלחימה בים – שנוסח ב-1994 ונחשב ככלל כמשקף את הדין הבין-לאומי המנהגי – לא סברו כי אבד הכלח על דיני המלקוח הימי; שכן, במדריך האמור כלולה התייחסות נרחבת לדינים האמורים.¹¹

אך מעבר להערה כללית זו, אין בכוונתי לדון כאן בחשיבות דיני המלקוח של המשפט הבין-לאומי וברצוני להתמקד דווקא בדין הישראלי. **בחלק א**, אציג את העמדות הנוגדות של המדינה ושל הריס. טענתי תהה שמארג דיני המלקוח הבריטיים שהוחל בארץ רחב יותר, לא רק משסבור הריס, אלא גם משטענה המדינה. **בחלק ב**, אטען שהסיבה לחוסר הדיוק באופן הצגת הדין החל בישראל על ידי הצדדים אינה נעוצה רק בסרבולה של חקיקת המלקוח המנדטורית, אלא הדבר נובע גם במידה רבה מאופן התייחסותם של הצדדים לסוגיית הבסיס המשפטי לתחולתו של דין מנדטורי בישראל. **בחלק האחרון**, במקום סיכום, אסביר מדוע אף שמבחינת התוצאה עמדתי קרובה יותר לזו של המדינה, הרי שביקורתי להלן מכוונת בעיקר כלפיה. כמוסבר שם, לתחושתו, סיכוי רב שהתנהלותה של המדינה בתיק זה היא תסמין לתופעה רחבה יותר, תופעה לה עלולות להיות השלכות חמורות בעתות מלחמה וחירום.

⁹ Alexandra Schwartz, *Corsairs in the Crosshairs: A Strategic Plan to Eliminate Modern Day Piracy*, 5 N.Y.U. J.L. & LIBERTY 500, 528 (2010) ראו גם את הגישה היותר רדיקלית המוצעת ב Todd Emerson Hutchins, Structuring a Sustainable Letters of *Marque Regime: How Commissioning Privateers Can Defeat the Somali Pirates*, 99 CALIFORNIA L. REV. 819, 879-881 (2011).

¹⁰ Masefield A.G. v. Amlin [2011] EWCA Civ 24, ¶ 56 (26 Jan., 2011)

¹¹ SAN REMO MANUAL ON INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO ARMED CONFLICTS AT SEA 31–39 (1995)



2. היקף החלת דיני המלקוח הימי הבריטים בארץ בתקופת המנדט

עיקר חילוקי הדעות בין הריס למדינה עוסקים בשאלת תוקפם המשפטי של דינים בריטיים שונים העוסקים במלקוח ימי, בישראל של היום. זהות דיני המלקוח הבריטיים שהוחלו במושבות הוא נושא מקדמי עליו מסכימים הריס והמדינה. הריס, בהארתו, הציג את הסוגיה האמורה כך:

”סעיף 3(b) ל-Colonial Admiralty Act העניק לבתי המשפט לימאות שבקולוניות את הסמכות לדון בהליכים ולנהלם מכוח 'חוק השלל הימי' (Naval Prize Act) שהיה בתוקף באותה העת [...] נוסף לחוק משנת 1864, במהלך השנים נוספו בהקשר זה חוקים נוספים כגון-Prize Courts Act 1894, ו-Prize Act משנת 1939, שעסקו בהקמת בתי משפט לענייני prize, והרחבת דיני ה-prize גם בנוגע למטוסים.”¹²

תיאור דומה מספקת המדינה, וגם בו החוק הבריטי המאוחר ביותר שמצוין הוא ה-Prize Act משנת 1939.¹³ אך תיאור זה אינו מדויק, שכן אין הוא מציג נכונה את היחס שבין החוק מ-1864 לחוקים שבאו אחריו. לאורך השנים תוקנה חקיקת המלקוח הבריטית פעמים רבות. דא עקא, במקום להבהיר שמדובר בתיקוני חוק (באמצעות כותרת כגון: "תיקון מס' X משנת XX לחוק המלקוח מ-1864"), זכו תיקוני חוק אלו לכותרות מהן ניתן לשגות ולהבין שמדובר בחוקים עצמאיים.¹⁴ הדרך החלופית שבה הובהר שמדובר בתיקוני חקיקה הייתה לכלול בהם סעיפים כדוגמת סעיף 3 ל-Prize Salvage Act 1944:

¹² הריס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 10–11.

¹³ בקשת המדינה, לעיל ה"ש 1, פס' 27–30.

¹⁴ ראו ביקורת על כך ב Clive Parry, *The Prize Act, 1939*, 3 MODERN L. REV. 298, 302 (1940).



הדין הישראלי הוא אוקיינוס רחב יותר משנהוג לסבור

"This Act may be cited as the Prize Salvage Act 1944 and may be cited together with the Prize Acts 1864 to 1939 as the Prize Acts 1864 to 1944".¹⁵

הצדדים לא תרו אחר חוקים עם סעיפים שכאלה, ולכן התעלמו ממרבית התיקונים בדיני המלקוח שנעשו לאורך השנים.¹⁶

לביסוס עמדתו שלא הוחלו דיני המלקוח הבריטים בארץ, ממשיך הריס וטוען בזו הלשון:

"סעיף 3(b) ל-Colonial Admiralty Act העניק לבתי המשפט לימאות שבקולוניות את הסמכות לדון בהליכים ולנהלם מכוח "חוק השלל הימי" (Naval Prize Act) שהיה בתוקף באותה העת. עם זאת, סמכות זו הוענקה באופן תאורטי או מקדמי בלבד, שכן הפעלתה בפועל הייתה כרוכה במתן הרשאה מפורשת. בהעדרה של הרשאה כזו, בית המשפט הקולוניאלי היה מנוע מלהפעיל כל סמכות הקשורה לחוק זה או להליכי prize בכלל".¹⁷

וכן:

"בימי המנדט, בשנת 1937, ניתן 'דבר המלך במועצה' המחיל את ה-Colonial Admiralty Act על בית המשפט העליון בפלשתינה-ארץ ישראל. באוקטובר 1939, פורסמה תוספת מספר 2 לעיתון הרשמי ובה הנחיה מאת המורשים לשמש במשרת הלורד האדמירל הגבוה של הממלכה המאוחדת. על פי לשון ההנחיה, שופטי בית המשפט העליון בפלשתינה (ארץ

¹⁵ Prize Salvage Act, 1944, 7 & 8 Geo., 6, c. 7 (U.K)

¹⁶ ראו, למשל, כדוגמה נוספת את ה- Naval Prize (Procedure) Act, 1916, 6 Geo., 5, c. 2 (U.K.)

¹⁷ הריס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 10.



ישראל) 'נדרשים בזה מזמן, לזמן, כשיפורסם כרוז בעניין, [להפעיל את סמכויותיהם מכוח דיני המלקוח]. הנחיה זו נחתמה ביום 3 בספטמבר 1939 – יומיים לאחר פרוץ מלחמה העולם השנייה. בפועל, לא ידוע כי פורסם כרוז כלשהו בהמשך להנחיה זו, או שנעשה שימוש כלשהו על ידי בית המשפט העליון בפלשתינה בסמכויות שהוענקו לו על פיה [...] עם סיום תקופת המנדט, גילה המחוקק הישראלי את דעתו אשר לסמכויות בית המשפט לימאות באופן הבא: בחוק בית המשפט לימאות 'כל הסמכויות שהיו נתונות לבית המשפט העליון כבית משפט לאדמירליות ערב תחילת תקפו של חוק זה, יהיו מסורות מיום תחילת תקפו של חוק זה לבית המשפט המחוזי בחיפה' (ההדגשה שלי – ז.ב.).¹⁸

המדינה, לעומת זאת, מתארת את המצב המשפטי כך:

"בהתאם להוראות סעיף 2 לחוק בית-המשפט לימאות, התשי"ב-1952, קיבל בית המשפט המחוזי בחיפה את כל הסמכויות שהיו נתונות טרם חקיקת החוק לבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לאדמירליות (...) הסמכויות האלה פורטו בסעיף 2(2) לדבר המלך על פלשתינה (א"י) בדבר שיפוט בענייני אדמיראליות משנת 1937, כדלהלן: 'הסעיפים דלקמן מחוק בתי המשפט המושבתיים לענייני אדמירליות, 1890, דהיינו סעיף 2, סעיף קטן (2) עד סעיף קטן (4), הסעיפים 5, 6, וסעיף 16 סעיף קטן (3), יחולו על בית המשפט העליון של פלשתינה (א"י) [...]'. הסעיפים הנ"ל בחוק בתי המשפט המושבתיים לענייני אדמירליות משנת 1890 אינם מפרטים את סמכויותיהם של בתי המשפט, אלא מפנים לסמכויות שניתנו לבית המשפט העליון באנגליה דאז בשבתו כבית משפט לאדמירליות. בין סמכויות אלה מצויה גם הסמכות לדון בענייני מלקוח ימי, כאמור בסעיפים 3 ו-31 ל-Naval Prize

¹⁸ שם, בעמ' 15–16.



הדין הישראלי הוא אוקיינוס רחב יותר משנהוג לסבור

Act האנגלי משנת 1864 [...] ה-Naval Prize Act תוקן באנגליה – שלושים שנה לאחר חקיקתו – בידי ה-Prize Courts Act משנת 1894. דבר החקיקה האחרון הוחל בארץ בעקיפין דרך ה-Prize Act האנגלי משנת 1939, אשר מפנה אליו בסעיפים 2 ו-3 (כאמור, בגיליון 951 לעיתון הרשמי של פלשתינה-א"י מיום 13/10/1939 [מסמך זה הוא הקריאה להוצאת כרוז בה עוסק הריס בהארתו]). [...] מכל האמור עולה כי במצב המשפטי בישראל ניתנה לבית המשפט הנכבד סמכותו של בית המשפט העליון באנגליה (בשבתו כבית משפט לענייני אדמירליות) לדון בענייני מלקוח ימי-וואת הן ביחס לכלי שיט, והן ביחס לציוד המצוי בהם.¹⁹

נקודת המחלקות המרכזית בין הצדדים סובבת סביב השאלה אם היה די ב"דבר המלך על פלשתינה (א"י) בדבר שיפוט בענייני אדמירליות משנת 1937",²⁰ ובמסמך שפורסם ב-1939 בעיתון הרשמי כדי להחיל את דיני המלקוח בארץ. כאמור, הריס סבור שככל הנראה לא הותקנה חקיקת המשנה המנדטורית שנדרשה כדי להעניק סמכויות עיסוק במלקוח לבית המשפט העליון המנדטורי. בהקשר זה הוא מדגיש את הצורך, לפי ה-Colonial Admiralty Act,²¹ במתן הרשאה על מנת שלבית משפט במושבות תהיה סמכות לפי ה-Naval Prize Act.²² לצורך אותה מטרה, הוא מדגיש, אף ביתר שאת, בדבריו לעיל, את העובדה שלא אותר כרוז בהמשך להודעה שפורסמה בעיתון הרשמי, ולכן, לדידו "ספק אם גם ה'כרוז' האמור [...] פורסם כדבעי".²³ המדינה לעומת זאת, בדבריה לעיל, מציגה עמדה עמומה בנוגע למקורות המהווים את הבסיס המשפטי

¹⁹ בקשת המדינה, לעיל ה"ש 1, פס' 27-30.

²⁰ ע"ר תוס' 2, 673, בעמ' 200 (להלן: "דבר המלך מ-1937").

²¹ Colonial Courts of Admiralty Act, 1890, 53 & 54 Vict., c. 27 (U.K.)

²² Naval Prize Act, 1864, 27 & 28 Vict., c. 25 (U.K.)

²³ הריס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 18 (ראו, גם את כותרת חלק 7 להארתו: ה-PRIZE בימנו כולל שיקולים מדיניים-פוליטיים והסמכה מפורשת אינה בנמצא". שם, בעמ' 19).



להחלת דיני המלקוח הבריטיים בארץ. במרומו עולה שהיא סבורה שאותה קריאה להוצאת כרוז, שפורסמה בעיתון הרשמי ב-1939, היא הבסיס המשפטי להחלתו וכניסתו לתוקף בתחום המנדט של החוק הבריטי מאותה שנה.²⁴ בנוגע לרכיבים נוספים מדיני המלקוח, נראה שהמדינה סבורה שאלו הוחלו בארץ באמצעות דבר המלך מ-1937.

יצוין שהשוואת טיעוני הצדדים חושפת נקודת הסכמה: הריס טוען (כחיזוק לטענתו שלא הוחלו דיני המלקוח) שלא ידוע שנעשה בהם שימוש בתקופת המנדט. המדינה, לעומת זאת, אינה מתייחסת כלל לסוגיה עובדתית זו. מחדל, שככל הנראה, יש לפרשו כהסכמה שבשתיקה.

העניין הוא שקיימים קשיים מהותיים בטענות השונות של הצדדים המובאות לעיל וזאת הן כשהם חלוקים בדעתם והן כשהם מסכימים. עיון בסעיף 3 לחוק מ-1939 מראה שטענתו של הריס, שעל פיה הסמכות שהעניק ה-Colonial Admiralty Act לבתי משפט במושבות לפעול מכוח ה-Naval Prize Act הייתה סמכות שהוענקה באופן תאורטי בלבד, אינה מדויקת שכן סעיף זה צמצם את הדרישה להסמכה נוספת. נכון הדבר, שגם לאחר החוק מ-1939, לא כל הסמכויות הנוגעות למלקוח היו יכולות להיות מופעלות על ידי בית משפט מחוץ לבריטניה ללא חקיקת משנה המתירה את הפעלת הסמכויות. מגבלה זו מקורה, בין השאר, בסעיף 2 לחוק מ-1939, שהסמיך את הממשלה הבריטית להעניק לבתי משפט מחוץ לבריטניה, באמצעות פרסום דבר מלך, את הסמכויות שבחלק 2 ל-Prize Court Act of 1894.²⁵ אך דבר מלך שכזה, המעניק

²⁴ הכוונה כאן היא ל-Prize Act, 1939, 2 & 3 Geo., 6, c. 65 (U.K.) [להלן – החוק משנת 1939].

²⁵ Prize Courts Act, 1894, 57 & 58 Vict., c. 39 (U.K.).



הדין הישראלי הוא אוקיינוס רחב יותר משנהוג לסבור

סמכויות לבית המשפט העליון המנדטורי, פורסם ב-1939 – ועובדה זו נשמטה מתשומת לבם של הריס ושל המדינה.²⁶

יתר על כן, חשוב לציין, שבניגוד לסברתו של הריס, בית המשפט העליון המנדטורי, בפועל, עשה שימוש לא מבוטל בסמכויות שניתנו לו מכוח דיני המלקוח. כך למשל, ב-9 ביולי 1940, פורסמה מודעה רשמית ב-London Gazette בה פורטו שמות הספינות שהוחרמו בהליכי מלקוח, לרבות שש ספינות שהוחרמו בהליכים בפני בית המשפט העליון המנדטורי.²⁷ ניתן אם כך לומר, על אף הקושי שקיים כאן (כמו גם במקרים אחרים) באיתור חקיקת משנה מנדטורית, שככל הנראה פורסם כרוז ב-1939. כראיה אחרונה לכך אביא את דברי Norman Bentwich מ-1944 (עת היה ראש הקתדרה ליחב"ל באוניברסיטה העברית, ולשעבר יועמ"ש המנדט):

"At the outbreak of the War [...] [P]ower was given [...] to constitute the Supreme Court of Palestine as a prize court, and in fact several German prizes were dealt with by the Palestine tribunal".²⁸

בנוסף, לדידי, הן המדינה והן עו"ד הריס אינם מייחסים חשיבות מספקת לחוק מ-1939 (המוזכר על ידי שניהם רק בחטף). לאשורם של דברים, היה זה חוק זה שהחיל בישראל את כלל מארג דיני המלקוח הבריטים; זאת בשונה מהמצב עד לחקיקתו, שבו הוחלו רק רכיבים מסוימים ממארג זה על בסיס דבר המלך משנת 1937. סעיף 4(1)(f) לחוק האמור

The Supreme Court of Palestine (Prize) Order 1939, S.R. & O. 1939 (No. 1137), p. 2906

LONDON GAZETTE, p. 4175 (9 July, 1940)

Norman Bentwich, *The Mandated Territories During the Second World War*, 21 BRIT. Y.B. INT'L L. 151, 153 (1944)



העניק את הסמכויות החדשות שנקבעו בחוק זה (שעסקו בעיקר בהרחבת דיני המלכות על החרמת מטוסים) גם לבתי משפט ב:

"every territory in respect of which a mandate on behalf of the League of Nations has been accepted by His Majesty, and is being exercised by His Majesty's Government in the United Kingdom, in the Commonwealth of Australia or in the Dominion of New Zealand"

אך עיקר המהפך טמון בסעיף 4(2) שקבע:

"The enactments relating to prize, as amended by this Act, shall extend to the countries and territories mentioned in paragraphs (e) and (f) of the preceding subsection"

המעיינים ברשימת החוקים שתוקנו על ידי החוק מ-1939 (המופיעה בתוספת לחוק) ייווכחו לדעת שמדובר, ככל הנראה, בכלל חוקי המלכות הבריטים שחוקקו עד אז (שלא לדבר על כך שסעיף 5 לחוק האמור מאחד ממילא את כלל החוקים הללו לכדי חוק אחד). כך, שהלכה למעשה, סעיף 4(2) החיל במנדט את כלל דיני המלכות הבריטים.²⁹

²⁹ Parry, לעיל ה"ש 14, בעמ' 302; ראו גם את סעיף 2 לחוק מ-1939, ואת הצו שהוצא מכוחו (ונדון לעיל בה"ש 26). יצוין כי המדינה נזכרה להעלות את סוגיית החלת כלל דיני המלכות במנדט מכוח החוק מ-1939 בשלב מאוחר יותר בהליך, ראו: תגובת המדינה לטענות סף המשיבה, בת"ח (ח"י) 26861-08-13 מ"י נ' האנייה Estelle, פס' 6, 12-14, 17 (לא פורסם; 28.01.2014). באותו מסמך נזכרה המדינה גם לאזכר את קיומם של חוק מ-1914 (Prize Courts [Procedure] Act, 1914, 4 & 6 Geo., 5, c. 13 [U.K.] ושל כללי פרוצדורה מפורטים משנת 1939, No. 1466 The Prize Court Rules, 1939, ולטעון לתחולתם בארץ. אך ראו להלן ה"ש 33 ו-44 (ובאופן כללי חלק ב' למאמר זה) לביקורת על הטענות המובאות במסמך המאוחר האמור.



הדין הישראלי הוא אוקיינוס רחב יותר משנהוג לסבור

בשונה מהאמור כאן, הריס מחזיק בדעה שלא היה בסעיפים האמורים כדי להחיל את כלל דיני המלקוח בארץ ישראל המנדטורית. עמדתו נסמכת על פרשנות שהוא מעניק למילה האנגלית "IN" במשפט: "territory in respect of which a mandate [...] is being exercised by His Majesty's Government in the United Kingdom, in the Commonwealth of Australia or in the Dominion of New Zealand (ההדגשות שלי – ז.ב.)." לדידו, משמעות מילה זו היא שהחוק: "משנת 1939 [ה]עניק אמנם סמכויות prize לבתי המשפט שמחוץ לבריטניה, אולם זאת לגבי רשימה מצומצמת של אזורים ובהם [...] אזורי מנדט שהוענק לבריטניה על ידי חבר הלאומים באוסטרליה ובניו-זילנד [...] הווה אומר, גם כשהורחבו סמכויות ה-prize על פי החוק משנת 1939, אזור פלשתינה לא נמנה על האזורים הנקובים בחוק".³⁰

אך פרשנות זו אינה יכולה לעמוד, והמילה in אינה מתייחסת לטריטוריה עליה הוחל משטר מנדטורי אלא לטריטוריה שבה ממוקמת ממשלה של הוד-מלכותו המנהלת מנדט שכזה. ראשית, לא מתקבל על הדעת לסבור שהממלכה המאוחדת (מונח המתייחס רק לאנגליה, ווילס, סקוטלנד וצפון אירלנד) חשבה אי פעם ששטחים באיים הבריטיים יגרעו מריבונותה על ידי חבר הלאומים ואז עוד יימסרו לה חזרה רק כדי שינוהלו בדרך של משטר מנדטורי (ודבר דומה נכון גם לגבי ממשלות אוסטרליה וניו-זילנד). שנית, מעשיה של ממשלת בריטניה עצמם אינם מתיישבים עם פרשנותו של הריס, שכן בעקבות החוק פורסמו דברי מלך בנוגע למנדטים בישראל, זנזיבר וצפון-בורניאו.³¹

אם כך, לסיכום חלק זה, ניתן לומר שהמצב המשפטי בדבר דיני המלקוח החלים בארץ אינו מתואר באופן מדויק דיו, לא על ידי המדינה ולא על ידי הריס. ייתכן וחלק

³⁰ הריס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 16.

³¹ Parry, לעיל ה"ש 14, בעמ' 301–302.



מאי-הדיוק האמור נובע מנוסח דיני המלקוח הבריטים, אותם היטיב לתאר Parry באומרו: “[The] enactments relating to prize [are found] in a state of chaos [...] this chaos is most puzzling and most wearisome to the lawyer who seeks his way among these enactments”³². עם זאת, כפי שאנסה להראות בחלק הבא, סיבה מרכזית נוספת לכך נעוצה ביחסם של הצדדים לדין המסדיר את תחולתן של נורמות מתקופת המנדט במשפט הישראלי.

3. מעמדם של חוקים שחוקקו על ידי הפרלמנט הבריטי במשפט הישראלי

מטיעוניהם משתמע שהן המדינה והן הריס מניחים שלחוקים של הפרלמנט הבריטי (שחוקקו לפני קום המדינה) יש תוקף במשפט הישראלי רק אם השלטונות המנדטוריים התקינו דין מקומי כלשהו (דוגמת: דבר מלך או פקודה של הנציב העליון) שאימץ חוקים אלו והחילם בארץ.³³ אך אם זה המצב, מה דינם של חוקים שבהם נקט הפרלמנט הבריטי במדיניות של כלילת סעיף כבר בחוק עצמו המחיל את החוק במנדטים השונים ללא שתידרש כל חקיקה מקומית? שאלה זו רלוונטית מאוד בענייננו, שכן זו המדיניות שנקטה, למשל, בחוק מ-1939 וב-Prize Salvage Act, 1944 (ממנו הצדדים התעלמו).

יובהר, חוקים שכאלו היו ברי תוקף משפטי בארץ בזמן המנדט ואף עמדו בראש פירמידת הנורמות המנדטוריות.³⁴ לאור זאת, בעמדה לפיה ללא חקיקה מקומית מאמצת אין לחוק של הפרלמנט הבריטי כל תוקף יש את אותה מידה של הגיון שיש בעמדה לפיה לחוק של הכנסת יש תוקף משפטי אך ורק אם שר התקין תקנות בנוגע לחוק.

³² שם, בעמ' 298, 302.

³³ ראו הריס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 15–16, 18, 20; בקשת המדינה, לעיל ה"ש 1, פס' 27–30; תגובת המדינה לטענות סף המשיבה, לעיל ה"ש 29, פס' 12–14, 20.

³⁴ הנס קלינגהופר משפט קונסטיטוציוני: לקט הרצאות 153 (1963).



הדין הישראלי הוא אוקיינוס רחב יותר משנהוג לסבור

עם קום המדינה, לא איבדו חוקים בריטים אלו מתוקפם; שכן מועצת המדינה הזמנית החליטה להמשיך את המשפט שנהג בארץ, כפי שנקבע בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948:

"המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים אחרים שיינתנו ע"י מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה" (ההדגשות שלי – ז.ב.).

הפרשנות המקובלת למונח **"המשפט** שהיה קיים", שאומצה עוד בראשית המדינה, היא שמדובר בתרגום למונח האנגלי "law" כהגדרתו בפקודת הפירושים משנת 1945.³⁵ מונח זה, לאחר מכן, תורגם למונח "דין" בסעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], תשי"ד-1954. במילים אחרות, משמעות המונח "משפט" בפקודת סדרי שלטון ומשפט כמורה כמשמעות המונח "דין" בפקודת הפרשנות; וזו היא:

"לרבות כל אחד מאלה: [...] (2) אקט של הפרלמנט הבריטי או חלק ממנו, ודבר-המלך-במועצה או חלק ממנו, בין שניתנו לפני תחילת תקפה של פקודה זו ובין שניתנו לאחריה, וכפי תוקפם בארץ ישראל לפני הקמת המדינה או כפי תוקפם במדינה" (ההדגשות שלי – ז.ב.).

יודגש, לא כל החוקים שאי פעם חוקק הפרלמנט הבריטי היו חלק מ-"המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח". רק קבוצה יחסית מצומצמת של חוקים, המתחלקת לשתי קטגוריות, זכתה לכך. קטגוריה אחת אכן מורכבת מחוקים בריטיים שהוחלו בארץ באמצעות נורמה מנדטורית מקומית.³⁶ הקטגוריה השנייה לעומת זאת כוללת, כפי שהסביר אקצין, את: "אותם חוקי הפרלמנט הבריטי המתייחסים מכללא

³⁵ בג"ץ 5/48 ליון נ' גוברניק, פ"ד א 58, 65-68 (1948); בג"ץ 19/54 גורלי נ' דיקסין, פ"ד ח 521, 531 (1954).

³⁶ בנימין אקצין **משפט קונסטיטוציוני** 104 (1967).



לארץ ישראל, היינו לאותו סוג של ארצות שארץ ישראל בתקופה המנדטורית הייתה נמנית עימם. במקרים אלו אין צורך שדבר המלך או נורמה מקומית אחרת מתקופת המנדט תפנה במפורש אל החוקים האלה כדי לקבוע את תוקפם בארץ ישראל (ההדגשה שלי – ז.ב.).³⁷ משכך, חוקים בריטיים כדוגמת אלו המסדירים את דיני המלקוח שמרו על תוקפם בישראל לאחר קום המדינה. הסמכויות שהחוקים נתנו לגורמי שלטון בריטיים, כמובן, הועברו לידי גורמי השלטון המקבילים בישראל.³⁸

יטען הטוען שאין זה ראוי שיותר משישים שנה לאחר תום המנדט עדיין יהיה תוקף לדינים שלא ניתן לאתנם בשום קובץ דינים ישראלי, ולכן אין להכיר בתוקפם של חוקים שכאלו. אך אף שעמדה זו נראית משכנעת במבט ראשון, לאמיתו של דבר, יש באימוצה משום מעשה פזיז, גורף וחסר בסיס משפטי.

ראשית, אף שככל הנראה מרבית החוקים הבריטיים שנותרו בתוקף בקום המדינה אינם עוד בתוקף כיום (שכן מאז הם ככל הנראה הוחלפו, בדרך של ביטול ישיר או עקיף, בחקיקה ישראלית), תהיה זו טעות לסבור שלא ייגרם נזק רב כתוצאה מאימוץ עמדה משפטית המבטלת במחיי יד את תוקפם המשפטי של החוקים הבריטיים שטרם הוחלפו. גם כיום קיימים כמה תחומים (והראשון שעולה בראשי, נוסף לדיני המלקוח, הוא: "דיני כוחות צבא מבקרים")³⁹ שעדיין מוסדרים בעיקרם בחוקים בריטיים שכאלו. יתר על כן, כפי שדיני המלקוח ודיני כוחות צבא מבקרים ממחישים, חלק מהתחומים הללו הם בעלי המאפיינים הבאים: מחד, מדובר בתחומים שהעיסוק בהם אינו ציץ ועולה מדי יום ביומו, ולכן, ככל הנראה, טרם נדרש המחוקק הישראלי להסדרתם. מאידך, מדובר בתחומים ביטחוניים שבהם קיים צורך חיוני בהסדר משפטי מפורט וזמין (מפאת חשיבותם הפוטנציאלית במצב חירום שאין לדעת מתי יצוץ). לכן, לא ניתן בהינף יד לבטל את כלל החוקים הבריטיים שעוד תקפים בארץ.

37. שם.
38. ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 49 (2005).
39. הדין המרכזי בתחום זה הוא Allied Forces Act, 1940, 3 & 4 Geo., 6, c. 51 (U.K.).



הדין הישראלי הוא אוקיינוס רחב יותר משנהוג לסבור

שנית, אף אם היה ראוי שכל דברי החקיקה בישראל יהיו תמיד חדשים ועדכניים, מהו הבסיס המשפטי המאפשר את ביטולם של החוקים הבריטים שנותרו בתוקף? בשונה מטענתו של הריס,⁴⁰ לא ניתן לעשות שימוש בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, שכן החוקים הבריטים הללו זוכים להגנתה של פסקת שמירת הדינים.⁴¹ בסיס משפטי מסוים קיים בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, המאפשר ביטול דינים מנדטוריים כשהדבר נדרש לאור ה- "שינויים הנובעים מהקמת המדינה ומרשויותיה".⁴² נכון הדבר שכיום, הפרשנות המקובלת לסעיף זה מסמיכה את בית המשפט לבטל חוקים בריטיים גם משיקולים מהותיים שמקורם במעבר ממשטר מנדטורי לדמוקרטי. עם זאת, גם לפי גישה מהותית זו, יש לעמוד ברף גבוה על מנת לקבוע שחקיקה מנדטורית היא בטלה.⁴³ יתר על כן, גם אם נניח את סוגיית שמירת הדינים בצד, חוקי המלקוח לכשעצמם אינם פוגעים בזכות לקניין במידה שלא עולה הנדרש. כפי שנאמר בראשית רשימה זו, מדובר בדינם בעלי בסיס עמוק במשפט הבין-לאומי המנהגי, המתירים הפקעת רכוש רק בהתקיים נסיבות ביטחוניות מסוימות, ובכפוף לביקורת שיפוטית המאפשרת להבטיח שהפגיעה בזכויות בכל מקרה ומקרה תהא מידתית. לפיכך, אין כל בסיס או צורך בביטול חקיקת המלקוח.

לעובדה שדיני המלקוח הבריטיים (לרבות חוקי הפרלמנט) תקפים בארץ, יש מספר השלכות משמעותיות:

ראשית, כל הדיון בשאלה האם פורסם כרוז זה או אחר הופך למיותר. הרי הסמכויות שניתנו לגורמי השלטון הבריטי נמצאות כיום בידי הגורמים המקבילים בישראל. כפועל יוצא מכך, גורמים אלו יכולים להתקין עתה חקיקת משנה חדשה במקום זו החסרה.

40 הריס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 18.

41 ס' 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

42 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 38, עמ' 49.

43 שם.



שנית, עקב סברתה השגויה שללא נורמה מקומית מאמצת אין תוקף בארץ לחיקוק מלקוח בריטי, הציגה המדינה לבית המשפט רק חלקים מעטים מתוך המארג המשפטי החל בארץ.⁴⁴ יתר על כן, עקב אותה שגגה, נעצרה המדינה בדין האחרון לגביו אותה חקיקה מקומית מאמצת (החוק מ-1939). אך פקודת סדרי שלטון ומשפט קובעת כי "המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח יעמוד בתוקפו"; ולכן, גם תיקוני חקיקה מאוחרים יותר כדוגמת ה-Prize Salvage Act, 1944, תקפים בארץ. יצוין כי חוסר ההקפדה, מצד המדינה, על הצגת תמונה משפטית מדויקת ומלאה, זועק לשמיים במיוחד כשבוחנים את גרסאות החיקוקים אותן צירפה המדינה כנספחים לבקשתה. נציגי המדינה לא עשו כל מאמץ להציג בפני בית המשפט את דיני המלקוח הבריטים בנוסחם נכון ל-14 במאי 1948; זאת על אף השינויים האדירים שעברו דינים אלו לאורך השנים.⁴⁵ למיטב הבנתי, בעבר נהגו עורכי דין להחזיק במשרדם עותקים של מהדורות שנת 1949 ו-1948 של סדרת הספרים Halsbury, על מנת שיהיה ברשותם את נוסח החקיקה הבריטית בתום המנדט. עם השנים קטן הצורך בכך, אך עם זאת, כפי שסוגיות כמו דיני המלקוח ודיני כוחות צבא מבקרים מוכיחות, הוא עדיין קיים. יש לקוות שאי-שם במשרד המשפטים עדיין נמצאים עותקים של ספרים אלו, בהם ניתן לברר את דיני המלקוח התקפים כיום.

4. במקום סיכום

דיני המלקוח החלים בארץ הם, ללא כל ספק, מארג דינים סבוך ומסורבל. יתר על כן, מדובר בסוגיה משפטית שלא היה צורך להידרש לה מזה זמן רב. נסיבות אלו יש בהן,

⁴⁴ נוסף לחלקי הדין שהוצגו על ידי המדינה בבקשתה המקורית, הוצגו חלקים נוספים מדיני המלקוח במסמך מאוחר יותר שהגישה המדינה לבית המשפט ראו, תגובת המדינה לטענות סף המשיבה, לעיל ה"ש 29, פס' 12-14, 17, 20. אך המעיין במסמך האמור ייווכח שגם בו הקפידה המדינה להציג בפני בית המשפט רק דינים אשר בנוגע אליהם עלה בידה לאתר עיגון בחיקוק מנדטורי; כפועל יוצא מכך, גם לאחר מסמך זה, לא הוצג לבית המשפט על ידי המדינה מארג דיני המלקוח במלואו.

⁴⁵ בקשת המדינה, לעיל ה"ש 1, נספחים ט"ו-י"ח.



הדין הישראלי הוא אוקיינוס רחב יותר משנהוג לסבור

ככל הנראה, כדי להסביר, במידת מה, את הקשיים מולם ניצבו הצדדים בניסיונותיהם לתור אחר חומרים עובדתיים ומשפטיים שונים הנוגעים לסוגיה. עם זאת, לדידי, המדינה כלל לא הייתה צריכה להימצא במצב בו היא ניצבת בפני קושי שכזה; והעובדה שהיא מצאה עצמה במצב האמור, כפי שאנסה להסביר כעת, היא סימן מעורר דאגה. תחומי חירום רבים מוסדרים בדינים הנותרים רדומים שנים רבות. חיקוק דינים שכאלו מראש נדרש כיוון שמצבי חירום מטבעם דורשים מענה מהיר, שלא יכול להינתן אם יצטרכו הרשויות "להמציא את הגלגל" בכל פעם מחדש. אך לדינים אלו אין כל תועלת אם לא נשמר זיכרון ארגוני בדבר דרך השימוש בהם או לכל הפחות בדבר קיומם. הכלי המרכזי באמצעותו משמרים צבאות זיכרון שכזה הינו כתיבת מנואלים לדיני צבא, לחימה וחירום.⁴⁶ בישראל הדבר לא נעשה וזאת, מהיכרותי עם הגופים הרלוונטיים, במידה רבה, עקב תחושה שתמיד קיים דבר מה חשוב ודחוף יותר.⁴⁷ התוצאה היא כמובן שכחה הדרגתית של ניסיון משפטי רב.⁴⁸ שערנו בנפשכם כמה תחומים משפטיים נוספים קיימים שבהקשרם הידע הולך ונשכח, ומה עלולות להיות ההשלכות לכך במצבי חירום ובמלחמה. לפיכך, חובה עלינו לדרוש שיילמד הלקח ממקרה זה ושתחל מלאכת כתיבת ה-manuals. אחרת, בפעם הבאה, ובהקשר אחר, תוצאות השכחה תהיינה הרות אסון.

46 ראו למשל את ההתייחסויות למלקוח ב: MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT, Ch. 12-13 (U.K. 2004).

47 לביקורת אחרת על הימנעות צה"ל מלנסח manuals לדיני לחימה, ראו, לדוגמה, איל בנבנישתי "חובות הבדיקה והחקירה בדבר הפרות של דיני הלחימה – עקרי חוות דעת משפט, עמ' 29–30 (מסמך שהוגש הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 [ועדת טירקל] בתאריך: 13.04.2011), <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/5210benbenishti.pdf>; וכן, עדותם של יובל שני ועמיחי כהן בפני ועדת טירקל, עמ' 24 – http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/3344protocol_6.pdf.

48 לביקורת על העדר הקפדה ראויה בפרקליטות הצבאית על שימורו של זיכרון ארגוני ראו אייל נון "ביקורת ספרים על: 'צבי ענבר מאזניים וחרב-יסודות המשפט הצבאי בישראל'" **משפט וצבא** 19, 357, 359–357 (2007).