

התקשרות בהסכמים בינלאומיים ומדיניים:

הדין המצוי איננו רצוי

ד"ר טליה איינהורן*

המצב העובדתי

ב-21.1.1993 נעשה הסכם בין משלחת ארכיאולוגים מצרית לרשות העתיקות הישראלית¹. בהסכם שני סעיפים:

"הוסכם בין המשלחת לרשות העתיקות הישראלית כי כל הממצאים הארכיאולוגיים שנחשפו בסיני יושבו למצרים בתוך שנתיים ולא יאוחר מ-31.12.1995. אותם מסמכים שכבר נחקרו ותועדו יושבו למצרים בתוך חודשיים."

נמסר שישאל ביקשה ממצרים שמתוך מאות הפריטים שנחשפו, יושאלו לה עשרים וארבעה פריטים, בעלי חשיבות מיוחדת למורשת היהודית, על מנת שאלה יוצגו דרך קבע במוזיאון ישראל. הבקשה סורבה, ואחרוני הממצאים הועברו למצרים בדצמבר 1994².

מהם אותם ממצאים בהם מדובר? למרות המאמצים לא נחשפו שרידים מתקופת יציאת מצרים. לעומת כן, נחשפו בכונתילה עג'רוד – חמישים קילומטרים דרומית לקדש ברנע (ואותו מרחק לערך ממצפה רמון) – ממצאים מתקופת מלכותו של יהורם בן יהושפט מלך יהודה ואשתו עתליה (מאות 8–9 לפסנ"ה)³. כאן נחשפו כתובות בעברית קדומה שנחרתו על שפתן של קערות אבן, כדוגמת: "לעבדיו בן עדנה ברוך הוא ליהו [=לה]"⁴. שתי כתובות שלכאורה מעניקות לאשרה מעמד לצידו של ה', ואשר

* מרצה בכירה, אוניברסיטת מנצ'סטר – השלוחה בישראל למשפטים ולמינהל עסקים. המחברת מבקשת להודות לפרופ' קורט זיהר מאוניברסיטת ציריך, לפרופ' רות לפידות מהאוניברסיטה העברית ולמר רוני רייך מרשות העתיקות על הערותיהם והארותיהם החשובות. תודותי נתונות גם לחברי מערכת "המשפט" ובמיוחד לגב' רנית בר-און.

1 ראה בהקשר זה R. Lapidot/M. Hirsch "the Practice and Case Law of Israel in Matters Related to International Law" (1993) 27 *Israel Law Review* 515.

2 "משלוח אחרון של עתיקות שנמצאו בסיני הוחזר לידי המצרים" הארץ 29.12.1994.

3 ז' משל, כונתילה עג'רוד: אתר מקודש מתקופת המלוכה בנבול סיני, קטלוג מס. 175, מוזיאון ישראל ירושלים, תשל"ח.

4 במקרא נזכר עדנה כאחד ממפקדיו של יהושפט; כשמונים את שרי האלפים נאמר: "ואלה פקודתם לבית אבותיהם ליהודה שרי אלפים עדנה השר ועימו גבורי חיל שלוש מאות אלף"

גדרשו משום כך הרבה במחקרים ארכיאולוגיים, הן: "אמר (פלוגי) אמר (לאלמוני) וליועשה (ולפלמוני): ברכתי אתכם ליהוה שומרנו ולאשרתו [= ולאשרה שלן] ר"אמריו אמר לאדוני ה...: ברכתך ליהוה ... ולאשרתו"⁵. בצפון-מערב סיני נתגלו שרידי יישוב מהתקופה הרומית המאוחרת (המאה ה-4 לסה"נ). נרות מעוטרים בסמלים יהודיים (מנורה), נוצריים ופגאניים, שנחשפו בתוך הבתים, מרמזים כנראה על אמונותיהם השונות של התושבים. בדרום סיני נתגלו ממצאים מראשית הכתב: כתובות בכתב ה"פרוטו-סינאי", אשר עם הכתב הפרוטו-כנעני מייצג את ראשית הכתיבה בסימנים אלפביתיים באמצע האלף השני לפסה"נ. כן נמצאה שם אבן שעליה המילה "אל", כינויו של ראש האלים בפנתיאון הכנעני, וגם שם כללי לציון אלוהות זכרית בשפות השמיות. בדרום סיני נתגלו גם מאות פריטים שניתן לשייך אותם לראשית התרבות האנושית, ביניהם ממצאים — תכשיטים, כלי עבודה וכלי נשק — בני למעלה מחמשת אלפים שנה. כן נחשף שם המכלול הגדול ביותר של תבניות אבן ליציקת כלי ברונזה שנתגלה מעולם.⁶

בקיץ 1994 נערכה במוזיאון ישראל תערוכה של הממצאים שנחשפו בסיני. התערוכה כונתה: "סיני — פרידה לשלום". לכבוד התערוכה הוצא קטלוג, ואולם זה איננו מתייחס כלל לממצאים מכונתילת עג'רוד. הממצא היהודי היחיד הנזכר בו הוא נרות השמן המעוטרים בסמל המנורה, לצד המעוטרים בצלבים ובסמלים הפגאניים.⁷ הסכם קהיר ממאי 1994, שנחתם בין ישראל לפלשתינאים, מזכיר את תביעתם של הפלשתינאים שישראל תשיב את כל הממצאים הארכיאולוגיים שנמצאו ברצועת עזה וביריחו מאז 1967, אך משאיר את ההחלטה הסופית בנדרון למשא ומתן על המעמד הסופי של יהודה, שומרון ורצועת עזה.⁸ הפלשתינאים כבר העלו תביעות דומות גם לגבי יתר חלקי יהודה ושומרון; כדברי ארכיאולוג פלשתינאי בכיר: "We refuse any concept of Swiss-cheese cantonisation and will accept" nothing but complete control".

(דברי הימים ב' י"ז 14). היתכן שכן עדנה הוא בנו של אותו עדנה? הממצא הוא הרי מזמנו של יהורם בן יהושפט. ואם בהשערות עסקינן, זוהי גם תקופתו של אליהו הנביא, האדם היחיד במקרא — לאחר יציאת מצרים — שנאמר עליו שהלך להר חורב (מלכים א' י"ט, 8). ההשערות מובאות אצל משל, לעיל הערה 2.

W.G. Dever "Asherah Consort of Yahweh? New Evidence from Kuntillet 'Ajrud" BASOR (Bulletin of the American Schools of Oriental Research) 255 (1984) pp. 21–34. 5

M. Ronnen "Sinai: A Shared Heritage" ARTnews October 1994, p. 147. 6
סיני — פרידה לשלום: מבחר ממצאים מן החפירות בחצי-האי, מוזיאון ישראל ירושלים, תשנ"ד. 7

בנספח II, סעיף 2.B.30 להסכם קהיר ממאי 1994 נקבע: 8
"e. With due consideration to the Palestinian demand that Israel shall return all archaeological artifacts found in the Gaza Strip and Jericho area since 1967, this issue shall be dealt with the negotiations on the final status."

Dr. Nasmi Juabeh, פרופ' לארכיאולוגיה מאוניברסיטת ביר זית ויועץ למשלחת הפלשתינאית, 9
H. Abraham "West Bank and Gaza — Roots — The Arab-Israeli" כפי שצוטט על-ידי

בהקשר זה מדובר בשפע ממצאים מרהיבים. כך למשל ניתן לראות במוזיאון ישראל פסיפס של דוד המלך מגנן בנבל. מקורו של הפסיפס בבית הכנסת שהיה קיים בעזה במאה ה-6 לסה"נ, מזמנה של ארץ ישראל הביזנטית. יצויין שבית הכנסת נחשף ב-1965 והפסיפס הושחת בחלקו. מוזיאון ישראל שיקם אותו והיום הוא מוצג בו לתפארת. דוגמה נוספת היא כתובת "המשתה" מבית הכנסת בסוסיא אשר בהר חברון, ויש גם דוגמאות רבות נוספות של ממצאים הזורים אור על התרבות היהודית שפרחה בארץ ישראל בכל הדורות.

ניתן לצפות לתביעות גם מצד סוריה לגבי הממצאים שישאל חפרה בגולן ובחמת-גדר¹⁰. בגולן מדובר, בין היתר, בממצאים שנחשפו בגמלא, ישוב מימי בית שני (מצדה של הצפון), שהוחרב על ידי הרומאים בהנהגת אספסינוס בימי המרד הגדול (66 לסה"נ). בין הממצאים שנחפרו שם מטבעות ברונזה שהוטבעו ערב המרד הגדול, ועליהן נכתב "לשחרור ירושלים הקדושה"¹¹.

ההסכם מינואר 1993 לא פורסם בשום פרסום רשמי, אף כי היו לגביו מספר ידיעות בעיתונות היומית. אף הסכם קהיר על נספחיו לא פורסם קודם שהתחייבה מדינת ישראל על-פיו. הכוונה למסור את הממצאים במקרה האחד, ולשקול את מסירתם במקרה האחר, לא נודעה לציבור הרחב, ולכן גם לא התקיים לגביה דיון ציבורי. גם כנסת ישראל לא הביעה את עמדתה בנושאים אלה, וההסכמים לא הובאו לאישורה קודם שישאל נתיביה בהם¹². נאמר שהסכם קהיר איננו הסכם בינלאומי, אולם, מכל מקום, הוא הסכם מדיני בעל חשיבות עליונה.

תחום הדיון המשפטי

השאלות המשפטיות המרכזיות המתעוררות בהקשר למצב עובדתי זה הן שתיים: (א) היתכן שמוטלת על ישראל חובה "להשיב", לא פחות ולא יותר, את מורשת אבותינו, שחפרנו בסיני, ביהודה ושומרון, ברצועת עזה ובגולן?

peace talks include the hotly disputed issue of archaeological sites" *The Art News-paper*, No. 37. April 1994, p. 20. במאמר מוסגר יצוין כי בעת שידור שלטה באזור יו"ש היא העבירה משם את מגילת הנחושת מתוך המגילות הגנוזות לרבת-עמון, שם נמצאת המגילה עד היום. למרות זאת, לא הושמעה עד היום הדרישה להשיב מגילה זו.

מ' בן דב "דמדומי אלי הכשן" הארץ 9.10.1994.

D. Goren "Excavations at Gamla" (1991-2) 11 *Bulletin of the Anglo-Israel Archaeological Society*, pp. 43-44.

להשלמת התמונה ראוי לציין שב-11.5.1995, שבוע לאחר שהתקשרה בהסכם, מסרה הממשלה לכנסת הודעה עליו. בעקבות ההודעה נחקלה בכנסת החלטה, שהכנסת רשמה לפנייה את הודעת הממשלה על ההסכם; מספר חודשים מאוחר יותר, בדצמבר 1994, קיבלה הכנסת את חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), ס"ח 1497; ההסכם פורסם כמסמך משותף של העצרת הכללית של האו"ם ושל מועצת הביטחון: (annex-UN.DOC.A/49/180) S/1994/727; הוא התפרסם גם בכתבי אמנה: הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו בין ממשלת מדינת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני (להלן: "אש"פ") שנעשה בקהיר, 4 במאי 1994, כ"א 1067, כך 32.

(ב) האם המצב בו ממשלת ישראל, או מי שפועל מטעמה, מוסמך לתת בשמה התחייבויות מעין אלה, כמו גם התחייבויות חשוכות אחרות במישור הבינלאומי, ללא דיון ציבורי, וללא שיתוף של שום גוף נבחר, ובלי שיהיה לכנסת, או לעם, שום מעמד בתהליך קבלת ההחלטות, הוא מצב מתוקן, או אף נסבל? האם ראוי שהסכמים בינלאומיים והסכמים מדיניים, מסוגו של הסכם קהיר, ייחתמו במחשכים הרחק מעינו הבוחנת של הציבור? ואף לאחר שנעשו לא תמיד יופיעו בפרסום רשמי? השאלה הראשונה היא מתחום המשפט הבינלאומי-פומבי. השנייה – שאלה מובהקת של המשפט החוקתי הישראלי.

היקף החובה להשיב את הממצאים הארכיאולוגיים¹³

מקור החובה להשיב את הממצאים למצרים: הסכם מיוחד המעניין בהסכמי השלום של ישראל עם מצרים מ-26.3.1979 לא ימצא בהם שום אזכור ישיר של עניין העתיקות¹⁴. בהסכם נקבע לראשונה הגבול הבינלאומי בין ישראל למצרים (בתור גבול נבחר הגבול הבינלאומי שהיה קיים בין מצרים לשטח המנדט הבריטי); ההסכם מבטיח שבתוך זמן קצר ככל האפשר ולא יותר משה חודשים יידון הסכם סחר חופשי בין הצדדים; נורמליזציה של היחסים הכלכליים; קשרי תרבות נורמליים; חילופי תרבות; חופש תנועה של אנשים וכלי רכב; יחסי שכנות טובה; הימנעות מכל תעמולה עוינת וכיו"ב נושאים בהם עוסקות מדינות הבאות להשכין שלום ביניהן. בסעיף VI(3) מתחייבים הצדדים לנקוט בכל הצעדים הנחוצים כדי ליישם בקשרים ביניהם את הוראות האמנות הרב-צדדיות שהם צד להן. אחת האמנות האלה היא אמנת האג מ-1954 והפרוטוקול שלה בדבר ההגנה על קניינים תרבותיים בעת סכסוך מזוין (armed conflict)¹⁵. ואולם, על אף שגם ישראל וגם מצרים הן צד לאמנת האג, האמנה איננה נזכרת כלל בהסכם הקצרצר, המובא בראש המאמר, שנחתם בסופו של דבר בדבר השבת העתיקות.

היקף החובה במשפט הבינלאומי המנהגי

אמנת האג מ-1954 איננה ממצה את הדיון בשאלת ההשבה. ראשית, יש אומרים שהשבת קניינים תרבותיים שנלקחו משטחים מוחזקים (territories occupied) הפכה לחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי¹⁶. באיזו מידה נכונה טענה זו? במבט הסטורי ניתן

13 לדיון מקיף יותר בשאלה זו ראה:

T. Einhorn "Restitution of Archaeological Artifacts: The Arab-Israeli Aspect" (1996) 5 International Journal of Cultural Property 133.

14 ההסכמים נתפרסמו ב:

(1972) 18 ILM (International Legal Materials) 362.

15 The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, 249 UNTS 216 (1956).

16 S.E. Nahlik "International Law and the Protection of Cultural Property in Armed Conflicts" (1976) 27 The Hastings Law Journal 1069, at p. 1083; W. Rudolf "Ueber

לומר שבמלחמות היה בהחלט מקובל שהמנצחים שורדים את אוצרות המדינות שכבשו, והסכמי שלום כללו לעתים קרובות הוראות לפיהן התחייב הצד שהפסיד להשיב חפצי אמנות שלקח משטחים שכבש בזמן המלחמה, לעתים אף כאלה שלקח שלל במלחמות קודמות¹⁷. נפוליון החליט למלא את פריז באוצרות התרבות של כל המדינות שכבש. הוא אף החתים מדינות שכבש שיסכימו לוותר על אוצרותיהן בהסכמי הכניעה. באמנת פריז מ-1815 ניסתה צרפת לשווא לשלב סעיף שישמר את כל מה שהגיע לספריותיה ולמוזיאונים שלה במהלך מלחמות נפוליון. ואולם באמנה גם לא נקבעה חובת השבה, מאחר שהמדינות המנצחות סברו שינהגו בחוכמה אם יגיעו להסכם פרטי לגבי ההשבה עם לואי ה-18 במקום להביא עליו כניעה משפילה¹⁸.

במאה ה-19 חל שינוי כשאומויות העולם החלו להגות הגבלות על מה שמותר להן לעשות בעת מלחמות. ההתחלה היתה ב־Lieber Code, שקבע את כללי ההתנהגות לצבא מדינות הצפון במלחמת האזרחים¹⁹. בין הכללים מצויה הוראה, לפיה רשאי הצד הכובש להעביר ממקומו, כדי למנוע פגיעה בו, את הרכוש השייך לכנסיות, בתי חולים ומוסדות צדקה אחרים או קרנות לקידום ההשכלה (לרבות: בתי ספר, אוניברסיטאות, מוזיאונים וכו'). על ההעברה להיעשות לטובת העם לו הרכוש שייך, ושאלת הבעלות תוסדר בהסכם השלום. בשום מקרה אסור לפגוע ברכוש או למכור אותו.

הוראות אלה שימשו יסוד להוראות אמנות האג מ-1899 ומ-1907, בדבר ה־"Laws and Customs of War on Land"²⁰. בתקנות הנספחות לאמנה מ-1907 נקבע ש"רכוש פרטי לא יחרם" (תקנה 46), וש"הרכוש של עיריות וכן של מוסדות דת, צדקה וחינוך, אמנות ומדעים, גם אם הם רכוש המדינה, יטופלו כאילו היו רכוש פרטי. אסור לתפוס, להרוס או להזיק במכוון למוסדות, מונומנטים הסטוריים, יצירות אמנות ומדע" (תקנה 56). תקנה 47 קובעת מפורשות: "Pillage is formally forbidden" המונח "pillage" משמש רק לביזה של רכוש פרטי²¹.

den internationalen Schutz von Kulturgütern" in: **Staat und Voelkerrechtsordnung** — **Festschrift fuer Karl Doehring**, Berlin: Springer (1989), 853 at p. 860.

L.J. Rollet-Andriane "Precedents" (1979) 31 **Museum** (UNESCO, Paris) 4. 17

L.D. DuBoff/S.Holt Caplan **The Deskbook of Art Law** 2nd ed., Oceana (1993), 18
Booklet D: Art: The Victim of War, pp. D-6 — D-7.

19 Lieber היה פרופסור גרמני למשפטים שהיגר לארצות הברית, שם הרצה באוניברסיטת קולומביה. לבקשת מפקד צבא מדינות הצפון במלחמת האזרחים, הגנרל Halleck, חיבר ב-1863 את ה־"code of conduct by belligerent forces in war", הראשון מסוגו לגבי כללי ההתנהגות בקרבות יבשה. הנושא לינקולן הורה על יישומם של הכללים בשטח. ראה: L. Engstler, **Die territoriale Bindung von Kulturgütern in Rahmen des Voelkerrechts**, Koeln: Heymann 1964, pp. 200–202.

The 1907 Hague convention concerning the Laws and Customs of War on Land, 205
The Consolidated Treaty Series (Parry, Clive (ed.)) 227; 36 **United States Statutes at Large** 2277.

21 **Black's Law Dictionary** 6th. ed., Minn: West (1990); Hackworth, Green Haywood, 6 **Digest of International Law**, Washington: US Government Printing Office (1943), p. 403.

ההוראות לא הצילו את הקניינים התרבותיים מהפורענויות שבאו עליהם במלחמות העולם. במלחמת העולם הראשונה הושמדו אוצרות רבים. במלחמת העולם השנייה היתה לצבא הגרמני יחידה מבצעית מיוחדת, בראשה עמד אלפרד רוזנברג (ה־Einsatzstab Rosenberg), שבזזה ושדדה רכוש פרטי וציבורי, בעיקר של קהילות יהודיות, בין היתר לצורך הקמת מוזיאון לכבוד היטלר (בעיר Linz באוסטריה שם גר בילדותו), וכן מוזיאון לתרבות מנוונת (יהודית...) בפראג²². בית המשפט בנירנברג דן את רוזנברג למוות על הביזה של רכוש פרטי וציבורי. בית המשפט קבע שחקנות האג הנ"ל מחייבות, בהיותן קודיפיקציה של המשפט הבינלאומי המנהגי²³.

יצוין כי עניין ההשבה לא נזכר כלל בתקנות של אמנת האג 1907. על-פי תקנה 3 "צד כובש שמפר את הוראות התקנות חייב לשלם פיצויים, ויהיה אחראי לכל הפעולות שנעשו על ידי אנשים השייכים לכוחות הצבא". ובכל זאת לאחר מלחמת העולם השנייה לא הכירו בתי המשפט בהעברת רכוש על דרך של ביזה, כלומר: לא די בעניין הפיצוי²⁴. המקרה האחרון בו נעשה שימוש בחובת ההשבה אירע כאשר עירק חוייבה להשיב לכווית כשבעה עשר אלף פריטים מהאוסף של המוזיאון הלאומי של כווית, אותם בזזה בעת מלחמת המפרץ, והשיבה לאחר שהובסה בקרב²⁵. בעניין אחר, של אוצרות תרבות שהועברו על ידי הצבא הרוסי מגרמניה בעת מלחמת העולם השנייה לברית המועצות, כולל חפצים מאוספים פרטיים, ממוזיאונים ומספריות, סורבה ההשבה עד היום, על אף שתי אמנות מיוחדות לשכונות טובה, שותפות ושיתוף פעולה שנכרתו, האחת ב-1990 בין ברית המועצות לגרמניה, והאחרת ב-1992 בין רוסיה לגרמניה, ואשר בכל אחת מהן הובטחה השבת הקניינים התרבותיים²⁶. לאחרונה אף הציגו הרוסים כמה מהמוצגים הנבחרים בתערוכה במוזיאון ההרמיטאז' בסנט פטרסבורג²⁷. בכך אין כדי להצביע על מעמדם של תקנות האג במשפט הבינלאומי, אלא רק על חוסר השלמות בביצוען. ישראל איננה אמנם צד לאמנת האג מ-1907, ואולם כאמור התקנות נחשבות בעיקרן

S. Williams *The International and National Protection of Movable Cultural Property: A Comparative Study* Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana 1978, pp. 25–27; Duboff/Holt Caplan, *supra* n. 18, pp. D–16 — D–23.

22 *Nuremberg Trials* 486; "Judicial Decisions: International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences", (1947) 41 *American Journal of International Law*, 172 at pp. 235–238.

24 ראה המקרים המובאים על-ידי Duboff/Holt Caplan, *supra* n. 18, pp. D–23 — D–39.

25 *Ibid.*, at p. D–79

26 K. Siehr, *International Art Trade and the Law*, (1993–VI) 243 *Recueil des Cours* I, p. 119.

27 P. Kipphoff "Unter Freunden gibt es keine Beute — Streit um deutsche Kunstwerke in russischer Hand: Soll Bonn verzichten oder auf dem Recht bestehen" *Die Zeit* 10.3.1995; C. Siemes "Schätze fuer alle: Die grosse Ausstellung mit 'Beutekunst' in der St. Petersburger Eremitage" *Die Zeit* 7.4.1995.

על גורלו של אוסף שלימאן, הארכיאולוג הגרמני שחפר את אוצרות טרויה, ראה: "Gebt den Schatz zurueck!" Schliemann-Erben appellieren an die Russen", *Hamburger Abendblatt* 7.9.1994.

חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי בנוגע לדיני המלחמה. על כן, ככל שמדובר בחפצים שהינם רכוש פרטי או רכוש מוזיאונים, קיים איסור על הזזתם ממקומם, ואולם חלק הארי של הממצאים אינם באים בגדר תקנה 56; הם אינם כלולים ברישא של התקנה מאחר שאינם שייכים לעיריות או למוסדות הנזכרים בה, וגם אינם כלולים בסיפא. אף אם חלקם יכול להיחשב עבודות אמנות, הרי בדרך כלל אין זה ערכם האמנותי אלא משמעותם הדתית, התרבותית או ההסטורית שמקנה להם את ערכם.

המשפט הבינלאומי ההסכמי: אמנת האג מ-1954 להגנה על קניין תרבותי בעת סכסוך מזויין

אמנה זו, שנחתמה תחת חסות UNESCO, נועדה להגן על "המורשת התרבותית של האנושות בכללותה". היא נוגעת ישירות לסוגיית ההשבה של הממצאים הארכיאולוגיים על ידי ישראל, מאחר שישאל, מצרים, סוריה וירדן הן צדדים לה.

לאמנה גישה אוניברסלית לקניין התרבותי. המבוא לאמנה מדגיש את הצורך בהגנה על קניינים תרבותיים עקב ההכרה בכך שהפגיעה בקניין תרבותי של עם כלשהו משמעותה נזק למורשת התרבותית של האנושות בכללותה, שכן כל עם תורם לתרבות העולם. אמנה זו היתה מכוונת להיות תשובתן של מדינות התרבות להרס של אוספים ומוסדות על ידי הנאצים באירופה הכבושה²⁸. בהתאם לכך ההגדרה של "קניין תרבותי" מנוסחת באופן רחב ביותר. בשום סעיף באמנה אין התייחסות לשאלת הבעלות בקניין התרבותי: האם הוא ציבורי או פרטי; האם הוא שייך לאזרחים של המדינות שהתקשרו באמנה או לזרים גמורים. כל קניין תרבותי באשר הוא ראוי להגנה.

להחובה להגן על קניינים תרבותיים יש, על-פי סעיף 2 לאמנה, שני מרכיבים: חובת האבטחה (safeguard) והחובה לכבד קניינים כאלה. חובת האבטחה, המפורטת בסעיף 3, מחייבת את המדינות החברות לנקוט אמצעים בעת שלום כדי להבטיח את שלומם של הקניינים התרבותיים המצויים בשטחן מפני פגיעות צפויות של סכסוכים מזויינים. זוהי חובה פוזיטיבית במישור הבינלאומי, ועל כן אין מדינה חברה יכולה עוד לטעון כי עניין האבטחה הוא "עניין פנימי" שלה²⁹. החובה לכבד את הקניינים (סעיף 4) מורכבת מהחובה להימנע מלנקוט מעשי איבה מכל סוג שהוא שיפגעו בחפצים, מהחובה להימנע מלעשות שימוש בקניין או בסביבתו שיחשוף אותו להרס או נזק ומהחובה לאסור ולמנוע גניבה, ביזה ונדליוזים המכוונים כנגד קניין תרבותי. כמו כן נאסר לתפוס קניינים תרבותיים כפעולת נקמה באויב.

סעיף 5 לאמנה עוסק בהגנת הקניין התרבותי על-ידי מדינה חברה המחזיקה בשטחים של מדינה חברה אחרת. באמנה אין הוראה העוסקת בחפירות ארכיאולוגיות שמקיימת

L.V. Prott "War, Heritage and Normative Action", (1993) 45 *Museum International* 28 (UNESCO, Paris) 45, at p. 46.

H. Strebelt "Die Haager Konvention zum Schutze der Kulturgüter im Falle eines bewaffneten Konfliktes vom 14. Mai 1954" (1955/56) 16 *Zeitschrift fuer ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 35, pp. 50–51.

המדינה המחזיקה בשטחים כאלה. החפירות הארכיאולוגיות אינן אסורות.³⁰ בהקשר זה מעניין לציין כי ב-1969 ניסו מדינות ערב לשים קץ לחפירות שישראל מבצעת בעיר העתיקה בירושלים, בטענה שחפירות כאלה אסורות על-פי האמנה. המנהל הכללי של UNESCO באותה עת, Maheu, והנציב הכללי לקניינים תרבותיים בישראל ובשטחים המוחזקים, ד"ר Reinink, נקטו עמדה שונה, מאחר שבאמנה אין הוראה מפורשת האוסרת את ביצוע החפירות.³¹ למרות זאת קיבלה הוועידה הכללית של UNESCO בכינוסה ה-18 ב-1974 החלטה המוקיעה את חפירותיה של ישראל ומורה למנהל הכללי של הארגון להפסיק כל סיוע לישראל. ישראל גם הוצאה מהקבוצה האזורית האירופית, מבלי שתיקבע לה שייכות לקבוצת המדינות האסייתיות. פעילותה של UNESCO נתקלה בהתנגדות חריפה, הן מצד מספר מדינות ובראשן ארצות הברית, והן מצד אנשים פרטיים בעלי מעמד ציבורי נכבד, שהודיעו על הפסקת כל תמיכה ב-UNESCO.³² מבחינתה של האמנה החפירות אינן משנות דבר. הממצאים שנחשפו בחפירות הם "קניין תרבותי" על-פי סעיף 1, אשר חלות עליו ההוראות בדבר הגנה ובדבר השבה. ההתייחסות לשאלת ההשבה לא נקבעה באמנה עצמה אלא בפרוטוקול נספח. סעיף I לפרוטוקול קובע כדלקמן:

"1. Each High Contracting Party undertakes to prevent the exportation, from a territory occupied by it during an armed conflict, of cultural property as defined in Article 1 of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, signed at the Hague on 14 May, 1954.

...

3. Each High Contracting Party undertakes to return, at the close of hostilities, to the competent authorities of the territory previously occupied, cultural property which is in its territory, if such property has been exported in contravention of the principle laid down in the paragraph. Such property shall never be retained as war reparations".

G. Lang "UNESCO and Israel" (1975) 16 *Harvard International Law Journal* 676, 30 pp. 678-769; S. also J.A. Nafziger "UNESCO-Centered Management of International Conflict Over Cultural Property" (1976) 27 *The Hastings Law Journal* 1051, pp. 1051-1053.

ישנה המלצה של UNESCO מ-1956 לאסור חפירות ארכיאולוגיות בשטחים מוחזקים. לעניין זה ראה: S.von Schorlemer *Internationaler Kulturgueterschutz*, Berlin: Duncker & Humblot (1992), pp. 301-302.

Lang, *supra* n. 30, at p. 677. 31

Lang, *supra* n. 30, at p. 680-681; S. also "Intellectual Opposition to UNESCO Policy", (1975) 103 *Intellect* 347; R.H. Heindel "UNESCO in politics" (1975) 103 *Intellect* 361; "UNESCO's Israeli Sanctions Arouse a Bitter Backlash" (1974) 186 *Science* 1100; D. Ripley "The View from the Castle" 5 *Smithsonian* (March 1975), p. 6. 32

לשון הסעיף קטיגורית. הוא מחייב מדינה המחזיקה בשטחיה של מדינה חברה אחרת למנוע (!) הוצאת קניינים תרבותיים מהשטחים המוחזקים. יוצא מן-הכלל יחיד קיים במקרה שיש צורך להציל קניין תרבותי³³. חובה זו ניתן לפרש כחובה חיובית מרחיקת לכת, עקב החשש לריבוי מקרים של יצוא קניינים תרבותיים משטחים כבושים³⁴. פירוש אפשרי אחר הוא שהמנסחים לא דקו פורתא בעת שחיבו את המדינה המחזיקה בשטחים "למנוע" את יצוא החפצים, במקום לחייבה "להימנע" מכך³⁵. נראה שהפירוש השני מספק פתרון יותר מתקבל על הדעת לבעיות העלולות להתעורר, למשל כאשר תושבים בשטחים האמורים מבקשים לייצא קניינים שבבעלותם.

סעיף I גם מחייב, עם תום מעשי האיבה ("at the close of hostilities") למסור לשליטת רשויות הטריטוריה, שהיתה בעבר מוחזקת, את כל מה שהוצא בניגוד לעיקרון שנקבע לעיל. עניין השליטה (control) במישור המשפט הבינלאומי וזה לבעלות במישור הפרטי. חובת ההשבה מוחלטת, ללא קשר לטיבם של הקניינים התרבותיים. יתר על כן, ההשבה היא לשלטונות של הטריטוריה (אף כי לא נאמר אם החדשים או הקודמים)³⁶. זהו פתרון מינהלי. מעיני המנסחים לא נעלם שייתכן שמדובר יהיה ברכוש שהיה שייך לפרטים שעזבו בינתיים את הטריטוריה, וכעת מתנגדים להשבת חפציהם לטריטוריה, ואולם בעת הדיון הוחלט להסתפק בפתרון שנבחר ולא להתייחס לשאלות מתחום המשפט הבינלאומי-פרטי³⁷. להחלטה זו ניתן לתת מספר סיבות: (א) האמנה עוסקת בשאלות של משפט בינלאומי פומבי; (ב) הבעיות של המשפט הפרטי נראו מסובכות מדי, ולא ניתן היה לגשר על הפערים בין הדינים במדינות השונות; (ג) עוד לפני 1954 היו במדינות רבות איסורי יצוא על קניינים תרבותיים. לו ניתן היה להשיב את החפצים לפרטים שעברו למקומות אחרים, היה בכך כדי לעקוף את איסורי היצוא. בעת הדיונים על האמנה הביעו ארצות הברית ואנגליה את הדעה שהבעיות הכרוכות בשאלת ההשבה לא נחקרו דיין, ואין די בהוראות הלקוניות המתעלמות מההיבטים של המשפט הפרטי שנקבעו לעניין זה בפרוטוקול. הצהרתן כי לא תוכלנה להצטרף לאמנה ללא עיון נוסף בשאלת ההשבה הביאה להפרדתו של עניין זה משאר הוראות האמנה, ויצירת פרוטוקול נפרד עבורו³⁸. בסופו של דבר, הן לא נהיו צד לאמנה גם לאחר הוספת הפרוטוקול. עניין ההשבה נשאר בפרוטוקול הנפרד, אולם הטיפול בו הרבה פחות מפורט מזה שניתן לנושאים אחרים הנידונים באמנה. לאחר ההשבה מחליטות הרשויות של הטריטוריה מה ייעשה בממצאים. שאלה זו איננה מטופלת על ידי האמנה,

33 סעיפים 12–13 לאמנה.

34 S. Turner "Die Zuordnung beweglicher Kulturgüter im Völkerrecht" in: **Internationaler Kulturgüterschutz und deutsche Frage** (W. Fiedler (ed.)), Berlin: Mann (1991) p. 71; S. also Engstler, *supra* n. 19, p. 222.

35 H. Strebel, *supra* n. 29, p. 69.

36 Turner, *supra* n. 34, p. 73.

37 S.E. Nahlik "Biens culturels et conflit armé" (1967-I) 120 *Recueil des Cours* 65, pp. 137–138. השאלה היחידה מתחום המשפט הבינלאומי-פרטי שבכל זאת נידונה בפרוטוקול

(סעיף I(4)) היא שאלת הפיצוי למחזיק בתום-לב.

38 Nahlik, *supra* n. 16, p. 1083; Strebel, *supra* n. 29, p. 71.

המסתפקת בהשבת המצב לקדמותו. חובתה היחידה של הרשות היא להגן על הממצאים במשמעות האמנה (סעיף 3), כל עוד הם ברשותה. עם זאת, היא איננה מחויבת להשאיר אותם בטריטוריה שלה והיא יכולה לעשות בהם כרצונה, בין היתר לגנוז אותם, להזניחם וכו'.

התוצאה המתוארת לעיל קשה. על-פי שמה באה הרי האמנה לטפל בהגנת קניינים תרבותיים. כיצד זה איפוא אין היא עוסקת כלל במה שיקרה לחפצים לאחר שהושבו? איזו מין הגנה היא זו? מדיניות של הגנה על קניינים תרבותיים נתפסת היום בספרות העוסקת בכך ככוללת שלושה נושאים: (א) פעולות שימור פיזי, לרבות שיקום וטיפול; (ב) מחקר: הפיכת הקניין התרבותי למושא ללימוד, עיון ומחקר; (ג) נגישות לציבור הרחב³⁹. והנה אמנת האג מ-1954 איננה מבטיחה אף אחד מאלה.

התשובה לעניין זה נעוצה במהותה ובמטרותיה של האמנה: הגנה על קניינים תרבותיים בעת סכסוך מזויין ותו לא, שמשמעותה כאמור לעיל חובה לאבטח בעת שלום ולכבד את הקניין התרבותי. חובת ההגנה חלה גם על קניינים תרבותיים המצויים בשטחים מוחזקים, ואולם על-פי סעיף 18(2) חלות החובות על-פי האמנה רק כאשר השטח המוחזק שייך למדינה חברה אחרת. בנוסף לכך מתייחסת האמנה לסכסוכים בעלי אופי לא בינלאומי, קרי: כאלה שמתקיימים בתוך הטריטוריה של מדינה אחת (סעיף 19), אלא שבמקרים אלה חייבים הצדדים לסכסוך אך ורק בחובות הנוגעות לכיבוד (respect) הקניינים התרבותיים. את הפרשנות של מושגים באמנה בינלאומית אי אפשר להרחיב על-פי התפתחויות שחלות בהבנתנו אותם במשך השנים. במשפט הבינלאומי מחייבות מדינות על-פי אמנות רק כדי אותה מידה בה התחייבו בעת שהתקשרו באמנה, שכן בכל התחייבות גלום ויתור על הסמכות הריבונית של המדינה ויתור זה אי אפשר להרחיב לאחר שההתחייבות נעשתה⁴⁰. על כן גם אם היום נתפס עניין ההגנה על קניינים תרבותיים באופן רחב יותר מכפי שנתפס ב-1954, כאשר נכרתה אמנת האג, אין זה אפשרי להרחיב את פרשנות האמנה מעבר להתחייבות הצדדים כפי שנתפרשה אז.

שימוותה של אמנת האג לסכסוך הישראלי-ערבי

כאשר לסיני, לא אמנת האג היא הקובעת, אלא ההסכם המאוחר מ-1993, שאמנת האג כלל לא הוזכרה בו.

J.H. Merryman "The Public Interest in Cultural Property" (1989) 77 *California Law Review* 339, 355-361; J.H. Merryman "The Nation and the Object" (1994) 3 *International Journal of Cultural Property* 61, pp. 64-65.

I. Sinclair *The Vienna Convention on the Law of Treaties* 2nd ed., Manchester: Manchester University 1984, pp. 130-133; A. Bredimas *Methods of Interpretation and Community Law* Amsterdam: North-Holland 1978, pp. 19-21.

שונה המצב כאשר מדובר באמנה היוצרת הסדרים על-לאומיים (supranational), כדוגמת אמנת הקהיליה האירופית והאמנה האירופית על זכויות האדם. בהקשר זה ראה במיוחד הדין בשאלה זו בפסק-הדין של בית-הדין האירופי לזכויות האדם בשטרסבורג: Decision of the European Court of Human Rights, Tyrer Case (judgment of 25 April 1978), Series A, No. 26, at p. 15.

באשר ליו"ש ורצועת עזה, אלה היו חלק משטח המנדט הבריטי. מצרים לא החילה את ריבונותה על רצועת עזה, אך ניהלה אותה בפועל מ-1948 עד 1967. ישראל ניהלה את הרצועה מ-1967 עד 1994. בשנה זו הפכה חלק מהאוטונומיה הפלשתינאית. אזור יהודה ושומרון היווה גם כן חלק משטח ההמנדט הבריטי. ירדן תפסה את האזור ב-1948, ואולם נסיגתה לספח אותו לא זכה להכרה במישור המשפט הבינלאומי. רק אנגליה (שהסתייגה מסיפוח מזרח ירושלים) ופקיסטן הכירו בסיפוח. במיוחד התנגדו לו מדינות ערב.⁴¹ ב-1988 הכריז המלך חוסיין על ביטול הקשרים המשפטיים והמנהליים של ממלכתו עם הגדה המערבית. ישראל מצידה לא סיפחה רשמית את אזור יהודה ושומרון. הסיפוח של מזרח ירושלים על-ידי ישראל לא הוכר במשפט הבינלאומי. אם לפנינו סכסוך בינלאומי עם הפלשתינאים, הרי מכל מקום הם אינם צד לאמנת האג, וגם אם ביום מן הימים יצטרפו לאמנה, הרי החובות תחולנה מאותו רגע והלאה ולא רטרואקטיבית. ואם בסכסוך לא בינלאומי עסקינן הרי חובת ההשבה אינה קיימת, אלא רק חובת הכיבוד של הקניינים התרבותיים.

הגולן הוא איפוא השטח היחיד שעלול לבוא בגדר חובת ההשבה על פי הפרוטוקול של אמנת האג, שכן הסיפוח של הגולן על-ידי ישראל ב-1981 לא הוכר במשפט הבינלאומי. ואולם מאחר שהגבול עם סוריה טרם נקבע,⁴² עדיין אין לדעת מהו היקף האיסור על הוצאת ממצאים ארכיאולוגיים ומהו היקף חובת ההשבה. בכפוף לעניין זה, הוראות הפרוטוקול ברורות. קיימת חובת השבה מלאה לגבי ממצאים שנחשפו בתוך טריטוריה שתועבר לידי סוריה במסגרת של הסכם עתידי, אלא אם כן תיקבעה באותו הסכם הוראות אחרות לעניין זה.

סוגיית ההתקשרות של ישראל בהסכמים בינלאומיים ומדיניים

היבטי הסוגיה בהקשר של הממצאים הארכיאולוגיים תוצאות ההסכם עם מצרים מ-1993 להשבת הממצאים שנחשפו בסיני רחוקות מלהניח את הדעת. יש להצטרף על כך שלא נמצאה הדרך לקבל בהשאלה לתצוגה מתמדת במוזיאון ישראל את עשרים וארבעת הממצאים הקשורים קשר הדוק במורשת היהודית. בהסכם אין גם זכר לדרישה שהממצאים יוצגו כראוי במוזיאון בקהיר, יהיו נגישים לציבור בכללותו ולציבור החוקרים בפרט. נאמר כי תנאי הגרועים של ההסכם הושפעו מהמצב המשפטי על-פי הפרוטוקול של אמנת האג. ההתקשרות באותו פרוטוקול עלולה להביא לתוצאות קשות גם במקרה של השבת ממצאים שנחפרו בגולן.

41 Y.Z. Blum "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria" (1968) 3 *Israel Law Review* 279, p. 288; Malanczuk "Israel: Status, Territory and Occupied Territories" 12 *Encyclopedia of Public International Law* (1990) 149, pp. 170-171.

42 P. Malanczuk, *supra* n. 41, at pp. 163-165. על ההתפתחויות שחלו בגבולות ישראל במאה ה-20 ראה מחקרו של מ' ברור בגבולות ישראל, תל-אביב: יבנה 1988.

עניין זה מעורר תמיהה לגבי התקשרותה של ישראל בפרוטוקול. האם המשמעות שעלולה להיות לו מבחינתה של ישראל נשקלה כראוי קודם לאשרורו על ידיה במישור הבינלאומי? ראינו שהפתרון המינהלי של הפרוטוקול אינו הולם את הבעיות שמעורר הסכסוך הישראלי-ערבי. הוא גם עושה שירות רע לממצאים עצמם, שהרי אין ספק שביחס הטבעי, במיוחד של אלה מביניהם שהינם יחידים במינם, נמצא בישראל, בה יזכו לטיפול הדרוש ולהתייחסות הראויה להם לפי חשיבותם למורשת ישראל. בצדק נשאלה השאלה "ואילו לוחות הברית היו נמצאים?"⁴³ על שאלות מסוג זה יש לחשוב מראש ולא בדיעבד, כאשר אנו מתבקשים לפרוע שטר שנחתם. גם אם ברור שלא היה זה ראוי שנחזיק באוצרותיו של עם אחר, הרי הפתרון שמספק הפרוטוקול הוא רק פתרון אפשרי אחד, טכני וכוללני.

פתרון אפשרי אחר שניתן היה לאמץ, לולא כבלנו עצמנו לפתרון ההוא, היה זה שנבחר בדרך כלל במקרים שבהם יש ירושת מדינות ("succession of states"). הקניינים התרבותיים מתחלקים בין המדינות שנוצרו בדרך של הסכמות ופשרות, ולא על-פי איזה מקום שרירותי שבו נמצאו ברגע נתון⁴⁴. אמת, הקמתה של ישראל לא נעשתה על דרך של החלפה מסודרת של שלטון אחד בשלטון אחר. החלטת האו"ם מכ"ט בנובמבר 1947 בדבר חלוקת השטח המנדטורי של פלשתינה-א"י לשתי מדינות נפרדות, אשר כל אחת מהן היתה צריכה להיות מחוייבת לאמנות הבינלאומיות שארץ ישראל המנדטורית היתה צד להן, לא בוצעה. ממשלת בריטניה סרבה לשתף פעולה בביצוע ההחלטה, והכשילה בפועל את העברת השלטון באופן תקין ומסודר⁴⁵. ישראל קמה מכוח הכרזת העצמאות שלה עצמה, ומכאן הטענה שאי אפשר ליישם לגביה כללים הנוגעים לירושת מדינות⁴⁶. אין זאת אומרת שאין מקום ללמוד, במקרים מתאימים, ממה שנעשה במקרים שבהם שטח חולק מחדש בין מדינות בעקבות מלחמות, מהפכות או שנעשתה חלוקה בדרכי שלום.

לאור הדברים האלה, מתעוררת תמיהה גדולה עוד יותר נוכח ההתחייבות שניתנה בהסכם קהיר, לפיה, בעת שיידון ההסדר הסופי עם הפלשתינאים, תינתן תשומת הלב הראויה לדרישה הפלשתינאית שישראל תשיב את כל העתיקות שנמצאו כרצועת עזה וביריחו מאז 1967. התחייבות זאת לא היתה דרושה על-פי אמנת האג. בתוך תחומיה של ארץ ישראל המנדטורית בוודאי שראוי היה להתייחס לקשר של החפצים למורשת התרבותית. חפץ יהודי צריך להשאר בידי של עם ישראל. בדברים האמורים כאן אין לראות הטפה להסתגרות תרבותית מוחלטת. אדרבא, קניינים תרבותיים הם גם השגריים

43 א' נווה "ואילו לוחות הברית היו נמצאים?" הארץ מכתבים למערכת, 8.1.1995.

44 Siehr, *supra* n. 26, pp. 123–128.

45 א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה רביעית (ירושלים: שוקן 1991) בע' 37–38.

46 D.P. O'Connell *State Succession in Municipal Law and International Law* vol. II, Cambridge: Cambridge University 1967, pp. 155–156; S. Rosenne "The Effect of Change of Sovereignty upon Municipal Law" (1950) 27 *British Yearbook of International Law* 267, pp. 267–273.

הטובים ביותר של כל עם. משום כך, אם יחפצו הפלשתינאים להציג ממצאים ארכיאולוגיים יהודיים בבתי נכאת שלהם, יש לשקול בקשה כזו באהדה. במיוחד כאשר מדובר בפריטים לא יחודיים, שכמותם מוצגים כבר במוזיאונים שלנו, תקבל הצגתם משמעות גדולה יותר, דווקא על ידי הצגתם במקומות אחרים. ואולם יש מרחק רב בין שיתוף ממין זה למסירה סיטונאית של הממצאים לידי הפלשתינאים, ללא קשר עם גורלם לשבט או לחסד, לגניזה או לתצוגה, לטיפול מסור ואחראי או להזנחה. כיצד אם כן נתקבלו ההתחייבויות האומללות האלה? הייתכן שמשוהו פגום באופן שבו מתקבלות בישראל התחייבויות בינלאומיות ומדיניות?

הסמכות להתקשר באמנות — הדין המצוי⁴⁷

בישראל מצויה הסמכות להתקשר באמנות בידי הממשלה. הממשלה חותמת על אמנות וגם מאשרת אותן, מבלי שלתהליך האשרור במישור הבינלאומי יקדם אישור של הכנסת⁴⁸. יצוין כי עקב הברלי מינוח בין המדינות השונות, לא הגדירה אמנת וינה בדבר דיני האמנות, 1969 (להלן — "אמנת וינה")⁴⁹, שהיא בעיקרה קודיפיקציה של המשפט הבינלאומי המנהגי בדיני האמנות, את המושגים "אשרור", "קיבול", "אישור" או "הצטרפות". במקום זאת צוין בה (בסעיף 2) כי "משמעותם, בכל מקרה, הפעולה הבינלאומית הנקראת כך, שבה מבטאת מדינה במישור הבינלאומי את הסכמתה להיות קשורה באמנה". במישור הבינלאומי נכנסות אמנות לתוקף עם חתימתן על ידי נציגי המדינות, או לאחר אשרורן, כשזה דרוש על-פי הוראות האמנה או משום שכך הסכימו הצדדים (סעיפים 12–15 לאמנה).

ב־1963 בעת הדיון בהצעת חוק פרטית, על-פיה תאשר ועדת החוץ והביטחון דרך

47 סוגייה זו מתעוררת. לא רק בהקשר של ההסכמים הבינלאומיים הנזכרים במאמר זה. לדיון כללי בסוגייה ראה ר' לפידות (אשלבכר), "הסמכות לכרות אמנות בשם מדינת ישראל", קובץ לאוטרכט (בעריכת נ' פיינברג), ירושלים: מאגנס 1962, 210; וכן ראה את הדברים שנאמרו בסמפוזיון "שיתוף הפרלמנטים בכריתת אמנות והסכמים בינלאומיים" (14.5.1978), ספר ישראל ישעיהו, ירושלים: האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריות תשמ"ב, עמ' 13–40; לדיון בקשר להסכמי הסחר של ישראל ראה:

T. Einhorn *The Role of the Free Trade Agreement between Israel and the EEC: The Legal Framework for Trading with Israel between Theory and Practice* Baden-Baden: Nomos 1994, pp. 126–143.

48 S. memorandum dated 11.3.1951 submitted by the Government of Israel, in: *Laws and Practices concerning the Conclusion of Treaties*, document ST/LEG/SER.B/3, p. 67; S. Rosenne "Problems of Treaty-Making Competence" in: *Of Law and Man, Essays in honor of Haim H. Cohn* (S. Shoham (ed.)), New York: Sabra Books 1971, pp. 115–140. ראה גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה: אמנות בינלאומיות 64.000 ו־64.000א. וכן ראה ע"פ 131/67 קמאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כ"ב (2) 85.

49 P. Reuter *Introduction to the Law of Treaties* London: Pinter 1989, pp. 1–12; S. Rosenne *Developments of the Law of Treaties 1945–1986* Cambridge: Cambridge University 1989. ראה התרגום לעברית של מ' זהר/ש' רוזן, *אמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות ("אמנת האמנות")* ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, האוניברסיטה העברית — הפקולטה למשפטים תשל"ח.

כלל, או מליאת הכנסת במקרים מתאימים, אמנות קודם לאשרורן, טען שר המשפטים דאז, ד"ר דב יוסף, כי בידי הכנסת פיקוח מספיק על הממשלה בנושא זה, מאחר שהיא יכולה להפיל את הממשלה בהצבעת אי-אמון. הוא המשיך וטען שהשיטה בישראל זהה לזו שבאנגליה ומדינות חבר העמים הבריטי, וכל הגבלה על סמכות הרשות המבצעת על ידי המחוקק תפגע באופן חמור בהפרדת הרשויות החיונית בכל מדינה דמוקרטית.⁵⁰ בהתחשב בכך שבהולנד, צרפת, גרמניה, איטליה, בלגיה, דנמרק, שווייץ, ארצות-הברית ועוד מדינות רבות, מאשררים אמנות רק לאחר שהפרלמנט הסכים לאשרור, טיעון זה נשמע, בלשון של המעטה, מוזר.⁵¹ אמת, באנגליה, ממנה ירשנו שיטה זו, כריתת אמנות היתה מלכתחילה פרוגרסיבית של הכתר, ואולם עניין זה מתיישב אך בקושי עם משטר דמוקרטי לא מלוכני.⁵²

באנגליה קיים, מאז 1924, ה-Ponsonby rule (המכונה כך על שמו של תת שר החוץ הבריטי שקבע אותו), על-פיו הממשלה מניחה אמנות בפני הפרלמנט 21 ימים קודם לאשרורן.⁵³ כלל זה בא להבטיח שלא תהייה עוד אמנות סודיות, או הוראות סודיות באמנות, ולבטא את ההכרה שאמנות בינלאומיות אינן אמורות עוד להפתיע את הפרלמנט.⁵⁴ יתר על כן, מאז הצטרפה אנגליה לקהילייה האירופית ב-1973, חלה הרחבה משמעותית במעורבות הפרלמנט בכל הנוגע להחלטות המתקבלות במועצה של הקהילייה האירופית; בית הלורדים הקים ועדה מיוחדת הבוחנת כל הצעת חקיקה בקהילייה. לצד הוועדה פועלות 6 ועדות משנה קבועות, ובסך הכל משתתפים כתשעים מחברי הבית בבחינת ההצעות.⁵⁵ מאז 1984 קיים גם בישראל כלל דומה לכלל פונסונבי;⁵⁶ כל האמנות הטעונות אשרור על ידי הממשלה, פרט לאלה שהינן דחופות מאוד, מונחות על שולחן הכנסת שבועיים לפני כריתתן. הכנסת מצידה יכולה להפיל את הממשלה בהצבעת אי-אמון. כמו כן הובעה הרעה כי התפתח בישראל מינהג חוקתי לפיו אמנות והסכמים בעלי חשיבות מיוחדת מובאים לאישור הכנסת לפני כניסתם לתוקף במישור הבינלאומי, לאחר חתימתם או לפני חתימתם ולאחר שנוסחם גובש

50 ד"כ 35, תשכ"ג, בע' 771-772.

51 על המעמד שיש לבתי המחוקקים במדינות אירופה השונות ובארצות-הברית באישור אמנות קודם לאשרורן במישור הבינלאומי נערך מחקר מקיף. ראה: F.G. Jacobs/S. Roberts (eds.):

The Effect of Treaties in Domestic Law London: Sweet & Maxwell 1987.

52 ראה הדיון בנושא זה אצל לפידות, לעיל הערה 47, בע' 245-247 ו-252-254; רובינשטיין, לעיל הערה 45, בע' 602-605.

53 R. Higgins, Q.C., "United Kingdom", in: Jacobs/Roberts, *supra* n. 51, pp. 123-139.

54 מדבריו של תת שר החוץ הבריטי ארתור פונסונבי בפני הבית התחתון של הפרלמנט הבריטי 2001-2004 (1924) 171 Parl. Deb. (5th ser.) על-ידי:

S.W. Templeman "Treaty-Making and the British Parliament" 67 *Chicago-Kent Law Review* (1991) 459, at p. 466.

55 Templeman, *supra* n. 54, at pp. 475-480.

56 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 64.000א: אמנות בינלאומיות: הליך אשרור — הכנסת והממשלה מ-1.8.1984. בהנחייה מובאת החלטת הממשלה מס' 534 מיום 25.3.1984 שאישרה את תקנון הממשלה לעניין זה. בהקשר זה ראה גם רובינשטיין, לעיל, הערה 45, בע' 604-605; ש' שטרית "תפקיד הכנסת בכריתת אמנות", הפרקליט לו (תשמ"ה) 349.

סופית⁵⁷. ואולם דווקא לאחרונה היינו עדים לסטיה ממנהג זה כאשר הממשלה העבירה שטחים לירדן ללא אישור הכנסת⁵⁸. במקרה זה הוסבר כי העברת השטחים היתה אך היישום בפועל של הסכם השלום עם ירדן שכבר אושר, לאחר שאושר קודם לכן על-ידי הכנסת. גם הסכמי קהיר ואוסלו ב' לא הובאו לאישור הכנסת קודם שהממשלה התחייבה בהם. נאמר שהטעם לכך היה שלא נחשבו במניין ההסכמים הבינלאומיים. דבר זה מצביע על קיומה של לקונה, שהרי אין חולק שאלה הסכמים בעלי חשיבות מדינית עליונה, ואותם הטעמים שבגינם מביאים אמנות חשובות לאישור הכנסת קודם לאשרור הממשלה, יש להם אף יתר תוקף לגביהם.

ביקורת המצב הקיים

במצב הקיים מתגבשים הסכמים בינלאומיים והסכמים מדיניים אחרים על ידי הרשות המבצעת לברה, הרחק מכל עין שתבחן את מעשיה (להלן, מטעמי נוחות בלבד, נתייחס להסכמים בינלאומיים בלבד, ואולם הדברים האמורים להלן תקפים לגבי שני מיני ההסכמים). דבר זה ניתן להצדיק לעתים על יסוד שיקולים של בטחון המדינה, ואולם דומה שלא פעם נעשה שימוש בצידוק זה להסתרת מידע חיוני. בישראל אין חוק או נוהג דמוקרטי המחייבים את הממשלה למסור לציבור או לכנסת מידע ציבורי חיוני. ראש הממשלה איננו חייב, מבחינה חוקית פורמלית, למסור מידע אפילו לוועדת השרים לענייני ביטחון, ואין כל מניעה לכך שעמדות מדיניות תימסרנה לצד שכנגד לפני שתיוודענה לשרים מרכזיים בממשלה⁵⁹. באין סכנה ממשית לבטחון המדינה אין למנוע את חופש המידע. אדרבא, דווקא בישראל, שלה בעיות קיומיות רציניות ביותר, חשוב במיוחד להביא בפני הציבור מידע על הבעיות העומדות על הפרק וההצעות לפתורן. רק דיון ציבורי פתוח, במסגרתו תידונה ההצעות השונות לעומקן, יאפשר קבלת החלטות טובות וראויות⁶⁰. בהקשר זה יש לזכור שאף שלב החתימה מחייב את המדינה במידה מסוימת; על-פי הוראת סעיף 17 לאמנת וינה, לאחר שמדינה חתמה על אמנה בכפוף לאשרורה, היא מחוייבת להימנע מפעולות שתשמנה לאל את נושא האמנה ומטרתה, כל עוד לא הבהירה את כוונתה לא להיות קשורה באמנה. הגישה, לפיה המשא ומתן על ההסכמים הבינלאומיים חייב להתנהל בחשאיות מוחלטת, היא כשלעצמה פגומה. אף אם לא כל מהלך חייב להיות גלוי לציבור, הרי את עיקרי הדברים ראוי ללבן

57 שטרית, לעיל הערה 56, בע' 360–366.

58 ג' אלון "בן-יאיר קורא לתת לכנסת משקל ממשי באשרור אמנות בינלאומיות" הארץ 9.11.1994; ג' אלון "בן-יאיר מבקר את הממשלה על העברת שטחים לירדן ללא אישור הכנסת" הארץ 1.2.1995.

59 ד' סגל "הזכות למידע חיוני" הארץ 3.7.1995.

60 בהקשר זה ראה למשל ד' שיף "שוכחים את מי הגולן" הארץ 7.6.1995. עניין המים בגולן הוא בעל חשיבות אסטרטגית עליונה. המחבר ניסה לברר כיצד חושבים אצלנו לפתור עניין זה: "יהיה בסדר", השיבו רבים לשאלתי, אך איני בטוח שבאמת יהיה בסדר"; ראה גם את הטענות שמעלה פרופ' מ' ברור, לעיל הערה 42, בע' 203, לגבי האופן בו ניהל הצד הישראלי את המשא ומתן על הגבול עם מצרים.

לאור השמש. לאחר שסוכמו פרטיה של האמנה יהיה הרבה יותר קשה להכניס בה שינויים, אף כשאלה נחוצים.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף מיד לאחר שהממשלה מגיעה לסיכום מגובש בעניינים בינלאומיים. גם אם עד השלב הזה נעשו הדברים במחשכים, מן הראוי הוא שכעת הם יועמדו במבחן הביקורת הציבורית. הסכם שנחתם בראשי תיבות יש לפרסם מיד, ולאפשר לכנסת ולוועדותיה, כמו גם לכל אזרח, להגיב עליו.⁶¹ יש לזכור שבמישור הבינלאומי, לאחר שמדינה התקשרה באמנה, היא מחויבת למלא את התחייבויותיה. על-פי סעיף 26 לאמנת וינה אמנה תקפה מחייבת את הצדדים לה, והם מחויבים לקיים אותה בתום לב. כל מדינה אחראית בגין אי קיום התחייבויותיה הבינלאומיות. על-פי סעיף 27 לאמנת וינה, אין היא יכולה להסתמך על הוראות המשפט המדינתי כצידוק לאי ביצוע אמנה. הדרך לסגת מהתחייבויות בינלאומיות, לאחר שאלה אושרו במישור הבינלאומי, קשה אם לא בלתי אפשרית והיא גם הרת סכנות מבחינת המעמד הבינלאומי של המדינה. משום כך, בשלב זה, בטרם יהיה זה מאוחר מדי, חובה לייחד את כל תשומת הלב הדרושה, ולקיים כל חקירה ודרישה, בטרם מקבלים החלטות שתהיינה בבחינת בכייה לדורות.

יש מדינות שמעמידות הסכמים בינלאומיים חשובים למשאל עם.

באותן מדינות נקרא הציבור לאשר את ההסכם לאחר חתימתו וקודם לאשרורו, דבר המבטיח את גילויים המלא של פרטי ההסכם ודיון ציבורי מקיף בהם. במדינות אחרות מסתפקים באישור של הפרלמנט. גם כאן יש גישות שונות. כך למשל בגרמניה אמנה בינלאומית מאושרת רק לאחר שהגוף המחוקק הביע את הסכמתו לכך. ההסכמה ניתנת באמצעות חוק פדרלי.⁶² בדנמרק, לעומת כן, ניתנת ההסכמה בשני שלבים: תחילה נדרשת הסכמה עקרונית של הפרלמנט קודם לאשרורה של האמנה. לאחר מכן, כדי להחיל את האמנה במשפט הדני, נדרש הליך נוסף של חיקוק האמנה לתוך המשפט הדני הפנימי.⁶³ במקרים מתאימים (כמו ההצטרפות לאמנות הקהיליות האירופיות ולאמנת האיחוד האירופי) נדרש אישור האמנה במשאל עם. כל אחת משיטות אלה עדיפה על השיטה הקיימת אצלנו.

61 כיום לא כל האמנות המאושרות מתפרסמות בכתבי אמנה. הפרסום, במקום שהוא נעשה, מתבצע לעתים באיחור רב. יתרי-על-כן, כאשר כותבת שורות אלה ביקשה לראות את ההסכם מ-1993 הנזכר בראש מאמר זה ואת הסעיפים הנוגעים לעניין בהסכם קהיר, לא היה זה מובן מאליו שזכותה לראותם. נחבקשתי לפנות בכתב לרשות העתיקות, ובידי מכתב של היועץ המשפטי למשרד החוץ המודיע למנכ"ל רשות העתיקות, "שאין מניעה להעביר את ההסכמים... בהיותם מסמכים ציבוריים"!

62 J. Frowein "Federal Republic of Germany" in: Jacobs/Roberts, *supra* n. 51, pp. 63-66.

63 C. Gulmann "Denmark" in: Jacobs/Roberts, *supra* n. 51, pp. 29-30. יצוין עם זאת, כי גם ללא חקיקה של הפרלמנט הדני המיישמת את האמנה הבינלאומית במשפט הפנימי, הרי ככל שמדובר בפעולות של המינהל קיימת חוקה לפיה יש לפרש את החקיקה הראשית כמסמיכה את הרשויות להפעיל את שיקול-דעתן במסגרת החוק המסמיך באופן שיבטיח שדנמרק תכבד את התחייבויותיה הבינלאומיות, ואם כלל זה מופר תהיה פעולתה של הרשות חסרת תוקף. ראה Gulmann, שם, בע' 31 ו-35.

אמנם הזכרנו לעיל כי על-פי המצב הקיים בישראל, יכולה הכנסת להפיל את הממשלה בהצבעת אי-אמון, בעת שהממשלה מניחה בפניה את האמנה קודם לאשרורה, אלא שבמערכת הפוליטית הקיימת בישראל קשה להניח שדבר כזה אכן יקרה. מכל מקום, אין כלל פונסונכי כזה מגיע כדי שיתוף הכנסת בהליך ההתקשרות באמנות בינלאומיות, כפי שהדבר נעשה במדינות הרבות בהן נדרש אישור הפרלמנט קודם לאשרור בידי הגוף המוסמך. יתר-על-כן, מאחר שלא כל אמנה מונחת קודם לאשרורה בפני הכנסת, והעניין נתון לשיקול דעתה של הרשות המבצעת, הרי גם אופציה זו איננה תמיד פתוחה כדי למנוע את ההתקשרות באמנה.

אכן מבחינה זו אין הדין המצוי גם דין רצוי. קבלת אישור הכנסת קודם לאשרור אמנה על ידי הרשות המבצעת לא תפגע במאומה בעקרון הפרדת הרשויות. הא ראייה, שכל כך הרבה דמוקרטיות נוהגות כן. נהפוך הוא! שיתוף פעולה כזה היה מחזק את ההליך הדמוקרטי, וגם היה משפר את הנכונות, של בתי-המשפט ואולי אף של הרשויות האחרות, להבטיח את קיום ההתחייבויות הבינלאומיות. כדי שהפיקוח יהיה יעיל ראוי לשקול הקמתה של ועדה בכנסת שתהיה מופקדת על בחינת האמנות. במקביל חשוב לקבוע קטיגוריות ברורות של אמנות שתהיינה טעונות אשרור קודם שתתחייב ישראל על-פיהן⁶⁴.

נטען כי "עירוב הרשות המחוקקת בתהליך כריתת האמנה, מעבר להצגת האמנה לעיון חברי הכנסת, היה מסרב את התהליך ומטרפד אותו"⁶⁵. נסיון של אומות אחרות מוכיח שגם היעילות איננה נפגעת עקב שיתוף הפרלמנט בהליך ההתקשרות באמנות⁶⁶.

סיכום

1. ההסכם בין ישראל למצרים מ-1993 בדבר תחזרת ממצאים ארכיאולוגיים שישראל חשפה בסיני הביא לתוצאות לא רצויות. מאות פריטים, בהם פריטים אשר להם קשר הדוק למורשת היהודית, נמסרו למצרים. ההסכם, כמו גם הפרוטוקול לאמנת האג מ-1954 בדבר ההגנה על קניינים תרבותיים בעת סכסוך מזויין, אינם עוסקים בשאלה מה יעשה בקניינים לאחר שנמסרו לרשויות המדינה האחרת. הם אינם מבטיחים כי יטופלו כהלכה, כי יוכלו לשמש מושא ללימוד ומחקר, וכי לציבור הרחב תהיה גישה אליהם.

2. תוצאות קשות אלה עלולות לחול גם על הממצאים שנחשפו בגולן, עקב הוראותיו של הפרוטוקול.

64 רשימת קטיגוריות כזו הוצעה על ידי פרופ' י.ה. קלינגהופר. ראה דבריו בסמפויון "שיתוף הפרלמנטים בכריתת אמנות והסכמים בינלאומיים" (14.5.1978), ספר ישראל ישעיהו, לעיל הערה 47, בע' 30–31.

65 י. זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי" משפטים כ"ד (תשנ"ד) 317, בע' 319.

66 על הפתרונות לשאלת היעילות במשפט ההולנדי למשל ראה:
H.H.M. Sondaal "Some Features of Dutch Treaty Practice" (1988) *Netherlands Yearbook of International Law* 179, at pp. 199–217.

3. ישראל איננה מחוייבת על-פי הפרוטוקול למסור את הממצאים שחפרה ביהודה, שומרון ורצועת עזה לידי הפלשתינאים. משום כך קשה להבין את ההתחייבות שקיבלה על עצמה לתת משקל ראוי לתביעתם של הפלשתינאים להשבת הממצאים שנחפרו על ידיה מאז 1967.

4. עיין באופן בו מתקשרת ישראל בהסכמים בינלאומיים ובהסכמים מדיניים חשובים מלמד שהדין המצוי איננו רצוי. ההסכמים נחתמים הרחק מעינה הבוחנת של הביקורת הציבורית, וגם ללא פיקוח פרלמנטרי ראוי לשמו. מצב דברים זה איננו יאה למשטר דמוקרטי, לא בשלב המשא ומתן, ובודאי שלא בשלב שלאחר החתימה וקודם לאשרורם של ההסכמים במישור הבינלאומי, או ההתחייבות בהם במישור המדיני. במקום שאין ליבון ראוי של הבעיות גדלה הסכנה שתתקבלנה החלטות שגויות, שתחייבנה את ישראל במישור הבינלאומי, מבלי שתהיה דרך להשתחרר מהן. יש גם להקפיד על פרסום נאות של כל הסכם מיד לאחר שנחתם.

5. השוואת הדין הישראלי עם הדינים החלים במדינות אחרות בשאלת ההתקשרות בהסכמים בינלאומיים מצביעה על אפשרויות שונות לשיפור המצב הקיים. לימוד מהנסיון שהצטבר במקומות אחרים יכול לסייע בגיבוש הפתרון המתאים ביותר עבור המשפט הישראלי. בכל מקרה הגיעה העת לשתף את כנסת ישראל כהליך ההתקשרות באמנות בינלאומיות ובהסכמים מדיניים, ולכל הפחות לקבוע שאמנות תובאנה לאישור הכנסת קודם לאשרורן במישור הבינלאומי, וההסכמים המדיניים – קודם להתחייבות בהם. במקביל יש לקבוע קטיגוריות ברורות של אמנות שתהיינה טעונות אשרור.

6. אם לחזור לנושא בו פתחנו מאמר זה, גם אם לא נערער על זכותה של מדינה ריבונית לוותר על מה שהגיע לידיה כמורשת אבות, הרי מכל מקום אין לאפשר זאת ללא דיון ציבורי נוקב. ראוי לזכור שכמאמר הצרפתים (Adieu le passé, c'est aussi adieu la posterité.) (האומר שלום לעברו נפרד גם מהעתיד).

הסטוריה משפטית

"שורת המתנדבים" ומשפט ההיסטוריה*

מאת: עו"ד יורם רבין**

מאמר זה מוקדש להורי, יעל ועופר

א. הקדמה

בנוף הישראלי, ובמיוחד זה של שנות החמישים, היוותה "שורת המתנדבים" תופעה ייחודית. היו אלה קומץ צעירים נלהבים יוצאי צבא בשנות העשרים לחייהם, בני טובים שמקורם בממסד. "השורה" החלה את דרכה בהוראת עברית ובהדרכת עולים במעברות וזכתה לתמיכה כספית וציבורית מגופים ממסדיים ומאנשי-ציבור. משנטלו על עצמם אנשי "השורה", בנוסף, תפקיד של חשיפת שחיתויות וקידום טוהר-המידות, התנער מהם הממסד והעמיד עצמו בכל כוחו נגדם. פרסומים בנושא שחיתויות סיבכו את "השורה" במשפט-דיבה, שנתפרסם בשם "בן-גוריון נגד שורת המתנדבים"¹.

המשפט, המחלוקת הציבורית, והתנערותו של המשטר², גרמו בסופו של דבר לחיסולה של "השורה". תופעה דומה לזו של "השורה" לא נשנתה בארץ מאז ועד היום. הפרשה אירעה באקלים החברתי הסגור של שנות החמישים, ימי ראשית המדינה, ימים בהם הביקורת הציבורית וחופש-הביטוי במובנו הרחב, נתונים היו בחיתוליהם. המשפט הישראלי צעד כברת-דרך רבה מאותם ימים.

רשימה זו עניינה בגלגוליה המשפטיים של הפרשה, תוך ניסיון לענות במסגרתה על השאלות הבאות:

- (1) מהי תרומתו של פסק-הדין במאבק לטוהר-המידות ולמלחמה בשחיתות?
- (2) מהם גבולותיו וסייגיו של המאבק לטוהר-המידות?

* המחבר מודה לעו"ד טליה איינהורן על עזרתה הרבה וכן לעו"ד יוסף תמיר (בנו של עו"ד שמואל תמיר ז"ל פרקליט "השורה" במשפט ושור המשפטים לשעבר), אשר העביר לרשותו חומר מעובדו של אביו ובנוסף סייע בהערות מועילות.

** הכותב הינו חבר לשעבר במערכת כתב העת ובוגר בית הספר למשפטים של המכללה למנהל. המשפט מתועד בארבעה פסקי-דין: ת.א. (ת"א) 113/56 בן-גוריון נ' אפלבוים, פ"מ יד 307 (זהו פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי בת"א). המ' 51/57, 46/57 העצני נ' עמוס בן-גוריון, פ"ד יא 397 וכן ע"א 65/57 העצני נ' עמוס בן-גוריון, פ"ד יא 403 (שתי בקשות רשות ערעור על החלטות ביניים של בית-המשפט המחוזי). וע"א 256/57, 263/57 אפלבוים נ' בן-גוריון, פ"ד יד 1205 (הערעור לבית-המשפט העליון).

2. ראה לעניין זה את סדרת מאמרים, ש' טבת "עמוס בן-גוריון קורבן הרצח בדיבה" הארץ, החל מסוף פברואר 1956; "הבנים אכלו בוסר" הבוקר 22.3.57; וכן מאמר מערכת "מיום ליום" הארץ 19.5.56, בו נזכרת הפסקת התמיכה הכספית של הסוכנות ומשרד החינוך והתרבות בפעולותיה של "השורה".

3) האם חלו שינויים בכלים המשפטיים העומדים לרשותנו כיום והמסייעים במאבק לטוהר-המידות?

קודם לבחינת השאלות הללו, אקדים ואפרוש את העובדות בפרשה.

ב. הרקע העובדתי, תביעת הדיבה, והמשפט

"שורת המתנדבים" החלה את דרכה כזרוע של "מפא"י הצעירה", נרשמה כאגודה עותומנית ופתחה בפעילות תרבותית חינוכית ביישובי העולים. מאוחר יותר החלה במאבק לגילוי מעשי שחיתות בקרב הציבור ובמוסדות השלטון. בתחום זה עסקה השורה באיסוף אינפורמציה ממשרדים ממשלתיים שונים. תחילה נמנעה "השורה" מפרסום ממצאים בתחום זה, אלא הגישה תלונות על אנשים שנחשדו על-ידיה במעשי שחיתות בפני הממונים עליהם וכן נמסרה אינפורמציה למשטרה ולמוסדות מוסמכים אחרים של המדינה. "השורה" העבירה, לדבריה, אינפורמציה בדבר שחיתויות למוסדות המתאימים, אולם פעילות זו לא הביאה לכלל תוצאות. כמורכב, נעשו מספר ניסיונות לפרסם את הדברים בעיתונות היומית, אך זו מיאנה לפרסם את הגילויים. מכיוון שכך, הקימה "השורה" הוצאה-לאור, משל עצמה.

בדצמבר 1955, פורסמה בהוצאת "השורה" חוברת בשם "הסכנה אורבת מבפנים" וזו הופצה ב־7000 עותקים. מאחורי הפרסום התייצבו כאחראים ארבעת חברי "שורת-המתנדבים": א' העצני, מזכיר "השורה" ובעל תואר מוסמך במשפטים מהאוניברסיטה העברית, ח' רפפורט אף הוא מוסמך במשפטים של אותה אוניברסיטה, ד"ר ש' אפלבוים, ארכיאולוג והיסטוריון וד"ר ד' סימונסון, היסטוריון ומרצה להיסטוריה. בהקדמה לחוברת, הצהירו הכותבים, כי תפקידה: "להצביע על ליקויים חמורים במשטר ובשלטון ולהתריע על הסכנות הנובעות מליקויים אלה לשלום המדינה ולעצם קיומה". בחוברת נחשפו באופן פרטני פרשיות שונות, שלדעת הכותבים, חברו בהן עסקים פסולים, פרוטקציה, הפליה וזכויות יתר, בין גורמים שונים ובין עסקנים ופקידי ציבור. בין הפרשיות, עלה שמו של איש-עסקים ידוע בשם ישעיהו ירקוני וכן קצין-משטרה בכיר שלא צוין שמו במפורש. בדיעבד, נתברר כי קצין-משטרה זה הינו עמוס בן-גוריון. סגן המפקח הכללי של משטרת-ישראל ובנו של ראש-הממשלה דאז, דוד בן-גוריון. בין עמוס בן-גוריון וישעיהו ירקוני שררו יחסי קירבה וידידות. כמורכב, צוינה בחוברת העובדה, כי הקצין עמוס בן-גוריון קשור לישעיהו ירקוני בקשרים עסקיים ומקיים יחסי ידידות עם איש-עסקים נוסף בשם ליגום. שמם של ליגום וירקוני עלה בחוברת בהקשר לעסקה אחת בהיקף גדול אשר כונתה עסקת אירס"ו. לגבי עסקה זו — נטען בחוברת של "השורה" — כי בידי משטרת-ישראל חשדות מבוססים נגד ארבעה סוחרים ישראלים על זיוף חשבוניות, העלמת כספים, והברחה. בחוברת נכתב: "המשטרה פתחה תיק פלילי", "נודע לירקוני על החקירה הוא פנה לקצין-משטרה גבוה..." "בסופו של דבר נסגר התיק המשטרתי"³. ע' בן-גוריון אשר ראה את הפרסומים בחוברת

3. ת"א (ת"א) 113/56 בן-גוריון נ' אפלבוים, פ"מ יד 307, 330.

מכוננים נגדו, פנה במכתב מעל דפי העיתונות אל חברי שורת המתגוררים בכתבו: "... מתוך צירוף הדברים הנ"ל, משתמע כאילו במילוי תפקידי במשטרה נהגתי בפרוטקציה והעדפה... אני דורש מכם לענות לי ברורות וגלויות, אם בחוברת שלכם אתם באים להאשים אותי... אם תגידו זאת ברורות, אחבע אתכם למשפט על הוצאת דיבה..." חברי שורת המתגוררים השיבו אף הם במכתב גלוי⁴ ובו אישרו מחדש, בכל תוקף, את כל העובדות שנקבעו בחוברת.

בתאריך 17.1.1956, הגיש ע' בן-גוריון תביעת-דיבה כנגד שורת המתגוררים, בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב. ע' בן-גוריון טען בפרשת התביעה, כי הוצאה דיבתו רעה בכך, שנטען על-ידי "השורה" שלא כדן, כי השתמש בסמכותו הציבורית כסגן המפקח לסגור תיק פלילי (תיק אירסו), בו היה מעורב ידידו ירקוני, שלא מתוך שיקולים הוגנים; גרס לכן שייודע לירקוני כי מתקיים נגדו בירור סודי במשטרה; הפגין בפומבי ידידות לירקוני על-אף החשד הכבד כנגדו; השפיע השפעה בלתי הוגנת על החקירה המשטרתית; נכנס לשותפות עיסקית עם ירקוני ואחרים בידיעה ברורה שעל-ידי שותפותו, ייהנו ירקוני והשותפים האחרים הנאה עסקית עקיפה, וכי בהופעותיו בפומבי עם מר ירקוני העניק לו גושפנקא מוסרית על-מנת להשפיע על החקירה. מנגד נכתב בכתב ההגנה של השורה, כי: "היתה זו זכותה וחובתה של 'השורה' להביע את דעתה בכנות ובתום-לב בדבר התנהגותו של פקיד ממשלתי גבוה, הנושא עמדה ציבורית רמה, ובדבר אופיו האישי, כפי שהוא מתבטא בהתנהגותו. הבעת דעה זו נעשתה להגנת הזכויות והאינטרסים של ציבור אזרחי המדינה". עוד נכתב שם: "חובה יתרה נודעה ל'שורה' לפרסם את הפרסומים שפורסמו לאור מעמדו של ע' בן-גוריון המתבטא לא בתפקידו בלבד. עמוס בן-גוריון נהנה, בין היתר מתמיכה יוצאת מן הכלל של מר יחזקאל סהר, המפקח הכללי של משטרת-ישראל, המזכה אותו במעין חסינות, אשר במהלך התחקיר והגנתו של הדברים אין הוא זכאי לה..." חובתה של "השורה" להיזקק לדרך של פרסום החוברת בכללותה נבעה, בין היתר, מן המציאות שבה נתקלה "השורה", שהתבטאה בהימנעותם של המשטרה ומשרד המשפטים מלנקוט בצעדים כלפי אישים שונים, אשר היה חומר מספיק, לכאורה, על-מנת לפעול נגדם — ופרוטקציה, אפילו מידת איפה ואיפה והעדפה בלתי הוגנת של אינטרסים מוגנים על שיקולים ענייניים וצודקים במוסדות רשמיים שונים.⁵ וכך תומצתו משפטית טענות ההגנה של "השורה": בדברים שפורסמו אין משום הוצאת שם-רע, תוכן הדברים שפורסמו הוא אמת.⁶ במידה והפרסומים כללו ביקורת, הרי זו ביקורת הוגנת שיש בה הבעת דעה בתום-לב על התנהגותו של אדם בענייני ציבור,⁷ ולחילופי חילופין נטען, כי בנסיבות העניין, קיים היתר מותנה לפרסם את הדברים שפורסמו, באשר היתה זאת

4. שם, בע' 317.

5. המכתב התפרסם בעיתון "דבר" מיום 16.1.56. נוסח המכתב הובא במלואו בפסק-הדין של בית-המשפט המחוזי, לעיל הערה 3, בע' 318–320.

6. טענת ההגנה "אמת דיברתי", הקבוצה כיום בסעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.

7. הגנה מפני פרסום דיבה, אשר היתה קבוצה בסעיף 20(ג) לפקדת הנויקן האזרחיים 1944 (הגנת הביקורת ההוגנת). כיום קבוצה הגנה דומה בסעיף 15(3) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.

חובתם המוסרית והציבורית להודיע על הדברים לציבור הישראלי על כל שכבותיו והדבר נעשה מתוך תום-לב והכרת מילוי חובה⁸.

לאחר משפט, שארך כשנה וחצי, זכה בסופו של דבר ע' בן-גוריון בתביעת הדיבה כנגד "השורה" וזו חויבה בפיצויים בסכום נכבד. בית-המשפט המחוזי קבע, כי "השורה" כשלה מלהוכיח את טענת הצידוק – "אמת דיברנו", בשלושה עניינים: ראשית – לא הוכח, כי ע' בן-גוריון היה מעורב באופן פעיל בסגירת תיק אירס"ו (על-אף כי הוכיחו שהתיק נסגר שלא כשורה). שנית – לא הוכח, כי ע' בן-גוריון הפגין ידידות כלפי ישעיהו ירקוני בידועו שהוא חשוד בעבירות, מעשה שהוא פסול כשלעצמו. שלישית – לא הוכח, כי ע' בן-גוריון נתן גושפנקא מוסרית לירקוני, כדי להשפיע על החוקרים להעניק לירקוני העדפה ופרוטקציה בטיפול בחקירה בה היה מעורב. גם שאר טענות ההגנה של "השורה" נדחו.

לאחר ערעורים על כמה החלטות ביניים⁹ במהלך המשפט, עירערה "שורת המתנדבים" על פסק-הדין הסופי לבית-המשפט העליון. בית-המשפט העליון, בפסק-דין¹⁰, ביטל את ממצאיו של בית-המשפט המחוזי בקשר לדיבה השלישית הנ"ל, ועל-אף כי שתי דיבות הושארו על כנן, היה בפסק-הדין של הערעור משום ניצחון ל-"שורה". בית-המשפט העליון קבע, כי: "אין ספק שהמערערים האמינו בתום-לב בנכונות העובדות שפורסמו על-ידם בחוברת ... עוד התברר מן העדויות, שלפני הפירסום, אספו המערערים ידיעות מפורטות על העובדות שפורסמו על-ידם, והם גם הצליחו להוכיח במשפט את רוב רובן של העובדות הללו, גם בעניין תיק אירס"ו, וגם בפרשת (חברת) כורים. רק את הפרט אם המשיב (ע' בן-גוריון – י.ר.) ידע, כי ירקוני חשוד בעניין אירס"ו, לא הצליחו המערערים להוכיח"¹¹. עם זאת, קיבל בית-המשפט את קביעתו של בית-המשפט המחוזי, כי יסודות ההגינות שבגישת הנתבעים לפרסומים אשר בהם הם רואים חלק ממערכתם לטוהר-המידות תובעת את הפחתת דמי הנזק¹². מנגד, מתח בית-המשפט העליון ביקורת נוקבת על ע' בן גוריון ויועציו המשפטיים, ועל כך כי עשו שימוש לא מוצדק בטענת חיסיון וזאת לצורך הסתרת מסמכים ותיקים מעיניהם של הנתבעים¹³ וכך אמר בית-המשפט העליון:

"לצערי עלי לומר שהמשיב, או יועציו, ניהלו את המשפט הזה בצורה הרחוקה מלהניח את הדעת, ולפליאה בעיני שבית-המשפט המחוזי עבר על-כך בשתיקה"¹⁴.

8. זוהי הגנה נוספת, אשר היתה קבועה בסעיף 20(א) לפקודת הנזיקין האזרחיים 1944. כיום קבועה הגנה דומה בסעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.
9. על חשיבותם ותורומתם של הערעורים על החלטות הביניים נעמד בהמשך. ראה להלן הערה 25, 26.
10. ע"א 256/57, 263/57 אפלבויס נ' בן-גוריון, פ"ד יד 1205.
11. שם, בע' 1256.
12. שם, בע' 1257.
13. שם, ע"א 256/57, 263/57.
14. שם, בע' 1262.

וכן:

"מערכה זו שהתנהלה באמצעים נפסדים מעל דפי העיתונות היתה כעין הקדמה לתכסיסי התביעה במשפט, שבהם אני רואה את עיקר החומרה. במשפט זה נעשה מאמץ נמרץ ועקבי להסתיר מעיני בית-המשפט את האמת על תוכן תיק אירס"ו. אלמלא נפתח תיק זה בחלקו בסופו של דבר, היה מאמץ זה מצליח ובית-המשפט היה פוסק את הדין תוך אי ידיעת העובדות, עליהן מעיד אותו תיק. כוונתי במיוחד לעובדה המרכזית שירקוני היה והינו חשוד בתיק אירס"ו — עובדה שהיתה ידועה יפה לאלה שעסקו בהכנת המשפט הזה מטעם המשיב¹⁵, אם גם נקבל את הגרסה שלמשיב עצמו נודעה האמת המלאה במהלך המשפט..."¹⁶.

ובמקום נוסף¹⁷:

"הכוונה האמיתית היתה אחת: להשתמש בנשק החד והמסוכן של חיסוי ראיות בבית-המשפט המופקד בידי פקידי הציבור כנאמני הציבור, למטרה הנפסדת של הסתרת האמת למטרותיה האנוכיות של התביעה בתביעה אורחית זו".

ביטול הדיבה השלישית והתנהגותם הפסולה במשפט של ע' בן-גוריון ובאיי-כוחו בעניין החסיין, עליו נעמוד בהמשך, הביאה להפחתה ניכרת בדמי הנוק (מסכום כולל של — 7,300 ל"י לסכום כולל של — 1,600 ל"י בלבד).

מפרשת "שורת המתנדבים" נולדה לה, זמן מועט לאחר מכן, פרשה נספחת נוספת. בית המשפט העליון, בפסק-דינו האמור, קבע כי מר"י סהר, מפכ"ל המשטרה, אשר העיד כעד עיקרי וראשי במשפט מטעמו של ע' בן גוריון, שיקר בעדותו במתכוון בנסותו להסתיר את העובדה, שהיתה ידועה לו, כי ירקוני היה חשוד בתיק אירס"ו¹⁸.

בשנת 1960 שימשה העדות שנתן סהר במשפט "השורה" עילה להגשת כתב-אישום נגדו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, בשלושה פירטי אישום בעבירה של מתן עדות שקר.

המפכ"ל סהר הורשע במשפטו בבית-המשפט המחוזי¹⁹, ונגזר עליו מאסר על-תנאי של תשעה חודשים למשך שנתיים וקנס כספי בסך 15,000 ל"י.

לאחר כך, עירער סהר על תוצאת משפטו לבית-המשפט העליון. בית-המשפט העליון דחה את הערעור על ההרשעה בכללותה וקיבל את הערעור לגבי שני פרטי אישום בלבד²⁰. הקנס הכספי הופחת מ- 15,000 ל"י ל- 5,000 ל"י בלבד.

שנים מספר לאחר הרשעתו בדין בשנת 1968, קיבל סהר, המפכ"ל לשעבר, חנינה מלאה, מידי הנשיא. החנינה המלאה שניתנה לאחר ריצוי העונש וללא מתן נימוקים

15. ביקורת מפורטת יותר ראה בפסק-הדין, שם.

16. שם, בע' 1263.

17. שם, בע' 1264.

18. שם, בע' 1232.

19. ת"פ 513/60 י.מ. נ' סהר, פ"מ כה 202.

20. ע"פ 20/61 סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו' 561.

עניינים, עוררה באותם ימים ביקורת ציבורית נוקבת ונטען שהיה מדובר ב"חנינה פרוטקציונרית"²¹.

להלן נבחר מספר בעיות משפטיות שעלו במהלך משפט "שורת המתנדבים", תוך ניסיון ליתן תשובות לשאלות, אותן הצבנו בראשית הרשימה.

ג. עיקרון יסוד למלחמה בשחיתות — פתיחות

המאבק לטוהר-מידות ומלחמה במעשי שחיתות של ממסד ובעלי תפקידים, הינו פעמים רבות, מאבק כנגד השלטון עצמו. במאבק זה יש צורך בפתיחות והיענות מצד גורמי הרשות והשלטון, שכן האינפורמציה נמצאת בידם וללא שיתוף-פעולה מצד אלה, מוצא עצמו הצד השני בנחיתות מכרעת ביכולתו להתגונן או להוכיח טענותיו. במישור זה, תרם פסק-הדין תרומה חשובה למשפט הישראלי.

בכתב ההגנה של שורת המתנדבים נאמר, כי "חובתם של הנתבעים להיזקק לדרך של פרסום החוברת בכללותה, נבעה, בין היתר, מן המציאות שבה נתקלה "השורה" שהתבטאה: ... בפרוטקציה, הפליה, מידת איפה ואיפה והעדפה בלתי הוגנת של אינטרסים מוגנים, על שיקולים ענייניים וצודקים, במוסדות רשמיים שונים"²². בתשובה על-כך, דרש בא-כוחו של עמוס בן-גוריון מאת חברי "השורה" להמציא לו דוגמאות ממשיות, המוכיחות את השיטה הפסולה. לאחר דין ודברים בבית-המשפט, הסכימו לכך חברי השורה והמציאו כשישים דוגמאות חיות כדי להוכיח את דבריהם. המפכ"ל של משטרת-ישראל י' סהר עלה על דוכן העדים, בין השאר, כדי לסתור את הדוגמאות הללו ובמשך יום וחצי העיד על מרבית הפרשיות, תוך שהוא ממציא לבית-המשפט מסמכים שונים השמורים בתיקי המשטרה. במהלך עדותו בבית-המשפט המחוזי, אמר המפכ"ל סהר את הדברים הבאים²³:

"הוצאתי את המסמכים שחשבתי שהם עשויים להגן על המשטרה ועל המשטר. אינני יודע אם יש מסמכים בתיקים אלה העשויים להוקיע את המשטרה.... החומר בהם עצום ואינני יודע מה בדיוק יש שם".

21. ד"ר אמנון רובינשטיין (כתוארו אז) כינה חנינה זו בשם "חנינה פרוטקציונרית" וקרא לרפורמה בדיני החנינה, לרבות קביעת חובה לפרסם כל חנינה בפומבי בצירוף הנימוקים, שהנחו את השר להמליץ על החנינה (א' רובינשטיין "חנינה פרוטקציונרית" הארץ 21.10.68; א' רובינשטיין "ובכל זאת פרוטקציה" הארץ 28.11.68). גם פרופ' דניאל פרידמן פירסם מאמר בהתייחס לחנינתו של המפכ"ל סהר כשלטענתו השימוש בסמכות החנינה צריך שיהיה כפוף למדיניות הידועה לציבור ולנימוקים ענייניים המתפרסמים ברבים (ד' פרידמן "חנינה — מתן בסתר?" הפרקליט כ"ה 118). וכן ראה דעה נוגדת: מ' בן זאב "על החנינה ליחזקאל סהר" הארץ 29.10.68; מ' בן זאב "על פומביות החנינה" הפרקליט כ"ה 368. וכן ראה: ב' טוקוביץ "על חנינה ורהביליטציה" הפרקליט כ"ה 121.

22. על קטע זה מכתב ההגנה ראה: משפט עמוס בן-גוריון נגד השורה (הוצאת שורת המתנדבים, ירושלים 1957) בע' 9-10. חוברת זו פורסמה במספר עותקים מצומצם. לצורך רשימה זו עשינו שימוש בעותק החוברת שמצוי בעזבונו של שמואל תמיר ז"ל.

23. המ' 51/57, 46/57 אליקים העצני ואח' נ' עמוס בן-גוריון, פ"ד יא 397, בע' 401.

מדבריו של המפכ"ל סהר השתמע, כי הוציא מהתיקים מסמכים לטובת המשטרה והמשטר בלבד, בסוכרו, כי המשטרה הינה צד למשפט. משמעות הדבר היתה, כי המפכ"ל הוא הפוסק האחרון בשאלה, איזה חומר טוב לבית-המשפט לבירור האמת. לשאלה שהופנתה אליו ברוח זו השיב סהר:

"אני מאמין שעמדתי במקרה הוגנת ואני זכאי להיות הפוסק האחרון".

כתגובה דרש בא-כוח "השורה", עו"ד שמואל תמיר ז"ל, את המצאת כל התיקים מהם נלקחו המסמכים האמורים. אולם, בית-המשפט המחוזי הוציא מתחת ידו החלטת ביניים הקובעת, שבירור הפרשיות הללו, שכנו "הפרשיות החיצוניות"²⁴, אינו נחוץ לעניין התביעה ועל-כן אין להתחשב בחומר שהוגש מטעם התביעה להפרכת הטענות של קיום יחס העדפה באותן דוגמאות ספציפיות. על החלטת ביניים זו של בית-המשפט המחוזי, הגיש בא-כוח "השורה" בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון²⁵, אך זו נדחתה. בנוסף לעשרות התיקים של "הפרשיות החיצוניות" אשר נמצאו על-ידי בית-המשפט כלא רלוונטיים, נתבקש המפקח הכללי של המשטרה במהלך עדותו, להמציא לידי "השורה" מסמכים ותיקים מסוימים נוספים שהיו ברשותו. המדובר היה בתיקי "אירס"ו" בהם נחשד ישעיהו ירקוני ידידו של ע' בן-גוריון, בתיק האישי של ירקוני עצמו ובתיקו האישי במשטרה של עמוס בן-גוריון. אולם, המפקח הכללי ובאי כוחו של עמוס בן-גוריון התנגדו לבקשה מטעמים של "טובת-הציבור". הפעם היה ברור, כי החומר אותו מבקשים אנשי "השורה" להביא בפני בית-המשפט עשוי להכיל חומר היכול לשמש כהוכחה בבירור השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין. למרות זאת, דחה בית-המשפט המחוזי את בקשותיהם החוזרות ונשנות של באי כוח "השורה" להצגת התיקים בבית-המשפט מטעמים של "טובת-הציבור" בסוכרו, כי בעניינים של "טובת-הציבור" — כמו בעניין הנוגע לביטחון או ליחסי-חורן — ההכרעה היא, על-פי ההלכה, בידי המנהל. על-כן, התנגדות המנהל (השר) לגילוי ראיה, היא סוף פסוק עבור בית-המשפט. הפעם נתן בית-המשפט העליון רשות לערער על החלטות אלה של בית-המשפט המחוזי²⁶. בערעור התייצב היועץ המשפטי לממשלה לצידם של פרקליטי עמוס בן-גוריון וטענתו העיקרית היתה "שחיקי משטרה חסויים לחלוטין נגד גילוי בבית-משפט, מפני היותם סודיים מטבע ברייתם... והוא תובע חסינות לתיק המשטרה, יהיו אשר יהיו המסמכים הנמצאים בו"²⁷.

בית-המשפט העליון, בפסק-דין מהפכני²⁸, מנתח את סוגיית החיסיון מטעמי

24. עוד לעניין "הפרשות החיצוניות" וכן לעניין נאומו של פרקליט השורה עו"ד תמיר, עם החלטת בית-המשפט המחוזי שלא להרשות את הוכחת "הפרשיות החיצוניות", ראה לעיל הערה 22, בע' 9-11.

25. המ' 46/57, לעיל הערה 23. עוד על עניין זה וכן על קביעות נוספות בפסק-הדין, הקשורות לענף סדרי הדין האזרחי ראה: י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שישית, ש' לוינ' עורך, 1991) בע' 133, 317, 358, 458-461, 758-759.

26. ע"א 65/57 אליקים העזני ואח' נ' עמוס בן-גוריון, פ"ד יא 403 (להלן: עניין "העזני").

27. שם, בע' 414.

28. ע"א 65/57, לעיל הערה 26.

טובת-הציבור, והופך על-פיה את קביעתו של בית-המשפט המחוזי. בית-המשפט המחוזי היה סבור כי התנגדות המנהל למסירת ראייה הינה סופית ומחייבת את בתי-המשפט, כאשר גילוי הראייה החסויה עלול לפגוע באחד מאלה: (1) ענייני בטחון המדינה, (2) ענייני יחסי-חוך, (3) עניין בעל אינטרס ציבורי חשוב אחר. דעה זו התבססה על ההלכה האנגלית של בית-הלורדים בפרשת *Duncan*²⁹. הלכת *Duncan* אומצה על-ידי בית-המשפט העליון בפרשה אחרת³⁰ בנוגע לענייני ביטחון, ברם בעניינים ציבוריים שאינם נוגעים לענייני ביטחון או יחסי-חוך, לא אומצה ההלכה האנגלית. בית-המשפט העליון קבע, כי:

"שגו השופטים המלומדים בבית-המשפט המחוזי בסברתם שפסק-הדין האנגלי אומץ על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק במדינתנו"³¹.

וכן, כי:

"לא היינו חייבים לקבל את ההלכה הזאת (הלכת *Duncan* — י.ר.), כי היא סותרת את עקרונות היסוד של המבנה החוקתי של מדינתנו"³².

השופט לנדוי, אשר כתב את פסק-הדין בערעור, סוקר ומנתח את כל סוגיית דיני החיסיון בארץ, לרבות הילכת *Duncan* האנגלית, דעות מלומדים, והלכות חיסיון במדינות שונות של המשפט המקובל באותה עת³³. בית-המשפט דוחה את אימוצה הגורף של הלכת *Duncan* ואת דיני החיסיון האנגליים, שמקורם בזכות הפרורוגטיבה של הכתר³⁴,

29. *Duncan. v. Cammell Laird & Co L.T.D* [1942] 1 All. E.R. 587.

בנסיבות העניין דובר בתשעים ושבעה אנשים שנספו בתוך צוללת לאחר שלא הצליחה לעלות על פני הים. אלמנת אחד הנספים תבעה פיצויים בנוזיקין מהחברה הפרטית שבנתה את הצוללת. מטעמי ביטחון והגנה על אינטרס הציבור דחה הכתר בקשה במהלך המשפט להמצאת דיאגרמות של הצוללת. ההתנגדות נתקבלה על דעת כל חברי בית-הלורדים אשר קבעו, כי בית-המשפט חייב לקבל כמכרעת את התנגדותו של השר ואין בית-המשפט רשאי לעיין בעצמו במסמך כדי להיווכח אם ההתנגדות מוצדקת. נפסק כי התנגדותו של השר תתקבל כאשר הוא מאשר שהגילוי עלול לפגוע בהגנת המדינה או ביחסים דיפלומטיים טובים או כאשר הנוהג לשמור סוג מסמכים בסוד הינו דרוש לשם פעולתו התקינה של השרות הציבורי. על התפתחות הלכה זו בארץ ראה: א' הרנון "ארבעים שנה לסדר הדין ודיני הראיות במשפטים פליליים" משפטים יט (תש"ן) 705–707; 703, א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת-ישראל (מהדורה רביעית מורחבת תשנ"א) 7–68; א' הרנון דיני ראיות (תשל"ז, כרך ב) 76–5.

30. בבג"צ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534.

31. עניין העצני, לעיל הערה 26, בע' 407. נדגיש, כי השקפה זו של בית-המשפט המחוזי, כי גם בהקשר של "עניינים ציבוריים" כאמור, ההכרעה היא בידי המנהל והתנגדות השר לגילוי ראייה היא סוף פסוק, היתה הנחה רווחת. גם משרד המשפטים ראה הסדר כזה כפתרון נאות, כפי שצוין בהצעת חוק הראיות מתשי"ג סעיף 92. (ראה: הרנון בספרו, לעיל הערה 29, בע' 76).

32. עניין העצני, לעיל הערה 26, בע' 410.

33. עניין העצני, לעיל הערה 26. לעניין ההלכה בסקוטלנד שם בע' 410, לעניין ההלכה בקנדה, שם בע' 411, ולגבי ההלכה בארה"ב, שם בע' 413. לעניין הלכות עדכניות יותר בנושא דיני החיסיון ראה: רובינשטיין, לעיל הערה 29, בע' 606–609.

34. עניין העצני, לעיל הערה 26, בע' 408–409. פרורוגטיבה, קרי: סמכויות שלא על-פי חוק

בצטטו את השופט אגרנט מפרשה אחרת³⁵:

"למותר לנו להטעים כי השקפה זו אין לה מקום במדינת-ישראל אשר השלטון בה אינו מושתת על עקרונות שיסודם בפרוגטיבה מלכותית איזו שהיא".

בית-המשפט העליון קובע וכאן החידוש, כי:

"... סמכות ההחלטה הסופית על-כך, אם ראייה מסוימת צריכה להתגלות בבית-המשפט, חייבת להישמר בידי בית-המשפט עצמו חוץ מהמקרים בהם נדרש החיסיון מטעמי ביטחון המדינה וכפי הנראה גם מטעמים הנעוצים ביחסייה הבינלאומיים של המדינה"³⁶.

יוצא מכאן, כי חשיפת הראיות מן הסוג של בטחון המדינה או יחסי-חוץ, תלויה בשיקול-דעתו המוחלט של השר האחראי בדבר ותעודה החתומה בחתימת השר תהווה ראייה מכרעת לדרישת החיסיון. אך מנגד, החיסיון הכרוך בסוג העניינים של "טובת-הציבור" נתון לסמכות החלטתו של בית-המשפט עצמו שפעמים, על-מנת להחליט, יבדוק קודם כל את טיב הראייה, אף שיעשה זאת בדרך כלל שלא בנוכחות בעלי-הדין, כולם או מקצתם. עם זאת נקבע, כי:

"אין זאת אומרת שבית-המשפט יבקש בכל מקרה לעיין בעצמו בחומר שבשבילו נדרש החיסיון כדי לעמוד על טיבו ועל מידת הצורך שלא לגלותו ... בוודאי ישנם סוגי עניינים בהם יסרב בית-המשפט, על-פי יזמתו הוא לקבל חומר ראיות, מפני שהצורך לשמור אותו בסוד מטעמים של טובת-הציבור מובן מאליו בהתחשב עם סוג החומר, אף בלי בדיקה נוספת"³⁷.

בית-המשפט, בהחלטתו, נוטל לעצמו את הסמכות ומעמיד ביקורת שיפוטית על שיקול-הדעת של הרשות (בהוצאת תעודת חיסיון מן הטעם שבפגיעה באינטרס ציבורי חיוני) גם כאשר שיקול-הדעת המוחלט מצוי לכאורה אצל הרשות. בעניין זה דומה פסק-הדין לפסק-הדין המפורסם בעניין "קול העם"³⁸ שנפסק שנים ספורות לפני-כן. גם שם, נטל לעצמו בית-המשפט את הסמכות לביקורת שיפוטית על סמכותו של שר הפנים, להפסיק פירסומו של עיתון מכוח פקודת העיתונות³⁹. בענייננו,

מפורש. ראה להרחבה בעניין זה: רובינשטיין, לעיל הערה 29, מע' 583 ואילך (ובמיוחד ראה לעניין דיני החיסיון ע' 606–611) וכן ב' אקצין "על הפרוגטיבה במדינת ישראל" הפרקליט ז (תש"י) 566.

35. בג"צ 147/50 צינדר נ' ראש אגף החקירות של המשטרה בת"א, פ"ד ה' 509, 518.

36. עניין העצני, לעיל הערה 26, בע' 412.

37. שם.

38. בג"צ 73/53 חב' קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז' 871.

39. סעיף 2(19) לפק' העיתונות. נציין, כי ההחלטה בעניין "קול העם" מתייחסת לביקורת שיפוטית על סמכותו המוחלטת של שר הפנים הקבועה בהוראה סטטוטורית ואילו כאן מדובר בסמכות מוחלטת של שר על-פי ההלכה הפסוקה.

כמו גם בפרשת "קול העם", מבסס בית-המשפט את החלטתו על נימוקים קונסטיטוציוניים בדבר עקרונות היסוד החוקתיים של מדינת-ישראל⁴⁰.

בית-המשפט החליט להחזיר את העניין לבית-המשפט המחוזי כדי שיחליט בעניין החיסיון, לאחר שיעיין בתיקים הנידונים שלא בנוכחות הצדדים⁴¹. בית-המשפט המחוזי עיין בחומר לאור ההנחיות של בית-המשפט העליון והגיע למסקנה, שגילוי חלק ניכר מן המסמכים, לא יפגע בטובת-הציבור ולכן הורה להציגם במשפט.

הלכה זו של בית-המשפט העליון הרימה תרומה לאפשרותו של אורח להתגונן בפני טענת החיסיון של הרשות⁴².

ההלכה הליברלית והחדשנית⁴³ של השופט לנרדי, הניעה לבסוף גם את גלגלי החקיקה ובמפנה חקיקתי, כעשר שנים מאוחר יותר, אומצה ההלכה על-ידי הכנסת בחוק לתיקון דיני הראיות משנת 1968⁴⁴. בדברי ההסבר להצעת החוק⁴⁵ הוצע במפורש לאמץ את ההלכה שנפסקה בעניין "העצני". אולם, הכנסת הפתיעה ובצעד חסר תקדים שצמצם באופן ניכר את היקף החיסיון, נקבע בחוק עצמו (בתיקון), כי גם בענייני ביטחון ויחסי-חוץ, הפוסק האחרון הינו בית-המשפט ולא השר וזהו הדין הקיים עד היום.

40. עניין העצני, לעיל הערה 32, על מקומם של עקרונות היסוד החוקתיים, וכן לגבי ההיבט הענייני והשיטתי בפרשת "קול העם" ראה: א' ברק, הנשיא אגרנט: "קול העם" — קולו של העם, גבורות לשמרון אגרנט 129 וכן רובינשטיין, לעיל הערה 29, בע' 715–719, 728–732.

41. עניין העצני, לעיל הערה 26, בע' 413, 416.

42. פסק-דין זה בעניין "העצני", לעיל הערה 26, צוטט בבית-הדין הרבני תוך השוואה לדין האנגלי, ראה: תיק 5637/כ"א פד"ר ה' 132. שם, דובר בטענת חיסיון למסמכים צה"ליים מטעמי טובת-הציבור, אגב משפט גירושין. בית-הדין בהתאם להלכה עיין בחומר וקבע, כי הצורך בגילוי הראיה גובר על החשש לפגיעה בצבא. החלטתו של בית-הדין הרבני הסתמכה על המשפט העברי, אך תאמה גם את ההלכה שקבע בית-המשפט העליון בעניין "העצני". על-כך ראה: א' הרנון "החובה להעיד וראיות חסויות בבית-דין רבני" הפרקליט כא (תשכ"ה) 283; פ' דיקן דיקשטיין "הקבלה בין דיני תורה לבין הפסיקה האנגלית" מבחר מונוגרפיות מחקרים ומאמרים (יצחק אורן עורך, תשל"ה) 147–150.

43. בפוסקי כאמור, הקדים בית-המשפט העליון הישראלי את בית-הלורדים האנגלי בכ" 11 שנה. רק בשנת 1968 בפסק-הדין: [1968] 1 All.E.R. 874; [1968] A.C. 1910; *Conway v. Rimmer* החליט בית-הלורדים פה אחד להפוך את ההלכה שנקבעה בעניין *Duncan* בשנת 1942 וקבע, כי לבית-המשפט תהיה שמורה הזכות לשקול לאחר עיון בחומר אם מוצדקת — טענת החיסיון של הרשות. וכן ראה: הרנון (בספרו), לעיל הערה 29, בע' 81.

44. סעיף 5 א' לפקודת העדות שהוסף בתשכ"ה, ס"ח תשכ"ח, 192. וכיום: סעיפים 44–46 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א 1971 נ"ח 18 (התשל"א) 421. לעניין תיקון החוק ראה: י' רובין "התוק לתיקון דיני הראיות — 1968", משפטים א (תשכ"ח) 463; א' הרנון "היש מקום למהפכה בדיני הראיות?" משפטים יב (תשמ"ב) 575; א' הרנון "ארבעים שנה לסדר הדין ודיני הראיות במשפטים פלייט" משפטים יט (תש"ן) 703; י' קדמי על הראיות (מהדורה משולבת ומעודכנת תשנ"א, כרך ב) 490–492; by state; E. Harnon "Evidence excluded by interest" 3 ISR L.REV (1968) 387.

45. ה"ח תשכ"ז 182.

ד. סייגים במאבק ל"טוהר-המידות"

לצורך מאבקה למען טוהר המידות השתמשה "שורת המתנדבים" בזכות-היסוד לחופש-ביטוי ופרסום. אולם, כנגד החרות של אדם לחופש-הביטוי, קמה זכותו של אחר לשמו הטוב. מתח זה שבין שמו הטוב של האחד לבין חופש-הביטוי של האחר, מוצא את ביטוי בפסקי-הדין בפרשה. לעניין זה מתאר בית-המשפט המחוזי במילים קשות את התנהגותה של "השורה" במשפט בציינו⁴⁶:

"קנאתם הכתה אותם בסנוורים ונסחפו בדרך פסולה של הקרבת זכויות הפרט על מזבח טובת הכלל..."

בית-המשפט העליון, בהתייחסו לדברים קבע כי לא היה מקום לביקורת הקשה מצד בית-המשפט המחוזי על חברי "השורה"⁴⁷.

עם זאת, מציין בית-המשפט העליון, כי אנשי "השורה" רשאים היו לפרסם בכתב כרזונם עובדות נכונות על התנהגותם של פקידי ציבור ולמתוח ביקורת הוגנת, אך משנכשלו בפרסום עובדה לא נכונה, קמה להם האחריות בנזיקין⁴⁸.

יוצא, כי במאבק ציבורי כנגד השלטון, אף שנעשה בתום-לב ולצורך מטרה נעלה כטוהר-מידות, אין להשתמש בזכות אחת כדי לפגוע באחרת. לשון אחר: שימוש בחופש-הביטוי אינו מצדיק פגיעה בשמו הטוב של האדם (הוצאת דיבה). פרשה זו הינה אחת הראשונות אשר בהן נדרש בית-המשפט לבעית ההתנגשות בין חופש-הביטוי וזכותו של אדם לשם טוב.

התנגשות זו, בין שני האינטרסים והאיזון העדין הנדרש מבית-המשפט, הגיע לשיאו בפסקי-דין מאוחרים יותר, שבהם ניתן להבחין בין שתי גישות בשאלה המפורשת מהו האיזון הדרוש בין חופש-הביטוי, לבין הזכות לשם טוב של נושא משרה ציבורית? הראשונה — דעת הרוב של השופט לנדוי בפסקי-הדין בפרשת חברת החשמל נ' הארץ⁴⁹ הסבור, כי את חופש-הביטוי יש להציב באותה רמת איזון עם הזכות לשם טוב (עפ"י שיטת האיזון שהתוותה ב"קול העם"). וכך הוא גורס שם⁵⁰:

"לא דירוג אנכי של זכות על כנגד זכות סתם, אלא תיחום אופקי של זכויות בעלות מעמד שווה... מכאן שיש לפרש את הכתובה על ספר (הזכות לשם טוב) כפשוטה לפי כוונת המחוקק בלי להעמיד מעליה זכות שאינה כתובה על ספר (הזכות לחופש-הביטוי)".

46. ת"א (ת"א) 113/56, לעיל הערה 3, בע' 381.

47. ע"א 263/57, לעיל הערה 10, בע' 1256.

48. שם, בע' 1252.

49. ד"נ 9/77 חברת החשמל נ' הארץ, פ"ד לב (3) 337.

50. שם, בע' 343.

ובהמשך⁵¹:

"עומדת כאן חירות האזרח מול זכות האזרח, דהיינו חירותו להשמיע את אשר עם ליבו ולשמוע את מה שיש לאחרים להשמיע, נגד זכותו שלא להיפגע בכבודו ובשמו הטוב, ואם בכלל יש מקום לדירוג בין השניים הייתי מעמיד את הזכות מעל החירות".

הגישה השנייה — דעתו של השופט שמגר בפרשת חברת חשמל נ' הארץ, שם הוא גורס, כי יש לתת לחופש הביטוי "מעמד על-משפטי" (עד כמה שניתן לישיב זאת עם לשון החוק) בנוסחת איוון האינטרסים, שכן מתן האפשרות וההזדמנות להשמעת ביקורת מדינית חברתית ואחרת על פועלו של השלטון הוא עיקר שאין בלעדיו לקיים ממשל דמוקרטי תקין. אל דעה זו מצטרף גם השופט ברק בפרשת אבנרי נ' שפירא⁵² שם הוא גורס, כי באיוון בין שני הערכים, שם-טוב וחופש הביטוי, יש ליתן משקל מיוחד לערך בדבר חופש הביטוי, בעיקר בכל הנוגע לחופש הביטוי הנוגע לענייני הציבור ולגופים ולאנשים הנושאים משרות ציבוריות או שהם בתפקידים של ציבור עניין בהם. על אלה להיות ערוכים לספיגת ביקורת רבה יותר כלפיהם מאשר אדם מן השורה שכן לאיש הציבור כלים, ידע ונגישות לאמצעי התקשורת ובידו הכוח, יותר מאשר בידי איש פרטי, להגן כראוי על שמו הטוב⁵³.

עולה מן המקובץ, כי שמירה על שמו הטוב של האדם סייג הוא לחופש הביטוי אולם מגמתם של השופט ברק והנשיא שמגר יש בה משום צעד נוסף קדימה בהגנה על חופש הביטוי ועל זכות הציבור לדעת, וכן לביקורת ציבורית על אנשי ציבור למען "טוהר-מידות".

ה. השינוי שחל בכלים המשפטיים במאבק ל"טוהר-המידות"

"שורת המתנדבים", במאבקה לחשיפת שחיתויות, שקדה לאסוף אינפורמציה בנושאים אלה מפקידי ציבור ומשרדים ממשלתיים.

במהלך עדותו במשפט, סירב א' העצני לחשוף את זהותם של הגורמים שמסרו לו את האינפורמציה בטענה, כי עומדת לו הזכות המגיעה לכל עיתונאי שלא לחשוף מקורות אינפורמציה⁵⁴. בית-המשפט המחוזי פסק, כי להעצני אין זכות שלא לגלות את מקורות האינפורמציה שלו בחקירה הנגדית, ועל-כך נידון לשבעה ימי מאסר בשל בזיון בית-משפט⁵⁵.

51. שם, שם.

52. ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840.

53. ראה גם ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו (5) 555, בע' 571 (דעתו של השופט שמגר).

54. טענתו של העצני במהלך עדותו, כי עומדת לו זכותו של עיתונאי (כמפרסם החוברת), עולה מפרוטוקול המשפט אך לא מופיעה במפורש בפסקי הדין. קטע זה ניתן לי על-ידי עו"ד יוסף תמיר ולו תודה.

55. ע"א 263/57, לעיל הערה 10, בע' 1238. נציין, כי העצני לא היה עיתונאי במונח המקובל של המילה.

בזמן המשפט, וכן בשנים שלאחר מכן, לא היתה עדיין מוכרת בדין הזכות של עיתונאי שלא לחשוף את מקורות האינפורמציה שברשותו. האינטרס הציבורי שלא לחייב את כלי התקשורת למסור מקורות אינפורמציה, לא היה מושרש דיו באותן שנים. כיום, מקובלת על הכל הגישה, כי סוגיית ה"חיסיון העיתונאי" מבוססת על הנחה מוצקה שגילוי מקורות מידע על-ידי עיתונאים תביא ל"יבוש המקורות". "יבוש המקורות" העיתונאיים ימנע מהציבור את "הזכות לדעת" (וכך הוא הדבר גם בעניינים של שחיתויות ומאבק לטוהר-מידות) ויפגע בצינור הזרימה השוטפת של מידע עיתונאי שבלעדיו לא תיתכן חברה חופשית⁵⁶.

זכותו של העיתונאי לחיסיון מקורות המידע שלו יונקת מעיקרון חופש-הביטוי ומהווה, על כן, נדבך חשוב במערכת הזכויות והחירויות עליהן מושתת משטרנו הדמוקרטי.

כיום, לאחר פסק-הדין הנודע בעניין "ציטריין"⁵⁷, שנפסק בשלהי שנות השמונים, הוכרה לבסוף זכותו של עד-עיתונאי, שלא לגלות את מקורות המידע שלו. חיסיון זה אינו החלטי, אלא יחסי והוא כפוף לשיקול-דעתו של בית-המשפט, אשר יכול להורות על מתן תשובה לשאלה ואם הורה כך בית-המשפט כאמור, הרי חייב העד להשיב. לאור פסק-דין "ציטריין", הלכה פסוקה היא, כי אין להצר את תחומה של זכות-היסוד האמורה, ככל שהדבר מתייחס למקורות מידע, אלא אם הדבר רלוונטי להליכים ואם לדעת בית-המשפט חיוני הדבר לשם משפט צדק בנושא המהותי, שכן ההגנה על מקורות מידע, אינה צריכה להתבטל בשל טעמים שמשקלם אינו רב. כיום, הודות לחיסיון, עומד לעיתונאי⁵⁸ המפרסם, כלי משפטי חזק ומשמעותי במאבקו לחשיפת שחיתויות לטוהר-מידות ולתיקון השלטון.

ו. סיכום

כאמור, היתה "שורת המתנדבים" תופעה ייחודית בדרך הקמתה (מתוך הממסד), בדרך פעולתה ובדרך שבה מצאה את סופה. מאז הפרשה השתנה כליל האקלים החברתי והמשפטי בארץ. ברשימה זו ניסינו לעמוד על שלושה מישורים אשר מצאו את ביטויים בפרשה ואשר לא חדלו להתפתח כאמור בשנים לאחר מכן. ואלה הם השלושה בסיכום: א. פתיחות מצד גורמי השלטון — צמצום יכולתה של הרשות להסתיר מידע במהלך

56. ראה: "רוטשנשטרייך" מקור גלוי או מעיין חתום? לשאלת מחויבותו של עיתונאי לחשוף מקורות מידע" עיוני משפט ח (תשמ"א) 245; רובינשטיין, לעיל הערה 29, בע' 767-769.

57. ב"ש 368, 298/86 ציטריין ואח' נ' בית-הדין המשמעתי של לשכת עורכי-הדין במחוז ת"א, פ"ד מא (2) 337.

58. שאלה פתוחה היא, מהו הדין, כאשר המפרסם איננו עיתונאי במקצועו, אלא אדם מן השורה אשר זהו לו פרסום חד-פעמי בעיתון או ספר. דעתי היא, שיש לבחון את הפרסום על-פי מהותו. לא אופי המפרסם כי אם אופי הפרסום. פרסום בעל חשיבות ציבורית ואופי עיתונאי, המשרת את רעיון "זכות הציבור לדעת", צריך לזכות את כותבו באותו חיסיון. מה גם, שמקצוע העיתונאי לא יחד בחוק (כמו למשל מקצוע עריכת הדין) ופרסומים רבים נכתבים שלא על ידי עיתונאים "בעלי תעודה".

- הליך שיפוטי, על-ידי צמצום היקף החיסיון של הרשות והפיכתו ממוחלט ליחסי (העמדת ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות בהוצאת תעודת החיסיון).
- ב. גבולותיו וסייגיו של המאבק לטוהר-מידות — ביסוס נרחב ניתן כיום לחופש-הביטוי וכן לזכות הציבור לדעת, אך את אלה יש לאזן כנגד זכותו של אדם לשם-טוב. האיוון העדין בין השניים מצוי בחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה — 1965, וכן בפסיקה עניפה.
- ג. שינויים בכלים המשפטיים המסייעים במאבק לטוהר-מידות — מאז הפרשה התבסס חופש העיתונות וניתנה הכרה בדין לחיסיון-עיתונאי (אם כי גם זה הינו חיסיון יחסי, הנתון לביקורת בית-המשפט).
- בשנים האחרונות, מאז פרשת "שורת המתנדבים", נטלו גופים אחרים את התפקיד של מבקרי השלטון. בג"צ, כלב השמירה של הדמוקרטיה ומגן שלטון החוק, פתח את שערו לעתירות בעלות אופי ציבורי וחוקתי. כיום יכיר בג"צ במעמדו של "עותר ציבורי", שאין בידו להצביע על אינטרס אישי שנפגע, שעה שהוא מצביע על עניין בעל חשיבות ציבורית מיוחדת⁵⁹. בג"צ הפך, אט אט, לכלי יעיל למלחמה בשחיתות בידיהם של אזרחים וגופים פרטיים. כך קמו גם ארגונים פרטיים העוסקים במשימות לתיקון פני החברה והמשטר כגון עמותת "אמיתי", "התנועה לאיכות השלטון", ו"האגודה לזכויות האזרח בישראל". גופים אלה עושים לעתים קרובות שימוש בכלי היעיל של פניה לבג"צ.
- כמו-כן, רבו בשנים האחרונות השפעתם ומשקלם הסגולי של כלי התקשורת, בין מודפסים ובין אלקטרוניים, בעיצוב דעת הקהל. העיתונות והתקשורת עוסקות דרך קבע בביקורת השלטון וחלקן רב בחשיפת פרשיות שחיתות ופרשיות פליליות בהן מעורבים אנשי ציבור. כל אלו תפקידים אשר לפני שנים ניסתה שורת המתנדבים לקבל על עצמה ועל-אף כשלונה נמצאנו נשכרים. פסק-הדין ב"עניין השורה" משמש ציון דרך באותן התפתחויות וחשיבותו, על-כן, לא הועמה עם השנים.

59. ראה בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, בע' 457–469 ופסקי הדין המובאים שם.

מונח לטיני

Jus Naturale

ד"ר מאיר מינרבי*

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit

(D. 1,1,1,3)

(המשפט הטבעי הוא זה שבו מנחה הטבע את כל הבריות).

החיפוש אחרי יסוד רעיוני של המשפט הינו אתגר הממריץ לא רק את המשפטנים, אלא גם את המצפון של כל אדם. ואמנם, צורך טבעי של המין האנושי הוא לנסות לשחרר, עד כמה שאפשר, את הנורמות של החיים החברתיים מהשפעתן המשתנה של הנסיבות, לתת להן מגן מפני שרירות הלב והתועלתיות של הרגע החולף ואפילו לצופפן תחת חסות ערך עליון.

הטענה שהמשפט הינו, לפי מהותו, פוזיטיבי בלבד, טרם הוכחה ואיננה ניתנת להוכחה. אפשר רק להאמין בכך, כדוגמת פילוסופיה חולפת. גם בזמננו אנו, כשהתפיסות הפוזיטיביות והמטריאליסטיות מושלות בכיפה, הורגש הצורך למצוא יסוד לא רק לגליסטי למשפט. מי שרצו לגבור על העיקרון המטפיסי של הרעיונות הטבועים מלידה או של השכל המוחלט, חיפשו אפילו יסוד "ביולוגי" לנטיעות המוסריות, בהחשיבם תורשתיות ואינסטינקטיביות. חלקם אף הציעו ברצינות למקם את הרגשות המשפטיים היסודיים בחלקים מסוימים במוח.

עד כמה שיכולות תאוריות אלה להיראות דמיוניות, מוכיחות הן כי בעית היסוד המוצק של המשפט, מחוץ לנורמה הפוזיטיבית, היא בעיה שבכל זמן תובעת את פתרונה, פיתרון שישביע את שאיפת האנושות לצדק.

האמור לעיל נכון גם לגבי המשפט הרומי, אשר במשך כל תולדותיו לא השאיר שאלה זו ללא תשובה, אם כי שונים היו הפתרונות בתקופות שונות.

חוקרי המשפט הרומי לא טרחו, בדרך כלל, להתעמק בהיבט זה כראוי והיום נפוצה הדעה שהמשפט הרומי, לאחר שיצא משלביו הקדומים, היווה מערכת משפטית שניסתה תמיד לפתור את בעית המשפט הפוזיטיבי בגישה מציאותית, ללא דיונים תיאורטיים. ככלל, הדבר אמנם נכון, אולם החיפוש אחרי היסוד הרעיוני של המשפט, שאליה ניתן להצמיד את המערכת המשפטית כולה, כלל איננו בעיה עיונית בלבד. פתרון בעיה זו יכול להיות תשתית לכל המערכת המשפטית, הן בקווים כלליים והן במוסדותיה

* ד"ר מאיר מינרבי, מרצה מן החוץ באוניברסיטת ת"א.

המסוימים. שחזור המשפט הרומי כפי שנעשה היום, דהיינו, תוך הבלטת היבטיו המציאותיים והמעשיים בלבד, מתגלה, איפוא, חד-ממדי ולקוי.

אין באפשרותנו לסקור כאן בהרחבה את התפתחותה של תפיסת היסוד הרעיוני של המשפט ברומא. נסתפק איפוא באבחנת שלוש תקופות גדולות, אשר, למרות שהן מבטאות עקרונות שונים, ניתן לאחדן בתפיסה רומית בסיסית אחת של המשפט ושל העולם:

התקופה הראשונה, מיסוד העיר (Ab Urbe Condita), עד המאה אחרונה של העידן הרפובליקני. תקופה זו מאופיינת על-ידי תפיסה מיוחדת, תיאוקרטית, של המשפט, אשר נותרת קיימת באופן חלקי גם כשנוצרת בהדרגה הפרדה בין משפט אלוהי (Jus divinum) לבין משפט בני-אדם (Jus humanum);

התקופה השנייה, מן המאה האחרונה של העידן הרפובליקני עד סוף התקופה הקלאסית, שבה משתנים שרידי התפיסה התיאוקרטית הקדומה והופכים לתפיסה חילונית ופילוסופית של המשפט הטבעי (Jus naturale);

התקופה השלישית, הכוללת את התקופה הכתר-קלאסית, כאשר, לאחר שהנצרות הופכת לדת המדינה, נוטים לשייך לתפיסה הפילוסופית של ה-Jus naturale ערך דתי עמוק יותר, עד שבזמן יוסטיניאנוס הקיסר קמה, בצורה חדשה, תפיסה תיאוקרטית כוללת.¹

לסיכום סקירה קצרה זו, ברצוננו להדגיש כי אין לחשוב שעם המעבר מהתקופה הראשונה לשנייה, כשהמשפט נעשה חילוני, מתנתק כל קשר עם התפיסה התיאוקרטית של המשפט. לגבי חיי המשפט, נראתה השלילה הסתמית של יסוד רעיוני כלשהו חמורה מדי, והמושג של המשפט הטבעי שימש כמקשר בין שתי התפיסות.

מושג זה מתבטא בתפיסת קיקרו בקשר עם מקורו ותכונותיו הראשוניות של המשפט. מחד גיסא, כמשפטן פוזיטיבי, לא היה יכול לקבל את תפיסת המקור האלוהי של כמה נורמות משפטיות. מאידך, כפילוסוף, לא היה יכול שלא להרגיש את הצורך לשמור על התוכן הרעיוני של המשפט: התפיסה היוונית של המשפט הטבעי סיפקה לו את פתרון הבעיה.

אין זה המקום לפרט את התפתחותו של המושג "משפט טבעי" בפילוסופיה היוונית² די להזכיר רק כי קיום חוקים בלתי כתובים, המקננים במצפון האדם, הונחו על-ידי אפלטון ברעיון הצדק והצודק, שממנו קיימת כבואה במוחו של אדם, כחוקים המיועדים לשמור על החברה האנושית. אריסטו מציע לעמת את המשפט החוקי — dikaion — nomikon (שאנו מכנים היום "פוזיטיבי"), המנוסח בכתב, בצורה מוחשית, המיוחד לכל מדינה ומדינה ולכן משתנה ממקום למקום ומזמן לזמן, כנגד המשפט הטבעי —

1 לסקירה יסודית ומבוססת לגבי כל אחת משלוש התקופות הללו ראה R. Orestano, "Dal Fas al Jus" in: *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, (1940) vol. 46 pp. 194–273 "Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma", in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, (1941) vol. 21

2 ידעו נרחבות ובבליגרפיה עשירה על התפיסות היווניות כמשפט בספרו של Battaglia, *Corso di Filosofia del Diritto I Roma*, 1940, pp. 82–115

dikaion fisikon הנובע מהטבע עצמו, הקיים תמיד ובכל מקום, בלתי תלוי בקביעות פוזיטיביות ולכן בלתי כתוב, נצחי ובלתי ניתן לשינוי³. קיקרו ממזג את התאוריה הרומית של הבחנה בין Jus divinum (משפט אלוהי) לבין Jus humanum (משפט בני אדם), כשהבחנה זו נעשית על יסוד מקור הנורמה ולא על יסוד תוכנה, עם תפיסת אפלטון על החוקים האנושיים והחוקים הטבעיים ועם התפיסה של אריסטו את המשפט החוקי והמשפט הטבעי.

את מוצאו הראשון של המשפט יש לחפש, לדעת קיקרו, בטבע: "Videtur quidem certe ex natura ortum esse jus" (נראה לי כי המשפט מוצאו מן הטבע)⁴ "Jus in natura esse positum" (המשפט יסודו בטבע).

אולם הטבע, מצדו, הינו ביטוי של "summa ratio" (עיקרון עליון), הנובע מ־mens divina (שכל אלוהי), המתכנן את הטבע; ומכאן המסקנה שאפשר לקשור את המשפט, הנובע מהטבע, לרצון אלוהי⁵. Lex (חוק), שיסודו ב־natura הינו, איפוא, Lex coelestis (חוק שמימי) כי:

"Non tum denique incipit lex esse, quam scripta est, sed tum quam orta est: orta autem est simul cum mente divina, quam ob rem lex vera atque princeps apta ad iubendum et ad vetandum ratio est recta summi Jovis".

(לחוק תוקף לא רק משנכתב, אלא מאז שנולד: והוא נולד יחד עם השכל האלוהי. מסיבה זו, החוק הראשון והאמיתי, היחידי המסוגל להורות ולאסור, הוא השכל המושלם של האל העליון)⁶. מבלי להכחיש, איפוא, שיצירת המשפט הוא מעשה ידי אדם⁷, מכיר קיקרו, כמוצאו הראשון של המשפט, ברצון אלוהי: אם לפעמים מזדהה המשפט, כפי שראינו, עם הטבע, הטבע עצמו מזדהה לפעמים, לפי תורת הפילוסופיה הסטואית האהובה על קיקרו, עם האלוהות. לשאלה quo jure? qua lege? (מה הוא המשפט? מה הוא החוק?) משיב קיקרו:

"Eo quo Juppiter ipse sanxit ut omnia quae rei publicae salutaria essent nisi recta et legitima ac justa haberentur. Est enim lex nihil aliud numine deorum tracta ratio".

(מה שהאל קבע כדי שכל המועיל לצרכי הציבור יחשב גם לחוקי וצודק. כי הרי

3 ראה אפלטון, על המדינה, 8; אריסטו, אטיקה לניקומך 5,7,1; 5,7,5. ראה גם 1,6,1,1: "Hoc igitur scripto ut apud Graecos jus nostrum constat aut scripto aut sine scripto"

(משפטנו זה איפוא, מתבטא בכתב ושלא בכתב, כמו אצל היוונים).
4 קיקרו, De Legibus I, 31,53, וכן שם, 6,20, "Repetam stirpem juris a natura": (אחפש שורשי המשפט בטבע). ועוד שם, "Neque opinione, sed natura constitutum esse jus" I, 10, 28 (אין המשפט מושגת על המוסכמות, אלא על הטבע); ועוד שם: I, 21, 43.

5 שם, I, 6, 81;

6 שם, II, 4, 9-10; I, 15, 40; De natura Deorum, I, 14, 35;

7 De Legibus, I, 5: "Natura enim juris explicanda est, eaque ab hominibus repetenda Natura" (עלינו להסביר יסוד המשפט ולמצוא את מוצאו בעצם טבע האדם).

החוק איננו אלא השכל הישר, הנובע מרצון האלים)⁸. חוק זה איננו ניתן לשינוי והוא נצחי כי:

“Neque hominum ingeniis excogitatam, nec scitum aliquod esse, populorum sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia”.

(איננו פרי השכל האנושי או חכמת העמים, אלא משהו נצחי, אשר מנחה את העולם כולו בחכמת ציווי ואיסוריו)⁹ תפיסתו זו של קיקרו מחזירה אותנו, למעשה, למושג מאוחד של המשפט כולו: Est enim unum jus, quo devincta est hominum societas et quod lex constituit una”.

(המשפט אחד הוא, יסוד האיחוד בין האנשים ויחיד הוא החוק המהווה אותו)¹⁰. יתרונו של מבנה זה היה בכך ששמר על היסוד הרעיוני של המשפט בשייכו לו, במונחים המתקבלים יותר על דעתם של בני תקופתו של קיקרו, את תכונת התאמתו לרצון האלוהי, בנסיגה לשחררו מכל האשמה אפשרית של שרירות לב ושל סתגלנות רגעית. זאת, תוך העלתו למישור ערכים הנראים מוחלטים ותוך כדי כפייתו על כולם. את נסיונו זה מסכם קיקרו כך:

“Iam vero illud stultissimo, existimare omnia justa esse quae sita sint in populorum institutis aut legibus. Etiam ne si quae leges sint tyrannorum?... Quodsi justitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum, et si, ut ei dicunt, utilitate omnia metienda sunt, negleget leges easque perrumpet, si poterit, is qui sibi eam rem fructuosa putabit. Ita fit ut nulla sit omnino justitia, si neque natura est... Aut cur cum jus ex iniura natura nos lex facere possit, bonum eadem facere non possit ex malo? Atqui legem bonum a mala nulla alia nisi naturae norma dividere possumus Nec solum jus et iniuria natura diiudicatur, sed omnino omnia honesta et turpia. Nam, ut communis intelligentia nobis notas res effecit easque in animis nostris inchoavit, honesta in virtute ponuntur, in vitiis turpia”.

(דבר אבסורדי ביותר הוא להעריך כצודקים כל העקרונות הכלולים במוסדות ובחוקים של העמים. האם גם חוקי הרודנים יהיו צודקים?...? כי אם הצדק יתבטא בציות לחוקים כתובים ולמוסדות של העמים ואם, כפי שאומרים, יש להעריך כל דבר על-פי תועלתו, מי שיחשוב שהדבר יביא לו לתועלת לא יהסס לעבור על החוקים מבלי לשים לב אליהם. לכן, לא ייתכן צדק, אלא על-פי הטבע...ומדוע, אם החוק יוכל להפוך את

8 Ad Philip., II, 2, 12 “Lex, quam dei humano generi: כמו כן ראה: De Legibus, II, 4, 8 dederunt” (החוק שהאלים נתנו למין האנושי).

9 De Republica, III, frag. VI “...sed et omnis gentes et: כמו כן ראה: De Legibus, II 4, 8; omni tempore una lex et sempiterna et erit communis quasi magister et. inmutabilis continebit, unuaque imperator omnium deus” (ואולם החוק הוא יחיד, נצחי, בלתי ניתן לשינוי ומסוגל לרסן כל עם, בכל עת, מאחר שמי שהגה, שקל וחקק חוק זה הוא האדון והמנהיג של כל העולם, האל).

10 De Republica, Ibid. וכן ראה: De Legibus, I, 15, 42

האי-צדק למשפט, לא יוכל להפוך גם הרע לטוב? ולכן אין אנו יכולים להבחין בין החוק הטוב לבין החוק הרע, אלא על-פי קריטריון שעליו מצביע לנו הטבע; ולא רק הצודק והבלתי צודק מאבחן הטבע, אלא גם ההגון והבלתי הגון, כי החוש הטבעי, המשותף לכל אדם, מצביע על מהותם היסודית של הדברים, כך שמוליך אותנו עד למקם את ההגינות בין התכונות הטובות ואת הרשעות בין התכונות הרעות)¹¹.

ראינו כי למרות המעבר לחילוניות המשפט, נותרה תמיד במשפט הרומי התודעה של המוצא האלוהי של המשפט, אם כי, על-פי התפיסה החדשה, מוצא זה של jus התרחק בהרבה מהמושגים הקדומים. אף אם חכמת המשפט הקלאסית לא אימצה, sic et simpliciter, את תפיסת ה-jus naturale של קיקרו¹², בכל זאת מוכר הגורם האלוהי של המשפט גם על-ידי גדול משפטני התקופה הקלאסית, Ulpianus, בהגדרתו המפורסמת של חכמת המשפט: "Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justae atque injustae scientia".

(חכמת המשפט היא ידיעת דברים אלוהיים ואנושיים, מדע הצודק והבלתי צודק)¹³. בתקופה הבת-קלאסית הופך שוב הגורם האלוהי לדומיננטי, בתפיסתם התיאוקרטית של הקיסרים הנוצרים. תפיסה זו הגיעה לביטוייה הכולל ביותר בתקופת יוסטיניאנוס קיסר, אם כי, הפעם, מנקודת מבט של המחוקק ופעולתו. בתפיסה זו משתקף האבסולוטיזם הבת-קלאסי, הרואה בקיסר את מי שנשלח על-ידי האלוהות לחוקק חוקים לצאן מרעיתו, וברצונו — את המקור הייחודי של המשפט¹⁴.

אולם, מנקודת מבט של תוכן הנורמה המשפטית, שומר משפטו של יוסטיניאנוס, בדרך כלל, על גישת המשפט הטרומ-נוצרי, אם כי השפעת הנצרות ניכרת בכמה תחומים, ובראש וראשונה בדינים אישים.

מכל האמור לעיל עולה המסקנה כי המשפט הפוזיטיבי הרומי מוצא את יסודותיו בתפיסה הדתית הרומית הקדומה של העולם, לפיה כל היצורים השכליים נחלקו לשתי קבוצות, האלים ובני האדם. ומכאן ההבחנה העליונה בין כל היחסים הנלווים להם divini (אלוהיים) ו-*humani* (אנושיים)¹⁵.

De Legibus, I, 15 et 16, Passim 11

קיימת ספרות חדישה רחבה בנושא בעית המשפט הטבעי. נזכיר פה רק: Senn, *Da la justice et du droit*, Paris 1927; A. Passerin d'Entreves, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, London 1951; Gaudemet, "Quelques remarques sur le droit naturelle à Rome", *Archives d'Histoire du Droit*, I (1952); Diaz Biale, *Fas, jus gentium y jus naturale*, Cordoba 1952. 12

I, 1, 10, D. 2 13

לגבי התקופה הטרומ-נוצרית ראה אימרתו של Ulpianus ב- I, 4, D. 1 "Quod principi placuit, legis habet vigorem" (מה שמוצא חן בעיני השליט יש לו תוקף של חוק). לגבי התפיסה התאוקראטית של יוסטיניאנוס ראה B. Biondi, *Giustiniano, principe e legislatore cristiano*, Milano 1935; D'Ors, "La actitud legislativa del Emperador Justiniano", *Orientalia christiana periodica*, 1947. 14

ראה — Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XIV, 7; Festus, *E libris de significatum verborum* s.v. *Ordo sacerdotum*: "Pontifex maximus quod iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque". 15

בהקשר זה חשוב לציין כי התפיסה הדתית של המשפט הרומי לא גרסה מעולם התגלות אלוהית של הנורמה או של שיטה שלמה של נורמות: עובדה היא כי לא נמסר לנו זכר של בבואה כלשהי, שמקורה מיוחס להשראה אלוהית ישירה. ואמנם, את המסורת הרומית מאפיינת העובדה כי רצונם של האלים לא התגלה אף פעם באופן חד-פעמי, מוחלט וללא אפשרות של שינוי, אלא התגבש מדי פעם בקשר עם מקרה קונקרטי. מכאן גם הכלל הרווח במשפט הפוזיטיבי שהחוק המאוחר מבטל את החוק הקודם לו (*lex posterior derogat priori*).

ואמנם, גם כשניסו המשפטנים הרומיים להתעלות לערכים עליונים, ולעגן בהם את המשפט כדי לעשותו אציל יותר ומוחלט, לא יכלו אלא ליפול שוב ביחסיות של השיטה עצמה. טול, למשל, את הגדרת המשפט מאת Celsus: "המשפט הוא האומנות של הטוב ושל הישר"¹⁶; הנה הגדרה, שבמבט ראשון היינו מתפתים להסכים עליה בהתלהבות: ברם, אם נקח בחשבון את ריבוי הערכים שאיפיו את השקפת העולם הרומית, לא נוכל שלא להודות עד כמה הגדרה זו לוקה בחסר, עד כמה היא בלתי יציבה ורב-משמעית וכיצד היא מותירה, למעשה, לשרירות לב האדם לקבוע מה הוא "הטוב" ומה הוא "הישר", שעליהם מושתת המשפט.

בדומה לכך, נשאר Ulpianus ביחסיות, כשקובע הוא בפשטנות את מצוות המשפט: "Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere".

(מצוות המשפט הן: לחיות בהגינות, לא להזיק לזולת ולתת לכל אחד את משלו)¹⁷. היחסיות של הגדרה זו כוללת לעין: מה יכולה להיות המשמעות של המילים "לחיות בהגינות" בחברה שבה חוקי המלחמה הרשו לשעבד את בני האדם ולקחת שלל, חוקי המסחר אפשרו, במידה מסוימת, לרמות (*dolus bonus*) וחוקי הקניין עזרו לגזול את רכוש הזולת באמצעות הדרכים המקוריות לרכישת הבעלות? מה משמעות המילים "לא להזיק לזולת" כשלזולת, כנושא המשפט, היו יכולות להיות זכויות שונות, בהתאם למעמדו, האם בן חורין הוא או עבד, האם אזרח או זר, האם גבר או אשה, האם עשיר או עני, האם פאטריקי או פלבאי? ומה תוכן המצווה "לתת לכל אחד את משלו"? לאור כל האמור לעיל, נראית לנו נוסחה זו ריקה מכל תוכן חד-משמעי ומוחלט¹⁸.

16 D, I, I, 1; אולם אולפיאנוס, במקום, באזכרו את הגדרה זו מביע את הסכמתו עליה בזהירות: "*veram nisi fallor philosophiam*" (פילוסופיה אמיתית, אם אינני טועה).

17 10, 1 D. 1, 1

18 נזכרים אנו בתוכחת היינה: "איזה ספר איום הוא ה-*Corpus Juris*, תנ"ך האנוכיות: כמו הרומאים עצמם, תמיד שנאתי את קובצם.

השורדים האלה רצו להבטיח לעצמם את השלל, ומה שגולו באמצעות החרב ניסו להגן על-ידי החוקים; לכן הרומאי היה בעת ובעונה אחת חייל ומשפטן ומכאן נבעה תערובת המעוררת בחילה. ובאמת, לגנבים האלה חבים אנו את זכות הבעלות, שהייתה קימת, לפנייהם, רק למעשה, והתפתחות תורה זו עד לתוצאותיה הנבזות ביותר הינו המשפט הרומי המהולל, שעליו מושתתות כל תחיקותינו החדישות, ולמעשה כל מוסדותינו האזרחיים, למרות שהוא עומד בסתירה צורמת עם הדת, עם האטיקה, עם האנושות ועם השכל (ה). היינה, וידיים וזכרונות, מצוטט בפסק דינו של השופט קיסטר בע"א 682/74, יקוטיאל נ' ברגמן, פ"ד ז"ט (2),

(769-773).

לאמיתו של דבר, אין המשפט הרומי מספק תשובה משכנעת על כל השאלות האלה. על אף השאיפה התמידית לחפש יסוד רעיוני למשפט, נאלצו המשפטנים הרומים עצמם להציע הבחנה ברורה בין הערכה מוסרית לבין הערכה משפטית, באומרם שלא כל מה שמותר הוא הוגן: "Non omne quod licet honestum est"¹⁹: הבחנה המוליכה למסקנה המודרנית כי המשפט איננו אלא (Jellinek), minimum ethicum, אשר תוכנו רב-משמעי ומשתנה, וכי אין כל אפשרות להגיע לחפיפה של המושג צדק עם המושג משפט.

סימן לתסכול זה יכולים אנו לראות דווקא אצל אחד מהמשפטנים הרומים הדגולים מהתקופה הקלאסית, Ulpianus, שטען כי המילה Jus (משפט) נובעת מהמילה Justitia (צדק) מהסיבה הפשוטה שהמשפט מיועד להשיג את הצדק²⁰. ברם, כפי שהאטימולוגיה המוצעת על-ידי אולפיאנוס מוטעת מנקודת מבט פילולוגית – המילה Justitia נובעת מ-Jus, ולא להיפך – כך מוטעת היא גם מנקודת מבטו של המשפט הפוזיטיבי הרומי, מאחר שהינה מושתתת על נוסחאות ריקות מתוכן ועל הבל פה²¹. לא זו אף זו: תפיסה זו טומנת בחובה את זרע התפיסה הפורמליסטית של המשפט, הגורס שההיבט הפורמלי הינו הגורם התמידי והאוניברסלי של המשפט, להבדיל מגורמיו המהותיים, המהווים היבטים היסטוריים, מרובים, משתנים, ומקריים. תפיסה זו, על השלכותיה הקיצוניות, מצאה את ביטוייה המלא במגמות האחרונות הדוגלות בתאוריה טהורה של המשפט, תאוריה שמושגיה הפורמליים והמופשטים מהווים, כלפי מציאות היסטורית מסוימת כלשהי, עמדות לוגיות של התופעה המשפטית, שאפשר לבנות ולהטות, כהנרסת המשפט, לכל דבר ועניין²².

19 D.L, 17, 144

20 בהגדרה זו פותח ה-Corpus Juris Civilis D.I, 1, 1

21 מלומדים מימי קדם כבר מתחו ביקורת על אטימולוגיה זו של אולפיאנוס, מנקודת מבט פילולוגית. ראה Gluck, Pandekten, Vol 2 I, p. 2, n. גלוק מבקר אותה גם מנקודת מבט פילוסופית-משפטית (שם).

22 ראה התיאוריה של קלסן, אשר בבקורתו על המושג של משפט טבעי מגיע למסקנות הפוכות מאלה של חסידי המשפט הטבעי "... כל הנוסחאות האלה של הצדק מנסות להצדיק מערכת משפטית פוזיטיבית כלשהי. הן מאפשרות למערכת משפטית כלשהי להראות כצודקת" (H. Kelsen, General Theory of Law and State, 1945). אולם, בסופו של דבר, הוא עצמו מגיע לתוצאות דומות, באמצעות מושג הנורמה היסודית, שמשמעה זיהוי של הצדק עם החוקיות הפורמלית; כך, מה שקיקרו שלל מכל וכל, דהיינו החוק הכתוב המזוהה עם הצדק, מוצא את הגושפנקה הרשמית בתאוריה של קלסן. על הנושא ראה גם Goordhart, "An Apology for Jurisprudence", Modern Legal Interpretation of Philosophies, 1947. במערכת המשפטית הישראלית, מצא משפט הטבע חיובי, מהוסס מעט, במיוחד בדיני המשפחה. להפניות לחוקי הטבע או למשפט הטבע ראה: 268/80, 349 יגסן זהר נ' זהר, פ"ד לה (1) 300; בג"צ 243/88, קונסלס נ' תורג'מן, פ"ד מה (2) 639–638; ע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תקדין-עליון, כך 94 (2), תשנ"ד/תשנ"ה, 1168. לאחרונה, עשרה חודשים לאחר שסיימתי כתיבת מאמרי זה, נתן בית-המשפט העליון, בהרכב של שבעה שופטים, פסק-דין בדיני משפחה (מזונות ואבהות בדין האישי) שבו נקבע שהמצב המשפטי שנוצר בערכאות הקודמות, של בית-הדין השרעי ושל בית-המשפט המחוזי, שאישר את פסיקתו של בית-הדין הקודם, השולל, על-פי הדין הרתי של הנתבע, את אבהותו של מוסלמי

על בסיס ירושת המשפט הרומי, מזהות כיום המערכות המשפטיות המודרניות את הצדק עם החוקיות, מאחר שלא מצאו, בתפיסה הרומית של המשפט, ערך כלשהו המסוגל לשמש כאבן בוחן מוחלטת: הנורמה המשפטית מוצאת, איפוא, את יסודה בתוך עצמה. ואת התוצאות המעשיות רואים אנו במערכות המשפטיות של המדינות הטוטאליטריות אשר, בשם הצדק-חוקיות, מאפשרות לבצע כל פשע, כפי שחש העם היהודי על בשרו באכזריות כה רבה בעבר הלא רחוק.

על ילד שנולד לו מחוץ לנישואין ובעקבות כך, את חבותו במוזונות הילד, סותר את עיקריו של משפט הטבע, מאחר שתוצאות ההחלטות הנ"ל נוגדות את חוש ההגינות וההוגנות הטבוע באדם (ע"א 3077/90, חמדה נ' ג'ובראן (טרם פורסם)). ניתן ביום 21.6.95 מאת כב' השופט מיכאל חשין בהסכמת מ' שמגר, א' ברק, ש' לוין, ד' לוין, ת' אור, צ'א' טל. הציטוט הנוכחי מתוך התקציר הנרחב שהופיע ב־פסק דין, גיליון מס' 297, מיום ב' 10 ביולי 1995). דומני שפסק־דין זה, יותר מהקודמים, נותן דריסת רגל במערכת המשפטית הישראלית המודרנית לישום מובהק של עקרונות המשפט הטבעי, כפי שניסינו לגבשם בעזרתו של המשפט הרומי.