



חמישים שנה למלחמת ששת הימים: חופש השיט במצרי טיראן בראי משפט הים – תם ולא נשלם



בני שפנייר



חמישים שנה למלחמת ששת הימים: חופש הנְשִׁיט במְצָרֵי טִירָאן בראי משפט הים – תם ולא נשלם

בני שפנייר

קתדרת חייקין לגאואסטרטגיה, אוניברסיטת חיפה

הקתדרה עוסקת בנושאי הביטחון הלאומי שלהם ביטוי מרחבי, דוגמת משאבים טבעיים ותפוצתם, פריסת האוכלוסייה, התשתית הפיזית והמרכיבים הסביבתיים. הקתדרה מפרסמת ניירות עמדה, נותנת ייעוץ למקבלי החלטות בכירים, יוזמת מחקרים, ימי עיון וכנסים, מוציאה לאור ספרים ועבודות מדעיות ומסייעת לתלמידי מחקר בתחומים הנזכרים לעיל. כמו כן עוסקת הקתדרה בהפצת הנושא בבתי הספר התיכוניים ומוסדות אקדמיה.

ראובן חייקין ז"ל (1918-2004)

ראובן חייקין נולד בתל אביב, היה שותף בכיר במשרד רואי החשבון סומך-חייקין, גילה עניין רב בגאוגרפיה ובגאופוליטיקה וסייע רבות לתחומים אלה באוניברסיטת חיפה.

יהי זכרו ברוך!

ראש הקתדרה: **שאל חורב** schorev@univ.haifa.ac.il

עריכת לשון: **מרים מילשטיין**

עריכה גרפית והבאה לדפוס: **נוגה יוסלביץ**

הודפס בישראל בשנת 2017

© כל הזכויות שמורות לקתדרת חייקין לגאואסטרטגיה באוניברסיטת חיפה

ISBN 965-7437-65-0

הדפסה: א.א.א. הדפסות בע"מ

בכריכה: האונייה המגויסת דולפין בפיקודו של מנחם כהן מגיעה למצרי טיראן, 9 יוני 1967, מוזיאון ההעפלה וחיל הים חיפה.

<http://ch-strategy.hevra.haifa.ac.il>

תוכן העניינים

4	פתח דבר
6	1. מבוא
8	2. מְצָרֵי טִירָאן וּמִפְרָץ אֵילַת – הַרְקַע הַהִיסְטוֹרִי
	3. הַמְצָב הַמִּשְׁפָּטִי שֶׁל מְצָרֵי טִירָאן וּמִפְרָץ אֵילַת מ־1948 וְעַד הַסָּכֵם הַשְּׁלוֹם בֵּין יִשְׂרָאֵל וּמִצְרַיִם ב־1979
17	3.1 הַמְצָרִים בַּמִּשְׁפָּט הַיָּם הַבִּינְלָאוּמִי
17	3.2 מַעֲמָדוֹ שֶׁל מִפְרָץ אֵילַת
23	3.3 הַטַּעֲנוֹת כְּנֶגֶד חוֹפֵשׁ הַשְּׁיֵט בַּמְצָרֵי טִירָאן
24	4. הַמְצָב הַמִּשְׁפָּטִי לְאַחַר הַסָּכֵם הַשְּׁלוֹם יִשְׂרָאֵל – מִצְרַיִם (1979) וְחֻתִּימַת אֲמֵנַת הַיָּם (1982) וְעַד הָעֵבֶרֶת הָאִיִּים לְסַעוּדִיָּה (2016)
28	4.1 הַסָּכֵם הַשְּׁלוֹם
28	4.2 אֲמֵנַת הַיָּם 1982
30	4.3 הַיַּחֲסָ שְׁבִין הַסָּכֵם הַשְּׁלוֹם לְאֲמֵנַת הַיָּם
31	5. צוֹפֵה פְּנֵי עֵתִיד – הָעֵבֶרֶת הָאִיִּים טִירָאן וְסַנְפִיר לְסַעוּדִיָּה וְחוֹפֵשׁ הַשְּׁיֵט בַּמְצָרֵי טִירָאן
34	5.1 דִּיּוּן
37	6. סִיכּוּם
39	

פתח דבר

מצריים הם מקומות רגישים המציבים אתגרים במקום שבו נפגשים גאוגרפיה, מסחר ופוליטיקה, ולכן גם זוכים לכינוי "נקודות משנק" (Chocking Points). ככל שהסחר הבינלאומי בים הולך וגדל, חשיבותם של אזורים אלה מבחינה גאואסטרטגית הולך וגדל בהתאם. חלק מאזורים אלה אף מזוהים כיום כמקור אפשרי להתפרצותם של עימותים בינלאומיים, כמו במקרה של מצרי הורמוז המקשרים בין מפרץ עומאן שבאוקיינוס ההודי לבין המפרץ הפרסי, שדרכם עוברים כ-35% מהנפט המשוער בים וכ-20% מתפוקת הנפט הכלל-עולמית.

במלאת 50 שנה למלחמת ששת הימים ביוני 1967, שאחת הסיבות לפריצתה הייתה מניעת חופש השיט של ישראל במצרי טיראן, ולנוכח החלטתה זה לא מכבר של ממשלת מצריים להעביר/להחזיר את השליטה באיים טיראן וסנפיר לסעודיה, מצאה לנכון קתדרת חייקין לגאואסטרטגיה לבחון את המצב הנובע מכך באזור זה בראי משפט הים.

מחקר זה של ד"ר בני שפנייר מבקש לבחון את ההתפתחות של הזכות לחופש שיט (Freedom of Navigation) לאורך השנים במצרי טיראן ומפרץ אילת בראי המשפט הבינלאומי. כפי שמציין ד"ר שפנייר במחקרו, קיימת אומנם ספרות מחקרית ענפה בנושא זה, אך היא עוסקת רובה ככולה בפרק הזמן שעד לאחר הסכם השלום עם מצריים בשנת 1979. המחקר הנוכחי מבקש לבחון את המצב בתקופה מהזמן שלאחר הסכם השלום ועד ימנו, ובמיוחד לנוכח החלטתה האחרונה של מצריים להעביר את האיים טיראן וסנפיר לשליטתה של סעודיה.

חשיבותו של המוצא הדרומי של המדינה בדרך למזרח הרחוק הובן על ידי אבות הציונות כבר לפני כ-100 שנה. בשנת 1917 פרסמו יצחק בן-צבי ודוד בן-גוריון בארה"ב ספר ובו נאמר כי "עקבה תהיה חלק מארץ-ישראל ותחובר במסילת ברזל לירושלים ובאר-שבע. כתוצאה מכך עקבה תהיה נמל ומרכז מסחרי, שישרת את הסחר עם האוקיינוס ההודי".¹ בשנת 1934 ביקר דוד בן-גוריון באום-רשרש היא אילת של היום ובמכתב לשופט היהודי האמריקני ברנדייס, הציע שאילת בהיותה אלטרנטיבה לתעלת סואץ והשער לאסיה תהיה של המדינה היהודית.² הדבר אומנם לא יצא אל הפועל עד הקמת המדינה, ורק בקרב האחרון של מלחמת השחרור בפברואר 1949 במסגרת מבצע "עובדה" – נכבשה אום רשרש היא אילת של היום, ובכך נפתח בפני מדינת ישראל דרך מפרץ אילת המוצא לים האדום ולאוקיינוס ההודי.

המחקר מתאר את הרקע ההיסטורי של אזור מפרץ אילת ומצרי טיראן מבחינת השייכות, השליטה והריבונות. הדגש ניתן לשאלת הריבונות באזור בעיקר של מצריים וסעודיה. בהמשך מוצג ההיבט של משפט הים בכל הקשור למפרצים ומצרים, השימוש שעשו בו מצריים וסעודיה

1 אתר העיר אילת, אילת בהיסטוריה, אילת בתקופות שלטון שונות, <http://www.eilat.muni.il>

2 דוד בן-גוריון – חזונה של אילת; הכינוס הארצי השמונה עשר לידיעת הארץ.

לצורך השליטה במצרי טיראן, מעמד המצרים מהסכם השלום בין ישראל למצריים ב-1979 ואישור אמנת הים ב-1982 ועד להעברת האיים לידי סעודיה ב-2016. כמו כן המחקר בוחן כיצד משתלבים חוזה השלום בין ישראל ומצריים ואמנת הים במיסוד חופש השיט במפרץ אילת והמצרים עבור הצדדים החתומים על החוזה. בהמשך מתאר המחקר את הרקע העובדתי של העברת האיים מסעודיה למצריים, ודן באתגרים הנובעים בראי משפט הים לאזור לנוכח המעבר ממצב הסכמי מוסכם למצב לא מוסכם. מחבר המאמר אינו נמנע מלציין כי לנוכח ההיסטוריה ובראי משפט הים ייתכן כי העתיד צופן אתגרים בכל הקשור לחופש השיט במצרי טיראן.

פרופ' שאול חורב

ראש הקתדרה

"אנחנו נעבור בחושך ובאור
 בדגל כחול לבן במיצרי טיראן"
 (יחיאל מוהר – אנחנו נעבור)

1. מבוא

נמל אילת הוא השער הדרומי של מדינת ישראל לאפריקה ולמזרח הרחוק. כיום הוא משמש בעיקר לשינוע רכבים מיובאים, יצוא דשנים, מחצבים ושינוע דלקים.¹ בעבר שימש הנמל להעברת דלק חיוני לכלכלה הישראלית מאיראן.² הנתבים המובילים לנמל אילת הם נתיבי הַיָּם חיוניים עבור מדינת ישראל.³ מצרי טיראן (Straits of Tiran) ניצבים בקצהו הדרומי של מפרץ אילת (Gulf of Eilat) ומשמשים מעבר ים חיוני לכל הספינות העושות דרכן לנמלי אילת ועקבה. לפיכך חסימת המצרים מהווה אתגר משמעותי עבור מדינת ישראל והייתה חלק מהסיבות לפרוץ מלחמת סיני באוקטובר 1956 ומלחמת ששת הימים ביוני 1967.⁴ בעקבות שתי המלחמות כבשה ישראל את מצרי טיראן ובכלל זה את האיים טיראן (Tiran) וסנפיר (Sanafir). בשני המקרים פינתה ישראל את המצרים כעבור זמן מה עם הסכמים והבנות בדבר חופש הַיָּם בהם.

המחבר מבקש להודות לעדו לדרר על בקיאותו והערותיו המועילות בעת שקרא גרסאות מוקדמות של המאמר.

1. ראו: חברת נמלי ישראל, <http://www.israports.co.il/he/Pages/default.aspx> (נצפה לאחרונה יוני 2017). הנמל משנע בשנים האחרונות בין 50 ל-60 אחוזים מכלל כלי הרכב שיובאו לישראל. סך כל המטען ששונע בנמל אילת ב-2009 הוא כ-5% אחוזים מכלל תנועת המטענים ששונעו בנמלי הים המסחריים של ישראל; וראו גם: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה http://www.cbs.gov.il/fortr/?Mlval=%2Fimpexp%2Fsumbycontinent_h.html&FY=2007&LY=2011&TypeOfActivity=0&ProgramType=2&SortB=y=1&SortingType=1&Ruller=1 (נצפה לאחרונה יוני 2017). היקף היבוא (לא רק דרך הים) מהמזרח הרחוק הוא כ-20% מסך היבוא של מדינת ישראל.

2. ראו: אורי ביאלר "דלק מאיראן – שליחותו של צבי דוריאל בטהראן 1956–1963" **עיונים בתקומת ישראל – מאסף לבעיות הציונות, היישוב ומדינת ישראל** 8, 150, 162–167 (1998). כבר במהלך שנת 1955 הפכה איראן למקור העיקרי של הדלק הגולמי לישראל.

3. ראו: **דברי הכנסת**, ישיבה קפ"ב, ג' כסליו תשי"ז (7 בנובמבר 1956), בעמ' 197. בנאומו בכנסת ב-7 בנובמבר 1956 לאחר מבצע סיני אמר בן גוריון כי: "[...] אולם פגיעת הרודן המצרי וסכנתו לגבינו לא הצטמצמה בשלילת זכותנו בחופש הַיָּם בסואץ. בשביל משקה ועתידה הכלכלי של ישראל חופש הַיָּם בים סוף מאילת ולאילת הוא לא פחות, אם לא הרבה יותר, חיוני מחופש הַיָּם בסואץ. הסחר הימי של ישראל החל בעצם בים סוף לפני 3,000 שנה בימי שלמה המלך, ונמל אילת הוא הנמל העברי הראשון בימי מלכי יהודה, ועד אמצע המאה השישית לאחר הספירה האירופית, היינו עוד לפני 1,400 שנה, הייתה קיימת עצמאות עברית באי יוטבה אשר בדרום מיצר אילת, שנשתחרר שלשום על ידי צה"ל. אי זה, הנקרא בימינו טיראן, שומר על המעבר מים סוף בדרום לאילת [...]"

4. ראו: שאול שי "המערכה על מיצרי טיראן – מבצע ירקון" **ששים שנה למלחמת סיני – אסופת מאמרים** 13, 13 (שי שאול עורך, 2016) (להלן: שי).

מְצָרֵי ים ומפרצים הם מקומות רגישים המציבים אתגרים במקום שבו נפגשים גאוגרפיה, מסחר ופוליטיקה.⁵ המאמר מבקש לבחון את ההתפתחות של הזכות לחופש שיט (Freedom of Navigation) לאורך השנים במְצָרֵי טיראן ומפרץ אילת בראי המשפט הבינלאומי (להלן: משפט הים). על נושא זה יש ספרות מחקרית ענפה, אך היא עוסקת רובה ככולה בפרק הזמן שעד לאחר הסכם השלום עם מצריים בשנת 1979.⁶ המחקר הנוכחי יסקור את המצב לאורך השנים, אך יבחן את המצב בתקופה מהזמן שלאחר הסכם השלום ועד ימינו.

המאמר מחולק לחמישה פרקים. בראשון יסקר הרקע ההיסטורי. יסקרו מספר נקודות מפתח שבהן עוצב האזור של מפרץ אילת ומְצָרֵי טיראן מבחינת השייכות, השליטה והריבונות. הדגש יושם על שאלת הריבונות באזור בעיקר של מצריים וסעודיה. בפרק השני יוצג משפט הים ככל שהוא נוגע למפרצים ומְצָרֵים והשימוש שעשו בו הצדדים לצורך שליטה במפרץ אילת ובמְצָרֵים מהקמת מדינת ישראל ועד לחתימת הסכם השלום בשנת 1979.⁷ בפרק השלישי יסקרו השינויים במעמד המְצָרֵים ממועד הסכם השלום בין ישראל למצריים ב-1979 ואישור אמנת הים ב-1982⁸ ועד להעברת האיים לידי סעודיה ב-2016. בפרק תיבחן השאלה כיצד משתלבים חוזה השלום ואמנת הים במיסוד חופש השיט במפרץ אילת והמְצָרֵים עבור הצדדים החתומים על החוזה. הפרק הרביעי של המאמר צופה פני עתיד. בפרק יתואר הרקע העובדתי של העברת האיים

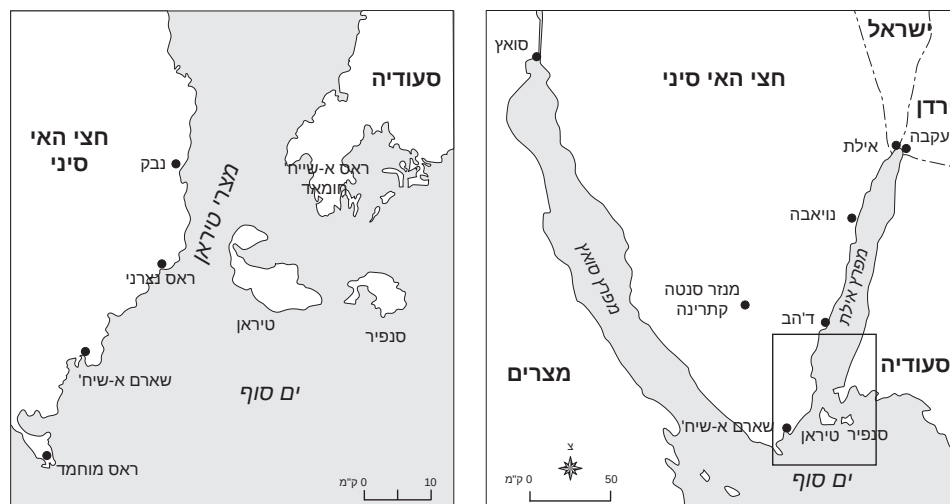
5 ראו: יואל גוגינסקי, גליה לינדנשטראוס, יהונתן שכטר "צווארי בקבוק" לפגיעותם של מצריים במזרח התיכון" **עדן אסטרטגי** 14(2) 73, 82 (2011).

6 ראו בין השאר: שרה וייס מועדי "דיני הים" **משפט בינלאומי** 525 (סיבל רובי ורון יעל עורכים, התשע"ו-2016) (להלן: וייס מועדי); רות לפידות (אשלבכר) "חופש המעבר במְצָרֵי טיראן" **הפרקליט-ספר היוכל** 224 (ארנון גבריאלי ומיגל דויטש עורכים, התשנ"ד) (להלן: לפידות); Eithan Barak, *Between Reality and Secrecy: Israel's Freedom of Navigation through the Straits of Tiran, 1956–1967*, 16(4) *Middle East Journal* 657 (2007) (להלן: Barak); Ann Ellen Danseyar, *Legal Status of the Gulf*; (Barak: להלן); L.M Bloomfield, Egypt, *Peace Treaty*, 5 B. C. Int'l Comp. & L. Rev. 127 (1982) (להלן: Bloomfield); Leo Gross, *Passage*; (Bloomfield: להלן); Israel and the Gulf of Aqaba in International Law (1957) (להלן: Gross); Ruth Lapidot, *The Strait of Tiran, The Gulf of Aqaba, and the 1979 Treaty of Peace*; (Gross 1968) (להלן: Lapidot); Ruth Lapidot, *Between Egypt and Israel*, 77 Am. J. Int'l L. 84 (1983) (להלן: Lapidot); Freedom of Navigation, With Special Reference to International Waterways in the Middle East Shabtai Rosenne, *The Strait of Tiran and the Gulf of Aqaba* (1957); (Lapidot 1975) (להלן: Rosenne); Mohamed El Baradei, *The Egyptian-Israeli Peace Treaty and Access to the Gulf*; (Rosenne: להלן); Leo J. Bouchez, *of Aqaba: A New Legal Regime*, 76 Am. J. Int'l L. 532 (1982) (להלן: Bouchez); Ali A. El-Hakim, *The Regime of Bays in International Law* (1964) (להלן: El-Hakim); *Middle Eastern States and the Law of the Sea* (1979) (להלן: El-Hakim).

7 Egypt and Israel Treaty of Peace, 17854 United Nations, Treaty Series, vol. 1138, p. 59 (להלן: Egypt and Israel Treaty of Peace).

8 ראו: United Nation Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, 1833 U.N.T.S.3 (להלן: אמנת 1982).

מסעודיה למצריים ככול שהוא ידוע. יידונו בו האתגרים הנובעים בראי משפט הים לאזור לנוכח המעבר ממצב הסכמי מוסכם למצב לא מוסכם. בסיכום המאמר נטען כי אכן לנוכח ההיסטוריה ובראי משפט הים ייתכן כי העתיד צופן אתגרים בכל הקשור לחופש השיט במצרי טיראן.



איור 1: מפות אזור חצי האי סיני ואזור מצרי טיראן

2. מצרי טיראן ומפרץ אילת – הרקע ההיסטורי

מצרי טיראן ממוקמים בין הים האדום (Red Sea) לבין מפרץ אילת.⁹ הם מצויים בקצה הדרומי של המפרץ בטווח של כ-100 מייל ימי מהערים אילת ועקבה. לאורך המפרץ שרוחבו בין 7 ל-14 מייל ממוקמות ארבע מדינות: ישראל, מצריים ירדן וסעודיה.¹⁰ המצרים ממוקמים בין מצריים (חצי האי סיני) לסעודיה ומורכבים משני האיים טיראן וסנפיר. האי טיראן נפרד מחצי האי סיני במצר שרוחבו כשלושה מייל, והאי סנפיר ממוקם כמייל וחצי מזרחית לאי טיראן.¹¹ האיים מוקפים בשוניות והם משמשים מכשולי ניווט. בין טיראן לסיני ישנם שני מעברים: האנטרפרייז (Enterprise) והגרפטון (Grafton). המעברים הם ברוחב שבין 1,300 יארד לראשון וכ-950 לשני. בשני המעברים היםים עמוקים ומאפשרים מעבר בטוח של ספינות.¹²

9 Ruth Lapidoth-Eschelbacher, International Straits of the World: The Red Sea and the Gulf of Aden (Mangone Gerard J. ed., 1982) בעמ' 172 (להלן: Lapidot 1982). מפרץ אילת נקרא בספרות המקצועית בדרך כלל מפרץ עקבה (Gulf of Aqaba) ובמאמר זה ייקרא מפרץ אילת לנוחות הדיון; ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8-9; וראו גם: Danseyard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 131-132.

10 ראו: Danseyard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 131-132. כל הנתונים במאמר מתייחסים למייל ימי.

11 ראו: Lapidot 1982, לעיל ה"ש 9, בעמ' 172.

12 שם. קיים גם מעבר הנמצא מזרחית לסנפיר אך הוא מורכב יותר למעבר ספינות. הדיון במאמר זה נסוב סביב מעבר הטיראן; וראו גם: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 53-54.

חשיבותו של מפרץ אילת כנתיב מסחר ממזרח אפריקה, הודו והמזרח הרחוק מוזכרת כבר מימי התנ"ך אצל שלמה המלך שבנה את עציון גבר באזור אילת של היום.¹³ במאה השנייה לפני הספירה ישנן עדויות למסחר באזור חצי האי סיני ומפרץ אילת לכיוון המרכזים הנבטיים בעבר-הירדן בכלל ופטרה בפרט.¹⁴ בזמן שלטון הרומאים היה האזור בפרובינציה ערביה (Province Arabia). המוסלמים ואחריהם הצלבנים במסעות הצלב מזכירים את מפרץ עקבה כנתיב מסחה. אולם חשיבותו ירדה עם גילוי האפשרות של הפלגה ממערב לאפריקה לעבר אירופה ובמיוחד לאחר פתיחת תעלת סואץ בשנת 1869.¹⁵

החל בשנת 1805 שלט במצריים מוחמד עלי.¹⁶ הוא כבש ב-1820 את סודאן, אזור הים האדום וחצי האי הערבי.¹⁷ המעצמות הגדולות של אירופה (בריטניה, רוסיה, פרוסיה, אוסטריה וללא צרפת) התערבו ויצרו את אמנת לונדון (Convention of London) שנחתמה ב-17 בספטמבר 1840 בין מדינות אירופה לעות'מאנים.¹⁸ ההסכם שימש אולטימטום למוחמד עלי.¹⁹ בין השאר נאמר בו כי הגבול המזרחי של מצריים יעבור ממפרץ עקבה לאורך הים האדום וצפונו לאורך חופו המזרחי של מפרץ סואץ.²⁰ ההסכם קובע גם כי למצריים ישנה רק סמכות מנהלית בחצי

13 ראו: מלכים א' ט, ט-כח; דברי הימים ב' ח, יז-יח; ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 7.

14 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 14.

15 שם.

16 ראו: שמעון שמיר **תולדות הערבים במזרח התיכון בעת החדשה** 35–70 (1987); וראו גם: Gideon Biger, *The Boundaries of Modern Palestine, 1840-1947* (2004) בעמ' 23–27 (להלן: Biger); ראו גם: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 138.

17 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 22; וראו גם: גדעון ביגר **ארץ רבת גבולות – מאה השנים הראשונות של תיחום גבולותיה של ארץ-ישראל 1840–1947** 25 (2001) (להלן: ביגר).

18 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 24; ראו גם: Biger Gideon, *The First Map of Modern Egypt Mohammed* (1978) Middle Eastern Studies 323 (3) 14, *Ali's Firman and the Map of 1841*, בעמ' 323 (להלן: Biger) (1978); וראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15–16.

19 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 24–25. מוחמד עלי התנגד לאולטימטום, והמעצמות יצאו למלחמה כנגדו בין ספטמבר 1840 ופברואר 1841 אז הוא נכנע וקיבל עליו את מרותו של הסולטן ומונה לשליט מצריים; ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15–16.

20 ראו: Convention Between Great Britain, Austria, Prussia and Russia and Turkey for the Pacification of the Levant Signed at London July 15 1840, British And Foreign State Papers "Cette ligne, partant du Cap Ras-el-Nakhora sur les côtes de la Méditerranée, s'étendrait là directement jusqu'à l'embouchure de la Rivière Seisaban, extrémité septentrionale du Lac Tibérias longerait la côte occidentale du dit Lac; suivrait la rive droite du fleuve Jourdain, et la côte occidentale de la Mer Morte; se prolongerait de là en droite ligne jusqu'à la Mer Rouge, en aboutissant à la pointe septentrionale du Golfe d'Akaba et suivrait de là la côte occidentale du Golfe d'Akaba, et la côte orientale du Golfe de Suez, jusqu'à Suez"; ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 14; וראו גם: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 24–25; ראו גם: ביגר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 28. לדעת המלומדים מקובל לחשוב שזהו החוזה הדיפלומטי הראשון שבו מוזכר מפרץ אילת בשמו.

האי סיני.²¹ בהמשך לכך ב-1841 ניתן צו סולטני (פירמאן, Firman) שכלל גם את המפה המדינית הראשונה של המזרח התיכון.²²

המפה שמכאן ואילך תיהפך לבסיס בכל הנוגע לגבולותיה של מצרים והמדינות הסמוכות, נקראת המפה משנת 1841.²³ היא שורטטה בקווים דקים ומלמדת כי סיני ח'ג'אז (Hijaz) נמצאת מחוץ לגבולות מצריים ונשארת בידי העות'מאנים; הגבול עובר בקו המחבר את סואץ שנשארה בגבולות מצריים עם נקודה באזור חן-יונס.²⁴



איור 2: המפה המדינית הראשונה של המזרח התיכון. מתוך הצו הסולטני משנת 1841

- 21 ראו: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 138.
- 22 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16; ראו: ביגר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 28–29.
- 23 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 25–26; ראו גם: Biger 1978, לעיל ה"ש 18, בעמ' 323. המפה נעלמה לשנים רבות ונמצאה רק בשנת 1934 בארכיב העות'מאני.
- 24 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 25–26; ראו: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 135–137; ראו גם: ביגר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 30–32.

בשנת 1882 השתלטה בריטניה על מצריים לצורך סיוע בהקמת מערכת ניהולית וכלכלית "מודרנית" ולמעשה הפכה אותה לקולוניה.²⁵ למרות שחצי האי סיני היה רשמית חלק מהמחוז העות'מאני של ח'יאז' היו לבריטניה אינטרסים חשובים ורבים במצריים.²⁶ אחד המרכזיים שבהם היה לשמור ולהגן על שליטתה בתעלת סואץ, שנפתחה בשנת 1869. אינטרס נוסף היה לדאוג שמצריים תפעל ותחזק את נוכחותה בארגון שיירות לעולי הרגל למכה ומדינה ואבטחתן, וזאת על ידי הקמת תחנות משטרה בנקודות אסטרטגיות שנמצאות מחוץ לגבולות ששורטו ב-1841, שאחת החשובות שבהן הייתה בעקבה.²⁷ למעשה, בריטניה הובילה מאבק על השליטה בחצי האי סיני, כיוון שהיה חשוב לה לשלוט על כל מפרץ סואץ ומפרץ אילת כדי להבטיח את הרכקת העות'מאנים ובני בריתם הגרמנים מתעלת סואץ.²⁸

החל בשנת 1892 פתחו הבריטים בביצוע סדרה של פעולות צבאיות ופוליטיות להרחקת העות'מאנים ממפרץ סואץ.²⁹ מטרתם הייתה לשכנע כי הגבול המצרי עובר בקו המחבר בין אל-עריש לעקבה.³⁰ בין השנים 1892–1906 פעלו הבריטים לבסס את מעמדה של מצריים בסיני.³¹ העות'מאנים התעקשו שהם ימשיכו לשלוט בסיני כפי שנקבע ב-1841, ולכן הציעו להעביר קו בין ראס מוחמד לאל-עריש. המשמעות היא שהעות'מאנים רצו לשלוט בכל מפרץ אילת ולמעשה להקיף אותו מכל הכיוונים ולייצר ים סגור (*Mare Clausum*).³²

הבריטים לא הסכימו לכך, וב-3 במאי 1906 הציבו לעות'מאנים אולטימטום על הקמת ועדה של שתי המדינות לקביעת הגבולות. סוכם כי קו הגבול יעבור בין רפיח לבין נקודה הנמצאת

25 W.J. Berridge, *Imperialist and Nationalist Voices in the Struggle for Egyptian independence*, ראו: The Journal of Imperial and Commonwealth History 420, 421 222 (2014) 42 (3) 1919–22 (להלן: Berridge); ראו: ביגר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 30. התפיסה העומדת מאחורי המחשבה הקולוניאלית אינה נדרשת לצורך הדיון במאמר זה.

26 Scott James Brown (et al), *Egypt a British Protectorate*, 9 Am. J. Int'l L. 202, 202–204 (1915) (להלן: Scoot). ראו שם על האינטרסים השונים של בריטניה במצריים.

27 ראו: ביגר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 32–33.

28 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 29; ראו גם: Nurit Kliot, *The Evolution of the Egypt-Israel Boundary: From Colonial Foundations to Peaceful Borders*, in 8 (1) *Boundary & Territory Briefing* 1, 2 (Schofield Clive ed., 1995) (להלן: Kliot).

29 ראו: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 120–121 הלורד קרומר הבהיר לשלטונות העות'מאנים באיסטנבול במסמך מ-13 לאפריל 1892. כי בריטניה רואה את הגבול בין מצריים למחוזות הצפונים בקו שבין אל-עריש ועקבה. זהו מסמך מכונן ומכאן ולהבא יהיה זה קו הגבול שתציג בריטניה בכל משא ומתן; ראו גם: ביגר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 33–34.

30 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 30; ראו: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 121, 137.

31 ראו: Scoot, לעיל ה"ש 26, בעמ' 203. ב-8 באפריל 1904 חתמו צרפת ובריטניה על הסכם שבו לבריטניה ניתנה השליטה על מצריים וצרפת בתמורה קיבלה את השליטה על מרוקו. ראו גם: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 30.

32 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 34; ראו גם: ROSENNE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16–17.

בטאבה, כחמישה קילומטרים מערבית לעקבה.³³ כך נוצר המצב שראש מפרץ אילת נותר בידי העות'מאנים באופן מלא.³⁴ בריטניה ובהמשך מצריים ראו בקו המנהלי קו גבול בין שתי מדינות,³⁵ וכך ב-1 באוקטובר 1906 נחתם ההסכם על קו הגבול הכולל גם מפה.³⁶ הבריטים השיגו את כל מטרתיהם: הם הרחיקו את העות'מאנים מכל אפשרות הגעה למפרץ סואץ ולתעלה. ואולם לענייננו הדבר החשוב הוא שבשום שלב לאורך כל ההיסטוריה עד היום לא נעשתה מצריים השליטה על סיני. בכל ההסכמים כולם צוין קו גבול מנהלי ולא נכתב דבר על זכות חוקית.³⁷ יתרה מכך, בכל ההסכמים, ככל שהם מוכרים לנו היום, לא נדונו מעמדם של מצרי טיראן והאיים טיראן וסנפיה.³⁸ אבל מצריים טוענת כי הפכה לריבונית על האיים כבר מ-1906.³⁹

ב-18 בדצמבר 1914 הכריזה בריטניה על מצריים כפרוטקטורט (Protectorate).⁴⁰ במרס 1916 חתמו צרפת ובריטניה על הסכם סייקס פיקו (Sykes-Picot) לחלוקת השטח העות'מאני לאחר סיום מלחמת העולם הראשונה (שעדיין התנהלה).⁴¹ כל אזור מפרץ סואץ וחצי האי סיני היו בשליטה בריטית; ואילו חלקה הצפוני של סעודיה (של היום) בשליטת העות'מאנים. בכל ההסכמים שנחתמו לא הוזכרו האיים טיראן וסנפיר ולא המצרים.

33 ראו: ביגר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 38.

34 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 35.

35 שם; ראו גם: Kliot, לעיל ה"ש 28, בעמ' 4-7.

36 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 35-36. וראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 17. ראו: 99 British and Foreign State Papers 482 (1905-1906). עוד קודם לכן במאי 1906 החליפו ביניהן טורקיה ובריטניה מסמך הבנות המתאר את ההפרדה המנהלית בין הפרובינציה של חיג'ז, הפרובינציה של ירושלים וחצי האי סיני. קו ההפרדה (Line of Demarcation) היה הקו שהפריד בין כל אלו. קו זה והמפה היפכו בסופו של דבר לקו הגבול בין ישראל למצריים לאחר חתימת הסכם השלום ב-1979; ראו גם: ביגר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 101-102, 40.

37 ראו: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 134-135. בעניין זה ראו גם את הדיון בעמ' 138-140. סיכום הדיון הוא שמבחינת המשפט הבינלאומי למצריים לא קמה בשום שלב לאורך ההיסטוריה זכות מוקנית על חצי האי סיני. סיני הפכה לחלק ממצריים בדרך שירית לאחר היעלמות האימפריה העות'מאנית.

38 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18.

39 ראו: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 137.

40 ראו: Scoot, לעיל ה"ש 26, בעמ' 202. בהודעת משרד עיתונות הבריטי נאמר בין השאר: "[...] His Britannic Majesty's Principal Secretary of State for Foreign Affairs give notice that, in view of the state of war arising out of the action of Turkey, Egypt is placed under the protection of his Majesty and will henceforth constitute a British Protectorate. The suzerainty of Turkey over Egypt is thus terminated and his Majesty's Government will adopt all measures necessary for the defense of Egypt and the protection of its inhabitants and interests [...]" ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18; ראו גם: ביגר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 84.

41 ראו: Biger, לעיל ה"ש 16, בעמ' 43; ראו גם: ביגר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 48. הרוסים והאיטלקים חתמו אף הם על ההסכם בהמשך.

עם תום מלחמת העולם הראשונה העניקה בריטניה ב-1922 עצמאות למצרים, המליכה את המלך פואד, וסיימה את הפרוטקטורט הבריטי באזור.⁴² בד בבד עם סיום המלחמה והתפרקותה של האימפריה העות'מאנית נוצרו באזור ישויות מדיניות חדשות. לענייננו נוגעות פלשתינה-א"י, הממלכה העבר-ירדנית וכן חיג'אז ובירתה ג'דה, שבהמשך תהפוכנה לסעודיה.⁴³ לאור הדברים שתוארו עד כאן ניתן להבין מדוע הן סעודיה והן מצרים יכולות לטעון לריבונות על האיים והמצרים.⁴⁴

ב-29 בנובמבר 1947 קיבלה העצרת הכללית של האומות המאוחדות את ההחלטה בדבר סיום המנדט הבריטי בארץ ישראל (Palestine) והקמתן של שתי מדינות, יהודית וערבית (להלן: החלטה 181).⁴⁵ ב-15 במאי 1948 הוכרזה הקמתה של מדינת ישראל ובעקבותיה פתחו מדינות ערב במלחמה כנגד ישראל. לענייננו חשוב שמיד עם פתיחת המלחמה הטילה מצרים מצור על ישראל. בתחילה הייתה למצור משמעות זניחה עבור מפרץ אילת שכן עדיין לא היה בה נמל (רק בשנת 1952 הסתיימה בניית הנמל באילת וספינות גדולות יכלו לעגון בו רק החל משנת 1956).⁴⁶ עיקר המשמעות בשלב זה היה מניעת העברת סחורות דרך תעלת סואץ.⁴⁷

הסכם שביתת נשק בין מצרים לישראל נחתם ב-24 בפברואר 1949 ועם ירדן ב-3 באפריל 1949.⁴⁸ ישראל כבשה את אילת (אום-רשרש) ב-10 במאוס 1949, כלומר בתקופה שבין החתימות על שני ההסכמים.⁴⁹ אולם מצרים לא הסכימה לקבל את שינוי הגבולות לאחר חתימת הסכם שביתת הנשק איתה, ולא הכירה באילת כשטח ישראל.⁵⁰ כלומר, מצרים לא הכירה בכך שגבולה של ישראל מגיע עד חופי מפרץ אילת. זאת ועוד, מצרים הכריזה כי מצב המלחמה עם

42 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18.

43 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18.

44 ראו: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 137.

45 ראו: החלטת האו"ם: U.N. GAOR Res. at 131, U.N. Doe. A/516 2 (1947); וראו גם: Danseyard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 127.

46 ראו: Barak, לעיל ה"ש 6, בעמ' 660.

47 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 23–24.

48 שם, בעמ' 10.

49 ראו: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 135; ראו: משרד ראש הממשלה – שירותי ההסברה **חסימת מיצרי טיראן ביום 23 במאי 1967** 4 (1968). (להלן: חסימת מיצרי טיראן)

50 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 21. מצרים הגישה שורה של תלונות כנגד כיבוש אילת. למרות שהוועדות קיבלו את התלונות המצריות ישראל לא קיבלה את ההחלטה של הוועדות. המחלוקת נסבו למעשה רק על עין נטפים (Bir Qatar) ולא על אילת. בסופו של דבר פונה משם ניסיון התיישבות ובמקום מוקמה עמדה צבאית. לענייננו מצרים לא ערערה על שליטת ישראל באילת. חוזה השלום עם ירדן הכיר באילת כחלק מישראל; ראו גם: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 135.

ישראל נשאר על כנו למרות הסכם שביתת הנשק, וישראל נותרה מדינת אויב.⁵¹ לעומת זאת, הסכם שביתת הנשק עם ירדן הכיר בכך שהשטח של ישראל כולל את אילת, ובכך הכירה ירדן כי לישראל גבול ימי במפרץ אילת.⁵²

לקראת סוף 1949 ולאחר כניסת שביתת נשק בין ישראל למצריים לתוקפה החלה האחרונה לגלות עניין בחשיבותם של המצרים והאיים הסמוכים להם. באותה עת נחתם הסכם בינה לבין סעודיה.⁵³ לפי הסכם זה הותר למצריים להכניס ציוד צבאי לאיים כדי לשמור עליהם מפני כיבוש בידי ישראל. ההסכם האמור לא נחשף מעולם במלואו, ככול הידוע.⁵⁴

בפברואר 1950 נדונה בין ארצות הברית ומצריים המשמעות של מניעת חופש השיט לאילת. ארצות הברית ביקשה לקבל הבטחה שחופש השיט לא ייפגע. מצריים העבירה תזכיר (Aide-Mémoire) לשגריר האמריקני בקהיר ב-28 לפברואר 1950 והוא העבירו לישראל. אבא אבן בדבריו במועצת הביטחון ב-19 בפברואר 1954 תיאר את המציאות במצרי טיראן, ובין השאר אמר:

[...] The Egyptian Government, in this aide-mémoire, states that these two islands have been occupied in perfect agreement with the Government of Saudi Arabia. The second paragraph states that, in so occupying these islands, Egypt has merely tried to confirm its rights on the said islands which, by their geographical position, are less than three sea miles from the Egyptian coast of Sinai and some four miles from the opposite coast of Saudi Arabia [...]

This occupation being in no sense intended to interfere in any way whatever with innocent traffic through the stretch of sea separating these two islands from the Sinai Coast of Egypt, it goes without saying that this passage, the only practicable one, will remain free, as in the past; which is in conformity with international practice and with the recognized principles of international law [...].⁵⁵

51 ראו: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 24, 36–40. ראו הרחבה בעניין המשמעות של הסכמי שביתת הנשק לסיום מצב מלחמה. מתוך הדברים ניתן ללמוד שלפי המשפט הבינלאומי בעבר היה מקובל לראות שוני בין הסכמי שביתת הנשק להסכמי שלום. ואולם, בהיסטוריה המודרנית המשמעות שניתנה להסכמי שביתת נשק עלתה, והם נהיו במידה רבה לסוג של הסכמי שלום (ראו בעיקר בעמ' 31); ראו גם: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 135–136.

52 ראו: U.N.T.S (United Nation Treaty Series) No. 656, 304 (1949), Hashemite Jordan Kingdom- Israel: General Armistice Agreement. Signed at Rhodes on 3 April 1949. ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 21; ראו גם: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 136.

53 ראו: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8; ראו: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 136.

54 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 22. בין השאר הוצבו תותחים בראס נצרני; ראו: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 137.

55 ראו: S.C.O.R (Security Council Official Records) 9th Year No. 659, בעמ' 19 סעיפים 102–103; ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 22–23; ראו גם: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8–9.

נציג מצריים טען בתגובה באותה ישיבה כי האיים שייכים למצריים כבר משנת 1906 ואישר את דבר ההסכם. בקיצור, טען בזו הלשון:

[...] Those islands were not suddenly occupied; they were occupied, may I point out, in 1906. At that time it had been found necessary to delimit the frontiers between Egypt and the Ottoman Empire... The islands have in fact been occupied since 1906, and it is an established fact that from that time on they have been under Egyptian administration [...].

While it is true that after relations between Egypt and the Ottoman Empire were broken off these islands became exclusively Egyptian, and that another State was able to initiate discussions concerning the occupation of the two islands; the fact is that that State was Saudi Arabia. An agreement was concluded between Egypt and Saudi Arabia, confirming what I would call, not the annexation, but the occupation of these islands and, what is more important, the recognition that they form an integral part of the territory of Egypt.⁵⁶

מצריים מכחישה כי קיבלה את האיים מהסעודים במסגרת הסכמות ביניהן. לטענתה, האיים הם שלה וההסכם נועד להראות כי הדברים מוסכמים.

ב-23 ביולי 1952 התחוללה במצריים מהפכת הקצינים וגאמל עבדאל-נאצר תפס את השלטון.⁵⁷ עד 1955 הלכה מצריים והפכה את שליטתה במצרים למוחשית. היא פרסמה הוראות לימאים (Notices to Mariners) לפיהן נדרשו הספינות המבקשות לעבור במצרים להודיע 72 שעות מראש על פרטים כגון: שם הספינה, סוג המטען, לאומיות, זמן המעבר ועוד.⁵⁸ בנוסף לכך פעלה מצריים באופן אקטיבי למימוש שליטתה במצרים. כך לדוגמה במספר אירועים נורתה אש לעבר ספינות שעברו שם, ובמקרים אחרים נעצרו הספינות למספר שעות ואפילו ימים.⁵⁹ מועצת הביטחון דנה בתלונות חוזרות ונשנות, ואף קיבלה החלטות בעניין, אולם מצריים התעלמה מהחלטות אלו.⁶⁰

56 ראו: S.C.O.R (Security Council Official Records) 9th Year No. 659, בעמ' 19 סעיפים 132-133; ראו גם: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 137. המצרים טענו כי בידיהם מסמכים המוכיחים שבמלחמת העולם השנייה היו באיים כוחות מצריים כחלק ממאמץ ההגנה של מצריים נגד הגרמנים.

57 ראו: מיה צורף "מהלאמת התעלה (1956) לכריית התעלה (2015) **ששים שנה למלחמת סיני – אסופת מאמרים** 3, 4-3 (שאול שי עורך, 2016). מאמר זה מתרכז במצרי טיראן. מבלי להרחיב מעבר לנדרש, ראוי לזכור כי את הנעשה במצרי טיראן יש לראות במבט רחב יותר של התהליכים המתרחשים במצריים ובעולם הערבי בשנות החמישים והשישים.

58 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 24-25.

59 שם, בעמ' 25-26. לדוגמה ב-1 ביולי 1951 נורתה אש לעבר ספינה בריטית שהעבירה ציוד צבאי לירדן; בינואר 1953 עוכבה ספינה דנית שהעבירה ציוד ממומבסה לאילת; ראו גם: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11-15.

60 ראו לדוגמה תלונה: S.C.O.R, s/3168 9th year January, 1954; ראו דוגמה התעלמות: S.C.O.R (Security Council Official Records) 9th Year No. 25 סעיף 135-136; ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 28-29.

באוקטובר 1956 במבצע משותף עם בריטניה וצרפת כבשה ישראל את חצי האי סיני וכן את מצרי טיראן. לאחר לחץ בינלאומי ולקראת פינוי האי בתחילת 1957 הודיעה ישראל את ההודעה הבאה באסיפה הכללית של האו"ם:

[...] By 22 January the Sinai Desert will be entirely evacuated by Israel forces with the exception of the Sharm al-Shaikh area, that is, the strip on the western coast of the Gulf of Aqaba which at present ensures freedom of navigation through the Straits of Tiran and in the Gulf [...].⁶¹

בסופו של דבר הסכימה ישראל לפנות את המצרים לאחר שקיבלה הבטחות כי חופש השיט יישמר. בין השאר הוקם כוח בינלאומי מיוחד (United Nation Emergency Forces – UNEF) שהוצב לאורך קווי הפסקת האש.⁶² בענייננו הכוח הוצב בשארם א-שייח ובראס נצרני בתחילת שנת 1957.⁶³ באותו זמן שבה סעודיה והכריזה כי האיים נמצאים בשטחה.⁶⁴

ישראל דרשה וקיבלה הבטחה מנשיא ארצות הברית אייזנהאואר (Eisenhower) כי יישמר חופש השיט בין השאר במצרי טיראן. ההבטחה הועברה דרך משרד החוץ במסמך (Aide-Mémoire) ובין השאר נכתב בו:

[...] With respect to the Gulf of Aqaba and access thereto—the United States believes that the Gulf constitutes international waters and that no nation has the right forcibly to prevent free and innocent passage in the Gulf and through the Straits giving access thereto. We have in mind not only commercial usage, but the passage of pilgrims on religious missions, which should be fully respected....In the absence of some overriding decision to the contrary, as by the International Court of Justice, the United States, on behalf of vessels of United States registry, is prepared to exercise the right of free and innocent passage and to join with others to secure general recognition of this right [...].⁶⁵

הנשיא אייזנהאואר העביר בו-זמנית מכתב לראש הממשלה בן-גוריון ובו הבהיר כי לישראל לא תהיה סיבה להתחרט על החלטתה לסגת מן המצרים. ישראל פינתה את המצרים ונסוגה לגבול

- 61 ראו: A/3500 G.A.O.R, 11th Session, 15 January 1957; ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 31.
- 62 ראו: U.N Resolution 1000, November 5th 1956; ראו גם: John F. Murphy, *To Bring to an End the State of War: The Egyptian-Israeli Peace Treaty*, 12 Vand. J. Transnat'l L. 897, 903 (1979); ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 56.
- 63 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 39; ראו גם: חסימת מיצרי טיראן, לעיל ה"ש 49, בעמ' 5.
- 64 ראו: חסימת מיצרי טיראן, לעיל ה"ש 49, בעמ' 11.
- 65 ראו: Foreign Relations of the United States, 1955–1957, Arab-Israeli Dispute, 1957, Volume XVII, 78, *Aide-Mémoire from the Department of State to the Israeli Embassy*. Department of State, Central Files, 674.84A/2–1157. המסמך הועבר משר החוץ האמריקאי לשגריר ישראל באו"ם אבא אבן; ראו גם: Gross Leo, *The Geneva Conference on the Law of the Sea and the Right of Innocent Passage Through the Gulf of Aqaba*, 53 Am. J. Int'l L. 564, 576 (1959). (להלן: Gross 1959).

הבינלאומי. ההבטחות הללו באשר לחופש השיט עמדו למבחן ערב מלחמת ששת הימים, שעה שמצריים שָׁבָה וחסמה את המצרים. ההבטחות לא מומשו.⁶⁶ במאי 1967 דרשה מצריים מכוחות האו"ם לפנות את חצי האי סיני ואת נקודות התצפית האמורות, ולאחר ימים ספורים הודיעה על סגירת מצרי טיראן.⁶⁷ במלחמת ששת הימים כבשה ישראל שנית את האיים טיראן וסנפיר והושב חופש השיט במצרים. ישראל פינתה את המצרים לאחר חתימת הסכם השלום עם מצריים בשנת 1979. עקב ניסיון העבר באשר לפינוי כוחות האו"ם, הוצב באי בפעם הזאת כוח משקיפים רב-לאומי (Multinational Force and Observers – MFO) בחסות ארצות הברית ובפיקודה.⁶⁸

3. המצב המשפטי של מצרי טיראן ומפרץ אילת מ-1948 ועד הסכם השלום בין ישראל ומצריים ב-1979

3.1 המצרים במשפט הים הבינלאומי

מרחבי ים שימשו בעבר בעיקר למסחר, דיג וגם למלחמות. זכות בסיסית ויסודית אשר הנחתה את הפעילות בים הייתה הזכות לחופש הפלגה בים הפתוח (Freedom of Navigation).⁶⁹ בתחילת המאה העשרים חל שינוי במצב זה.⁷⁰ הפעילות בים התרחבה בעקבות התפתחות טכנולוגית שאפשרה את ניצול אוצרות הים. כך נוצרו למדינות שלהן הייתה נגישות לים אינטרסים במשאב זה. כל אלה הביאו למאמץ בינלאומי להסדרת הפעילות בים באמצעות אמנות בינלאומיות, אמנות בין צדדים וכן באמצעות דרכי פעולה שהפכו למנהג בינלאומי – המשפט המנהגי (Customary Law).⁷¹

66 ראו: Zaki Shalom, *Lyndon Johnson's Meeting with Abba Eban, 26 May 1967 An Introduction*, 4(2) Israel Studies. 221, 223–226 (1999). ראו שם על האכזבה שנכונה לישראל לאחר סגירת המצרים בשנת 1967 ועל חוסר יכולתה ורצונה של ארצות הברית לעמוד מאחורי ההבטחה שניתנה ב-1956; ראו גם: חסימת מצרי טיראן, לעיל ה"ש 49, בעמ' 6–7.

67 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 56; ראו: חסימת מיצרי טיראן, לעיל ה"ש 49, בעמ' 8.

68 ראו: Egypt-Israel: Protocol Establishing the Sinai Multinational Force and Observers [Done at Washington, D.C., August 3, 1981], בעמ' 1190–1191.

69 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 10–11, 13–14, 17.

70 שם, בעמ' 13–15.

71 ראו: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 525–526, 387. בצמצום הנדרש ניתן לומר כי משפט מנהגי הוא מושג יסוד במשפט הבינלאומי. הוא מתייחס לנורמה אשר עדיין לא הפכה לאמנה או חוק בינלאומי. ניתן להגדירו כמקור הקדום ביותר של הנורמות של המשפט הבינלאומי. ההנחה היא שניתן ללמוד מן הדרך בה מדינות נוהגות על הסכמה לכללי התנהגות מסוימים ובכך די בכדי לבסס נורמה מחייבת הזוכה ללגיטימציה מצד המשפט הבינלאומי. למשפט המנהגי חשיבות לעיצוב כל נורמה במשפט הבינלאומי, והיא למעשה נקודה בזמן בדרך להגדרה ממוסדת כחוק או אמנה. להרחבה ראו: יורם דינשטיין **המשפט הבינלאומי והמדינה** (1971), בעמ' 44–46; ראו: אורנה בן-נפתלי ויובל שני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** (2006), בעמ' 378–385 (להלן: בן-נפתלי ושני).

תחום דיני הים הוא מהראשונים מתחומי המשפט הבינלאומי שהתפתחו והוסדרו.⁷² המשפט המנהגי בים החל להתפתח בסוף המאה השמונה-עשרה,⁷³ ונהיה לנורמה עם גיבושן של ארבע אמנות בג'נבה בשנת 1958, שעסקו בהיבטים שונים של דיני הים:⁷⁴ Convention on the High Seas; Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone; Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone; Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas.⁷⁵ עבור ישראל נכנסו האמנות משנת 1958 לתוקף החל מ-1961 למעט האמנה בדבר הדיג ושימור אוצרות החי בים הפתוח, עליה חתמה ישראל אך לא אשררה אותה.⁷⁶ מצריים וסעודיה לא הצטרפו לאמנה של 1958 כדי שלא תיאלצנה לתת מעבר במצרי טיראן לישראל מתוקף האמנה.⁷⁷ בשנת 1982 גובשה אמנה חדשה וכוללת בתחום דיני הים אשר עיגנה את האמנות הקיימות והוסיפה עליהן. מצריים וסעודיה חתמו ואשררו את האמנה החדשה. ישראל (וארה"ב) לא חתמה ולא אשררה, אך לרוב נוהגת לפי הכללים הקבועים בה.⁷⁸

מצרי טיראן ומפרץ אילת הם אזורים גאוגרפיים סמוכים בעלי מאפיינים משפטיים שונים אך תלויים זה בזה. מן ההיבט המשפטי יש להבחין בין מספר סוגים של ים ומשטרי הפלגה. מצד

- 72 ראו: שרה וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 525; וראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6 בעמ' 13.
- 73 ראו: George W. Gardndison & Virginia J. Meyer, *International Straits, Global Communications*, and the Evolving Law of the Sea, 8 Vand. J. Transnat'l L. 393, 395 (1974-1975) (להלן: Gardndison & Meyer).
- 74 ראו: Convention on the High Seas 1958. Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 30 September 1962. United Nations, Treaty Series, vol. 450, p. 11, p. 82; Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone 1958. Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 10 September 1964. United Nations, Treaty Series, vol. 516, p. 205 (להלן: אמנת 1958); Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas 1958. Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 20 March 1966. United Nations, Treaty Series, vol. 559, p. 285; Convention on the Continental Shelf 1958. Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 10 June 1964. United Nations, Treaty Series, vol. 499, p. 311; ראו: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 526. ראו גם: Danseyar, לעיל ה"ש 6, בעמ' 151. מצריים, ירדן וסעודיה אינן חתומות על האמנות הללו כנראה מתוך רצון לשמור על חופש פעולה באזורי ים שונים.
- 75 ראו: Gardndison & Meyer, לעיל ה"ש 73, בעמ' 400-403.
- 76 ראו: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 526.
- 77 שם, בעמ' 533; ראו: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 140.
- 78 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8. נכון ל-2017 אשררו את האמנה 166 מדינות, מוסדות וארגונים ובכלל זה סעודיה, מצריים וירדן. ביחס למדינות אלו האמנה של 1982 גוברת על האמנה של 1958. ישראל אינה צד לאמנה, אך בפועל היא נוהגת לרוב על לפי הכללים הקבועים בה נוכח היותם מנהגים. ראו: היועץ המשפטי לממשלה, **חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה בעניין הדין החל באזורים הימיים** 15 בינואר 2013. בסעיף 37 (להלן: היועץ המשפטי לממשלה); וראו: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 256.

אחד ישנו הים הפתוח (High Seas)⁷⁹ שבו מותר חופש השיט לכול.⁸⁰ מהצד השני ישנם המים הפנימיים (Internal waters) הנמצאים בריבונות המלאה של המדינה בתוכה הם נמצאים.⁸¹ בין שתי קבוצות אלו נמצאים המים הטריטוריאליים (Territorial sea) שבהם מוקנה חופש ההפלגה לכול בתום לב (Innocent Passage);⁸² גם באזור הסמוך (Contiguous Zone) עומדת הזכות להפלגה בתום לב;⁸³ המדף היבשתי (Continental Shelf),⁸⁴ ובאמנת 1982 נוסף גם האזור הכלכלי הבלעדי (Exclusive Economic Zone) שבו משטר ההפלגה מעט חופשי פחות מאשר בים הפתוח, אך עם זאת גדול מהמים הטריטוריאליים והאזור הסמוך, והוא נקרא זכות מעבר

79 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיף 86; ראו גם: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 541. באמנת 1982 מוגדר המונח על דרך השלילה כאותו חלק מהים שאינו מים פנימיים, מים טריטוריאליים או האזור הכלכלי הבלעדי. ים זה אינו נמצא בריבונות של שום מדינה והוא פתוח בפני הכול. בים הפתוח יש לכל מדינה זכות לבצע פעולות כגון: שיט, מחקר, דיג ועוד. השימוש בים הפתוח מותר גם למדינות שלהן אין ים. משפט הים מטיל מגבלות מסוימות על השימוש בים הפתוח.

80 באופן כללי ולצורך ההבנה הכללית ניתן לומר כי משטרי השיט בימים מדורגים באופן הבא. מזכות השיט בים הפתוח (Freedom of Navigation) שהיא הזכות הרחבה ביותר עבור דרך זכויות המעבר (Transit Passage) ועד מעבר בתום לב (Innocent Passage). ואלו מותנים באזור הרלוונטי.

81 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיף 8; ראו: Danseyar, לעיל ה"ש 6, בעמ' 132–133. המים הפנימיים נמצאים בצד היבשתי של קו הבסיס (Baseline) שהוא קו גאוגרפי ממנו מודדים את האזורים הימיים השונים. כל שטח המים הנמצא מהצד הקרוב יותר ליבשה מקו הבסיס הם מים פנימיים. מים אלו הם חלק משטח המדינה ולה ריבונות מלאה עליהם. דוגמה למים פנימיים הם נהרות, אגמים מפרצים וחלקי ים הנמצאים מלפנים מהצד היבשתי של קו הבסיס. ראו: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 526–528.

82 ראו: אמנת 1958, לעיל ה"ש 74, בסעיף 14; ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיף 2–3. בסעיף (1)2 נאמר: "The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters: described as the territorial sea". ראו גם: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 529–530. המשפט המנהגי קובע כי רצועת הים הסמוכה לחוף מצויה בריבונות של המדינה ובכלל זה האוויר וקרקעית הים. לגבי רוחבה של הרצועה חלו עם השנים התפתחות והרצועה הלכה והתרחבה מ-3 מייל עד לטווח 12 מייל המקובל היום. אמנת 1982 קובעת כי הטווח לא יגדל מ-12 מייל.

83 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיף 33; ראו גם: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 534. מדינות רשאיות להכריז על אזור סמוך המשתרע לטווח של עד 12 מייל מהמים הטריטוריאליים ולכל היותר 24 מייל מקו הבסיס. ריבונות המדינה אינה חלה על האזור הסמוך. ואולם המדינה יכולה להפעיל שם סמכויות אכיפה לעניינים של מכס, בריאות וכו'.

84 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיף 76; ראו גם: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 536–537. זהו מושג גאוגרפי המתאר את השטח הקרקעי שמעבר למים הטריטוריאליים. האזור משתרע על פני הקרקע עד לירידתו למעמקי הים. למדינות זכות להשתמש בקרקע ובתת הקרקע שבאזורן. כיום נכלל שטח זה בתוך האזור הכלכלי הבלעדי. ההבדל הוא שעל המדף היבשתי אין צורך להכריז בעוד על השני כן. העומק המקובל לפי המשפט המנהגי הוא עד לעומק 200 מטר או עד לעומק הניתן לניצול. המרחק לא יעלה על 200 מייל.

(Transit Passage).⁸⁵ דיונונו מתרכז בחיבור שבין הים הפתוח והמים הטריטוריאליים ככול שהם נוגעים למפרצים (מפרץ אילת) ולמַצרים (מַצרי טיראן) ומשפיעים עליהם.⁸⁶

חופש הַשִּׁיט בים הפתוח יהיה חסר משמעות אם לא יתאפשר חופש דומה במעברים המובילים אליו. מצד אחד ישנה חשיבות ברורה להסדרת הַשִּׁיט במַצרים עבור הקהילה הבינלאומית, ומצד שני קיימות המדינות השוכנות לחופם של המַצרים, עבורן המַצרים משמשים אזור השפעה וכן נקודת תורפה במקרים של תאונות או תקלות. מכאן ברור הרצון שלהן לשלוט על המצר לחופיו הן שוכנות ועל נוהלי המעבר בו.⁸⁷ החיכוך בין המדינה החופית לקהילה הבינלאומית מתחדד כאשר המַצרים צרים והַשִּׁיט מתבצע בתוך המים הטריטוריאליים של המדינה.⁸⁸ ואכן קיימים מַצרים הנמצאים תחת משטר של הסכמים בינלאומיים המבקשים לפתור את המתח בין המדינה החופית וחופש הַשִּׁיט במצר בתחומה,⁸⁹ ויש מצבים שמשטר המעבר במַצרים ייקבע בחסות המשפט הבינלאומי. כך היה בפסיקת בית המשפט הבינלאומי לצדק (International Court of Justice) בעניין תעלת קורפו (Corfu Channel) משנת 1949,⁹⁰ שם נקבע כי מצר הוא מעבר המחבר בין שני חלקים של ים פתוח.⁹¹

בסעיף 16(4) של אמנת הים משנת 1958 נכתב:

85 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיף 55 המוגדר כך: "The exclusive economic zone is an area beyond and adjacent to the territorial sea, subject to the specific legal regime established in this Part, under which the rights and jurisdiction of the coastal State and the rights and freedoms of other States are governed by the relevant provisions of this Convention" ראו גם: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 535–536.

86 ראו: לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 224–225. מצריים וסעודיה דרשו לעצמן בעבר מים טריטוריאליים ברוחב 3 מייל. בשנת 1949 תבעה סעודיה 6 מייל ומצריים דרשה גם היא בשנת 1951. בשנת 1958 הגדילו שת המדינות את דרישתן ל-12 מייל.

87 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 38; ראו גם: Gardndison & Meyer, לעיל ה"ש 73, בעמ' 404.

88 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 38.

89 שם, בעמ' 38–39. ראו לדוגמה הסכם Montreux משנת 1936 המסדיר את המעבר בבוספורוס ובדרדנלים תחת שליטת טורקיה. וכן, הסכם Buenos Aires המסדיר את המעבר במַצרי מגלן.

90 ראו: 4–3, ICJ Reports, 1949, (United Kingdom vs. Albania) (The Corfu Channel Case (Merits)). בפרשה זו נדונה תביעה של בריטניה כנגד אלבניה בעניין התעלה הנמצאת בין אלבניה לאי היווני קורפו. התביעה הייתה על כך ששתי ספינות מלחמה בריטיות נפגעו ב-22 באוקטובר 1946 בתעלת קורפו עקב פיצוץ של מוקשים ימיים ו-45 מלחים בריטיים נהרגו. הטענה הייתה שהמוקשים הוצבו על ידי אלבניה. בית המשפט נדרש למשמעות המעבר בתום לב (Innocent Pass). זאת אל מול טענות אלבניה כי בסמכותה לקבוע את זכות המעבר בתעלה. בית המשפט נדרש בין היתר להכריע האם המעבר של שתי ספינות המלחמה פגעו בריבונות של אלבניה. בית המשפט פסק כי בימי שלום זכותן של ספינות מלחמה להפליג בתום לב במַצרים בינלאומיים. בית המשפט מיסד והרחיב את המשמעות של המעבר בתום לב; ראו גם: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 39; ראו גם: Gardndison & Meyer, לעיל ה"ש 73, בעמ' 397–398.

91 ראו: Corfu Channel Case, לעיל ה"ש 90, בעמ' 4; וראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 39.

There shall be no suspension of the innocent passage of foreign ships through straits which are used for international navigation between one part of the high seas and another part of the high seas or the territorial sea of a foreign State.⁹²

המלומדים מצביעים על כך שסעיף זה מכיל שני מרכיבים לצורך הגדרתו של מצר במשפט הים: הגאוגרפי והפונקציונלי.⁹³ בהיבט הגאוגרפי ישנם שני סוגים של מעברים: האחד, מצר המחבר בין שני ימים פתוחים, והשני, מצר בין הים הפתוח למים הטריטוריאליים של מדינה אחרת שאינה שוכנת לחופיו של המצר (Territorial sea of a foreign State).⁹⁴ המקור למשפט בעניין מצר כמעבר בין ים פתוח אחד למשנהו נובע מהמשפט המנהגי, והוא קיבל תיקוף בפסיקת בית המשפט בפרשת קורפו. באשר למעבר בין ים פתוח לחופה של מדינה אחת שאינה שוכנת לחופו של המצר גם הוא מבוסס לדעת המלומדים על המשפט המנהגי.⁹⁵

לפי החלק הפונקציונלי של ההגדרה בסעיף 16(4) על המצר לשמש לצורך שיט בינלאומי.⁹⁶ ולמרות שניתן לחשוב כי מדובר רק בשיט בינלאומי כפשוטו, המלומדים סבורים שיש לפרשו גם לתעבורה חופית של ספינות במים הטריטוריאליים של המדינה.⁹⁷ זאת מתוך פרשת קורפו שם פסק בית המשפט כי השיט אינו חייב להיות רק לצרכים בינלאומיים אלא יכול להיות גם שיט מקומי כדי שמצר ייחשב כבינלאומי.⁹⁸

בתחילה (במאה ה-19) כאשר המים הטריטוריאליים היו ברוחב של שלושה מייל, רוב המצרים כללו גם מסדרונות של ים פתוח.⁹⁹ במקומות שבהם היה המעבר צר וכלל מעבר במים הטריטוריאליים נדרשו, כאמור, הסכמים ספציפיים כדי למנוע מתיחות ומאבקים.¹⁰⁰ כאשר

92 ראו: אמנת 1958, לעיל ה"ש 74, בסעיף 16(4).

93 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 92.

94 שם; ראו גם: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 39-42. הדגש הינו על מדינה אחת ולא מדינות.

95 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 40-41. האם הדרישה למעבר למדינה טריטוריאליה היא תוצאה של אמנה או של המשפט המנהגי היא סוגיה שהמלומדים חלוקים בה. יש מלומדים (ELBaradei) הסבורים כי רק אישור של האמנה מחייב, ולכן אין מדובר במשפט מנהגי. לענייננו המשמעות היא שמדינות ערב שלא חתמו על האמנה משנת 1958 לא מחויבות למתן מעבר במצרים. לעומתם אלה הסבורים כי המקור הוא במשפט המנהגי טוענים כי על מדינות ערב לאפשר מעבר מתוקף משפט זה. ראו: Gross 1959, לעיל ה"ש 65, בעמ' 579.

96 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 42-45; ראו גם: Gross 1959, לעיל ה"ש 65, בעמ' 579. ההגדרה של שיט בינלאומי הנראית היא של מעבר ימי צר שיכול ויעבור בתוך מים טריטוריאליים וייתכן שגם בים פתוח (כלומר מצר רחב) ואשר משמש למעבר אוניות. המעבר הזה יחבר בין ים פתוח אחד לים פתוח שני או ים פתוח ומדינה חופית.

97 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 92.

98 ראו: Corfu Channel Case, לעיל ה"ש 90, בעמ' 4.

99 ראו: Gardndison & Meyer, לעיל ה"ש 73, בעמ' 395.

100 שם. המעברים במפרצים בדנמרק ובטורקיה הם דוגמאות להסכמים שכאלו.

המעבר במצרים הוא בתוך השטח הטריטוריאלי של המדינות לחופו של המצר נדרשת לפי סעיף 16(4) לאמנת 1958 זכות הפלגה בתום לב (Innocent Passage).¹⁰¹

בעוד מדינה חופית יכולה להשהות מעבר בתום לב בתוך מימיה הטריטוריאליים, לפי סעיף 16(4) האמור, אין אפשרות שמדינה חופית תשהה מעבר בתום לב במצרים העוברים בתחומה.¹⁰² כלומר, זכות ההפלגה בתום לב בלתי מוגבלת (No Suspension). יתרה מכך, השאלה אם חובתה של מדינה לאפשר מעבר ספינות מלחמה בתוך מימיה הטריטוריאליים בתום לב נתונה במחלוקת בין המלומדים.¹⁰³ אך לעומת זאת, מעבר ספינות מלחמה במצרים בתום לב אינו נתון במחלוקת בעקבות התקדים של פרשת קורפו.¹⁰⁴ זאת ועוד, בפרשת קורפו נקבע כי במעבר במצרים שכאלו רק פעולותיה של הספינה העוברת יכולות להעיד על תום הלב שלה, ואילו המדינה החופית אינה מורשית להשתמש בשיקולים, כגון דגל הספינה, מטען או יעד כסיבה להגבלת חופש השיט במצרים שבתחומה.¹⁰⁵

לסיכום. מתוך דברי המלומדים ניתן לומר כי זכות ההפלגה בתום לב בלתי מותנה במצרים רחבה אף יותר מזכות ההפלגה בתום לב במים הטריטוריאליים בשלושה היבטים: האחד, תום הלב נבחן באופן אובייקטיבי לפי פעולות הספינה; השני, הזכות נתונה לאוניות סוחר כמו גם לספינות צבאיות; האחרון, המעבר בתום לב ניתן בימים של שלום וגם של מתיחות (Cold War). ואולם, בימים של מלחמה של ממש ייתכן שהזכות למעבר בתום לב במצרים תימנע.¹⁰⁶

101 ראו: אמנת 1958 לעיל ה"ש 74, בסעיף 17: "Foreign ships exercising the right of innocent passage shall comply with the laws and regulations enacted by the coastal State in conformity with these articles and other rules of international law and, in particular, with such laws and regulations relating to transport and navigation". וכן ראו סעיפים 15–23; וראו אמנת 1982 לעיל ה"ש 8, בסעיף 17: "Subject to this Convention, ships of all States, whether coastal or land-locked, enjoy the right of innocent passage through the territorial sea". וכן ראו בסעיפים 18–32; על המשמעות של תום לב במשפט הים ראו באופן כללי: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 51–52; ראו גם: Gross 1959, לעיל ה"ש 65, בעמ' 581–582; ראו גם: לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 225; ראו גם: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 530–531. המלומדים דנים בשאלה מהו המבחן לתום-לב. האם מבחן אובייקטיבי של אופן התנהגות האונייה, כמו לדוגמה הפלגה ללא עצירות או מבחן סובייקטיבי שבו נלקחים בחשבון שיקולים כגון לאומיות, המטען והיעד.

102 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 93.

103 שם.

104 ראו: Corfu Channel Case, לעיל ה"ש 90, בעמ' 4.

105 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 93.

106 ראו: Corfu Channel Case, לעיל ה"ש 90, בעמ' 3–5; ראו גם: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 94; ראו גם: Gross 1959, לעיל ה"ש 65, בעמ' 581–582.

3.2 מעמדו של מפרץ אילת

בספרות מתוארים שלושה סוגי מפרצים. מפרץ הגובל במדינה אחת, מפרץ הגובל ביותר ממדינה אחת ומפרץ היסטורי (Historic Bay). אמנת 1958 מתייחסת רק לסוג הראשון.¹⁰⁷ מפרצים שלחופיהם שוכנות יותר ממדינה אחת ואשר לפחות לאחת מהן אין שליטה על פתחו של המפרץ (המצר) היא שאלה מורכבת במשפט הים.¹⁰⁸

מצרי טיראן מחברים בין מפרץ אילת לבין הים האדום. הים האדום נחשב לפי חוקי הים, כפי שראינו עד כאן, למעט המים הטריטוריאליים של המדינות השוכנות לחופיו, כים פתוח. מפרץ אילת לעומת זאת מורכב כולו מהמדינות השוכנות לחופיו.¹⁰⁹ זהו מצב שונה מהאמור בסעיף 16(4) של אמנת 1958 שלפיו החיבור הוא בין ים פתוח למים של מדינה אחת (Territorial sea of a foreign State). חלק קטן מהמלומדים סבורים שניתן בהסכם בין כל המדינות להסדיר את משטר הפלגה במפרץ עבור כולן.¹¹⁰ אך לעומתם רוב המלומדים סבורים כי הזכות להפלגה במפרץ כזה תהיה במשטר של תום לב בלתי מותנה (Nonsuspendable innocent passage) כמו במצר. לדעתם, הזכות האמורה בסעיף 16(4) בוודאי (*fortiori*) כוללת את הפלגה במפרץ.¹¹¹

אמנת הים משנת 1958 קבעה שני כללים חשובים בעניין מפרצים. האחד, מדינה אינה יכולה לסמן את קו הבסיס (Baseline) של המים הטריטוריאליים שלה, כך שהיא תנתק גישה חופשית של מדינה אחרת לים הפתוח.¹¹² כלומר, אסור שמדינה כלשהי תהפוך מפרץ למים פנימיים הנתונים בלעדית לשליטתה, כאשר קיימות עוד מדינות השוכנות לחופו של המפרץ ואשר זכאיות לחופש שיט לים הפתוח. ובמקרה שלנו, אין רשות לסגור את מפרץ אילת כמים פנימיים כיוון שלא ירדן ולא ישראל שוכנות לפתחו של המפרץ (מצרי טיראן), והן כן זכאיות להגיע לים הפתוח.¹¹³ ועוד נקבע באמנת הים משנת 1958 כי גם אם, בשונה מן המצב בעבר, אפשרית יצירת קו בסיס

107 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 85–86.

108 ראו: Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 116–117; ראו: Lapidot 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 88–89. הדגש הוא על יותר ממדינה אחת ושלפחות למדינה אחת אין שליטה במצר. אמנת 1958 עוסקת כאמור בגישה למדינה אחת בלבד.

109 ראו: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 532. כיום המים הטריטוריאליים של כל מדינה (12 מייל) מכסים את כל רוחב המיצר.

110 ראו: Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 172 ה"ש 159; ראו גם: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 86.

111 ראו: Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 173–174; וראו גם: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 87.

112 ראו: אמנת 1958, לעיל ה"ש 74, בסעיף 4(5): "The system of straight baselines may not be applied"; ראו: Lapidot 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 87–88. קו הבסיס הוא קו גאוגרפי ממנו מודדים את האזורים הימים השונים. כאשר הקו אינו ישר והוא מפורץ יכולה המדינה למתוח קו המתעלם מהמפרצים. למשל בפירודים בנוווגיה. ראו: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 526–527.

113 ראו: Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 116.

כך שמפרץ ייפך למים פנימיים, אזי חובה להמשיך ולשמור את הזכות למעבר בתום לב לכל הספינות.¹¹⁴

לנוכח כל הנאמר עד כאן יוצא אפוא כי שני סוגים של מפרצים יכולים לאפשר ריבונות מלאה של המדינה החופית. האחד, מפרץ השוכן לחופה של מדינה אחת ועונה על הדרישות כפי שתוארו לעיל, והשני מפרץ היסטורי (ראו להלן).¹¹⁵ בסופו של דבר, מפרץ שלחופיו שוכנות כמה מדינות לא יוכל להיחשב מים פנימיים.¹¹⁶ עד הסכם השלום בין ישראל למצריים נשלט מפרץ אילת על פי נורמות אלו. כלומר, המפרץ רובו ככולו נשלט על ידי המים הטריטוריאליים של המדינות והמשטר התקף שבו הוא לכל הפחות זכות ההפלגה בתום לב. יותר מכך, לדעת רוב המלומדים במפרץ שבו יותר ממדינה אחת הזכות היא להפלגה בתום לב בלתי מוגבל (Nonsuspendable).¹¹⁷

3.3 הטענות כנגד חופש השיט במצרי טיראן

לנוכח המורכבות של מפרץ אילת במשפט הבינלאומי ניסו סעודיה ומצריים בסיוע מדינות נוספות לטעון לאורך השנים כי מפרץ אילת הוא מפרץ ייחודי.¹¹⁸ יש לזכור כי בתקופה שמהחלטת האו"ם ב-1947 על סיום המנדט בארץ ישראל (החלטה 181) ועד 1958 שלט באזור המצרים ומפרץ אילת המשפט המנהגי בלבד, שכן אמנת הים נחתמה רק בשנת 1958.¹¹⁹ סעודיה ומצריים העלו ארבע טענות כתימוכין חוקיים להגבלת השיט. להלן נבחן אותן:

3.3.1 הטענה הראשונה

מצריים וסעודיה ביקשו לטעון כי מצרי טיראן מחברים בין הים הפתוח לים פנימי (Internal Waters, *Mare Clausum*) ולא לים פתוח אחר כנדרש באמנות. בין השאר טען הנציג הסעודי באסיפה הכללית של האו"ם בינואר 1957:

[...] I turn now to the question of the Gulf of Aqaba. Basically, this is not an international question. I bring it to the attention of the General Assembly only to disprove its

114 ראו: אמנת 1958, לעיל ה"ש 74, בסעיף (2)5: "Where the establishment of a straight baseline in accordance with article 4 has the effect of enclosing as internal waters areas which previously had been considered as part of the territorial sea or of the high seas, a right of innocent passage [...]."
ראו גם: Lapidot 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 88.

115 ראו: Lapidot 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 88.

116 שם.

117 שם, בעמ' 89.

118 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 48.

119 שם, בעמ' 39. העבודה על ניסוח החוקים החדשים החלה כבר בשנת 1949. בשנת 1956 הוצגה הטיטה המלאה הראשונה. לפיכך ניתן לומר שהמצב המשפטי יכול להיבחן גם לנוכח האמנות ההולכות ומתגבשות.

international character. The facts are simple to state. The Gulf of Aqaba is a national inland waterway, subject to absolute Arab sovereignty.¹²⁰

לדעת נציגי מדינות ערב, מפרץ אילת שוכן לחופה של מדינה אחת, והיא המדינה הערבית (זאת בהנחה שמתעלמים מקיומה של ישראל, אשר ריבונותה במפרץ אילת לא הוכרה על ידי חלק ממדינות אלו) ובעצם לדבריהם מדובר במפרץ ערבי.¹²¹

ואולם הטענה איננה מבוססת מבחינת היבט המשפט הבינלאומי. ראשית, אומנם המשפט המנהגי מכיר בכך שמדינה אחת המקיפה עם חופיה את כל המפרץ יכולה לטעון לים פנימי, ובכך למנוע כניסת כלי שיט לשטחה באופן שרירותי,¹²² אך כאמור רוב המלומדים סבורים שלפי המשפט המנהגי ואמנת 1958, מצר המחבר ים פתוח למפרץ שלחופו יותר ממדינה אחת לא ייחשב ים סגור.¹²³ שנית, מפרץ פנימי מתייחס לישות מדינית ולא לישות אתנית. אי אפשר לקבל את המצב שירדן, סעודיה ומצרים שהן מדינות עצמאיות, תתאחדנה לישות אחת רק לעניין הגדרת המפרץ. כך מדינות המקיפות מפרץ לא תוכלנה להיחשב כמדינה אחת רק בשל מוצאן הסלבי, לדוגמה. ולכן, משום שהמפרץ שוטף את חופיהן של מספר מדינות עצמאיות – הוא אינו ים פנימי.¹²⁴

3.3.2 הטענה השנייה

מדינות ערב טענו כי ישראל כלל אינה מדינה חופית במפרץ אילת.¹²⁵ טענה זו עמדה בבסיס הניסיון שלהן להכריז על מפרץ אילת כים פנימי, ולטעון שלישראל אין ריבונות על מפרץ אילת, שכן היא נמצאת שם רק מכוח הסכם שביתת הנשק והסכם זה אינו מקנה ריבונות. זאת ועוד, נטען כי ישראל כבשה את אילת לאחר חתימת הסכם שביתת הנשק עם מצריים (ראו לעיל תת-פרק 2).¹²⁶

120 ראו: A/3500 G.A.O.R, 11th Session, 15 January 1957, 233, Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 223–222.

121 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 57; ראו גם: Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 223. צריך לזכור כי בתקופה ההיא הלכה והתגבשה הרפובליקה הערבית המאוחדת (רע"ם). האיחוד בין מצריים לסוריה. במקביל התגבר הרעיון של הקמת אומה ערבית תחת הנהגת נאצר.

122 ראו: Danseyar, לעיל ה"ש 6, בעמ' 132–134. על ההגדרות של מפרצים, אופן מדידת גודלם והקריטריונים הנדרשים להגדרת מפרץ ראו: Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16–23; וראו גם: Mitchell P. Strohal, The International Law of Bays 55–77 (1963).

123 ראו: Gross 1959, לעיל ה"ש 65, בעמ' 566–567; ראו גם: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 58–56; ראו גם: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 86–87; ראו גם: Danseyar, לעיל ה"ש 6, בעמ' 132–134; ראו גם: לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 228; וראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 48–49; ראו גם: Selak Charles B. Jr., A Consideration of the Legal Status of the Gulf of Aqaba, 52 Am. J. Int'l L. 660, 676–677 (להלן: Selak) (1958).

124 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 57; ראו גם: Danseyar, לעיל ה"ש 6, בעמ' 135–136.

125 ראו: לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 230–231; ראו: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 140.

126 ראו: Gross 1968, לעיל ה"ש 6, בעמ' 129–130; ראו גם: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 63; ראו גם: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 137.

אשר לטענה כי ישראל איננה מדינה חופית במפרץ אילת המלומדים סבורים כי קווי שביתת נשק אינם יוצרים גבולות.¹²⁷ כלומר, הסכמי שביתת נשק אינם מגדירים גבולות אלא רק קווי הפרדה.¹²⁸ בחינה מדוקדקת של הסכם שביתת הנשק מעלה בביור כי ישנו הבדל בין הפרדת הכוחות לבין השליטה על השטח, וההסכם מתייחס רק לראשון.¹²⁹ באשר לטענה כי הכיבוש נעשה לאחר הסכם שביתת הנשק יש לומר, כי לפי הסכם החלוקה (החלטה 181) הייתה אילת חלק מהמדינה היהודית.¹³⁰ בנוסף לכך, הגבול עם ירדן באילת הוסדר במסגרת הסכם שביתת הנשק והוא נחתם ב-3 באפריל 1949 לאחר כיבוש אילת. לפיכך ניתן לראות בהסכם זה קבלה של המצב הקיים – קרי, אילת כחלק ממדינת ישראל.¹³¹ המשמעות היא ששטחה של ישראל לאורך חופי מפרץ אילת מבוססים ומוכרים בראי המשפט הבינלאומי ההסכמי.¹³²

3.3.3 הטענה שלישית

טענה חוזרת ונשמעת מפי מדינאים ערביים היא שמפרץ אילת הוא מפרץ היסטורי (Historical Gulf),¹³³ ולכן לא חל עליו עקרון חופש הַיָּם. טענה זו הועלתה לראשונה על ידי סעודיה בשנת 1957.¹³⁴ זכויות היסטוריות הן סוג ייחודי של זכויות מנהגיות. הבסיס המשפטי להיווצרות זכות היסטורית הוא הסכמה שבשתיקה של המדינות הנפגעות מהזכות. משמע, אם המדינה הטוענת לזכות היסטורית הפעילה אותה לאורך זמן וללא התנגדות של שאר המדינות הרי שעל פי המשפט המנהגי ניתן לקבל את קיומה של הזכות.¹³⁵ דוגמה למפרץ כזה הוא מפרץ הדסון בקנדה.¹³⁶

יש מעט מלומדים הסבורים שאפשר לראות במפרץ אילת מפרץ היסטורי.¹³⁷ ככלל רובם סבורים כי התנאים האמורים לא התממשו לגבי מפרץ אילת. המדינות עצמן סתרו את טענת הים ההיסטורי. כך לדוגמה בציטוט שהובא לעיל (ראו לעיל תת-פרק 2) כאשר מצריים קיבלה חזקה

127 ראו: לפידות, לעיל ה"ש 6 בעמ' 231.

128 ראו: Gross 1968, לעיל ה"ש 6 בעמ' 129.

129 שם, בעמ' 130.

130 שם, בעמ' 129.

131 שם; ראו גם: לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 231; ראו גם: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 64–65.

132 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 65.

133 שם, בעמ' 59–61; ראו גם: לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 228–230; ראו גם: Danseyar, לעיל ה"ש 6, בעמ' 136–138; ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 46–47; ראו גם: Gross 1959, לעיל, ה"ש 65, בעמ' 568–570; ראו גם: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 139–140.

134 ראו: Selak, לעיל ה"ש 123, בעמ' 676–677; ראו גם: לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 228; ראו גם: Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 223.

135 ראו: לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 229; ראו גם: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 59–61.

136 ראו: לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 229. בתחילת שנות החמישים ערכה מזכירות האו"ם סקירה על מפרצים היסטוריים בעולם. מפרץ אילת לא נכלל ביניהם.

137 ראו: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 149.

על האיים מידי סעודיה היא הבטיחה שהמעבר יישאר חופשי כבעבר לפי המשפט הבינלאומי.¹³⁸ בנוסף לכך, נדרשת הסכמה בשתיקה של המדינות הנפגעות. במקרה זה אין חולק כי הקהילה הבינלאומית (וישראל) מחו באופן ברור על הטענות הללו.¹³⁹

3.3.4 הטענה הרביעית

הטענה הרביעית היא אולי המשמעותית ביותר למצבנו היום לאחר העברת האיים מידי מצריים לסעודיה. הטענה היא שהמדינות האלה נמצאות במצב מלחמה עם ישראל.¹⁴⁰ מצרי טיראן נמצאים כאמור במים הטריטוריאליים הן של סעודיה והן של מצריים. מיד עם הקמת מדינת ישראל הטילה עליה מצריים מצור ימי.¹⁴¹ סעודיה ומצריים ביקשו לממש את זכותן על המים הטריטוריאליים שלהן, ולמנוע מעבר של ספינות אויב או ספינות המפליגות למדינת אויב דרך שטחן. המשפט המנהגי מתיר למדינה למנוע מעבר של ספינת אויב במים הטריטוריאליים שלה לצורכי הגנה.¹⁴² במקרה זה, כפי שנאמר לעיל, העבירה סעודיה את האיים טיראן וסנפיר לסמכות מצריים, וזו הוציאה את המדינות של מניעת המעבר אל הפועל.

אולם נקודת המוצא לסתירת טענה זו היא מגילת האו"ם אשר אוסרת על מדינה להפעיל מדיניות מלחמתית כנגד מדינה אחרת לאחר שנסתיימו הקרבות ביניהן (כפי שקרה במקרה זה בהסכם שביתת נשק עם מצריים ב-1949).¹⁴³ גם מועצת הביטחון קבעה כי מאחר שיש משטר של שביתת נשק והוא בעל אופי קבוע, אין צד אחד יכול להכריז שהוא במצב מלחמה עם הצד השני ולדרוש זכות של מעצר, חיפוש או טענות של הגנה עצמית.¹⁴⁴ במקרים מסוימים הרשתה לעצמה מצריים לטעון וטענה כי הסכם שביתת נשק לא סיים את מצב המלחמה עם ישראל

138 ראו: Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 223.

139 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 60; ראו גם: Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 223.

140 ראו: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 61-66; ראו גם: לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 230; ראו גם: Danseyar, לעיל ה"ש 6, בעמ' 138-140; ראו גם: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 48-49; ראו: El-Hakim, לעיל ה"ש 6, בעמ' 140-141.

141 ראו: Bloomfield, לעיל ה"ש 6, בעמ' 7-15. המצרים הכינו "רשימה שחורה" של למעלה ממאה ספינות להן לא יינתן אישור מעבר ללא הבדל בדגלי המדינות שלהן; ראו גם לפידות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 230.

142 ראו: Danseyar, לעיל ה"ש 6, בעמ' 140.

143 ראו: Charter of the United Nation, San Francisco, 26 June 1945, בסעיפים 33, 37, 38; ראו גם בג"צ 101/54 ג' דאי נ' נשיא משרד הוצל"פ, פד"ט ט, בעמ' 138, 140; ראו גם: לפידות: לעיל ה"ש 6, בעמ' 230; ראו גם: Lapidoth 1975, לעיל ה"ש 6, בעמ' 62.

144 ראו: U.N. Doc. s/2322, Resolution of 1 September 1951. בהחלטה נאמר בין השאר: "[...] Considering that since the armistice regime, which has been in existence for nearly two and a half years, is of a permanent character, neither party can reasonably assert that it is actively a belligerent or requires to exercise the right of visit, search and seizure for any legitimate purpose of self-defence [...]."¹⁴⁷ ראו גם: Bouchez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 147.

(למשל במבצע סיני),¹⁴⁵ ואולם נציגי המעצמות במועצת הביטחון דחו את עמדתה זו בנימוק כי לא ישראל ולא מצריים יכולות לטעון למצב לוחמתי כאשר ישנו הסכם שביתת נשק.¹⁴⁶ ואכן כל המדינות קיבלו עמדה זו באסיפה הכללית למעט הודו.¹⁴⁷ סעודיה מצידה הייתה קיצונית עוד יותר, כאשר הדגישה כבר במהלך הדיונים ליצירת אמנת הים של 1958 כי האמנה לא תחול על מדינות הנמצאות במצב מלחמה. יתרה מכך, היא ביקשה שהאמנה לא תחול גם על מדינות שאין ביניהן יחסים נורמליים.¹⁴⁸

לסיכום עד כאן. מצרי טיראן ומפרץ אילת היו נתונים באותה עת תחת נורמה בינלאומית שהשתנתה (מהמשפט המנהגי לנורמטיבי עם גיבוש אמנת 1958). מפרץ אילת הוא מפרץ חריג בכך שלחופיו שוכנת יותר ממדינה אחת. ובכל זאת, בראי המשפט הבינלאומי הטענות שהועלו כדי למנוע הפלגת ספינות לאילת אינן מקובלות על המוסדות הבינלאומיים כמו גם על דעת רוב המלומדים. המשפט הבינלאומי מאפשר במצרים ובמפרץ משטר הפלגה של הפלגה בתום לב לכל הפחות. נדמה כי רק טענה אחת נותרת ללא מענה מספק, והיא מצב המלחמה הקיים בין ישראל לסעודיה, שבו היא יכולה למנוע מעבר במימיה הטריטוריאליים.

4. המצב המשפטי לאחר הסכם השלום ישראל – מצריים (1979) וחתימת אמנת הים (1982) ועד העברת האיים לסעודיה (2016)

4.1 הסכם השלום

הסכם השלום בין ישראל למצריים סיים את מצב הלוחמה בין המדינות והביא להכרה הדדית ביניהן.¹⁴⁹ בהסכם מוקדש מקום למצרי טיראן, ונקבע בו מעמדם בסעיף 5(2) בזו הלשון:

The Parties consider the Strait of Tiran and the Gulf of Aqaba to be international waterways open to all nations for unimpeded and non-suspendable freedom of navigation and overflight. The Parties will respect each other's right to navigation and overflight for access to either country through the Strait of Tiran and the Gulf of Aqaba.¹⁵⁰

למרות שמדובר במצרים ובמפרץ בחרו המדינות להרחיב את הזכויות מעבר למשפט הים (הפלגה בתום לב). המשפט הראשון קובע חופש נְשִׁיט (Freedom of Navigation) כמו בים הפתוח.¹⁵¹

145 ראו: Danseyar, לעיל ה"ש 6, בעמ' 138. על השאלה אם הסכם שביתת הנשק אכן מסיים מצב מלחמה נחלקו המלומדים. ראו בעמ' 139.

146 ראו: Danseyar, לעיל ה"ש 6, בעמ' 138.

147 ראו: Rosenne, לעיל ה"ש 6, בעמ' 48–49.

148 ראו: Selak, לעיל ה"ש 123, בעמ' 680.

149 ראו: Egypt and Israel Treaty of Peace, לעיל ה"ש 7, בסעיפים 1 ו-3.

150 שם, בסעיף 5(2).

151 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 93.

אומנם אל ברדאעי (EL Baradei) סבור כי הסכם השלום ביקש למסד משטר מעבר מצומצם יותר של זכות מעבר (Transit Passage). לדעתו, המדינות ראו במפרץ אילת מים טריטוריאליים ולא ים פתוח, ולכן יש לראות את הכוונה לצמצם את הזכות כמו במים טריטוריאליים. בנוסף לכך המדינות קיבלו על עצמן בהסכם ולחגביל את הפעילות הצבאית.¹⁵² לעומתו, לפידות (Lapidot) ומלומדים נוספים סבורים אחרת ומתנגדים לעמדתו זו.¹⁵³ הם סבורים שאין ניגוד בין מים טריטוריאליים וחופש שָׁיִט: הראשון הוא הגדרה של מצב משפטי והשני הוא דרך פעולה. בעניין המגבלות שקיבלו על עצמן המדינות לא נראה שחותמי הסכם השלום ביקשו שהן תוטלנה גם על כל המשתמשים בנתיב של מצרי טיראן.¹⁵⁴

המשפט הראשון מבהיר שמעתה אין בין המדינות מחלוקת על כך שמדובר בנתיב שָׁיִט בינלאומי (International Waterways) ולא במצר המוביל אל מים פנימיים או מים היסטוריים. בנוסף לכך, בפעם הראשונה מובהר כי דין אחד למפרץ אילת ולמצרי טיראן. במובן זה נתקבלה בהסכם התאוריה שהוסברה לעיל והקובעת כי למדינות חופיות אשר אינן גובלות במצרים זכות בלתי מוגבלת להפלגה בתום לב במצרים. יתרה מכך, המדינות בהסכם הרחיבו את הזכות לחופש שָׁיִט שהוא משטר הָשִׁיט הרחב ביותר.¹⁵⁵

המשפט השני שהוסף לבקשת מצריים נראה כאילו נועד להגביל את המשפט הראשון כך שהמעבר יהיה רק לצורכי מעבר לישראל וממנה, ואילו שאר חופש הָשִׁיט יהיה נתון לשיקול מצריים.¹⁵⁶ בשל כך הוסף בחוזה זיכרון דברים מוסכם (Agreed Minutes) שבא ליישב עניין זה ולהבהיר כי אין מדובר כאן במגבלות חופש הָשִׁיט.¹⁵⁷

152 ראו: Mohamed El Baradei, *The Egyptian-Israeli Peace Treaty and Access to the Gulf of Aqaba: A New Legal Regime*, 76 Am. J. Int'l L. 532, 551 (1982). "זכות מעבר" (Transit Passage) מטילה הגבלות על מעבר של כלי שָׁיִט וכלי טייס צבאיים. המגבלות הן שצוללות אינן יכולות לצלול במעבר, ניתן לדרוש הודעה מראש מאוניות מלחמה על כוונה לעבור במצרים והמדינה הגובלת במצר יכולה להגביל את המעבר משיקולים של ביטחון. ראו בעניין זה גם: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 532; ראו גם: Lapidot, 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 101-102.

153 ראו: Lapidot 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 84-108.

154 שם, בעמ' 101.

155 שם, בעמ' 99-100.

156 ראו: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 534.

157 ראו: Egypt and Israel Treaty of Peace, לעיל ה"ש 7, בעמ' 194. בנספח נאמר: "The second sentence of paragraph 2 of article V shall not be construed as limiting the first sentence of that paragraph. The foregoing is not to be construed as contravening the second sentence of paragraph 2 of article V, which reads as follows: "The Parties will respect each other's right to navigation and overflight for access to either country through the Strait of Tiran and the Gulf of Aqaba"

4.2 אמנת הים 1982

שלוש שנים לאחר חתימת הסכם השלום עם השלכותיו על מצרי טיראן נחתמה אמנת הים 1982. האמנה נחשבת לאמנה נורמטיבית בעלת נורמות כלליות הקובעת סטנדרטים של התייחסות המדינות למרחב הימי ומשאביו.¹⁵⁸ בסעיף 37 של האמנה מוגדר המושג מצר: המצר משמש לשיט בינלאומי בין חלק אחד של הים הפתוח/אזור כלכלי בלעדי לבין חלק אחר של הים הפתוח/אזור כלכלי בלעדי.¹⁵⁹ בסעיף 38 האמנה מגדירה שהמסטר במצר הוא של זכות למעבר ללא עיכוב (Transit Passage).¹⁶⁰ העובדה שלא מוזכר כאן תום לב כפי שמוגדר באמנה משנת 1958 בסעיף 16(4) יכולה ללמד שהאמנה הרחיבה את הזכות הישנה.¹⁶¹

האמנה דנה בשני סוגי משטרים של הפלגה במצרים הנוגעים לעניינינו.¹⁶² האחד, זכות מעבר ללא הפרעה או השהייה (Right of transit passage, which shall not be impeded).¹⁶³ משטר זה ינהג במעבר בין ים פתוח / אזור כלכלי בלעדי לים פתוח / אזור כלכלי בלעדי אחר. זכות המעבר מוגדרת כהפלגה רציפה ומתמשכת בין הימים האמורים.¹⁶⁴ משטר השיט השני מוגבל יותר והוא מעבר בתום לב בלתי מוגבל (No suspension of innocent passage).¹⁶⁵ משטר זה יהיה תקף במצר העובר בין אי של מדינה לשטחה היבשתי ובלבד שיש במקום אפשרות מעבר

158 ראו: בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 71, בעמ' 370.

159 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיף 37: "This section applies to straits which are used for international navigation between one part of the high seas or an exclusive economic zone and another part of the high seas or an exclusive economic zone".

160 שם, בסעיף 38(1): "[...] all ships and aircraft enjoy the right of transit passage, which shall not be impeded [...]".

161 שם, בסעיף 38(2): "Transit passage means the exercise in accordance with this Part of the freedom of navigation and overflight solely for the purpose of continuous and expeditious transit of the strait between one part of the high seas or an exclusive economic zone and another part of the high seas or an exclusive economic zone. However, the requirement of continuous and expeditious transit does not preclude passage through the strait for the purpose of entering, leaving or returning from a State bordering the strait, subject to the conditions of entry to that State". להגדרות מה הוא תום לב ראו בעיקר סעיפים 17-19; ראו גם: וייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 532.

162 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 95.

163 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיף 38.

164 שם, בסעיף 38(2): "Transit passage means the exercise in accordance with this Part of the freedom of navigation and overflight solely for the purpose of continuous and expeditious transit of the strait between one part of the high seas or an exclusive economic zone and another part of the high seas or an exclusive economic zone". ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 95.

165 שם, בסעיף 45.

שנייה באותה רמת נוחות ובטיחות,¹⁶⁶ או בין ים פתוח/שטח כלכלי בלעדי למים הטריטוריאליים של מדינה אחרת.¹⁶⁷ ההבדל בין שני המשטרים הוא שבמשטר השני המעבר בתום לב אינו בלתי מוגבל, ולמדינה יש יותר מקום לשלוט ולהגביל את המעבר.

לענייננו, באשר למצרי טיראן – אם הם בשליטת סעודיה אזי המעבר אינו בין אי לשטחה של המדינה, וזאת משום שהמעבר נמצא בין סיני (המִצְרַיִם) לאי טיראן (הסעודי), וכן משום שלא קיים מעבר אלטרנטיבי כנדרש. לכן השאלה היא של הזכות למעבר אל תוך מים טריטוריאליים של מדינה אחרת. מצד אחד, ייתכן שהמשמעות של הדברים היא שבמצב הפלגה מהים הפתוח (הים האדום) לכיוון המים הטריטוריאליים (אילת) תהיה אפשרות הכבדה ודרישה להפלגה בתום לב. מצד שני, האמנה מבססת את העיקרון של איסור אפליה במעבר במצרים.¹⁶⁸ עיקרון זה יש בו משום אבטחה כנגד מניעה או הכבדה של שְׁיִט למדינה אחת בעוד לשאר המדינות יותר הִשְׁיִט באופן חופשי.¹⁶⁹ לפיכך, אמנת 1982 מבטיחה לכאורה לפחות חופש שְׁיִט בתום לב לכל כלי שְׁיִט במצרי טיראן.

4.3 היחס שבין הסכם השלום לאמנת הים

האמנות הבינלאומיות הן כלי החקיקה המרכזי של המשפט הבינלאומי והן הדרך המרכזית ליצירת נורמות.¹⁷⁰ כך גם אמנת הים כפי שהוצג לעיל. ישראל היא מדינה שלישית (Third State) בכל הקשור לאמנת 1982 כלומר, היא מדינה שאינה צד לאמנה.¹⁷¹ אמנות בינלאומיות מקנות זכויות ומטילות חובות על הצדדים לה בלבד,¹⁷² ואילו לגבי מדינות צד שלישיות האמנות אינן פוגעות בהן ואינן מועילות להן. יתרה מכך, הכלל הוא שאין אמנה יכולה לחייב מדינה שלישית בלי הסכמתה המפורשת (במפורש ובכתב).¹⁷³

166 שם, בסעיף 1)38: "if the strait is formed by an island of a State bordering the strait and its mainland, transit passage shall not apply if there exists seaward of the island a route through the high seas or through an exclusive economic zone of similar convenience with respect to navigational and hydrographical characteristics"; ראו גם: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 95.

167 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיפים 1)38 ו-45(b).

168 שם, בסעיף 1)24(b).

169 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 99–100.

170 ראו: בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 71, בעמ' 367–368.

171 ראו: Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), 1155 UNTS 331, בסעיף 1)2(h): "Third State" means a State not a party to the treaty"; ראו גם: יורם דינשטיין **אמנות בינלאומיות** (1974), בעמ' 97–99 (להלן: דינשטיין 1974).

172 ראו: אמנת האמנות, לעיל ה"ש 171, בסעיף 34.

173 ראו: דינשטיין 1974, לעיל ה"ש 171, בעמ' 105–106; ראו גם: אסתר אפרת-סמילג "דיני אמנות" **משפט בינלאומי** 427, 444–445 (מהדורה שנייה, סיבל רובי עורך, התש"ע-2010) (להלן: אפרת-סמילג).

אמנת 1982 היא מהאמנות המעניקות זכויות לכל המדינות (*erga omnes*).¹⁷⁴ יש מאמנות אלו שהופכות עם השנים למשפט מנהגי והוראותיהן מחייבות מכוח המנהג.¹⁷⁵ לא ברור אם אמנת הים משנת 1982 כבר הגיעה למעמד זה,¹⁷⁶ ולכן, לענייננו, הכרזת ישראל כי היא מקבלת את האמנה וכי בפועל היא נוהגת לרוב לפי הכללים הקבועים בה נוכח היותם מנהגיים, אינם משנים את מעמדה כמדינה שלישית.¹⁷⁷ המשמעות היא, שישראל אינה יכולה לדרוש מן המדינות החתומות על האמנה לעמוד בהתחייבויותיהן באמנה אם הן לא עומדות בה. זאת ועוד, ישראל אינה יכולה להתנגד להצהרות (הסתייגויות – Reservation) של מדינות באשר לאופן שבו הן מקיימות את האמנה (ראו להלן).

כפי שניתן לראות, ישנם הבדלים מסוימים בין הסכם השלום לבין אמנת הים בעניין חופש המעבר במצרים. באופן כללי ניתן לומר כי הסכם השלום מעניק חופש שיט בעוד האמנה מבטיחה זכות מעבר בתום לב בלתי מוגבל או ייתכן שרק הפלגה בתום לב.¹⁷⁸ עולה אם כן השאלה: מהו אפוא היחס בין הסכם השלום המרחיב לבין משפט הים משנת 1982 – כלומר, בנוגע למעבר במצרי טיראן, האם הסכם השלום הוא הגובר או משפט הים?

באופן כללי, בראי המשפט הבינלאומי נראה סביר לומר שבין המשפט הקיים (*Lex Latat*) לבין ההסכם יגבר ההסכם, בהיותו נורמה ספציפית המקנה זכות שיט חופשי ללא אפשרות של אפליה.¹⁷⁹ אך יתרה מכך, האמנה נותנת כלים למענה על שאלה זו. סעיף 35(c) קובע כי משטר השיט הקיים במצר בחסות הסכם והנמצא בתוקף כבר זמן ממושך יגבר על האמנה.¹⁸⁰ זאת ועוד, גם אם לא ניתן לראות במשך זמן שחלף מהסכם השלום (1979) ועד כניסת אמנת הים לתוקף (1982) זמן ארוך, יש בקרב המלומדים כאלה הרואים את החלטה 242 של מועצת הביטחון

174 ראו: אפרת-סמילג, לעיל ה"ש 173, בעמ' 445.

175 שם. למשל אמנת קושטא משנת 1888 למעבר בתעלת סואץ.

176 ראו: בן-נפתלי ושוני, לעיל ה"ש 71, בעמ' 373. משך הזמן הנדרש להפיכת אמנה למנהגית יכול להיות קצר או ארוך. אין לנושא זה חוקים ברורים ובמקרים מסוימים בתי משפט הם המחליטים על מעבר זה.

177 ראו: היועץ המשפט לממשלה, לעיל ה"ש 78, בסעיף 37.

178 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 106–107.

179 שם, בעמ' 106.

180 ראו: אמנת 1958, לעיל ה"ש 74, בסעיף 35(c): "The legal regime in straits in which passage is regulated in whole or in part by long-standing international conventions in force specifically relating to such straits"; ראו גם: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 96, 106. המנסחים ראו בעייני רוחם את ההסכמים הקיימים ביחס למצרי הבוספורס או מיצרי מגלן.

כתחילתו של ההסכם. זאת מתוך כך שכבר בהחלטה 242, שניתנה לאחר מלחמת ששת הימים, נדרש להבטיח את חופש השיט במצרים והסכם השלום מתייחס להחלטה זאת.¹⁸¹

סעיף 311 של האמנה נותן קדימות להסכמים קיימים בדבר משטר הפלגה במפרץ, ובלבד שאלה לא ימנעו ממדינות אחרות לממש את זכויותיהן המנויות באמנה.¹⁸² לדעת המלומדים ההבדל בין שני הסעיפים הוא שסעיף 35(c) מתייחס לממד הזמן. כלומר, ראשית יש לבחון את "אורך הזמן" של החוזה. אם הוא ארוך דיו הוא יגבר על האמנה גם אם הוא סותר אותה ובכלל זה זכויות של מדינות אחרות. אם ההסכם אינו קיים זמן ארוך הוא יוכל לגבור על האמנה רק אם אינו סותר אותה ואינו פוגע בזכויות של מדינות אחרות.¹⁸³

ואכן, בשנת 1982 מסרה ארצות הברית הודעה בדיוני ועדת האו"ם לאמנת הים, ובה נאמר כי לפי תפיסתה של ארצות הברית אין סתירה בין הוראות הסכם השלום לבין אמנת הים.¹⁸⁴ להבנתה, בהיותה צד להסכם השלום, ההסכם הוא הנורמה התקפה באשר למצרי טיראן.

בשנת 1983 כאשר מצריים אשררה את אמנת הים היא צירפה הצהרה הקובעת כי ההוראות בעניין מעבר במצרי טיראן ומפרץ עקבה הכלולות בהסכם השלום עם ישראל תואמות את המסגרת של הנורמה הקבועה באמנה בנוגע למצריים.¹⁸⁵ ישראל, שאינה חתומה על האמנה, הגיבה על הכרזה זו בהודעה למזכ"ל האו"ם והודיעה כי הסכם השלום וההכרזה המצרית מתיישבים עם

181 ראו: Egypt and Israel Treaty of Peace, לעיל ה"ש 7, בעמ' 59, "Convinced of the urgent necessity of the establishment of a just, comprehensive and lasting peace in the Middle East in accordance with Security Council Resolutions 242 and 338", ראו גם: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 106.

182 ראו: אמנת 1958, לעיל ה"ש 74, בסעיף 311(2): "This Convention shall not alter the rights and obligations of States Parties which arise from other agreements compatible with this Convention and which do not affect the enjoyment by other States Parties of their rights or the performance of their obligations under this Convention".

183 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 96.

184 שם, בעמ' 107. ההודעה: 128 CONG. REC. S4089 (daily ed. Apr. 27, 1982) כפי שמצוטט שם.

185 ראו: Oceans & Law of the Sea United Nations, Declarations and Statements, http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Egypt Upon ratification (נצפה לאחרונה יוני 2017). (להלן: Declarations and Statements). **Declaration concerning passage through the Strait of Tiran and the Gulf of Aqaba:** "The provisions of the 1979 Peace Treaty between Egypt and Israel concerning passage through the Strait of Tiran and the Gulf of Aqaba come within the framework of the general regime of waters forming straits referred to in Part III of the Convention, wherein it is stipulated that the general regime shall not affect the legal status of waters forming straits and shall include certain obligations with regard to security and the maintenance of order in the State bordering the strait". לפי סעיף 310 לאמנה מדינות יכולות בזמן החתימה או אשרורה להוסיף הכרזות הנוגעות לקיום האמנה כל עוד הכרזות אלו לא פוגעות בקיום כל סעיפי האמנה: ראו גם: ייס מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 534.

אמנת הים.¹⁸⁶ נראה לומר כי סעיפים 35(c) ו-311 של אמנת הים משנת 1982 חלים על ההסכם בין ישראל למצרים. ההסכם בין המדינות מרחיב את המשטר הקיים במצרים לפי האמנה והוא יישאר בתוקף, כיוון שהמשטר במצרים מוסדר באמצעות הסכם בין המדינות, והוא קודם לאמנת הים משנת 1982, וגם משום שהוא אינו פוגע במדינות אחרות – הוראות ההסכם ימשיכו לחול ויגברו על האמנה.

5. צופה פני עתיד – העברת האיים טיראן וסנפיר לסעודיה וחופש השיט במצרי טיראן

כבר ב-1982 במהלך הנסיגה של ישראל מחצי האי סיני פנו הסעודים למצריים וטענו לבעלות על האיים טיראן וסנפיר. הדברים עולים מתוך דבריו של שגריר ישראל לשעבר במצריים.¹⁸⁷ לדבריו, מובארק ביקש מהסעודים שלא לעורר את העניין באותה עת על מנת שלא למנוע את השלמת נסיגת ישראל, אולם סעודיה המשיכה להפעיל על מצריים לחץ שהוביל להכרת מצריים בריבונות סעודיה על האיים. ב-1990 פרסם הנשיא מובארק צו נשיאותי המפרט את הקואורדינטות של הגבולות הימיים של מצריים בים התיכון ובים סוף, ואלה לא כללו את האיים טיראן וסנפיר. לדרישת סעודיה הופקד המסמך באו"ם.¹⁸⁸

ב-8 באפריל 2016 במהלך ביקורו של מלך סעודיה במצריים חתמו מצריים וערב הסעודית על הסכם המסדיר את הגבול הימי בין שתי המדינות. ההסכם קובע כי האיים טיראן וסנפיר יועברו לידי הסעודים. ההסכם כולל גם סיוע כלכלי גדול מסעודיה למצריים המוערך ב-22 מיליארד דולר, בכלל זה בניית גשר בין סעודיה למצריים על גבי האיים טיראן וסנפיר לעבר חצי האי סיני.¹⁸⁹ לפי דיווחים בעיתון "אל-אהרם", מצריים עדכנה את ישראל על המהלך, וכן נמסר כי ישראל עודכנה שבכוונת הסעודים לכבד את ההסכמים שבין ישראל למצריים ולא לעשות באיים שימוש צבאי.¹⁹⁰ שר הביטחון משה יעלון הודה כי ישראל אישרה ואף חתמה על הסכמתה להעברת האיים.¹⁹¹

186 ראו: יו"ם מועדי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 534. כפי שמצוטט שם.

187 צבי מזאל, העברת טיראן וסנפיר לסעודיה – פגיעה בהסכם השלום עם מצרים? בלוג – המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, 14.4.2016. <http://jcpa.org.il/2016/04/%D7%94%D7%A2%D7%91%D7%A8>. [http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/EGY/](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/EGY.htm) (נצפה לאחרונה יוני 2017).

188 ראו: Baselines of the maritime areas – Decree of the President of the Arab Republic of Egypt, No. 27 (1990) Concerning the baselines of the maritime areas of the Arab Republic of Egypt, 9 January 1990, <http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/EGY.htm> (נצפה לאחרונה יוני 2017).

189 ראו: The Washington Institute, <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/the-israeli-angle-to-the-saudi-egyptian-island-deal>, 13.4.2016. (נצפה לאחרונה יוני 2017).

190 ראו: ג'קי חורי וג'ולי כהן " המתנה של א-סיסי למלך סעודיה: איים טיראן וסנפיר בים סוף" הארץ 11.4.2016. לפי המאמר גם ירדן עודכנה במהלך.

191 ראו: שי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 13-14. יש לציין כי לא ניתן פרסום ברשומות להסכם זה אם הוא קיים.

בהודעת הממשלה המְצֵרית נאמר כי החתימה היא סופו של תהליך ארוך שנמשך כשש שנים וכלל אחד-עשר מפגשים. ב-29 בדצמבר 2016 אישר הקבינט המְצֵר (Council of Ministers) את ההסכם בין שתי המדינות בכפוף לאישור הפרלמנט. לפי ההסכם תשלוט סעודיה באיים טיראן וסנפיר שהיו בשליטת מצריים.¹⁹² ב-2 בינואר 2017 הודיעה ועדת החוקה של הפרלמנט המְצֵר כי תקיים דיון על ההסכם.¹⁹³

ההסכם עורר התנגדות גדולה במצריים, ולכן הגישו קבוצה של עורכי דין תביעות לבית הדין המנהלי לביטולו. טענתם המרכזית של התובעים הייתה שטיראן וסנפיר הם בריבונות מְצֵרית מאז ומעולם, וכי החוקה המְצֵרית אוסרת למסור כל חלק מאדמתה. עוד טענו בתביעתם שעובדי ציבור המפירים את החוקה עוברים עבירה פלילית.¹⁹⁴ בית הדין המנהלי העליון (Supreme Administrative Court) שדן בערעור המדינה על פסיקת בית הדין המנהלי קיבל את התביעות ודחה את ערעור הממשלה. במהלך הדיון הציגו נציגי המדינה עדויות חדשות שהאיים אינם חלק ממצריים, וכי הם נתקבלו מסעודיה שהאיים שייכים לה.¹⁹⁵ נמסר כי בידי הממשלה מכתב משנת 1957 שבו דורשת סעודיה את האיים, כמו כן הוצג ספר בריטי משנת 1929 המציג את האיים בשטחה של סעודיה. כאמור, בתי המשפט לא קיבלו את עמדת המדינה, ופסקו כי אי אפשר להעביר את האיים לסעודיה, וכי הדבר מנוגד לחוקה המְצֵרית. ואולם בית המשפט לעניינים דחופים (Court of Urgent Matters) פסק ב-2 באפריל 2017 כי ההסכם חוקי וניתן למימוש.¹⁹⁶ בכך ביטל בית המשפט את החלטתו של בית המשפט המנהלי העליון, ופתח את הדרך לאישור ההסכם על ידי הפרלמנט ביוני 2017 ובהמשך לאישורו על ידי נשיא מצריים.¹⁹⁷

מחקר זה לא בא לבחון לגופן את פסיקות בתי המשפט במצריים והוא, יוצא מתוך ההנחה כי האיים נמצאים כחוק בריבונות סעודיה. לענייננו, מעלה העברת האיים לסעודיה שאלות מהותיות בהיבט המשפט הבינלאומי.

192 ראו: <http://www.dailynewsegypt.com/2016/12/29/cabinet-approves-red-sea-lands-demarcation-sends-bill-parliament/>, בעמ' 1, 29.12.2016 (נצפה לאחרונה יוני 2017).

193 ראו: <http://www.dailynewsegypt.com/2017/01/02/demarcation-agreement-will-discussed-full-transparency-parliaments-judicial-committee/>, 2.1.2017 (נצפה לאחרונה יוני 2017).

194 ראו: <http://www.dailynewsegypt.com/2016/12/30/sending-red-sea-islands-agreement-parliament-violation-malek-adly/>, בעמ' 1, 30.12.2016 (נצפה לאחרונה יוני 2017). וראו גם: Egypt's Constitution of 2014, בסעיף 1 נאמר: "The Arab Republic of Egypt is a sovereign state, united and indivisible, where nothing is dispensable, and its system is democratic republic based on citizenship and the rule of law [...]".

195 ראו: <http://www.dailynewsegypt.com/2016/12/19/administrative-court-postpones-red-sea-island-deals-final-verdict-16-january/>, 19.12.2016 (נצפה לאחרונה יוני 2017).

196 ראו: <http://www.aljazeera.com/news/2017/04/egypt-court-voids-block-islands-transfer-saudis-170402132102057.html>, 2.4.2017 (נצפה לאחרונה יוני 2017).

197 ראו: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-40278568> (נצפה לאחרונה יוני 2017).

ב-24 באפריל 1996 אשררה סעודיה את אמנת הים. במועד זה היא הגישה הצהרה מפורטת בעניין האמנה (Declarations and Statements), וזו כללה למעשה הסתייגויות של סעודיה באשר לקיום האמנה בכמה נושאים.¹⁹⁸ ראוי לתת את הדעת לנאמר בהצהרה זו.

בסעיף הראשון להצהרה הבהירה סעודיה כי היא איננה מחויבת או כבולה באשר להכרזות שניתנו על ידי מדינות אחרות בשעה שחתמו על האמנה.¹⁹⁹ לא נוכל להבהיר כאן את הכוונה המדויקת של ההסתייגות הסעודית ואם היא מתייחסת להצהרה המְצֵרֵית בדבר ההתאמה שבין הסכם השלום לאמנה. מלשון הדברים נראה שסעודיה רוצה להרחיק עצמה מכל הסכמה הקשורה לזכויות על שטחה הימי. סעיף שתיים של ההצהרה מחזק את ההבנה הזו, ובו נאמר במפורש כי סעודיה אינה מקבלת כל הסכם הפוגע בזכויותיה הימיות.²⁰⁰

בסעיף שלוש של ההצהרה מתייחסת סעודיה לסעיפים 122 ו-123 לאמנה שדנים בים סגור (Enclosed) או סגור למחצה (Semi-Enclosed). כפי שהראינו למעלה סעודיה התייחסה בעבר למפרץ אילת כאל ים סגור ולא נסוגה מעמדה זו. בסעיף 123 נקבע כי המדינות השוכנות לחופיו של ים כזה צריכות לשתף פעולה, אלא שסעודיה מבהירה בהצהרה ששיתוף פעולה כאמור באמנה יתנהל רק עם מדינות החתומות על האמנה,²⁰¹ ואילו מכל שכנותיה הימיות הרבות רק ישראל אינה חתומה עליה.

198 ראו: אמנת האמנות, לעיל ה"ש 171, בסעיף (d)2: "Reservation means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State" לעיל ה"ש 171, בעמ' 41–50. הסתייגות הינה הודעה חד-צדדית הניתנת על יד המדינה בשעת החתימה, האשרור או ההצטרפות לאמנה. הכוונה היא לשנות את התוצאות המשפטיות של הוראות מסוימות ביחס למדינה. לאופן מתן הסתייגויות כללים המפורטים באמנה.

199 ראו: Declarations and Statements, לעיל ה"ש 185, Saudi Arabia, בסעיף 1: "The Government of the Kingdom of Saudi Arabia is not bound by any domestic legislation or by any declaration issued by other States upon signature or ratification of this Convention. The Kingdom reserves the right to state its position concerning all such legislation or declarations at the appropriate time. In particular, the Kingdom's ratification of the Convention in no way constitutes recognition of the maritime claims of any other State having signed or ratified the Convention, where such claims are inconsistent with the provisions of the Convention on the Law of the Sea and prejudicial to the sovereign rights and jurisdiction of the Kingdom in its maritime areas".

200 שם, Saudi Arabia, בסעיף 2: "The Government of the Kingdom of Saudi Arabia is not bound by any international treaty or agreement which contains provisions that are inconsistent with the Convention on the Law of the Sea and prejudicial to the sovereign rights and jurisdiction of the Kingdom in its maritime areas".

201 שם, Saudi Arabia, בסעיף 3: "The Government of the Kingdom of Saudi Arabia considers that application of the provisions of Part IX of the Convention concerning the cooperation of States bordering enclosed or semi-enclosed areas is subject to the acceptance of the Convention by all States concerned".

בסעיף חמש מבהירה סעודיה כי היא איננה מכירה בזכות למעבר בתום לב דרך המים הטריטוריאליים שלה כל זמן שקיימת אפשרות מעבר בדרכים אחרות.²⁰² זאת בהתאם לאמור בסעיף 38(1). לפיכך נראה כי סעודיה לא תמנע מישראל אפשרות מעבר במים הטריטוריאליים שלה באזור מצרי טיראן כיוון שאין למעשה אפשרות אחרת למעבר ימי. בסעיף האחרון של ההכרזה (סעיף 7) מבהירה סעודיה כי היא תפעל בהתאם לחוק המדינה, ותפעיל את החוקים האלו באזורים הנמצאים בריבונותה הימית.²⁰³

5.1 דיון

בתחילת הדיון חייבים לסייג ולומר כי הדברים נכתבים מבלי שהיה אפשר לבחון את ההסכמות בין ישראל, מצריים, סעודיה וארה"ב בעניין העברת האיים, אם אכן היו כאלה.

לסעודיה גבולות עם מדינות רבות הכוללים גם גבול ימי. כך הדבר עם כוית, בחריין, קטר, איחוד האמירויות, תימן וירדן. עם מדינות אחרות היא נמצאת בסמיכות ושותפות למפרצים. כך הדבר עם איראן, אריתריאה, סודאן, מצריים וישראל. נראה, כי כך צריך להבין את ריבוי ההכרזות וההבהרות שהיא ביקשה להכניס בזמן שאשררה את האמנה. עברה אמנת הים היא עניין מהותי. ראוי גם לזכור כי גבולותיה הימיים של סעודיה נמצאים כולם באזורים מורכבים מבחינה ימית וגאופוליטית. במילים אחרות, לדעת ממשלת סעודיה מיקומה לחופם של מפרצים ומצרים אלה מחייב הבהרות כפי שהיא מפרסמת. בעקבות כל אלה לעניין העברת האיים נראה כי סעודיה מקפידה לשמור על גבולותיה הימיים ועל ריבונותה. היא אינה מכירה בהסכמים שלא נחתמו על ידה, והמשמעות היא שהסכם השלום, מבחינתה, לא חל על האיים מהמועד שאלה עברו חזרה לריבונותה.

מצריים וישראל קיבלו על עצמן בהסכם השלום משטר הפלגה מרחיב ביחס לנאמר באמנת 1982, אלא שהאיים למעשה לא היו, לכאורה, בריבונותה של מצריים בזמן שחתמה על ההסכם. ואם לכאורה היו בריבונותה, הרי הועברו לריבונות סעודיה ב-2016. סעודיה הצהירה בסעיף שתיים האמור לעיל כי היא איננה מחויבת לכל הסכם הפוגע באמנת 1982 ובריבונותה. ההסכם עם מצריים אינו תואם לאמנה כי הוא מרחיב ופוגע, לדעת סעודיה, בזכותה באיים ובמצרים הנמצאים במים ריבוניים סעודיים. נראה אפוא לומר כי במצב זה תוכל סעודיה לטעון שסעיף

202 שם, Saudi Arabia, בסעיף 3: "The Government of the Kingdom of Saudi Arabia considers that innocent passage does not apply to its territorial sea where there is a route to the high seas or an exclusive economic zone which is equally suitable as regards navigational and hydrographic features".

203 שם, Saudi Arabia, בסעיף 7: "The Kingdom of Saudi Arabia shall issue its internal procedures for the maritime areas subject to its sovereignty and jurisdiction, so as to affirm the sovereign rights and jurisdiction and guarantee the interests of the Kingdom in those areas".

311 לאמנה (הנותן קדימות להסכם בין מדינות במידה ואינו פוגע בזכות מדינה שלישית) אינו מתקיים בנוגע להסכם, ולכן היא אינה מחויבת לו.

בעניין המצרים מתארת האמנה את המצב במצרי טיראן, כלומר – מעבר מהים הפתוח/אזור כלכלי (הים האדום) לאזורים הכלכליים של המדינות השונות במפרץ אילת דרך מעבר צר.²⁰⁴ לפי האמנה, על המדינות הנמצאות בים סגור למחצה לקבוע ביניהן את המדיניות של חובות וזכויות.²⁰⁵ סעודיה מתנה את שיתוף הפעולה המתבקש בכך שכל המדינות הנמצאות לחופו של הים תהיינה חתומות על האמנה, אולם מאחר שישראל אינה חתומה על האמנה, למעשה נמנעת אפשרות לפתרון נושא ההפלגה במפרץ אילת ובמצרי טיראן.

כפי שהראינו לעיל טענת הגבלת השיט במצרי טיראן בשל מצב מלחמה על ידי מצריים אינה עולה בקנה אחד עם מגילת האו"ם בשל סיום מצב המלחמה בין המדינות, וחתירת חוזה שלום ביניהן. המצב עם סעודיה שונה. סעודיה מעולם לא הכירה בישראל ולפחות בהיבט המשפט הבינלאומי היא עדיין נמצאת במצב של מלחמה עם ישראל.²⁰⁶ בסעיף 7 של ההצהרות הסעודיות הנספחות לקבלתה את אמנת 1982 נקבע כי האזור הימי של סעודיה כפוף לחוקיה. סעיף 30 לאמנה דן במעבר כלי שיט מלחמתיים במימי החופים של מדינה.²⁰⁷ מצרי טיראן מחייבים, לפחות חלקית, מעבר במימי החופים של סעודיה. כיוון שסעודיה אינה מחויבת להסכם השלום היא יכולה תאורטית להפעיל את חוקיה ואת סעיף 30 באמנה, ולמנוע מעבר של ספינות קרב ישראליות במצרים בשל צורכי הגנה.²⁰⁸ במצב זה אומנם ייתכן שאפשר יהיה לטעון כי קיימת זכות הפלגה בתום לב גם לספינות מלחמה מכוח פסק דין קורפו. אלא שנראה כי בנקודה זו מאפשר המשפט הימי התקף לפעול כנגד ישראל.

204 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיף 122: "For the purposes of this Convention, "enclosed or semi-enclosed sea" means a gulf, basin or sea surrounded by two or more States and connected to another sea or the ocean by a narrow outlet or consisting entirely or primarily of the territorial seas and exclusive economic zones of two or more coastal States".

205 שם, בסעיף 123.

206 ראו: Lapidoth 1983, לעיל ה"ש 6, בעמ' 102.

207 ראו: אמנת 1982, לעיל ה"ש 8, בסעיף 123: "If any warship does not comply with the laws and regulations of the coastal State concerning passage through the territorial sea and disregards any request for compliance therewith which is made to it, the coastal State may require it to leave the territorial sea immediately".

208 יתרה מכך, סעודיה תוכל לטעון כפי שטען מוחמד אל ברדאי במאמרו לעיל. קרי, היא תוכל לטעון שהסכם השלום היה לחופש מעבר ולא לחופש שיט. היא תוכל בשם הסכם השלום שעליו התחייבו כל הצדדים ולפי הפרשנות המצמצמת למנוע הפלגת ספינות מלחמה או ספינות הפוגעות בשלום.

6. סיכום

המאמר מלמד כי לאורך השנים מאז הקמתה של מדינת ישראל היה אזור מצרי טיראן נתון בחיכוך בין ישראל, מצריים וסעודיה. לאורך השנים השתנו הן המצב הגאופוליטי באזור והן משפט הים. בראשון – נחתמו הסכמים חלקיים בשנים 1949, 1956 ו-1967 עד שב-1979 נחתם חוזה השלום בין ישראל למצריים. חוזה זה הביא לסופו את המאבק על מצרי טיראן בין שתי המדינות. בהיבט משפט הים סוגיית המעבר במצרים עברה גיבוש מהמשפט המנהגי לאמנת ג'נבה משנת 1958, והתחזקה באמנה משנת 1982. שני תהליכים אלו קיבעו את המצב באזור ואפשרו ודאות וביטחון בכל הקשור למעבר במצרי טיראן. יתרה מכך, הסכם השלום שריר וקיים גם לאחר קבלת אמנת 1982.

העברת האיים טיראן וסנפיר לידי סעודיה יכול לשנות וגם משנה את המצב. כניסתה של סעודיה לאיים מעוררת שאלות משמעותיות בהיבט משפט הים, לפחות בכל הנוגע לשטחה. סעודיה אינה מחויבת להסכם השלום כיוון שהיא איננה צד בו. ישראל אינה צד לאמנת 1982, ולפיכך סעודיה אינה רואה עצמה מחויבת להעניק לה זכויות מטעם אמנה זו. מעל הכול, סעודיה אינה מכירה במדינת ישראל ונמצאת עימה במצב של מלחמה.

מחקר זה מלמד כי ייתכן מצב, לפחות בראי משפט הים, שבו עלולים הדברים להידרדר שוב למצב שלסעודיה תיתכן זכות לשלול את זכות המעבר במצרים הסמוכים לחופיה מכלי שיט ישראלים ומכלי שיט העושים דרכם אל ישראל או ממנה. בהיעדר הסכם מפורש בין ישראל לסעודיה ייתכן שאנו חשופים שוב לסכנת חופש השיט במצרים. במובן זה המצב הקיים חמישים שנה אחרי מלחמת ששת הימים הוא בבחינת תם ולא נשלם.

ד"ר בני שפנייר הינו עמית מחקר במרכז חיפה למחקרי מדיניות ואסטרטגיה ימית. הוא בעל תואר דוקטור למשפטים מאוניברסיטת חיפה ועמית מחקר במרכז לחקר ולימוד הזקנה באוניברסיטת חיפה. עבודת הדוקטור שכתב עסקה בגילנות וזכויות זקנים בבית המשפט האירופי לזכויות אדם. שימש מרצה אורח בבית הספר למשפטים באוניברסיטת סירקיוז בארצות הברית. כיום עוסק במחקר זכויותיהם של אנשים זקנים במשפט הבינלאומי ופרסם שורה ארוכה של מחקרים ומאמרים בתחום. אל"מ במילואים ושירת בחיל הים ביחידות הקומנדו הימי (שייטת 13) ושייטת הסטי"לים.

