

**חוק ההסדרה – נייר עמדה**  
**שיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט 26/11/2016**  
**פרופ' טליה איינהורן\***

ליו"ר הוועדה ומכובדיי שלום –

אני מודה לכם על הזמנתי להופיע בפני הוועדה. נייר העמדה שהכנתי מתייחס: (1) למעמד של שטחי יהודה ושומרון במשפט הבינלאומי, (2) לשאלת סמכות הכנסת לחוקק חוקים החלים בשטחי יו"ש, במסגרתה יידונו השאלות האם יש מניעה מצד המשפט הבינלאומי שהכנסת תחוקק עבור שטחי יו"ש, האם הדבר שקול לסיפוח השטחים, ושאלת החובה של מדינת ישראל, מבחינת המשפט הבינלאומי, לשמר את הדין הקיים באיו"ש, (3) להיתכנות של תביעה בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי, ו-(4) לסעד הניתן במשפט הבינלאומי בגין הפגיעה בזכויות הקניין של התושבים המקוריים שתיגרם עקב חוק ההסדרה.

**1. מעמד של שטחי יו"ש במשפט הבינלאומי<sup>1</sup>**

חבלי יהודה, שומרון ועזה היו כולם חלק משטח המנדט הבריטי עד 1948. במלחמת השחרור תפסה מצרים שלא כדין את רצועת עזה, וירדן – את שטחי יהודה ושומרון ("הגדה המערבית"). מצרים לא תבעה לעצמה זכות ריבונית ברצועת עזה. לעומתה, ירדן התימרה לספח את יהודה ושומרון ב-1950. סיפוח זה לא הוכר במשפט הבינלאומי. רק בריטניה (בכפוף להסתייגותה מסיפוח מזרח ירושלים) ופקיסטן הכירו בנסיון הסיפוח, אשר אף מדינות ערב התנגדו לו בחריפות.<sup>2</sup>

ב-1967, בעקבות מלחמת ששת הימים, חזרו השטחים, שהיו מלכתחילה מיועדים לבית הלאומי לעם היהודי על פי כתב המנדט, לשליטתה של ישראל. הדעה הרווחת בין משפטנים בינלאומיים ידועי-שם היתה של ישראל הזכות העדיפה לריבונות בשטחים אלה ואין דינם כדין שטחים כבושים במשפט הבינלאומי.<sup>3</sup> אדרבא, לישראל היתה זכות להכריז כי החילה את ריבונותה עליהם.

---

\* פרופ' מן המניין, אוניברסיטת אריאל – המחלקה לכלכלה ומנהל עסקים/ עמית מחקר בכיר אורח, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה לניהול. <mailto:taliaehorn@gmail.com>

<sup>1</sup> ראו טליה איינהורן, "מעמד של שטחי יהודה ושומרון וההתיישבות בהם במשפט הבינלאומי", דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון (בעריכת הראל ארנון וחגי ויניצקי), 9-75, בעמ' 32 ואילך, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2486190](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2486190)>

<sup>2</sup> Y.Z. Blum, "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria", *Israel Law Review* 3 (1968) 279, 288.

<sup>3</sup> Stephen Schwebel, "What Weight to Conquest?" *American Journal of International Law* 64 (1970) 344, reprinted in Stephen Schwebel, *Justice in International Law: Selected Writings* (Cambridge: Cambridge University Press 1994) 521; Elihu Lauterpacht, *Jerusalem and the Holy Places* (Anglo-Israel Association, 1968) 51-53; Julius Stone, "The Middle East under Cease-Fire", in: *The Arab-Israeli Conflict, vol. II: Readings* (J.N. Moore [ed.]), 47, 68-71; id., *No Peace-No War in the Middle East* (Sydney: Maitland Publications for the International Law Association – Australian Branch 1969), pp. 38-41.

בפועל, משיקולים מדיניים ואחרים, החילה ישראל את ריבונותה רק על מזרח ירושלים והעיר העתיקה. דבר זה נעשה על ידי החלת המשפט, השיפוט והמינהל על ידי הממשלה על שטחים אלה מכוח תיקון מס' 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948, שנתקבל ב-28 ביוני 1967.<sup>4</sup> בעניין זה, נקטה ישראל באותו אופן שבו החילה את ריבונותה, לאחר מלחמת העצמאות, מכוח פקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948, על כל שטחי ארץ ישראל שהיו בשליטת צה"ל, אך נמצאו מעבר לקווי הגבול שיועדו למדינת ישראל על פי החלטת האו"ם מכ"ט בנובמבר 1947, בהם חלקים גדולים של הדרום ושל הנגב ופרוזדור ירושלים, עכו ונצרת, יפו, לוד ורמלה, אשדוד, אשקלון, באר שבע ואף ירושלים המערבית. התפיסה שהנחתה את ישראל מאז הקמתה, אשר באה לידי ביטוי בחוק זה, היתה שישראל איננה "מספחת" שטחים שהיו עד 1948 חלק מארץ ישראל המנדטורית. ישראל איננה רואה עצמה במעמד של מדינה כובשת בשטחים אלה.

באותו מועד, 28 ביוני 1967, חוקקה ישראל גם את חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, אשר הבטיח את שמירתם בידי ממשלת ישראל מפני חילול ומפני כל פגיעה אחרת, ואת חופש הגישה אליהם לבני כל הדתות הקשורים אליהם בקשר דתי או רגשי.<sup>5</sup> ב-30 ביולי 1980 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל. בחוק זה נקבע כי ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל.

באשר לשאר חלקי יש"ע, העמדה הרשמית היא שהם "שטחי מריבה" (disputed territories)<sup>6</sup>, אך לישראל תביעת זכות עדיפה לגביהם. מאחר שהם לא ניטלו משום ריבון אחר, תקנות האג 1907/1899 ואמנת ז'נבה הרביעית אינן חלות עליהם.<sup>7</sup> עם זאת, בחרה ישראל מיוזמתה לקיים את ההוראות ההומניטאריות הכלולות באמנת ז'נבה.<sup>8</sup> ביום 13 ביולי 1987, הודיעה ישראל את עמדתה במכתב לוועדה הבינלאומית של הצלב האדום (International Committee of the Red Cross, ICRC):

Israel maintains that in view of the *sui generis* status of Judea, Samaria and the Gaza Strip, the de jure applicability of the Fourth Convention to these areas is doubtful. Israel prefers to leave aside the legal questions of the

<sup>4</sup> חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (תיקון מס' 11), ס"ח 499 מיום 28 ביוני 1967. התיקון הוסיף לפקודה את סעיף 11ב ("החלת המשפט"), אשר בו נקבע כי "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו". לעניין זה ר' יהודה צבי בלום, "ציון במשפט הבינלאומי נפדתה", הפרקליט כז (תשל"א-1971) 315, בעמ' 316 ואילך.  
<sup>5</sup> ס"ח 499 (28 ביוני 1967).

<sup>6</sup> ר' הערה 1 דלעיל, בעמ' 33.

<sup>7</sup> ר' הוראות החלק הראשון של אמנת ז'נבה הרביעית, 1949, בדבר ההגנה על אזרחים בעת מלחמה וסעיף 2 לאמנת האג הרביעית, 1907, בדבר הדינים והמנהגים החלים על מלחמה ביבשה, אשר התקנות נספחות לה –

<http://www.icrc.org/ihl/385ec082b509e76c41256739003e636d/6756482d86146898c125641e004aa3c5>

<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=188E DF7DDD845F15C12563CD00516574>

<sup>8</sup> Meir Shamgar, "The Observance of International Law in the Administered Territories", *Israel Yearbook of Human Rights* 1 (1971) 262; id., "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage", in: *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980 – The Legal Aspects* (Meir Shamgar [ed.]) (Jerusalem: Hebrew University Jerusalem Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law 1982), vol. 1, 13, at pp. 31ff.

status of these areas and has decided, since 1967, to act *de facto* in accordance with the humanitarian provisions of the Convention.<sup>9</sup>

ישראל אף החליטה שפעולות הממשל הצבאי תהיינה כפופות לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. בהתאם לכך, המדינה מעולם לא טענה להיעדר זכות עמידה בתשובותיה לעתירות שהוגשו על ידי אויבים זרים (alien enemies) שהיו תושבי שטח שלא בריבונות ישראלית.<sup>10</sup>

בית המשפט מצידו קיבל את עמדתה של המדינה, מבלי לברר את הסוגיה. כך יש לקרוא את החלטות בית המשפט העליון בעניינים שנידונו בפניו. בית המשפט קיבל גם עתירות של ארגונים לא ממשלתיים (NGOs), שעתרו בשמם של התושבים. בית המשפט העליון החיל את הביקורת השיפוטית הקבועה בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה על כל פעולות נציגי המדינה בי"ע, בין שהיו אלה פעולות חקיקתיות או מנהליות. כך עלה שעל אף אי תחולתה של אמנת ז'נבה הרביעית כלשונה על שטחי י"ע, היא הוחלה על ידי בית המשפט העליון הישראלי במידה חסרת תקדים בהשוואה לקיים במדינות אחרות.<sup>11</sup>

סעיף 49, פסקה שישית, של אמנת ז'נבה הרביעית, אוסר על מעורבות ממשלתית בהעברה כפויה של אזרחיה. ישראל מעולם לא עקרה בכוח את אזרחיה, או העבירה מספרים גדולים מהם לשטחי י"ע. ישראל רק אפשרה לאנשים להתיישב מרצונם על קרקע שאינה בבעלות פרטית. חלק מההתיישבות היא של אזרחים ישראלים שהם, או הוריהם, היו בעלי קרקע בשטחי י"ע או מזרח ירושלים קודם לשנת 1948 והם נעקרו או נושלו בעבר על ידי ירדן, ולאחר 1967 שבו לאדמתם. הסעיף אינו חל כלל על התיישבות זו. ישראל לא ניסתה להחרים את הקרקע או לעקור את האוכלוסייה המקומית ממניעים פוליטיים או גזעניים, או לשנות את אופיו הדמוגרפי של האזור.<sup>12</sup> יצוין כי בית המשפט העליון, מפי כב' הנשיא אהרן ברק, סירב להידרש לשאלת חוקיות ההתיישבות היהודית מעבר לקו הירוק, מאחר שמעמדן של ההתנחלויות ייקבע בהסכם השלום ו"עד אז מוטלת החובה על המשיב להגן על האוכלוסייה (הערבית והיהודית) שבשטח המצוי בשליטתו הצבאית".<sup>13</sup>

עמדתה של ישראל בדבר אי תחולת הוראות תקנות האג מבוססת. תקנות האג שנוסחו תחילה ב-1899, כנספח לאמנת האג (II), ואחר כך עודכנו ותוקנו ב-1907, כנספח לאמנת האג (IV) בדבר דיניה ומנהגיה של לחימה ביבשה, נועדו לשמור על האינטרסים של המדינות המתקשרות באמנות האג. מאחר שהסיפוח של ירושלים ושל שטחי יהודה ושומרון על ידי ירדן ב-1950 לא זכה להכרה בינלאומית, ואחירתה של ירדן בשטחים אלה נקנתה על

<sup>9</sup> Cf. Nissim Bar-Yaakov, "The Applicability of the Laws of War to Judea and Samaria (the West Bank) and to the Gaza Strip", *Israel Law Review* 24 (1990) 485, 489ff., with further details.

<sup>10</sup> רשימה של למעלה מ-100 עתירות כאלה, המייצגות את עמדת המדינה, מובאת על ידי Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge: Cambridge University Press 2009), xvii-xxi.

<sup>11</sup> Dinstein, *ibid.*, 25ff., 30; Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press 2012), 217ff.; Talia Einhorn, "Israel" in: *International Law and Domestic Legal Systems* (Dinah Shelton [ed.]) (Oxford University Press 2011) 288, at pp. 303-304; available at <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1926988](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926988)>

<sup>12</sup> ר' אלן בייקר, "זכויותיה של ישראל בשטחים ובהתנחלויות בעיני הקהילה הבינלאומית", בספר: *זכויותיה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי* (אלן בייקר, עורך) (ירושלים: המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה – הקונגרס היהודי העולמי 2012), 58.

<sup>13</sup> בג"ץ 4219/02 יוסף מוחמד גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פד נו(4) 608, 611 (מפי כב' הנשיא א' ברק).

ידי שימוש בכוח שלא להגנה עצמית, ז"א בדרך לא חוקית על פי המשפט הבינלאומי, ירדן לא היתה ריבון לגיטימי בהם. התקנות הדנות בשטחים כבושים (תקנות 42-56) חלות, על פי לשון, על שטחים שנכבשו מריבון לגיטימי. משום כך, יש טעם בעמדת ישראל שההוראות אינן חלות על יהודה ושומרון.<sup>14</sup>

על כך באה תמיהה נוספת. הסכמי השלום שחתמה ישראל עם מצרים בשנת 1979 ועם ירדן – ב-1994, לא קבעו את הריבונות בשטחי יש"ע. עם זאת, במשפט הבינלאומי "שטחים כבושים" מכונים שטחים הנתונים ל-"belligerent occupation" (בעברית – "תפיסה לוחמתית"). כאשר הצדדים – ישראל, ירדן ומצרים – אינם עוד לוחמים, belligerents, מתעוררת השאלה, אף לשיטתם של אלה המבקשים לראות בהם שטחים כבושים, כיצד יכולים שטחים אלה להמשיך להיחשב כנתונים ל"תפיסה לוחמתית" לאחר הסכמי השלום עם ירדן ומצרים.<sup>15</sup>

## 2. סמכות הכנסת לחוקק ביו"ש

בהקשר זה יש להשיב על שלוש שאלות: (א) האם יש מניעה מצד המשפט הבינלאומי שהכנסת תחוקק עבור שטחי יו"ש? (ב) האם הדבר שקול לסיפוח השטחים? (ג) האם ובאיזו מידה מחייב המשפט הבינלאומי את ישראל לשמר את הדין הקיים ביו"ש בתוקפו?

א. מצד המשפט הבינלאומי, אין זה משנה אם המפקד הצבאי הוא המחוקק או הכנסת היא זו המחוקקת במישרין. כך, למשל, בתקופת המנדט רוב החיקוקים נעשו בארץ ישראל בצורת פקודות (Ordinance), אבל יש גם חוקים של הפרלמנט בלונדון שהוחלו בארץ ישראל – חוק זכויות יוצרים, 1911 שהוחל במישרין מלונדון ב-1924 על דרך של Order in Council, וכך נעשה גם לגבי האמנה שנחתמה לעניין הכרה בזכויות יוצרים בין ארה"ב לאנגליה, שתחולתה הורחבה גם לשטחי ארץ ישראל. אגב, החוק הוחלף ע"י הכנסת בחוק זכויות יוצרים רק בשנת 2008.<sup>16</sup> כך גם החוקים בדיני ימאות – The Admiralty Court Act מהשנים 1840, 1854 ו-1861, וחוק נוסף מ-1883, שאף כי כבר מזמן הוחלפו באנגליה בחקיקה עדכנית, עדיין קיימים בדין הישראלי ושופטים מכריעים את הדין על פיהם.<sup>17</sup>

אף ירדן, לאחר שפלשה לגדה המערבית של הירדן, בניגוד למשפט הבינלאומי, ואף ניסתה לספח את השטח לממלכת ירדן, החילה חוקים שלה בשטח, שמדינת ישראל מוסיפה להחיל בשטחי יהודה ושומרון. יצוין שישראל עצמה כבר חוקקה את חוק יישום תכנית התנתקות, תשס"ה-2005, אשר בסעיף 3 שלו נאמר כי "התחום הגאוגרפי שחוק זה חל לגביו הוא חבל עזה, וכן שטח בצפון השומרון המסומן במפה שבתוספת הראשונה".

יצוין כי מי מי שחקרו את הדרך בה נוהגות מדינות בשטחים שכבשו מודים שמדינות אינן נוהגות להחיל את דיני הכיבוש במשפט הבינ"ל.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Cf. Benvenisti, *supra* n. 11, at p. 207.

<sup>15</sup> התמיהה בעניין פרדוקסאלי זה הועלתה על ידי דינסטיין – Yoram Dinstein, "The International Legal Status of the West Bank and Gaza Strip", *Israel Yearbook on Human Rights* 28 (1998) 37, at 41-42.

<sup>16</sup> Cf. Michael Birnhack, *Colonial Copyright – Intellectual Property in Mandate Palestine*, 2012, pp. 100ff.

<sup>17</sup> Cf. Talia Einhorn, *Private International Law in Israel*, 2012, pp. 382-387.

<sup>18</sup> Cf. Eugene Kontorovich, "Unsettled: A Global Study of Settlements in Occupied Territories", *Northwestern Public Law Research Paper No. 16-20*, 2016, available at

ב. באשר לשאלה האם חיקוק על ידי הכנסת שקול לסיפוח, התשובה שלילית. בעניינים האלה, שר ההיסטוריה הוא הקובע, לא החקיקה. גם ירדן, שניסתה לספח את שטחי יו"ש וחוקקה לגביהם חוקים רבים, לא הצליחה בסופו של יום לספח את שטחי יו"ש לשטחה של הממלכה. חיקוק על ידי הכנסת לא ישפיע לרעה על עמדתה של ישראל שהשטחים אינם כבושים. אדרבא, הימנעות מחקיקה היא היוצרת את הרושם שישראל עצמה איננה מתייחסת ברצינות לעמדתה הרשמית מזה שנים רבות. למען הסר ספק, ישראל יכולה לחזור ולהצהיר שאף על פי שמעמד השטחים שנוי במחלוקת ולישראל זכות תביעה עדיפה לגביהם, הרי כל פעולה שהיא נוקטת, לרבות חוק ההסדרה, תהיה כפופה להסדרי הקבע שייקבעו בהסכם השלום, כאשר זה יושג.

ג. לשאלת החובה של מדינת ישראל, מבחינת המשפט הבינלאומי, לשמר את הדין הקיים באיו"ש בתוקפו, בכפוף לחריגים שנקבעו באמנת ז'נבה – כאמור, שטחי יו"ש אינם "שטחים כבושים". ואולם, אף אם היו שטחים כבושים, הרי כיבוש לזמן קצר אינו דומה לכיבוש מתמשך. משפטנים רבים סבורים שהשארית המשפט האזרחי על כנו, מבלי לערוך בו רפורמות והתאמות לתנאי הזמן, איננה מתקבלת על הדעת.<sup>19</sup> בדיון ועדת חוקה, חוק ומשפט שהתקיים ביום 23/11/16 תיאר היועץ המשפטי של הוועדה את הדין החל ביו"ש כיום כ"סלט דינים". מצב זה איננו ראוי ומצריך רפורמה מקיפה. רבות נאמר באותה ישיבה על הצורך לכבד זכויות יסוד של התושבים ביו"ש. יש לזכור שהמשפט האזרחי הוא מגילת זכויות היסוד בחברה ליברלית. בהיעדר דינים ברורים המסדירים את הזכויות הקנייניות, את העברתן וכיצד מיישבים סכסוכים, אין גם כיבוד אמיתי, שלא מן השפה ולחוץ, של זכויות אזרח.

### 3. ההיתכנות של תביעה בפני בית הדין הבינלאומי בהאג

אף כי אי אפשר להיות בטוח בתשובה, רמת הסיכון איננה גבוהה. ראשית, בכתב העת של האגודה האמריקאית למשפט בינלאומי פורסמו מספר מאמרים המצביעים על כך שלא היה זה ראוי לקבל את Palestine כחברה באמנה.<sup>20</sup> החברות באמנה פתוחה אך ורק למדינות, ו-Palestine איננה מקיימת את תנאי אמנת מונטווידאו: אוכלוסיה קבועה, טריטוריה קבועה, ממשלה אפקטיבית, הכשירות לקיים יחסים בינלאומיים עם מדינות אחרות. לרש"פ יש שתי ממשלות. מעמד של רבים מהתושבים הוא של פליטים נצחיים שאינם רואים עצמם תושבי קבע של שטחים אלה אלא תובעים לעצמם זכות שיבה לשטח ישראל בתוך הקו הירוק. כדי להתקבל לאו"ם היה על Palestine להיות מדינה "אוהבת שלום" (peace-loving) שמקבלת על עצמה את ההתחייבויות הכלולות במגילת האו"ם והיא מסוגלת ומעוניינת למלא התחייבויות אלה.<sup>21</sup> אמת ש-Palestine התקבלה בהצבעה של עצרת האו"ם בכ"ט בנובמבר 2012 כמדינה משקיפה לא חברה, וב-2015 היא שלחה למזכיר הכללי של האו"ם, בתוקף תפקידו כמי שבידיו מפקידים את ההודעות האשור, את ההודעה על אשרורה את אמנת בית הדין הפלילי הבינלאומי, עדיין בית הדין הפלילי הבינ"ל יצטרך להכריע בשאלה מקדמית

---

<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2835908](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2835908)>; Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, supra n. 11, pp. 318ff.

<sup>19</sup> Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, supra n. 10, p. 120. para. 279, with further references.

<sup>20</sup> Cf., e.g., John Cerone, "The ICC and Palestinian Consent", *ASIL [American Society of International Law] Insights*, vol. 19, issue 6 (March 2015).

<sup>21</sup> על כך ועוד, ר' איינהורן, "מעמד של שטחי יהודה ושומרון וההתיישבות בהם במשפט הבינלאומי", ה"ש 1 דלעיל, בעמ' 27 ואילך.

זאת הטענה הכרעה משפטית. בנוסף, יש שורה ארוכה של חסמים שיעמדו בפני הגשת אישום כזה, שמחמת קוצר היריעה אעמוד כאן על אחד מהם. האמנה, על פי לשונה, עוסקת בפשעים החמורים ביותר, אשר יש בהם עניין לאנושות בכללותה (the most serious crimes of concern to the international community as a whole) מעשה שאיננו בדרגת חומרה מספיקה לא יידון בפני בית המשפט (סעיף 17(1)(ד)).

הסעיף הדין בהתנחלויות (סעיף 8(2)(ב)(viii)), האוסר על טרנספר של אוכלוסיית המדינה הכובשת לשטחים הכבושים, במישרין או בעקיפין, הוסף ביוזמת מדינות ערב. ואולם, על פי ה-ICC Elements of Crime,<sup>22</sup> המגדירים את תחומי הפעולה של חוק בית הדין הפלילי הבינלאומי (אמנת רומא), קובע כי יסודות הפשעים שבסעיף 8(2) (אשר ביניהם נמצא כאמור הסעיף הדין בהתנחלויות) יתפרשו על פי המסגרת הקיימת של דיני המלחמה במשפט הבינלאומי (interpreted within the established framework of the international law of armed conflict), זאת אומרת על פי המסגרת שהותוותה כבר בתקנות האג ואמנת ז'נבה. מכאן החשיבות של הבנת דיני המלחמה גם לצורך הפירוש הנכון של אמנת רומא, ולעניין הטרנספר ההוראה הרלוונטית היא סעיף 49(6) לאמנת ז'נבה הרביעית.

כפי שמראה מחקרו המקיף של פרופ' קונטורוביץ,<sup>23</sup> על פי המסגרת הקיימת במשפט הבינלאומי, ז"א הוראת סעיף 49(6) לאמנת ז'נבה הרביעית, המעורבות של המדינה הכובשת ב-transfer של אוכלוסייתה לתוך השטחים הכבושים צריכה להיות ישירה ומשמעותית מבחינת מספר האנשים שהועברו על ידי המדינה כדי שפעולתה תגונה במשפט הבינלאומי. אין מניעה שאזרחי המדינה הכובשת ירכשו אדמות בשטחים הכבושים, וגם אם המדינה סייעה להם, או אף עודדה אותם, אין בכך כדי להפר את הוראת סעיף 49(6).

יתר על כן, בחינת המלחמות מאז מלחמת העולם השנייה, שהניבו התיישבות בשטחים שנכבשו בעת המלחמה, מעלה שבאף לא אחד מהמקרים האלה נדרשו אזרחי המדינה הכובשת לפנות את בתיהם לאחר שהשטח חזר לידי המדינה שנכבשה, אף אם המדינה הכובשת עודדה את הגירתם של תושביה באופן שיספיע על הדמוגרפיה בשטח הכבוש. אדרבא, דרישות שהועלו מצד תושבי המדינה הכבושה לסילוקם של מי שהתנחלו כך בשטחם נדחו על ידי הקהילה הבינלאומית. כך, למשל, ב-1944, לקראת סוף מלחמת העולם השנייה, כבשה ברית המועצות את המדינות הבלטיות ליטא, לטביה ואסטוניה. סטאלין וממשיכיו היגלו בכפייה כחצי מיליון מתושביהן האתניים של מדינות אלה לסיביר, וכנגד זה יישבו מאות אלפי אזרחים רוסיים בארצות אלה באופן שהספיע מאוד על הדמוגרפיה, בעיקר באסטוניה שבה ירד מספר האסטונים האתניים לכדי שני שלישים עם השחרור מברית המועצות ב-1989 ובלטביה אשר בה הלטבים האתניים היוו רק מעט למעלה ממחצית האוכלוסייה בעת השחרור מברית המועצות. כשברית המועצות התפרקה, סירבו אסטוניה ולטביה לתת אזרחות וזכויות אזרח לרוסים האתניים שלא היה להם קשר למדינות אלה לפני מלחמת העולם השנייה. ואולם, עם קבלתן של לטביה ואסטוניה לאיחוד האירופי, לא זו בלבד שהאיחוד האירופי לא דרש את סילוקם של הרוסים האתניים והשבתם לרוסיה, אלא שהוא דרש מהמדינות הבלטיות לשנות את חוקי ההתאזרחות שלהן, להקל על הרוסים האתניים את קבלת האזרחות במדינות אלה ולהקפיד על זכויות האזרח המגיעות להם.

<sup>22</sup> <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>

<sup>23</sup> Kontorovich, "Unsettled: A Global Study of Settlements in Occupied Territories", *supra* n. 18.

אגב, מי שמסתכנים בכך שיוגשו נגדם כתבי אישום בבית הדין הפלילי הבינלאומי הם תושביה של Palestine, שירו רקטות על אוכלוסיה אזרחית בישראל וביצעו מעשים נוספים שהם, על פי הגדרתם, פשעי מלחמה.

עוד יצוין שארה"ב לא אשררה את אמנת רומא ורוסיה הודיעה על ביטול חברותה באמנה בשבוע החולף, לאחר שה- ICC פרסם דו"ח על פיו היא נחשבת ככובשת בחצי האי קרים.

#### **4. הסעד במשפט הבינלאומי בגין הפגיעה בזכויות הקניין של התושבים המקוריים שתיגרם עקב חוק ההסדרה**

יצוין כי המשפט הבינלאומי מכיר בכך, שגם כאשר מדובר בשטחים כבושים ממש, זכותו של הכובש לתפוס חזקה (כנגד תשלום תמורה) באדמה הנחוצה להתיישבות מטעמי ביטחון. ואכן, משום כך הכשיר בית המשפט העליון תפיסת מקרקעין למרות טענת העותר כי "הן באזור טובאס והן באזור רמאללה הכל שלו ושקט ואין ממה לחשוש". תשובת בית המשפט (מפי כב' השופט ויתקון), היתה כי –

אין תרופה טובה למחלה כמניעתה בעודה באבה, ושמוטב לגלות ולסכל את מעשה החבלה בטרם יבוצע. . . אין צורך להיות מומחה לענייני צבא וביטחון כדי להבין שאלמנטים חבלניים פועלים ביתר קלות בשטח המאוכלס אך ורק אוכלוסייה אדישה או אוהדת כלפי האויב, מאשר בשטח שבו נמצאים גם בני אדם העשויים לעקוב אחריהם. . . ואשר אצלם לא ימצאו מחבלים מחבוא, סיוע וציווד.<sup>24</sup>

תשובה זו רלוונטית גם כיום, כאשר צורכי הביטחון המשתנים עשויים לחייב בחינה והיערכות מחודשות לאור מספרן, טיבן והיקפן של פעולות הטרור.

ואולם, בעניין ההתנחלות בשטחים כבושים, גישת המשפט הבינלאומי מרחיבה עוד יותר את סוגי המקרים אשר בהם סעד על דרך של פיצוי הוא התרופה ההולמת כאשר מתנחל התיישב באדמה פרטית של אחד התושבים המקוריים של השטח. בעניין זה אביא דברים שנאמרו על ידי בית המשפט האירופי לזכויות האדם בעניין צפון קפריסין.<sup>25</sup> שם טורקיה פלשה לתוך צפון קפריסין (בעקבות הכרזת האנוזיס, של התושבים היוונים באי, שביקשו להתאחד עם יוון), כלומר שבאותו מקרה היה מדובר בשטח כבוש. בעקבות הפלישה התושבים היוונים נאלצו לברוח, טורקיה הקימה את הרפובליקה של צפון קפריסין, העבירה אוכלוסיה שלה לצפון קפריסין, באופן ששינה באופן משמעותי את הדמוגרפיה שם, ואף נתנה למתנחלים שורת הטבות זכויות יתר שיעודדו אותם להתיישב בצפון קפריסין, הנחשבת עד היום שטח כבוש, בשליטה מלאה של טורקיה שכוחות צבאיים שלה פרושים בה, והמדינה היחידה המכירה ברפובליקה שהוקמה בה היא טורקיה.

בכל זאת, כאשר היוונים המנושלים מאדמתם פנו לבית המשפט האירופי לזכויות האדם בטענה שהם זכאים לקבל את בתיהם ורכושם חזרה (אלא אם כן ההשבה בעין איננה אפשרית עוד, למשל כי הבית לא קיים), פסק בית המשפט כנקודת מוצא ש"בשלושים וחמש השנים שחלפו מאז 1974, דורות חלפו והרכב האוכלוסיה השתנה מאוד. היו קפריסאים טורקים שגרו בצפון [קפריסין] והיגרו משם, והיו מתיישבים (settlers) טורקים מטורקיה שהגיעו בהמוניהם ובנו את בתיהם שם. רכוש רב של הקפריסאים היוונים החליף בעלים

<sup>24</sup> בג"ץ איוב ואח' נ' שר הביטחון, פד לג(2) 113, עמ' 118-119.

<sup>25</sup> לניתוח מקיף של הטיפול בהתנחלויות בשטחים כבושים במשפט הבינלאומי, ר' Kontorovich, ה"ש 18 דלעיל.

לפחות פעם אחת, בין אם על ידי מכר, או מתנה או ירושה".<sup>26</sup> בית המשפט קבע כי אם יפסוק שיש להשיב את הרכוש בכל מקרה, חוץ מאותם מקרים שבהם הדבר בלתי אפשרי (למשל, משום שהרכוש איננו קיים עוד), החלטתו תהיה שרירותית ולא ראויה. לאחר שלושים וחמש שנים, על טורקיה להביא בחשבון גם את כל הגורמים המשפטיים והפרקטיים המונעים השבה, בראש ובראשונה זכויות שרכשו בינתיים צדדים שלישיים. אין זה ראוי שבית המשפט האירופי יפסוק באופן שיאלץ לגרש מבתיים בכפייה מספר רב של אנשים, נשים וטף, כדי לאשר את זכויותיהם של קרבנות ההפרה של האמנה.

בית המשפט גם חזר על קביעתו בפסיקה קודמת (בעניין *Loizidou*<sup>27</sup>) כי חובתן של מדינות לכבד את זכותו של אדם לביתו, משמעה רק בית אמיתי, שלאדם יש קשר עכשווי אליו, לא קשר רגשי או קשר של שורשים. כך למשל באשר לתביעה של אחת התובעות להשבת הבית, קבע בית המשפט כי "התובעת היתה צעירה מאוד בעת שחדלה לגור במה שהיה בית המשפחה ב-1974. . . . התובעת חיה כמעט כל חייה עם משפחתה במקום אחר. העובדה שהיא עשויה לרשת חלק מזכות הקניין ברכוש זה בעתיד היא אלמנט היפותטי וספקולטיבי, לא קשר קונקרטי הקיים כעת". לסיכום, בית המשפט קובע כי על כל התובעים למצות את זכויותיהם בפני ועדת הנדל"ן של צפון קפריסין, לאחר שנחה דעתו כי היא בלתי תלויה ופועלת על פי עקרונות מנחים שהם עקרונית ראויים. בית המשפט ציין שכמובן שמורה לתובעים הזכות שלא להופיע בפני הוועדה ולהמשיך לחכות להסדרת הסוגיה לכשייושב הסכסוך הבינלאומי בעניין קפריסין בדרכי שלום.

מספר נקודות ראויות לציון בהקשר זה: נסיונם של היוונים הקפריסאים להביא לפתיחת הליך בבית הדין הפלילי הבינלאומי בשנת 2014 נכשל,<sup>28</sup> שום ארגון בינלאומי או מדינה (פרט לרפובליקה של קפריסין) לא הכריז על ההתנחלויות המסיביות, למעשה טרנספר, של אזרחים טורקים בצפון קפריסין כסותרות את אמנת ז'נבה או כלא חוקיות,<sup>29</sup> דרישות של היוונים הקפריסאים שהמתנחלים הטורקים יגורשו חזרה לטורקיה נדחו עד כה וגם ההצעות שהוכנו בידי המתווכים בשיחות השלום מטעם האומות המאוחדות אף הגדילו את מספר הטורקים שיהיו זכאים להיות אזרחי קפריסין (ולא רק להיחשב כתושבים זרים).<sup>30</sup>

יצוין כי בשבוע החולף, ביום 22/11, כשלו השיחות שהתקיימו בשוויץ ליישוב הסכסוך, בין היתר משום שהרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין דחתה את דרישת הרפובליקה של קפריסין להכיר בזכות שיבה של כ-100,000 יוונים קפריסאים לתוך שטחה.

---

<sup>26</sup> *Demopoulos and others v. Turkey*, Cases 46113/99, 13751/02, 21819/04, 19993/04, 10200/04, 13466/03 (European Court of Human Rights 2010).

<sup>27</sup> *Loizidou v. Turkey* (merits), Case 40/1993/435/514 (European Court of Human Rights 1996).

<sup>28</sup> Eugene Kontorovich, "International Criminal Court action filed vs. settlements, Volokh Conspiracy" (Aug. 7, 2014),

<[https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/08/07/international-criminal-court-action-filed-vs-settlements/?utm\\_term=.546ef00ca666](https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/08/07/international-criminal-court-action-filed-vs-settlements/?utm_term=.546ef00ca666)>

<sup>29</sup> Kontorovich, "Unsettled", supra n. 18, pp. 39f.

<sup>30</sup> Kontorovich, *ibid.*