

ירושלים, מארס 1997

**ההתנחלות בשטחים
כהפרת זכויות אדם:
היבטים משפטיים ועקרוניים**

בצלם

מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים



ירושלים, מארס 1997

**ההתנחלות בשטחים
פהפרת זכויות אדם:
היבטים משפטיים ועקרוניים**

בִּצְלָם

מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים

בצלם

מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים (ע.ר.)

רחוב עמק רפאים 43 (קומה שניה), ירושלים 93141
טלפון 02/5617271, פקס 02/5610756

**B'TSELEM - The Israeli Information Center for
Human Rights in the Occupied Territories**

43 Emek Refaim St. (Second Floor), Jerusalem
Tel. 02/5617271, Fax. 02/5610756

"بتسيلم" مركز المعلومات الاسرائيلي لحقوق الانسان في الاراضي المحتلة
شارع عيمك رفايم ٤٣، (الطابق الثاني) القدس ٩٣٦٤١.
تلفون ٥٦١٧٢٧١-٢. فاكس ٥٦١٠٧٥٦-٢.

e-mail: btselem@actcom.co.il

<http://www.btselem.org>

דו"ח בצלם מסי 15

ISSN 0793-5196

תחקיר וכתובה : יובל גינבר

עריכה : יעל שטיין
עריכה גראפית : דינה שר

בצלם מבקש להודות לארגונים ולאישים
הבאים על עזרתם בהכנת דו"ח זה:

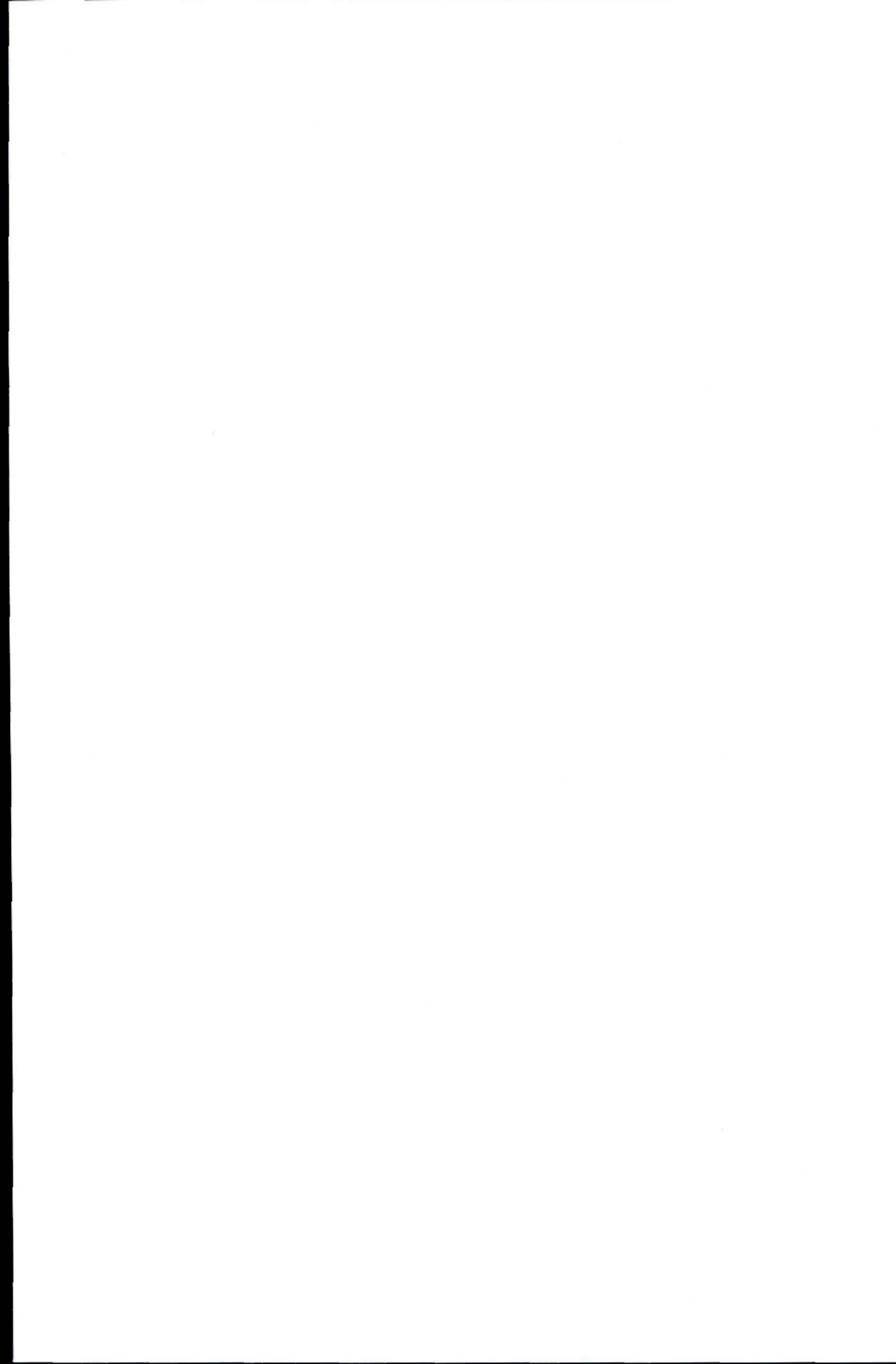
- LAW: Palestinian Society for Human Rights and the Environment
 - Quaker Legal Aid Service
 - Palestinian Human Rights Information Center
 - Al-Haq
- עו"ד אליהו אברם
 - ד"ר אייל בנבנישתי
 - ד"ר מנחם הופנונג
 - עו"ד אוסאמה חלבי

צוות בצלם והנהלתו:

יו"ר ההנהלה : ד"ר מנחם הופנונג
חברי ההנהלה : ד"ר ענת בילצקי,
ד"ר מירון בנבנישתי, הרב אהוד בנדל, ד"ר
דפנה גולן, ד"ר הנרייט דהאן כלב, ד"ר אילנה
המרמן, רני טלמור, פרופ' אבישי מרגלית, גילה
סבירסקי, עו"ד אביגדור פלדמן, ד"ר אדי
קאופמן, ד"ר נאדרה קבורקיאן, ויקטור שם-טוב

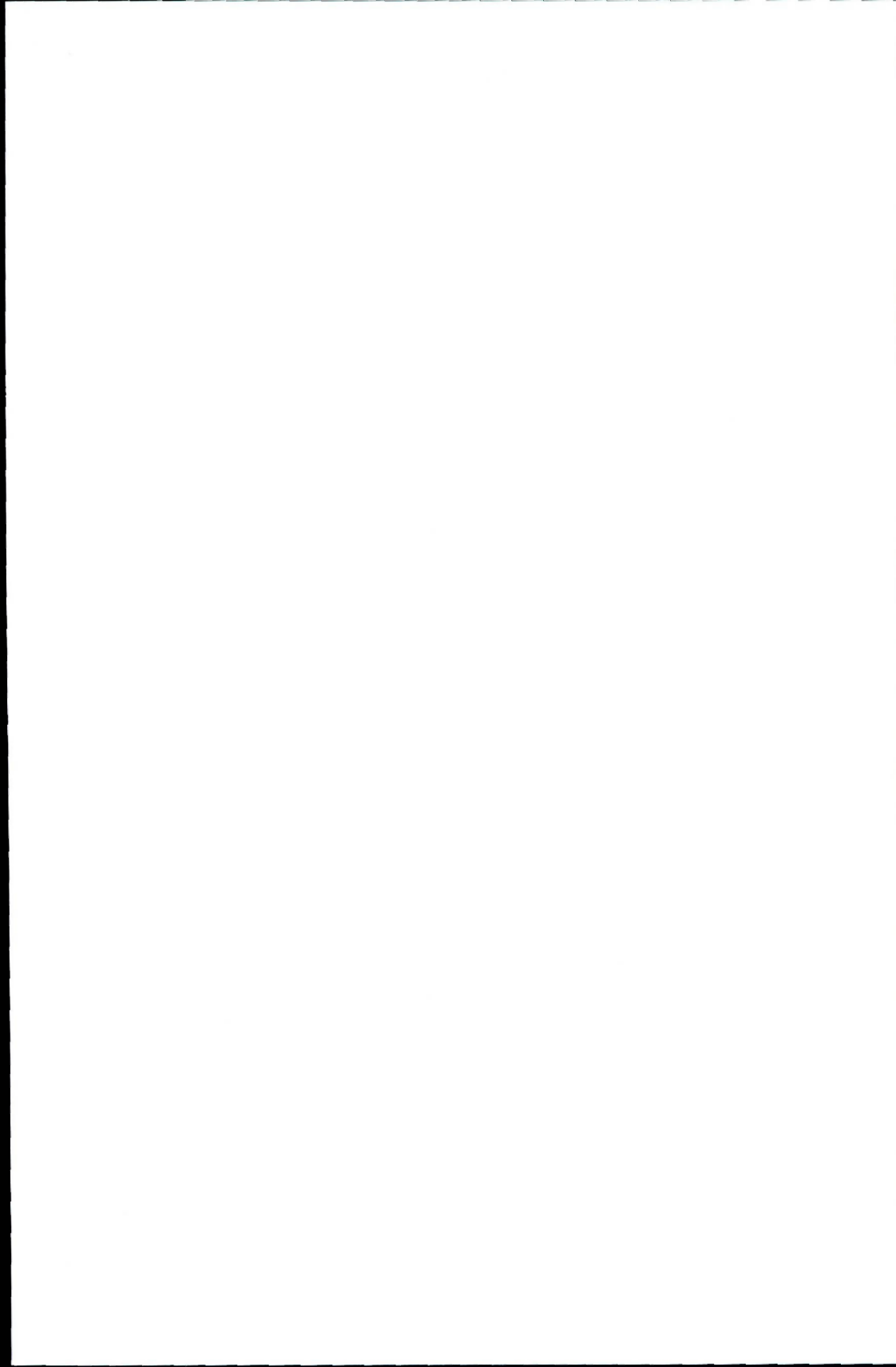
מנכ"ל : איתן פלנר

חברי הצוות : פואד אבו חאמד, נגיב
אבו רקייה, סלינה גומס, איריס גילר, יובל
גינבר, מאזן דנדיס, עידית חייט, שלי כהן,
גסיקה מונטל, נסרין עליאן, שירלי ערן, נגה
קדמן, צבי שולמן, יעל שטיין, נעמה תמרי



תוכן

7	מבוא
	פרק ראשון:
9	תחולת האמנות ההומניטריות הבינלאומיות על השטחים
	פרק שני:
15	חוקיות ההתנחלויות לפי המשפט הבינלאומי
	פרק שלישי:
21	בג"צ – ההכשרה המשפטית למעשה ההתנחלות
	פרק רביעי:
31	כבישים עוקפים
35	מסקנות



בין 1967 ל-1995 הוקמו בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה¹ 136 התנחלויות ישראליות. מספר התושבים בהן הגיע ב-1995 ל-1,138,600².

רובן המכריע של ההתנחלויות הוקמו ישירות על-ידי ממשלות ישראל השונות וכולן זכו לתמיכה ממשלתית בהקמת תשתיות, בבנייה, בהקמת מוסדות ציבור וכיוצא באלה.

הקמת ההתנחלויות, אכלוסן ביהודים אזרחי ישראל והרחבתן נעשו בעוד השטחים נשלטים בידי צה"ל ונתונים ל"תפיסה לוחמתית", כלומר לכיבוש כתוצאה ממלחמה. על-פי ההסכמים בין ישראל לפלסטינים, ייקבע עתיד ההתנחלויות רק במשא ומתן על הסדר הקבע, האמור להחתימם עד שנת 1999. עד אז על צה"ל, כצבא הכובש, לפעול בהתאם להוראות המשפט ההומניטרי הבינלאומי, העוסק בדיני מלחמה, ובמיוחד לאלה הנוגעות ליחס כלפי האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש.

דו"ח זה מנתח את החוקיות של עצם הקמת ההתנחלויות מבחינה משפטית-תאורטית. בין השאר ייבחנו שאלת תחולתה של אמנת ג'נווה הרביעית בשטחים, הוראות המשפט הבינלאומי הנוגעות לנושא ההתנחלות והפרשנות שניתנה להוראות אלה על-ידי ממשלות ישראל ובית המשפט העליון.

בחינת מעשה ההתנחלות בשטחים מנקודת הראות של זכויות האדם, פירושה בחינתו במנותק מהקשרו הפוליטי הצר. השאלות בדבר זכותו של עם זה או אחר על השטחים, או קביעת גבולות-הקבע בין מדינות האזור, הן עניין למשא-ומתן מדיני. **בצלם**, כארגון זכויות אדם, מברך על קיומו של משא ומתן לשלום, אך אינו נוקט עמדה בשאלות אלה ויתמוך בכל הסדר שיקיים במלואן את זכויות האדם של כל הנוגעים בדבר.

אמות המידה היחידות על-פיהן ייבחן כאן מעשה ההתנחלות הן אלה שקבעו אומות העולם, ובהן ישראל, להתנהגות צבא בשטח שנכבש במהלך מלחמה.

1. הנתונים אינם מתייחסים להתנחלות במזרח ירושלים. אף **בצלם** רואה במזרח ירושלים שטח כבוש, שמעמדו אינו שונה מזה של שאר הגדה המערבית, לא תידון כאן ההתנחלות במזרח ירושלים או מעמדה המשפטי. לדיון בסוגיה זו ר' **בצלם**, **מדיניות של אפליה: הפקעת קרקעות, תכנון ובניה במזרח-ירושלים**, ירושלים: 1995.
2. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, **שנתון סטטיסטי לישראל 1996** (מס' 47), ירושלים: הלשכה, 1996, טבלאות 2.7 בע' 50 ו-2.5 בע' 47, בהתאמה.
3. המונח "משפט" הועדף כאן על פני "חוק", "דין" וכדומה. מונח זה, על-פי הגדרתו של שופט בית-המשפט העליון לשעבר חיים כהן, הוא "שם מקיף, הכולל בתוכו את החוק ואת הדין ואת הצדק", כלומר את הנורמות הבינלאומיות החקוקות, את אלו הנובעות ממקורות מחייבים אך אינן מעוגנות בחוק, וכן עקרונות כלליים של צדק. ר' חיים כהן, **המשפט**. ירושלים: מוסד ביאליק, 1991, עמ' 3-8.



1. תחולת האמנות ההומניטריות הבינלאומיות על השטחים

גם לאחר חתימת הסכמי הביניים עם הפלסטינים ובמהלך יישומם, נותרו כל ההתנחלויות בגדה המערבית וברצועת עזה בשליטה מלאה של ישראל, וליתר דיוק של צבאה. לפיכך, עד לחתימת הסדר הקבע, המשפט הבינלאומי הנוגע למעמדן של ההתנחלויות הוא המשפט ההומניטרי הבינלאומי, העוסק בדיני המלחמה. שני הסכמים בינלאומיים עיקריים, הנוגעים ליחס כלפי האוכלוסייה האזרחית בעת מלחמה, עוסקים בנושא: תקנות האג (משנת 1907)⁴ ואמנת ג'נווה הרביעית (משנת 1949)⁵. בעמדתה של ישראל לגבי תחולתם של שני הסכמים אלה בשטחים נתערבו שתי סוגיות:

א. שאלת עצם תחולתם של ההסכמים על פעולות ישראל בשטחים. כלומר האם שלטונה של ישראל בשטחים מהווה "כיבוש" על-פי הסכמים אלה:

עמדתה הרשמית של ישראל בנוגע לתחולת הסכמים אלה נוסחה תחילה בשנת 1971 בידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, ולימים שופט בית-המשפט העליון ונשיאו, מאיר שמגר. לדעת שמגר, תקנות האג ואמנת ג'נווה הרביעית חלות רק על שטח שנכבש מידי שלטון ריבוני לגיטימי. לדבריו, מאחר שריבונותן של מצרים וירדן על השטחים שכבשה ישראל ב-1967 מעולם לא הוכרה, ושלטונן שם נחשב בעיני רוב מדינות העולם לבלתי לגיטימי,⁶ הרי ששטחים אלה לא היו, טרם כיבושם, בריבונותה של מדינה כלשהי, ולכן אינם יכולים להיחשב כ"שטחים כבושים" משהשתלטה ישראל עליהם. שמגר מסיק מקביעותיו אלה כי ישראל אינה מחויבת, מבחינת המשפט הבינלאומי, לקיים את הוראותיהן של תקנות האג ואמנת ג'נווה הרביעית. חרף זאת, הוסיף שמגר, תקיים ישראל, דה פאקטו, את "ההוראות ההומניטאריות" של שני הסכמים אלה.⁷ הוראות אלה מעולם לא הוגדרו.

4. Regulations annexed to the Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land (The Hague, 18 October 1907).

5. Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949.

6. כך הכירו רק בריטניה ופקיסטן בסיפוח הגדה המערבית לירדן, ואילו מצרים לא טענה מעולם כי רצועת עזה מהווה חלק משטחה.

7. Meir Shamgar, "The Observance of International Law in the Administered Territories," *Is. Yearbook of Human Rights* 262 (1971), esp. pp. 262-266.

ב. שאלת "שפיטותם" של ההסכמים בבתי-המשפט בישראל, כלומר האם ההסכמים מהווים חלק מהמשפט המקומי בישראל, כך שיש לבתי-המשפט הישראליים סמכות לשפוט את פעולותיה של הממשלה על-פיהם:

לגבי תקנות האג

החל מ"בג"צ בית-אל" מ-1978 רואה בג"צ בתקנות האג משנת 1907 חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, כלומר מאותם עקרונות של התנהגות המחייבים את כל מדינות העולם, כולל את אלה שאינן שותפות להסכמים כלשהם בנושא.⁸ תחולה רחבה זו של המשפט הבינלאומי המנהגי נובעת מכך שהוא משקף מדיניות משפטית עיקבית של רוב אומות העולם באשר למותר ולאסור, ובמקרה של המשפט ההומניטרי – המותר והאסור בעת מלחמה.

על-פי השיטה המשפטית הישראלית, הסכם בינלאומי אינו מהווה, ככלל, חלק מהמשפט המקומי כל עוד לא עשתה הכנסת שינויים בחקיקה ההופכים את הוראות ההסכם לחלק מהחוק הישראלי. אך כלל זה אינו חל על הסכמים המשקפים את המשפט הבינלאומי המנהגי, ואלה נחשבים "אוטומטית" כחלק מהמשפט המקומי. משהכיר בג"צ בתקנות האג כמשקפות את המשפט הבינלאומי המנהגי הפכו אלה אפוא לשפיטות בפניו.

בג"צ בחן, על כן, את מדיניות ישראל בשטחים לאור תקנות האג. על-פי עמדתה הרשמית של ממשלת ישראל, שתוארה לעיל, אמורה היתה הממשלה להתנגד לכך, משום שהתקנות האמורות עוסקות ב"שלטון צבאי על טריטוריה של מדינת אויב",⁹ ממש כמו אמנת גינווה הרביעית. אולם נציגי הממשלה מעולם לא הביעו התנגדות ל"שפיטותן" של תקנות האג בפני בג"צ או התייחסו להיות תקנה זו או אחרת "הומניטרית" או לא.

לגבי אמנת גינווה הרביעית

בניגוד לתקנות האג, רואה בג"צ באמנות גינווה כשייכות, ככלל, למשפט הבינלאומי ההסכמי בלבד, כלומר הן מאותן אמנות המחייבות רק את המדינות השותפות להן (שישראל נמנית עליהן). כיוון שהכנסת לא "אימצה" את אמנת גינווה הרביעית עד עתה, קבע בג"צ כי היא אינה שפיטה בבתי-המשפט המקומיים.

משקבע בג"צ כי אמנת גינווה אינה שפיטה בפניו, הוא נמנע, ככלל, מלדון בהוראותיה.¹⁰

8. בג"צ 610,606/78 **סלימאן תופיק אויב ואח' נ. שר הביטחון ואח'** פ"ד לג (2) 113, עמ' 120-122 (להלן: בג"צ בית-אל). ר' גם להלן, ע' 22.

9. Military Authority over the Territory of the Hostile State (חלק III), הכולל את הסעיפים הנוגעים לשטחים כבושים).

10. ר' דברי השופט ויתקון **בבג"צ בית-אל** בעמ' 122-123: "אין מקום לדיון בבית-משפט זה בטענות, שיסודן בתקנה 49 לאמנת ג'ינבה".

1. תחולת האמנות ההומניטריות הבינלאומיות על השטחים

גם לאחר חתימת הסכמי הביניים עם הפלסטינים ובמהלך יישומם, נותרו כל ההתנחלויות בגדה המערבית וברצועת עזה בשליטה מלאה של ישראל, וליתר דיוק של צבאה. לפיכך, עד לחתימת הסדר הקבע, המשפט הבינלאומי הנוגע למעמדן של ההתנחלויות הוא המשפט ההומניטרי הבינלאומי, העוסק בדיני המלחמה. שני הסכמים בינלאומיים עיקריים, הנוגעים ליחס כלפי האוכלוסייה האזרחית בעת מלחמה, עוסקים בנושא: תקנות האג (משנת 1907)⁴ ואמנת ג'נווה הרביעית (משנת 1949)⁵.

בעמדתה של ישראל לגבי תחולתם של שני הסכמים אלה בשטחים נתערבבו שתי סוגיות:

א. שאלת עצם תחולתם של ההסכמים על פעולות ישראל בשטחים, כלומר האם שלטונה של ישראל בשטחים מהווה "כיבוש" על-פי הסכמים אלה:

עמדתה הרשמית של ישראל בנוגע לתחולת הסכמים אלה נוסחה תחילה בשנת 1971 בידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, ולימים שופט בית-המשפט העליון ונשיאו, מאיר שמגר. לדעת שמגר, תקנות האג ואמנת ג'נווה הרביעית חלות רק על שטח שנכבש מידי שלטון ריבוני לגיטימי. לדבריו, מאחר שריבונותן של מצרים וירדן על השטחים שכבשה ישראל ב-1967 מעולם לא הוכרה, ושלטונן שם נחשב בעיני רוב מדינות העולם לבלתי לגיטימי,⁶ הרי ששטחים אלה לא היו, טרם כיבושם, בריבונותה של מדינה כלשהי, ולכן אינם יכולים להיחשב כ"שטחים כבושים" משהשתלטה ישראל עליהם. שמגר מסיק מקביעותיו אלה כי ישראל אינה מחויבת, מבחינת המשפט הבינלאומי, לקיים את הוראותיהן של תקנות האג ואמנת ג'נווה הרביעית. חרף זאת, הוסיף שמגר, תקיים ישראל, דה פאקטו, את "ההוראות ההומניטאריות" של שני הסכמים אלה.⁷ הוראות אלה מעולם לא הוגדרו.

4. Regulations annexed to the Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land (The Hague, 18 October 1907).

5. Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949.

6. כך הכירו רק בריטניה ופקיסטן בסיפוח הגדה המערבית לירדן, ואילו מצרים לא טענה מעולם כי רצועת עזה מהווה חלק משטחה.

7. Meir Shamgar, "The Observance of International Law in the Administered Territories," 1 *Is. Yearbook of Human Rights* 262 (1971), esp. pp. 262-266.

ב. שאלת "שפיטותם" של ההסכמים בבתי-המשפט בישראל, כלומר האם ההסכמים מהווים חלק מהמשפט המקומי בישראל, כך שיש לבתי-המשפט הישראליים סמכות לשפוט את פעולתיה של הממשלה על-פיהם:

לגבי תקנות האג

החל מ"בג"צ בית-אל" מ-1978 רואה בג"צ בתקנות האג משנת 1907 חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, כלומר מאותם עקרונות של התנהגות המחייבים את כל מדינות העולם, כולל את אלה שאינן שותפות להסכמים כלשהם בנושא.⁸ תחולה רחבה זו של המשפט הבינלאומי המנהגי נובעת מכך שהוא משקף מדיניות משפטית עיקבית של רוב אומות העולם באשר למותר ולאסור, ובמקרה של המשפט ההומניטרי – המותר והאסור בעת מלחמה.

על-פי השיטה המשפטית הישראלית, הסכם בינלאומי אינו מהווה, ככלל, חלק מהמשפט המקומי כל עוד לא עשתה הכנסת שינויים בחקיקה ההופכים את הוראות ההסכם לחלק מהחוק הישראלי. אך כלל זה אינו חל על הסכמים המשקפים את המשפט הבינלאומי המנהגי, ואלה נחשבים "אוטומטית" כחלק מהמשפט המקומי. משהכיר בג"צ בתקנות האג כמשקפות את המשפט הבינלאומי המנהגי הפכו אלה אפוא לשפיטות בפניו.

בג"צ בחן, על כן, את מדיניות ישראל בשטחים לאור תקנות האג. על-פי עמדתה הרשמית של ממשלת ישראל, שתוארה לעיל, אמורה היתה הממשלה להתנגד לכך, משום שהתקנות האמורות עוסקות ב"שלטון צבאי על טריטוריה של מדינת אויב",⁹ ממש כמו אמנת ג'נווה הרביעית. אולם נציגי הממשלה מעולם לא הביעו התנגדות ל"שפיטותן" של תקנות האג בפני בג"צ או התייחסו להיות תקנה זו או אחרת "הומניטרית" או לא.

לגבי אמנת ג'נווה הרביעית

בניגוד לתקנות האג, רואה בג"צ באמנות ג'נווה כשייכות, ככלל, למשפט הבינלאומי ההסכמי בלבד, כלומר הן מאותן המחייבות רק את המדינות השותפות להן (שישראל נמנית עליהן). כיוון שהכנסת לא "אימצה" את אמנת ג'נווה הרביעית עד עתה, קבע בג"צ כי היא אינה שפיטה בבתי-המשפט המקומיים.

משקבע בג"צ כי אמנת ג'נווה אינה שפיטה בפניו, הוא נמנע, ככלל, מלדון בהוראותיה.¹⁰

8. בג"צ 610,606/78 **סלימאן תופיק אויב ואח' נ. שר הביטחון ואח'** פ"ד לג (2) 113, עמ' 120-122 (להלן: בג"צ בית-אל). ר' גם להלן, ע' 22.

9. Military Authority over the Territory of the Hostile State (חלק III), הכולל את הסעיפים הנוגעים לשטחים כבושים).

10. ר' דברי השופט ויתקון **בבג"צ בית-אל** בעמ' 122-123: "אין מקום לדיון בבית-משפט זה בטענות, שיסודן בתקנה 49 לאמנת ג'נווה".

עמדת בצלם

בצלם סבור כי על בג"צ לבחון מחדש את מעמדה של אמנת גינווה הרביעית ולבדוק שוב אם אמנה זו היא כיום חלק מהמשפט המנהגי.¹¹ זאת לאור העובדות הבאות:¹²

- אין כמעט מדינה בעולם שלא הצטרפה לאמנות גינווה
 - העמידה החד-משמעית של רובן המכריע של מדינות העולם מאחורי הוראותיה של האמנה (למשל בהחלטות מועצת הביטחון ועצרת האו"ם, בין השאר נגד עירק וישראל)
 - העדר מוחלט של טענות מפי מדינות או מומחי משפט כי אין חובה לקיים הוראות אלו
 - התפתחותה של חקיקה מקפת בנושאי זכויות אדם, שחלקים ממנה חופפים את הוראות אמנות גינווה, ואשר רבות מההוראותיה נחשבות מנהגיות
 - המשך התפתחותה של החקיקה ההומניטרית הבינלאומית, במידה רבה בהתבסס על אמנות גינווה, במיוחד הפרוטוקולים שנוספו לאמנות אלה ב-1977, ואשר גם אליהם הצטרפו רוב מדינות העולם.¹³
- מעבר לכך, אין מקום לדון כאן בהרחבה בנושא שפיטותה של אמנת גינווה בבתי-המשפט הישראליים,¹⁴ באשר אין בהיותה של אמנה בלתי שפיטה בבתי-המשפט

11. בג"צ ראה בעבר גם את אמנת האג כאמנה הסכמית בלבד. ר' למשל בג"צ 337/71 אלג'מעיה אלמסיהיה ללאראצ'י אלמקדסה (האגודה הנוצרית למקומות הקדושים) נ. שר הבטחון ואח' פ"ד כו (1) 574, בע' 580, בג"צ 500/72 מרים חליל סאלם אבו אל-טין נ. שר הבטחון ואח' פ"ד כו (1) 481 בע' 485, בג"צ 302/72, 306 שיח' סולימאן חסיין עודה אבו חילו ואח' נ. ממשלת ישראל ואח' פ"ד כז (2) 169, בע' 180 (להלן: בג"צ פתחת רפיח). בבג"צ בית-אל שניה בית-המשפט כאמור את קביעתו זו.

12. על כך ר' למשל: Theodor Meron, **Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law**, Oxford: Clarendon, 1989, *passim*, esp. pp. 41-62.

13. 1977 Protocol I and II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International and Non-International Armed Conflicts (respectively).

ישראל אינה שותפה לפרוטוקולים אלה.

14. לדיון כזה ר' למשל: איל בנבנשתי, "השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ", **משפטים** כ"א (1992), ע' 222; אמנון רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, ירושלים: שוקן, 1991, עמ' 99-103. יצוין כי **בצלם** רואה בבתי-המשפט הישראליים שותפים להפרות של המשפט הבינלאומי במידה שהם מאשרים פעולות של הממשלה המפרות משפט זה. השוו במאמר הנ"ל של בנבנישתי, עמ' 229-230.

המקומיים כדי לגרוע ממידת מחויבותה הבינלאומית של מדינה לקיים אותה. זוהי גם עמדתו של בית-המשפט העליון בישראל. השופט אהרון ברק כותב:

מבחינת חובותיה של המדינה המחזיקה כלפי הקהיליה הבינלאומית, מצויים כללים אלה הן במשפט הבינלאומי המנהגי והן במשפט הבינלאומי ההסכמי, שהמדינה צד להם והחלים על הנושא.¹⁵

עם זאת, שאלת תחולתה של אמנת גינווה הרביעית על השלטון הישראלי בשטחים חשובה ביותר לענייננו, בשל הסעיף באמנה זו האוסר באופן חד-משמעי את יישובם של אזרחי המדינה הכובשת בשטח הכבוש.

בצלם שותף לעמדתם של ארגוני זכויות אדם אחרים ושל הקהיליה הבינלאומית כי על ישראל לקיים במלואן לא רק את הוראות תקנות האג אלא גם את הוראות אמנת גינווה הרביעית, וכי סירובה של ממשלת ישראל להכיר בתחילת אמנה זו בשטחים מהווה התחמקות חמורה ומסוכנת מחובתה כחברה בקהיליית העמים. מבלי להיכנס לדיון משפטי מפורט,¹⁶ נביא כאן את הנימוקים העיקריים לעמדה זו:

15. בג"צ 392/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאוניייה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח' פ"ד לו (4) 785, בע" 793 (להלן: בג"צ אגודת המורים). השופט ויתקון מביע עמדה דומה: "טעות היא לחשוב... כי אמנת גינבה אינה חלה על יהודה והשומרון. היא חלה, אף כי... אין היא שפיטה בבית-משפט זה." בג"צ 390/79 עזת מחמד מוסטפה דויקאת ואח' נ. ממשלת ישראל ואח' פ"ד לד (1) 1 בע" 29 (להלן: בג"צ אלון מורה).

16. לדיון כזה ר', למשל (ובנוסף למאמרו של מאיר שמגר, לעיל): יורם דינשטיין, "ציון במשפט הבינלאומי תיפדה", הפרקליט כ"ז (תשל"א), 5; יהודה בלום, "ציון במשפט בינלאומי נפדתה", הפרקליט כ"ז (תשל"א) 315; יורם דינשטיין, "יוהפדה לא נפדתה" או "לא הפגנות אלא מעשים", הפרקליט כ"ז (תשל"א) 519; יהודה בלום, "מזרח ירושלים אינה שטח כבוש", הפרקליט כ"ח (תשל"ב), 183; יורם דינשטיין, דיני מלחמה, תל-אביב: הוצאת שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, 1983, עמ' 209-213; אמנון רובינשטיין, "מעמדם המשתנה של הישטחים: מפקדון מחוזק ליצור כלאיים משפטיים", עיוני משפט י"א (התשמ"ו), עמ' 439-456; מנחם הופנונג, ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק, ירושלים: נבו, 1991, עמ' 285-288.

Raja Shehadeh, *Occupier's Law* (revised), Washington, D.C.: Institute for Palestine Studies, 1988, pp. xi-xiv (להלן: שחאדה, חוק הכובש);

Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*. Princeton: Princeton University Press, 1993, pp. 108-113 (להלן: בנבנישטי, המשפט הבינלאומי בדבר הכיבוש);

Usama R. Halabi, *The Status of the West Bank under International Law*. Paper Published by Land and Water Establishment, Jerusalem: 1991.

1. אמנת ג'נווה כמקשה אחת שיש לקיימה במלואה

מהתחייבות ישראל לקיים רק את ה"הוראות ההומניטריות" של אמנת ג'נווה הרביעית, נובעת חלוקה של אמנה זו ל"חלקים הומניטריים", כלשונו של השופט אהרון ברק,¹⁷ ולכאלה שכביכול אינם כאלה, כשאת האחרונים אין חובה לקיים.

המשפט ההומניטרי, ובכללו אמנת ג'נווה הרביעית, הוא, מעצם הגדרתו ומהותו הומניטרי כולו, ועניינו המצב הקשה והמסוכן ביותר ביחסים בין אומות: מצב מלחמה. מצב זה גורר בהכרח פגיעות בבני אדם ובזכויותיהם. אמנות המשפט ההומניטרי נועדו לקבוע את הגבולות המקסימליים של פגיעות כאלו, אותן מוכנה הקהילה הבינלאומית לסבול, ולאפשר, גם בתנאים של מלחמה, שמירה על זכויות יסוד וכבוד האדם.¹⁸ עמדת ישראל, הגורסת שניתן, בנסיבות מסוימות, לחרוג מהגבולות שנקבעו ולהתעלם מהם, עומדת בניגוד לעקרונות אלה ויש לדחותה מכל וכל.

מעבר לכך, חלוקת אמנת ג'נווה ל"חלקים הומניטריים" ולחלקים שאינם כאלה, פותחת פתח מסוכן, אותו יכולה כל מדינה שהצטרפה לאמנה זו – או לאמנות ההומניטריות אחרות – לנצל על-מנת להתחמק מקיום מלוא התחייבויותיה, ולהחליט כראות עיניה אלו הוראות תקיים ואלו לא.

2. קיומה של ריבונות קודמת בשטח הכבוש אינה נוגעת לתחולת האמנה

בדינים הנוגעים לכיבוש, או ל"תפיסה לוחמתית", אין התניה של תחולתם בהכרה בריבונות של מי ששלט בשטח קודם לכיבושו.¹⁹

אמנת ג'נווה הרביעית אינה עוסקת בשאלות כמו מי פתח במלחמה או מיהו הצד הצודק ואין בה התייחסות למעמד השטח הכבוש טרם המלחמה. האמנה קובעת שתחולתה היא

17. כך בבג"צ **אגודת המורים**: "נוכל להשאיר בצריך עיון את השאלה היפה, אם חלקיה ההומניטריים של אמנת ג'נווה הרביעית, שלגביהם החליטה ישראל כי תנהג על-פיהם... אין בהם כדי להוות נורמות מחייבות..." ר' שם, עמ' 793-794. פסק-דין זה נכתב ב-1983, ומאז המשך בניצ' להעדיף שלא לקבוע בסוגיה זו.

18. ר' למשל: L. Oppenheim. **International Law: A Treatise, Vol. II: Disputes, War and Neutrality**. Seventh Edition, Edited by H. Lauterpacht, London: Longmans, 1969, p. 202 (להלן: אופנהיים, החוק הבינלאומי).

19. על כך ראה למשל: דינשטיין, **דיני מלחמה**, עמ' 212-213; Adam Roberts, "Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories 1967-1988", in Emma Playfair (ed.), **International Law and the Administration of Occupied Territories**, Oxford: Clarendon Press, 1992, pp. 25-85, esp. pp. 43-49

(להלן: רוברטס, "כיבוש מתמשך").

על כל האזרחים הנמצאים במלחמה או תחת כיבוש, המכונים באמנה "מוגנים". סעיף 4 לאמנה מגדיר "מוגנים" כך:

מוגנים על ידי האמנה הזאת הם אלה המוצאים את עצמם – באיזה זמן שהוא ובאיזו דרך שהיא – בשעת סכסוך או כיבוש – בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיו של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת. [ההדגשה שלנו]

אין אם כן ממש בעמדת ישראל, המבססת את אי-הכרתה בתחולתה של אמנת ג'נובה הרביעית על השטחים על-כך שלא היו נתונים קודם לכן לריבונות מוכרת אחרת.

3. הסכמה בינלאומית רחבה על תחולת האמנה בשטחים

בקרב הקהילה הבינלאומית קיים קונסנזוס באשר לתקפותה של אמנת ג'נובה הרביעית בשטחים. קונסנזוס זה מקיף גם את כל ידידותיה הקרובות ביותר של ישראל, והתבטא, בין השאר, בהחלטה של עצרת האו"ם מ-1981, שתמכו בה 141 מדינות ורק מדינה אחת התנגדה. הצלב האדום, המופקד על יישום האמנה, רואה אותה כתקפה בשטחים,²⁰ וכמוהו גם רובם המכריע של מומחים למשפט בינלאומי שהביעו את עמדתם בנושא.²¹

ממשלת ישראל מבודדת בעולם בעמדתה המקבלת את פרשנותו של שמגר, עליה חולקים גם רבים מהבכירים שבמשפטים הישראלים.²²

אם אין לישראל כוונה לפגוע בתושבי השטחים תוך הפרה של אמנת ג'נובה הרביעית, אין לה כל סיבה שלא להתחייב כי תקיים את כל הוראותיה, גם מבלי שתכיר בתחולתה של זו בשטחים.²³ העובדה שישאל לא הגדירה מעולם אילו סעיפים באמנה היא רואה כ"הוראות ההומניטריות", מחזקת את החשד שקביעת עמדה זו אינה אלא ניסיון להתחמק גם מקיומן של אלה, ולאפשר לממשלה חופש פעולה כמעט מוחלט בשטחים, תוך התעלמות מההגנות המוקנות לתושבי השטחים על-פי האמנה.

20. השקפה זו מובעת באופן עקיבי בדו"חות השנתיים של הארגון משנת 1968 ואילך.
21. ר' למשל במאמריהם של Adam Roberts; Alain Pellet; Richard Falk and Burns H. Weston; Christopher Greenwood; Antonio Cassese, in Emma Playfair (ed.), **International Law and the Administration of Occupied Territories**.
22. למשל: פרופסור יורם דינשטיין, פרופסור אמנון רובינשטיין, ד"ר אייל בנבנישתי. ר' הערה 16 לעיל.
23. ר' אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, ע' 101.

2. חוקיות ההתנחלות בשטחים לפי המשפט הבינלאומי

ההתנחלות הישראלית בשטחים מהווה הפרה של שני כללים במשפט ההומניטרי הבינלאומי: איסור על העברת אזרחים של המדינה הכובשת לשטח הכבוש, ואיסור על שינויי קבע בשטח הכבוש, להוציא אלה שנועדו לטובת האוכלוסייה המקומית.

א. איסור על העברת אוכלוסייה משטח המדינה הכובשת לשטח הכבוש

סעיף 49 של אמנת ג'נווה הרביעית קובע במפורש:

המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שנכבש על ידה.

בפרשנות של הצלב האדום הבינלאומי לסעיף זה נכתב כי הסעיף:

נועד למנוע נוהג שאומץ במשך מלחמת העולם השנייה על ידי מעצמות מסוימות, שהעבירו חלקים מאוכלוסייתן לשטח כבוש מסיבות פוליטיות וגזעיות או במטרה, כפי שהן טענו, ליישב [colonize] את אותם שטחים.²⁴

העברת אזרחים של המדינה הכובשת, וגם שיכונם הזמני בשטחים, מותרים, אבל זאת אך ורק לצורך סיוע לפעולות השלטון הצבאי בשטחים. דינשטיין קובע כי ".... במידה שהכיבוש נמשך זמן רב מקובל להביא אזרחים בעלי מקצוע, שיפעלו במסגרת הממשל הצבאי ויסייעו לו בנושאים שונים."²⁵ ברור כי אוכלוסיית המתנחלים בכללותה אינה יכולה להיכלל בקטגוריה זו.

לדעת דינשטיין, יש לפרש את האיסור על התיישבות בשטח הכבוש שבסעיף 49 פירוש צר. לדבריו, הכוונה בסעיף 49 היא "למנוע שינוי דמוגרפי יסודי במבנה האוכלוסייה בשטח הכבוש". מכאן ש"אין בהכרח משום פגם" ב"התיישבות וולונטרית, טיפין-טיפין, של אזרחי המדינה הכובשת בשטח הכבוש... אם אינה נעשית מטעם ממשלת הכובש ובצורה ממוסדת."²⁶

[להלן: פיקטט, פרשנות]. ר' גם אופנהיים, **החוק הבינלאומי**, ע' 452.
Jean S. Pictet, (ed), **Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War**. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1958, p. 283

24. דינשטיין, **דיני מלחמה**, ע' 214.

25. שם, ע' 226.

פרשנות זו של דינשטיין הנה בעייתית משתי בחינות:

ראשית, אמנת גינווה מגדירה כ"מוגנים" את תושבי השטח הכבוש (ולא את אזרחי המדינה הכובשת),²⁷ ומטרת סעיף 49 היא להגן עליהם מפני בואם של אזרחי המדינה הכובשת להתיישב בארצם. לא ברור אפוא מדוע סבור דינשטיין כי התיישבות כזאת שנעשתה מרצון – להבדיל מפעולה של המדינה ליישבם שם – פוגעת פחות בתושבי השטח הכבוש, ומצדיקה הסרת הגנה זו מעליהם.²⁸

שנית, פרשנותו של דינשטיין אינה מתיישבת עם לשון סעיף 49. בניגוד לאיסור על גירוש מוגנים מהשטח הכבוש, המצוי ברישא של סעיף 49, והאוסר על "העברה בכפייה... וכן גירושם של מוגנים" (*individual or mass forcible transfer*, ההדגשות שלנו), נאמר בסיפא של הסעיף כי המדינה הכובשת "לא תגרש ולא תעביר" (*shall not deport or transfer*), אזרחים משטחה לשטח הכבוש. המילה "בכפייה" אינה מתווספת לאיסור כאן. יוצא שהאיסור על העברת אוכלוסייה משטח המדינה הכובשת לשטח הכבוש גורף יותר, וכולל גם העברה שלא בכפייה. פרשנות זו מקובלת על מומחים רבים למשפט בינלאומי. כך, למשל, כתב פרופ' יהודה בלום, לימים שגריר ישראל באו"ם:

ההבחנה בין "גירוש או העברה" (אסורים) של אוכלוסיית הכובש לשטח הכיבוש ובין "התיישבות" (מותרת) של אזרחיו "בתור שכאלה" בתוך השטח הכבוש יכלה להיות מעניינת אלמלא מצאנו בפירוש הרשמי של אמנת זינבה הרביעית, שפורסם על-ידי הצלב האדום הבינלאומי, כי ההוראה הנדונה נתכוונה, בין השאר, למנוע "קולוניזציה" של השטח הכבוש על-ידי הכובש.²⁹

בכל מקרה, גם אם נקבל את פרשנותו של דינשטיין, הרי אפילו התנאים המקלים שהוא מציב אינם מתקיימים במקרה של ההתנחלות הישראלית בשטחים:

א. מטרתם המוצהרת של המתנחלים, כמו גם של ממשלות ישראל שיישבו אותם, היתה ועודנה ליצור "שינוי דמוגרפי יסודי במבנה האוכלוסייה", אם בשטח הכבוש כולו (מדיניות ממשלות ה"ליכוד"),³⁰ ואם בחלקים מהשטח (מדיניות ממשלות

27. סעיף 4 לאמנת גינווה הרביעית.

28. ר' בנבנישתי, **המשפט הבינלאומי בדבר הכיבוש**, ע' 140.

29. יהודה בלום, "מזרח ירושלים אינה שטח כבוש", ע' 189. במילים "הפירוש הרשמי של אמנת זינבה הרביעית", מתייחס בלום לפרשנותו של גיאן פיקטט, לעיל. ראוי לציין כי אף שהצלב האדום מוסיף להסתמך על פרשנותו של פיקטט גם היום, אין היא מכונה עוד "פרשנות רשמית" של הארגון. דעות דומות לזו של בלום הובעו על-ידי משפטנים נוספים. ר' למשל: רוברטס, "כיבוש מתמשך", ע' 67.

30. כך חוזה תכנית התנחלות מאפריל 1983, שבוצעה בשיתוף בין משרד החקלאות למחלקת ההתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית, ואשר התוותה את מדיניות ההתנחלות של ממשלות הליכוד, יישוב יהודי בן 800,000 נפש בגדה. ר': Meron Benvenisti and Shlomo Khayat, **The West Bank and Gaza Atlas**, Jerusalem: West Bank Database Project, 1988, pp. 58-59, 94 (אטלס). (להלן: בנבנישתי וחיט, אטלס).

ה"מעריך" ו"העבודה"³¹. שינוי כזה אכן הושג כבר הלכה למעשה, לפחות באותם אזורים בהם קיימת התנחלות ישראלית צפופה.

ב. ההתנחלות בשטחים, בחלקה הגדול, נעשתה ביוזמת ממשלת ישראל, כשכל המשדרים והרשויות הקשורים לנושא תורמים לה, באמצעות הפקעת שטחים עבור התנחלויות, בתכנון ובביצוע מעשה ההתנחלות, ובמימונו. דו"ח מבקר המדינה לשנת 1983 מונה 125 התנחלויות שעל הקמתן החליטה, עד אז, ועדת השרים לענייני התיישבות.³² ממשלות ישראל השונות עודדו ומעודדות מעבר אזרחים ישראלים למגורים בשטחים באמצעות הטבות שונות, כגון מענקים והלוואות בתנאים נוחים.³³

גם כאשר הוקמו התנחלויות ביוזמתם של המתנחלים עצמם (כגון במקרים של קדומים, שילה, עפרה), פעלה הממשלה בדיעבד כדי להפכן ליישובי קבע. לשם השגת תכלית זו סיעה להם הממשלה בתכנון, בהכשרת תשתית, בהקמת מבני ציבור ומוסדות, בהפקעת קרקע לשם הרחבתן ובעידוד אזרחים ישראלים נוספים להתיישב בהן.

התיישבות המוקמת בהתאם להחלטת ועדה ממשלתית, באמצעות תכנון וביצוע ממשלתיים ובסיוע ועידוד ממשלתיים אינה יכולה להחשב ל"התיישבות וולונטרית" של אנשים פרטיים. מכאן שמעשה ההתנחלות בשטחים הינו הפרה של סעיף 49 באמנת גינווה הרביעית, גם כאשר מפרשים אותו באופן צר.

ב. איסור על שינויים של קבע בשטח הכבוש שלא לטובת האוכלוסייה המקומית

אחד העקרונות הבסיסיים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי הנוגע לשטח הנתון בתפיסה לוחמתית הוא, כדברי פיקטט, כי "כיבוש של אזור בזמן מלחמה הוא במהותו

31. ביטוי ברור של השקפת "המעריך" ניתן בכנסת ב-3.5.82, בידי יו"ר המפלגה דאז, שמעון פרס:

"יועל כן אנחנו אומרים, שמדיניות ההתנחלות צריכה להיות באותם אזורים ביהודה בשומרון ובעזה, שבהם נעמוד על הריבונות הדרושה מטעמי ביטחון, ולא ריבונות לחד ויישובים לחד: סביבות ירושלים, בקעת-הירדן, גוש-עציון, דרום חבל-עזה, וכמובן רמת-הגולן. לעומת זה, יש להימנע מלהתיישב באזורים צפופי אוכלוסייה ערבית..."

32. מבקר המדינה, דו"ח שנתי 34 לשנת 1983 ולחשבונות שנת הכספים 1982, עמ' 84-95. ר' גם טבלאות בע' 82, שם.

33. ר' שם, עמ' 96-98 בנוגע לדרכים בהם מימנה הממשלה את הקמת התנחלויות וכן על דרכי הסיוע למשתכנים בהתנחלויות. ר' גם שם, עמ' 106-107, 114 לגבי הסיוע שניתן למשתכני אלפי מנשה. לאחרונה (ב-13.12.96) החליטה ממשלת ישראל להעניק לכל ההתנחלויות מעמד של "אזור פיתוח א".

מצב דה פאקטו זמני³⁴, מארעיותו של הכיבוש נובעות מגבלות החלות על הכובש בכל הנוגע ליצירת עובדות-של-קבע בשטח הכבוש.

סעיף 46 לתקנות האג אוסר על החרמת רכוש פרטי. סעיף 52 מתיר אמנם תפיסת קרקע על-ידי הכובש תמורת תשלום, אך רק כאשר הדבר נחוץ לצרכי צבא הכיבוש. יש לציין כי תפיסת קרקע, להבדיל מהחרמתה, היא זמנית מעצם הגדרתה, והבעלות בקרקע אינה עוברת לידי הכובש.³⁵

באשר לרכוש ממשלתי, נקבע בסעיף 55 לתקנות האג:

המדינה הכובשת נחשבת רק לנאמן ולנהנה [usufructuary]³⁶ של הבנינים הציבוריים, נכסי דלא ניידים, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה.³⁷

כלל זה חל, בצורה זו או אחרת, על כל המשאבים הטבעיים של השטח הכבוש.³⁸ "בכל ההגבלות", קובע דינשטיין, "עובר חוט השני של הרעיון, כי הכובש אינו ריבון בשטח".³⁹ מכאן שאל לו לכובש לעשות כל מעשה שיש בו משום "סיפור חד-צדדי של הטריטוריה הכבושה – כולה או חלקה".⁴⁰ הכובש רשאי אמנם לשכן "יחידות של הממשל במבנים...", לעסוק ב"עיבוד הקרקעות והפקת יבול, בהשכרתן או החכרתן לפרטים וכיו"ב", אך זאת בהגבלה ש"חוזת החכירה אינו יכול להשתרע אל מעבר לתקופת הכיבוש".⁴¹

34. פיקטט, **פרשנות**, ע' 275.

35. בנושא חובותיו וחזיותיו של כובש לגבי רכוש פרטי ר' למשל אופנהיים, **המשפט הבינלאומי**, עמ' 403-405;

Gerhard von Glahn, **The Occupation of Enemy Territory**, Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1958, pp. 185-191, 193-196

(להלן: פון גלהאן, כיבוש של שטח אויב);

Georg Schwarzenberger, **International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Volume II: The Law of Armed Conflict**, London: Stevens & Sons, 1968, pp. 266-307

(להלן: שוורצנברגר, המשפט בדבר סכסוכים מזוינים).

36. הביטוי usufruct מפורש במילון המשפטי של Black כ"זכות הקיימת לזמן מוגבל על רכוש של אחר" (a real right of limited duration on the property of another). גם בהגדרת מקורו הלטיני של הביטוי – בערך usus fructus – מתוארת זכות זו כזמנית. ר' את שני הערכים ב- **Black's Law Dictionary** (Sixth Edition), St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.

37. לפרשנות סעיף זה ר' למשל אופנהיים, **המשפט הבינלאומי**, עמ' 396-398; פון גלאהן, **כיבוש של שטח אויב**, עמ' 176-180; שוורצנברגר, המשפט בדבר סכסוכים מזוינים, עמ' 311-313.

38. ר', למשל: Palestinian Hydrology Group and Land and Water Establishment, **Legal Status of West Bank Groundwater Resources**, Jerusalem, 1991, pp. 8-21.

39. דינשטיין, **דיני מלחמה**, ע' 220.

40. שם, ע' 211.

41. אייל זמיר, **אדמות המדינה ביהודה ושומרון: סקירה משפטית**, ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל, 1985, ע' 11.

בג"צ הכיר אף הוא בזמניותו של הכיבוש. השופט ברק קבע כי סמכויות המפקד הצבאי "הן, מבחינה משפטית, זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה."⁴² מאחר והמפקד הצבאי אינו הריבון בשטח ושלטונו שם הוא זמני בלבד, מותר לו להתחשב בשני שיקולים בלבד בבואו לקבל החלטות הנוגעות לשטח הכבוש: טובת האוכלוסייה המקומית והאינטרסים הבטחוניים שלו. כך מסביר זאת השופט ברק:

תקנות האג סובבות סביב שני צירים מרכזיים: אחד – הבטחת האינטרסים הביטחוניים הגליטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר – הבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צרכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צרכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב.⁴³

עם זאת, מותר לכובש ליצור שינויים של קבע שנועדו לטובת האוכלוסייה המקומית, ובג"צ עשה שימוש בכלל זה בהתירו סלילת כבישים בשטחים:

השקעות יסוד, שיש בהן להביא לשינוי של קבע, העשוי להימשך גם לאחר סיום הממשל הצבאי, מותרות הן, אם הן נחוצות באופן סביר לצורכי האוכלוסייה המקומית.⁴⁴

מאחר ומעולם לא נטען כי ההתנחלויות הוקמו לטובתם של תושבי השטחים, הרי שכדי להצדיק את הקמתן מהבחינה המשפטית, יש לראות בהן פעולה זמנית המיועדת לצרכי בטחון. בעתירות שהוגשו לבג"צ בנושא ההתנחלויות שהוקמו על קרקע בבעלות פרטית, קיבל בית-המשפט את עמדת המדינה בדבר זמניותן של ההתנחלויות והצורך הצבאי בהן ואישר את הקמתן.

42. בג"צ **אגודת המורים**, ע' 794, ורי גם: בג"צ 351/80 **חברת החשמל מחוז ירושלים בע"מ נ. שר האנרגיה והתשתית ואח'** פ"ד לה (2) 1549.

43. בג"צ **אגודת המורים**, עמי 794-795. ורי גם: Antonio Cassese, "Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources", in Emma Playfair (ed.) **International Law and Administration of Occupied Territories**, pp. 419-457, esp. pp. 420-421

44. בג"צ **אגודת המורים**, ע' 805. ורי גם פון גלאהן, **כיבוש של שטח אויב**, ע' 186. בנוגע לסלילת כבישים, ר' להלן, פרק 4.

עמדת בצלם כלפי זכויות האדם של המתנחלים

מעובדת היותו של מעשה ההתנחלות מנוגד למשפט הבינלאומי נובע כי אין למתנחלים זכות לישיבת-קבע בהתנחלויות. אך מעבר לכך, אין לעובדה זו כל השפעה על זכויותיהם של המתנחלים כפרטים. החובה לקיים את הוראות המשפט הבינלאומי שעניינו זכויות אדם חלה ככלל על מדינות וממשלות ולא על פרטים. על אלה האחרונים חלה החובה לקיים את חוקי המדינה שהם אזרחיה (כל עוד אלה אינם בלתי חוקיים בעליל). מכאן שכל עוד פעלו ופועלים מתנחלים בהתאם לאותם חוקים, אין לשלול או לפגוע בזכויותיהם, וגם הענשתם של מפרי חוק אסור שתפגע בזכויותיהם האנושיות הבסיסיות.

בצלם טיפל בעבר, וממשיך לטפל, במקרים בהם הופרו זכויותיהם של מתנחלים בידי הרשויות, וביניהם אלימות כלפי מפגינים, מעצרים שרירותיים, ושימוש באמצעי חקירה פסולים.⁴⁵ **בצלם** גם הביע את התנגדותו לצעדים גורפים שנקטו השלטונות נגד מתנחלים, ובהם מעצרים מנהליים והוצאת תנועות פוליטיות אל מחוץ לחוק.

בהיות הקמתן של ההתנחלויות הפרה של המשפט הבינלאומי, הדרישה לפנות את ההתנחלויות במסגרת הסדרי-שלום בין ישראל לפלסטינים הינה לגיטימית. ברור, עם זאת, כי אין בכך בשום אופן כדי להצדיק רצח של מתנחלים. עמדתה של הרשות הפלסטינית לפיה יש להאבק בהתנחלויות "בכל האמצעים"⁴⁶ הינה פסולה, ומנוגדת בעליל למשפט הבינלאומי, המבדיל בין אמצעים חוקיים לכאלה שאינם חוקיים בכל מצב שהוא.

במידה שהסדר עתידי יכלול פינוי של חלק מההתנחלויות או כולן, ידרוש **בצלם** כי הדבר ייעשה ללא שימוש באלימות, כי המפונים יפוצו פיצוי מלא על אובדן רכוש, מקום עבודה וכד', וכי השלטונות יעשו את כל אשר לאל ידם על-מנת להקל על מעברם אל תוך תחומי מדינת ישראל.

אם ייקבע בהסדר עתידי כי מתנחלים או התנחלויות יישארו בשטח הנתון לשליטה של רשות או ממשלה אחרת, ידרוש **בצלם** כי אלה יזכו לשוויון זכויות מלא עם שאר התושבים אשר תחת שלטונה של אותה רשות וכי כל זכויות האדם שלהם יכובדו.

45. ר'למשל **בצלם**, עינייים בחקירה: עדויות נחקרים פלסטינים, עדויות חוקרים, דף מידע, נובמבר 1994, ע' 11; **בצלם**, דו-קיום בלתי אפשרי – זכויות האדם בחברון מאז הטבח במערת המכפלה, דף מידע, ספטמבר 1995, עמ' 22-23.

46. כך בהחלטה שנתקבלה בישיבה משותפת של הוועד הפועל ומועצת השרים של הרשות ב-13.12.96, על-פי אל-קודס, 14.12.96.

3. בג"צ - ההכשרה המשפטית למעשה ההתנחלות

הדיון המשפטי בבג"צ בנושא ההתנחלויות התמקד ברובו באלה שהוקמו בשנות השבעים, על קרקע פרטית שהופקעה בעילה של צורך צבאי. בג"צ נתן הכשר עקרוני להפקעות למטרה זו ולהקמתן של התנחלויות אזרחיות על הקרקעות שהופקעו. החל מסוף שנות השבעים הוקמו ההתנחלויות, רובן ככולן, על "אדמות מדינה", ובג"צ אישר גם הליך זה. בכך העניק בג"צ לגיטימציה למעשה ההתנחלות ובסופו של דבר חסם כל אפשרות משפטית לערער עליו.

א. שנות השבעים: התנחלות על קרקע פרטית כ"פעולה זמנית לצרכי בטחון"

במהלך שנות השבעים הוגשו לבג"צ מספר עתירות של תושבי השטחים שקרקעות שבבעלותם נתפסו לצורך הקמת התנחלויות.⁴⁷ בכל פסקי הדין קבע בג"צ כי תפיסת קרקע פרטית לצורך הקמת יישוב אזרחי הנה חוקית, כל עוד נעשה הדבר לצרכים צבאיים ובאופן זמני.

שלושה פסקי הדין העיקריים שניתנו בנושא זה היו בעניין פתחת רפיח, בעניין בית-אל ובעניין אלון מורה.

בג"צ פתחת רפיח

בעניין פתחת רפיח עתרו תשעה ראשי שבטים בדואים שגורשו, בתוקף צווים צבאיים, ממקומות מגוריהם באזור לשם הקמת "אזור חיץ" בין סיני לרצועת עזה. האפשרות של "התיישבות ונוכחות יהודית" ב"אזור החיץ" ושילובה בפעילות הבטחונית בו עלתה בתצהיר שהגיש ראש אגף מטכ"ל דאז, אלוף ישראל טל, לבג"צ.⁴⁸

47. בג"צ פיתחת רפיח; בג"צ 834/78 סלאמה ואח' נ. שר הבטחון ואח' פ"ד לג (1) 971; בג"צ בית-אל בג"צ 258/79 עמירה ואח' נ. שר הבטחון ואח' פ"ד לד (1) 90 (להלן: בג"צ נעלון); בג"צ אלון מורה. לדיון בנושא ההתנחלויות לפני שנות השבעים ולאחריהן ר' הופנונג, ישראל - בטחון המדינה מול שלטון החוק, עמ' 300-304.
48. סעיפים 2 ו-3 לתצהיר, בהתאמה.

בג"צ נקט בעניין זה לראשונה, באופן שנתגלה ברבות הימים כתקדימי, עמדה לפיה התנחלות אזרחית בשטחים הנה לגיטימית כאמצעי בטחוני. על-פי השופט ויתקון:

ברור שהעובדה, שאותם מקרקעין מיועדים, כולם או מקצתם, להתיישבות יהודית, אינה שוללת מהפעולה, בשלמותה, את אפיה הבטחוני... השטח (או חלק ממנו) נועד להתיישבות של יהודים, כשאף היא, במקרה דנן, אמצעי בטחוני.⁴⁹

בג"צ בית-אל

בעניין בית-אל עתרו לבג"צ מספר בעלי קרקעות נגד תפיסת אדמתם לצורך בניית התנחלויות בית-אל ובקעות. בשני המקרים הוציא מפקד האזור צו בו קבע כי האדמות דרושות, לדעתו, "לצרכים צבאיים הכרחיים ודחופים". בג"צ דחה את העתירה, בקבלו את טענת המדינה כי תפיסת הקרקע היא זמנית ונועדה לצורכי ביטחון.

חרף גישתו של בית-המשפט לפיה "ענייני צבא וביטחון... אינם מן הדברים הראויים להכרעת הרשות השופטת".⁵⁰ דנו השופטים באריכות בתרומת ההתנחלויות לבטחון האזור. כך למשל הסביר השופט ויתקון את חשיבותן של ההתנחלויות:

מבחינת השיקול הבטחוני הטהור אין לפקפק בכך שנוכחותם בשטח מוחזק של ישובים – אפילו "אזרחיים" – של אזרחי המעצמה המחזיקה תורמת תרומה נכבדה למצב הבטחוני שבאותו שטח ומקילה על הצבא את מילוי תפקידו. אין צורך להיות מומחה לעניני 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 ולהודיע לשלטונות על כל תנועה חשודה. אצלם לא ימצאו מחבלים מחבוא, סיוע וציוד. הדברים פשוטים ואין צורך לפרט.⁵¹

בג"צ קבע כי מאחר ומפקד האזור מוסמך לשקול שיקולי בטחון, ומאחר ולדעת השופטים הוכחה באופן חד-משמעי התרומה הבטחונית של ההתנחלויות, היתה הוצאת הצווים חוקית.

בג"צ הוסיף וקבע כי תפיסת הקרקע היתה חוקית גם מבחינת המשפט הבינלאומי. בעניין זה התבסס השופט ויתקון על תקנה 52 לתקנות האג, והבחין בין "תפיסת מקרקעים כנגד תמורה" לבין "החרמה" של קרקע:

יש הבחנה ברורה בין *confiscation* (שאינה אלא הפקעה ללא תמורה למטרה בלתי חוקית) לבין *requisition*, אשר, במקרה של נכסי דלא נידי, אינה אלא דורשת מהבעלים, כנגד תשלום תמורה, את השימוש ברכושו, אך אינה שוללת ממנו את בעלותו. לפי טענת בא-כוח המדינה, כך יש לראות פעולת הממשל

49. בג"צ פיתחת רפיח, ע' 182.

50. שם, עמ' 181.

51. בג"צ בית-אל, ע' 119, וכן ר' דברי השופטת בן פורת, שם, עמ' 132-133. ר' גם דברי השופט נדנדי בבג"צ נעלין עמ' 93-95.

הצבאי, ואם כך, נחה דעתו, שאין לראות בפעולה זו דבר הנוגד את התקנות 23(ז) ו-46 לאמנת האג.⁵²

לשאלת בא-כוח העותרים כיצד ניתן להקים יישוב של קבע על אדמה שנתפסה באופן זמני, ענה השופט לנדוי:

נראית לי תשובתו של מר בך שהיישוב האזרחי יכול להתקיים באותו מקום רק כל עוד מחזיק צה"ל בשטח בתוקף צו התפיסה. החזקה זו עצמה יכולה לבוא לידי גמר באחד הימים, כתוצאה ממשא ומתן בינלאומי העשוי להסתיים בהסדר חדש שיקבל תוקף לפי המשפט הבינלאומי והוא אשר יקבע את גורל היישוב הזה, כמו של יישובים אחרים הקיימים בשטחים המוחזקים.⁵³

גם השופטת בן-פורת סברה כי הקמת התנחלות יכולה לעמוד בקנה אחד עם דרישת הזמניות שבמשפט הבינלאומי:

הטרידה אותי השאלה שמא מלמד הכינוי 'יישוב קבע' על כוונה לשלול את המקרקעין עולמית, אך הגעתי למסקנה שיש להתייחס אל התואר 'קבע' כאל מושג יחסי גרידא.⁵⁴

בג"צ אלון מורה

כחצי שנה לאחר פסק הדין בבג"צ בית-אל ניתן פסק הדין בעניין אלון מורה. פסק דין זה שם קץ לתפיסת קרקעות פרטיות לצורך הקמת התנחלויות חדשות.

בינואר 1979 ניסו אנשי גרעין אלון מורה להקים התנחלות באזור השומרון, אך הדבר נמנע מהם על-ידי הצבא. אנשי הגרעין סירבו להתפנות מהמקום וערכו הפגנה שהוכרזה בלתי חוקית. בעקבות האירועים, התכנסה ב-7.1.79 ועדת השרים לענייני ביטחון וקיבלה החלטה עקרונית כי הגרעין יוכל להקים התנחלות, וכי הממשלה תתחשב במשאלותיו של הגרעין בעת קביעת מקום ההתנחלות ומועד הקמתה. בעקבות החלטה זו קיימה ועדת השרים לענייני התיישבות סיור בשטחים כדי למצוא מקום להקמת ההתנחלות. לאחר שהשטח שנבחר אושר על-ידי הצבא, הורה ב-11.4.79 הרמטכ"ל דאז, רפאל איתן, לתפוס את השטח לצרכים צבאיים. ב-3.6.79 אושרה ההחלטה בממשלה ברוב של 8 נגד 5 ושני נמנעים. יומיים לאחר מכן חתם מפקד אזור יהודה ושומרון דאז, האלוף בנימין בן אליעזר, על צו תפיסה של אדמות השייכות לתושבי הכפר רוג'יב, בקובעו כי הדבר דרוש לצרכים צבאיים. ב-7.6.79 בבוקר הוחל בהקמת ההתנחלות, ובאותו יום גם נמסרו צווי תפיסת הקרקע לתושבים. ב-14.6.79 עתרו בעלי הקרקעות לבג"צ.

52. בג"צ בית-אל עמי 123-124. ר' במיוחד את הציטוט מספרו של פון גלאן: "a temporary use of land and buildings for various purposes appears permissible under a plea of military necessity"

[ההדגשה שלנו]. ור' גם דברי השופט לנדוי שם, בעמ' 131-132, בנושא זה.

53. בג"צ בית-אל, ע' 131.

54. שם, ע' 134.

בפסק הדין חזרו השופטים על הדברים שנאמרו בפסק-הדין בעניין בית-אל, לפיהם תפיסת קרקע פרטית לצורך הקמת יישוב אזרחי הינה חוקית, כל עוד התפיסה היא זמנית ונועדה לצרכים צבאיים. אולם, שלא כבעתירות הקודמות, החליטו השופטים לקבל את העתירה, לאחר שקבעו כי במקרה זה הוצאת הצווים לא נועדה לצרכים צבאיים והתנחלות נועדה להיות יישוב קבע.

השופט לנדוי קבע כי במקרה זה היו הסיבות העיקריות לתפיסת הקרקע השקפת עולמם של מקבלי ההחלטה (ועדת השרים) והלחץ שהפעילו אנשי גוש אמונים להקמת ההתנחלות, ולא צרכים בטחוניים:

הגעתי לכלל דעה שהשקפה מקצועית זו של הרמטכ"ל, היא עצמה, לא היתה גורמת לקבלת ההחלטה על הקמת הישוב אלון מורה, אלמלא סיבה אחרת שהיא היתה הכוח הדוחף לקבלת ההחלטה על כך בוועדת השרים לענייני ביטחון ובמליאת הממשלה, דהיינו רצונם העז של אנשי גוש אמונים להתנחל בלבה של ארץ ישראל, קרוב ככל האפשר לעיר שכם. אשר לדיונים בוועדת השרים ובמליאת הממשלה, לא ניתן לנו לעקוב אחריהם על-פי עיון בפרוטוקול הדיונים, אבל גם בלעדי זאת יש לנו סימנים מספיקים בראיות שלפנינו שגם ועדת השרים וגם הרוב בממשלה הושפעו השפעה מכרעת מטעמים שבהשקפת עולם ציונית על ישובה של ארץ ישראל כולה.⁵⁵

שניים מחברי גרעין אלון מורה הצטרפו למשיבים בעתירה זו, והגישו לבית-המשפט תצהיר בו הצהירו על השקפתם לגבי מטרת הקמת היישוב:

העמדת צו התפיסה על נימוקי הבטחון במשמעותם הטכנית הצרה ולא במשמעותם הבסיסית והמקיפה כמוסבר לעיל – פירושה אחד: ארעיות ההתנחלות והיותה בת חלוף. מסקנה מחרידה זו נדחית על ידנו מכל וכל. היא גם אינה עולה בקנה אחד עם החלטת הממשלה בדבר ישובנו במקום הזה. בכל המגעים וההבטחות הרבות שקבלנו משרי הממשלה ומעל לכל מראש הממשלה עצמו – וצו התפיסה הנדון הוצא על פי התערבותו האישית של רה"מ – רואים כולם בישוב אלון מורה ישוב קבע של התנחלות יהודית לא פחות מדגניה או מנתניה.⁵⁶

לאור דברים אלה, לא ניתן היה לראות בהקמת היישוב מעשה זמני, ולפיכך קבע השופט לנדוי:

נתקלת ההחלטה להקים ישוב קבע הנועד מראש לעמוד במקומו לצמיתות – ואף מעבר לתקופת הממשל הצבאי שהוקם ביהודה ושומרון – במכשול משפטי שאין להתגבר עליו. כי אין ממשל צבאי יכול ליצור בשטחו עובדות לצרכי

55. בג"צ אלון מורה, 16, ור' גם דברי השופט ויתקון, שם, בעמ' 26-27. בעניין אלון מורה היו הרמטכ"ל ושר הביטחון חלוקים ביניהם באשר לערכה הצבאי של התנחלות אלון מורה. הרמטכ"ל דאז, רב-אלוף רפאל איתן, הגיש תצהיר המדגיש את ערכה הבטחוני של התנחלות במקום. שר הביטחון דאז, עזר וייצמן לא סבר שהקמת התנחלות כזו חיונית. ר' שם, עמ' 7-9.

56. שם, עמ' 21-22.

הצבאיים שנועדו מראש להתקיים גם אחרי גמר השלטון הצבאי באותו שטח, כאשר עדיין אין יודעים מה יהיה גורל השטח אחרי סיום השלטון הצבאי.⁵⁷

בהתבססו על הדרך בה קיבלה הממשלה את ההחלטה על הקמת היישוב ועל העובדה שהשופטים לא שוכנעו כי במקרה זה קיימים צרכים צבאיים להקמתו, הורה בג"צ לצה"ל לפנות את ההתנחלות ולהחזיר את הקרקעות שנתפסו לבעליהן. הממשלה נאלצה למצוא מקום חלופי להקמת התנחלות "אלון מורה".

ביקורת

עמדתו של ראש הממשלה ושר הביטחון לשעבר, יצחק רבין המנוח, היתה כי רבות מההתנחלויות חסרות כל ערך ביטחוני, ואף מהוות נטל על הצבא.⁵⁸ בעתירות שונות שהוגשו לבג"צ צורפו תצהירים של אלופים לשעבר, המערערים על הטענה כי קים צורך בטחוני להקים התנחלויות.⁵⁹

לנוכח דברים אלה, לא ניתן לראות בהכרעתו החד-משמעית של בית-המשפט כי ההתנחלויות תורמות במידה רבה לבטחון המדינה, הכרעה עובדתית, אלא ערכית בלבד, ובתור שכזו אין היא ראויה להוות בסיס משפטי ללגיטימציה של מעשה ההתנחלות.

יצוין כי בצה"ל קיימת חטיבת הנח"ל, שאחד מתפקידיה הוא הקמת נקודות התיישבות צבאיות זמניות. ההיאחזויות, גם כאשר הן מתקיימות לאורך שנים, וגם אם עוסקים יושביהן בחקלאות, בדיג וכדומה, אינן מהוות יישוב של קבע, זאת משום שהחיילים יושבים בהן רק עד תום שירותם במקום, ואינם מקימים בהן את ביתם. מובן שסוג זה של התיישבות אינו עומד בסתירה למשפט הבינלאומי. בהקשר זה כותב דינשטיין כי "אין שום פגם בהקמת היאחזויות נח"ל, הואיל והללו דינן כדין בסיסים צבאיים."⁶⁰ היאחזויות נח"ל אכן הוקמו בשטחים, אך רובן-ככולן היוו שלב מקדים להקמת התנחלויות אזרחיות קבועות.

קביעת בג"צ לפיה הקמת "יישוב של קבע" אינה בגדר "יצירת עובדות-של-קבע" מרוקנת את הוראות המשפט הבינלאומי בנושא זה מכל תוכן. פעולות צבאיות בשטח כבוש, ובכללן הקמת מחנות ומתקנים, ואף שיכון אנשי צבא בהם, הן זמניות בצורתן ובתוכן, ומותרות כאמור על-פי המשפט הבינלאומי. בניגוד לכך, בניית יישובי קבע אזרחיים ושיכוןם באזרחים, מהווים מעשה מובהק של יצירת עובדות קבע, האסור על-פי משפט זה.

57. שם, עמ' 23-24.

58. ר' למשל, על המשמר, 27.1.95.

59. כך למשל צורפו לעתירה בבג"צ אלון-מורה תצהירים מטעם רב-אלוף (מיל.) וח"כ מטעם מפלגת העבודה חיים בר-לב ואלוף (מיל.) מתתיהו פלד. בבג"צ נעלין ובבג"צ בית-אל הוגשו תצהירים מטעם האלוף פלד.

60. דינשטיין, דיני מלחמה, ע' 226.

בעינין זה יש להבחין בין יצירת עובדות של קבע לבין יצירת מצב בלתי הפיך. מעטים המעשים האנושיים שלא ניתן להפכם ולבטלם ואין כמעט מעשה אנושי המתקיים לעד. מעשיהם של בני אדם הנם, רובם-ככולם, קבועים באופן "יחסי גרידא", כלשונה של השופטת בן-פורת, ובני חלוף. אך בתוך הקשר זה, מעטות הן הפעולות האנושיות שהן קבועות יותר מבניית בית, השתכנות משפחה בתוכו, גידול ילדים בבית זה, שליחתם לבתי-ספר שהוקמו לצורך זה במקום, והקמת בתי קברות.

ממשלות ישראל, ובעקבותיהן בג"צ, העדיפו להתעלם מעובדות אנושיות פשוטות וידועות אלה. בג"צ קיבל שוב ושוב את עמדת הממשלה שהוצגה בפניו בדבר ארעיות של ההתנחלויות, ובחר להתעלם מ"המפורסמות הידועות לכל אזרח של מדינת ישראל",⁶¹ כגון הצהרות הממשלה מחוץ לכתליו, בריש גלי, על "הקמת היאחזויות בטחוניות והתנחלויות-קבע, כפריות ועירוניות, על אדמת המולדת."⁶²

מה שלא עשו הפקעתם או תפיסתם של עשרות אלפי דונמים, הקמת אלפי בתי מגורים ומבני ציבור, התיישבות של אלפי יהודים, הקמת בתי-קברות בחלק מההתנחלויות, ואין-ספור הצהרות מפורשות של מתנחלים ומדינאים בדבר נצחיותן של ההתנחלויות, עשה בבג"צ "אלון מורה" תצהיר אחד של המתנחלים על נצחיות התנחלותם, והוא-הוא שיצר "מכשול משפטי שאין להתגבר עליו".

ב. שנות השמונים והתשעים: התנחלות על "אדמות מדינה" ונטרול בג"צ

זמן קצר לאחר פסק-הדין בבג"צ "אלון מורה" התגברה הממשלה על מכשול משפטי זה.⁶³ משהוברר לממשלה כי תפיסה נרחבת של אדמה פרטית לצורך הקמת התנחלויות תהיה כרוכה בקשיים ועיכובים רבים וכי יהיה עליה לוודא בכל מקרה כי ראשי הממסד

61. השופט לנדוי השתמש בביטוי זה בנסייון להפריך את עמדתו של אלוף (מיל) מתיתיהו פלד, לפיה אין להתנחלויות חשיבות בטחונית, ר' בג"צ נעלין, עמ' 93-95.

62. הציטוט מתוך קווי היסוד של תכנית הממשלה [ממשלת הליכוד הלאומי שהוקמה אחרי הבחירות לכנסת ב-1969], פרק א' – משימות מרכזיות, סעיף 4, שאושרו על-ידי הכנסת ב-15 לדצמבר 1969. בקווי היסוד של ממשלת הליכוד הראשונה, שאושרו על ידי הכנסת ב-20.6.1977. נאמר:

"ב. לעם היהודי זכות היסטורית נצחית לארץ ישראל נחלת אבותינו שאינה ניתנת לערעור.

ג. הממשלה תתכנן, תקים ותעודד התנחלויות כפריות ועירוניות על אדמת המולדת."

63. על פרשה זו והשלכות ההחלטה בה ר', למשל: שחאדה, חוק הכובש, עמ' 18-22; הופנונג, ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק, עמ' 304-307; Ian Lustick, "Israel and the West Bank after Elon Moreh: the Mechanics of De Facto Annexation", *Middle East Journal*, Vol. 35 (Autumn 1981), pp. 557-577.

הצבאי הם שיזמו את תפיסת הקרקע, כי כולם תומכים בה, וכי המתנחלים העתידיים לאכלס את ההתנחלות מוכנים להמנע מלהכריז כי מטרתם הנה התיישבות של קבע, נאלצה הממשלה לפנות לדרכים אחרות של תפיסת קרקעות לשם הקמת התנחלויות.

לפיכך עשתה הממשלה שינוי טקטי,⁶⁴ כשהיא זונחת את ההצדקה "הבטחונית" להקמת ההתנחלויות, ופונה להתנחלות רחבת ממדים על "אדמות מדינה". לצורך כך פתחה המדינה בהליך של "הכרזה על קרקעות כאדמות מדינה", שמטרתו העיקרית להרחיב את היקף הקרקע הנחשבת ל"אדמת מדינה" בשטחים.

ה"הכרזה על קרקע כאדמת מדינה" נעשתה על-ידי הממונה על הרכוש הממשלתי במנהל האזרחי, לאחר בדיקה שערכה המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה בהסתמך על חוק הקרקעות העות'מאני משנת 1855. נציג הממונה היה מודיע למוחיתארי הכפרים באזור על הכוונה להכריז על קרקע כ"אדמת מדינה", והתושבים היו רשאים לערער בתוך 45 יום על ההחלטה בפני ועדת הערר הצבאית. אם לא הוגש ערר – עברה החזקה בקרקע לצבא. אם הוגש ערר – נדון העניין בפני ועדת הערר שהוקמה לצורך כך, כאשר חובת ההוכחה לגבי הבעלות על הקרקע מוטלת על הטוען לבעלות.⁶⁵

הליך זה פגום מבחינות רבות. הוא אינו מעוגן בחוק הירדני; עוקף את הליך רישום הקרקעות שבהוראות חוק זה, הליך אותו הקפיא (התלה – בלשון הצו) המפקד הצבאי בגדה המערבית עצמו;⁶⁶ מטיל את חובת ההוכחה לרישום הקרקע והשימוש בה על הטוען לבעלות; ומתעלם מבעלי קרקע שאינם נמצאים בשטחים בעת הפעלת ההליך. עם זאת, ענייננו פה אינו בחוקיות ההליך עצמו אלא בחוקיות השימוש שנעשה בו לצורך בניית התנחלויות.

יש לציין כי לפי כללי המשפט הבינלאומי, כאשר מתעוררת השאלה אם קרקע היא פרטית או ציבורית, היא תחשב כציבורית עד אשר יוכרע אחרת.⁶⁷ הבעלות על כשני שליש מהאדמות בגדה אינה רשומה באופן מסודר, ונובעת מכח החזקה רבת שנים. לפיכך, הטלת נטל ההוכחה בשאלת הבעלות בקרקע על התושבים מקילה על המדינה בהכריזה על קרקע כציבורית.

ואכן, בעקבות הליך ההכרזה התרחבו "אדמות המדינה" בצורה משמעותית. ערב הכיבוש הישראלי, היו 527,000 דונם מקרקעות הגדה המערבית, ששטחה הכולל הוא כ-5.5 מיליון דונם, רשומים כאדמות הממשלה הירדנית. על-פי נתונים שאספו מירון

64. לפי עו"ד פליאה אלבק, שהיתה מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה בשנים 1969-1992, שינוי המדיניות נעשה כבר ב-1977, לאור האידאולוגיה המדינית והחברתית של ממשלת הליכוד, ולא בעקבות בג"צ אלון מורה. ר' פליאה אלבק, **קרקעות ביהודה ושומרון**, תל-אביב, ועד מחוז תל-אביב – יפו, לשכת עורכי הדין, 1985, ע' 3.

65. על הליך זה ר' אלבק, **שם**, עמ' 7-9; זמיר, **אדמות המדינה ביהודה ושומרון**, עמ' 31-34; הופנונג, **ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק**, עמ' 307-309; שחאדה, **חוק הכובש**, עמ' 33-22; Raja Shehadeh, **The Law of the Land**, Jerusalem: PASSIA, 1993, pp. 11-30.

66. צו בדבר הסדר קרקעות ומים (יהודה ושומרון) (מס' 291), תשכ"ט-1968 (קמצי"ט תשכ"ט), 591.

67. ר' הופנונג, **ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק**, עמ' 307-308; שוורצנברגר, **המשפט בדבר סכסוכים מזוינים**, עמ' 308-310; פון גלהאן, **כיבוש של שטח אויב**, ע' 179.

בבנישתי ושלמה חייט, ב-1973 גדל היקף "אדמות המדינה" לכ-700,000 דונם. אולם עיקר הגידול התרחש בתחילת שנות ה-80. עד 1984 הגיע היקף האדמות שהוכרזו ונתפסו כ"אדמות מדינה", על-פי בבנישתי וחייט, ל-1,800,000 דונם.⁶⁸ על-פי נתוני מועצת יש"ע, היו בתחילת 1993 כ-2.5 מיליון דונם משטחי הגדה "אדמות מדינה", גידול של פי ארבעה וחצי בערך משנת 1967.⁶⁹ במלים אחרות, שטח "אדמות המדינה" גדל, על-פי אותם מקורות, מכ-10 אחוז של שטח הגדה המערבית לכ-45 אחוז ממנו.

בג"צ דחה טענות בדבר אי-החוקיות של הליך ההכרזה על "אדמות מדינה", הן מבחינת המשפט הבינלאומי והן מבחינת המשפט הצבאי החל בשטחים. על עצם ההכרזה ניתן היה, כאמור, לערער בפני ועדת ערר, ובג"צ הפנה אליה את העותרים נגד הכרזות כאלה ודחה את ההשגות על עצם קיומה של הוועדה:

מאחר שהגענו, כאמור לעיל, לכלל מסקנה, כי לא נפל כל פגם בחקיקתם של הצווים בדבר רכוש ממשלתי ובדבר כינון ועדת עררים, ומאחר שנשמרה לעותרים, כאמור, הזכות לערעור לפני ועדת עררים... החלטנו לדחות את העתירה.⁷⁰

אם בעבר ראה בג"צ צורך להתערב בהליכי תפיסתה של קרקע פרטית על-מנת להגן על זכויות הקניין של בעליה, הרי שעתה, משנבנו ההתנחלויות על מה שהוכרז כ"רכוש המדינה", נמנע בג"צ מהתערבות בתהליך. מרגע שהכיר בחוקיות הליך ההכרזה, כלומר בחזקתה של "המדינה" בקרקע, לא הכיר בג"צ בזכות העמידה של תושבים פלסטינים בכל הנוגע לשימוש שנעשה בה, גם אם טענו בעבר לבעלות עליה, שכן אף עותר לא יכול היה להוכיח כי הוא עצמו נפגע. כך קבע נשיא בית-המשפט העליון דאז, מאיר שמגר:

העותר העלה את השאלה, מה יהיה ברבות הימים דין המקרקעין רכוש המדינה, שהועמדו לרשות היישוב "חדשה". אין כל צורך שנדון כאן בנושא זה, כי שאלה זו איננה נוגעת כלל לנושא שלפנינו, ומכל מקום אין לעותר מעמד בשאלה זו.⁷¹

ב-1991 הוגשה לבג"צ עתירה שעניינה "יישוב אזרחים תושבי המדינה בהתנחלויות, בשטחים המוחזקים על ידי צבא הגנה לישראל בתפישה לוחמתית". העתירה נדחתה פה אחד על ידי נשיא בית-המשפט העליון דאז, מאיר שמגר, והשופטים גולדברג ואור, ובכך בא הקץ למעורבות בג"צ בנושא ההתנחלות. השופט שמגר קבע:

לטעמי יש לדחות עתירה זו, כי היא לוקה בכך שהיא מתייחסת לנושאי מדיניות השמורים לזרועות אחרות של הממשל הדמוקרטי, והיא מעלה נושא שהסממנים

68. רי בבנישתי וחייט, **אטלס**, עמ' 60-61.

69. מתוכם כמיליון דונם רשומים בטאבו בבעלות המדינה, כמיליון דונם שהוכרזו אדמות מדינה אך טרם נרשמו, ו-500 אלף דונם שהוכרזו אדמות מדינה בעשר השנים האחרונות". כך על-פי נדב העניין, "המאבק על קרקעות המדינה", **מעריב**, 22.1.93.

70. רי דברי השופט שמגר בבג"צ 285/81, **כדיל מוחמד אל נואר ואח' נ. מפקד יהודה ושומרון ואח'**, פ"ד לו (1) 705, 701 (להלן: בג"צ אל-נואר). רי גם בג"צ 277/84 **צברי מחמוד אערייב נ. ועדת העדרים לפי צו בדבר רכוש ממשלתי, אזור יהודה ושומרון ואח' פ"ד מ (2) 61**, בע' 69 (להלן: בג"צ אערייב).

71. בג"צ אערייב, ע' 69.

המדיניים שבו הם דומיננטיים וגוברים בעליל על כל קטעי-הקטעים המשפטיים שבו.⁷²

בית המשפט קבע כי העתירה הנה כללית ואינה מתייחסת לסכסוך קונקרטי, ולפיכך בית-המשפט אינו יכול לדון בה:

המטרה הברורה של העתירה היא תקיפתה של מדיניות ממשלתית כללית כפי שהיתה בתוקף בעת הגשת העתירה והדיון בה, ללא התייחסות לפעולות או להימנעות מפעולה קונקרטיות. העתירה היא בגדר השגה כללית על מדיניות ממשלתית. בית המשפט אינו עוסק בבעיות מופשטות אלא אם כן יש להן זיקה למחלוקת שיש לה משמעויות קונקרטיות; בוודאי שלא יעשה כן אם מדובר בבעיות מופשטות שאופיין הוא מדיני באופן דומיננטי.⁷³

לא נותרה אפוא כל אפשרות לערער על חוקיותן של ההתנחלויות, גם אם לא הוקמו לצרכי בטחון, וגם אם "נועדו מראש לעמוד במקומן לצמיתות." למצב זה שאפו, ככל הנראה, יוזמי הליך ההכרזה. לדברי ד"ר מנחם הופנונג:

ההליך החדש היה מעוגן בחקיקת בטחון והעניק לכאורה סעד משפטי לנפגעים. קיומו של טריבונל מעין-שיפוטי נועד למנוע פניות לבג"ץ, שכן סמכות בג"ץ לתת צוים כנגד רשויות מותנית בהעדר סעד חילופי. קיומו של סעד חילופי אינו שולל לחלוטין את סמכות בג"ץ, אך הוא מקטיין באופן ניכר את נכונותו להתערב.⁷⁴

ביקורת

הליך ה"הכרזה על קרקעות כאדמות מדינה", הוא שאפשר את ההתנחלות המאסיווית משנות השמונים ואילך.

סעיף 55 לתקנות האג, העוסק בקרקע ציבורית, מתיר ניצול קרקע שהוא בגדר "הפקת פרות", ולכן זמני בלבד. אולם, ההתנחלויות מוקמות, כאמור, כיישובי קבע לכל דבר, ו"אדמות מדינה" המוחכרות למתנחלים לתקופה של 49 שנים, כמוהן כקרקעות שמחכיר מנהל מקרקעי ישראל לבעלי בתים ודירות ביישובים בתוך הקו הירוק. בנוסף, תפיסתם של יישובי קבע שהוקמו לצורך יישוב אזרחי המדינה הכובשת כ"פרות" שהופקו מהקרקע, אינה סבירה.

מעבר לכך, השימוש שרשאי הכובש לעשות ברכוש הממשלתי כפוף לחובתו "להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים",⁷⁵ כלומר לפעול, היכן שצרכיו

72. בג"צ 4481/91 גבריאל ברגיל ואח' נגד ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (4) 213, 216 (להלן: בג"צ ברגיל).

73. שם, ע' 216.

74. הופנונג, ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק, ע' 308.

75. סעיף 43 בתקנות האג.

הביטחוניים אינם מונעים זאת, לטובת האינטרסים של האוכלוסייה המקומית.⁷⁶ לפיכך, שימוש ב"אדמות מדינה", או אף בהליך של "הכרזה על קרקע כאדמת מדינה", יהיה לגיטימי רק כל עוד נעשה בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ולטובתו של הציבור הפלסטיני בשטחים. שום גורם ישראלי עדיין לא טען שהתנחלויות מוקמות לטובת ציבור זה.

הממשלה ובג"צ הדגישו אמנם את חובתו של הכובש, על פי סעיף 55 לתקנות האג, "לשמור על שלמותו של הרכוש הציבורי",⁷⁷ וכן את הכלל במשפט הבינלאומי לפיו כשקיים ספק, רכוש ייחשב כציבורי עד אשר, ואלא אם כן, יוכח אחרת.⁷⁸ אולם, יש לפרש את הטעם שעמד מאחורי ההליך של "הכרזה על קרקע כאדמת מדינה" בהתאם לחסבר שנתנה לענין עו"ד פליאה אלבק, שעמדה בראש המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה:

איך בכל זאת הוקמו, אפוא, מאה ישובים בתקופה כה קצרה? התשובה היא שהממשלה הטילה על היועץ המשפטי לממשלה לקבוע האם אדמה היא בבעלות פרטית לפני החלטה להקים עליה ישוב. במשך השנים התפתח הדבר לדרישה של בדיקה קפדנית ואישור שלי, במקום היועץ המשפטי לממשלה, לכל שטח שנתבקש לצורך הקמת ישוב יהודי או להוספה לישוב.⁷⁹

במלים אחרות, בדיקת בעלות בשטח לצורך ההכרזה על קרקע כ"אדמת מדינה" התבצעה ביכל שטח שנתבקש לצורך הקמת ישוב יהודי, ונועד למטרה זאת. מכאן, שההכרזה לא נעשתה בכדי לשמור על רכוש הציבור, אלא נועדה **מראש וביודעין** להוציא קרקעות מחזקתו של הציבור הפלסטיני, שעל רכושן מחויב צה"ל להגן על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ולמוסרן לחזקתו הקבועה של "ציבור" אחר, שהועבר באורח בלתי-חוקי משטח המדינה הכובשת – כלומר לידי המתנחלים היהודים.

בהחלטתו ב-1993 בבג"צ ברגיל, נמנע בג"צ מדיון עקרוני במעשה ההתנחלות, ובכך המשיך בקו של אי-התערבות בתהליך הקמת ההתנחלויות. קו זה, תחילתו בקבלת עמדת המדינה בדבר הצורך הבטחוני של ההתנחלויות ובדבר זמניותן, המשכו באפיזודה של התערבות במקרה ספציפי (אלון מורה), ששינתה את סדרי הקמתן של התנחלויות אך לא את עובדת הקמתן, וסופו אי-התערבות בשל דומיננטיות של "סממנים מדיניים".

למעשה נתן בג"צ הכשר משפטי להתנחלויות, על כל צורותיהן, ובכך תרם תרומה מכרעת להקמת ההתנחלויות בשטחים, לפגיעה בזכויות האדם של תושבי השטחים ולהפרת המשפט הבינלאומי.

76. על חשיבותו של סעיף 43 כ"בעל מעמד ראשון בפרק הדן על התפיסה הלוחמתית בתקנות האג", וכמי שהוראות אחרות כפופות לו, ר' יורם דינשטיין, "בשולי הפסיקה: מס ערך מוסף בשטחים המוחזקים (בג"צ (493+69/81)", **עיוני משפט**, י' (1) (אפריל 1984), עמ' 159-164. הציטוט מע' 163, שם.

77. כך השופט שמגר בבג"צ **אל-נאזר**, ע' 704.

78. שם, עמ' 704-705.

79. אלבק, **קרקעות ביהודה ושומרון**, ע' 3.

4. כבישים עוקפים

במסגרת ההערכות ליישום הסכמי אוסלו בגדה המערבית נסללו כבישים, שנועדו לעקוף את ריכוזי האוכלוסיה הפלסטינית ובכך לאפשר תנועה בטוחה יותר של מתנחלים, ושל כוחות הצבא המאבטחים אותם, ברחבי הגדה.

על-פי ארגון זכויות האדם הפלסטיני LAW, נסללו 400 ק"מ של כבישים עוקפים, ולצורך זה "נתפסו" יותר מ-16,000 דונם של קרקעות,⁸⁰ רבות מהן קרקעות פוריות ומעובדות.⁸¹ לעתים לוו ההפקעות בהריסת מבנים, ובהם בתי מגורים.⁸²

בג"צ דחה את העתירות שהוגשו נגד סלילת הכבישים והפקעות הקרקע שליוו אותן, בנימוקים של צורכי ביטחון, מחד גיסא, וטובת כלל התושבים מאידך גיסא.

שתי החלטות שקיבל בג"צ ב-1996 בעתירות שהוגשו בנוגע לקטע בין חברון לחלחול בכביש עוקף חברון (כביש 35), מלמדות על גישתו הבלתי זהירה והבלתי ביקורתית של בג"צ למעשי הרשויות הצבאיות.

שתי עתירות הוגשו נגד הפקעת הקרקעות וסלילת הכביש בקטע זה, האחת מטעם עיריית חברון והשנייה מטעם בעלי הקרקע.

בג"צ עיריית חברון⁸³ נדחתה העתירה בנימוק הבא:

הכביש שישלל על פי התכנית, מיועד לקשר בין שפלת יהודה לבין גב ההר, ולתת פתרון לעומס התחבורתי שילך ויגדל באיזור זה לרווחתם ולתועלתם של כל תושבי האיזור; ואין המדובר בסלילת כביש צבאי המיועד להגן על הישובים היהודיים באותו איזור.⁸⁴

80. ר' **By-Pass**, Land and Water Establishment for Studies and Legal Services, **Road Construction in the West Bank**, 28 February 1996, p. 1.

81. שם.

82. כך למשל, לשם סלילת כביש עוקף חברון, הופקעו, לטענת עיריית חברון, 1150 דונם, בחלקם קרקע חקלאית מעובדת, ונהרסו 24 מבנים. על-פי בג"צ, מדובר ב-730 דונם, ו"החלק המכריע של המבנים... הוקמו שלא כחוק, גם אם הועדה המקומית התימרה להעניק עבורם היתרי בניה." ר' בג"צ 6592/94 **עיריית חברון ואח' נ' שר הבטחון ואח'** (להלן: בג"צ עיריית חברון), החלטה מיום 12.4.96, פסקה 3(א).

83. ר' שם, פסקה 1(א) לגבי מיקום הקרקעות המופקעות.

84. שם, פסקה 3(א).

לעומת זאת, בג"צ דחה עתירה של 26 תושבים פלסטינים לגבי אותו קטע כביש (בין חברון לחלחול) עצמו,⁸⁵ בקבלו את עמדת המדינה לפיה

בצמוד לפאתים הצפוניים של העיר חברון, וכחלק מן ההיערכות מחדש בה, **נתעורר צורך צבאי**, חיוני ודחוף, בסלילתה של דרך, אשר תאפשר תנועה של ישראלים ושל כוחות צבא בשטחים שמצפון לעיר חברון, בין איזור דרום הר חברון, קרית ארבע, והישוב היהודי בלב חברון, מערבה, לעבר שפלת החוף, וכן לכיוון הישובים תלם ואדורה [ההדגשה שלנו].⁸⁶

בג"צ קובע, במילותיו שלו:

אמנם העותרים הוסיפו וטענו כי תפיסת המקרקעין, על מנת לסלול כביש עוקף, אינה בגדר תפיסה לצורכי בטחון. אך בית המשפט כבר דחה טענה זאת, לא פעם, לגבי תפיסת מקרקעין לצורך הסלילה של כבישים עוקפים במקומות אחרים ביהודה ושומרון.⁸⁷

במלים אחרות, בג"צ דוחה עתירה אחת לגבי הקטע שבין חברון לחלחול בכביש מס' 35 בטענה ש"אין המדובר בסלילת כביש צבאי המיועד להגן על הישובים היהודיים באותו איזור", ועתירה אחרת לגבי אותו קטע כביש עצמו נדחית בטענה ש"נתעורר צורך צבאי, חיוני ודחוף" לאפשר תנועה בין אותם "ישובים יהודיים". כשטוענים העותרים ב"בג"צ ופא ואח"י שאין מדובר בכביש לצורכי בטחון – כלומר מעלים את אותה טענה שהשמיע בג"צ עצמו לגבי קטע כביש זה בתגובה לעתירת עיריית חברון – דוחה בג"צ את הטענה, ולמעשה את טענתו-שלו.

קשה להשתחרר מהרושם שבג"צ מקבל בשתי ידיים, ובלי כל חקירה ודרישה (וגם בלי לעיין בהחלטות קודמות שיצאו מטעמו), כל נימוק שמעלים השלטונות הצבאיים בפניו להצדקת פעולותיהם, גם אם התוצאה היא שבג"צ סותר את עצמו.

מעבר לכך, משקפים פסקי הדין החמרה ביחס הכולל של בג"צ לזכויותיהם של התושבים הפלסטינים. למעשה צעד בג"צ שני צעדים נוספים בדרך לגליטימציה משפטית של ההתנחלויות.

ראשית, המתנחלים, שהמצאותם בשטח הכבוש מוצדקת לכאורה רק כצעד בטחוני זמני,⁸⁸ הופכים תושבים שווי מעמד לאלה הפלסטינים, כאשר בג"צ מקבל את ההצדקה הכללית של השלטונות לסלילת כבישים עוקפים, לפיה

הפתרון ההכרחי שנמצא לכך הוא בסלילת כבישים אשר יעקפו ריכוזי אוכלוסיה פלסטינים גדולים, בעיקר, ושיעברו בשטחים פתוחים, באופן שתאפשר שמירה

85. בג"צ 2717/96 **וופא עלי ו-25 אח' נ' שר הבטחון ואח'**, החלטה מיום 4.7.96 (להלן: בג"צ וופא ואח'). לגבי היות השטח המופקע חלק מכביש מספר 35 ר' פיסקה 6. על-פי הודעת המדינה בפני בג"צ, מדובר באזור ה"צמוד לפאתים הצפוניים של העיר חברון", (שם, פיסקה 10), כלומר בואכה לחול.

86. **שם** (ציטוט מסעיף 13 בכתב התשובה של המדינה). מוקדם יותר מדובר על "צרכים בטחוניים החלטיים" (ציטוט מסעיף 12), וכן כי הכבישים העוקפים בגדה, ככלל, ישמרו גם על שלום של התושבים הערבים (סעיף 13, ור' להלן), אך ההצדקה בכל מקרה היא בטחונית בלבד.

87. **שם**, פיסקה 10.

88. ר' לעיל, הדין **בבג"צ בית-אל ובג"צ אלון מורה**.

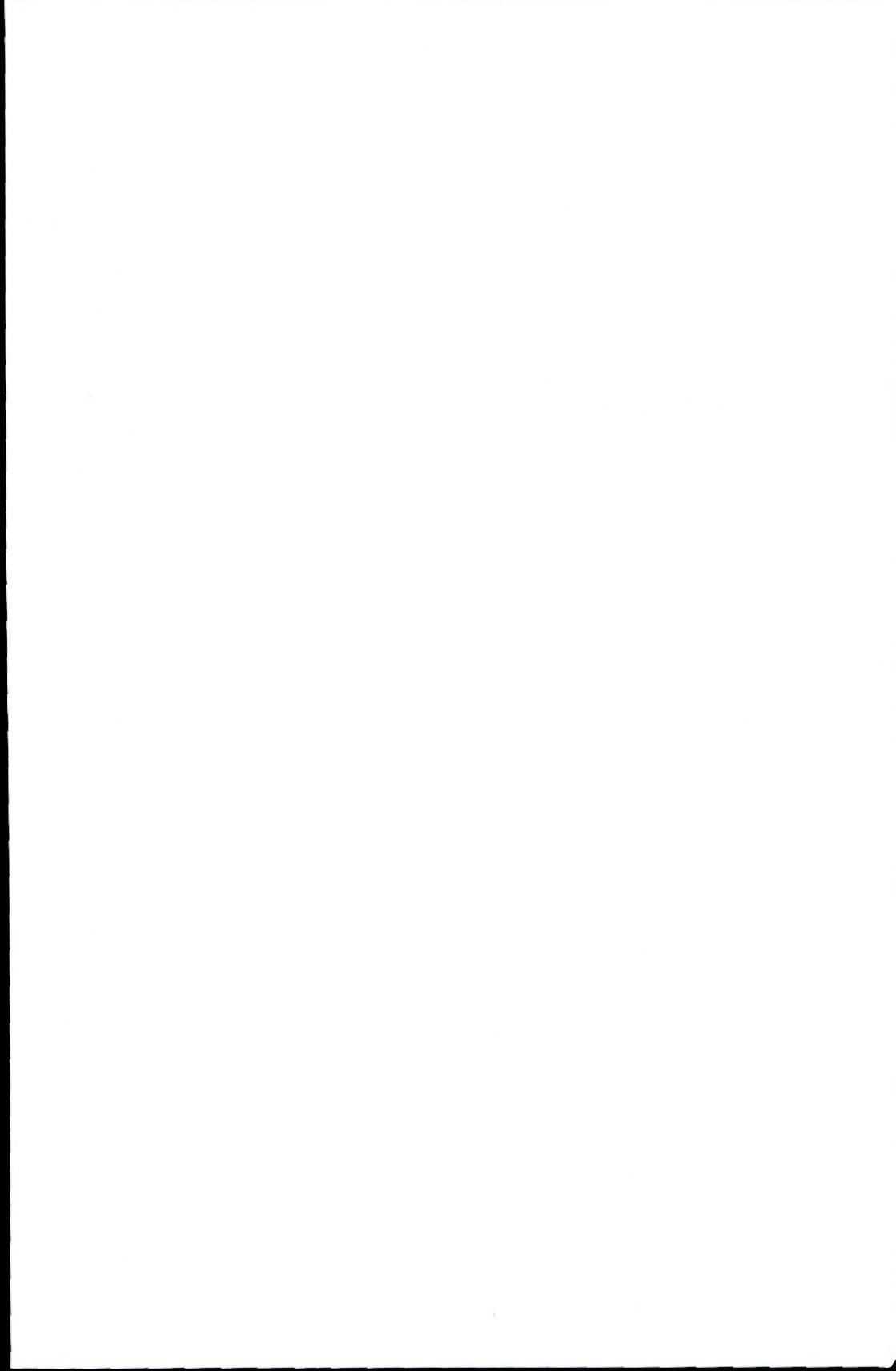
אפקטיבית על שלומם, בטחונם וחייהם של המשתמשים בכביש, בהם תושבי האזור, יהודים וערבים כאחד.⁸⁹

זאת תוך התעלמות מהעובדה שהצורך בכבישים עוקפים, ובכלל זה הצורך בתנועת כלי-רכב צבאיים, נובע כל כולו מעובדת הימצאותם של המתנחלים, שיצרה בתורה את הצורך להגן עליהם.

שנית, בג"צ מקבל את הסברי המדינה הנוגעים ספציפית לסלילת הכביש העוקף באזור חברון. כאן המדינה אינה מנסה אפילו להסתמך על צורך כלשהו של האוכלוסיה הפלסטינית, שהיה, כזכור, התנאי אותו הציב בג"צ לחוקיותם של סלילת כבישים ושל צעדים אחרים שיש בהם משום "שינוי של קבע".⁹⁰ הכביש מיועד לאפשר "תנועה של ישראלים ושל כוחות צבא" ותו לא. במלים אחרות, בג"צ מאשר כעת שינוי של קבע שנעשה בשטח כבוש, תוך פגיעה באוכלוסיה הכבושה (קרי הפקעת אדמות, חלקן פרטיות), ואשר נועד אך ורק לטובתה של אוכלוסיה שהועברה משטח המדינה הכובשת.

89. בג"צ ופא ואח', פיסקה 10 (ציטוט מפיסקה 13 בכתב התשובה).

90. בג"צ אגודת המורים, ע' 805. ור' הדין בכך בפרק 3, לעיל.



מסקנות

הקמת התנחלויות-קבע אזרחיות בשטחים מנוגדת להוראות המשפט ההומניטרי הבינלאומי. זה אוסר על הכובש להעביר אוכלוסייה משטחו לשטח הכבוש ולבצע כל פעולה שאינה מיועדת לצורכי הצבא הכובש או לטובת האוכלוסייה המקומית. כמו כן אוסר המשפט הבינלאומי על יצירת עובדות של קבע שלא נועדו לטובתה של אותה אוכלוסייה. במדיניות ההתנחלות שלהן הפרו ממשלות ישראל השונות את המשפט ההומניטרי הבינלאומי בכלל, ואת האמנות עליהן חתומה ישראל בפרט.

מדיניות ההתנחלות נתאפשרה, בין השאר, בשל העובדה שבג"צ סרב לקרוא להפרות אלה בשמן, ולהורות על הפסקתן. שוורצנברגר, מגדולי הפרשנים של דיני המלחמה, אותו מרבה בג"צ לצטט, קובע:

כמו במשפט הבינלאומי בכלל, ובדיני המלחמה בפרט, מה שחשוב הוא לא

מראית-העין אלא המצב לאשורו.⁹¹

בג"צ העדיף להתעלם מכלל זה. בג"צ נתן לגיטימציה להקמת התנחלויות אזרחיות תחת מראית-העין של "פעולה צבאית-בטחונית", לתפישת אדמות תחת מראית-העין של "שמירה על שלמותו של הרכוש הציבורי", ולמסירתן לחזקת-הקבע של מתנחלים, תחת מראית-העין של "ניהול רכוש ממשלתי" או "הפקת פרות" זמנית.

זאת בעוד המצב לאשורו היה ידוע וגלוי לעיני כל: הממשלה הפקיעה מאות אלפי דונמים מידי הציבור הפלסטיני והקימה יישובי קבע אזרחיים, בהם הושיבה יהודים במטרה לשנות את המצב הדמוגרפי באזור וליצור עובדות פוליטיות מוגמרות. כל זאת כאמור בניגוד מוחלט ללשון המשפט הבינלאומי ולרוחו.

ההסכמים שחתמו ממשלת ישראל ואש"ף, החל מספטמבר 1993, הנציחו למעשה את מעמדן המיוחד של ההתנחלויות, לפחות עד לקביעת הסדר הקבע בין שני הצדדים. במהלך יישום הסכמי הביניים פונו בסיסים צבאיים רבים ברצועת עזה וברחבי הגדה המערבית. לעומת זאת לא פונתה ולו התנחלות אחת. ממשלת ישראל התעקשה על השארתן של כל ההתנחלויות במקומן, גם במקרים בהם ההגנה על תושביהן יוצרת בעיות קשות במיוחד, כגון בחברון.

לקראת יישום הסכם הביניים בגדה המערבית הושקעו מאמצים ואמצעים רבים לשם הגנה על ההתנחלויות ויושביהן. קרקעות נוספות של פלסטינים, אם פרטיות ואם של הציבור הפלסטיני ככלל, הופקעו או נתפסו לצורך הרחבת התנחלויות והגנתן, ולצורך סלילת כבישים עוקפים, שנועדו לעקוף יישובים פלסטיניים למען בטחון המתנחלים. בכך נסתם הגולל על טענותיהן של ממשלות ישראל השונות בפני בג"צ, ועל קביעותיו של בג"צ עצמו, כי מדובר ב"פעולה צבאית-בטחונית", שכן ברור כי הגנה על המתנחלים

⁹¹ "As in international law in general, and the laws of war in particular, what matters is not the appearance, but the reality of a situation."

שוורצנברגר, המשפט בדבר סכסוכים מזוינים, ע' 284.

אינה יכולה להחשב לצורך צבאי של צבא כובש. חרף זאת אישר בג"צ גם הפקעות כאלה.

הקמת ההתנחלויות היתה אפוא, ועודנה, מעשה מדיני ולא בטחוני. מטרתו, כפי שמראה דו"ח זה, היא יצירת עובדות-של-קבע, שינציחו את שליטתה של ישראל באזורי ההתנחלות. מטרה זו הושגה, בשלב זה, במידה ניכרת.

ממשלות ישראל הצהירו כולן כי יתבעו, במשא-ומתן עתידי, כי השטחים, או חלק מהם, יסופחו למדינת ישראל. אך תביעות מדיניות יש לנסות ולממש סביב שולחן הדיונים ובהסכמה הדדית, ולא באמצעות פעולה חד-צדדית הפוגעת בזכויות התושבים הפלסטינים ומפירה הסכמים בינלאומיים להם שותפה ישראל.

פרסומי בצלם

דו"חות מקיפים

אין דין ואין דיין: ענישה ללא משפט, חטיפה, מעצר בלתי-חוקי ועינויים של פלסטינים תושבי הגדה המערבית בידי מנגנון הביטחון המסכל הפלסטיני	אוגוסט 1995
מדיניות של אפליה: הפקעת קרקעות, תכנון ובנייה במזרח ירושלים	מאי 1995
אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בשטחים.	מארס 1994
משתפי-הפעולה בשטחים בתקופת האינתיפאדה: הפרות ופגיעות בזכויות האדם.	ינואר 1994
דו"ח דו-שנתי 1992/1993: הפרות זכויות האדם בשטחים.	1994
גירוש פלסטינים מהשטחים והגירוש ההמוני בדצמבר 1992.	יוני 1993
עצורים בלא משפט — מעצרים מינהליים בשטחים מתחילת האינתיפאדה.	אוקטובר 1992
פעילות היחידות המיוחדות בשטחים.	מאי 1992
חקירת פלסטינים בתקופת האינתיפאדה — דו"ח מעקב.	מארס 1992
דו"ח דו-שנתי 1990/1991: הפרות זכויות האדם בשטחים.	1992
חקירת פלסטינים בתקופת האינתיפאדה: התעללות, "לחץ פיסי מתון" או עינויים	מארס 1991
הענישה הקולקטיבית בגדה המערבית וברצועת עזה והביקורת השיפוטית עליה.	נובמבר 1990
פתיחה באש על-ידי כוחות הביטחון בשטחים.	יולי 1990
מערכת המיסוי בגדה המערבית וברצועת עזה כמכשיר לאכיפת השלטון בתקופת ההתקוממות.	פברואר 1990
דו"ח שנתי 1989: הפרות זכויות האדם בשטחים.	דצמבר 1989
מערכת השיפוט הצבאי בגדה המערבית.	נובמבר 1989
הריסות ואטימות בתים כאמצעי ענישה בגדה המערבית וברצועת עזה בתקופת האינתיפאדה.	ספטמבר 1989

דפי מידע

הטרדה מינית בשם החוק: אלימות והשפלה במהלך חיפושים בבתי פלסטינים בחברון	דצמבר 1996
מכת מדינה: הכאות, התעללויות והשפלות של פלסטינים בידי אנשי משטרה ומג"ב בחודשים יוני-יולי 1996	ספטמבר 1996
ללא גבולות: פגיעה בזכויות אדם בצל הסגר	אפריל 1996
דו-קיום בלתי אפשרי: זכויות האדם בחברון מאז הטבח במערת המכפלה	ספטמבר 1995
מקרי מוות ופגיעה כתוצאה מהתפוצצות שיירי תחמושת עינויים בחקירה: עדויות נחקרים פלסטינים, עדויות חוקרים.	יולי 1995 נובמבר 1994
"טרטורים" ביורוקרטיים, הטרדה והתעמרות במהלך פעילות מבצעית בגדה המערבית בשנה הראשונה להסכם העקרונות.	ספטמבר 1994
ירי לעבר כלי-רכב בשטחים על-ידי כוחות הביטחון.	פברואר 1994
הריגת ילדים פלסטינים והוראות הפתיחה באש.	יוני 1993
הריסת בתים במהלך פעולות כנגד מבוקשים.	מאי 1993
הסגר על הגדה המערבית ורצועת עזה – פגיעות ישירות ונלוות בתושבי השטחים.	אפריל 1993
הגבלות על זכות ההפגנה והמחאה בשטחים.	ינואר 1992
חידוש גירושם של נשים וילדים מהשטחים בשל "שהייה בלתי חוקית".	ספטמבר-אוקטובר 1991
תלונות על הפרת זכויות האדם בשטחים, פעילות "המוקד להגנת הפרט".	אוגוסט 1991
מותו של הנער מחמוד עליאן, התעמרות פקיד מס-הכנסה, לחץ על משפחות מבוקשים.	יוני 1991
זכויות האדם בשטחים בתקופת מלחמת המפרץ.	ינואר-פברואר 1991
הריסות ואטימות בתים כאמצעי ענישה בגדה המערבית וברצועת עזה – דו"ח מעקב.	נובמבר 1990
דו"ח מיוחד: איבוד עשתונות, אירועי הר-הבית – תחקיר ראשוני.	אוקטובר 1990
סגירת בתי-ספר ופגיעות אחרות במערכת החינוך בשטחים.	ספטמבר-אוקטובר 1990
הגבלות על בנייה למגורים בגדה המערבית.	אוגוסט 1990
אלימות כלפי קטינים במעצר משטרת.	יוני-יולי 1990

מערכת השיפוט הצבאי בגדה המערבית – דו"ח מעקב.	מאי 1990
עמדות צה"ל בבתים פרטיים, "פורים שפיל" בכפר עאבוד, ומעקב אחר חקירת מצ"ח.	אפריל 1990
הצנוורה על העיתונות הפלסטינית במזרח ירושלים.	פברואר-מארס 1990
מקרי מוות ופציעה של ילדים.	ינואר 1990
משפטי חיילים, הגבלות על יציאה לחו"ל.	נובמבר 1989
על סופרים וספרים אסורים.	אוקטובר 1989
חקירת מקרי מוות, מעצרים מינהליים.	ספטמבר 1989
מיתקני כליאה.	אוגוסט 1989
חקירת מקרה מוות, מתנחלים, גירושים.	יולי 1989
קליעי פלסטיק, עוצר, פגיעות של מתנחלים. הריסות בתים.	יוני 1989
נתונים, החרמת תעודות-זהות, חקירת מקרי מוות.	מאי 1989

דו"חות מקרה

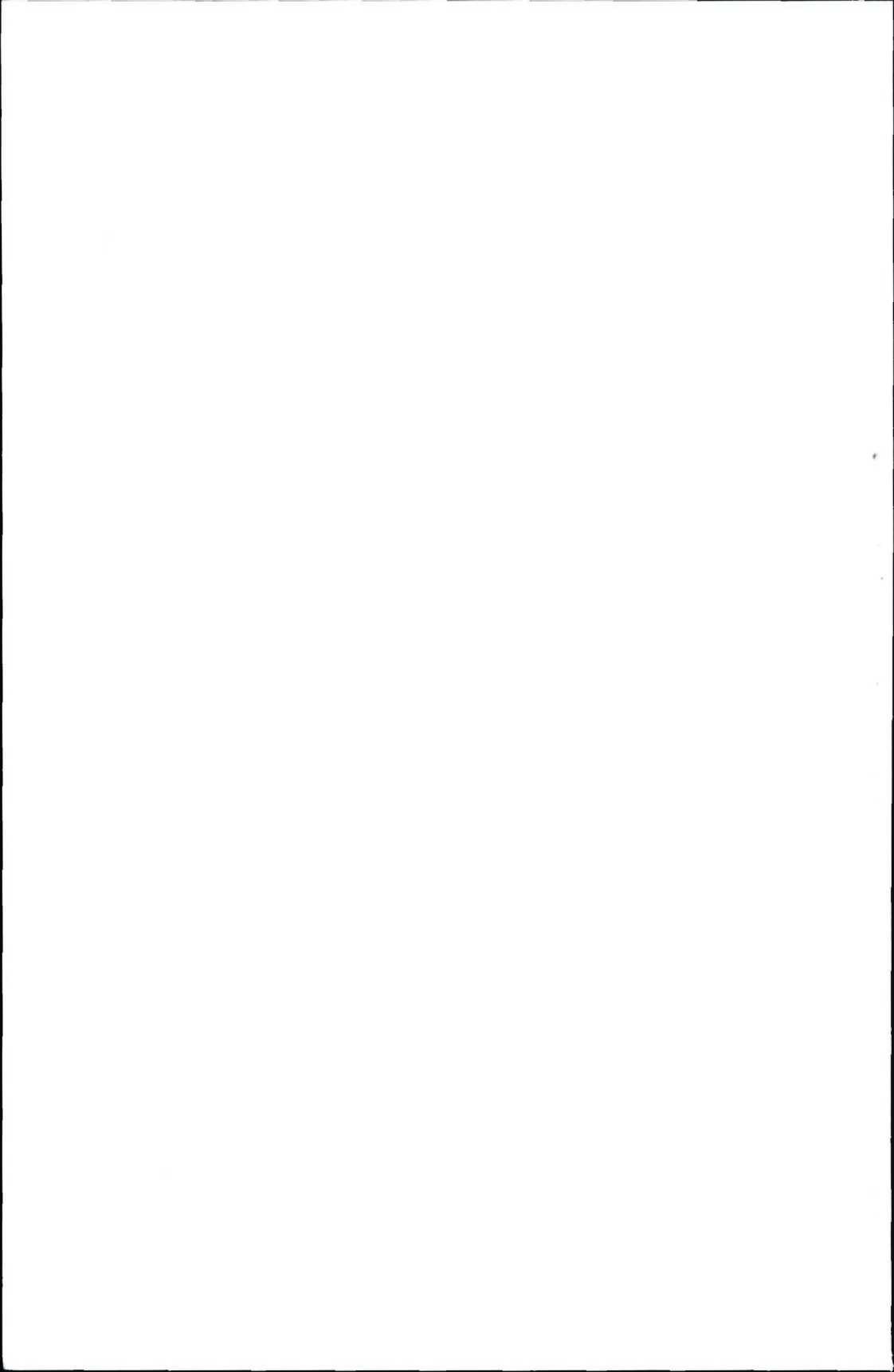
מעצרים וחקירתם של בני הזוג "עלי" מהכפר בני נעים	יוני 1995
הוצאה להורג במקום: מחנה פליטים ג'באליא, 28.3.94, דו"ח משותף לארגונים בצלם ועורכי-דין פלסטינים למען זכויות האדם.	אפריל 1994
ירי קטלני וענישה קולקטיבית בעקבות הטבח במערת המכפלה.	מארס 1994
"הנוהל החדש" בחקירות השב"כ: המקרה של עבד א-נאסר עוביד.	נובמבר 1993
ח'אן יונס, דצמבר 1992.	ינואר 1993
מותו של מוסטפא ברכאת באגן החקירות במיתקן הכליאה בטול-כרם.	ספטמבר 1992

דו"חות אחרים

לגיטימציה לעינויים: החלטות בג"צ בעניין בילביסי, חמדאן ומובארכ – מקורות והערות	ינואר 1997
זכויות אדם מאז הסכמי אוסלו: תמונת מצב דו"ח משותף של בצלם ושל הקבוצה הפלסטינית לפיקוח על זכויות האדם	דצמבר 1996

פעילות **בצלם** בשנת 1997 מתאפשרת תודות לתרומותיהם של הגופים הבאים:

Christian Aid (Britain), Commission of the European Communities, Conanima (USA), DanChurchAid (Denmark), EZE (Germany), Ford Foundation (USA), ICCO (Netherlands), International Commission of Jurists (Swedish Section), New Israel Fund (Israel), New Prospect Fund (USA), Royal Ministry of Foreign Affairs (Norway), Novib (Netherlands), SIVMO (Netherlands)



בצלם, מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים, הוקם בפברואר 1989 על-
ידי גוף רחב של משפטנים, רופאים, אנשי רוח, עיתונאים וחברי-כנסת.

בצלם שם לו למטרה לתעד ולהביא לידיעת הציבור הרחב וקובעי המדיניות את
הפרות זכויות האדם בשטחים ולהילחם בתופעת ההדחקה וההכחשה שפשתה
בחברה הישראלית.

בצלם מקפיד על מהימנות המידע הנמסר מטעמו. מידע כזה מתפרסם רק לאחר
תחקירי שטח מעמיקים שעורכים תחקירני המרכז. תוצאות תחקירים אלה
נבדקות לאור מסמכים רלוונטיים (רפואיים למשל), גירסת המקורות הרשמיים,
ובראשם דובר צה"ל, ומידע ותחקירים ממקורות נוספים, בהם ארגוני זכויות
אדם ישראליים, פלסטיניים ואחרים.

בצלם הוקם ופועל מתוך מחויבות ודאגה לזהותה ההומניסטית של מדינת ישראל,
ואמונה כי כיבוד זכויות האדם אינו סותר את בטחונה.

כארגון זכויות אדם, מייחד בצלם את עיקר מאמציו לניסיון לשנות את מדיניות
ממשלת ישראל בשטחים, ולהעמיד את הממשלה, כגורם השולט בשטחים, על
חובתה לשמור על זכויות האדם של תושביהם ולקיים בקפדנות את המשפט
הבינלאומי. המנדט של בצלם מוגבל לתיעוד ופעולה בנוגע להפרות זכויות האדם
בשטחים. עם זאת בצלם מתנגד נחרצות לכל פגיעה בזכויות אדם מכל צד שהוא,
בין אם היא מבוצעת בישראל, בשטחים או בארצות אחרות.

למרות הפוטנציאל לסיום השלטון הצבאי בשטחים שנוצר עם חתימת הסכם
העקרונות ב-1993, עדיין קיים צורך להגן על זכויות האדם בשטחים. בצלם קורא
לשים קץ לשלטון הצבאי הישראלי בשטחים. את מקומו חייב לתפוס שלטון
אזרחי נבחר, שבמסגרתו יילקחו בחשבון ויכובדו זכויותיהם של כל הנוגעים בדבר.
עם התקדמות תהליך השלום, ימשיך בצלם בפעילותו במטרה למנוע הפרות
זכויות אדם ולהתריע עליהן.