

מעמד המשתנה של ה"שטחים": מפקדון מוחזק ליצור כלאים משפטי

מאת

אמנון רובינשטיין*

העיסוק בשאלת המעמד המשפטי של "השטחים המוחזקים" כפי שמכנים את השטחים שכבשה ישראל ביוני 1967 ושאלת מעמדם המשפטי של שטחים אלה, הלך בעקבות המציאות. בתחילה עסקה הספרות המקצועית בעיקר בשאלה הסבוכה של תחולת המשפט הבינלאומי עליהם בכלל, והאמנה הרביעית של ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה בפרט. המורים למשפט קונסטיטוציוני בפקולטאות למשפטים הקדישו, גם לאחר מלחמת ששת הימים, פרק קצר ביותר לבעיותיו של אזור אשר להלכה – ובתחילה, גם למעשה – היה מחוץ לתחומו של שטח השיפוט והמשפט הישראלי. רק לאחר שבית המשפט העליון נקרא להתערב בעניין עקב עתירותיהם של תושבי השטחים – ובעיקר מאז בג"צ 302/72¹, הלא הוא בג"צ "פיתחת דפית" המפורסם – ופסיקה נוספת², החלו משפטנים להגיב על פסיקה זו ומאז נתעשרה הספרות בנושא "השטחים", הן בישראל, הן מחוצה לה.

ככל שחלף הזמן, כך גם נחברר כי ההפרדה בין תחום השיפוט הישראלי לבין מה שמצוי מעבר לקו הירוק הופכת למלאכותית. השטחים – יהודה, שומרון וחבל עזה – נתאגדו לא רק מבחינה כלכלית אל תוך מרקם החיים הישראליים: גם מבחינה משפטית מטשטש והולך החיץ בין ישראל גופא לבין האזורים הכפופים, להלכה, למישל צבאי בשטח מוחזק על-פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי.

מאמר זה מתכוון לעסוק בהימחקות ההדרגתיות של החיץ המשפטי הזה ובשינוי

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 האמנה נחתמה ב-12 לאוגוסט 1949 וישראל הפקידה את כתב האישור ב-6 ביולי 1951. (כ"א 559). על-פי אמנה זו, השטחים אמורים להיות שטח זר שמחוץ לתחום הריבונות הישראלית, אך, למעשה, מעולם לא נראו השטחים כ"חוץ לארץ". כך, למשל, ההוראות הקיימות בסעיף 19 לחוק יסוד: הממשלה (ס"ח תשכ"ח 226) ובסעיף 22 לחוק יסוד: נשיא המדינה (ס"ח תשכ"ד 118) לגבי יציאת שרים, ראש הממשלה ונשיא המדינה מהארץ, מעולם לא הופעלו לגבי "השטחים המוחזקים". אך מנוהג זה אין ללמוד הרבה, שכן גם יציאת שרים וראשי הממשלה לתחום שהוחזק בידי צה"ל בדרום לבנון לא נראתה כיציאה מחוץ לישראל.

2 בג"צ 302/72 חילו ואח' נ' ממשלת ישראל, ואח', פ"ד כז(2) 169 (להלן: עניין פיתחת דפית).

3 בין אלה: בג"צ 337/71 האגודה הנוצרית למקומות הקדושים נ' שר הבטחון, ואח', פ"ד כז(1) 574 (להלן: עניין האגודה הנוצרית); בג"צ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כז(1) 124; עניין פיתחת דפית, לעיל הערה 2; בג"צ 606/78 אויב, ואח' נ' שר הבטחון, ואח', פ"ד לג(2) 113 (להלן: עניין בית אל); בג"צ 390/79 דויקאה נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (להלן: עניין אלון מורה).

המשפטי – ההדרגתי, אך המהותי – שעבר על שטחים אלה, עד שהגענו למצב, בו עצם הדיבור על שטחים אלה כמצויים מחוץ לתחומה של ישראל נשמע מוזר ולא מציאותי.

צריך להדגיש, כי תהליך זה – שיש לו השלכות מכריעות על טיבו של המשטר הישראלי ועל מעמדה של המדינה – נעשה ללא שינויים ישרים ומפורשים במסגרת החוקית מכוחה מתנהלים השטחים המוחזקים. הכנסת – שכמעט ואינה עוסקת במישור בנושא זה – המשיכה להאריך מפעם לפעם את תקנות שעת חירום בדבר השיפוט בעבירות שבוצעו בשטח המוחזק על-ידי צה"ל⁴ שמכוחן מוקנות סמכויות מסוימות לרשויות ישראליות. הארכות התוקף לא לוו בשינויים מהותיים, פרט לתיקונים מוגבלים ושינוי מילולי, חסר נפקות משפטית, שנעמד עליהם להלן.⁵ – אף-על-פי-כן עינינו רואות כיצד, בד' אמותיה של אותה מסגרת חוקית עצמה, משתנה המצב המשפטי בתוך השטחים באורח דראסטי, כפועל יוצא משינויים במדיניות של ממשלת ישראל. מי שמסתפק בקריאת ספר החוקים ופסקי הדין בלבד, יקבל תמונה חלקית ומעוותת של נושא עיסוקנו. כך, למשל, דווקא לאחר שבית המשפט העליון ציווה על סילוקה של התנחלות אלון מורה,⁶ החלה הממשלה נוקטת במדיניות התנחלות מואצת באזורים צפוני אוכלוסייה ערבית. התפנית שהתרחשה בנושא השימוש ב"קרקעות מדינה" – דהיינו קרקעות הממשלה הירדנית – לצורך הקמת ישובים ופרברים יהודיים, נעשתה על-פי החלטה פוליטית. של ממשלתו השנייה של מנחם בגין, בלא שזו באה לידי ביטוי במישור החקיקה.

מי שסוקר את השינויים המשפטיים שחלו בפועל בשטחים המוחזקים חייב עלי-כן לתת את דעתו לאירועים הפוליטיים שהניבו שינויים אלה. סקירה כרונולוגית מפורטת של אירועים אלה חורגת מתחום דיוננו, אך אין אנו יכולים להימנע מציון כמה אבני דרך לגביהם.

החקופה הקצרה הראשונה, זו שבאה מיד לאחר מלחמת ששת הימים, מתאפיינת על-ידי דבקות בכל שמתחייב מהמשפט הבינלאומי. כך, כאשר האלוף דאז חיים הרצוג מוציא בשם צה"ל ביום 7 ביוני 1967 את הצו הראשון בדבר סדרי השלטון, נקרא שמו "מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט, (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967", ותארו של האלוף הרצוג הוא "מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית". החלת המשפט והמינהל הישראליים על ירושלים המזרחית, שנעשתה על-ידי הממשלה ב-28 ביוני 1967, מכוח חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט תשכ"ז-1967 (מס' 11),⁷ דווקא היא המחישה את ההבדל הגדול שבין בירת ישראל המאוחדת, שנהייתה לחלק מישראל, לבין השטחים האחרים שנותרו "מוחזקים" על-פי העקרונות המקובלים של חוקה (או

- 4 תקנות שעת חירום (עבירות בשטחים המוחזקים – שיפוט ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967. ק"ת 2741; וראה חוק ההארכה הראשון, ס"ח תשכ"ח 20.
- 5 רק בכנסת העשירית הוכנס שינוי מהותי בחוק ההארכה: ראה להלן, הטקסט ליד הערת שוליים 48.
- 6 עניין אלון מורה, לעיל הערה 3.
- 7 קובץ מנשרים, צווים ומינויים של מפקדת אזור יהודה ושומרון (להלן: קמצ"מ) 1, בע' 3.
- 8 ס"ח תשכ"ז 74. פעולת ההחלה נעשתה בצו סדרי השלטון. והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967.

תפיסה) לוחמתית, או כיבוש לוחמתי, (Belligerent Occupation), על כל המגבלות הנובעות ממעמד זה.

תקופה זו הסתיימה חיש מהר. ב-17 לדצמבר 1967, כחצי שנה לאחר המלחמה, הוצא צו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 3) (אזור הגדה המערבית) (מס' 187), תשכ"ח-1967. סעיף 1 לצו קובע כי "המונח אזור יהודה ושומרון יהיה זהה במשמעותו לכל צורך... למונח אזור הגדה המערבית". השם "הגדה המערבית" הוחלף, איפוא, ל"יהודה ושומרון". לדעתנו, הטעם לכך הוא כפול: דביקות בשם ההיסטורי של חבלי ארץ-ישראל, וזניחת שם המעיד על הכרה כלשהי בריבונותה של ירדן על האזור. שינוי השם, כשלעצמו, לא שינה דבר מבחינה משפטית. יתר-על-כן, לא היתה שום סיבה מדוע לא ייוקם השלטון לעולם המונחים העברי ולציונם המקורי וההיסטורי של אזורים אלה. אך לכל מי שעקב אחר ההתפתחויות הפוליטיות באותה עת ברור היה, כי מאחורי שינוי המינוח מסתתרת מגמה ברורה.⁸ המונח "השטחים המוחזקים", הוא עצמו, ציין פשרה מסוימת בין המינוח המקובל לגבי שטחים שנכבשו בעת מלחמה והכפופים לכללי המשפט הבינלאומי, המנהגי וההסכמי כאחד, לבין הרצון הישראלי להימנע מאיזכור מסוג זה לגבי שטחי ארץ-ישראל. לכאורה, ניתן היה להבחין לצורך זה בין שטחי ארץ-ישראל המנדטורית – יהודה, שומרון ועזה – לבין סיני ורמת-הגולן שהיו מצויים מחוץ לגבולה. שני החוקים הישראליים הרלוונטיים – פקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948 והתיקון לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט משנת 1967⁹ – עשו הבחנה זו במפורש: הם נתנו לרשות המבצעת סמכות להחיל את המשפט הישראלי על שטחי ארץ-ישראל, שאינם בתחומה של מדינת ישראל. המונח "ארץ-ישראל" – על אף שלא הוגדר בחוקים אלה – נתפרש כמתכוון לארץ-ישראל המערבית, כפי שנתחמה בגבולות המגדש הבריטי על-ידי חבר הלאומים. כל ממשלות ישראל כפרו בריבונותה של ירדן על הגדה המערבית, ואילו לגבי רצועת עזה לא טענה מצריים כלל לריבונות. לעומת זה, בסיני וברמת-הגולן היה קיים גבול בינלאומי מוכר ולא קו שביתת נשק בלבד. אך הבדלים אלה לא עמדו לנגד עיני הממשלה והיא כללה את כל השטחים החדשים תחת מונח אחד. בדרך זו היא נמנעה מכניסה לנושא הריבונות הסבוך והשנוי במחלוקת, ונזקקה למונח ישן – "שטחים מוחזקים" – שפקודת שטח השיפוט והסמכויות כבר עשתה בו שימוש. ההבדל בין שתי המשמעויות היה יסודי: ב-1949 ציין המונח שטחים שמחוץ לגבולות תכנית החלוקה של האו"ם ושעליהם הוחל משפט ישראל; ב-1967 ציין המונח שטח שמחוץ לתחום המשפט הישראלי, שעליו חל ממשל צבאי.

אך נראה כי גם למונח זה קמו מתנגדים מקרב סיעת גח"ל – לאחר מכן: הליכוד – שראה בו כפירה ברעיון שלמות הארץ, ואכן, ב-19.12.1977, זמן קצר לאחר שעלה

- 9 קמצ"מ 9, עמ' 367.
- 10 למרות צו זה, המשיך הביטוי "הגדה המערבית" להופיע, מכוח השגרה, בשני צווים נוספים לאחר מכן: צו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 4) (אזור הגדה המערבית) (מס' 188), תשכ"ח-1967, (קמצ"מ 9, ע' 368); וכן צו בדבר קביעת המטבע הישראלי כהילך חוקי (תקון מס' 1) (אזור הגדה המערבית) (מס' 189), תשכ"ח-1967, (קמצ"מ 9, ע' 369). לעניין השם "רצועת עזה", שמה של זו לא נשתנה עד לשינוי תקנות שעת חירום כעניין השיפוט בשנת 1977, שאז שונה השם ל"חבל עזה".
- 11 ע"ד תוס' א' 61.
- 12 לעיל הערה 8.

הליכו לשלטון, הציעה הממשלה שינוי טרמינולוגי נוסף. בהצעת החוק להארכת תוקפן של תקנות שעת החירום בדבר שיפוט בעבירות ועזרה משפטית – חוק מאריך שנתחדש עד אז מדי שנה בשנה – נמחק המינוח הישן. בעוד שעלפי הניסוח עד אז הוגדר "אזור" כ"כל אחד מן השטחים המוחזקים ע"י צבא ההגנה לישראל",¹⁴ הרי עתה הוגדר "אזור" כ"כל אחד מאלה: יהודה ושומרון, חבל עזה, רמת הגולן, סיני ודרום סיני".¹⁵ כמו בשינוי הקודם, דובר גם כאן רק על שימוש במונחים חדשים, שכן בשני המקרים לא שונה, משום בחינה שהיא, הסטאטוס המשפטי של השטחים המוחזקים. נוכח הבעת התנגדות לשינוי המילולי מטעם דוברים באופוזיציה, אמר שר המשפטים דאז, מר שמואל תמיר, בהצגתו את הצעת החוק:

"הנוסחה 'מוחזקים', לגבי חלק נכבד ממרכיבי הממשלה, אינה עולה בקנה אחד עם ראייתם של מרכיבים אלה את השטחים הללו, או את חלקם, מדינית ההיסטורית... אני אישית ודאי איני נבהל מהשם 'שטח משוחרר', כשמדובר על ארץ-ישראל. אני חושב שהדבר הנכון לעשותו היום... הוא לקרוא לאזורים בשםם האמיתי ההיסטורי, כשם שהארץ היא ארץ-ישראל".¹⁶

בהביאו את הצעת החוק לקריאה שניה ולקריאה שלישית – שנערכו, באורח פרדוקסאלי, מייד לאחר הודעת הממשלה על תכנית השלום של ישראל עם מצריים – אמר יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר הכנסת דוד גלס:

"כל מי שמבקש לראות בשינוי זה משמעויות מדיניות מפליגות טועה, אך כל המזדיק לו תווית סמאנטית בלבד גם הוא, כך נדמה לי, אינו דק פורתא".¹⁷

ואכן, כל מי שעקב אחר הצהרותיה של ממשלת הליכוד יכול היה להבין, כי אין מדובר עוד ב"תווית סמאנטית" בלבד, אלא בתפנית משמעותית. תפנית זו קיבלה ביטוי משפטי מוגבל אך מלא, כאשר קיבלה הכנסת את חוק ההארכה ב-28 לדצמבר-1977, ומחקה בכך את המינוח "שטחים מוחזקים".¹⁸ הקמת ממשלת האחדות הלאומית בספטמבר 1984 לא שינתה דבר מבחינה זו, שכן על-פי המוסכם מכללא בין מרכיבי הממשלה נותר הסטאטוס קוו בשטחים המוחזקים בעינו.

שינוי זה לא היה היחיד שהתרחש בתקופה שחלפה מאז מלחמת 1967. מיד לאחר המלחמה, נראה היה כאילו ברור הדבר שעל השטחים המוחזקים תחול אמנת ג'נבה הרביעית. אמנה זו נחתמה ואושררה על-ידי ישראל ב-6.7.51, נתפרסמה בקובץ

13 ה"ח תשל"ז 54.

14 ראה למשל בחוק ההארכה הראשון, לעיל, הערה 4.

15 לעיל, הערה 13 בסעיף 1 לחוספת.

16 ד"כ 81 (תשל"ח) 886.

17 שם, כ"ע 955.

18 ס"ח תשל"ח 48. אך המינוח "שטחים מוחזקים" או "אזור מוחזק" נותר ללא שינוי בחוקים אחרים של הכנסת: ראה ס' 147 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, (ס"ח 103); סעיפים 6(ה) ו-8(א) לחוק האזרחות, תשי"ב-1952, (ס"ח 146), שתוקנו בתש"מ-1980 (ס"ח 222).

האמנות¹⁹ ופורסמה על-ידי המטכ"ל בחוברת מיוחדת בספטמבר 1965. יתר-על-כן, סעיף 35 לצו בדבר הוראות בטחון קבע, בנוסחו הראשון, כי "בית-משפט צבאי ומינהלת בית-משפט-צבאי יקיימו את הוראות אמנת ג'נבה מיום 12 אוג' 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה בכל הקשור בהליכים משפטיים ומקום שישנה סתירה בין צו זה לבין האמנה האמורה, הוראות האמנה עדיפות".²⁰ אולם סעיף זה בוטל מאוחר יותר, בצו מס' 144,²¹ על-ידי החלטתו בסעיף, שתוכנו עוסק בחובת חישוב תקופת המעצר של הנאשם כחלק מתקופת המאסר המוטלת עליו על-ידי בית-המשפט, ושאינו לו דבר עם אמנת ג'נבה. כך, בהינף יד, בוטלה החלטה של אמנת ג'נבה מכוח הצו.

התייחסות נוספת לאמנת ג'נבה, שעדיין נמצאת בתוקף, מצויה בפקודת מטכ"ל מס' 33.0133, הקובעת בפסקה א'(4), כי תובה על חיילי צה"ל לנהוג בהתאם להוראות אמנות ג'נבה.²² לגבי השטח שנתפש על-ידי צה"ל בלבנון, לא הוחלה האמנה מלכתחילה.²³

שינוי עמדה זה לגבי תחולתה של אמנת ג'נבה, אף הוא ציין תפנית הדרגתית ביחסה של ישראל אל מעמד השטחים שנפלו לשליטתה. עוד נעמוד על עניין זה בהקשר אחר, אך לענייננו חשוב להזגיש כי למעשה, ממשלת ישראל מעולם לא גיבשה עמדה ברורה לגבי מעמדם המשפטי של השטחים. מצד אחד, הממשלה הצהירה כי היא נוהגת על-פי הוראות המשפט הבינלאומי לגבי שטחים מוחזקים, הותירה על כנו את המשפט הירדני, החילה בשטחים מימשל צבאי וקבעה כי היא מפעילה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה לגבי האוכלוסיה המקומית; מצד שני, הממשלה לא הכירה – ובעניין זה דינן של כל הממשלות חד הוא – בריבונות ירדן. הותרת המשפט הירדני על כנו נבעה, ככל הנראה, מעצם קיומו של הדין הקיים בשטח ומחוסר הרצון לספח את השטח לישראל. מאלפת העובדה, כי ההסבר הממשלתי המוסמך לאי-החלת אמנת ג'נבה בשטחי ארץ-ישראל ניתן בשעתו לא על-ידי הצהרה רשמית כלשהי אלא על-ידי שורה של הצהרות לא רשמיות, ובראשן דבריו של היועץ המשפטי דאז, מאיר שמגר, בסימפוזיון שקיימה הפקולטה למשפטים באוניברסיטת מל-אריב ב-1971. כפי שאמר מר שמגר:²⁴

19 לעיל הערה 1.

20 הצו מהווה נספח למגשר בדבר כניסתו לתוקף של צו בדבר הוראות בטחון (אזור הגדה המערבית) (מס' 3), תשכ"ז-1967, קמצ"מ 1, ע' 5.

21 צו בדבר הוראות בטחון (אזור הגדה המערבית) (תקון מס' 9) (צו מס' 144), תשכ"ח-1967, קמצ"מ 8, ע' 303.

22 התייחסות בתי המשפט הצבאיים לפקודה זו נסקרת בספרו של מ' דרורי, החקיקה באזור יהודה ושומרון (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי סאקר, תשל"ה) 66-72. לדעה שאמנת ג'נבה נקלטה בדין הישראלי באמצעות פקודת מטכ"ל, ראה: ה' סומר, "אף-על-פי-כן חול תחול – לתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית בדין הישראלי" עיוני משפט יא (התשמ"ז) עמ' 263.

23 ראה תשובת סגן שר החוץ לשאלתא 2232 של המחבר: "הוראותיה של האמנה מוחלות איפוא על בסיס הומניטרי", בישיבה קצ"ג של הכנסת העשירית מיום 23.3.83, פרוטוקול סטנוגרפי ע' 70.

24 M. Shamgar (ed.), *Israel Yearbook on Human Rights* (1971) 366, 368-369; "Legal Problems of the Israeli Military Government", *Military Government in the Territories Administered by Israel* (1967-1980).

"In relation to the question of the application of the Geneva Convention, I want to stress that there are certain prior factual and legal conditions which must be proven to exist before one can conclude that a certain convention applies to a given set of circumstances....

But it should be remembered that not every rifle shot brings about the immediate application of the Fourth Convention. Because of these doubts of ours, and because we were not convinced that the basic facts exist, a pragmatic solution was preferred. As stated, it was decided to leave the question open because no convincing legal reasons supporting the argument in favor of the application of the convention have so far been put forward".

ובתשובה לשאלה מדוע אין ישראל מחילה את האמנה בהסתייגות לעניין הריבונות, אמר:

"Because of the nonexistence of basic legal ingredients which are conditions precedent to the application of the convention, and because of the political implications for us if the convention were to be applied in the face of the missing basic conditions, we cannot accept the application with reservations or 'under protest'. Various legal problems arise in connection with reservation to a convention, and I would like to refer in this context to the Vienna Convention on the Law of Treaties. Afterwards there would always be the question of the extent of the reservations, the intent of the parties, etc. As we are interested in humanitarian problems, it is far simpler to solve them than to write intricate drafts".

הסבר זה נתקבל בהתנגדות באותו כנס, שכן הוא לא הסביר את הסרוב הישראלי להחיל את האמנה ברמת-הגולן ובסיני – שטחים, שעל דעת הממשלה שכינה אז היו מחוץ לארץ-ישראל, שטחים שהריבונות הישראלית לא הוחלה עליהם ולא התעוררה לגביהם כל בעייה של גבול בינלאומי מוכר.²⁵ גם הקשר שבין עניין הריבונות לתחולת הוראות האמנה אינו ברור כלל ועיקר: אין זה ברור כי החלתה של האמנה מהווה הודאה בריבונות

25 עניין הריבונות של שטחי א"י המערבית שאינם מצויים בתחום ישראל שנוי לא רק במחלוקת פוליטית אלא גם במחלוקת משפטית: כנגד אלה הסוברים כי הריבונות מצויה ביד ממשלת ירדן, מתייצבים אלה הקובעים כי בהיות סיפוח השטחים על-ידי השלטון האשמי בלתי חוקי ובלתי מוכר, נשללת זכותה של ירדן לריבונות זו; ובהעדר טוען אחר לריבונות, עדיפה זכותה של ישראל לעניין זה: י' צ' בלום, "ציון במשפט הבינלאומי נגדחתה" הפרקליט כז (תשל"א) J. Stone, *The Middle East Under Cease Fire* (Sydney, 1967) 12; *Idem*, No Peace: 315 No War in the Middle East (Sydney, 1969), 17 – ונגדן: י' דינשטיין, "ציון במשפט הבינלאומי תיפדה", הפרקליט כז (תשל"א) 5; וראה גם הטקסט הסמוך להערות 11-12 לעיל. A. Gerson, "Trustee Occupant: The Legal Status of Israel's Presence in the West Bank" 14 *Harvard International Law Journal* 1; *Idem*, *Israel the West Bank and International Law* (London, 1978) 78.

זרה כלשהי, ועל כל פנים – ועם כל הכבוד לדבריו של היועץ המשפטי דאז, מאיר שמגר – ישראל היתה יכולה להחיל הוראות אלו תוך כדי הבהרת הסתייגותה בנושא הריבונות השנוי במחלוקת.²⁶

עירפול זה של המעמד המשפטי בא לידי ביטוי גם בעמדתה של פרקליטות המדינה בהתדיינות בבית המשפט העליון מאז תחילת שנות השבעים. על-פי הגישה המקובלת, אין אמנות בינלאומיות מחייבות את ממשלת ישראל במשפט הפנימי – זה הקרוי גם "מוניציפאלי" – אלא אם כן נעשתה אינקורפורציה של האמנה על-ידי חקיקה של הכנסת. ההבחנה המקובלת היא בין משפט בינלאומי מנהגי – שיש והוא מגובש וניצוק לתוך הסכם – לבין משפט בינלאומי הסכמי, שאינו מחייב את ערכאות המדינה אלא אם כן עבר תהליך של "קבלה" או "קליטה" על-ידי המחוקק המקומי. על-פי הבחנה זו, עשה בית המשפט העליון את ההבחנה הידועה בין תקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, 1907 – המגבשות בכתב את המנהג הבינלאומי – לבין אמנות ג'נבה, שיצרו משפט הסכמי חדש.²⁷

עם זאת, פרקליטות המדינה היתה מוכנה בעבר, "להכיר" מפעם לפעם, באמנה ולהתדיין על-פיה כאילו זו חלה על השטחים שבידי ישראל.²⁸ אך משהגיעה שעתן של ההתדיינות בנושא ההתנחלות, סירבה פרקליטות המדינה לנהוג כך ובית המשפט נאלץ עקב כך להתעלם מהוראות האמנה ובעיקר מהוראות סעיף 49(6) שבה, האוסר על העברת אוכלוסיית מדינת הכיבוש לשטח המוחזק. הדין הוא, כפי שמסביר השופט ברק, כי:

"מבחינת זכותו של תושב אזור הנתון למימשל צבאי כלפי המפקד הצבאי... מעוגנים כללי התפיסה הלוחמתית במשפט הבינלאומי המינהגי ובמשפט הבינלאומי ההסכמי, עד כמה שהוא הזורם למשפט הפנימי של המדינה המחזיקה על-ידי מעשה חקיקה פנימי ברתוקף.²⁹

26 לביקורת מעניינת לגבי עמדת הממשלה מנקודת השקפה אחרת ראה: בנימין רובין "אימון אמנות בינלאומיות למשפט הארץ ביד בית-משפט", משפטים יג (תשמ"ד) 210.

27 ע"א 25/55 האוטונומוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1825, 1829; ע"א 65/67 קורץ ולטושינסקי נ' קירשן, פ"ד כא(2), 20, 27-26; עניין בית אל, לעיל הערה 3, בע' 120-122; עניין אלון מורה, לעיל הערה 3 בע' 14, 29; דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב (תשל"ב) 507; "פסק הדין בעניין פתחת רפיח" עיוני משפט ג (תשל"ד) 934, 938.

28 אך יש הסוברים כי גם בהוראות מסוימות באמנת ג'נבה הרביעית נתגבש משפט מנהגי: ראה דעתו של השופט חיים כהן, בג"צ 695/80 קוואסמה ומלחם נ' שר הבטחון, פ"ד לה(1) 617, 638-645 (להלן עניין קוואסמה), וכן ביקורת על גישה זו, י' דינשטיין, "גירוש ראשי הערים מיהודה עיוני משפט ח (תשמ"א) 158.

29 ראה ביקורת על נהוג זה מפיו של השופט ויתקון: הסכמה זו של הפרקליטות להתדיין על-פי אמנת ג'נבה "מדי פעם בפעם לגבי נושאים מוגדרים ובלתי תחייבות שתיתן בכל העתירות, הופכת את דינונו למעין בוררות התלויה בהסכמת הנתבע. לעניות דעתי, לא לשם כך נוצר בית המשפט הזה"; ענין פתחת רפיח, לעיל הערה 2, בע' 181.

29 בג"צ 393/82 ג'מעית איסכאן וכו', אגודה שיתופית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, ואח', פ"ד לו(4) 785, 793 (להלן: עניין ג'מעית איסכאן).

במאמר מוסגר ייאמר, כי לעמדה זו של הממשלה יש השלכה מורale: בפועל יצר נוהג זה מצב, על-פיו האמנה אמורה לחול בשטחים; אלא שבשל סירוב הממשלה להתדיין על-פיה, מפירה הממשלה את ההתחייבות המפורשת שנטלה על עצמה עת חתמה על האמנה ואישרה אותה. ואכן, השופט ויתקון קובע כי "שעות היא לחשוב... כי אמנת ג'נבה אינה חלה על יהודה והשומרון. היא חלה, אף כי... אין היא שפיטה בבית-משפט זה".³⁰ זוהי אמירה חד-משמעית, שהממשלות השונות סירבו להתייחס למשמעותה הבינלאומית.

ניתן להתווכח עם הלכת בית המשפט לגבי שפיטותה של אמנת ג'נבה: הכלל המקובל לגבי הצורך לקבלת האמנה על-ידי המחוקק אל תוך גופה של החקיקה המקומית נקבע בכל הנוגע לאמנות האמורות לחול בתחום המשפט הפנימי. ואכן, כאשר מדובר במשטרים פרלמנטריים מהסוג של אנגליה וישראל, רק המחוקק הוא היכול לשנות את המשפט הפנימי של המדינה:³¹ אך, כאשר אנו עוסקים באמנה אשר מעצם טיבה אינה אמורה לחול כלל על תחום השיפוט של המדינה ואינה אמורה להשפיע על מהותו של המשפט הפנימי בה וכל כולה עוסקת אך ורק בשטחים ובמערכת היחסים שמחוץ לתחום שטח השיפוט, מתעורר ספק בדבר הצורך בתהליך כזה של "קליטה" (רצפציה) במשפט המקומי. ניתן לטעון, כי במקרה דנן נעלם הצורך בקליטה כזו, ונשמט הבסיס ההגיוני המצדיק אותה: אין שום שינוי בחוק המקומי המתחייב מקבלת האמנה ואין שום צורך בהבאת העניין בפני הכנסת. מכיון שכך, ומכיון שבמערכת ההתחייבויות הבינלאומיות של המדינה, אישרור האמנה די בו כשלעצמו, הרי קשה להבין כיצד היתה הכנסת יכולה, אפילו רצתה בכך, לחוקק את האמנה, שכן הכנסת מפעילה סמכותה, מעצם מהותה, לגבי האנשים והשטחים המצויים בתחום סמכותה. עד כמה שמגעת ידיעת המחבר, זו הסיבה לכך שאמנות ג'נבה לא "נחקקו" כאל תוך מערכות החקיקה המוניציפאליות של המדינות החברות לה.³² בית המשפט העליון לא דן בסוגייה זו והתייחס לעניין אמנת ג'נבה כאל אמנה בינלאומית רגילה, המחייבת קליטה במשפט הפנימי.

נחזור לענייננו: אי-הבחירות והעירפול לגבי מידת החיוב באמנת ג'נבה פינו מקומם בהדרגה להעלמותה של האמנה מזירת ההתדיינות המשפטית ככלי שנתרבו המשפטים בנושאי ההתנחלות, עד שבימים אלה בולטת היא בהיעדרה המלא מהדיון הציבורי והמשפטי. כאשר לאחר הבחירות של 1981, החלה ממשלת בגין השנייה במבצע גדול של מכירת קרקעות לפרטים והקמת ישובים עירוניים בשטחים, כמעט ולא הוזכרו עוד איסורי האמנה ולא נעשה ניסיון כלשהו מצד הממשלה לישבם עם המציאות בשטח.³³

30 עניין אלון מורה, לעיל הערה 3, בע' 29.

31 ראה י' דנישטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים", לעיל הערה 27.

32 השווה, למשל את האמנה בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת-עם משנת 1948 – האמנה נגד הג'נוסייד – שתורגמה ללשון החוק – חוק בדבר מניעתו והענישתו של פשע השמדת-עם, תש"י-1950, (ס"ח 137) – שכן היא חלה על המדינה עצמה, גם כתחום שיפוט כמו גם במערכת היחסים הבינלאומיים שלה.

33 גם כאן מחובר בסעיף 49(6) לאמנה, האוסר על העברת אוכלוסייה של המדינה הכובשת אל תחום השטח המוחזק. ראה בג"צ 285/81 אל נאור נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד (1), 701. ההסבר הישראלי לסעיף זה גורס, כי מחובר בהעברת אוכלוסייה – כולל העברה כפויה – הבאה לנשל את האוכלוסייה המקומית: ראה י' דנישטיין "הפדה לא נפדתה" או "לא הפגנות

הנה כי כן רואים אנו כיצד בשני עניינים אלה – עניין המינוח הרשמי וההתייחסות לאמנת ג'נבה – עשה הזמן את שלו וכלי שינוי משפטי של ממש, נשתנתה הגישה בפועל. אך מעבר לעניינים אלה עומדת תפנית משמעותית שחלה בהתייחסותה של ישראל אל השטחים: מראייתם כ"פקדון מוחזק" על-פי כללי המשפט הבינלאומי הגענו להכללתם ההדרגתית, למעשה, בתחום השלטון הישראלי. תפנית זו התבצעה באמצעות שורה של צעדים, הנמשכים עד היום, וטרם נותנה במלואה על-ידי הספרות המקצועית. במסגרת מאמר זה נרחיב את הדיבור עוד בשתי קטיגוריות של צעדים:

(1) חקיקה ישראלית לגבי מעמד השטחים;

(2) חקיקת המימשל הצבאי.

נדון בנושאים אלה אחד לאחד.

1. חקיקה ישראלית לגבי מעמד השטחים

הכנסת, בחקיקתה הרגילה, אינה מתייחסת אל השטחים המוחזקים שמחוץ לתחום המשפט הישראלי כאל תחום הנתון לחקיקתה. עם זאת קשה לומר שאין היא מתייחסת אליהם כלל. יחסה של הכנסת אל השטחים האלה נגוע, ככלל, בדרערכיות. מצד אחד במסגרת שאלות והצעות לסדר היום עוסקת הכנסת בנעשה ביהודה, שומרון ועזה – בעיקר בכל הנוגע להתנחלויות – ונותנת דעתה על בעיותיהם של התושבים היהודים בה. ועדות הכנסת עורכות, כמובן, ביקורים ביישובים היהודים בשטחים ומקבלות משלחות מיישובים אלה. מצד שני, הכנסת וועדותיה אינן עוסקות בבעיותיהם של התושבים הערביים בשטחים, אינן מקבלות משלחות מייצגות תושבים אלה, ואינן רואות עצמן ממונות על ענייניהם.³⁴ גם מבחינה זו, אין עמדתה של הממשלה ועמדתו של הרוב בכנסת עקביות: מצד אחד – ובעיקר מאז כהונתה של ממשלת בגין השנייה – הצהירו דוברים רשמיים כי "הקו הירוק" נעלם ואיננו. כמו, למשל, דברי שר החוץ יצחק שמיר בנאומו בכנסת העשירית: "אני אומר שהקו הירוק נמחק... הוא נמחק גם בתודעה המדינית, והוא נמחק גם למעשה על הקרקע בשטח".³⁵ ויושב ראש ועדת החוץ והבטחון, חבר הכנסת אליהו בן אלישר, סירב, עקב כך, להקים ועדת משנה לענייני השטחים, כהצעת חבר הכנסת אבן; מאידך, אין הכנסת מתיימרת להיות הגוף האחראי לנעשה

אלא מעשים". הפרקליט כז (תשל"א) 519. אך בעניין ג'מעת איסכאן, הערה 29 לעיל, בע' 794, משאיר השופט ברק בצריך-עיון את "השאלה היפה, אם חלקיה ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית, שלגביהם החליטה ממשלת ישראל כי תנהג עליהם... אין בהם כדי להוות נורמות מחייבות – ולו באופן חלקי – מכוח היותם חלק מההנחיות פנימיות מטעם ממשלת ישראל כלפי המפקד הצבאי ומכוח היותם הנחיות עצמיות של המפקד הצבאי עצמו".

34 גם כאשר הדבר נוגע לתושבים הערביים ולחברות הערביות של מורח ירושלים, שהיא חלק מישראל ומשפטה, מתעוררים קשיים מסוג זה. כך, למשל, כאשר דנה ועדת החוץ והבטחון בסוף כהונתה של הכנסת התשיעית בתכניתה של הממשלה להפקיע את זכויותיה של חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ (החברה המזרח ירושלמית), סירבה הוועדה להיענות להצעת המחבר להזמין את יו"ר מועצת המנהלים של החברה, מר אנוואר נטייבה, ולשמע את טענותיו נגד ההפקעה – כפי שנהוגת ועדות הכנסת במקרים מסוג זה.

35 ישיבה רכ"ו, פרוטוקול סטנוגרפי בע' 119, 120.

בשטחים הנתונים למימשל צבאי, שתושביו הערביים אינם רשאים לבחור בה ואינם רשאים להיבחר אליה.³⁶

לעומת זאת, היתה הכנסת פעילה בחקיקה המקנה מעמד מיוחד לישראלים המתגוררים או המצויים בשטחים על-ידי החלת המשפט הישראלי עליהם באורח אישי וחוקי-טריטוריאלי. מגמה זו החלה זמן קצר לאחר מלחמת ששת הימים. תקנות שעת חירום, כפי שהארכו בחוק, קובעות כי עבירות שמבצעים ישראלים בשטחים יידונו בבית משפט בישראל.³⁷ מעמד מיוחד זה פוגע בעיקרון הטריטוריאלי המקובל בתפיסות משפטיות מודרניות, הקובע כי אנשים החיים בשטח מסוים יהיו כפופים לאותה מערכת חוקים.³⁸ נכון הדבר, שתיקון לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969,³⁹ קובע כי בוחרים שמענם הרשום במרשם האוכלוסין הוא בשטח המוחזק על-ידי צה"ל יכלולו בפנקס הבחורים: אולם הקניית זכות בחירה לאנשים שונים על-פי מבחן האזרחות אינה פוגעת בעקרון הטריטוריאלי המקובל, שכן זכות הבחירה קשורה בדרך-כלל, וגם בישראל, באזרחות.

יתר-על-כן, ברוב המדינות – אם כי לא בישראל – ניתנת זכות בחירה לאזרחים השוהים מחוץ לתחום השיפוט. שונה הוא המצב לגבי החוקים האחרים שהוחלו באורח פרסונאלי על אזרחים ישראליים. נביא כאן מספר דוגמאות לחוקים אלה.

חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 32), תשל"ח-1978⁴⁰ הוסיף את ס' 3א לפקודה, לפיו אזרח ישראלי או חברה תושבת ישראל, שהפיקו הכנסה ב"אזור" – שהם יהודה ושומרון, חבל עזה, רמת הגולן, סיני ודרום סיני – יראו אותם כמי שהפיקו הכנסה זו בישראל.⁴¹

36 ההנמקה המקובלת על הרוב בכנסת בעניין סירובה לפקח על הנעשה – משום שאין מדובר בשטח שיפוט ישראלי – עומדת בניגוד להגיון שהצדיק את התערבות בית המשפט העליון בנעשה בשטחים. על-פי הגיון זה, מוסמך בית המשפט הישראלי לצוות על עובדי ציבור לפעול על-פי דין. כדברי השופט חיים כהן בעניין קוואסמה:

"מפקד האזור ופקדוניו שלוחי מדינת ישראל הם ויהא אשר יהא המקום, אשר בו עושים הם שליחותם, מצויים הם לנהוג מנהג מדינתם, הוא מנהג מדינת חוק. בית-משפט זה לעולם לא יקשיב לטענה, שבמלאו תפקידו מטעם המדינה אי שם יכול איש צבא או עובד מדינה לנער חוצנו מן המידות אשר המדינה מתנהלת בהן, או מן העול של מלכות חוקיה".

אם דברים אלה נכונים לגבי פיקוח שיפוטי על שלוחי המדינה, ודאי יפים הם גם לגבי פיקוח פרלמנטרי עליהם. רק בכנסת העשירית החלה בפעולתה ועדת ביקורת המדינה, העוסקת בשאלות מהותיות של המשטר השורר בשטחים – וזאת תחת העילה השנויה במחלוקת של בדיקה מוקדמת לצורך פנייה למבקר המדינה לפי ס' 21 לחוק מבקר המדינה. בישיבתה מיום 7.3.84 אף הזמינה הוועדה ושמעה, בפעם הראשונה מאז 1967, נציגים של תושבי יהודה ושומרון. הכנסת העשירית התפזרה בסרם סוכם הדיון, ואילו בכנסת ה-11 לא היה לו המשך עד כתיבת שורות אלו.

37 הערה 4 לעיל.

38 ראה נאום של המחבר בכנסת העשירית, ישיבת רס"ז מיום 2.1.84 – ד"כ (תשמ"ד) מושב רביעי חוברת יב, 922.

39 חוק הבחירות לכנסת (תקון מס' 2), תשל"ל-1970, ס"ח 146.

40 ס"ח 216.

41 הסעיף מפרט גם מה דינו של אזרח ישראלי הנמנה עם "חבר כני אדם תושבי האזור" – ס'

חוק מס ערך מוסף (תיקון מס' 3), תשל"ט-1979⁴² מחיל את חוק מס ערך מוסף על פעילות כלכלית בשטחים, הנעשית על-ידי ישראלים:

"עיסקאות שנעשו באזור... בידי עוסקים שהם אזרחי ישראל, שותפות שרוב הזכויות בה הן של שותפים אזרחי ישראל או חברה שלענין פקודת מס הכנסה רואים אותה כתושבת ישראל, ועל פעולות באזור כאמור של מוסד כספי שהוא חברה הרשומה בישראל".

חוק האזרחות (תיקון מס' 4), תשמ"מ-1980⁴³ מקנה לילד קטין, שהיה תושב האזור המוחזק על-ידי צה"ל, אזרחות ישראלית במידה והוריו התאזרחו. קודם לכן העניק החוק אזרחות רק לקטינים שהיו "תושבי ישראל".

תיקון חוק רחב ומקיף, החל לכאורה על כלל תושבי השטחים, נעשה לחוק הפיקוח על מצרכים (תיקון מס' 12), התשמ"ב-1982,⁴⁴ לפיו רשאי שר המסדיר בצו שירות בר פיקוח, לקבוע כי הצו יחול גם "על מתן שירות למי שמתגורר ביהודה ושומרון, בחבל עזה או בסיני". נוסח כללי זה נתקבל לאחר שבכנסת קמה התנגדות להצעה המקורית של הממשלה, בה נאמר כי –

"(ה) הסדיר השר בצו עשייתו של שירות בר פיקוח או חייב המוכר לתת התחייבות למתן שירות, רשאי הוא להסדיר באותו צו, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, כי החיובים שבו יחולו גם על מתן שירות למי שרשום במרשם האוכלוסין בישראל, ומתגורר בגולן, ביהודה ושומרון, בחבל עזה או בסיני".⁴⁵

ההצעה המקורית דיברה, איפוא, במפורש על מתן שירות בריפיקוח רק לתושבים הישראליים – דהיינו, היהודים – ואילו החוק בנוסחו המתוקן מדבר בלשון סתומה ומשאיר את ההכרעה בענין זה למחוקק המשנה.

צעד נוסף בכיוון זה נעשה בחוק למימון מבצע שלום הגליל, התשמ"ב-1982.⁴⁶ המגדיר בסעיף 1 שבו "תושב ישראל" כ-

"מי שאינו תושב חוץ, לרבות אזרח ישראל שהוא תושב אזור ותאגיד שהוא בשליטת אזור ישראל ומשרדו הרשום הוא באזור: לענין זה "אזור" – יהודה ושומרון וחבל עזה".

3א (ג), וקובע כללים שמטרתם למנוע תשלום מס כפול – בשטחים ובישראל – ס' 3א(ד), (ה). עמדת הממשלה היא, שתיקון זה נאכף בצורה מספקת בשטחים, וכי אין העלמות מס בשטחים – ראה תשובת סגן שר האוצר לשאלות 1931 ו-2237 של ח"כ ארבל-אלמחלינו בכנסת, 7.6.83. לעומת זאת ראה המאמר של ש' מעוז, "יהודה ושומרון כמפלס מס", הארץ (15.4.83) 15.

42 ס"ח 52.

43 ס"ח 222.

44 ס"ח 92.

45 הצעות חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (תקון מס' 11), התשמ"א-1981, ה"ח 254.

46 ס"ח 180.

גם בחוק מס שבח מקרקעין (תקון מס' 15), התשמ"ד-1984 נעשה תיקון, שמשמעותו החלת חוק מס שבח על אזרחי ישראל המתגוררים בשטחים. התיקון נעשה באמצעות הוספת סעיף 16 לחוק, המגדיר אזרחי ישראל כמי שרשום במרשם האוכלוסין בישראל ו"אזור" מוגדר – "יהודה שומרון וחבל עזה". סעיף 16א(ב) אומר כדלקמן:

"אזרחי ישראל המוכר או רוכש זכות במקרקעין המצויים באזור, יראוהו לענין חוק זה כמוכר או רוכש זכות במקרקעין המצויים בישראל".

ההתערבות הגדולה ביותר של הכנסת בתחום זכויותיהם המשפטיות של אזרחי ישראל המצויים בשטחים נקבעה בחוק לתיקון ולהארכת תקנות שעת חרום (יהודה והשומרון, חבל עזה, סיני ודרום סיני – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשמ"ד-1984:⁴⁸

(א) החוק הוסיף לתוספת מספר חוקים שלא היו בה קודם ובכך החיל את אותם החוקים על אזרחי ישראל תושבי האזור.⁴⁹

(ב) סעיף 4 לחוק העניק לשר המשפטים סמכות לשנות את הצו באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

הנה כי כן, בתחומים שונים חוקקה הכנסת חוקים שיחולו בשטחים, אך חקיקה זו מיועדת לאזרחי ישראל בלבד. ובכך הוקנה לאזרחים אלה מעמד מיוחד על-ידי החלת המשפט הישראלי עליהם באזור אישי וחוק-טריטוריאלי. חוק ההארכה האמור, מהווה למעשה פתח, דרכו יכול שר המשפטים, באישור ועדת החוקה של הכנסת בלבד (ובלי צורך באישור מליאת הכנסת), להחזיר את ספר החוקים הישראלי כולו לאזור ולהחילו על אזרחי ישראל המתגוררים בו. כך הולך ונוצר בשטחים משפט מיוחד – משפט המובלעות היהודיות – השם לאל את רעיון התחולה הטריטוריאלית של דיני החוקה הלוחמתית.

47 ס"ח 179.

48 ס"ח 36.

49 סעיף 6 לחוק ההארכה, שכתרתו "הוספת תוספת", קובע:

"בסוף התקנות יבוא: תוספת (סעיף 36)

1. חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

2. חוק שירות בטחון, [נוסח משולב], התשי"ט-1959.

3. חוק לשכת ער"ד, התשכ"א-1961.

4. פק' מס הכנסה.

5. חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965.

6. חוק שירות עבודה בשעת חרום, התשכ"ז-1967.

7. חוק הבטוח הלאומי [נוסח משולב], התשכ"ח-1968.

8. חוק הפסיכולוגים, תשל"ו-1977.

9. חוק לקיום תקפן של תקנות-שעת-חרום (רישום ציוד וגיוס), התשמ"א-1981.

עוד החיל החוק, בסעיף 3, על אזרחי ישראל תושבי האזור את פקודת המיסים (גביה) והסמכויות אותן היא נותנת לגובה המס כלפי החייב במס.

2. חקיקת הממשל הצבאי

בתחילה התאפיינה חקיקתו של הממשל הצבאי – ליתר דיוק: של מפקדי האזורים, להם מוקנית סמכות החקיקה במשפט הבינלאומי – בשני סוגים עיקריים: האחד, נגע לחקיקת הבטחון, מכוחה פועל צבא-הגנה-לישראל, רשויותיו ובתי המשפט המיוחדים שלו בשטחים המוחזקים; השני, עסק בשינוי של החוק המקומי הירדני.

תהליך שינוי של החוק הירדני, אף הוא עבר שורה של שלבים. מלכתחילה הסתפקו מפקדי האזורים בחקיקה מינימאלית שנועדה להתאים את החוק המקומי לצרכיה השוטפים של האוכלוסיה ולתיקוני חוק שנעשו בירדן. חקיקה זו תאמה את המסגרת שהוצבה לה בתקנה 43 לתקנות האג, הקובעת כי:

"בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והבטחון הציבוריים תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".⁵⁰

גם כאשר הממשל הצבאי חוקק בשטחים הסדרים שנשאבו מהמשפט הישראלי, לא נמצאו טענות נגדו. כאשר הונהגו בשטחים תמרידי תנועה וכללי תעבורה לפי המתכונת הישראלית,⁵¹ או כאשר הונהגה חובת ביטוח רכב ופיצוי לנפגעי תאונות דרכים בצו בדבר פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (יהודה והשומרון),⁵² לא נמצא עליהם עורר. אך ככל שחלפו השנים, וככל שהמצב הזמני כביכול התמשך והלך, כך התרחבו תחומי התערבותו של המחוקק הצבאי. בדרך זו הלך וניטשטש הקו המפריד בין התערבותו של המחוקק האזרחי לבין פעולתו של מחוקק רגיל, הקובע סדרי משפט וארחות חיים. ואכן, עקב החקיקה הרב-גונית הזו – עד כתיבת מאמר זה נתפרסמו כ-1,150 צווים, דהיינו מעשי חקיקה, של מפקדי האזורים – נשתנה למעשה מעמדם המשפטי של השטחים המוחזקים בשני מובנים שונים ונפרדים: ראשית, גבר בהם רישומה של המתכונת המשפטית הישראלית על-ידי חקיקת הסדרים הנהלים לאלה הנהוגים במשפט הישראלי; שנית, הוחל בחקיקה מיוחדת לגבי המובלעות הישראליות-היהודיות שבתחום השטחים המוחזקים, וזו קבעה בצווי הממשל, הסדרים מיוחדים לישראלים המתגוררים בהם.

עד שאנו באים לדון בהשפעתה של חקיקה זו, מן הראוי לומר מספר מלים לגבי אופיו של "המחוקק" בו אנו עוסקים. כל העוסק במשפט השטחים, מבחין מיד בפער העצום שבין המציאות לבין הפיקציות המשפטיות המכסות עליה. הפיקציה המובהקת ביותר היא זו הגורסת כי המחוקק בשטחים אינו אלא מפקד צבאי, לו העניק המשפט הבינלאומי שיקול-דעת מוגבל. הקורא את פסקי הדין של בית המשפט העליון בסוגייה זו והמשווה אותם אל מה שמתרחש בפועל, יתרשם מן הפער הגדול שבין השניים. מפקדי האזורים הם קציני צבא, הסרים למשמעת הרמטכ"ל ושר הבטחון, והממונה עליהם לנושא החקיקה האמורה הוא מתאם הפעולות בשטחים, הכפוף לשר הבטחון. מעשי החקיקה, הצווים

50 בג"צ 202/81 טביב, ואח' נ' שר הבטחון, ואח', פ"ד לו(2) 622, 629, (להלן: עניין טביב).

51 צו בדבר תעבורה (סדרי תנועה) (יהודה והשומרון) (מס' 399), תשל"ל-1970, קמ"מ 24 בע' 833.

52 (מס' 667) תשל"ו-1976, קמ"מ 39 תשל"ז בע' 260.

המוצאים עליהם, חייבים לקבל את אישורה של המערכת האורחית הממשלתית, ולא פעם היוזמה עצמה אף היא באה ממתאם הפעולות בשטחים או משר הבטחון. לעיתים באה היוזמה, או האישור שבדיעבד, על-ידי מליאת הממשלה. כך, למשל, החליטה הממשלה על השוואת השירותים לתושבי השטחים ב-1977.⁵⁵ למעשה, מפקדי האזורים אינם אלא היד המבצעת של מדיניות ממשלתית. יתרה-על-כן, "קציני המטה" השונים, המוצבים במפקדות האזוריות והמייצגים משרדי ממשלה שונים, הם למעשה שלוחות רשמיות של המשרדים הממשלתיים; ואם כי, לכאורה, פעולתם אינה פוגעת, כביכול, בסמכותו הבלעדית של המפקד הצבאי, למעשה מדובר בשלוחה ממשלתית לכל תכלית ולכל מטרה. עניין המימשל הצבאי יכול לשמש, לכל היותר, עילה טובה להסרת אחריות מהמשרד הנוגע בדבר.

אמת הדבר, פיקציה זו, על-פיה קציני צבא שואבים את סמכותם במישרין מהמשפט הבינלאומי, חלה לגבי כל פעולות המימשל הצבאי בשטחים, אך משמעותה גדולה ביותר כאשר מדובר בפעולות החקיקה הענפה והמסועפת שהממשלה הפעילה בשטחים באמצעות קציני צבא. חקיקה זו – ששינתה סדרי החיים בשטחים – נעשתה, ונעשית גם בהווה, ללא פיקוח פרלמנטארי כלשהו. הביקורת השיפוטית היא הדרך האחת והיחידה לתקוף מצעשי חקיקה אלה; ודרך זו עוברת דרך שער הפיקציה המשפטית, המחילה את דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי על המפקדים הצבאיים.

הביקורת השיפוטית שהופעלה לגבי חוקיותה של חקיקה זו היתה חייבת לתת דעתה לעובדה שהסדר, שבעצם מהותו נועד לחול על כיבוש קצרי-מים, התמשך מעבר למצופה והפך להיות עניין של קבע. בנסיבות אלו, החלה לגקר השאלה, האם המגבלות שמטיל המשפט הבינלאומי על סמכויות החקיקה של המפקד הצבאי יכולות לעמוד במבחן הנסיבות של שלטון ישראלי קבוע. על-פי תקנה 43 לתקנות האג, המדינה הכובשת חייבת לשמור על החוקים הקיימים, אלא אם כן קיימת אותה "מניעה מוחלטת" עליה מדברת התקנה.

מתן פירוש זוויתי למגבלה זו היה מונע מ ישראל מלשנות חוקים ירדניים שלא עמדו במבחן המציאות – מציאות של גבולות פתוחים, של זרימה חופשית של סחורות ושל אנשים ושל שלטון ההופך קבוע. כבר בעניין האגודה הנוצרית נתגלה קושי זה. באותו מקרה נדון עניין קל, יחסית, להכרעה: מפקד אזור יהודה ושומרון הוציא צו בדבר תיקון חוק ירדני בעניין בוררות בסכסוכי עבודה וקבע בו דרך למינוי הבוררים, וזאת לאחר שהדרך שנקבעה בחוק הירדני, זיהינו מינוי נציגים של ארגוני מעבידים ועובדים – לא היתה בת-ביצוע, בשל העדר ארגונים כאלה. בית המשפט נחלק בעניין זה בדעתו. השופט חיים כהן, שהיה בדעת מיעוט, גרס שיש שלוש סיבות המצדיקות חקיקה של המימשל הצבאי: (א) חקיקה הדרושה להבטחת הסדר הציבורי שהוחזר על כנו על-ידי המימשל הצבאי; (ב) חקיקה המתחייבת מאופי החיים תחת מימשל צבאי; (ג) חקיקה שבאה במקום סדרי חיים שהיו תחת המימשל הקודם ואינם מקובלים על המדינה הכובשת בשל היותם מנוגדים בתכלית לרוחה ואופיה. עוד קבע השופט חיים כהן, שאין בסמכות המסורה על-פי סעיף 43 כדי לתקן עולם ולהשליט בשטחי הכיבוש סדרים וחיים ציבוריים אידיאליים,

53 החלטה 846 מיום 14.8.77 "מדיניות ביהודה, שומרון וחבל עזה", האומרת: "להתייחס לתושבים בשיוויין כאילו היו תושבי המדינה".

54 לעיל הערה 3.

הנראים בעיני הכובש טובים וכשרים.⁵⁶

לעומתו, גרס הרוב, בפסק דינו של ממלא מקום הנשיא (השופט זוסמן), אליו הצטרף השופט "כהן, כי הצו הוצא בהתאם לסעיף 43. שופטי הרוב גרסו, כי כיבוש בזמן מלחמה מעניק לכובש סמכות להטיל מרותו על השטח המוחזק, תוך חובה לדאוג לשלום האוכלוסייה. סמכות וחובה אלו מחייבות בדרך-כלל את הכובש לנהל את ענייני השטח המוחזק לפי חוקי הארץ כפי שעמדו בתוקפם בזמן הכיבוש, עם זאת, מקום שהכיבוש ממושך, רשאי הכובש לשנות חוקים מקומיים בהתאם לצרכי החברה המשתנים. מקום בו החוקים שעמדו בתוקף בשטח המוחזק אינם מאפשרים לשלטון הצבאי למלא את החובה המוטלת עליו כלפי תושבי השטח, הרי זו מניעה מוחלטת בה עוסק סעיף 43, ולפיכך מוטל הכובש לשנות חוקים אלה.

המגמה שלא לראות ב"מניעה מוחלטת" מגבלה חמורה על סמכות החקיקה באה לידי ביטוי בפסק הדין העקרוני אבו עיטה ו' מפקד אזור יהודה ושומרון.⁵⁷ שעניינו מס בלו מוסף שהטיל המימשל הצבאי על תושבי השטחים, בשיעורים ועל-פי עקרונות המקבילים לאלה שהונהגו בישראל לגבי מס ערך מוסף.⁵⁸ העותרים טענו, שעל האזור חלים דיני הכיבוש, ושעל פי סעיף 43 לתקנות האג, חייב המפקד לכבד את החוק הקיים אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לעשות כן, מניעה שלא היתה קיימת בנסיבות המקרה. עוד ביססו העותרים את עתירתם על הטענה, שאין חקיקה זו מיועדת לשלום הציבור, ושסעיף 48 לתקנות האג מכסה את נושא המיסוי, ועל כן אין סמכות ליצור חקיקה חדשה בתחום המיסוי אף אם הדבר לטובת האזור.

בפסק דין ארוך ומנומק הבהיר הנשיא שמגר את השלכותיה המשפטיות של ההחזקה הישראלית המתמשכת בשטחים. בהתאם לניתוחו, לא ניתן להחיל את סעיף 48 לתקנות האג על המקרה הנדון, שכן הסעיף מדבר על הטלת "דמי השתתפות", שהם היטלים המוטלים במיכסה קבועה על אוכלוסיית שטח כבוש, מעין אקט של המנצח כמנצח, איסוף כפוי של כסף למטרות מוגדרות.⁵⁹ לאחר שהגיע למסקנה, כי לא קיים במשפט הבינלאומי המנהגי כלל, האוסר על הטלת מסים חדשים על-ידי מחזיק, המשיך ובדק בדיקה עקרונית את-סעיף 43, שבתוך מסגרתו מותר למחזיק, לגישתו, להטיל מיסים חדשים. לדעתו, אין לפסול את צווי המפקד אך ורק משום שהם עולים בקנה אחד עם חוקי המדינה המחזיקה: על מדינה זו מוטלת, לדעתו, החובה "לשמור על איוון והתאמה בין מערכות הכלכלה (של שטח המדינה והשטח המוחזק – א"ר) כדי לקיים חיי כלכלה תקינים".⁶⁰

55 דינשטיין, במאמרו "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" לעיל הערה 27, מבקר את פסיקת בית המשפט בעניין האגודה הנוצרית, לעיל הערה 3, וקובע – קביעה שנתקבלה מאוחר יותר על-ידי השופט שמגר בעניין מע"מ – שההגבלה על סמכות החקיקה המוטלת על כובש בסיפא של סעיף 43 מתמצית בפירוש למילים "מניעה מוחלטת". הפירוש המקובל למילים אלו הוא צורך, ויש לו משמעות בשני מישורים: (א) צורך צבאי של הכובש, (ב) צורך הומניטרי הנובע מדאגה לאוכלוסייה. המבחן לצורך זה הוא, האם חוקה המדינה הכובשת חקיקה דומה לגבי אוכלוסייתה שלה.

56 בג"צ 69/81 אבו עיטה, ואח' ו' מפקד אזור יהודה ושומרון, ואח', פ"ד לו(2) 197.

57 צו בדבר חוק הבלו על מוצרים מקומיים (תיקון מס' 2) (יהודה ושומרון) (מס' 658) תשל"ו-1976, קמ"מ תשל"ו, בע' 182. צו בדבר בלו על נכסים ושירותים (רצועת עזה) (מס' 535) תשל"ו-1976, קמ"מ 39, בע' 3376.

58 לעיל הערה 56, בע' 263, 266-7.

59 שם, בע' 311.

לצורך זה, אין להתעלם ממימד הזמן:

"צרכיו של כל שטח, בין זה הנתון לשלטון צבאי ובין אחר, משתנים בדרך הטבע עם חלוף הזמן וההתפתחויות הכלכליות המתלוות לכך. כמבואר לעיל, לא ראו מנסחי החקיקה להסתפק בהגדרה של חובה, המתמצית בהחזרת המצב לקדמותו. משך הזמן של קיום השלטון הצבאי עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים, וההכרח בביצוע התאמות והערכות חדשות עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר".⁶⁰

בהתייחסו אל חוות הדעת, לפיה אי-הטלת המס היתה גורמת נזק ברור לכלכלת השטחים, חזה בית המשפט את העתירה ואישר את תוקפו של הצו.

מגמה זו של "אי שמירה" על החקיקה הקיימת בשטחים קיבלה חיזוק מפורש בפסק דינו של השופט א' ברק בעניין **ג'מעית איסכאן**.⁶¹ אותו מקרה נסב על החלטת המשיב ומועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון – גוף שהוקם מכוח צווי הממשל – להפקיע חלק ממקרקעי העותרת לצורך סלילת כבישים מהירים, העתידים לחבר ערים בתחום יהודה ושומרון עם ישראל. הפרשיה עצמה אינה מתייחסת למעשי חקיקה של הממשל, אך משום ששאלת פרשנותה של תקנה 43 נדרשה לצורך ההכרעה, היא מלמדת אותנו דבר לגבי אופיו ומעמדו של הממשל הצבאי בכל היבטיו. השאלה העיקרית שנדונה בפסק-דין זה נוגעת לסמכותו של המפקד הצבאי להפקיע קרקע למטרת יצירת תשתית כבישים, שתשרת גם את תושבי האזור, ושתיצור תשתית של קבע ותיצור שינוי, העשוי להימשך גם לאחר סיומו של הממשל הצבאי.

פסק דינו של השופט ברק עומד כולו בסימן התוכן המשתנה והגמיש שיש לצקת לתוכה של תקנה 43 האמורה. תוכן משתנה זה מושפע מהנסיבות המשתנות של התקופה בה אנו חיים – "מדינה מודרנית ותרבותית בסוף המאה העשרים", הדואגת גם לפיתוח כלכלי – ומהתארכותו של משך הזמן בו פועל הממשל הצבאי: "בקביעת היקף סמכויותיו של הממשל הצבאי... מן הראוי להתחשב בהבחנה בין מימשל צבאי קצר מועד לבין מימשל צבאי ארוך מועד".⁶² משום כך, "אמצעים חקיקתיים... אשר עשויים להיות בלתי ראויים בממשל צבאי קצר מועד, עשויים להפוך לראויים בממשל צבאי ארוך מועד".⁶³ לאור הבחנה זו, קובע השופט ברק, בבטלו את הצו-על-תנאי, –

"כי השקעות יסוד ארוכות טווח, שיש בהן להביא לשינוי קבע, העשויים להימשך גם לאחר סיום הממשל הצבאי, מותרות הן, אם הן דרושות לטובת האוכלוסיה המקומית, ובלבד שאין בהן כדי להביא לשינוי מהותי במסודות היסוד של האזור".

משום כך, אף הפקעת קרקע למען סלילת כבישים המחברים את השטח עם ישראל, "אין בו מעשה ריבונות, שאינו בסמכותו של מימשל צבאי".⁶⁴

60 שם, בע' 313.

61 לעיל הערה 29.

62 שם, בע' 800.

63 שם, בע' 801.

64 שם, בע' 806. אך התמשכותו של הממשל הצבאי, והפיכתו למימשל בעל סממנים של שלטון

גישה זו – שהיא פועל יוצא מהמציאות שנוצרה בשטח מאז 1967 – מצמצמת ביותר את אפשרות התערבותו של בית המשפט ומעניקה משמעות מצומצמת למגבלות תקנה 43 לתקנות האג. יתר-על-כן, אין להתעלם מכך, שחקיקת המימשל הצבאי – דהיינו: חקיקת הממשלה עצמה – יצרה בשנים האחרונות לא רק מערכת משפטית חדשה ושינתה באורח יסודי את המשפט הקיים, אלא אף יצרה הבחנה ברורה וחדה בין הדין החל על מתישבים ישראלים (דהיינו, יהודים) לבין הדין החל על התושבים המקומיים. הבחנה זו נעשתה בעיקר על-ידי מה שידוע בעגת העוסקים בדבר כ"משפט המובלעו".

כבר ראינו, כי חקיקת הכנסת יצרה דין מיוחד לישראלים המצויים בשטחים, אך זו הסתפקה בהחלת הדין האישי עליהם. בשל ההנחה, שהכנסת אינה מהווה הרשות המחוקקת לגבי שטחים המצויים מחוץ לתחום השיפוט, לא ניתן היה מלכתחילה לחוקק חוקים שיסדירו את מעמד הישובים היהודיים בשטחים. חסר זה נתמלא על-ידי חקיקה מיוחדת של המימשל הצבאי, החלה רק על יישובים אלה. תחילתה של חקיקה זו צנועה למדי: צו בדבר ניהול קרית ארבע (יהודה ושומרון)⁶⁵ וצו המסדיר את השמירה ביישובים.⁶⁶ החל משנת 1979 החלה חקיקת המימשל הצבאי מסדירה את השלטון המקומי היהודי בשטחים על שתי שלוחותיו – מועצות מקומיות ומועצות אזוריות. בשנת 1979 הוצא צו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה ושומרון),⁶⁷ שהעניק למועצות ממונות יהודיות סמכות של מועצה אזורית, כמקובל בישראל, על חלק ניכר משטחי יהודה ושומרון, ולמעשה שלל בדרך זו קיומה של מועצה אזורית ערבית או שיתופם של נציגי יישובים ערביים במועצות המוקמות בצו. בשנת 1981 הוצא צו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה ושומרון),⁶⁸ על-פי הדגם המקובל בישראל.

שני פרדוקסים ליוו צעד מרחיק לכת זה: ראשית, הענקת סמכות זו של שלטון מקומי ברחבי יהודה ושומרון, בלי מתן סמכות דומה לתושבים המקומיים, נעשתה זמן קצר לאחר חתימתם של הסכמי קמפ דייוויד, ובהם התחייבות להעניק "אוטונומיה מלאה" ל-"Inhabitants of these areas". הפרדוקס השני, הגם שהוא שולי בחשיבותו, ממחיש ומדגים את הדרך הארוכה שעשתה חקיקת המימשל הצבאי מאז הימים הראשונים שלאחר מלחמת ששת הימים. באותם ימים, נראה היה כי צווי המפקדים יכוונו רק לאוכלוסיה המקומית, ומכאן גם החובה שנקבעה בצו בדבר קובץ המנשרים⁶⁹ לפרסם את הצווים בעברית ובערבית. וכך אירע, שהצווים שכוונו אך ורק ליישובים היהודיים בשטחים –

רגיל, יכולה להרחיב את ריעת הביקורת של בית המשפט בנושאים שאינם צבאיים ובטחוניים: "במימשל צבאי שכזה גובר הצד האזרחי, ואין כל סיבה, מדוע לא יפעיל בית המשפט אותן 'חוקות' לענין המפקד הצבאי כמו לענין כל עובד ציבור, המפעיל סמכות כדן. כות רב מתרכז ביד מימשל צבאי, ולמען שלטון חזק מן הראוי להפעיל ביקורת שיפוטית על-פי המבחנים הרגילים". שם, בע' 810.

65 (מס' 561), תשל"ה-1974, קמצ"מ תשל"ו 34, בע' 1384 (3.10.74). הצו קובע את תחום היישוב, את ניהול הקרייה על-פי תקנון שיפורסם ביישוב. הצו בוטל ב-1977, עם כינונה של מועצה מקומית סדירה.

66 צו בדבר הסדרת השמירה ביישובים והטלת חובת שמירה (יהודה ושומרון) (מס' 432), תשל"א-1971, קמצ"מ תשל"ב 28, בע' 1056. קמצ"מ 27: 1030.

67 (מס' 783), תשל"ט-1979, קמצ"מ תשמ"א 45, בע' 88.

68 (מס' 892), תשמ"א-1981, קמצ"מ תשמ"ב 48, בע' 864.

69 (אזור הגדה המערבית) (מס' 111), תשכ"ז-1967, קמצ"מ תשכ"ח 7, בע' 251.

כולל אלה שעניינם בטחון פנימי - פורסמו ומתפרסמים גם בערבית, וזאת על סמך הפיקציה, שמדובר בחקיקה המסדירה את ענייני כלל התושבים.

כך הוסדרו ענייני היישובים המקומיים במתכונת ישראלית מלאה, כאשר קצין המטה של המשרד הממשלתי המתאים מייצג, כביכול, את הממשל הצבאי. תושב מעלה אדומים, למשל, כפוף לכאורה לממשל הצבאי ולמשפט הירדני המקומי, אך למעשה הוא חי על-פי דיני ישראל הן מבחינת משפטו האישי והן מבחינת הרשות המקומית בה הוא מתגורר. הממשל הצבאי אינו אלא שלט, דרכו פועלים החוק והממשל הישראליים.

גם כאשר אין צווים מפורשים המחילים הוראות טריטוריאליות, המציאות בשטח מבחינה בין היישובים היהודיים לבין היישובים הערביים: שירותי הדואר והטלפון ליישובים היהודיים ניתנים במתכונת הניתנת בתוך ישראל על-ידי משרד התקשורת ועל-ידי חברת הכבוק. השירותים ליישובים הערביים, לעומת זאת, ניתנים על-ידי הממשל הצבאי, באמצעות קציני המטה, במתכונת שונה לחלוטין ונחותה מהשירות הניתן ליישובים היהודיים.

מבחינה הגיונית, היה פשוט יותר אילו החיל הממשל הצבאי את כל המשפט הישראלי על המועצות המקומיות היהודיות, במקום שיטת הטלאי-על-גבי-טלאי בה נוקטת הממשלה. אך החלה טוטאלית כזו לא נראתה, כנראה, רצויה מבחינה מדינית, ומשום כך לא הלכה הממשלה בדרך זו.

עינינו הרואות, איפוא, כי בשני הנושאים החשובים הנדונים במאמר זה - כמו גם בנושאים אחרים שאינם נדונים בו - עשתה המציאות את שלה גם כאשר להלכה העיקרון המשפטי והמסגרת החוקית נותרו ללא שינוי כ-19 השנים שחלפו מאז מלחמת ששת הימים. מציאות זו על מרכיביה השונים - שלטון צבאי מתמשך, מעשי טרור ואיבה כלפי ישראל, הסירוב הערבי לדון עם ישראל על פתרון פשרה, השקפות הרוב בכנסת ובממשלה, כוחם של הגופים המתנחלים בשטחים - היא שהפכה את יהודה ושומרון ועזה מפקדון, הכפוף לדיני המשפט הבינלאומי - לייצור כלאיים משפטי, בו שוכנים זה לצד זה, שתי שיטות משפטיות שונות לחלוטין: האחת - ישראלית כמעט במלואה, השנייה - שילוב של משפט ירדני וצבאי. המוצא של השלטון הצבאי, האמור להיות להלכה זמני בלבד.