

היבטים משפטיים של תוכנית ההתנתקות של
ישראל בראי המשפט ההומניטרי הבינלאומי (IHL)

תסקיר

1 – השלכות משפטיות תכנית ההתנתקות על מעמדה של רצועת עזה ועל מחויבותה של ישראל לשלומה של האוכלוסייה הפלשתינאית

היבטים משפטיים עיקריים

ב-14 באפריל 2004 ראש הממשלה אריאל שרון הציג בפני נשיא ארצות הברית ג'ורג' וו. בוש תוכנית התנתקות שתוכננה, לדברי שרון, לשפר את בטחונה של ישראל ולייצב את מצבה הפוליטי והכלכלי.¹ לאחר שתוכנית ההתנתקות המקורית נפלה במשאל הליכוד בראשית מאי, ב-6 יוני 2004 שרון פרסם גרסה מתוקנת של תוכנית ההתנתקות (ראה נספח 1: סיכום תוכנית ההתנתקות הישראלית מתאריך 6 יוני 2004).

הרכיב העיקרי בתוכנית זו הוא נסיגה חד-צדדית מרצועת עזה ומחלקה הצפונית של הגדה המערבית, על מנת לאפשר פריסה יעילה יותר של כוחות צה"ל והקטנת החיכוך עם האוכלוסייה הפלשתינאית. התוכנית המוצעת מבוססת על ההנחה שיש סבירות קלושה שיהיו ערים וכפרים ישראלים שייותרו ברצועת עזה לאחר הסדר קבע עתידי בין ישראל ומקבילתה הפלשתינאית, וכי שטחים מסוימים בגדה המערבית ישולבו כנראה במדינת ישראל, כולל ערים, עיירות וכפרים המאוכלסים במתנחלים ישראלים, כמו גם שטחים ומתקני ביטחון, ומקומות אחרים בעלי עניין מיוחד לישראל.²

ההתנתקות המוצעת מעלה מספר שאלות משפטיות שייסקרו במאמר זה. ניתן לסכם את השאלות כדלהלן:

- מהו מעמדם המשפטי הנוכחי של השטחים (ה-³OPT) ומהן מחויבויותיה הנוכחיות של ישראל כלפי האוכלוסייה הפלשתינאית שבשטחים?
- מהן ההשלכות המשפטיות של נסיגה ישראלית מרצועת עזה לעניין מעמדו של השטח המפונה ומחויבויותיה של מדינת ישראל כלפי תושביו?
- מי קובע את סוף מצב הכיבוש מבחינה משפטית?
- מה יהיו ההשלכות המשפטיות של סוף מצב כיבוש רצועת עזה?

בעניין מעמדם המשפטי של השטחים

מעמדו המשפטי של השטח שנכבש על ידי ישראל בשנת 1967 מוסדר על ידי המשפט הבינלאומי, ודיני הכיבוש בפרט. מעמדו של השטח נובע ישירות מתחולתן של אמנות בינלאומיות שאושרו על ידי ישראל, כדוגמת אמנות ז'נבה, או דרך נורמות בינלאומיות מנהגיות כדוגמת תקנות האג.⁴

¹ See the letter of Israeli Prime Minister Ariel Sharon to President Bush dated 14 April 2004 at www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Exchange+of+letters+Sharon-Bush+14-Apr-2004.htm

² See [Revised Disengagement Plan](#) of 6 June, Point 1 Three. Op. cit. footnote 1.

³ נייר זה מתייחס לשטחי יהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים. קיימת מחלוקת באשר לאופן בו ראוי לכנות שטחים אלה. ארגון האומות המאוחדות מכנה שטחים אלה "השטחים הפלשתינאים הכבושים" – ה-³OPT (Occupied Palestinian Territory). על מנת להמנע מכל משוא פנים ייקראו שטחים אלה להלן "השטחים".

⁴ דיני הכיבוש מכילים מגוון רחב של נורמות, ובפרט סעיפים 42 עד 56 של תקנות האג, הנספחים לאמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה וסעיפים 27 עד 34 ו-47 עד 135 של אמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כמו גם הוראות ספציפיות הכלולות במסמכים

בתי המשפט בישראל הכירו חזור-והכר בכך שהמדיניות של ממשלת ישראל ופעולותיה בגדה המערבית וברצועת עזה נופלות תחת המשטר המשפטי הדין בכיבוש, ובכלל זה מחויבותיה המשפטיות המובנות של מדינת ישראל לשלומה של האוכלוסייה הפלשתינאית הכבושה. בפרט, בית המשפט העליון סבר באופן עקבי כי תקנות האג של 1907 חלות על הגדה המערבית ורצועת עזה, בהיותן ראייה לקיומו של חוק בינלאומי מנהגי החל על שטח כבוש. ואולם, בית המשפט דחה את תחולתה הכללית, דה יורה, של אמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949 על השטחים, מהטעם שמעמד השטחים שנכבשו על ידי ישראל בשנת 1967 לא היה ברור. אמנת ז'נבה הרביעית מספקת משטר מפורט של הגנה על אוכלוסייה המתגוררת תחת כיבוש ואוסרת, בפרט, העברתם של נתיני הכוח הכובש אל תוך השטח הכבוש. עם זאת, הן ממשלת ישראל והן בתי המשפט בישראל קבעו שהם יכבדו את "ההוראות ההומניטריות" של אמנת ז'נבה הרביעית, אלא שמעולם לא ניתנה כל רשימה של ההוראות הנכללות בהגדרה זו.⁵

רובן העצום של המדינות, כמו גם הוועד הבינלאומי של הצלב האדום והאומות המאוחדות, מתנגדים לעמדתה הסלקטיבית של ישראל, וטוענים כי אמנת ז'נבה הרביעית חלה על השטחים באופן מלא דה יורה. כמעט כל המומחים בעולם טוענים כי אופיים השנוי במחלוקת של השטחים שנכבשו על ידי ישראל בשנת 1967 אינו משפיע על תחולתה של אמנת ז'נבה הרביעית. חוות הדעת (*Advisory Opinion*) של בית הדין הבינלאומי לצדק מה-9 ביולי 2004 מאשרת את הדעה הרווחת, לפיה תקנות האג ואמנת ז'נבה הרביעית חלות באופן מלא על הגדה המערבית (ובהשלכה, על רצועת עזה).⁶ [לפרטים נוספים לגבי נושאים אלה, ראו תסקיר ה-HPCR לגבי

משפטיים כדוגמת הפרוטוקול הנוסף I של אמנות ז'נבה (1977) (ואמנת רומא בדבר בית הדין הפלילי הבינלאומי. דינים אלה כוללים גם מספר נורמות מנהגיות, הנובעות מן המנהג הכללי של מרב המדינות לאורך השנים. ישראל אישרה את ארבע אמנות ז'נבה אך לא את הפרוטוקולים הנספחים אליה, ולא את תקנת רומא. היא רואה את תקנות האג כברורות תחולה עקב המשפט הבינלאומי המנהגי.

⁵ לדוגמה, ראו את עמדת בית המשפט בבית סוריק (*Beit Sourik*), פסקה 23: "כן מעוגנת סמכותו של המפקד הצבאי באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית). שאלת תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית התעוררה לא פעם בפני בית המשפט העליון (ראו בג"ץ 79/390 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 13; להלן – פרשת דויקאת, בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595, 597) השאלה לא התעוררה בפנינו, שכן מוסכם על המשיבים כי ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית חלות בענייננו". בכך שממשלת ישראל מכירה רק בתחולתם של חלק מהמסמכים הבינלאומיים על השטחים ניסתה ממשלת ישראל לעקוף את הביקורת הבינלאומית לגבי עיקרי מדיניותה בשטחים, ובפרט, העברתם של אזרחים ישראלים אל תוך השטחים, או גירוש פלשתינאים אל מחוץ לשטחים, אשר שתיהן אסורות באופן פורמלי על-פי סעיף 49 של אמנת ז'נבה הרביעית. לסקירה בנושא חוקיותה של מדיניות ההתנחלות, ראו תסקיר ה-HPCR בעניין מעמדן המשפטי של התנחלויות הישראליות על פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי (*The Legal Status of Israeli Settlements under IHL*) בכתובת www.ihresearch.org/opt/feature.php?a=32. לסקירת אספקטים משפטיים של הגירוש, ראו תסקיר ה-HPCR בעניין גירוש, טרנספר כפוי ומגורים במקומות מוכתבים בשטחים (Deportation, Forcible Transfer and Assigned Residence in the Occupied Palestinian Territory) בכתובת www.ihresearch.org/opt/feature.php?a=52.

⁶ חוות הדעת (*Advisory Opinion*) של בית הדין הבינלאומי לצדק מיום 9 ביולי 2004 מסכמת את התפיסה הכללית הזו בהעירה כי אמנת ז'נבה הרביעית חלה על השטחים. בפסקה 101 קובע בית המשפט, לגבי הגדה המערבית: "...בית המשפט סבור כי אמנת ז'נבה הרביעית חלה על כל שטח כבוש במקרה של סכסוך מזוין שמתעורר בין שתיים או יותר מדינות חתומות. ישראל וירדן היו צדדים לאמנה כאשר פרץ הסכסוך המזוין בשנת 1967. בהתאם לכך מוצא בית המשפט כי האמנה חלה על שטחים פלשתינאים אשר היו ממזרח לקו הירוק לפני הסכסוך ואשר, במהלך סכסוך זה, נכבשו על ידי ישראל ואין כל צורך בחקירה בדבר המעמד המדויק של שטחים אלה לפני כן." [ציטוט זה תורגם מאנגלית, והתרגום אינו מהווה טקסט סמכותי.] ואולם, בית המשפט סבר כי לאור העובדה כי "הפעולות הצבאיות שהובילו לכיבוש הגדה המערבית בשנת 1967 הסתיימו לפני זמן רב, רק הסעיפים שבאמנת ז'נבה הרביעית הנזכרים בסעיף 6, פסקה 3, עדיין חלים על שטח כבוש זה (פסקאות 125-126 בחוות הדעת ה-*Advisory Opinion*). שיקולים דומים חלים על רצועת עזה, שהייתה תחת שליטה מצרית בשנת 1967. ראו תסקיר ה-HPCR בעניין תחולת המשפט ההומניטרי הבינלאומי על השטחים (*Review of the Applicability of*)

תחולת המשפט ההומניטרי הבינלאומי על השטחים (to the OPT) Policy Brief on the
[.(HPCR Applicability of IHL)]

מחויבויותיו של הכוח הכובש לגבי האוכלוסייה הכבושה

דיני הכיבוש משחקים תפקיד קריטי בהסדרת היחסים בין הכוח הכובש לבין האוכלוסייה הכבושה. מן הרגע שכוח פולש מקיים שליטה בשטח זה, הוא רוכש סדרת מחויבויות תחת המשפט הבינלאומי, בנוגע ליחסו לאוכלוסייה המתגוררת בשטח זה. סעיף 43 של תקנות האג מפרט את הכלל הבסיסי בעניין חובות הכוח הכובש לגבי השטח הכבוש והאנשים המתגוררים בו. סעיף זה מגדירה כי לאחר שהשלטון:

"... עבר למעשה לידי של הכוח הכובש, ינקוט [כוח] זה את כל האמצעים שברשותו כדי לשקם ולהבטיח, ככל האפשר, את הסדר והבטיחות הציבוריים. [בגרסה הקובעת, בשפה הצרפתית l'ordre et la vie publics] תוך כיבוד החוקים הקיימים במדינה, אלא במקרה שהדבר נמנע באופן מוחלט."

[ציטוט זה תורגם מאנגלית, והתרגום אינו מהווה טקסט סמכותי.]

בעוד שהמשפט ההומניטרי הבינלאומי מתיר לכוח הכובש מקום לנקוט בצעדים הנדרשים להגנה על אנשיו, הוא גם מטיל עליו מחויבויות חשובות. אמנת ז'נבה הרביעית מטילה מחויבויות רבות על הכוח הכובש שמטרתן להפחית ככל שאפשר את אי-הנוחות והסבל של האנשים בשטח הכבוש שמוגדרים כאנשים מוגנים.⁷ מחויבויות אלה כוללות הגנה על הכבוד, הזכויות המשפחתיות, אמונות ומנהגים דתיים, כמו גם אורח חיים ומנהגים (סעיף 27), החובה להבטיח אספקת מזון ואספקה רפואית לאוכלוסייה, כמו גם החזקת שירותים רפואיים (סעיפים 55 ו-56) והחובה לסייע בתפקוד מוסדות המוקדשים לטיפול בילדים וחינוכם (סעיף 50).

נורמות אלה חשובות במיוחד במקרה שהכיבוש הצבאי נמשך לאורך פרק זמן ארוך ונוצר לחץ על הכוח הכובש להקל ערך במחויבויותיו כלפי האוכלוסייה ולסטות מהחוקים החלים עליו. כמו כן, הנורמות הן בעלות חשיבות גם עבור הקהילה הבינלאומית, העשויה לתמוך במאמצים לשיפור תנאי המחיה של האוכלוסייה הכבושה, כמו גם לעודד פתרון של שלום לסכסוך. המשפט ההומניטרי הבינלאומי מותיר את נטל האחריות על הצד השולט בשטח ומספק גם מסגרת ניתוחית משותפת לקהילה הבינלאומית, כדי שתוכל לתאם יוזמות של סוכנויות בינלאומיות וממשלות תורמות למען לרווחתה של האוכלוסייה הכבושה ולתיקון הרשויות המקומיות.

ישראל ככוח כובש בגדה המערבית וברצועת עזה

ישראל כבשה את הגדה המערבית ואת רצועת עזה ביוני 1967 במהלך מלחמת ששת הימים. מאוחר יותר ישראל הקימה בשטחים מנהל אזרחי שנטל לידיה את השירותים הציבוריים לאוכלוסייה הפלשתינאית, והרחיב אותם. במהלך 27 השנים הבאות - עד להקמת הרשות הפלשתינאית ב-1994 - השירותים הציבוריים והתשתית בשטחים, החל במערכות החינוך והבריאות וכלה בפיתוח כלכלי של האוכלוסייה הפלשתינאית, נוהלו על ידי המנהל האזרחי. רוב

www.ihlresearch.org/opt/pdfs/briefing3299.pdf, (International Humanitarian Law to the Occupied Palestinian Territory), באתר

⁷ על פי סעיף 4 של אמנת ז'נבה הרביעית, אנשים המוגנים הם אנשים "אשר במועד נתון ובכל דרך אפשרית, מוצאים את עצמם במקרה של עימות או כיבוש, בידי של צד לעימות או של כוח כובש אשר הם אינם נתיניו." [ציטוט זה תורגם מאנגלית, והתרגום אינו מהווה טקסט סמכותי.]

התקציב לשירותים הציבוריים בשטחים כוסה על ידי ישראל דרך המנהל האזרחי. משנת 1994 קבלה הרשות הפלשתינאית על עצמה את רוב תחומי אחריות אלה על-פי הסכמי אוסלו. עם זאת, שאלת אחריותה המשפטית של ישראל כלפי האוכלוסייה הפלשתינאית בשטחים לא יושבה על-ידי הסכמי אוסלו. הסכמים אלה נותרו אילמים בעניין זה ודחו את הסוגיה למשא ומתן על הסכם הקבע. כתוצאה מכך, גם אם העברת הסמכויות המנהלתיות לרשות הפלשתינאית הצרה את טווח המחויבויות של ישראל ככוח הכובש, מחויבותה של ישראל כלפי האוכלוסייה הפלשתינאית לא התבטלה. [פרטים נוספים ניתן לקרוא בנייר העמדה של HPCR בנושא מחויבויותיה של ישראל תחת המשפט ההומניטרי הבינלאומי בשטחים ([Israel's Obligations](#)) (under IHL in the OPT)].

לאור יכולתה המוגבלת של הרשות הפלשתינאית המתפתחת לגייס בתחומה את הכספים הדרושים לכיסוי עלותם של שירותים אלה, תורמים בינלאומיים תמכו בנדיבות לרשות הפלשתינאית במשך יותר מעשור (סיוע בגובה של יותר ממששה מיליארד דולר מאז שנת 1994).⁸ ואולם, על אף מאמציה של הרשות ותמיכתם של התורמים הבינלאומיים, האחריות החוקית לרווחתה של האוכלוסייה הפלשתינאית נותרה בידי ישראל ותיוותר בידיה עד תום מצב הכיבוש.

התנאים המשפטיים הדרושים להבאת מצב הכיבוש לכדי סיום

על פי תוכנית ההתנתקות המתוקנת:

השלמת התוכנית תפעל לסילוק טענות בדבר אחריותה של ישראל לפלשתינאים שברצועת עזה.⁹

לדידה של ישראל, התוצאות המשפטיות הצפויות של נסיגתה מרצועת עזה ברורות – פינוי המתנחלים ויחידות צה"ל מרצועת עזה ישחרר את ישראל מכל אחריות של כוח כובש כלפי האוכלוסייה הפלשתינאית ברצועת עזה.¹⁰ מכאן שהיא מניחה שנסיגה כזו מרצועת עזה מספיקה, תחת המשפט הבינלאומי, כדי להביא לסיומו של מצב הכיבוש הישראלי ברצועת עזה. הנחה זו מתעלמת מנוכחותה הצבאית המתמשכת של ישראל באזור גבולה הדרומי של הרצועה ("ציר פילדלפי" המפריד את עזה ממצרים), כמו גם מהשליטה המתמשכת של ישראל על המרחב האווירי של עזה ועל חוף הים, המהווים יסודות של כיבוש מתמשך של הרצועה.

ישנן מספר שאלות בנוגע לקריטריונים על-פיהם הנוכחות הצבאית של ישראל כיום וזו המתוכננת ברצועת עזה וסביבה ושליטתה של ישראל על האוכלוסייה הפלשתינאית משמעותן יהיה המשך קיומן של המחויבויות הישראליות כלפי אוכלוסייה זו. באיזו מידה שינתה העברת הסמכויות המנהלתיות לידי הרשות הפלשתינאית בשנת 1994 את מעמדה המשפטי של רצועת עזה ואת היקף מחויבויותיה של ישראל? האם לאחר 1994 שליטתה של ישראל בשטחים הסתמכה רק על נוכחותן של התנחלויות ומתקנים צבאיים, או על סוגי שליטה אחרים על השטח ועל האוכלוסייה? כדי להבהיר סוגיות אלה, חלק זה יבחן את התנאים המשפטיים המגדירים את תחילתו ואת סיומו של מצב כיבוש ואת מחויבויותיה של ישראל כלפי אוכלוסיית השטחים.

⁸ See World Bank Report 27094-GZ, p. 8.

⁹ See Section 1 Paragraph 6 of the [Revised Disengagement Plan](#) of 6 June 2004.

¹⁰ מעניין לציין כי ממשלת ישראל אינה מסיקה את אותה המסקנה לגבי פינויה מתוך החלק הצפוני של הגדה המערבית, ככל שהיא עדיין תופסת את הגדה המערבית כולה כשטח כבוש, על אף פריסתה מחדש מתוך האזורים הנבחרים.

תנאים משפטיים לתחילת מצב כיבוש

כיבוש צבאי מאותת את תחילת החלתם של דיני הכיבוש. המשפט ההומניטרי הבינלאומי נוקט בגישה מעשית מאד להגדרת מצב כיבוש צבאי. לפי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, כיבוש מתייחס לשליטה בפועל של כוח זר על שטח או על אוכלוסייה. לא נדרשת הכרזה או כוונה מכל סוג שהוא מצד הכוחות הפולשים. כללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי לגבי כיבוש חלים מן הרגע שמתקיימים התנאים הבאים:

1. מתקיים עימות בינלאומי מזוין;
2. כוח צבאי זר פלש לתוך שטח אויב; וגם
3. כוח זה מפעיל שליטה בכל אופן שהוא על אוכלוסיית אותו השטח.

בראש מעייניו של המשפט ההומניטרי הבינלאומי עומדת הסדרת התנהגותם של הכוחות הכובשים כלפי האוכלוסייה האזרחית המתגוררת בשטח שבשליטתם, וזאת ללא קשר למשכן של הפעולות הצבאיות או למניע שלהן. סעיף 42 של תקנות האג משנת 1907 קובע כי:

"שטח נחשב כבוש כאשר הוא מוכפף למעשה לסמכותו של צבא עוין. מצב הכיבוש מוגדר אך-רק לגבי השטח שבו סמכות כזו התבססה וניתנת להפעלה."

[ציטוט זה תורגם מאנגלית, והתרגום אינו מהווה טקסט סמכותי.]

לשונן של תקנות האג ברורה בתחום זה. לדברי משפטן בינלאומי בעל-שם, "רק כאשר – ובמקום אשר בו – תפס הכוח הכובש שליטה שאינה ניתנת לעוררין, הופך השטח הכבוש לשטח הנתון למגבלות המשפטיות של משפט הכיבוש.¹¹ הספרות בנושא המשפט ההומניטרי הבינלאומי מתייחסת בדרך כלל למבחן זה לגבי תחילה וסיום של כיבוש במלים *effective control* (שליטה למעשה). מבחן זה אין עניינו הנוכחות הצבאית של כוחות כיבוש לכשעצמה בכל תחומי השטח אלא המידה בה הכוח הכובש, באמצעות נוכחותו הצבאית, מפעיל שליטה למעשה על השטח ומגביל את זכות ההגדרה עצמית של האוכלוסייה הכבושה.

הפסיקה הבינלאומית מסייעת בהגדרת הנסיבות שבהן מתקיימים תנאי "שליטה למעשה". סעיף 42 של תקנות האג מתאר מצבים שבהם סמכותו של כוח כובש "התבססה וניתנת להפעלה". תנאים אלה פורטו עוד במספר החלטות על ידי בתי דין בינלאומיים, כדוגמת בית הדין הצבאי של ארה"ב בנירנברג. בהחלטה בעניין החטופים (*USA vs. Wilhelm List et al.*) בית הדין נדרש לשאלה אם יוגוסלביה, יוון ונורווגיה היו שטחים כבושים במועד שבו ביצעו הנאשמים מעשי רצח, איום וטרור כנגד אזרחים. בית המשפט סבר כי שאלת הפשיעה עשויה לסוב על השאלה אם הפעולות בוצעו במהלך הפלישה או במסגרת כיבוש ממוסד. בית המשפט הסביר לאחר מכן את ההבדל:

"המונח פלישה [invasion] מרמז על פעולה צבאית, בעוד שכיבוש [occupation] מציין את הפעלתה של סמכות שלטונית המוציאה מן הפעולה את הממשלה המבוססת. הדבר מניח את הריסתה של התנגדות מאורגנת ואת ייסודו של מנהל לשמירת החוק והסדר.

¹¹ Schwarzenberger, Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: Vol. II, The Law of Armed Conflict*, London: Stevens, 1968, at p. 324. [ציטוט זה תורגם מאנגלית, והתרגום אינו מהווה טקסט סמכותי.]

במידה שבה נשמרת שליטתו של הכובש ומתבטל השלטון האזרחי, יוגדר השטח כשטח כבוש.¹²

בהמשך אותה החלטה, בית הדין קבע גם כי שטח מסוים נחשב כבוש גם אם הצבא הכובש פינה באופן חלקי חלקים מסוימים של השטח ואיבד שליטה על האוכלוסייה, כל עוד הוא יכול היה "בכל מועד" לתפוס שליטה פיזית על כל חלק מהשטח:

"למרות העובדה כי הפרטיזנים הצליחו לשלוט בחלקים ממדינות אלה במועדים מסוימים, ידוע כי הגרמנים היו יכולים לחזור לשלוט פיזית בכל חלק מהמדינה בכל עת שרצו. שליטת כוחות ההתנגדות הייתה זמנית בלבד ולא כזו שהיתה מסירה מהצבאות המזוינים של גרמניה את הגדרתם ככוח כבוש."¹³

על פי פסקי דין אלה, שליטה למעשה נתפסת כשילוב של אמצעים צבאיים ומנהלתיים:

שליטה צבאית אפקטיבית על השטח הכבוש היא בסופו של דבר שאלה צבאית עובדתית. גודלו של הכוח הכובש ופריסתו אינם בעלי משמעות לצורך ביסוס שליטה צבאית אפקטיבית.¹⁴ כלומר, כוח כבוש יכול להפעיל שליטה למעשה מבלי שיהיה נוכח בכל חלקי השטח שאותו הוא כובש.¹⁵ להגדרת מצב כיבוש מספיקה יכולתו של כובש להפעיל כוח צבאי על כל השטח הכבוש תוך הצבת כוחות רק בחלקים של השטח, ולבצע, לדוגמה, פעילות צבאית מן האוויר.

שליטה מנהלתית אפקטיבית אין משמעה שהרשויות המקומיות אינן משחקות תפקיד משמעותי בניהול השטח. תקנות האג, כמו גם החלטותיהם של בתי דין צבאיים בינלאומיים שונים, מתירות מרווח רחב לכוח הכובש לקיים מנהל תקין ולשמור על החוק והסדר בשיתוף עם רשויות מקומיות כאינדיקציה אובייקטיבית לקיומה של שליטה למעשה.¹⁶

אמנת ז'נבה הרביעית נוקטת מבחן הרבה פחות מחמיר לשאלת תחולתם של דיני הכיבוש. בעוד שתקנות האג מתייחסות למצבים שבהם "שטח מושם למעשה תחת שלטונו של צבא עוין", אמנת ז'נבה הרביעית מתמקדת באינטראקציה שבין כוחות זרים והאוכלוסייה המקומית. בפרט, היא מסדירה את כל נקודות המגע עם האוכלוסייה מרגע שאוכלוסייה זו נופלת תחת שליטתו של

¹² *USA vs. Wilhelm List et al.*, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, London: United Nations War Crimes Commission, 1949, at p. 56.

בדומה לכך, בתיק 45¹², מצא בית הדין הצבאי הקבוע של דיר'ון בהקשר של החלת סעיף 2 של תקנות האג כי "כל חלק משטח שבו משולל הכובש אמצעים לביצוע ניהול תקין עקב נוכחותם של כוחות צבאיים מנוגדים לא יהיה שטח 'כבוש' במשמעות הסעיפים 2 ו-42 של תקנות האג. העובדה שחלקים אחרים של המדינה הכבושה, ככלל, נמצאים תחת כיבוש אויב לא תשפיע על מצב זה." [ציטוט זה תורגם מאנגלית, והתרגום אינו מהווה טקסט סמכותי.]

See Trial of Carl Bauer, Ernst Schrameck, and Herbert Falten, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, *supra* note 12, at p. 15- 18.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *USA vs. Wilhelm List et al.*, *supra* note 12. See also Colby, Elbridge: "Occupation Under the Laws of War," 25 *Columbia Law Review* 904 (1925), at p. 908.

הכותב התייחס בפרט לכיבוש הפרוסי של חלקים מצרפת בשנים 1870-1871, בהם נשמר מצב הכיבוש "מתוך עצם היכולת להפעיל כוח". הוא מצטט את בורדוול, דיני המלחמה בין לוחמים (1908) (Bordwell, *Law of War*) (1908) (*Between Belligerents*) שתיאר את הכיבוש הפרוסי במונחים הבאים: אדם יכול היה לצעוד למרחק מיילים [רבים] בתוך השטח הכבוש מבלי לראות חייל פרוסי אחד.

¹⁵ עמדה זו אומצה על ידי בית המשפט העליון של ישראל בבג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון ואחרים פ"ד (לז) (3)

365, בו הכיר בית המשפט בכך שכוחות הכיבוש אינם חייבים לשלוט ממש בכל השטח והאוכלוסייה אלא רק להחזיק ביכולת לשלוט באופן פוטנציאלי בשטח ובאוכלוסייה הנדונים.

¹⁶ See Colby, *supra* note 14, at p. 908.

הצבא הפולש. על פי סעיף 6 של אמנת ז'נבה הרביעית, אף כי התחולה הכללית של האמנה על שטח כבוש נפסקת בחלוף שנה מסיומם הכולל של פעילות צבאית, סעיפים נבחרים של האמנה ממשיכים לחול לאחר מכן, במידה שבה הכוח הכובש ממשיך לקיים את פונקציות השלטון.¹⁷ בהקשר זה, פונקציות מפתח של שלטון כוללות:

- היכולת לנהל את בטחון הפנים והחוץ של השטח.
- היכולת לשלוט בגבולות הבינלאומיים של השטח ולהסדיר כניסה ויציאה של אנשים וטובין.
- היכולת להיכנס ליחסים פוליטיים, בטחוניים, כלכליים ותרבותיים עם מדינות אחרות.

תנאים משפטיים לסיומו של מצב כיבוש

התנאים לפיהם מסתיים מצב כיבוש הם במידה רבה תמונת ראי של התנאים המגדירים את תחילת תחולתם של דיני הכיבוש. המשטר החוקי של דיני הכיבוש תוכנן להמשך ללא קשר לסיום הסכסוך הבינלאומי המזוין הראשוני, כל עוד מתקיימים שני תנאים:

1. קיימת נוכחות צבאית זרה בשטח, וגם
2. נוכחות צבאית זו מפעילה מעצם טיבה סוג כלשהו של שליטה למעשה (גם אם לא בלעדית) על ענייני שלטון, ללא אישור או הזמנה מטעם הרשות הריבונית על השטח (כלומר, נוכחות זו מגבילה את הזכות להגדרה עצמית של האוכלוסייה הכבושה, וכיוצא בזה).

מכיוון שאלו תנאים מצטברים, ניתן לראות מצב כיבוש כמגיע לסופו כאשר אחד משני היסודות אינו מתקיים עוד.

במסגרת תקנות האג, השטח אינו נחשב עוד כשטח כבוש כאשר הכוח הכובש כבר אינו יכול להפעיל את סמכותו. סוף מצב הכיבוש מתרחש, בדרך-כלל, כאשר "כובש נסוג משטח או מגורש מתוכו".¹⁸ מצב כיבוש יכול להסתיים גם בהסכם שלום המסדיר את גורלו של השטח הכבוש. כמו-כן, במיוחד לאחר מלחמת העולם השנייה, מצב כיבוש יכול להסתיים כתוצאה מהפעלת זכות ההגדרה העצמית על ידי עמים. בכל מקרה, וללא קשר לאופן בו מגיע מצב הכיבוש לסופו, הקריטריונים הרלוונטיים מנקודת המבט של המשפט ההומניטרי הבינלאומי הם תמיד עובדתיים: האם יש לכוח הכובש שליטה למעשה על שטח ואוכלוסייה נתונים.

¹⁷ בסעיף 6 של אמנת ז'נבה הרביעית נאמר:

אמנה זו תחול מתחילתו של כל עימות או כיבוש הנזכרים בסעיף 2. בשטחם של צדדים לעימות תסתיים החלת אמנה זו עם סיומן הכללי של פעולות צבאיות
[...]

במקרה של שטח כבוש, החלת אמנה זו תסתיים שנה אחת לאחר הסיום הכללי של פעולות צבאיות; ואולם, הכוח הכובש יהיה מחויב, למשך הכיבוש, במידה שכוח כזה מפעיל את פונקציות השלטון בשטח כזה, [למלא את] הוראות הסעיפים הבאים באמנה זו: 1 עד 12, 27, 29 עד 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 עד 77, 143.

¹⁸ Oppenheim, *International Law: Vol. 2*, 7th edition, 1952, at p. 436, cited by Roberts, Adam: "What is a Military Occupation," 55 *British Yearbook of International Law* 249 (1985), at p. 257; Colby, Elbridge: "Occupation Under the Laws of War," 25 *Columbia Law Review* 904 (1925), at p. 910.

אספקט מרכזי בפסקי הדין של נירנברג שצוטטו לעיל הוא ההכרה בכך שפינוי צבאי של הכובש מתוך אזור שבתוך השטח הכבוש אינו מסמן בהכרח את סיום מצב הכיבוש עבור אזור מסוים זה. פינוי כזה אינו פוטר את הכובש מאחריותו לרווחת האוכלוסייה הכבושה המתגוררת באזור המפונה. נראה כי הדבר נכון במיוחד כאשר פינוי זה נועד רק להגביל את אחריותו של הכובש כלפי האוכלוסייה הכבושה ונעשה תוך שמירה על שליטתו הבטחונית על השטח המפונה באמצעים אחרים (לדוגמה, כיתור, שליטה בשטח אווירי וכיוצא באלה).

לעניין רצועת עזה, הטענה שישראל כבר לא תהיה אחראית לרווחת האוכלוסייה הפלשתינאית מעלה מספר נושאים בעייתיים. עם השלמת תוכנית ההתנתקות המתוקנת ([Revised Disengagement Plan](#)), קביעת קיומו של מצב כיבוש נראית כדלקמן:

1. נוכחות צבאית זרה

ישראל תמשיך לפרוס כוחות צבאיים על "ציר פילדלפי" הנמצא מצד עזה של הגבול בין רצועת עזה לבין מצרים, וכן לקיים שליטה צבאית על השטח האווירי והגישה הימית אל עזה. ישראל תשמור לעצמה גם את הזכות להפעיל כוח נגד פלשתינאים המתגוררים בעזה, כהגנה עצמית מונעת ותגובתית.¹⁹ המשך נוכחותם של כוחות צבאיים ישראלים ברצועת עזה, הכיתור הצבאי של הרצועה, המשך השימוש בשטח האווירי של עזה עבור פעולות צבאיות ישראליות ואיומים מכוונים בפלישה עשויים בהחלט להחשב כשליטה צבאית למעשה של ישראל על רצועת עזה (על פי פסקי הדין של נירנברג), על אף פריסתם מחדש של רוב הכוחות הישראלים מחוץ לשטח הרצועה.

2. שליטה על האוכלוסייה הכבושה

למגבלות המוטלות על הפלשתינאים המתגוררים ברצועת עזה, בכל הנוגע לגישה לגבולות הבינלאומיים של עזה ושליטה עליהם, יהיו השלכות חמורות על יכולתם של תושבי עזה לשחרר את עצמם מתלותם הכלכלית והמסחרית בישראל. יתר על כן, הפיכתה של עזה למובלעת וקיום תלותה בישראל לאספקת חשמל, חלק מאספקת המים, עסקאות כלכליות ופיננסיות, מטבע ומדיניות פיסקלית (השקל הישראלי החדש ימשיך להיות מטבע החוקי), תעסוקה מעבר לגבול, הגירה, גישה לטובין ושירותים מיובאים, ובכלל זה טיפול רפואי מומחה, גישה לסוכנויות פיתוח ולסוכנויות הומניטריות ועוד - כל אלה עשויים בהחלט להחשב לשליטה למעשה בפונקציות מפתח של שלטון.

בתנאים הנוכחיים, סביר כי עם השלמת תוכנית ההתנתקות:

- תנועות מיליטנטיות פלשתינאיות ברצועת עזה ימשיכו לקיים פעולות צבאיות נגד ישראל, וכוחות ישראליים ימשיכו לבצע פלישות צבאיות אל תוך שטחה של רצועת עזה;
- לרשות הפלשתינאית יהיו הזדמנויות ויכולת מוגבלות להשתלט על פונקציות השלטון ברצועת עזה, במיוחד בתחום הבטחון, ההגירה, המסחר והמדיניות הפיסקלית;
- לא תהיה לרשות הפלשתינאית שליטה על אף אחד מן הגבולות הבינלאומיים של רצועת עזה; וכן
- הפלשתינאים יאלצו להמשיך ולהסתמך על ישראל עבור גישה לכל הטובין והשירותים החיוניים.

¹⁹ See [Revised Disengagement Plan](#) of 6 June point 3 One 3 and 3 Two 2.

בהקשר זה, ניתן לטעון כי האלמנטים המצטברים המסמנים את תחולת דיני הכיבוש יישארו בעינם ובכך ימנעו את סיום מצב הכיבוש מנקודת מבט משפטית.

מי קובע את סיום מצב הכיבוש?

באופן עקרוני, תחילת הכיבוש וסיומו, מעצם היותם שאלות שבעובדה, אינן תלויות בהחלטה או הצהרה של סמכות חיצונית. כוח כובש אינו צריך להכריז על תחילת מצב הכיבוש, או להגדיר באופן רשמי כי שטח מסוים נחשב כשטח כבוש.²⁰ בדומה לכך, גם סיום מצב כיבוש לא מחייב קביעה פורמלית על ידי מדינה או גוף בינלאומי, כדוגמת מועצת הביטחון של האו"ם. למעשה, נמצא כי כובשים נמנעים באופן עקבי מלהכריז על שטח עוין שנמצא תחת שליטתם כשטח כבוש.

אנשים רבים משייכים משמעויות לוואי שליליות למלה "כיבוש" ומצמידים לה השלכות משפטיות – אף מעבר לתחולת דיני הכיבוש – המשפיעים על טענות לגבי השטח הרלוונטי.²¹ מוסדות בינלאומיים, ובמקרים מסוימים בית הדין הבינלאומי לצדק, נוהגים להכריז על שטח מסוים כשטח כבוש, על אף התנגדותם הגלויה של צדדים בעלי עניין בסכסוך. מליאת האו"ם ומועצת הביטחון הכריזו במקרים רבים על שטח מסוים כשטח כבוש. לדוגמה, מליאת האו"ם מתייחסת באופן עקבי לגדה המערבית ולרצועת עזה²², לנמביה²³, לצפון קפריסין²⁴ ולמערב מדבר סהרה²⁵ כשטחים כבושים. בפרט, מועצת הביטחון הכירה בגדה המערבית וברצועת עזה כשטחים כבושים בהחלטה 242 (1967), וקראה לישראל "למלא בקפדנות אחר הוראות אמנות ז'נבה והמשפט הבינלאומי החל על כיבוש צבאי" בהחלטה 271 (1969). התייחסויות אלה למשפט הכיבוש הופעלו לעיתים קרובות כטעמים לקריאה לכוח הכובש לכבד את הכללים החלים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי.

בנוגע לסיום מצב הכיבוש, מועצת הביטחון של האו"ם נוהגת בדרך כלל שלא לנקוט עמדה מוחלטת לגבי נושאים עובדתיים מסוג זה (ראו "נסיגת ישראל מדרום לבנון", תיבה 1).

²⁰ Dinstein, Yoram: "The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights," 8 *Israel Yearbook of Human Rights* 104 (1978) at p. 104; Colby, *supra* note 14, at p. 909 (בטענה כי אף שההכרזות אינן נדרשות באופן חוקי, הן עשויות להיות מועילות.)

²¹ See Roberts; *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, at p. 301.

ובדיוק כדי להתייחס לאי-רצון כזה סעיף 4 של הפרוטוקול הנוסף I נמצא נחוץ. סעיף 4 של הפרוטוקול הנוסף I משנת 1977 קובע: "החלת האמנות והחלת פרוטוקול זה, כמו גם סיכום ההסכמים המבוטאים בהם לא ישפיעו על המעמד המשפטי של הצדדים לעימות. לא כיבושו של שטח ולא החלת האמנות ופרוטוקול זה ישפיעו על המעמד המשפטי של השטח הנדון." [ציטוט זה תורגם מאנגלית, והתרגום אינו מהווה טקסט סמכותי.]

²² See, e.g., United Nations, General Assembly, Resolution ES-10/6, 9 February 1991, U.N. Doc. [A/RES/ES-10/6](#)

²³ See e.g., United Nations, General Assembly, [Resolution 2403](#), December 16th 1968

²⁴ See e.g., United Nations, General Assembly, Resolution S 33/15, November 9th, 1978, U.N. Doc. [A/RES/33/15](#)

²⁵ See e.g., United Nations, General Assembly, Resolution 34/37, November 21st, 1979, U.N. Doc. [A/RES/34/37](#)

נסיגת ישראל מדרום לבנון (יוני 2000)

בחודש מאי 2000 נסוג צה"ל מן האזור שתואר על ידי ישראל כאזור ביטחון בדרום לבנון, לאחר 22 שנים של כיבוש צבאי. מועצת הביטחון הטילה על האו"ם, ובפרט על המזכיר הכללי, לקבוע את הדרישות לנסיגה זו ולוודא את יישומן.¹ בדו"ח שהגיש המזכיר הכללי למועצת הביטחון ב-16 ביוני 2000 הוא קבע כי ישראל הסיגה את כוחותיה מלבנון בהתאם להחלטה 425 (1978).² ב-27 ביולי אימצה מועצת הביטחון החלטה חדשה, המברכת על קביעתו של המזכיר הכללי.³ במשך כל תקופה זו נמנעו מועצת הביטחון ומזכ"ל האו"ם מהשגות על מעמדו המשפטי של השטח שהיה תחת שליטה בטחונית של ישראל וצבא דרום לבנון (צד"ל). בדומה לכך, הם נמנעו מלערער על סיום מצב הכיבוש בדרום לבנון. על אף היעדרו של הסכם שלום בין ישראל ולבנון ששם קץ לסכסוך הבינלאומי המזוין, עצם העובדה שישראל הסיגה את כל כוחותיה הצבאיים משטח לבנון והעבירה את השליטה הבטחונית בצפון לבנון לידי השלטונות הלבנוניים הספיקה כדי לסיים את הכיבוש וגם את אחריותה של ישראל כלפי תושביו הלבנוניים של האזור.

במקרים המועטים בהם קבעה מועצת הביטחון את סיומו של מצב כיבוש, היא קשרה את קביעתה לשינוי ממשי ובטוח בשטח. (ראו "העברת סמכות לממשלה הריבונית של עיראק (יוני 2004)" – תיבה 2).

העברת סמכות לממשלה הריבונית של עיראק (יוני 2004)

לאחר הפלישה לעיראק על ידי קואליציה בהנהגת ארה"ב, מועצת הביטחון של האו"ם קראה לרשות הזמנית החדשה למלא את מחויבויותיה על פי תקנות האג ואמנת ז'נבה הרביעית. בפרט, היא "הכירה" בארה"ב ובבריטניה, שפעלו תחת פיקוד משותף, ככוחות הכובשים ומתוך כך כאחראיות לרווחתה של אוכלוסיית עיראק עד לביסוסה של ממשלה ריבונית. לאחר קצת יותר משנה של כיבוש אימצה מועצת הביטחון של האו"ם החלטה חדשה, התומכת בהקמת ממשלה זמנית ריבונית ומברכת על סוף מצב הכיבוש. גם כאן לא הכריזה מועצת הביטחון של האו"ם על סוף הכיבוש כשלעצמו אלא סמכה ידיה על העברת הסמכות מידי הכוח הכובש לידי הממשלה הריבונית החדשה. היא הכירה בעובדה שהכיבוש הסתיים, מבחינה משפטית, עם העברת סמכות זו. ההזמנה שבה הזמינה ממשלה ריבונית חדשה זו את הכוחות הרב-לאומיים להמשיך את נוכחותם על-פי החלטה 1511 (2003) ובנספח להחלטה 1546 היא אחת הפעולות הראשונות של ממשלה ריבונית זו בנושא מדיניותה הבטחונית.

בשני המקרים מועצת הביטחון תמכה בתוצאות המשפטיות של פעולות שהתבצעו בשטח, או אישרה אותן.

משמעויות משפטיות של סיום הכיבוש ברצועת עזה

בהנחה שישראל תמלא את הדרישות לסיום כיבוש, כדאי לבחון את המשמעויות המשפטיות של שינוי השלטון.

המשמעויות המשפטיות הפוטנציאליות של סיום כיבושה של רצועת עזה כתוצאה מהתנתקות חד-צדדית קשורות לתחולתו של המשפט ההומניטרי הבינלאומי, ובכלל זה דיני הכיבוש, על רצועת עזה. סיום מצב הכיבוש ישנה את טבען והיקפן של הזכויות והחובות של ישראל כלפי האוכלוסייה הפלשתינאית ברצועה. אם ישראל תוותר בפועל על שליטה למעשה ברצועת עזה, הרי שתהיה טענה חזקה שישראל משוחררת מחובותיה ככוח כובש כלפי האוכלוסייה הפלשתינאית ברצועת עזה. בין היתר, משמעות הדבר היא:

- ישראל לא תהיה עוד מחויבת על פי חוק להבטיח לאוכלוסייה ברצועת עזה גישה למזון, מים וצרכים רפואיים או של כל טובין או שירותים אחרים החיוניים להשרדותה של האוכלוסייה (לדוגמה, חשמל) ואף לא תידרש להבטיח ולשמור על בריאות הציבור, כפי שנדרש בסעיפים 55 ו-56 של אמנת ז'נבה הרביעית ובסעיף 69 של הפרוטוקול הנוסף I.
- ישראל לא תהיה עוד מחויבת על פי חוק לאפשר מעבר חופשי בשטחה של משלוחים הומניטריים ומשלוחי סעד המיועדים לאוכלוסיית עזה ואף לא להבטיח את ההגנה עליהם, כפי שהיא נדרשת בסעיף 59 של אמנת ז'נבה הרביעית. יהיה צורך לשאת ולתת עם ממשלת ישראל בדבר הסדרת הסדרים חדשים.

ישראל תוכל כמובן להחליט להמשיך להעניק שירותים מסוימים במחיר מלא, כפי שהיא מתכוונת לעשות על פי תוכנית ההתנתקות המתוקנת ([Revised Disengagement Plan](#)).²⁶ ואולם, היא לא תהיה מחויבת על-פי המשפט הבינלאומי להמשיך באספקת שירותים אלה מעבר למה שנדרש על פי הסדרים חוזיים. בפרט, שיקולים של בטחון המדינה עשויים לגבור על הסדרים חוזיים כאשר אספקת שירותים כאלה תהווה סכנה לבטחונה של ישראל.

ואולם, סיום הכיבוש לא ישחרר את מדינת ישראל ממחויבותיה תחת המשפט ההומניטרי הבינלאומי כלפי אזרחים מרצועת עזה הנמצאים בסגר או במעצר בשטחה, עד לשחרורם הסופי. פלשתינאים שנעצרו לפני תום הכיבוש יוותרו תחת הגנת הכללים החלים של אמנת ז'נבה הרביעית עד לשחרורם הסופי.²⁷ יתר על כן, סוף הכיבוש בעזה לא ישפיע על תחולתם הכללית של תקנות האג, אמנות ז'נבה והכללים המנהגיים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי על הגדה המערבית או על ישראל.

עם השלמת ההתנתקות תאבד ישראל את כל זכויותיו של כוח כובש לעניין נקיטת אמצעים לשמירה על בטחונה בשטח. סיום הכיבוש מביא לקדמת הבמה עקרונות כלליים של משפט בינלאומי המסדירים את השימוש בכוח (*jus ad bellum*) בשטח זה. משמעות הדבר היא שהאיסור הכלול באמנת האומות המאוחדות על השימוש בכוח (סעיף 2(4)) לצד הזכות להגנה עצמית במקרה של התקפה מזוינת (סעיף 51 של אמנת האו"ם) יהפכו לסטנדרטים המשפטיים הרלוונטיים להערכת חוקיותן של פעולות ישראל ברצועת עזה. משמעות הדבר היא שבניגוד לטענותיה המפורשות של ישראל בתוכנית ההתנתקות המתוקנת ([Revised Disengagement Plan](#)), לא תהיה לה הצדקה חוקית להסתמך על משפט ההגנה העצמית בעת ניהול פעולות צבאיות מונעות ברצועת עזה.²⁸

²⁶ See [Revised Disengagement Plan](#) at point 8.

²⁷ See [Article 6 \(3\)](#) of the Fourth Geneva Convention of 1949.

²⁸ נראה כי הניסוח המודרני של הגנה עצמית כדוקטרינה משפטית נעשה בהקשר של תיק קרוליין (*Caroline*) המפורסם, שהיה כרוך בהתקפה והריסה על ידי כוחות בריטיים בקנדה של ספינה אמריקאית בתוך שטח ארה"ב, במהלך המרד הקנדי של 1837. ההצדקה הבריטית להתקפה כללה את כל היסודות של מה שכונה מאוחר יותר הגנה עצמית מוטרמת או מניעתית. בנושא תיק זה ראו *Jennings, Robert Y.: "The Caroline and Mcleod Cases," 32 American Journal of International Law 82 (1938)*. בנושא הגנה עצמית בכלל ראו *Brownlie, Ian: "The Use of Force in Self-Defense," 37 British Yearbook of International Law 183 (1964)*. ייתכן שהגנה עצמית מוטרמת היתה מקובלת כמנהג של מדינות לפני מגילת האו"ם, ישנן ראיות לכך שתחת מגילה זו קיימת תמיכה מועטת לחוקיותה של הגנה עצמית מוטרמת כמנהג של מדינה. לסקירה של מנהג של מדינות תחת מגילת האו"ם ראו: *Combacau, Jean: "The Exception of Self-Defence in U.N. Practice," in: Antonio Cassese (ed.) The Current Legal Regulation of the Use of Force, Dordrecht: Nijhoff, Walker, George K.: "Anticipatory Self-Defense in the Charter Era: What the Treaties Have Said," 31 CORNELL International Law Journal 321 (1998), footnote 1 at p. 322.* לנושא שנידון בלהט על ידי משפטנים בינלאומיים לאחר התקפות ה-11 בספטמבר והמלחמה בעיראק. ראו: "Self-

II – משמעויות משפטיות של תוכניתה של ישראל לסלק או להרוס מתקנים אזרחיים וצבאיים ברצועת עזה

על פי תוכנית ההתנתקות המתוקנת ([Revised Disengagement Plan](#)) מתכננת ממשלת ישראל לפרק וסלק את כל המתקנים הצבאיים מרצועת עזה ואף לסלק או להרוס מבני מגורים ומבנים רגישים, כדוגמת בתי כנסת. תשתיות אחרות, כדוגמת מתקנים תעשייתיים, מסחריים וחקלאיים, יועברו לידי צד ג' בינלאומי לשימוש לטובת האוכלוסייה הפלשתינאית, בעוד שתשתית בסיסית שנבנתה על ידי ישראל (הנוגעת למים, חשמל, ביוב ותקשורת) תשאר במקומה.

מעמדם של מתקנים צבאיים ואזרחיים ישראלים ברצועת עזה מעלה שני נושאים משפטיים עיקריים:

1. מהו המשטר המשפטי החל לגבי מתקנים אלה? האם אי-החוקיות של ההתנחלויות מציב מתקנים אלה מחוץ לתחום המשפט?
2. האם הריסה או סילוק של מתקנים אלה לפני הנסיגה אסורים?

המשטר המשפטי החל לגבי מתקנים ישראלים ברצועת עזה

כפי שתואר לעיל, המדיניות והפעולות של ממשלת ישראל ברצועת עזה נתונים לדיני הכיבוש. דיני הכיבוש ממשיכים לחול על כל פעולותיה של ישראל ועל כל המתקנים ברצועה עד סוף הכיבוש. הפעולות שישראל מתכננת באזור זה יבוצעו לפני הנסיגה הצבאית ומשום כך הן נתונות לדיני הכיבוש.

סילוק מתקנים צבאיים ישראלים

סילוקם של מתקנים צבאיים מהווה חלק בלתי-נפרד מהפריסה-מחדש של צה"ל. פריסה חד-צדדית מחדש במצבים של פעולות איבה מהווה פעולה צבאית. סילוק והריסה של נכסים מסוג זה מותרת במפורש בסעיף 53 של אמנת ז'נבה הרביעית, כאשר הרס כזה הופך "נחוץ בהחלט עקב פעולות צבאיות".

סילוק תשתית-ציבורית שהותקנה על ידי ישראל

במשך יותר משלושה עשורים של כיבוש, ישראל - ככוח כובש - , הקימה (או תרמה להקמתם) של רשת נרחבת של כבישים ורשתות לאספקת מים, ביוב, וחשמל, כמו גם מתקני ניהול מים ומבני ציבור כדוגמת בתי חולים ובתי ספר. כמה ממתקנים אלה נבנו על ידי גופים פלשתינאים ציבוריים או פרטיים מקבילים, לפי חוזים שהממשל האזרחי הישראלי העניק, לטובת האוכלוסייה הפלשתינאית.

מתקנים אלה הם חלק מרכוש הציבור ברצועת עזה, מכיוון שהם נבנו כדי למלא את חובתו של הכוח הכובש לקיים שירותים ציבוריים, לפי סעיף 64(2) של אמנת ז'נבה הרביעית. משפט הכיבוש אוסר על סילוק או הסרה של רכוש ציבורי אלא במקרה שהריסה כזו "הופכת לכורח

Defense in an Age of Terrorism," 97 *American Society of International Law Proceedings* 141 (2003); "Agora: Future Implications of the Iraq Conflict," 97 *American Journal of International Law* 553-642 (2003).

מוחלט עקב פעולות צבאיות" (סעיף 53 של אמנת ז'נבה הרביעית). אי אפשר לראות בהריסת תשתית ציבורית "כורח מוחלט" לצורך פריסה מחדש של הכוחות הצבאיים הישראליים. לפיכך, פעולה זו אסורה. תוכנית ההתנתקות המתוקנת ([Revised Disengagement Plan](#)) קובעת נכונה שתשתית ציבורית מסוג זה לא צריכה להיות מושפעת על ידי הפריסה-מחדש של הכוחות הישראליים.

סילוק או הריסה של יישובים אזרחיים ישראלים

מתעוררת השאלה באיזו מידה ישראל יכולה לסלק או להרוס יישובים אזרחיים ישראלים הממוקמים ברצועת עזה. האם יש לראות בבניינים אלה תשתית ציבורית או תוספות שישראל הוסיפה ושנועדו לשרת את ענייניה במהלך הכיבוש?

נראה שרוב הקרקע שעליה נבנו התנחלויות בעזה נחשבת לקרקע ציבורית, ככל שמבנה הבעלות על הקרקעות ברצועה (ובגדה המערבית) לא היה ברור במועד תחילת הכיבוש.²⁹ הזכויות והחובות של הכוח הכובש לגבי רכוש ציבורי מוגדרות בסעיף 55 של תקנות האג. הן קובעות כי הכוח הכובש ייחשב "רק כמנהל ובעל זכות ההנאה מהשימוש... עליו לשמר את הקרן של נכסים אלה ולנהל אותם בהתאם לכללי הנאת שימוש (usufruct)" [ציטוט זה תורגם מאנגלית, והתרגום אינו מהווה טקסט סמכותי]. – כלומר, הכוח הכובש יכול לנהל אדמות ציבור, אך אינו רוכש את הבעלות עליהן. בפרט, הכוח הכובש יכול להשתמש באדמה ציבורית או ברווחים ממנה לא רק לטובת האוכלוסייה המקומית אלא גם, בדומה להיטלים, כדי לכסות את עלות התחזוקה של הכיבוש הצבאי. (ראו סעיף 49 של תקנות האג.)

ניתן לטעון כי בניית מתקנים אזרחיים על אדמה ציבורית לצורך מגורי מתנחלים אינה כלולה באף אחד משני השימושים החוקיים האפשריים באדמה ציבורית, מכיוון ששימוש כזה באדמות ציבוריות אינו מביא כל תועלת לכוחות הכיבוש ואף לא לאוכלוסיות הכבושות. בהתאם לכך, על ישראל, מתוקף היותה הכוח הכובש, להביא את השימוש שהיא עושה באדמות הציבוריות לקיום הסטנדרטים הקבועים בסעיף 55 של תקנות האג. משום כך עומדות בפני ישראל שתי אפשרויות. ראשית, היא יכולה להעמיד את הבניינים של ההתנחלויות המפונות לטובת האוכלוסיות הפלשתינאיות של רצועת עזה. לחלופין, ישראל יכולה להביא את השימוש שהיא

²⁹ קיימים שני מבחנים קשורים זה בזה לקביעה אם אדמה היא ציבורית או פרטית: הראשון קשור למעמד הבעלים, ציבורי או פרטי; השני קשור ל-"הכוונת הציבורית של השימוש וזיקת השימוש בנכס". ראו Feilchenfeld, See Ernst H.: The International Economic Law of Belligerent Occupation, Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1942, at p. 52. בהקשר של רצועת עזה, שיטת החזקת האדמות לא הייתה ברורה בעת תחילת הכיבוש הישראלי. חוק הקרקעות העותומני ולאחר מכן, עבור הגדה המערבית ולפי המשפט הירדני, אדמות מירי הן אדמות אשר הבעלות הרשמית והאולטימטיבית עליהן ("Raqaba") הייתה של המדינה, כאשר זכויות ההחזקה והשימוש נותרו בידיהם של בעלי קרקעות יחידים. המנדט הבריטי על פלשתינה החל תהליך ליישוב חקירות בעלות וחקירות לגבי זכויות משפטיות על האדמה. על פי הרשומות ההיסטוריות, עד סוף המנדט הצליחו הבריטים ליישב באופן סופי רק 20% משטח פלשתינה המנדטורית, שרובם בשטח שהפך מאוחר יותר למדינת ישראל. בשנת 1967 עדיין הוגדרו רוב שטחי עזה (והגדה המערבית) כשטחי מירי. ראו Raja Shehadeh, "The Land Law of Palestine: An Analysis of the Definition of State Lands," 11 *Journal of Palestine Studies* 82 (1982) [hereinafter "The Land Law of Palestine"]; Alexandre (Sandy) Kedar, "The Legal Transformation of Ethnic Geography: Israeli Law and the Palestinian Landholder 1948-1967," 33 *N.Y.U. Journal of International Law and Politics* 923 (2000-2001), at pp. 932-939. אדמות מירי הן ציבוריות, ככל שהן עונות על מבחן הבעלות שהוזכר לעיל. מצד שני, בהינתן שההחזקה וזכויות השימוש באדמה היו של בעלים פרטיים, ייתכן שאדמות מירי אינן עוברות את מבחן "הכיוון הציבורי של השימוש וזיקת השימוש". ובכל זאת, תחת המשפט הבינלאומי, כאשר יש ספק – נכס ייחשב ציבורי. מצד שני, יש הטוענים כי אדמות מירי אינן אדמות ציבוריות, מכיוון שהן אינן עוברות את מבחן "הכיוון הציבורי של השימוש וזיקת השימוש", כלומר הן אינן משמשות לצרכים ציבוריים. ראו "The Land Law of Palestine".

עושה באדמות הציבוריות של רצועת עזה לכדי עמידה בתנאי סעיף 55 של תקנות האג על ידי סילוק הבניינים והחזרת האדמה למצבה, כפי שהיה לפני הכיבוש.

III – ההשלכות המשפטיות של תוכנית ההתנתקות הישראלית על תפקידן ופעילותן של הסוכנויות הבינלאומיות באזור

תוכנית ההתנתקות המתוקנת צופה במידה רבה שיתוף פעולה הדוק של סוכנויות בינלאומיות ביישום התוכנית. בפרט, היא קובעת, בסעיף 9:

"מדינת ישראל מכירה בחשיבות הרבה של המשך פעילותם של הארגונים ההומניטריים הבינלאומיים ושל גופים אחרים העוסקים בפיתוח אזרחי ובסיוע לאוכלוסייה הפלשתינאית.

מדינת ישראל תתאם עם ארגונים אלה הסדרים שיאפשרו את המשך פעילותם."

על פי סעיף 7 ממשלת ישראל מקווה כי הסוכנויות הבינלאומיות ישמשו כמחזיקות של רכוש ציבורי המועבר בחזרה לפלשתינאים. סעיף זה קובע כי:

"מדינת ישראל תשאף להעביר מתקנים אחרים, ובכלל זה מתקנים תעשייתיים, מסחריים וחקלאיים, לידי צד ג' בינלאומי, שיכניסם לשימוש לטובת האוכלוסייה הפלשתינאית שאינה עוסקת בטרור.

אזור התעשייה ארז יועבר לאחריותו של גוף פלשתינאי או בינלאומי מוסכם."

נושאים אלה הם בעלי חשיבות קריטית, משום שהמשמעויות המשפטיות של פעילויות או חובות אלה עשויות להימשך שנים רבות לאחר יישום תוכנית ההתנתקות וליצור חביות משפטיות פוטנציאליות כנגד ארגונים אלה.

נושאי המפתח הם כדלהלן:

- האם תוכנית ההתנתקות המתוקנת משפיעה על מעמדן המשפטי של סוכנויות בינלאומיות ברצועת עזה?
- האם יש בסיס חוקי לפיו יכולה סוכנות בינלאומית לקבל רכוש מידי כוח כובש?

המעמד המשפטי של סוכנויות בינלאומיות ברצועת עזה

מעמדן המשפטי של הסוכנויות הבינלאומיות הפועלות ברצועת עזה מוגדר על ידי מעמדן תחת המשפט הבינלאומי או לפי המנדט שקיבלו מטעם המליאה הכללית של האומות המאוחדות או גופים אחרים של האומות המאוחדות. מנדטים אלה זוכים להסכמת הכוח הכובש באמצעות הסכמים ומזכרי הבנה שונים, המפרטים את אמצעי הפעולה ליישומם.³⁰

³⁰ ראו, לדוגמה, את המנדט של UNRWA בהחלטת המליאה הכללית של האומות המאוחדות (IV) 302 מה-8 בדצמבר 1949 והסכם קומיי-מישלמור משנת 1967, הקובע את חובותיה של ישראל בעניין פעילויות UNRWA בשטחים.

המשפט ההומניטרי הבינלאומי מגדיר תפקידים מסויימים עבור סוכנויות בינלאומיות בשטחים כבושים, ובמיוחד עבור הוועד הבינלאומי של הצלב האדום (ה-ICRC) וסוכנויות הומניטריות אחרות, "למטרת הבטחת תנאי המחיה של האוכלוסייה האזרחית באמצעות שמירה על השירותים הציבוריים החיוניים, הפצת סעד וארגון מבצעי הצלה."³¹ אף כי הכוח הכובש מחזיק עדיין באחריות האולטימטיבית לרווחת האוכלוסייה, עליו להסכים לתוכניות סעד כאשר האוכלוסייה לא מקבלת אספקה הולמת. (ראו סעיפים 59 ו-60 של אמנת ז'נבה הרביעית.)

נראה כי רמתם והיקפם של הסיוע הבינלאומי לשטחים חרגו מעבר לצפוי באמנת ז'נבה הרביעית, לאור עשרות שנים של כיבוש ומימון הקמת הרשות הפלשתינאית תחת הסכמי אוסלו על ידי תורמים בינלאומיים. ואולם, התפקיד והמנדט של הארגונים הבינלאומיים עדיין מתנהלים במסגרת דיני הכיבוש, במיוחד בעניין חובתם ארגונים אלה לשמור על גישה נטולת פניות (כלומר, ללא אפליה) כלפי צרכים הומניטריים ברצועת עזה וחובת הכוח הכובש לסייע לגישה של הסוכנויות הבינלאומיות לשטח הכבוש ולאוכלוסייה הכבושה.

עם השלמת הנסיגה הישראלית מעזה, צפוי שהלחץ על הסוכנויות הבינלאומיות לספק את צרכי האוכלוסייה יגדל, מכיוון שאז הן עשויות להיות למעשה הארגונים היחידים ברחבי הגדה המערבית ועזה שיוכלו להציע את השירותים האלה. בהתחשב באופייה החד-צדדי של ההתנתקות, ייתכן שהסוכנויות הבינלאומיות יקראו גם לשחק את תפקיד המתווך בין ישראל והרשויות הפלשתינאיות המנהלות את עזה.

בהתאם למעמדו של השטח לאחר הנסיגה (ראו פרק I בנייר זה), ייתכן שסוכנויות בינלאומיות יאלצו לבחור בחירה קשה בהיבט מעורבותן ברצועת עזה. אפשר להבין את תפקידן לפי שני תרחישים:

1. אם המצב ברצועת עזה עדיין יהווה כיבוש

בהעדר קביעה של מועצת הביטחון של האו"ם או של גוף סמכותי בינלאומי אחר בדבר סיום מצב הכיבוש ברצועת עזה, סביר להניח כי המצב בעזה ייוותר מצב של כיבוש. במצב כזה, המנדט והתפקיד של סוכנויות בינלאומיות ישארו ללא שינוי. החובה לשמור על גישה נטולת פניות לאוכלוסייה עדיין תעמוד בעינה, כמו גם חובתו של הכוח הכובש לאפשר גישה לתכניות סעד אלה. ואולם, ניתן לטעון כי בהעדר הכרזות ברורות מצד הקהילייה הבינלאומית לגבי המשך הכיבוש, דרך הפעולה של הסוכנויות הבינלאומיות מול ממשלת ישראל עלולה להישחק תחת לחץ פוליטי על ישראל לזנוח את חובותיה כלפי האוכלוסייה הפלשתינאית. ממשלת ישראל תוכיח כי זה מצב הדברים אם תבחר להתנות את המשך הגישה של סוכנויות בינלאומיות לעזה בקביעת תקנות בטחון מוגברות.

2. אם המצב ברצועת עזה כבר לא יהווה כיבוש

אם, לעומת זאת, יתגבש קונסנזוס בינלאומי המכיר בסיום מצב הכיבוש ברצועת עזה, יהיה לסוכנויות הבינלאומיות מנדט להתערב ברצועת עזה רק במידה שהרשות הפלשתינאית וגם ממשלת ישראל יסכימו לכך. במצב שאינו מוגדר ככיבוש, אין במשפט ההומניטרי הבינלאומי כל זכות גישה לסוכנויות הומניטריות בינלאומיות. כפי שהוזכר בפרק I, ממשלת ישראל עלולה אפילו לשקול הצבת סנקציות והגבלות אחרות על רצועת עזה במטרה לאלץ את השלטונות הפלשתינאיים לשמור על הבטחון בגבול הרצועה. בסופו של דבר עלולה ממשלת ישראל להטיל

³¹ See Article 63(3) of the Fourth Geneva Convention. והתרגום אינו מהווה טקסט סמכותי.]

חרם מלא (או מצור, תחת המשפט ההומניטרי הבינלאומי) – כולל ניתוק אספקת המים, מזון וחשמל – כדרך לאלץ את כניעתם של לוחמים פלשתינאים.³² במקרה כזה יהיו הסוכנויות הבינלאומיות במצב קשה מאוד, משום שהן לא יוכלו לספק את צרכיה של האוכלוסייה יהיו עלולות להראות כבעלות העדפה לאחד הצדדים כאשר הקהילייה הבינלאומית מכירה בסיומו של מצב הכיבוש.

הבסיס החוקי שעל-פיו יכולה סוכנות בינלאומית לקבל רכוש מן הכוח הכובש

כאשר יש לסוכנויות הבינלאומיות מנדט תחת המשפט ההומניטרי הבינלאומי לספק את צרכיה של האוכלוסייה שבשטח כבוש, בדרך כלל אין להן מנדט להחזיק ברכוש ציבורי או פרטי מעבר למידה הדרושה למילוי תפקידן הפיתוחי או ההומניטרי. הן לא יכולות, לדוגמה, להחזיק בבעלות בפרוייקטים לדיור או בתשתית תעשייתית ללא ביצוע הסדרים משפטיים מתאימים עם הרשויות הציבוריות המקומיות. בנוסף לכך, נדל"ן או נכסי מטלטלין הנמצאים בידי סוכנויות בינלאומיות נותר כפוף לדין החל המקומי, אלא במקרה שנערכו הסדרים מיוחדים עם הרשויות המקומיות או עם הכוח הכובש (לדוגמה, לגבי חסינות מתשלום מסי נדל"ן). רק הכוח הכובש יכול להפקיע רכוש ולהחזיק בו בניגוד לחוקי המקום, וזאת בכפוף למגבלות שהוגדרו על ידי המשפט הבינלאומי (ראו סעיף 52 של תקנות האג וסעיף 64(2) של אמנת ז'נבה הרביעית). ברגע שהרכוש יוצא מידי של הכוח הכובש הוא חוזר לשליטתן של הרשויות המקומיות וכפוף לחוקים מקומיים ולבתי המשפט המקומיים. לסוכנויות בינלאומיות אין כרגע כל זכות יתרה בקבלת רכוש ובהחזקתו בניגוד לרצון של רשויות ציבוריות (במקרה של אדמה ציבורית) או של אנשים פרטיים (במקרה של רכוש פרטי שהוחרם על ידי הכוח הכובש).

החזקת רכוש בניגוד לחוקי המקום מציבה את הסוכנויות הבינלאומיות במצב שבו הן אחראיות לכל נזק שנגרם במהלך ההחזקה. ובפרט, אם הרכוש ניזוק, אובד או הופך בלתי-שמיש (לדוגמה, על ידי התפרעויות) במהלך תקופה זו, הסוכנות הבינלאומית שקיבלה את הרכוש מהכוח הכובש עלולה להיאלץ לפצות את הבעלים החוקיים על נזקים שנגרמו.

IV – הערות מסכמות

לסיכום, סיום מצב הכיבוש הוא קביעה משפטית המבוססת על עובדות. זוהי קביעה החייבת להיעשות על ידי כל המדינות החתומות על אמנת ז'נבה הרביעית. עמדתם של צדדים מסוימים אינה יכולה כשלעצמה לשחרר את הכוח הכובש ממחויבויותיו כלפי האוכלוסייה הכבושה. מועצת הביטחון של האו"ם מהווה נקודת יחוס. ואולם, מועצת הביטחון של האו"ם בדרך כלל נוטה להמנע מנקיטת עמדה בקביעת סופו של מצב כיבוש. עם זאת, מועצת הביטחון הכירה בעובדות בשטח כאשר ניתן היה לטעון שהן שמו קץ לכיבוש. אחד מגורמי המפתח עבור מועצת הביטחון בבואה להכיר בסיומו של כיבוש היה העברת הסמכות מהכוח הכובש לידי ממשלה ריבונית (לדוגמה, ממשלת לבנון בדרום לבנון, או הממשלה הזמנית בעיראק). על אף המשמעות הצבאית של נסיגת ישראל מרצועת עזה, השליטה המוגבלת של הרשות הפלשתינאית בפונקציות מפתח של ממשל, וכן העדר שליטתה על הגבולות הבינלאומיים ושטחי הים והאוויר שלה והמשך שליטתה של ישראל בהיבטים חיוניים של בטחון ורווחה ברצועת עזה – כל אלה

³² אתה מדבר על הינתקות, אמרנו, אבל עזה תמשיך להיות תלויה בישראל לאספקת חשמל, מים ועוד. "ישראל לא תפסיק את אספקת החשמל והמים", אמר שרון. "אנחנו לא רוצים להכניס אותם למצב של כאוס. אלא אם כן ייווצר מצב של טרור קשה – אז אינני שולל צעדים כאלה." [ראיון עם שרון] ידיעות אחרונות, 5 באפריל, 2004.

עלולים להיות מכשולים של ממש בפני הכרה על ידי מועצת הביטחון בסוף מצב הכיבוש, הכרה שתשחרר את ישראל ממחויבויותיה כלפי האוכלוסייה הפלשתינאית של רצועת עזה.

כדי להביא את מצב הכיבוש של רצועת עזה לכדי סיום מוצלח, ניתן לטעון כי ישראל תהיה חייבת, לכל הפחות, להסיג את כל חייליה ומתקניה מרצועת עזה, ובפרט מ"ציר פילדלפי", ולהעביר את מלוא השליטה הריבונית של הגבול בין רצועת עזה ומצרים לידי הרשות הפלשתינאית. סביר להניח כי כל הסדר שאינו כולל נסיגה והעברת ריבונות אלה ייכשל בהבאת מצב הכיבוש ברצועת עזה לכדי סיום.

אין ספק כי סוכנויות בינלאומיות נכנסות כעת לתקופה קשה, מבחינת פעילותן ברצועת עזה לאחר הנסיגה הישראלית המוצעת. על הקהילה הבינלאומית לתמוך במאמצייהן לשמור על מסגרת משפטית קוהרנטית בפעולותיהן למען האוכלוסייה הפלשתינאית. מסגרת כזו צריכה להיות בעלת יכולת מוכחת לארגן מאמצי סעד ופיתוח ולהגדיר תחומי אחריות ברורים לישראל, לרשות הפלשתינאית ולסוכנויות הנוגעות בדבר. עליה להציע לכל הצדדים המעורבים בדבר אפשרויות בנות-ביצוע לשימור שירותים ציבוריים חיוניים עבור אוכלוסיית עזה. בנוסף, על המסגרת למנוע פוליטיזציה נוספת של שירותים אלה ולהבטיח גישה לאוכלוסייה הנצרכת. בהעדר מסגרת משפטית המוסכמת על כל הצדדים, על דיני הכיבוש להמשיך להיות בתוקף, עד שממשלה ריבונית תצליח לבסס חוק וסדר ברצועת עזה.

לבסוף, על הסוכנויות הבינלאומיות לשקול את תפקידן בקבלת נכסים בכל דרך שהיא מהכוח הכובש, מכיוון שאין להן כרגע כל זכות מיוחדת תחת המשפט הבינלאומי או המקומי בנוגע להחזקת רכוש ברצועת עזה והן עלולות לצבור חבויות משמעותיות עבור השנים הבאות, בבתי משפט מקומיים ובארצותיהם, במיוחד אם הן לא יוכלו לשמור ולשמר את ערכם של נכסים אלה בעת החזקתם.