



כ"ט בחשוון תשע"ז

29.11.16

לכבוד היו"ר ח"כ סלומינסקי וחברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת,

אני שמח לשתף אתכם בגרסה המורחבת של חוות הדעת המשפטית שנתתי בשימוע של וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על חוק ההסדרה, שהתקיים ב-22.11.16. אשמח לענות או להגיב על כל שאלה נוספת הקשורה לנושאים אלו, או להרחיב על כל אחת מהנקודות שהעליתי. זוהי גרסה בעברית של מסמך זה באנגלית ששלחתי מוקדם יותר היום.

פרופסור יוג'ין קונטורוביץ

ekontorovich@kohelet.org.il

סקירה כללית.

1. המסגרת השלטת של החוק הבינלאומי – אין בסיס לטענה לפיה דיני הכיבוש של אמנות האג וג'נבה מחייבים מבחינה משפטית את השלטון הישראלי ביו"ש.
2. גם כאשר חלים דיני הכיבוש הנ"ל, אין הדבר אוסר על השימוש בהפקעה – כלומר, תוך מתן פיצויים. דיני הכיבוש אוסרים החרמה – שהיא נטילה ללא מתן פיצויים.
3. אין דין המונע הטבות לאזרחי ישראל המתגוררים ביו"ש, אשר ניתן להגדירם כחלק מהאוכלוסייה המקומית.
4. הסרת הצעת החוק לא תמנע את הצעדים שינקוט בית הדין הפלילי הבינלאומי הפועל בהאג (להלן: "ICC"). ההיפך הוא הנכון. אימוץ העיקרון שישראל הינה מדינה כובשת תקל על פעילותו, ותקל על התובע להפוך למטרה כל בנייה, הריסה או עבודת תשתיות במזרח ירושלים או יהודה ושומרון.

חוקיות משפטית במסגרת החוק הבינלאומי

א. החלת דיני הכיבוש הבינלאומי

אלו הנוקטים בדעה כי הצעת החוק נוגדת חוק בינלאומי רואים לנגד עיניהם את ההגבלות החלות על כוחות כובשים באמנה הרביעית של ז'נבה משנת 1949 ובאמנת האג משנת 1907. ממשלת ישראל מאז ומתמיד שללה מהיסוד את העמדה כי אמנת ז'נבה חלה על יהודה ושומרון. אם ישראל תקבל דעה זו, תיווצר בעיה לא רק עבור הצעת החוק הנוכחית, אלא עבור כל נוכחות יהודית באזורים אלו. אמנת האג קיבלה פחות התייחסות (כיוון שהיא לא דנה בהתנחלויות) והיא כנראה מהווה את הבסיס להתנגדות המשפטית שהועלתה על ידי יועצים משפטיים כנגד ההצעה. אך בדומה לאמנת ז'נבה, אין סיבה לחשוב שאמנת האג חלה על יהודה ושומרון.

ראשית, ישראל תובעת ריבונות על שטחים אלו, בהתבסס על מנדט חבר הלאומים.¹ ההוראות הנוגעות לכיבוש באמנת האג חלות רק על "שטח המדינה העוינת", ויהודה ושומרון לא היו בגדר שטחי ירדן בשנת 1967, ובוודאי שלא נחשבים כשטחים שלה מאז הסכם השלום בשנת 1994. חשוב לציין שההחלטה היחידה של טריבונל בין-לאומי שהתייחסה לשאלה של תחולת אמנת האג בשטחים שהריבונות לגביהם נתונה בספק, קבעה שאמנת האג לא חלה על כיבוש שטח אשר המדינה הקודמת שהחזיקה בו הייתה רק בעלת מעין-שליטה או שליטה חלקית עליו.² למען הסר ספק, נראה כי בית המשפט העליון בישראל ורשויות צבאיות, יחד עם רוב אנשי האקדמיה, הניחו שאמנת האג חלה. אך בג"ץ לא קבע כך כקביעה משפטית באופן רשמי אלא רק הסתמך על ההנחה כי זה המצב, כלומר התחולה היא דה-פקטו ולא דה-יורה. אף שנראה כי מדובר בהנחה שהתקבעה לאורך זמן, אין לה ביסוס משפטי ברור ומדינת ישראל צריכה להיזהר מלהסכים לה.

ב. חוקיות פיצויי הפקעת רכוש, בניגוד להחרמה

נניח, לטובת הדיון, שדיני הכיבוש חלים. כעת יש לבחון אם יש בכך למנוע מהכוחות הכובשים לעשות שימוש בהפקעת רכוש. סעיף 46 מתוך אמנת האג קובע כי "אין להחרים רכוש פרטי." רוב היועצים המשפטיים שפנו לוועדה הצביעו על כך שסעיף 46 של אמנות האג אוסר באופן כמעט גורף על פעולות

¹ Avi Bell & Eugene Kontorovich, *Palestine, Uti Possidetis Juris and the Borders of Israel*, 58 ARIZONA LAW REVIEW 633-92 (2016)

² *Cession of Vessels and Tugs for Navigation of the Danube Arbitration*, Allied Powers v. Austria, Bulgaria, Germany & Hungary, (1921), I Rep. Int'l Arb. Awards 8, 05.

הנוגעות לרכוש פרטי, אשר אינן בגדר הכרח צבאי. עמדה זו אינה מייצגת כלל משפטי מוסכם, כי אם דעה אחת הקיימת במסגרת דיון ארוך שנים. במילים פשוטות, האיסור על "החרמת" רכוש אינו מתייחס לאיסור הפקעה, כלומר, לקיחת דבר מה בתמורה לפיצויים ראויים. נראה כי משמעות המילה "החרמה" היא לקיחה ללא מתן פיצויים. מאמר שפורסם לאחרונה על חוק הכיבוש מבחין באופן ברור בין שאלת ה"הפקעה" עם פיצויים, לבין סעיף 46, שדן ב"החרמה". המאמר מבהיר כי "מומחים רבים טוענים כי הפקעה... אינה אסורה."³ בהמשך, המאמר מצטט את ג'ורג' שורזנברגר, סמכות מוכרת בתחום המשפט הבין-לאומי מהתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה, שטען כי חוק הכיבוש אינו חל על הפקעה רגילה שנעשית למטרות פיתוח. במילים אחרות, הסעיפים באמנת האג פשוט אינם מתייחסים לנושא זה.

מספר דוגמאות למטרות שבגינן מותר לבצע הפקעה מסוג זה כוללות "רפורמת אדמה" שמתייחסת לבעלות על אדמות שהתבססה על השיטה הפיאודלית.⁴ נסיבות הקניין הקיימות בשומרון, שנוצרו עקב מתן היתרים בלתי חוקיים לשבטים ולמשפחות על ידי המונרכיה הירדנית הכובשת, וודאי מתאימות לכאן. יש לציין כי ישנן גם גורמים הסבורים שהפקעה הינה אסורה, אך נכון לעכשיו מחלוקת זו טרם נתיישרה. משמעות הדבר היא שאין איסור, בהסתמך על הכלל הבסיסי של החוק הבינלאומי שפעולה מורשית בתנאי שלא התגבשה נורמה ברורה האוסרת עליה.⁵

למעשה, מדריכים משפטיים צבאיים מובילים, כגון המדריך הנודע לחוקי המלחמה של ארה"ב, מניחים כי ניתן ליטול רכוש פרטי כל עוד משולמים פיצויים, ואין הדבר נחשב בגדר "החרמה", אלא "נטילה".⁶ נכון לומר שבעלי רכוש שקיבלו פיצויים אינם יכולים לטעון לפגיעה כלשהי. כפי שהממשל הצרפתי ציין בפנייתו לבית המשפט הבינלאומי לצדק במקרה של גדר ההפרדה, "החוק הבינלאומי... מחייב פיצויים שלמעשה מפצים על כלל הפגיעה שנחווה על ידי בעלי הרכוש המדובר."

חשוב לציין שהשאלה הנוגעת להפקעת רכוש – הכוללת העברת בעלות – תצוץ רק במקרים של כיבוש ממושך. בכיבוש קצר-הטווח האופייני שעמד לעיני כותבי האמנות בהאג ובז'נבה, לא היה

³ YUTAKA ARAI, THE LAW OF OCCUPATION: CONTINUITY AND CHANGE OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, AND ITS INTERACTION WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW pg. 235 (Brill 2009).

⁴ Id. at 236. See also the major U.S. Supreme Court eminent domain case, Hawaii Housing Authority v. Midkiff (allowing use of eminent domain for land reform to transfer properties acquired by private owners in a feudal manner to different private owners).

⁵ The Lotus Case (France v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7).

⁶ DEPARTMENT OF DEFENSE LAW OF WAR MANUAL, Art. 11.18.4.2 (2015).

לכובש צורך או אינטרס להעביר בעלות על האדמה, כיוון שהדבר תמיד נוגע למדיניות ארוכת טווח.

אלו הטוענים כי החוק הבינלאומי אוסר על פעולה כזו אינם מצליחים להביא דוגמא לפעילות מדינית שנהוגה מחוץ לישראל, שתבסס את טענתם. למען הסר ספק, תשלום פיצויים על ידי הכוחות הכובשים הוא קרוב לוודאי נדיר, כיוון שכובשים, הכובשים לאורך זמן, נוטים לרוב פשוט לקחת את מה שהם רוצים מבלי שנושא הפיצויים יהווה גורם מפריע. אך במספר מקרים בולטים, כובשים לטווח ארוך פעלו באמצעות הפקעות עבורם שילמו פיצויים, ונראה כי הקהילה הבינלאומית הביעה את הסכמתה, ובוודאי לא הכריזה על מהלך זה כבלתי חוקי. דוגמאות לכך כוללות את הכיבוש התורכי בצפון קפריסין, בה תוכנית פיצויים נועדה לתת היתר לתושבים תורכים להמשיך להשתמש ברכוש יווני. תוכנית זו אושרה על ידי בית המשפט האירופאי לזכויות אדם. בדומה לכך, הכיבוש הרוסי בקרים נוטל רכוש פרטי כנגד מתן פיצויים (לרוב בתצורת אדמה אחרת), גם בפרויקטים מאד שנויים במחלוקת כגון גשר קרץ,⁷ אשר יש בהם בכדי להעמיק את הכיבוש ולאפשר העברת אוכלוסייה.

אף שהקהילה הבינלאומית גינתה והגדירה היבטים רבים של הכיבוש הרוסי בקרים כבלתי חוקיים,⁸ היא לא עשתה כך בכל הנוגע להפקעת שטחים. ליתר דיוק, דו"ח התובע של ה-ICC על עברות שיתכן ורוסיה ביצעה בקרים, כלל אינו מתייחס לכך.⁹ העובדה שהיבטים רבים מהכיבוש הרוסי בקרים זכו לביקורת נוקבת, אך הייתה התעלמות מנקודה זו, מצביעה על כך שהיא אינה נתפסת כבלתי חוקית.

ג. תועלת לאוכלוסייה המקומית

⁷ Amendments from March 24, 2016 to Law of Republic of Crimea № 38-3PK from 31 July, 2014, Amended Art. 9.3, available at <http://crimea.gov.ru/textdoc/ru/7/project/833.pdf>. The associated press release explained the law was designed to facilitate the Kerch Bridge project, which itself is designed to benefit Russian settlers. See Ministry of Property and Land Affairs of Republic of Crimea, *Crimea has developed a draft law regulating the procedure seizure of land for state and municipal needs*, March 3, 2016, available at <http://mzem.rk.gov.ru/rus/index.htm/news/331600.htm>. See also news report at <http://kerch.fm/2016/08/17/dachniki-iz-pod-kerchenskogo-mosta-nedovolny-usloviyami-izyatiya-dach.html> (Russian).

⁸ See Jack Stubbs and Yeganeh Torbati, *U.S. imposes sanctions on 'Putin's bridge' to Crimea*, Reuters, Sept. 1, 2016, available at <http://www.reuters.com/article/us-ukraine-crisis-russia-usa-sanctions-idUSKCN1175E0>.

⁹ See ICC Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities (Nov. 2016), pars. 72-76.

על כן, גם אם אמנת האג חלה, היא איננה אוסרת לבצע את ההפקעה לצרכים אזרחיים המותרת על פי החוקים הרגילים החלים בשטח הכבוש. חוק הפקעת הקרקעות הירדני והישראלי מתיר לקיחת רכוש בתמורה לפיצויים כאשר הדבר נעשה לתועלת הציבור. למונח "תועלת הציבור" יכולות להיות שתי משמעויות: הראשונה, במסגרת חוק ההפקעות, והשנייה מתייחסת לזכויות הכובש. הראשונה בוודאי לא מוגבלת לתועלת שפלסטינאים בלבד יזכו לה. כחלק מתפיסות אנגלו-אמריקאיות מקובלות של תועלת הציבור, מניעת הרס בתים שנבנו בתום לב תהיה בחזקת תועלת לציבור. כך גם שימת קץ למצב שבו נכסים כבולים בתביעות משפטיות שמונעות את המשך פיתוחם.¹⁰ נכון לעכשיו זהו המצב, כאשר טבען של תביעות אדמה של פלסטינאים הן כאלה שאפילו אם ייהרסו בתים ישראלים, אין הכרח שפלסטינאים יוכלו להשתמש באדמה.

כמו כן, דיני הכיבוש אינם מגבילים את המושג של "תועלת הציבור" לדברים שיועילו אך ורק למי שאינו ישראלי. לצד אמירות ברורות גם בבג"ץ הישראלי כי אוכלוסיית המתיישבים הישראלית נחשבת 'אוכלוסייה מקומית' לצורך זה, ישנה גם תפיסה כי המושג "תועלת הציבור" לא יכול לכלול תועלת עבור הציבור הישראלי, אלא אך ורק עבור "האוכלוסייה המוגנת". זו טעות משפטית (שהשתרבה לעיתים גם לאמרות אגב של בית המשפט העליון), שכן באופן וודאי מושג זה יכול היה לנבוע אך ורק מאמנת ז'נבה, שמבדיל בין "האוכלוסייה המוגנת" – אלה שכבר מצויים בשטח בזמן הכיבוש – וכל השאר. אך מדינת ישראל אינה מכירה בתחולתה של אמנת ז'נבה על שטחי יהודה ושומרון. במידה שישראל תכיר בתקפות הטענות המסתמכות על אמנת ז'נבה בהקשר של הפקעת שטחים, היא גם תחליש את טענתה בנוגע לחוקיותם של יישובים יהודים, המצויים לכתחילה באותו האזור.

אפילו תחת אמנת ז'נבה, יש סיבה טובה להאמין שניתן להתייחס לתושבי ההתנחלויות כיום, או לפחות לרבים מהם, כחלק מהאוכלוסייה המקומית שכוחות הכיבוש יחפצו, באופן לגיטימי, להועיל להם. בהסתכלות נקודתית, הנוהג הבינלאומי תומך בדעה שילדי מתנחלים – דהיינו, אלו שלא עברו מדעת עצמם לשטחים הכבושים – זכאים ליחס שונה משאר המתנחלים עצמם, וניתן להחשיבם כחלק מהאוכלוסייה המקומית. לדוגמא, בית המשפט האירופאי לזכויות אדם הציע שבחלוף הזמן מאז הפלישה התורכית לצפון קפריסין בשנת 1975, ניתן להתייחס למתנחלים תורכים כחלק מהאוכלוסייה המקומית, עבורם ניתן ליישם פיצויי הפקעת רכוש. ב-

¹⁰ The leading decisions are the U.S. Supreme Court's rulings in *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005); *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229 (1984).

Demupolous v Turkey (ECtHr 2010), בית המשפט כתב את הדברים הבאים בהתייחסו לקפריסין:¹¹

חלפו דורות. האוכלוסייה המקומית לא קפאה על שמריה. תורכים קפריסאים שהתיישבו בצפון היגרו למקומות אחרים; פליטים תורכים קפריסאים מהדרום התיישבו בצפון; תורכים מתנחלים מתורכיה הגיעו בכמויות גדולות ורכוש יווני קפריסאי רב עבר בעלות לפחות פעם אחת, בין אם במכירה, תרומה או ירושה... הקימו את בתיהם.

בית המשפט הוסיף כי "חלוף הזמן והמשך התפתחות המחלוקת הפוליטית הרחבה יותר" והאינטרסים של המתנחלים היוו שיקולים לגיטימיים עבור רשויות הכיבוש לשקול לאמץ תוכנית למתן פיצויים עבור כל בעל רכוש פרטי שאדמתו נלקחה.¹²

באופן דומה, מועצת זכויות האדם של האו"ם מבדילה בין "מתנחלים תורכים" בצפון קפריסין לבין ילדיהם, אשר אינם נחשבים חלק מאוכלוסיית המתנחלים.¹³ יתרה מכך, כחלק מיישוב סכסוכים בינלאומיים, במספר מקרי כיבוש, מעניקים לצאצאי מתנחלים זכויות פוליטיות זהות לאלו של האוכלוסייה המקומית, והם בעלי זכות הצבעה בשאלות הנוגעות לעתיד השטח הכבוש.¹⁴

בהתחשב בממוצע הגילים הנמוך המצוי בקרב האוכלוסייה הישראלית ביהודה ושומרון, ובכך שרוב הגידול באוכלוסייה נוצר עקב לידות ולא עקב הגירה, סביר להניח שחלק ניכר מן האוכלוסייה ביישובים יוכר כ"מקומי" תחת נוהג בינלאומי זה, גם בהנחה כי אמנות ז'נבה חלות.

השלכות דיפלומטיות בינלאומיות

ישראל אינה חברה בבית המשפט הפלילי הבינלאומי (ICC). בעוד התובע המשפטי של בית המשפט הכיר באופן זמני ב"מדינת פלסטין" כחברה, ההחלטה נטולת ביסוס חוקי, וישראל (ובעלות בריתה, כגון ארה"ב ובריטניה) אינן מכירות בתקפותה. אפילו אם פלסטין הייתה מדינה,

¹¹ Par. 85 (emphasis added).

¹² Id., at Par.116.

¹³ *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the question of human rights in Cyprus*, A/HRC/28/20, Par. 31 (Jan. 23, 2015). See also, *U.K. Parliament Foreign Affairs Committee Report*, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmfaaff/196/19604.htm>, par. 41, which argues that the children of settlers "should not be treated as a separate category" from the local population.

¹⁴ See Eugene Kontorovich, *Unsettled: A Global Study of Settlements in Occupied Territories*, Northwestern Public Law Research Paper No. 16-20 (2016), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2835908.

אין סיבה לחשוב שאיזור C נכלל בתחום שיפוטה,¹⁵ ובוודאי שישראל אינה צריכה לעודד נקודת מבט זו.

הדבר המסוכן ביותר בדיון סביב הצעת חוק זו היא השמעת הדעה הסוברת כי החוק עלול להיכלל בתחום השיפוט של ה-ICC. אם ישראל תנהג כאילו יש ל-ICC סמכות משפטית, היא בהכרח תעודד את ה-ICC לנהוג כמי שיש לה סמכות כזאת. כלומר, הדעות שביטאו היועצים המשפטיים הישראליים עשויות להצטייר על ידי ה-ICC כמעין הודאה שבפועל יש ל-ICC סמכות שיפוטית על התנהלות ישראלית ביהודה ושומרון. דבר זה יכול בהחלט לעודד פעילות של ה-ICC, כיוון שבמקום להידרש להוכיח מעמד מדיני פלסטיני, גבולות פלסטיניים, ואת החלת חוק הכיבוש, הוא יוכל פשוט לומר שעובדי ציבור ישראלים כבר הודו בכך. משום כך על ישראל לקרוא תיגר על תחום השיפוט של ה-ICC בכל הזדמנות, וצריכה להיזהר מאד לא לנקוט באף פעולה או אמירה שעשויה להשתמע כהסכמה לכך. וודאי שסיכויי התובע של ה-ICC להצליח בחקירות שהוא מבצע כנגד מדינות, שבפועל מקבלות על עצמן את הלגיטימיות שלו, גדולים מאשר חקירות המתנהלות כנגד מדינות שאינן מקבלות אותו ומסרבות בשום פנים ואופן לשתף עימו פעולה.

לכן, במידה שהכנסת תעיד על תמיכתה בעמדת יועצים משפטיים ישראלים, שבפועל כבר דנו בעצמם את ישראל בהאג, סביר להניח שהדבר יעודד נקיטת פעולה מטעם התובע של ה-ICC.

התובעת של ה-ICC מחזיקה בדעות חסרות כל ביסוס משפטי בנוגע לישראל, כגון הדעה שישראל כובשת את עזה. העובדה שהתובעת של ה-ICC סוברת כך ושהיא עשויה לנקוט פעולות בהסתמך על דעה זו, לא מהווה סיבה לכך שישראל צריכה לקבל אותה. למען הסר ספק, התובעת של ה-ICC קרוב לוודאי תראה בחוק ההסדרה פעולה בעייתית. אך היא אינה בעייתית יותר מאשר כל בנייה אחרת מעבר לקו הירוק. בראייתה של התובעת של ה-ICC, בניית דירות בשכונת גילה היא גם בלתי חוקית; אספקת תשתיות ליישובים קיימים היא גם בלתי חוקית; הרס בתים פלסטינים שנבנו ללא היתרים היא בלתי חוקית.¹⁶ אם הכנסת תסגל את פעולותיה לדעה בה ה-ICC ככל הנראה ינקוט בה, עליה להפסיק כל עבודת בנייה, תשתיות ועוד.

¹⁵ Eugene Kontorovich, *Israel/Palestine – The ICC’s Uncharted “Territory,”* 11 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 979-99 (2013)

¹⁶ See ICC Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examinations* (2016), at par. 130 (emphasis added):

Alleged settlement activities: The Israeli government has allegedly led and directly participated in the planning, construction, development, consolidation and/or encouragement of settlements on

לא ניתן להבחין בין חוק זה, כאשר מדובר בהשלכותיו בקרב ה-ICC, לבין כל פעילות ישראלית אחרת שמתבצעת ביהודה ושומרון, וגיבוי החוק כמוהו גיבוי כל אותן פעולות. יתירה מזו, ניתן לטעון כי חוק ההסדרה פחות חמור מאשר בנייה בהתנחלויות, כיוון שכאן מדובר בתשלום פיצויים, בעוד פלסטינים אינם מקבלים פיצויים על הסבל וה"עוול" שנגרם להם כתוצאה ממגורים לצד שכנים ישראלים.

לסיכום, בעוד שסביר כי הצעות חוק אלו יועלו במסגרת מאמצים משפטיים עוינים כנגד ישראל, נטישת הצעת החוק לא תמנע מאמצים אלו, ועשויה אף לעודד אותם. יחד עם זאת, במידה שהכנסת תדחה את הצעות החוק האלה בהסתמך על איומי ה-ICC, היא מסתכנת במתן לגיטימציה בינלאומית רחבה יותר לתיאוריות משפטיות שה-ICC ואחרים עושים בהם שימוש כנגד ישראל. הטענה הקלה ביותר שה-ICC יכול לטעון כנגד ישראל היא טענה שישראל עצמה מודה בעקרונות היסוד שלה.

West Bank territory. This settlement activity is allegedly created and maintained through the implementation of a set of policies, laws, and physical measures. Such activities are alleged to include the **planning and authorisation of settlement expansions or new construction at existing settlements**, including the regularisation of constructions built without the required authorisation from Israeli authorities (so-called outposts); the confiscation and appropriation of land; **demolitions of Palestinian property and eviction of residents**; **discriminatory use of basic infrastructure and resources**, such as water, soil, grazing lands, and market; imposition of other forms of access and movement restrictions upon Palestinians; and a scheme of subsidies and incentives to encourage migration to the settlements and to boost their economic development.