

החלת חוקי העתיקות הישראלים ביו"ש – מזכר משפטי

פרופ' יוגין קונטורוביץ' ועו"ד אברהם שלי"ו

א. תחולת דיני הכיבוש על השלטון הישראלי ביו"ש – רקע כללי

ראשית יש לדון בשאלה האם חלים ביהודה ושומרון דיני הכיבוש של המשפט הבין-לאומי, ואם כן – באיזה אופן.

מדינת ישראל מעולם לא הצהירה כי תנהג ביהודה ושומרון כבשטחים כבושים במשמעות המונח בדיני העימות המזויין שבמשפט הבין-לאומי. אדרבה, מדינת ישראל הצהירה חזר והצהר כי אין מדובר באזור הנתון תחת כיבוש.

עמדתה הרשמית של ישראל הוצגה על ידי מאיר שמגר, אשר שימש פרקליט צבאי ראשי בשנת 1967 ולאחר מכן היועץ המשפטי לממשלה. עמדתו הוצגה תחילה בעברית ב-1967, ואחר כך באנגלית במאמר שפורסם ב-1971. עמדתו של שמגר לעניין תחולתה של אמנת ז'נבה הרביעית היא כי השלטון הישראלי ביו"ש הוא *sui generis*, מקרה מיוחד. האזורים הללו (וגם רצועת עזה) היו חלק מן המנדט הבריטי על ארץ ישראל ונכבשו על ידי ירדן ומצרים בפעולת תוקפנות בלתי חוקית. שמגר מבחין בין ההיבטים באמנת ז'נבה הרביעית שנועדו להגן על זכויות הריבון הקודם לחזור ולשלוט בשטח – זכויות שבענייננו אינן קיימות, לבין הסעיפים ההומניטאריים באמנת ז'נבה הרביעית שישראל תנהג למעשה לפיהם.

ממשלת ישראל, כאמור, מעולם לא הצהירה כי השטח הוא שטח כבוש. לאחרונה, ביום 19.7.24, הצהיר ראש הממשלה "העם היהודי אינו כובש בארצו, לרבות ירושלים בירתנו ושטחי יהודה ושומרון". יתירה מכך, מדינת ישראל נקטה פעולות שלא רשאית היתה לבצע אילו סברה מדובר בשטח כבוש – החלת החוק הישראלי בירושלים ובניית בתים למאות אלפי אזרחים החיים בשטח.

מדינת ישראל החילה באופן התנדבותי את ההוראות ההומניטאריות שבדיני הכיבוש. הדבר אכן מעורר בלבול באשר לעמדתה של ישראל, אולם לאמיתו של דבר הוא מבהיר אותה היטב: אילו מדובר היה בשטח כבוש, לא היה מקום לא להחלה התנדבותית של הדין הרלוונטי ולא להחלה חלקית. ואכן, בית המשפט העליון טרח להזכיר מעת לעת, כי לעמדתה של הממשלה מדובר בהחלה וולונטארית בלבד של הסעיפים ההומניטאריים.¹

החתימה על הסכם שלום עם ירדן בשנת 1994 סיימה ללא עוררין את מצב הלוחמה. בכך הסתיימה כל אפשרות לטענה בדבר תחולת דיני הכיבוש שבדיני העימות המזויין, גם לדעת אלו שטענו שהם חלו. בהתאם לכך, ארצות הברית הכירה בחוקיות ההתיישבות היהודית ביו"ש.² ארצות הברית אף העבירה את שגרירותה

¹ ראה לאחרונה: בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד ואחרים נ' הכנסת ואחרים, ניתן ב-9 ביוני 2020 (חוק ההסדרה), פס' 2
² Pompeo, Michael. "Secretary Pompeo Comments on Israeli Civilian Settlement Activity." *U.S. Embassy in Israel*, 18 Nov. 2019, <https://il.usembassy.gov/secretary-pompeo-comments-on-israeli-civilian-settlement-activity/>

מתל אביב לירושלים, לאזור שעבר לידי ישראל בשנת 1967. ארצות הברית אף מסמנת מוצרים ישראלים מיו"ש כ"מיוצרים בישראל", בניגוד לגישה האירופאית. באופן כללי, לאחר שבמשך שנים רבות עמדתה של ישראל ביחס למעמד שליטתה ביהודה ושומרון היתה עמדה יחידה, כיום היא זוכה במידת-מה לגושפנקה בינלאומית, כגון באישור מלא של זכויותיה הריבוניות של ישראל ביו"ש בחוות דעת מיעוט בבית הדין לצדק של האו"ם (כמובן, לדעת הרוב בפסק הדין האמור אין השלכה על הדין הישראלי).³

אימוץ העמדה המחילה באופן מלא על מדינת ישראל את דיני הכיבוש הזו לתוך מערכת המשפט הישראלית על ידי פקידים ישראלים כעת, בחלוף כמעט 60 שנה, הוא צעד בלתי סביר ויוצא דופן.

ב. האם החלת חוק העתיקות סותר את התחייבותה הוולונטרית של ישראל לפעול בהתאם להוראות ההומניטאריות שבדיני הכיבוש?

הוראות "הומניטריות" הן כאלה המגינות על בני אדם, מה שמכונה באמנת ז'נבה הרביעית "אנשים מוגנים". חוק העתיקות מסדיר את הטיפול באובייקטים בעלי חשיבות היסטורית. כשדובר על אימוץ ההוראות ההומניטאריות, ודאי שאיש לא העלה בדעתו ששינוי משטר ההגנה על העתיקות הוא בעל אופי "הומניטארי". לפיכך ההתחייבות הישראלית ליישם את ההוראות ההומניטריות שבדיני הכיבוש איננה מונעת את החלת חוק העתיקות ביהודה ושומרון.

שנית, גם לו היינו מקבלים את העמדה שההתחייבות שישראל נטלה על עצמה מונעת את שינוי חוקי הטיפול בעתיקות, הרי שהתחייבויות וולונטריות הן בנות שינוי. זאת במיוחד כשמדובר בשלטון מתמשך על פני למעלה מיובל שנים. אמנת ז'נבה הרביעית לא נועדה לטפל בשלטון מתמשך כגון זה. החלת הכללים מרצון בשנת 1967 התבססה במידה רבה על ציפייה להסדר דיפלומטי מהיר שיקבע את מעמדם של שטחי יהודה ושומרון. משהסדר כזה בושש לבא, אין לראות את המחוייבות שישראל נטלה על עצמה ככזו שאינה ניתנת לשינוי. נזכיר לעניין זה את שינויי הנסיבות – מוועידת חרטום להסכם אוסלו, משם להסכם השלום עם ירדן ולמדיניות החדשה של ארצות הברית, ומשם לאירועי ה-7 באוקטובר 2023.

שלישית, יש לזכור שישראל החילה במהלך השנים מגוון חוקים אזרחיים על השטח. לצד חוקים רבים החלים על האזרחים הישראלים שבשטח, הוחלו גם כמה חוקים שאינם "פרסונאליים". הדוגמה האחרונה והבולטת היא חוק ההתנתקות והפיצויים לנפגעים, תשס"ה-2005. החוק עצמו כולל הוראות רבות ומפורטות הנוגעות לטריטוריה (פינוי נכסים, זכויות במקרקעין, הגבלת כניסה ושהייה בשטחים מסויימים). לאחרונה תוקן החוק ובוטלו איסורי כניסה ושהייה באזורים מסויימים. הטענה כי הכנסת מנועה מלחוקק חוקים שאינם פרסונאליים שיחולו בשטחי יהודה ושומרון לא יכולה לעמוד; הכנסת עושה זאת כאשר היא מוצאת לנכון.

³ **International Court of Justice. Dissenting Opinion of Vice-President Sebutinde.** 19 July 2024, Document No. 186-20240719-ADV-01-02-EN, Case No. 186, *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem.*

ראוי לציין כי להבחנה בין חוקים "פרסונאליים" ל"טריטוריאליים" בהקשר זה אין בסיס מוכר במשפט הבינלאומי. הבחנה זו היא הצדקה בדיעבד שלא הופיעה בעת חקיקת החוקים הרלוונטים.

ישראל החילה עם הזמן מגוון חוקים אזרחיים על השטח, החל מחוקי מס, חוקי גיוס, חוקי בחירות ועד לתקנות רחבות יותר העוסקות בכניסה ויציאה מהשטח.⁴ ישראל בחרה שלא להחיל את כל חוקיה האזרחיים, אך גם הראתה שביכולתה לעשות זאת כאשר היא רואה בכך צורך. ישנו מרכיב משותף ברור בחוקים אלה: ההכרח. ללא החלת חוקי מס וגיוס אזרחיים, לדוגמה, השטח היה הופך למקלט למשתמטים מגיוס ולמעלימי מס, מה שהיה מוביל לאנרכיה. אמנם, ניתן היה לקדם צעדים כאלה באמצעות צו צבאי, אך הכנסת חשה שזה לא יהיה מספק.

באשר להכרח לשנות את הדין החל בשטח, הניסיון מלמד כי תחום הארכיאולוגיה אכן מהווה צורך דחוף. הפגיעה הנעשית כיום באוצרות מורשת והיסטוריה ייחודיים, של העם היהודי ושל האנושות כולה, מחייבת נקיטת פעולות מתאימות. הוכח כי הממשל הצבאי והחוק הישן אינו מספק אמצעים שדי בהם כדי להתמודד עם האתגר. זכותה של הכנסת לבחור את האמצעים המתאימים לתיקון המעוות.

לבסוף, במבט על, יש לזכור כי תכליתם של דיני הכיבוש היא שמירה על הסטאטוס קוו בשטח. ישראל כאמור לא נקטה בעמדה זו כלפי יהודה ושומרון, ושינתה את המצב העובדתי. אולם התכלית היא שמירה המצב מבחינה עובדתית, והנורמות המשפטיות רק אמורות לשרת את המטרה הזו. אם תחת סמכותה של מדינת ישראל תושמד ותיבזז מורשת האנושות שלא תסולא בפז, רק בגלל שישראל חששה לשנות את הסטאטוס-קוו המשפטי ולא החילה את אמצעי ההגנה המצויים בידיה על העתיקות ביו"ש – נמצאנו מסכלים את מטרת דיני הכיבוש.

⁴ ראה: השופט (בדימ') משה דרורי "חקיקת הכנסת ותחולתה באזור יהודה ושומרון" **רשות הרבים** (30.4.2026).