
חוקיות ההתנחלויות ביש"ע

לורד לינדזי, אשר חי במאה ה-19 התבטא באופן דומה באמרו כי:

**"...גדולות אפשרויותיה של אדמת ארץ ישראל... ואם אך
ישוּבו אליה בניה המוגלים... שוב תפרח בכל המובנים ותהיה
ככל אשר היתה בימי שלמה המלך..."¹**

הגיאוגרף אדם סמית' שחי באותה התקופה אמר גם הוא דברים ברוח
דומה:

**"...אין בארץ ישראל שום תרבות ילידית שתוכל לתפוס את
מקומם של התורכים חוץ מזו של היהודים שנתנו לארץ ישראל
כל דבר של ערך שהיה בה אי פעם בשביל העולם..."²**

יש לציין עוד, כי עד בואה של "הצהרת בלפור" (1917) לאור העולם, לא
היה זכר היסטורי או משפטי לקיומו של עם פלסטיני או לקיומן של זכויות
משפטיות כלשהן על ארץ ישראל מלבד זכויותיו של העם היהודי, כאמור.
נראה, כי הצהרת בלפור היא זו שהולידה טיעון ערבי נגדי בדבר "זכויות
לגיטימיות" על ארץ ישראל, וזאת כתשובת נגד להכרתה של ההצהרה הנ"ל
בזכויותיו של העם היהודי. מסקנה זו נתמכת בדבריו של זוהייר מוחסיין,
חבר הועד הפועל של אש"ף:

**"רק למען מטרות טקטיות אנחנו מקפידים להדגיש את זהותינו
הפלסטינית, כי האינטרס הלאומי של הערבים מחייב לעודד
זהות פלסטינית נפרדת כדי להעמיד אותה מול הציונות...
מדינה פלסטינית היא מכשיר חדש במלחמה נגד ישראל"³**

חוקיות ההתנחלויות ביש"ע

עובדה מפתיעה היא, כי אדם שחי באחת מארצות אירופה לפני כ-90 שנה,
וחפץ היה ללמוד מעט על ארץ ישראל, היא ארץ הקודש, אם היה מחפש
מינוח מדויק – היה מוצא באנציקלופדיה בריטניקה את ההגדרה הבאה:

**"פלסטיין... שנתבעה בברית הישנה כמורשת העברים לפני
גלותם... נהר הירדן... מסמן את הקו שבין פלסטיין המערבית
למזרחית..."⁴**

קורא בן תקופתנו ודאי יתמה: מדוע מחברי האנציקלופדיה המכובדת
לא הקדישו אף לא מילה אחת לערבים תושבי ארץ ישראל? והיכן העם
הפלסטינאי?

אך עוד קודם שנביע תמיהה זו ראוי שנדע כי תמיהה ראוי שתשמע לא רק
על אינציקלופדיה בריטניקה דאז, אלא אף על רשימה גדולה ומרשימה של
ציטוטים בעלי תוכן דומה.

נפוליאון בונאפרטה, שליטה של צרפת ראה ביהודים שליטיה החוקיים של
ארץ ישראל. כפועל יוצא מתפיסתו זו הוא יצא בקריאה נרגשת ליהודים
בתקופתו:

**"קומו בני ישראל! קומו הגולים! מהרו! זה הרגע שאולי לא
ישוב משך עוד אלפי שנים... לתבוע לכם קיום פוליטי כאומה
בין האומות... בפרהסיה ולעולם ועד!"⁵**

ב1. A.W.C. Lindsay Crawford: Letters on Egypt, Edom & the Holy Land (London 1847), Vol. ii, p.71

ג1. Herbert Sidebotham: England and Palestine (London 1918), p. 174

ו1. כתבה בעיתון "טרוב", הולנד 31.3.77

ז1. ועידת רבת עמון, נובמבר 1987. בעקבות דברים אלו איים יאסר עראפאת לעזוב את הועידה.

א1. אינציקלופדיה בריטניקה 1910-1911, ערך פלסטיין.

א1. מנשר שפרסם נפוליאון, ברברה טוכמן, "התנ"ך והחרב", 1987, עמ' 147

גם המלך חוסיין המנוח נקט בגישה דומה בויכוח פומבי שהתנהל בינו לבין הנשיא אסד בועידת רבת עמון ב-1987, באמרו את הדברים הבאים:

"הופעת האישיות הלאומית הפלסטינית באה כמענה לתביעת ישראל כי פלסטיין היא יהודית, אולם לאמיתו של דבר אין להרשות סטייה מהמסגרת הלאומית הערבית"¹

בהמשך הדברים, נשתדל להרחיב בנושא זה וננסה להבין את הבטיו השונים.

בעת החדשה, בעקבות חדושי הטכנולוגיה והתקצרותם של המרחקים והזמנים – זכה העולם בכינוי "כפר גלובלי קטן". כינוי זה משקף את טשטוש הגבולות המדיניים והמשפטיים שהיו מוסכמים עד עתה. כהמשך טבעי למגמה זו – פורח ומתפתח מעמדו של המשפט הבין לאומי הפומבי כשיטת משפט בעלת תוקף החלה בסכסוכים בינלאומיים. פעולות של לוחמה, כיבוש, שבי ותפיסת שטחי אויב – אינן נבחנות עוד לאורן של שיטות המשפט המקומיות של המדינות המערביות, אלא לאורו של המשפט הבינ"ל, כאמור. שיטת משפט זו נסמכת על מקורות נורמטיביים שונים ומגוונים. המקור העיקרי היו אמנות בינ"ל שנחתמו ואושרו על ידי המדינות המעונינות בקיומן של אמנות אלו. עירובו של המשפט הבינ"ל בסכסוכים בין מדינות ועמים לא פסח גם על הסכסוך הישראלי – פלסטינאי. הצהרותיהם של גורמים שונים¹ בדבר אי חוקיותן של ההתנחלויות ביהודה שומרון, חבל עזה וירושלים אינן מכוונות לדין הישראלי, כמובן, אלא

1. ישנן התבטאויות רבות שכאלה המגיעות מקשת רחבה של דוברים, למשל: "כל ההתנחלויות שבונה ישראל הן בלתי חוקיות", פארוק א-שרע, שר החוץ הסורי (כתוארו אז) עתון "הארץ" 31.12.99
 "...אתם מדברים על הרחבת התנחלויות... אבל בעינינו כולן בלתי חוקיות", אבו מאזן (מחמוד אל עבאס), עתון מעריב 24.5.01
 "ההתנחלויות הן בלתי חוקיות ומהוות מכשול לשלום...", קופי ענאן, מזכ"ל האו"ם, 21.10.00

"ההתנחלויות, שהוקמו כדי להפריע לשלום, הן בלתי חוקיות מבחינת המשפט הבינלאומי...", פרופ' מיכאל הר סגור, שיעור בהיסטוריה, מתוך אתר האינטרנט www.israchannel.co.il
 "הקמת ההתנחלויות עומדת בניגוד למשפט הבינלאומי, ולפיכך הן בלתי חוקיות... והדרישה לפנות את ההתנחלויות היא לגיטימית", ארגון "בצלם", הודעה לעיתונות, 12.6.01

לדין הבין לאומי. אמירות אלו (ובייחוד חוסר התגובה המשפטית עליהן) מציגות מצג שווא, כאילו אי החוקיות הנ"ל היא אכסיומה שאינה ניתנת לערעור – ולא היא. ראשית, מעט רקע.

האמנה המטפלת באזורים מוכי מלחמה על כל השלכותיהן המשפטיות היא אמנת ג'נבה הרביעית². הרקע ההיסטורי של אמנה זו היא מלחמת העולם השנייה. במלחמה זו העבירו הנאצים אוכלוסיות שלמות מהאזורים שנכבשו על ידם אל גרמניה ולהיפך, וזאת מתוך שתי מטרות משולבות: הטמעת הכיבוש הנאצי, מחד, ויצירת אזורים מגורים מוגדרים אסורים ליהודים – "יודנריין", מאידך. האמנה עוסקת בשטחים שנכבשו על ידי מדינות המצויות בסכסוך ביניהן, והיא מבטיחה את זכויותיהם של האזרחים הנמצאים בשטח שנכבש כתוצאה מאותו הסכסוך. אמנה זו, שמשה, ומשמשת כלי ניגוח משפטי נגד ישראל ונגד פעולותיה ביהודה שומרון וחבל עזה. אלו המשתמשים בה גורסים כי ישראל מחוייבת, ככובשת, לכל סעיפיה של האמנה, ובייחוד לסעיף 49 המכיל בתוכו מס' הוראות וביניהן:

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

הטיעון העיקרי גורס כי ישראל היא ה"מעצמה הכובשת", ויהודה, שומרון וחבל עזה הם "השטח שנכבש על ידה" – אשר על כן, על ישראל חל איסור להעביר "חלקים מאוכלוסייתה האזרחית" – דהיינו, מתיישבים להתנחלויות.

בשורות הבאות – נגיש מענה משפטי לטענות אלו. ראשית, נסקור את התהפוכות המשפטיות – היסטוריות שעברו על ארץ ישראל. בשלב ההתחלתי של סקירה זו, נתייחס לכל אדמות יש"ע כאל גוף אחד, ורק אחר כך נפרידן לפי שיוכן הגיאוגרפי.

2. אמנת ג'נבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (מס' 4), כ"א, כרך 1, עמ' 559. ישראל הפקידה את כתב האישור ביום 6 ביולי 1951

בשנת 70 לספירה איבד העם היהודי את ריבונותו בארץ ישראל, ומאז, היא נשלטה על ידי הרומאים, ביזנטינים, הערבים, הצלבנים, הממלוכים ולבסוף – העות'מאנים. ההכרה הבינלאומית הראשונה בזמן המודרני בעלת תוקף משפטי בזכותו של עם ישראל על ארצו הינה הצהרת בלפור משנת 1917.

הצהרה³ זו עוסקת בהקמת "בית לאומי לעם היהודי בארץ ישראל". אמנם, ההצהרה איננה מפרטת גבולות, אך על פי עדותו של ראש ממשלת בריטניה באותה התקופה, דייוויד לויד ג'ורג', הכוונה העומדת מאחורי ההצהרה היא... שארץ ישראל כולה תהיה למדינה יהודית⁴. הכרה גורפת יותר התקבלה חמש שנים מאוחר יותר. בשנת 1922 מונתה בריטניה על ידי חבר הלאומים להיות בעלת המנדט על ארץ ישראל, ומעמדה כשל נאמן. מסמך המנדט שעיקר ענינו הוא: "... הגשמת ההצהרה שניתנה לכתימה... מטעם הממשלה הבריטית, ושנתקבלה על דעת מעצמות הברית האחרות, לטובת הקמת בית לאומי לעם היהודי בארץ ישראל", אומר בין היתר כי:

"בכך ניתנה הכרה לקשר ההיסטורי של העם היהודי לפלסטיין ולהצדקת בנייתו מחדש את ביתו הלאומי בארץ זו... על המנדט יהא אחראי לכך ששום שטח ארצישראלי לא יינתן... לממשלתה של מעצמה זרה כלשהי... ממשלת ארץ ישראל... תעודד... התיישבות צפופה של יהודים על הקרקע לרבות אדמות מדינה..."⁵

בריטניה אמנם לא מלאה אחר התחייבויותיה, אך תקפו ותכליתו של כתב המנדט נותרו, מבחינת המשפט הבין לאומי, על עמדם ועל תקפם באופן

3. נ"מ גלבר, הצהרת בלפור ותולדותיה, ירושלים תרצ"ט, עמ' 119
4. דב יוסף, השלטון הבריטי בארץ ישראל, ירושלים תש"ח, עמ' 39. וכן ראה דבריו של חבר הממשלה הבריטית דאז, לורד רוברט ססיל: "רצוננו הוא כי ערב תהא לערבים, ארמניה לארמנים ויהודה ליהודים", שם, עמ' 41. ועוד, ראוי להוסיף את דבריו של דוד בן גוריון בפני ועדת פיל ב-1936 על כך שכתב המנדט מדבר על הכרה בזכויות העם היהודי (הקיימות זה מכבר), ולא על הענקת זכויות חדשות (פרופ' אליאב שוחטמן, "ויעמידה ליעקב לחוק", מהדורה שנייה, ירושלים, תשנ"ה)
5. סעיפים 5, 6, לכתב המנדט – ראה ה"ש 4, שם, עמ' 19 וכן עמ' 271

מוחלט⁶. האנגלים החטיאו במכוון מטרות אלו, כנראה, מתוך רצון לרצות את העולם הערבי⁷ – אך לא נרחיב בעניין זה כעת. בשנים 1924–1925 במסגרת "האמנה האנגלו - אמריקאית". באמנה זו, אימצה ארה"ב באופן מלא את כתב המנדט, כפי שנאמר במפורש בהקדמה לאמנה:

"...ארצות הברית נותנת הסכמתה לניהול פלסטיין על ידי הוד מעלתו הבריטית על פי המנדט שצוטט לעיל..."⁷

היוצא מכך הוא, כי ארצות הברית של אמריקה מחוייבת על פי חוקיה הפנימיים ל"הקמה מחדש של ביתו הלאומי (של עם ישראל) בארץ זו..." (כתב המנדט דלעיל).

השלב ההיסטורי הבא אותו נסקור הינו מתן החלטת האו"ם בדבר תוכנית החלוקה של ארץ ישראל⁸, אמנם – בתוקף של המלצה, ככל החלטות העצרת הכללית. החלטה זו, שנחגה בידי אנשי הישוב היהודי בשמחה רבה, נדחתה מכל וכל על ידי ערביי א"י וכל מדינות ערב השכנות. הן בטאו את התנגדותן בפעולות לוחמניות נגד הישוב היהודי – מלחמת השחרור. בהבעת התנגדות ברורה זו שלל הצד הערבי את החלטת החלוקה ורוקן אותה מתוכן – שהרי על פי המשפט הבין לאומי – החלטות האו"ם הן בגדר

6. וזאת על אף ש"חבר הלאומים" איננו קיים עוד. הדברים מובאים באופן ברור על ידי פרופ' ג'וליוס סטון המצטט את חו"ד של בית הדין הבינלאומי בעניין נמיביה העוסק בכתב מנדט שניתן על ידי חבר הלאומים ומגדיר את החיוב לקיימו כ"חובה קדושה כלפי הציוויליזציה" – ראה Advisory Opinion on legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Council Resolution 276 (1970) [1971]
7. וכן ראה ספרו של פרופ' סטון – Julius Stone, Israel and Palestine – Assault on the law of Nations, Baltimore 1981, p. 171
8. יוסף אוליצקי, מפזורה למדינה, ירושלים תשי"ט, עמ' 376 ואילך
7. הווארד גריף, "אי החוקיות של תזכיר שארם א-שייח על פי הדין הישראלי", מרכז אריאל למחקרי מדיניות, נייר עמדה מס' 91, 1999
8. החלטת האו"ם מס' 181 (2) מיום 29.11.47 בדבר חלוקת ארץ ישראל

המלצות בלבד ואינן מחייבות⁹ – ועל כן דחיית ההמלצה על ידי הצד הערבי – מרוקן את כל עוצמתה המשפטית והיא חסרת תוקף. בסופה של מלחמת השחרור נחתמו הסכמי שביתת הנשק ברודוס. גם הסכמים אלו אינם נוגעים בשאלת הריבונות על ארץ ישראל, אלא רק בסיום מצב הלוחמה בין המדינות, אם כי נקבע בהם¹⁰ כי הם מהווים שלב ביניים לקראת כינונו של שלום קבע¹¹. עפ"י דרישה מפורשת של הצד הערבי, נקבע ה"ק הירוק" כקו הפרדה בין הצדדים¹² הלוחמים, אך לא כקו המתאר בעלות או ריבונות על שטחי ארץ ישראל¹³. בשלב זה, עלינו לפצל את הדיון הכללי, ולמקדו באזורים הגיאוגרפיים השונים. רצועת עזה נשלטה משך כל שנות הכיבוש הנ"ל על ידי מצריים. התנהגותה השלטונית של מצריים במשך זמן שלטונה ברצועה התאפיינה בראייתה של רצועת עזה כחלק נפרד שאיננו משויך ריבונית למצריים. התנהגות זו כללה את נסיון הקמתו של ממשל עצמי ברצועת עזה¹⁴ וכן הענקת מעין חוקה, אשר על פיה עזה הינה חלק אינטגרלי ובלתי נפרד מפלשתינ¹⁵. בעניין מזרח ירושלים, יהודה ושומרון המצב מעט שונה. ממלכת ירדן, באופן חד צדדי, ובמהלך¹⁶ שהחל עוד במלחמת השחרור החלה לספח את האזורים הנ"ל תחת ריבונותה.

9. ראה ספרו של Julius Stone ה"ש 6, שם, עמ' 59–66.
10. הסכם מצריים – ישראל על שביתת נשק כללית מיום 24 בפברואר 1949, כ"א, כרך א' עמ' 3; (U.N.T.S. No. 654, p.252 (1949 42 ;3
- הסכם הממלכה הירדנית ההאשמית – ישראל על שביתת נשק כללית מיום 3 במרץ 1949, כ"א, כרך א' עמ' 37; 37; 304 42; U.N.T.S. No. 656, p.
11. שם, סעיף 12(2) בשני ההסכמים
12. שם, סעיף 2(2) להסכם עם מצריים; סעיף 3(2) ו-3(3) להסכם עם ירדן. ועיי' בספרם של א. זמיר וא. בנבנישתי, אדמות היהודים ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים, מכון ירושלים לחקר ישראל, ירושלים, 1993
13. י' בלום גורס בעניין זה כי ההסכמים "... שיקפו אך ורק את השיקולים הצבאיים שתפסו בשעת חתימת ההסכם" – ראה מאמרו, י' בלום, "ציון במשפט בינלאומי נפדתה", הפרקליט כז' (תשל"א) 315
- וכן ראה באותו ענין P. Malanczuk, "Israel: Status, Territory and Occupied Territories", in Encyclopedia of Pubic International Law, vol. 12, 149 (1990)
14. נסיון זה לא עלה יפה, ראה 1957-A. Plascov, The Palastinian Refugees in Jordan, 1948, 7 (London, 1981)
15. "הודעה בדבר החוקה לרצועת עזה" 5/3/62 – לקט חוקים שהוצאו בעזה בתקופת הממשל הצבאי, לקט ב' תשמ' עמוד 78

ספוח זה הושלם באפריל 1950. יש לציין, כי על פי כללי המשפט הבין לאומי אין להכיר בספוח כפוי ללא הסכמת הריבון המקומי (שאלת זהותו של ריבון זה בארץ ישראל תידון בהמשך) –¹⁷ מה גם שלא היתה הכרה בין לאומית בספוח זה, מלבד תמיכתן של בריטניה ופקיסטן במהלך זה¹⁸. חשוב עוד לציין, כי גם מדינות ערב לא הכירו בספוח, אלא לאחר שהובטח כי הוא אינו בר השפעה על פתרונו הסופי של סכסוך ישראל – ערב¹⁹.

אם נסכם, איפוא, עד לנקודת זמן זו – אוחזת ישראל בזכויות התביעה הריבוניות הטובות יותר על אדמות ישראל²⁰ מכח החלטת חבר הלאומים, וכתב המנדט הסמוך לו. אין בהשתלטויותיהן של ירדן ומצריים על אזורים אלו כח להפקיע זכויות אלו – וזאת מכיון שכניסתן לשטחים אלו – אינה מוכרת על פי כללי המשפט הבין לאומי הפומבי, כמפורט לעיל. בכל התקופה האמורה, לא נוצרו בעיות משפטיות הקשורות בהתישבויות – כיון שהשטחים האמורים לא היו בשליטת ישראל. המהפך חל בסופה של מלחמת ששת הימים בשנת 1967. המלחמה פרצה כתוצאה מפעולות לוחמתיות וחד צדדיות שננקטו על ידי מצריים²⁰, ירדן וסוריה. במלחמה זו השתלטה ישראל על יהודה שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים. במהלך השנים הוקמו נקודות התיישבות שונות בכל רחבי השטח – ועליהן יצאו קצפם וטעוניהם המשפטיים של הערבים, כאמור²¹. גם כאן, הדיון יתפצל על פי שיוכם הגיאוגרפי של האזורים הנתונים במחלוקת. ראשית,

16. הספוח הוצג כרצונם של התושבים המקומיים – ראה M. Whiteman, Digest of 1167-International Law (Washington, D.C., 1963) Vol. 2, 1163
- אך, למעשה, כנראה שהם התנגדו לכך בתוקף – ראה ה"ש 14, ע"מ 12–16
17. ראה ה"ש 12 בספרם של זמיר ובנבנישתי – שם, עמ' 34 ועיי' בה"ש 9
18. Y.Z. Blum, "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and (1968-Samaria" 3 Is. L.R. 279, 289
19. ראה מאמרו של י. בלום – ה"ש 13 וכן ה"ש 18. כמן כן, קיימת פסיקה מצרית פנימית, השוללת את תוקפו של פס"ד שניתן מטעם המלך עבדאללה – ראה Arab Bank v.Abou (Ismail, [1950] Intl Law Report, case no. 98 (Tribunal of Port Said, 1950)
20. חלקן אף מנוגדות למשפט הבין לאומי הפומבי – ראה מאמרה של פרופ' טליה איינהורן, "שברונו של תהליך השלום – המהפכה החוקתית הנדרשת" "נתיב", עמ' 4 וכן בגרסתו באנגלית שפורסמה ב" 149 (2001) European Journal of Law pp. Reform
21. ראה ה"ש 1

נעלה את ירושליים על ראש דיונונו. שבועות מספר, לאחר שחרורה של ירושליים, ב-28 ליוני 1967 החליטה הממשלה²² כי "המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה" יחולו על מזרח ירושליים. הנסוח הנ"ל הותיר מקום לספק²³ באשר למשמעותו של הצעד – ספוח או שמא "השוואת השרותים העירוניים לתושבי שני החלקים של העיר, שמעתה יינתנו בידי עיריה אחת...".²⁴ בשנת 1980 הובררה כוונת ישראל לאשורה, כאשר נחקק "חוק יסוד: ירושליים בירת ישראל"²⁵.

החוק קובע מפורשות, כי "ירושליים השלימה והמאוחדת היא בירת ישראל". גורמים בין לאומיים רבים²⁶ גינו את הצעד הישראלי וטענו כי הוא חסר תוקף. קולם של גינויים אלו וחוסר הבלטתן של הטענות הנגדיות יצרו, כאמור, רושם מוטעה כאילו הגינויים הם הצודקים (מבחינה משפטית). בהמשך הדברים נתמודד מולם ונוכיח את חוסר נכונותם. בעניין שטחי יהודה ושומרון – השטחים הללו, כאמור, נכבשו בידי ממלכת ירדן באופן בלתי חוקי²⁷ תוך השתלטות חד צדדית. עד היום הזה, לא הכריזה ישראל על ספוחם של חבלי ארץ אלו, אלא כוננה בהם ממשל צבאי. וזאת על פי החוק הקובע כי החלת חוקי מדינת ישראל יכול שתהא על "...חלק מארץ ישראל אשר שר הבטחון הגדיר אותו בצו כמוחזק על ידי צבא ההגנה לישראל"²⁸. נקודה נוספת שיש להזכירה היא, כי על אף

22. צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז – 1967 (ק"ת, עמ' 2690)
23. ראה ה"ש 12 בספרם של א' זמיר וא' בנבנישתי, עמ' 65 ד(3)
24. ספק זה נוצל ע"י שר החוץ דאז אבא אבן במכתבו למזכיר האו"ם בו הוא כותב כי אין מדובר בספוח, ובלשונו: "The term 'annexation' is out of place..." (July 10, 1967, U.N. Doc. S/8052 (1967))
25. ספק זה בא לידי ביטוי בחלק מפסיקות בית המשפט העליון באותה התקופה, כגון: בג"צ 223/67 בן דב נ' שר הדתות פ"ד כב(1) 440, 442, בג"צ 171/68 חאנזליס נ' בית הדין של הפטריארכיה היוונית – אורטודוכסית פ"ד כג(1) 260, 269 וכדומה
26. ס"ח תש"ם, עמ' 186
27. וביניהם אף האו"ם – ראה החלטה 478 משנת 1980 וכן החלטות העצרת הכללית E36/120 משנת 1981 וכן החלטה 9/146C משנת 1984
28. וזאת על פי סעיף 4(2) למגילת האומות המאוחדות, וראה מאמרו של י' בלום, (מקור מדויק נמצא בה"ש 13), עמ' 318
29. פקודת שטח השפוט והסמכויות, תש"ח – 1948, סעיף 1, עתון רשמי תש"ח, תוספת א' עמ' 61

כניסתה הבלתי חוקית ליהודה ושומרון, הכריז המלך הירדני²⁹ חסיין, ב-31 ליולי 1988 על הניתקותה של ממלכת ירדן מיהודה ושומרון – מדובר בהכרזה בעלת משמעות היסטורית, גם אם לא משפטית. עוד חשוב לציין כי חודשים ספורים לאחר מכן הכריזה המועצה הלאומית הפלסטינאית על עצמאות (בתאריך 15/11/88), אך לפי מבחני המשפט הבינלאומי – הכרזה זו היא חסרת תוקף משפטי בשל חוסר האפקטיביות השלטונית של הריבון המכריז³⁰. מצב דומה, שורר גם ברצועת עזה. הרצועה עברה בעקבות המלחמה כאמור, משליטה צבאית מצרית לשליטה צבאית ישראלית. בסוף סקירתנו ההיסטורית יש לציין עוד שני ארועים אמנם משמעותיים, אך חסרי השפעה משפטית כלשהיא והם הסכמי השלום עם מצריים, וההסכמים שנחתמו עם הרשות הפלסטינאית (הסכם העקרונות מ-13 לספטמבר 1993 והבאים אחריו) – הסכמי אוסלו. ההסכם עם מצריים איננו מעלה או מוריד את שנטען כבר לעיל – המצרים מעולם לא ספחו את רצועת עזה והתייחסו אליה כאל שטח מוחזק ע"י צבאם. לעניין הסכמי אוסלו – לישראל ולפלסטינאים היסטוריה ארוכה של נסיונות לסיום הסכסוך שביניהן, ולאורך כל תקופת נסיונות אלו – לא הכירה ישראל בקיומו של עם פלסטינאי ובמייצגיו. חידושו של הסכם אוסלו הוא בהודאתה של ישראל בקיומו של "העם הפלסטינאי" ובאש"ף כמייצגו הלגיטימי³¹. בכל מקרה, לסוגייתנו – הסכם אוסלו על כל חלקיו הוא הסכם ביניים זמני (שתוקפו עד לא יאוחר מיום 13 באפריל 1999 – או אז יחלו הצדדים לדון בהסדר הקבע – בו יידונו גם

29. עיתון הארץ מיום 1 באוגוסט 1988. I.L.M 1637 (1988 28) וכן ראה בספרו של א. שוחטמן עמ' 139 ה"ש 195
30. ראה מקורות נוספים לעניין זה בספרם של זמיר ובנבנישתי (מקור מדויק בה"ש 12), עמ' 64 הערת שוליים 19
31. וזאת בניגוד להסכמי קמפ דייויד שם אמנם מוזכר המונח "Palestinian people" אך במכתב הבהרה מצורף מדגישה ממשלת ישראל כי מדובר ב-"Palestinian Arabs". בהצעת ממשלה מתקופה מאוחרת יותר (הצעה מס' 453 מיום 14 במאי 1989), מוגדרים הפלסטינאים כ"ערביי יהודה ושומרון וחבל עזה" – ראה ספרם של זמיר ובנבנישתי, ה"ש 12, עמ' 37. לעניין הסכם העקרונות ("הסכם אוסלו") – שם נכתבו במבוא להצהרה הדברים הבאים: The two sides decided to... agree to recognize their mutual legitimate and political rights. The Government of Israel has recognised the P.L.O. as the representative of "...the Palestinian people

הסוגיות הטריטוריאליות בהקשר לאדמות יהודה שומרון וחבל עזה) שאינו יוצר עובדות משפטיות חדשות, אלא רק הסדרים והסכמות והסכמות הקשורים לתפיסה הצבאית והמוניציפלית של השטחים המדוברים. לסיכום – עד כאן סקרנו את ההתפתחויות המשפטיות משנת 1967 ועד היום הזה. השינוי המשמעותי היחיד הוא שינוי העובדות בשטחים המדוברים שנבע בעיקרו מתוך פעולותיה הלוחמתיות של ישראל שהתבצעו מתוך אקט של הגנה עצמית, כתוצאה מתוקפנותם של מדינות ערב. עתה נדון בטיעונים המשפטיים הנובעים מהסקירה ההיסטורית, כפי שיובאו להלן:

1. על פי משפט העמים המודרני, זכותו של העם היהודי על ארץ ישראל על כל גבולותיה, הינה בתוקף מאז הכרזת חבר הלאומים ונתינת כתב המנדט שבא בעקבותיו.³²
2. זכות זו לא הופקעה עד עצם היום הזה. על פי המשפט הבין לאומי – זכות זו יכולה לפקוע רק כאשר השטח המדובר יהפוך למדינה עצמאית, או לחלק ממדינה קיימת.
3. ירדן – פלישתה ליהודה שומרון וירושליים אינה מוכרת על פי המשפט הבינלאומי. זכויותיה בשטחים הללו הן לכל היותר זכויותיו כובש שהשתמש בכח שלא כדין. בכל מקרה, גם אם נניח כי לירדן היו זכויות בשטחים אלו – הרי שהיא ויתרה עליהן ביוזמתה.³³
4. מצריים – התייחסה לרצועת עזה כנתונה לשליטתה הצבאית בלבד ומעולם לא טענה לריבונות טריטוריאלית. מעשיה, כאמור,³⁴ מראים על כך בבירור.

32. ראה ה"ש 3,4,5 במסמך זה

33. ראה מאמרו של י' בלום (מקור מדויק בה"ש 13), עמ' 319 וכן שם בה"ש 17, 18. כמו כן ראה ספרו של ג. סטון No Peace No War in the Middle East, 1969 (2nd printing (in 1970

וכן מקורות נוספים, שם

34. ראה ה"ש 14, 15, 16 במסמך זה.

5. בהקשר לטיעוני הצד הערבי:

א. טענת הקניין (Title) – כאשר עקב מלחמה בין מדינות נוצר סכסוך על שטח אדמה זה או אחר, יש לחפש את זה האוחז בטענה הקניינית הטובה יותר ("better title"). בהתחשב בהצהרת חבר הלאומים שלא בטלה, כאמור, ובהתחשב בעובדת היותה של מדינת ישראל הצד המתגונן אל מול התוקפנות הערבית – הרי שישראל היא בעלת הטענה הקניינית הטובה יותר. הדברים מנוסחים בבירור ע"י מומחה בעל שם עולמי למשפט בין לאומי ס. שוובל (Schwebel):

As between Israel, acting defensively in 48` and 67` on the one hand, and the her Arab neighbors, acting aggressively, in the other hand - Israel has a better title in the territory of what was Palestine, including the whole of Jerusalem, than do Jordan or Egypt...³⁵

ב. הפרת אמנת ג'נבה הרביעית – טענה זו (הפופולרית למדי) הבאנו בתחילת מסמך זה³⁶, ועל כן לא נאריך בה. גם היא מופרכת מעיקרה – וזאת משתי סיבות עיקריות:

1. אמנת ג'נבה חלה ביחס לפעולותיה של מדינה אחת בתחומיה של מדינה אחרת. שטחי ארץ ישראל הנתונים למחלוקת אינם שטח של מדינה אחרת אלא חלק משטח המנדט הבריטי שלא נמסר עדיין³⁷ לריבונות כל שהיא.
2. סעיף 49 (6) לאמנת ג'נבה הנ"ל עוסק בהעברת אנשים בכפיה ונגד רצונם. כל מתישבי יהודה, שומרון, רצועת עזה וירושליים – עברו לאזורים מרצונם החופשי, ועל כן סעיף זה לא חל במקרה דנן.

35. Schwebel, What Weight to Conquest, 64 American Journal of International Law (1970), p. 346

36. ראה ה"ש 2

37. Eugene v. Rostow, To the Editor, The American Journal of International Law, vol. 84 (1990), p. 718, 719

6. ההסכמים השונים (החל מהסכמי רודוס, הסכמי השלום עם מצריים וכלה בהסכמי אוסלו) – אינם נוגעים בהיבט הטריטוריאלי אלא בהיבט הצבאי, ותו לא.

7. את הפועל היוצא ממסקנות אלו מיטיבים לנסח פרופ' רוסטוב ודגלאס פייט, שניהם משפטנים ידועים ואנשי ממשל אמריקניים, ואלו הם דבריהם:

”... אם ליהודים אין עתה שום זכויות חוקיות מוכרות בתביעתם ליהודה ושומרון כחלק ממדינתם, כי אז אין להם זכויות כאלו בשום מקום בארץ ישראל, שהרי הזכויות הללו נובעות מאותו מקור: הקשר ההיסטורי של העם היהודי עם ארץ ישראל כפי שהוכר בכתב המנדט...”³⁸

ופרופ' רוסטוב מסכם בחדות:

”יהודים המתיישבים בתל אביב משתמשים באותה זכות משפטית שיש להם להתיישב בשטחים שנכבשו במלחמת ששת הימים”³⁹

אין להוסיף על כך, והדברים מדברים בעד עצמם.

8. בפסיקת בתי המשפט בישראל בסוגיות הדורשות הכרעה משפטית בעניין הטריטוריאלי – השתדלו השופטים שלא להתייחס לשאלה זו, למשל בפס"ד בית אל⁴⁰ קבעו הנשיא דאז, לנדוי כי:

38. Douglas J. Feith, The League of Nations Mandate for Palestine, in: Israel's Legitimacy in Law and History, E.M. Siegel, e.d., N.Y., 1993 p.13

39. ראה מאמרו בקובץ המובא בה"ש 38 – “The Peace Making Process: UN Resolutions” 242 and 338

40. בג"צ 610/78 סלימאן תופיק אויב ואח' נ' שר הבטחון ואח' פ"ד לג (129-128, 113) (2)

”הגעתי ביתר רצון למסקנה שעל בית משפט זה למשוך ידו מלדון בבעיה זו של התישבות אזרחית בשטח מוחזק מבחינת המשפט הבינלאומי, ביודעי שבעיה זו שנוייה במחלוקת בין ממשלת ישראל ובין ממשלות אחרות, ושהיא עשויה לעמוד על הפרק במשא ומתן בינלאומי גורלי שבו עומדת ממשלת ישראל. כל הבעת דעה של בית משפט זה בעניין כה רגיש, שאינה יכולה להיאמר אלא בתור אמרות אגב, לא תוסיף ולא תגרע, ומוטב שדברים השייכים מטבעם למישור המדיניות הבינלאומית ידונו באותו מישור בלבד”.

בסופו של יום, ניתן לומר כי מדינת ישראל אוחזת בטיעונים משפטיים כבדי משקל בסוגיה זו. עצם העדרה של פעולת סיפוח מצידה של ישראל מלמדנו כי הנושא שנוי במחלוקת וכי יש לתת לעם בישראל להכריע בו – ולא להיגרר אחרי טיעונים משפטיים חסרי תוכן הנשמעים מהצד הערבי. עוד יש לציין כי הקמתה של מדינה פלסטינאית בהסכמה תהווה ויתור משפטי ישראלי ראשון, מאז ימי חבר הלאומים והצהרת בלפור, ובעצם מאז ימי ברית בין הבתרים ויהושע בן נון, על שטח משטחי ארץ ישראל. נקווה כי נתון זה ילקח בחשבון בזמן ההחלטה.

