

"כיפוח": כיבוש, סיפוח, קיפוח – על המבנה המשפטי של משטר הכיבוש

ארנה בן-נפתלי, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל

אייל גרוס, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

קרן מיכאלי, הפקולטה למשפטים, סנט אנתוניס קולג', אוניברסיטת אוקספורד

1. מבוא

1.1. הפיל שאינו בחדר: חוקיות הכיבוש

עדי אופיר (2001, 6) קרא בעבר לפתח דיון על עצם חוקיותו של הכיבוש, במטרה לחרוג מן הדיון הקיים על אודות הפרות נקודתיות של זכויות האדם המתבצעות במהלך הכיבוש. אנשים רבים שאינם משפטנים עשויים לסבור שהקביעה שהכיבוש הישראלי בשטחים אינו חוקי מובנת מאליה, ואילו דווקא בשיח המשפטי לא מתנהל דיון על עצם חוקיות הכיבוש. המשפט הבינלאומי עוסק בהרחבה בדיני הכיבוש והספרות המשפטית עשירה בכתיבה הבוחנת היבטים שונים של הכיבוש הישראלי בשטחים, ובהם מידת הציות של ישראל לחובות המשפטיות המוטלות על כוח כובש.¹ אולם ספרות זו כמעט אינה עוסקת בשאלת עצם חוקיותו של הכיבוש. על כן הכרזתו של מזכ"ל האו"ם, קופי אנאן, בפני מועצת הביטחון ב-12 במרץ 2002 כי על ישראל "לסיים את הכיבוש הבלתי חוקי" תוארה בפי ג'ורג' פלטשר מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת קולומביה כ"הגדרה מחדש של הסכסוך במזרח התיכון" וכ"סיווג חדש ופרובוקטיבי של 'אי-חוקיות', שיצא לאוויר העולם והוא מתרוצץ בו משולח רסן" (Fletcher 2002). עד מהרה הוחזר השד לבקבוק: דוברו של מזכ"ל האו"ם הזדרז להבהיר שהכינוי "בלתי חוקי" הופנה רק כלפי סירובה של ישראל לקבל על עצמה את החובות המשפטיות הנובעות ממעמדו של כוח כובש וכלפי פעולותיה שעמדו בניגוד לחובות אלה (Eckhard 2002). כך הושב הדיון המסורתי על כנו והוא מוסיף להתמקד

* גרסה מוקדמת של המאמר: "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory", ראו Ben-Naftali, Gross and Michaeli 2005. בשל קוצר היריעה ואופי הבמה הובאו בגרסה זו של המאמר רק חלק מהאסמכתאות ומההפניות המשפטיות. לדיון משפטי מפורט יותר ולאסמכתאות נלוות, ראו את המאמר הנ"ל. אנו מודים להדי ויטרבו על הסיוע במחקר שקדם להכנת גרסה זו.

¹ שלף 1993; קרצ'מר 1995; 2002 Kretzmer; 1990 Shamir.

בשאלת חוקיותן של פעולות ספציפיות הננקטות במהלך הכיבוש, אך אינו עוסק בשאלת חוקיות משטר הכיבוש עצמו.

ישראל, חשוב לציין, אכן אינה מכירה בעצם ייתכנותו המשפטית של כיבוש בלתי חוקי. דוגמה מובהקת לכך היא תגובתה לדברי ג'ון דוגארד, הדו"ח (rapporteur) המיוחד לענייני הפרות זכויות האדם בשטחים מטעם נציבות האו"ם לזכויות האדם, שקבע כי "הפרות זכויות האדם הן תוצאה הכרחית של כיבוש צבאי" (UNCHR 2002a). על פי פרשנותה של ישראל לדבריו, מדובר בעמדה הקובעת כי "בעוד שכיבוש צבאי אינו בהכרח בלתי חוקי כשלעצמו, הרי הוא מוביל בהכרח להפרות של זכויות האדם ולכן כפי הנראה אינו חוקי, אם לא במישרין אזי לכל הפחות בעקיפין". לדברי ישראל, עמדה זו היא "ניסיון לשכתב את המשפט הבינלאומי" ו"תזה משפטית ייחודית, העומדת בניגוד לכל המשפט ההומניטרי הנוגע לתפיסה לוחמתית" (UNCHR 2002b).

מאמר זה מבקש לבחון את השאלה החסרה בדבר חוקיות הכיבוש. טענתנו הכללית היא שקיומו של משטר כיבוש בלתי חוקי אפשרי מבחינה נורמטיבית. טענתנו הספציפית היא כי הכיבוש הישראלי המתמשך בשטחים הפלסטיניים שנתפסו ב-1967 הוא כיום משטר כיבוש בלתי חוקי. זהו, אם כן, מאמר על הסדר הנורמטיבי ומן הסדר הנורמטיבי. במובן מסוים ה"כפירה בעיקר" אפשרית רק מתוך מעגל האמונה.

נדגיש כבר בשלב זה כי טיעוננו אינו נסמך על שאלת החוקיות של השימוש בכוח שהוביל לכיבוש. שאלת החוקיות של השימוש הראשוני בכוח היא שאלה נפרדת, שראויה להיבחן לפי דיני השימוש בכוח. לשון אחרת: גם אם יתקבל הנרטיב הישראלי השליט, הרואה במלחמה המכונה "מלחמת ששת הימים" שימוש חוקי בכוח מטעמי הגנה עצמית, לא תהא לכך כל השפעה על שאלת עצם חוקיותו של משטר הכיבוש כיום. כפי שנראה, אף כי השלטון הישראלי בשטחים היה בתחילתו משטר כיבוש, הרי תכליתו היא סיפוח ומהותו היא דיכוי, נישול וקיפוח. ה"כיפוח" איננו עוד כיבוש, כי אם כיבוש שחרג מגדרו; משטר שטרם תוקן בהגדרה מילונית.² ה"כיפוח", כך נטען, הוא משטר כיבוש בלתי חוקי.

1.2. הדיון החסר בדבר חוקיות הכיבוש

סיבות פוליטיות גרידא אינן נותנות הסבר מספק לחסינות משטר הכיבוש זוכה לה מפני דיון ביקורתי על חוקיותו. אכן, ביקורות פוליטיות ומוסריות נרחבות נמתחו על הכיבוש הישראלי, הן מבית והן מחוץ. הטעם להיעדר דיון נורמטיבי בשאלת חוקיותו של עצם משטר הכיבוש מצוי בשיח המשפטי עצמו, שיח שבו הכיבוש נתפס כעובדה. אמנם עובדה זו מייצרת תוצאות נורמטיביות — החלת דיני הכיבוש — אך כשלעצמה היא אינה נורמה ואינה כפופה לבחינה נורמטיבית.

גישה זו מדירה את עצם תופעת הכיבוש מן השיח המשפטי, ובכך היא מזמינה

² על היעדר השם של מצב השליטה הישראלית בשטחים, ראו גרינברג 2005.

למעשה שימוש בלתי מוגבל בכוח ומסייעת בייצור מציאות של כיבוש בלתי מוגבל בזמן. הדרה זו, בתורה, הופכת את השיח המשפטי הבינלאומי לשיח אפולוגטי (ראו Koskeniemi 1989; 1990) המספק הצדקה לכוח. אל מול גישה זו המאמר ממקם את הכיבוש בתוך מסגרת נורמטיבית המבחינה בין כיבוש חוקי לכיבוש שאינו חוקי,³ בניסיון ליצור תוואי חדש לדיון המשפטי במשטר הכיבוש.

1.3. הקריטריונים לקביעת חוקיותו של כיבוש

הסדר המשפטי הבינלאומי נשען על חזקה של שוויון ריבוני בין המדינות. שוויון ריבוני זה מעוגן בסעיף 2(1) למגילת האו"ם ומבטא את נורמת היסוד של הסדר המשפטי הקיים. כיבוש מציב בפני סדר זה את האתגר של מצב חריג, שכן הוא מתאפיין בניתוק הקשר בין ריבונות לשליטה אפקטיבית. מאחר שמבחינה נורמטיבית ניתוק כזה מתאפשר מכוח השעיית הנורמה, מצב חריג זה איננו עובדה בלבד. הוא מצב נורמטיבי של חריגה מן הנורמה, חריגה מן הכלל.

דיני הכיבוש הבינלאומיים מסמנים את הצורך להבחין בין סדר לתוהו ובוהו ובין הכלל ליוצא מן הכלל, בין הנורמלי לחריג. לדינים אלה מטרה נורמטיבית כפולה. מבחינה פנימית, כלומר מבחינת היחסים בין השלטון לאוכלוסייה בשטח הכבוש, הם מבקשים למנוע תוהו ובוהו שעלול להיווצר בהיעדר בקרה על המצב החריג ולהסדירו. מבחינה חיצונית, כלומר מבחינת היחסים הבינלאומיים, מטרתם להגדיר את הכיבוש על פי חריגותו ביחס למצב הנורמטיבי של שוויון ריבוני בין מדינות, שלכל אחת מהן שליטה אפקטיבית על שטחה ועל תושביה.

עמדתנו היא כי את המעמד הנורמטיבי של משטר הכיבוש מבחינה פנימית יש לבחון לפי שלושה עקרונות משפטיים הקשורים אהדדי:

- א. הריבונות בשטח הכבוש אינה נתונה לכוח הכובש והוא אינו יכול לקנות בו ריבונות מכוח הכיבוש. שורשיו של עיקרון זה בקביעה שמדינה אינה מאבדת את ריבונותה בטריטוריה בעקבות שימוש בכוח. במשפט הבינלאומי הקיים, לנוכח עקרון ההגדרה העצמית, הריבונות שייכת לאוכלוסייה הכבושה.⁴
- ב. הכוח הכובש מופקד בנאמנות על ניהול הסדר הציבורי והחיים האזרחיים בשטח שבשליטתו. לנוכח עקרון ההגדרה העצמית, האוכלוסייה הכבושה היא המוטב של נאמנות זו. נישול אוכלוסייה זו הוא הפרת הנאמנות.

³ בהקשר זה נציין שג'ון דוגארד, הדווח המיוחד לענייני הפרות זכויות האדם בשטחים, הציב לאחרונה בסימן שאלה את חוקיותו של משטר כיבוש בנסיבות מסוימות: כיבוש ארוך טווח וכיבוש בעל מאפיינים של אפרטהייד או של קולוניאליזם (United Nations Human Rights Council 2007, par. 62).

⁴ באופן מסורתי השתייכה הריבונות למדינה שהחזיקה בטריטוריה לפני הכיבוש, אך כיום עבר הדגש לזכויות האוכלוסייה הכבושה (Benvenisti 2003). כל מדינות העולם מכירות כיום בזכות הפלסטינית להגדרה עצמית, לרבות ישראל, שהכירה בזכות זו במסגרת "מפת הדרכים".

ג. הכיבוש הוא זמני. זמניות היא מצב מובחן הן ממצב של קבע (permanence) והן ממצב של היעדר הגבלה בזמן (indefiniteness).

הפרת כל אחד מעקרונות אלה, להבדיל מהפרת נורמות ספציפיות המשקפות היבט מסוים שלהם, הופכת את הכיבוש לבלתי חוקי. יתרה מזו, עקרונות אלה קשורים זה לזה: ההגבלות המהותיות על שיקול הדעת של הכובש, הבאות לידי ביטוי בעקרונות א' ו-ב, מובילות למסקנה שעל הכיבוש להיות זמני; הפרת עקרון ג' — עקרון הזמניות — מובילה להפרת עקרונות א' ו-ב, ובכך היא משחיתה את המשטר הנורמטיבי של הכיבוש. כיבוש שבו מופרים עקרונות אלה אינו חוקי מן הבחינה הפנימית. זהו אופיו של הכיבוש הישראלי בשטחים הפלסטיניים. החלק השני של המאמר, הממד הפנימי של משטר הכיבוש, מבסס טענה זו. כאמור, הכיבוש הוא מצב המובחן מסדר הדברים הרגיל של שוויון ריבוני בין מדינות. על כן ראוי לבחון את תוקפו המשפטי של הכיבוש מבעד ליחס המתקיים בין המצב השגור, הכלל, לבין המצב היוצא מן הכלל, החריג. כאשר הגבולות בין החריג לכלל מיטשטשים — שלא לומר מתהפכים — משטר הכיבוש הופך לבלתי חוקי. בין היבט זה של אי-החוקיות לבין ההיבט שהוזכר לעיל קיים קשר ברור: כיבוש שאינו חוקי מבחינת התנהלותו הוא גם בלתי חוקי מאחר שהוא מפר את ההבחנה בין הכלל לחריג. אולם בעוד שאי-החוקיות הראשונה מעוגנת בעקרונות הפנימיים של דיני הכיבוש, האחרונה חיצונית לדינים אלה. הכיבוש הישראלי בשטחים הפלסטיניים הוא בלתי חוקי גם מן הבחינה החיצונית. החלק השלישי של המאמר, הממד החיצוני של משטר הכיבוש, מבסס טענה זו. החלק הרביעי, מבנה משטר הכיבוש, מתמקד בסתירות הפנימיות ובטשטוש הנורמטיבי המאפיינים את משטר הכיבוש הבלתי חוקי. סתירות מתעתעות אלה משקפות את תנאי הייתכנות הנורמטיבית של משטר זה ומשמשות להצדקתו. הכיבוש הישראלי בשטחים הפלסטיניים מאופיין באי-יציבות של הגדרתו; אופיו המתעתע הוא רכיב מרכזי במנגנוני הלגיטימציה הנוצרים סביבו והמאפשרים אותו.

2. הממד הפנימי של משטר הכיבוש

הכיבוש הישראלי בשטחים הפלסטיניים הוא משטר בלתי חוקי משום שהוא מפר את שלושת העקרונות הבסיסיים של המשטר הנורמטיבי של הכיבוש במשפט הבינלאומי. נציג עקרונות אלה בתמצות ונבחן את יישומם בכיבוש הישראלי.

2.1. הריבונות אינה ניתנת להזרה: הכיבוש אינו מקנה בעלות

המשפט הבינלאומי מכיר בכמה דרכים לרכישת טריטוריה; שימוש בכוח אינו אחת מהן. דיני הכיבוש נשענים על העיקרון הקובע כי שימוש בכוח — בין אם הוא חוקי ובין אם לאו — אינו יכול לפגוע בריבונות. ממילא, שליטה אפקטיבית של צבא זר על שטח שאינו שלו

ועל אנשים אזרחי מדינתו אינה יכולה להביא בעצמה לשינוי בריבונות (Benvenisti 1993, 5). עיקרון זה תקף גם כשמדובר בטריטוריה שהריבונות עליה שנויה במחלוקת. עקרון שמירת הריבונות בא לידי ביטוי במגוון מסמכים בינלאומיים המסדירים את מצב הכיבוש. הוראת היסוד של דיני הכיבוש, המנוסחת בתקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג (1907), מגבילה את סמכות הכובש "להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר ואת הביטחון הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, אלא אם כן נבצר ממנו הדבר לחלוטין".

את העיקרון האוסר על רכישת טריטוריה בעקבות שימוש בכוח יש לקרוא כיום יחד עם עקרון ההגדרה העצמית: לעמים עומדת הזכות לקבוע באופן חופשי את מעמדם הפוליטי. הריבונות שייכת לעם ואינה ניתנת להזרה ללא הסכמתו.

מעקרונות אלה נובע כי אין להכריע בשאלת חוקיותו או אי-חוקיותו של כיבוש על סמך הקביעה שהשימוש בכוח שיצר את מצב הכיבוש נעשה במסגרת הגנה עצמית לגיטימית שהפעיל הכוח שהפך לכוח הכובש. על כן, שאלת חוקיותו או אי-חוקיותו של השימוש בכוח בידי ישראל בשנת 1967 אינה רלוונטית לדיון שלפנינו. יתרה מזו, מן האמור עולה גם כי אין להבחין בין ירושלים המזרחית לבין שאר השטחים הכבושים וכי סיפוחה של ירושלים המזרחית בידי ישראל אינו חוקי. זוהי אכן עמדתם של מועצת הביטחון של האו"ם, של בית הדין הבינלאומי לצדק ושל הקהילה הבינלאומית כולה.

אפשר לסכם ולומר שמצב הכיבוש משעה את הריבונות, אך אינו משנה את עצם הריבונות. במצב זה, הריבונות נותרת בידי העם הכבוש אך השליטה האפקטיבית עוברת לכוח הכובש. על הכוח הכובש להפעיל את השליטה הזו בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבותו כנאמן.

2.2. כיבוש כנאמנות

2.2.1. המסגרת הנורמטיבית

כאמור, על פי תקנה 43 לתקנות האג (1907) סמכות הכוח הכובש מוגבלת לנקיטת "כל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר ואת הביטחון הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, אלא אם כן נבצר ממנו הדבר לחלוטין". עולה מכך שאת השטח הכבוש יש לנהל בראש ובראשונה בהתאם לאינטרסים של האוכלוסייה המקומית (ושל הריבון הלגיטימי). אוכלוסייה זו היא אפוא המוטב של משטר הכיבוש.

התפיסה הקובעת כי כוח זר השולט על השטח מחויב לנהל אותו כסוג של נאמנות באה לידי ביטוי מובהק בחוות הדעת המייעצת שנתן בית הדין הבינלאומי לצדק ב-1971 בעניין התוצאות המשפטיות של המשך נוכחותה של דרום אפריקה בנמיביה. את היחסים בין דרום אפריקה, ששלטה בשטח שליטה אפקטיבית ככוח מנדטורי, לבין תושבי נמיביה פירש בית הדין כיחסי נאמנות, ובהתאם לכך קבע שההפרה המתמשכת של זכויות תושבי נמיביה בידי דרום אפריקה שמה לאל את מטרות היחסים (ICJ 1971, 47). בהתבסס על

ניתוח זה קבע קבע בית הדין כי יש תוקף להחלטתה של העצרת הכללית של האו"ם לסיים את המנדט הדרום האפריקני בנמיביה, וכי המשך נוכחותה של דרום אפריקה בנמיביה הוא כיבוש זר ובלתי חוקי (שם, 54).

בית הדין שב והזכיר את העקרונות האלה בחוות הדעת המייעצת בעניין החומה בשטח הפלסטיני הכבוש, וקבע כי עקרון ההגדרה העצמית חל כיום בכל הטריטוריות שאינן בשליטה עצמית. על פי פרשנותו של בית הדין, עקרון הנאמנות, ששורשיו בשיטת המנדטים, הוא המכנה המשותף לכל המצבים שבהם טריטוריות אינן בשליטה עצמית, לרבות כיבוש. בית הדין נשען בפרשנותו זו על הרקע ההיסטורי הספציפי של הסכסוך הישראלי-פלסטיני — סכסוך שהתגבש אגב סיום המנדט הבריטי בפלשתינה/א"י. כך נתן בית הדין תוקף הן לעקרון ההגדרה העצמית והן לעקרון הנאמנות.⁵

עם זאת, משטר כיבוש הוא סוג מיוחד של יחסי נאמנות. ייחודם של יחסים אלה משתמע כבר בסיפא של תקנה 43, המכיר בלגיטימיות של צורכי הביטחון. ממילא הנאמנות מנוהלת על הציר שבין שמירה על הביטחון לבין קיום החיים האזרחיים של האוכלוסייה המקומית, וניהול תקין נדרש לאזן בין השניים.

ברי שנאמנות זו טומנת בחובה סכנה מתמדת של ניגוד אינטרסים בין האוכלוסייה לכובש. במרוצת השנים, המשקל שניתן לצורכי האוכלוסייה הפך כבד יותר מזה שניתן לצורכי הביטחון של הכובש. התפתחות נורמטיבית זו, הנובעת בחלקה מהתפתחותו של שיח זכויות האדם ובחלקה מן התמורה שחלה במעורבותן של ממשלות בחיי האוכלוסייה במהלך המאה ה-20, באה לידי ביטוי מובהק באמנת ז'נווה הרביעית מ-1949. אמנה זו מרחיבה מאוד את ההגנות הניתנות לאוכלוסייה ומחייבת את הכובש לכבד את האנשים החיים תחת הכיבוש, את חיי המשפחה שלהם, את חופש הדת שלהם ואת מנהגיהם ולהתייחס אליהם תמיד באופן אנושי. כמו כן האמנה אוסרת על גרימת סבל פיזי, ענישה גופנית, עריכת ניסויים רפואיים, ענישה קולקטיבית, ביזה, פעולות תגמול, לקיחת בני ערובה, גירוש וענישה פלילית רטרואקטיבית. האמנה גם מטילה על הכובש חובות של הגנה על ילדים, הבטחת מזון ואספקה רפואית, אחזקת בתי חולים וקיום זכויות שונות בתחום ההליך ההוגן.

לצד הרחבת ההגנה על האוכלוסייה האזרחית, אמנת ז'נווה אינה שוללת את צורכי הביטחון של הכוח הכובש ומכפיפה חלק מן הזכויות המעוגנות בה לצרכים ולתנאים צבאיים. לכובש אף מותר לנקוט צעדים נגד אנשים מוגנים: מותר לו להכריז על חוקים פליליים, לתחום אזורים מגורים ולכלוא אנשים.⁶

⁵ ICJ 1950, 131; 1971, pars. 52–54; 2004, par. 70. חלק מן השופטים שהוסיפו דעות יחיד חלקו על ההקבלה בין שאלת שליטתה של דרום אפריקה בנמיביה לבין השאלה שעלתה בעניין החומה שמקימה ישראל בשטחים הפלסטיניים (ICJ 2004, Separate opinion of Judge Higgins, par. 2; (Separate opinion of Judge Kooijmans, par. 33.

⁶ אמנת ז'נווה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, סעיפים 27, 32–34, 42, 49–52, 51, 53, 56, 57, 64–67, 69, 71–73, 75–135.

ביסוד דיני הכיבוש נמצא האיזון בין הצרכים ההומניטריים וחוקיות האדם מצד אחד, שיקולים היוצקים תוכן לעקרון הנאמנות, לבין הצורך הצבאי מצד אחר, צורך המגביל את עקרון הנאמנות אך לא מייתר אותו. בבסיס הסדר זה ניצבת ההנחה שכיבוש הוא מצב זמני. הגבלת סמכותו של הכובש לשנות את חוקי המדינה הכבושה ממחישה נקודה זו. אולם בכיבוש ארוך טווח התוצאה עלולה להיות קיפאון בכל תחומי החיים. קיפאון זה מוביל לתוצאות קשות לאוכלוסייה ועל כן קשה ליישבו עם חובת הכובש להבטיח את החיים האזרחיים בשטח הכבוש (Roberts 1990, 52; Benvenisti 1993, 147).

זאת ועוד, כאשר הכיבוש מתמשך עולה הסבירות של התקוממות של האוכלוסייה, העשויה לפעול בכוח למימוש זכותה להגדרה עצמית. בתגובה להתקוממות כזו גוברת הסבירות שהכוח הכובש ינקוט אמצעי ביטחון חריפים שיפגעו באוכלוסייה האזרחית. התוצאה היא מתן משקל מופחת לחוקיות האדם של האוכלוסייה ולצרכיה ההומניטריים והרחבת הפגיעה בזכות להגדרה עצמית. תהליך זה עתיד להוביל להקרכת הנאמנות על מזבח הביטחון (אלא אם כן ההתקוממות מצליחה להביא לסיום הכיבוש). סכנות אלה התממשו במקרה של הכיבוש הישראלי בשטחים הפלסטיניים.

2.2.2. החריגה מן המסגרת: ישראל מפרה את עקרון הנאמנות

סיפורו של הכיבוש הישראלי בשטחים נכתב בדפי המשפט אף לפני שנכתב בדפי ההיסטוריה. עוד בראשית שנות השישים עיצב הפרקליט הצבאי הראשי, מאיר שמגר (לימים היועץ המשפטי לממשלה ונשיא בית המשפט העליון), את המסגרת המשפטית שבה אמור היה צה"ל לפעול ככוח כובש. כבר ביוני 1967 ליוו עורכי דין מיומנים את כוחות צה"ל כשהם ערוכים ומוכשרים להפעלת מסגרת משפטית זו (אלדר וזרטל 2004, 439–453). המטרה המוצהרת היתה להבטיח שזכויותיה של האוכלוסייה הכבושה יכובדו. האמצעי היה חדשני בתכלית: הוחלט לאפשר לאוכלוסייה הכבושה לעתור לבג"ץ ובכך להכפיף את פעולות צה"ל לביקורת שיפוטית. מהלך חסר תקדים זה האציל את זוהר הנאורות על הכיבוש; בה בעת הוא טשטש את הגבולות בין הטריטוריה הכבושה למדינה הכובשת ויצר לגליזציה ולגיטימציה של נישול האוכלוסייה הפלסטינית. דחיית רובן המכריע של העתירות הפלסטיניות, ביטול הצו הצבאי הראשוני שיישם את אמנת ז'נווה הרביעית בשטחים והחלפתו בתזה שלפיה האמנה אינה חלה על השטחים,⁷ ומתן הכשר משפטי למפעל ההתנחלויות — כולם מעידים על מקומו המרכזי של המשפט בסיפור הכיבוש.

מקום מרכזי לא פחות בסיפור זה נודע להתנחלויות. ההתנחלויות הן גורם מרכזי

⁷ בג"ץ מעולם לא הכריע בתזה זו, כיוון שהחיל לכאורה את "ההוראות ההומניטריות" של האמנה על סמך הסכמתה של ישראל ולא על סמך התחייבותה המשפטית. ראו על כך Shamgar 1972. לדין על אודות ההחלה דה-יורה של אמנת ז'נווה הרביעית על השטחים, ראו Ben-Naftali, Gross and Michaeli 2005, 567–570. משפטנים רבים בישראל ומחוצה לה וכן בית הדין הבינלאומי דחו את התזה בדבר אי-תחולתה של האמנה (ICJ 2004, pars. 90–101).

בייצור הקיפוח, הנישול והאפליה של האוכלוסייה הפלסטינית והן ביטוי מובהק להפרת חובת הנאמנות של ישראל ככוח כובש.

א. ההתנחלויות

מיד אחרי מלחמת 1967 החלה ממשלת ישראל בראשות מפלגת העבודה בפרויקט ההתנחלויות, שהתבסס לכאורה על שיקולי ביטחון (Benvenisti 1984, 30–36; Shehadeh 1985, 15–49). ב-1977, כשעלתה לשלטון מפלגת הליכוד בראשות מנחם בגין, הנימוק הביטחוני הרשמי הוחלף בהנמקות אידיאולוגיות שהתבססו על רקע היסטורי ודת. ב-1983 הציגו משרד החקלאות והקונגרס הציוני תוכנית אב לפיתוח ההתנחלויות, שמטרתה היתה הכלה של הגדה המערבית בתוך המערכת הלאומית הישראלית (Quigley 1998; Kretzmer 2002, 76). ואמנם, המציאות מראה שהמטרה הושגה מבחינה גיאוגרפית (Benvenisti 1984, 19–28). לשם מימוש תוכנית ההתנחלויות הופקעו קרקעות מידיים פלסטיניות וניתנו תמריצים כלכליים למתנחלים (בצלם 2002א). בעקבות מדיניות זו ישנן כיום כ-120 התנחלויות בגדה המערבית ובהן למעלה מ-230,000 מתנחלים. כ-180,000 חיים בירושלים המזרחית ובשכונותיה (UNCHR 2003a). הקרקעות שעליהן הוקמו ההתנחלויות בגדה המערבית, הקרקעות שהופקעו בסמוך להתנחלויות, הכבישים העוקפים שהוקמו בעבור המתנחלים וקרקעות אחרות בשליטת צה"ל – כל אלה יחדיו מונים 59% משטח הגדה המערבית. ההתנחלויות והכבישים העוקפים המחברים אותן זו לזו ולישראל ביתרו את הגדה המערבית לכשישים אזורים חסרי רצף; "העיר שחבורה לה יחדיו" הופרדה משאר הגדה.⁸

ב. קיפוח, נישול ואפליה: הפרות דיני הכיבוש כתוצאה מההתנחלויות
הדיון המשפטי על אודות ההתנחלויות התמקד בעיקר בהוראת סעיף 49(6) לאמנת ז'נובה הרביעית. הוראה זו אוסרת על מדינה כובשת להעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית לשטח הכבוש. ממשלת ישראל טענה שאיסור זה נוצר בעקבות המדיניות הגרמנית בזמן מלחמת העולם השנייה, וכי לנוכח הקשר היסטורי זה אין לפרש שחל איסור על מעבר רצוני של אזרחים לשטחים כבושים.⁹ עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם הפרשנות של הצלב האדום לאמנת ז'נובה, שלפיה מטרת מנסחי האמנה היתה לשמר סטטוס קוו דמוגרפי בשטחים כבושים (Pictet 1958, 283). הצדדים לאמנה דחו את הפרשנות הישראלית והצהירו שההתנחלויות מפרות את סעיף 49 (Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention 2001). בעקבות מחלוקת זו נקבע נוסח שונה של איסור זה, שאומץ בסעיף (ii)(b)(2)8 לחוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי הקבוע. סעיף זה מפליל העברה

⁸ UNCHR 2001. לדיון בפוליטיקה של הגיאוגרפיה של ההתנחלויות ושל תכנון, ראו Segal and Weizman 2003.

⁹ לעמדה הישראלית, ראו Israel Ministry of Foreign Affairs 2001b; Henckaerts 1993, 274; Levy 1999, 230–231.

כזו של אוכלוסייה אזרחית בין אם היא נעשית במישרין ובין בעקיפין. לנוכח נוסח רחב זה עלולה המדיניות הישראלית, המעניקה תמריצים למתנחלים, להיחשב להעברת אוכלוסייה בעקיפין, וזהו אחד הטעמים המרכזיים לסירובה של ישראל להצטרף לחוקת רומא.¹⁰ את מפעל ההתנחלויות יש לראות גם כהעברה ישירה של אוכלוסייה אזרחית, וזאת לנוכח העובדה שממשלת ישראל הקימה את ההתנחלויות והיא מעניקה למתנחלים תמריצים כספיים (Drew 1997, 144–146). העברה כזו הוגדרה כבר בנוסח המקורי של האיסור בסעיף 49(6) לאמנת ז'נווה. בית הדין הבינלאומי הביע את עמדתו בנושא בחוות הדעת המייעצת בעניין החומה, שבה קבע שתוואי החומה תוכנן כך שיכלול את מרבית ההתנחלויות הישראליות בשטחים (ICJ 2004, par. 119), וכי אלה הוקמו בניגוד לסעיף 49(6) (שם, פסקה 120). מפעל ההתנחלויות חייב את ישראל להפעיל שלושה מכשירי שליטה פורמליים: הפקעת קרקעות, מדיניות תכנונית ותחולה משפטית המפרידה בין שני סוגי האוכלוסייה האזרחית המתגוררת בשטח הכבוש.

השליטה של הפקעת הקרקעות משמעותית ביותר להבנת מבנה המשטר. בעקבות קביעת בג"ץ שאין להפקיע קרקע פרטית למטרות של הקמת התנחלויות אזרחיות,¹¹ פעלה ממשלת ישראל להגדרת חלקים הולכים וגדלים מן הקרקע בשטחים כאדמות מדינה. הגדרה כזו התאפשרה משום שבשטחים לא היה רישום מסודר של בעלות על קרקע וכך יחידים התקשו להוכיח את בעלותם. המדינה גם הכריזה על קרקעות לא מעובדות כעל אדמות מדינה.¹² פרקטיקות אלה יצרו תוצאה כפולה: ראשית, נישול דה-פקטו של יחידים פלסטינים, ושנית, נישול האוכלוסייה הפלסטינית כולה ממשאבי קרקע שהיו אמורים לשמש בראש ובראשונה אותה. יש לציין גם שהקרקעות שהוגדרו אדמות מדינה מנוהלות בידי מינהל מקרקעי ישראל, גוף שהוקם מכוח חקיקה ישראלית כדי לנהל את המקרקעין בישראל עצמה (Kretzmer 2002, 95).

מדיניות תכנונית היתה נחוצה כדי להגביל את צמיחת הערים והכפרים הפלסטיניים מצד אחד ולהבטיח את הרחבת ההתנחלויות מצד אחר.¹³ השליטה על פיתוח היישובים הפלסטיניים התבצעה על דרך המחול, קרי על ידי הימנעות מהכנת תוכניות מתאר אזוריות בעבור הגדה המערבית. בעקבות זאת, עד שהועברו הסמכויות לרשות הפלסטינית (ובאזורי

¹⁰ ראו Israel Ministry of Foreign Affairs 2001a. ישראל חתמה על החוקה ב-31.12.2001, אך ב-28.8.2002 הודיעה למזכ"ל האו"ם שבכוונתה להימנע מאשרור האמנה. למידע על המדינות שאשררו את חוקת רומא ועל הצהרותיה של ישראל בהקשר זה, ראו <http://untreaty.un.org/ENGLI/S.H/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp#N3>.

¹¹ בג"ץ 390/79; ראו גם Kretzmer 2002, 85–89.

¹² לתיאור מפורט של הפרקטיקות הללו ושל המנגנונים המשפטיים המורכבים המאפשרים אותן, ראו בצלם 2002א; 94–89 Kretzmer 2002; Shehadeh 1985. לפי דוח של תנועת שלום עכשיו (2007), שנסמך על נתונים רשמיים, ישראל הקימה באופן שיטתי התנחלויות על קרקעות פלסטיניות פרטיות, ולמעלה מ-32% מן השטחים שעליהם חולשות ההתנחלויות הם קרקעות פרטיות באופן מלא או חלקי. לסקירה כללית, ראו בצלם 2002א.

¹³

C אף לאחר מכן) נותרו בתוקף שתי תוכניות מתאר אזוריות שיזם המנדט הבריטי בשנות הארבעים. בתחילת שנות התשעים אמנם הוכנו תוכניות חלקיות לכ-400 כפרים, אולם למעשה הן לא הקלו על הבנייה הפלסטינית אלא הגבילו אותה (בצלם 2002א). מבנה מנהלי ומשפטי זה שימש הצדקה לסירוב לבקשות פלסטיניות לקבלת היתרי בנייה בקרקעות פרטיות, ואף הצדיק את צווי ההריסה שהוצאו לבתים שנבנו בלי היתר (שם; אמנסטי אינטרנשיונל 2004). התוצאה היא שהמשפט הבינלאומי, שהעניק לכובש סמכויות שנועדו לאפשר לו לדאוג לאוכלוסייה הכבושה ולהבטיח את רווחתה, נוצל כדי לקדם את האינטרסים של הכובש על חשבון האוכלוסייה המקומית.

קיומן של ההתנחלויות הניב שורה ארוכה של פירות באושים, כגון אי-שוויון בהקצאת משאבי מים ומחסור חמור במים בכפרים הפלסטיניים,¹⁴ ופעולות אלימות של מתנחלים כלפי האוכלוסייה הפלסטינית ללא תגובה ראויה מצד רשויות הביטחון הישראליות.¹⁵ רלוונטית במיוחד היא התחולה המקבילה של מערכות דינים שונות בגדה המערבית: מתנחלים יהודים מוכפפים באופן חוץ-טריטוריאלי לחוק האזרחי הישראלי, ואילו הפלסטינים מוכפפים לדין הישראלי הצבאי ולדין המקומי (Imseis 2003, 106). שתי שיטות עיקריות משמשות לייצור מצב זה: הראשונה, החלה פרסונלית של הדין הישראלי על אזרחים ישראלים ועל יהודים בשטחים; והשנייה, החלה חלקית של הדין הישראלי על התנחלויות יהודיות בשטחים, וזאת על בסיס טריטוריאלי לכאורה.

ההחלה הפרסונלית של הדין הישראלי פועלת במגוון דרכים: כך למשל, תקנות שעת חירום מקנות לבתי המשפט הישראליים את הסמכות לשפוט אזרחים ישראלים (ובאופן כללי אנשים המתגוררים בישראל) שביצעו עברות פליליות בשטחים, גם אם העברה התבצעה בשטח שבשליטת הרשות הפלסטינית.¹⁶ יתרה מזו, החוק להארכת תקנות שעת חירום קובע כי למטרותיהם של חוקים מסוימים אנשים המתגוררים בשטחים ייחשבו לתושבי ישראל אם הם אזרחי ישראל או אם הם זכאים לעלות לישראל על פי חוק השבות (כלומר אם הם יהודים או קרובי משפחה של יהודים).¹⁷ חוקים אלה – שבעה-עשר במניין – כוללים את פקודת מס

¹⁴ אי-שוויון בהקצאת משאבי המים ניכר בכך שההתנחלויות נהנות מאספקה בלתי מוגבלת של מים זורמים, המאפשרת להם להחזיק ברכות שחייה ומדשאות מוריקות, בשעה ששכניהם הפלסטינים סובלים ממחסור במים לשתייה ולרצח. ראו בצלם 1998; 2000.

¹⁵ ראו SC 1980; SC 1994 (החלטות של מועצת הביטחון של האו"ם הקוראות לישראל ליטול על עצמה את חובתה, להגן על האוכלוסייה האזרחית ולנקוט צעדים, ובהם החרמת כלי נשק, למניעת פעולות אלימות ובלתי חוקיות מצד מתנחלים). על אלימות של מתנחלים כלפי פלסטינים, ראו בצלם 2001; 2002ג; יש דין 2006. אלימות כזו רלוונטית בייחוד בחברון, שחיים בה כ-180,000 פלסטינים וכ-450 מתנחלים, המורשים למעשה להשפיל את הפלסטינים, לאיים עליהם ולנהוג באלימות כלפיהם וכלפי רכושם.

¹⁶ התקנות מסמיכות בתי משפט ישראליים הדנים בתביעות אזרחיות לעסוק בענייניהם של תושבי השטחים. ראו תקנות סדרי דין (המצאת מסמכים בשטחים המוחזקים), 1969.

¹⁷ סעיף 1 של חוק השבות, תשי"א-1950, מעניק את הזכות להגר לישראל ליהודים (המוגדרים בסעיף 4א כמי שאמם יהודייה או כמי שהתגירו ואינם בני דת אחרת) וכן לילדיהם של יהודים, לנכדיהם

הכנסה, את חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב) ואת חוק ביטוח בריאות ממלכתי.¹⁸ כאמור, התוצאה היא שבשטחים פועלות בד בבד כמה מערכות של זכויות וחובות החלות על קבוצות שונות על פי שייכות אתנית. בהקשר זה יש לציין כי גם חוק הבחירות הישראלי הוחל פרסונלית על ישראלים המתגוררים בשטחים: החוק קובע כי ישראלים החיים בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל יוכלו להצביע במקומות מגוריהם.¹⁹ הוראה זו רבת-משמעות, בייחוד לנוכח העובדה שככלל ישראל אינה מאפשרת לאזרחיה להצביע מחוץ לגבולות המדינה.²⁰ ההחלה הפרסונלית של חוק הבחירות יוצרת מצב שבו מתנחלים ישראלים המתגוררים בשטחים משתתפים בבחירות הממשלה השולטת בשטחים ככוח כובש, ולעומתם לתושבים הפלסטינים של אותם שטחים עצמם — הכפופים אף הם לממשלה זו — אין אפשרות להשתתף בבחירתה (רובינשטיין 1986, 448–450; Yiftachel 1999, 377).

ההחלה הפרסונלית של הדין על ישראלים (וגם על יהודים שאינם ישראלים) נעשית באמצעות תקנות שעת חירום, שהותקנו בידי ממשלת ישראל והוארכו בידי הכנסת,²¹ ואילו ההחלה הטריטוריאלית נעשית בידי צוים שהוציא המפקד הצבאי בשטחים.²² צוים אלה מקנים מעמד מיוחד להתנחלויות היהודיות בשטחים: הם מבטיחים שישומו בהן היבטים מסוימים של הדין הישראלי, למשל בתחום החינוך, ובכך הם מקנים להתנחלויות זכויות המוענקות למועצות מקומיות בתוך ישראל. אותה מערכת חוקית אוסרת על פלסטינים להיכנס להתנחלויות ללא היתר מיוחד; לעומת זאת, ישראלים פטורים מן הצורך להציג היתר מיוחד כדי להיכנס להתנחלויות. למטרה זו, כל מי שמשתייך לאחת משלוש הקבוצות הבאות מוגדר ישראלי: (1) תושבי ישראל; (2) תושבי השטחים שהם אזרחי ישראל או זכאים לעלות לישראל על פי חוק השבות; (3) אנשים שאינם תושבי השטחים אך יש ברשותם אשרה תקפה לשהייה בישראל. קטגוריה אחרונה זו מרחיבה את הפריבילגיה של כניסה להתנחלויות מעבר לאזרחים ישראלים וליהודים ומעניקה אותה גם לתיירים שאינם ישראלים ואינם יהודים.²³ לנוכח מנגנון זה, נראה שגם ההחלה הטריטוריאלית לכאורה של הדינים הישראליים היא למעשה החלה

של יהודים ולבני זוגם של יהודים, כמו גם לבני זוגם של ילדיהם ולבני זוגם של נכדיהם, אלא אם כן נולדו יהודים ובחרו להמיר את דתם (סעיף 4א לחוק).

החוק להארכת תקנות שעת חירום אינו חל באזורים שבשליטת הרשות הפלסטינית, אולם לעובדה זו אין השלכות מעשיות כיוון שישראלים ויהודים ממילא אינם גרים באזורים אלה.

חוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), תשכ"ט–1969, סעיף 147.

המשפט הישראלי אינו מתיר לישראלים, מלבד דיפלומטים ודומיהם, להצביע מחוץ לגבולותיה הגיאוגרפיים של ישראל. ראו שם, סעיף 6.

חוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה) — שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשל"ח–1977.

צו בדבר ניהול המועצות האזוריות (מס' 783) וצו בדבר ניהול המועצות המקומיות (מס' 892), ראו בצלם 2002.

צו לגבי הנחיות ביטחוניות (יהודה ושומרון) (מס' 378), 1970 — הכרזה על שטח סגור (התנחלויות ישראליות), ראו בצלם 2002. לדיון בחקיקה הצבאית המחילה את המשפט הישראלי על ההתנחלויות על בסיס טריטוריאלי, ראו רובינשטיין 1986, 451–455.

פרסונלית. מכאן שהתוצאה היא יצירת שני משטרים משפטיים נפרדים, בהתבסס על שילוב של גורמים פרסונליים וטריטוריאליים.

יש להוסיף ולציין כי בפסיקתו בעניין זכויות של מתנחלים ישראלים שפוננו מרצועת עזה קבע בג"ץ שחוקי היסוד של מדינת ישראל, לרבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חלים פרסונלית על הישראלים בשטחים. בג"ץ קבע כי השאלה אם חוקים אלה חלים גם על התושבים הפלסטינים של אותם שטחים דורשת עיון נוסף.²⁴

כבר ב־1986 טען אמנון רובינשטיין כי ההחלה החלקית של המשפט הישראלי על השטחים הובילה לטשטוש הגבול בין ישראל לשטחים ולשינוי מרחיק לכת במעמדם של השטחים מ"פיקדון מוחזק" ל"יצור כלאיים משפטי". כדברי רובינשטיין (1986, 447), השטחים, שהיו פיקדון (קרי נאמנות) לפי כללי המשפט הבינלאומי, הוטמעו בתוך השלטון הישראלי. המעבר מ"פיקדון מוחזק" ל"יצור כלאיים משפטי" מסמן את הפרת הנאמנות של הכובש ואת הסיפוח הנסתר של השטחים. מאחר שהפרת נאמנות וסיפוח מפרים שניים מבסיסי המבנה הנורמטיבי של הכיבוש, יהיה נכון יותר לומר שהשינוי היה מ"פיקדון מוחזק" ל"יצור כלאיים בלתי חוקי". אכן, "יצור כלאיים משפטי" — למצער בהקשר זה — הוא אוקסימורון.

אפשר גם לומר כי מבחינה משפטית הפעולות שנקטה ממשלת ישראל הן למעשה הפרה חמורה יותר של המשפט הבינלאומי מכפי שהיה אילו סיפחה ישראל את השטח באופן רשמי (סיפוח שהוא כאמור בלתי חוקי כשלעצמו במשפט הבינלאומי). הטעם לכך הוא שהמדיניות הנוכחית מעניקה לכובש את טובות ההנאה של הסיפוח, בלי לחייבו להכליל במדינתו את התושבים הכבושים ובלי להקנות להם את הזכויות ואת הפריבילגיות הנלוות לאזרחות.

כאשר בוחנים מצב זה אל מול מגוון הזכויות והמשאבים המוקצים למתנחלים²⁵ — לעתים קרובות על חשבון הפלסטינים ואגב נישולם — קשה שלא לעמוד על הדמיון בין משטר הכיבוש לבין משטר קולוניאלי, המתאפיין בניצול משאבי הטריטוריה לטובת המדינה האם ואזרחיה.²⁶ ניצול זה עלול אף להיות אפליה אסורה, כפי שהיא מוגדרת בסעיף 1 לאמנה לביעור כל הצורות של אפליה גזעית (1966), ולהיפסל מתוקף האמנה הבינלאומית לביעור פשע האפרטהייד ולענישת מבצעיו.²⁷ ואכן למשטר הכיבוש, בהיותו משטר בעל מאפיינים קולוניאליים, יש גם ממד אתני-גזעי מובהק.²⁸

²⁴ בג"ץ 3278/02; בג"ץ 1661/05, פסקאות 78–80; בג"ץ 8276/05.

²⁵ יש לציין שאף בג"ץ הכיר בכך ש"באישור רשויות המדינה זכו היישובים הישראליים להטבות מיוחדות, והמדינה השקיעה בבנייתם ובהרחבתם משאבים רבים, דבר שלא נעשה לגבי היישובים המקומיים" (בג"ץ 548/04, פסקה 4).

²⁶ Kretzmer 2002, 197. לדיון בעמדה זו, ראו זילברשץ 2004.

²⁷ Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, November 30, 1973, 1015 U.N.T.S. 243; ראו גם Shah 1997, 283. ישראל אינה צד לאמנה זו, אך האיסור הכלול בה מחייב מכוח דין מנהגי (Cassese 2003, 25). על הדמיון בין חוקים ופרקטיקות ישראליות בשטחים לבין משטר אפרטהייד, ראו גם ברוך של ג'ון דוגארד, United Nations Human Rights Council 2007.

²⁸ על הממדים הקולוניאליסטיים של הכיבוש, ראו אלגזי 2006; שנהב 2006.

עם זאת, לצורכי הטיעון המרכזי של מאמר זה אין צורך להכריע בשאלה אם משטר הכיבוש הישראלי הפך לסוג של קולוניאליזם, או שמא הוא דומה למשטר אפרטהייד. די לנו לקבוע שאם משטר זה מיועד להעדיף את האינטרסים של המתנחלים על פני אלה של האוכלוסייה המקומית, ואם הוא אכן עושה זאת בפועל על חשבון האוכלוסייה המקומית ותוך כדי נישולה – אזי הוא מפר את עקרון היסוד השני של המשטר: חובת הנאמנות של הכובש.

מייקל וולצר טען בהקשר לכיבוש האמריקני בעיראק שצדקתו של כיבוש נקבעת על פי כיוונו הפוליטי ועל פי חלוקת המשאבים שהוא מספק (Walzer 2004, 162–165). אם נקבל את הגדרתו של וולצר, הרי משטר הכיבוש הישראלי נראה הן בלתי חוקי והן בלתי צודק.

ג. פגיעה במרקם החיים

המערכת המשפטית המורכבת של הכיבוש יצרה גיאוגרפיה פוליטית המושתתת על אי-צדק, הניכר בחיי היומיום של האוכלוסייה הכבושה ובייחוד בכל הנוגע להגבלת חופש התנועה של הפלסטינים. מאות מחסומים מחלקים את השטחים לאזורים רבים וקטנים שהמעבר ביניהם מותנה בהיתרים. עזה מופרדת משאר השטחים הפלסטיניים וההגבלות על התנועה ממנה רבות. ביתור גיאוגרפי זה מטיל הגבלות עצומות על הפלסטינים בבקשם להגיע למקומות עבודתם, לבתי ספר, לבתי חולים, לחבריהם ולבני משפחותיהם. ההתנחלויות והכבישים העוקפים יוצרים קיטוע של השטחים הפלסטיניים, מפרידים קהילות ובסיסומו של דבר מציבים מכשול משמעותי בדרך למדינה פלסטינית ופוגעים קשות במרקם החיים. לסגרים, לעוצר ולמחסומים יש השפעה מצטברת והם גורמים לירידה חדה בנגישות לשירותי הבריאות ובאיכותם ולעלייה בשיעורי האבטלה. אמצעים אלה ואחרים – למשל הריסות בתים, שחוקיותם מוטלת בספק – הופכים את עצם החיים האזרחיים בשטחים לבלתי אפשריים, ל"טרגדיה אנושית" (UNCHR 2003b, par. 2).

הקמת החומה מסמלת את שיאה של מדיניות זו, את השפעתה ההרסנית על החיים בשטחים ואת הפרת עקרון הנאמנות שבבסיס אחריותו של הכוח הכובש כלפי האוכלוסייה הכבושה. מטעם זה קבע בית הדין הבינלאומי כי התוואי שנבחר לחומה נותן ביטוי לצעדים הלא חוקיים שנקטה ישראל ביחס לירושלים ולהתנחלויות. עוד הוא קבע כי לנוכח האפשרות שהחומה תניע אוכלוסייה פלסטינית לעזוב שטחים מסוימים, עולה הסכנה שיחולו שינויים נוספים בהרכב הדמוגרפי של השטחים הפלסטיניים. אין תמה אפוא שבית הדין ראה בבניית החומה – יחד עם הצעדים שנקטה ישראל טרם בנייתה – פגיעה חמורה בזכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית (ICJ 2004, par. 122).

ד. (חוסר) האיזון בין ביטחון הכובש לצורכי האוכלוסייה

תמונת המצב בשטחים מעידה בכירור על הרס מרקם החיים של התושבים הפלסטינים. עם

זאת, ברור שחובת הנאמנות של הכובש כלפי האוכלוסייה האזרחית הכבושה אינה מוחלטת, ושהוא אינו נדרש לקיימה על חשבון ביטחונו. ואכן, ישראל טוענת שהפלסטינים אחראים למצבם: בתגובה להצעתה הנדיבה לסיים את הכיבוש פתחו הפלסטינים באינתיפאדה השנייה. מהלך זה — שעיקרו התקפות טרור על אזרחים ישראלים, שהן בבחינת פשע נגד האנושות (Amnesty International 2002) — מחייב את ישראל לפעול לביטחונה ולביטחון אזרחיה.²⁹

תזה זו של ישראל מתבססת על ניסיון לנתק את הקשר הסיבתי בין הכיבוש לאינתיפאדה. אולם יש להכיר בכך שההפרות של זכויות האדם ושל המשפט ההומניטרי בשטחים הן תוצאות הכרחיות של הכיבוש, הנוצרות בעקבות הפרתה של ישראל את עקרונות היסוד של דיני הכיבוש. הפרה זו באה לידי ביטוי משפטי בעמדתה של ישראל (שאושרה בידי בג"ץ) כי צורכי הביטחון של הכוח הכובש, שעל פי תקנה 43 לאמנת האג יש לאזנם עם זכויות הפלסטינים, כוללים הגנה על חייהם ועל ביטחונם של המתנחלים הישראליים ושל ההתנחלויות עצמן. לנוכח קביעה זו, מלאכת האיוון בין צורכי הביטחון של הכוח הכובש לבין קיום החיים האזרחיים של הפלסטינים מבוססת לאמתו של דבר על חוסר איוון, הפוגע בזכויות האוכלוסייה הכבושה: הפלסטינים הם הסובלים מן הנטל של הגנה על ההתנחלויות הבלתי חוקיות כיוון שהשיקול הביטחוני, שהגנת ההתנחלויות מגולמלת בתוכו, נתפס כמצדיק הגבלה של זכויותיהם (Gross 2006; 2007).

כדי להעריך סוגיה זו ואת העמדות השונות שהוצגו בעניינה יש לבחון את ההיבט השלישי והאחרון של המבנה הנורמטיבי של משטר הכיבוש: ממד הזמניות.

2.3. זמניות הכיבוש

שני העקרונות הבסיסיים שנידונו לעיל — האיסור על סיפוח וניהול השטח הכבוש כנאמנות — מובילים לעקרון היסוד השלישי של המשטר: אופיו הזמני. הזמניות שזורה במגוון רחב של הוראות ספציפיות בדיני הכיבוש, המגבילות את שיקול דעתו של הכוח הכובש ואת סמכויותיו. כזו היא תקנה 43 לאמנת האג, המגלמת עיקרון זה בהטילה על הכובש חובה לכבד את "החוקים הנוהגים במדינה, אלא אם כן נבצר ממנו הדבר לחלוטין". משמעות ההוראה היא שהכובש אינו ריבון, והוא מפעיל סמכות ניהול זמנית בלבד. בדומה לכך קובעת תקנה 55 לאמנת האג שעל הכובש להסתפק בניהול ובאבטחה של הבניינים הציבוריים, של הנדל"ן ושל הנחלות החקלאיות השייכות למדינה (Gasser 1995, 209, 246). התפיסה הרואה בכיבוש צורת שליטה זמנית מגולמלת גם בהוראות אמנת ז'נווה הרביעית. סעיף 49(6) למשל, האוסר על העברת אוכלוסייה אזרחית של המדינה הכובשת

²⁹ ראו לדוגמה את תגובת ישראל לדוח של הדווח המיוחד לענייני הזכות למזון, שהוגשה לנציבות האו"ם לזכויות האדם (UNCHR 2003c, pars. 5–6). לפי תגובה זו, הדווח התעלם מאחריותם של הפלסטינים לעידוד פיגועי הטרור בישראל, אחריות שהופכת את פעולות ישראל להגנה עצמית מוצדקת.

לשטח הכבוש, מבטא רצון להבטיח שההרכב החברתי והדמוגרפי של הטריטוריה לא ישונה.³⁰ החובה לנהל את השטח תוך כדי שמירה על סטטוס קוו, וממילא תפיסת הכיבוש כמוגבל בזמן, משקפות גם את ההיגיון שביסוד סעיף 54 לאמנה, האוסר לשנות את מעמדם של שופטים ושל פקידים ציבוריים אחרים בשטח. קביעה זו נועדה להבטיח שהמבנה השיפוטי והמנהלי של הטריטוריה יישמר ויוסיף להתקיים ללא הפרעה. סעיף 64 לאמנה קובע הוראה דומה באשר לדינים הקיימים ומבטא בפירוט את העקרונות שבתקנה 43 לתקנות האג (Pictet 1958, 335). סעיף 47, הקובע את עקרון אי-ההכרה בסיפוח של שטח כבוש, מגלם אף הוא את עקרון הזמניות (שם, 274; 99; Benvenisti 1993).

התפיסה כי משטר הכיבוש זמני באופיו אינה נתונה במחלוקת. עם זאת, אין הוראה המגבילה במפורש את משך הכיבוש. ההוראה היחידה המתייחסת ישירות לממד הזמן מופיעה בסעיף 6 לאמנת ז'נווה. הוראה זו קובעת כי רק חלק מהוראות האמנה ימשיכו לחייב את המעצמה הכובשת בתום שנה מסיומן הכללי של הפעולות הצבאיות, אך אין בה כדי להגביל את משך הכיבוש עצמו.³¹ ממילא עולה השאלה: כיצד אפשר לצקת תוכן בעקרון הזמניות בהיעדר הוראה מגבילה?

מאיר שמגר הסביר כי היעדר מגבלות זמן מדויקות למשכו של משטר כיבוש משקף את היותו של הכיבוש "מצב עובדתי" ומלמד ש"בהיעדר פתרון פוליטי או צבאי, צורה זו של שלטון עשויה, מנקודת מבט משפטית, להימשך באופן בלתי מוגבל" (Shamgar 1982, 43).

אנו מבקשים לחלוק על הסבר זה. נקודת מבט משפטית לעולם אינה רק שיקוף של מצב עובדתי. נקודת מבט משפטית אינה מצדיקה את החלפת ה"זמני" ב"בלתי מוגבל בזמן". מצב זמני חייב לבוא אל קצו; מצב שאינו בלתי מוגבל בזמן עשוי להסתיים, אך עשוי גם לא להסתיים. השוני הרב בין שני המצבים מתחדד אם נהרהר לרגע במצב האנושי, הנשלט במידה רבה בידי המודעות שלנו לזמניות קיומנו. אילו היינו חושבים על קיומנו כעל קיום בלתי מוגבל בזמן היו חיינו משתנים לבלי הכר. מותר להאמין שיש "לפל זמן ועת לְכָל חפץ תחת השמים" (קהלת ג, 1), אך בה בעת יש להכיר בכך שאנו נוהגים בזמן כמשאב מוגבל. לפיכך, הזמן משפיע עלינו הן כיחידים והן מבחינת הקיום החברתי בצוותא, והמודעות שלנו לאופי הזמני של הקיום האנושי מעצבת את מוסדותינו החברתיים, לרבות המשפט. המשפט אינו רואה בזמן משאב בלתי מוגבל; נהפוך הוא: המשפט מקצה זמן, מחלק ומתווך אותו כמשאב מוגבל.

חלוקת משאבים מוגבלים היא אחד מתפקידיו המרכזיים של המשפט, ולכן הבנת הזמן כמשאב מוגבל מעידה על העניין של המשפט בחלוקת הזמן. עם זאת, את הזמן אי-אפשר לחלק באופן מופשט; הוא ניתן להקצאה רק ביחס לפעולה קונקרטית. למעשה,

³⁰ Pictet 1958, 283; Gasser 1995, 246. אפשר לפרש גם שאיסור זה נועד למנוע מצב שבו אזרחי המדינה הכובשת מתגוררים בשטח הכבוש וכפופים למשטרים משפטיים שונים.

³¹ לדין בהוראה זו, ראו Ben-Naftali 2005.

התפיסה הרואה בזמן משאב מוגבל היא המקנה לפעולה הקונקרטית משמעות והיא הדורשת הקצאת זמן יחסית בעבור האינטרסים המתחרים. המעצר המנהלי הוא דוגמה מובהקת לכך, בהיותו פעולה המשקפת את המתח – ואת האיוון – בין האינטרס של ביטחון הציבור לבין האינטרס של זכות האדם לחירות. מעצר מנהלי חייב להיות מוגבל בזמן, פן תאבד החירות את משמעותה. ואכן, הגבלת הזמן היא הנותנת לחירות את משמעותה. כדי לא לאבד משמעות זו, המשפט מגביל את פעולת המעצר המנהלי בין היתר בהקצאת זמן.

בדומה לכך, אם כטענת שמגר משטר כיבוש "יכול, מבחינה משפטית, להימשך ללא הגבלת זמן", הרי יתרוקנו מתוכן האינטרסים שמשטר זה בא להגן עליהם: האינטרס של האוכלוסייה הכבושה להגיע לנקודת הזמן שבה היא שולטת בחייה ומממשת את זכותה להגדרה עצמית, והאינטרס של המערכת הבינלאומית לחזור לסדר הרגיל של שוויון ריבוני בין מדינות ושל חפיפה בין ריבונות לבין שליטה אפקטיבית. זהו ההיגיון העומד ביסוד אופיו הזמני של הכיבוש. בהתאם לכך, את העובדה שבמסמכים הנורמטיביים הרלוונטיים לא מוקצה משך זמן מוגדר לכיבוש אין להבין כהרשאה להמיר את הזמני בבלתי מוגבל בזמן. פרשנות כזו אינה סבירה. הפרשנות הסבירה והראויה סובבת סביב תפיסת הזמן הסבירה. השאלה מהו זמן סביר תלויה בתכליתה, באופייה ובנסיבותיה של הפעולה הרלוונטית.

העקרונות היסודיים של דיני הכיבוש – הנתק בין השליטה האפקטיבית לבין הריבונות והאיסור על סיפוח; משטר הנאמנות הייחודי המאפיין את היחסים בין האוכלוסייה הכבושה לכוח הכובש וההיגיון העומד בבסיס אופיו הזמני של כיבוש – כל אלה מצביעים על תכלית משטר הכיבוש. תכליתו לנהל את המצב החרגי – המצב שבו הישות הריבונית אינה מפעילה שליטה אפקטיבית – במטרה להביא לשינוי פוליטי ולשוב לסדר הבינלאומי הנורמלי. הנורמות הבינלאומיות הרלוונטיות קובעות שעל שינוי כזה להתחולל בדרכי שלום, כשהוא מגשים את עקרון ההגדרה עצמית.

מן האמור עולה שמטרתו של משטר הכיבוש תסוכל אם משכו יפורש כנעדר הגבלה. מצב כזה עלול לעודד קיפאון פוליטי או שינוי אלים, במקום שינוי בדרכי שלום. לכן פרשנות כזו אינה סבירה. כיבוש השטחים בידי ישראל, שאינו מוגבל בזמן, מנוגד לתכליתו של משטר הכיבוש.

בהיעדר הכפפה למשך זמן סביר, לא רק תכליתו של משטר הכיבוש נתונה בסכנת הפרה, אלא גם אופיו כמשטר נאמנות. מכלול זכויות האדם אינו עומד לרשות האוכלוסייה הכבושה, הנתונה לשלטון זר. למצער, נשללות מהאוכלוסייה הזכויות הנלוות לאזרחות. הימשכותו של מצב כזה עשויה לקדם את האינטרסים של הכוח הכובש, שיוכל להסתמך על הוראות הדין העוסקות בשמירת הסטטוס קוו וכן על טיעוני ביטחון, ובתוך כך לפגוע באוכלוסייה הכבושה. פגיעה כזו עלולה להוליד התנגדות מצד האוכלוסייה הכבושה, העלולה בתורה להוביל להגברת הפגיעה באוכלוסייה זו בשם צורכי הביטחון. הואיל ובמצב רגיל יחסה של המעצמה הכובשת לאזרחיה שונה מיחסה לאוכלוסייה הכבושה, והואיל ובמצב של התנגדות למשטר סביר להניח שפערים אלה אף ילכו ויתחדדו, התוצאה עלולה

להיות מיסודו דה-פקטו של משטר מפלה הדומה באופיו למשטר אפרטהייד (Roberts 1990, 52). תרחיש זה, שכידוע מזכיר מאוד את המתחולל במקרה של הכיבוש הישראלי, עומד בניגוד לתפיסה מהותית של שלטון החוק.

עם זאת, שינוי פוליטי אינו דבר של מה בכך. השגת שינוי פוליטי, שבהקשר הפלסטיני צפוי להוביל למדינה ריבונית חדשה, היא סוגיית מדיניות מרכזית המחייבת תכנון ראוי. זהו הליך ארוך טווח, שעשוי להתבצע בשלבים ועלול גם להיכשל. עם זאת, אפשר להעריך אם ננקטה מראש מדיניות בכיוון זה; לשם כך יש לבחון את נסיבות הכיבוש הספציפי.

השאלה הרלוונטית ביותר בהקשר זה היא: האם הכוח הכובש סיפח את הטריטוריה או הביע בדרך אחרת כוונה להפוך את שהותו לבלתי מוגבלת בזמן? סיפוח ירושלים המזרחית בידי ישראל, ההפקעה הנרחבת של קרקעות פלסטיניות לשם הקמת ההתנחלויות והכבישים העוקפים, הקמת ההתנחלויות עצמן ובניית החומה – כל אלה מעידים על כוונה כזו. תוואי החומה אינו תואם לקו הירוק. התוואי הסופי שלה אינו ידוע עדיין והוא מוסיף ומשתנה עקב לחצים פנימיים³² וחיצוניים³³; עם זאת, ברור שהחומה נועדה להכיל התנחלויות ומתנחלים רבים בצדה ה"ישראלי". באזורים מסוימים היא מקיפה יישובים פלסטיניים; במקומות אחרים היא מבודדת אותם משאר הגדה המערבית. לדברי הדווח המיוחד לענייני הפרות זכויות האדם בשטחים מטעם נציבות האו"ם לזכויות האדם, בניית החומה בגדה המערבית וההתרחבות הנמשכת של ההתנחלויות נראות כהתפשטות טריטוריאלית וכסיפוח דה-פקטו ומעלות ספקות באשר לתום הלב שבנימוקי הביטחון של ישראל להצדקת החומה (UNCHR 2003a, 7, 15). קביעתו של בית הדין הבינלאומי בנושא ראוייה לציטוט:

אף שבית הדין מבחין בהבטחתה של ישראל שבניית החומה אינה מגיעה לידי סיפוח ושהחומה היא זמנית... אין הוא יכול להישאר שווה נפש לחששות מסוימים שהובעו בפניו, שלפיהם תוואי החומה יחרוך את הגבול העתידי בין ישראל לפלסטין, וכן לחשש שישאל עלולה לשלב [בתוכה] את ההתנחלויות ואת אמצעי הגישה אליהן. בית הדין סבור שבניית החומה והמשטר הקשור בה יוצרים עובדה מוגמרת על הקרקע, העלולה להפוך לקבועה; במקרה כזה היא תהיה שקולה לסיפוח דה-פקטו וזאת חרף הגדרתה הפורמלית של ישראל לחומה (ICJ 2004, par. 121).

³² הלחצים הפנימיים מופעלים מכיוונים שונים: המתנחלים מצד אחד והפלסטינים וארגוני זכויות האדם מצד אחר. חלק מלחצים אלה תורגמו לעתירות לבג"ץ. בג"ץ קבע שקטעים מסוימים של החומה אינם עומדים בדרישת המידתיות הן מבחינת המשפט ההומניטרי הבינלאומי והן מבחינת המשפט המנהלי הישראלי. ראו למשל בג"ץ 2056/04; בג"ץ 7957/04. בהקשר לקטעים אחרים של החומה דחה בג"ץ עתירות וקבע שהחומה עומדת בביקורת משפטית. ראו למשל בג"ץ 11395/05; בג"ץ 1348/05; בג"ץ 5624/06.

³³ את הלחץ החיצוני המשמעותי ביותר הפעיל בית הדין הבינלאומי לצדק בחוות הדעת המייעצת בעניין החומה (ICJ 2004). חוות הדעת, שניתנה בעקבות בקשת העצרת הכללית של האו"ם (GA 2003), קבעה שבניית החומה כחלק כלשהו מן השטחים הכבושים אינה חוקית ופירטה את ההשלכות המשפטיות הנובעות מכך. העצרת הכללית אימצה את חוות הדעת (GA 2004).

אילו התייחס בית הדין אל הבלתי מוגבל בזמן כאל ממד המצוי בין הזמני לקבוע, יכול היה להסיק שבניית החומה מסמנת לאו דווקא סיפוח דה-פקטו, העשוי להתרחש בעתיד (הקבוע), אלא סיפוח המתרחש בהווה (הבלתי מוגבל בזמן). מאחר שלצד הפעולות שתוארו לעיל משקיעה ישראל השקעות כלכליות נרחבות בשטחים,³⁴ ומאחר שפעולות אלה מממשות את רעיונות ההתפשטות הקיימים בישראל, המסקנה הסבירה היחידה היא זו: ישראל אינה רואה בשטחים פיקדון שיוחזר בתמורה לשלום במסגרת משא ומתן; ישראל התכוונה לספח חלקים נרחבים מהם ואף עשתה כן דה-פקטו.³⁵ הגיאוגרפיה הפוליטית של השטחים תקשה עד מאוד על הפלסטינים לממש את זכותם להגדרה עצמית במדינה ריבונית עצמאית. מצב זה מסכל את המטרה הפוליטית של סיום הכיבוש וקיום שתי מדינות.³⁶

נותנת לדיון השאלה: האם צורכי הביטחון של ישראל מצדיקים את הקמת ההתנחלויות ואת שרשרת הפעולות שנגזרה ממנה? כידוע, ישראל טוענת שפעולותיה מוצדקות בשל צורכי ביטחון לגיטימיים, בייחוד לנוכח פיגועי ההתאבדות. היא טוענת גם שפעולותיה בשטחים – לרבות הקמת החומה – הן צעדים זמניים בלבד, שאינם מעידים על כוונה לשינוי הגבולות הפוליטיים (ICJ 2004, par. 116). טיעונים אלה אינם מתיישבים עם הדין ועם העובדות.

מבחינת הדין ברור כי בעוד שדיני הכיבוש מכירים בצורכי הביטחון הלגיטימיים של המדינה הכובשת, הכרה זו אינה מכשירה את כל השיטות והאמצעים הננקטים לקידום צורכי הביטחון. קל וחומר שהכרה זו אינה חלה על ההתנחלויות: סעיף 49(6) לאמנת ז'נובה, האוסר על העברה של אוכלוסיית המעצמה הכובשת לשטח הכבוש, אינו כולל כל חריג המתיר העברה כזו מטעמי הביטחון. ההתנחלויות אינן אמצעי ביטחון תקף. יתרה מזו, אי-אפשר לנתק את שאלת חוקיות ההתנחלויות מן השאלה בדבר חוקיות בניית החומה. קשה לקבל את טיעוני הביטחון בהקשר להקמת החומה, לא רק בשל הפגיעה הלא

³⁴ לנתונים בנושא, ראו סבירסקי, קונור-אטיאס ואטקין 2001; סבירסקי 2005; שיף 2002; UNCHR 2003a, 7–8.

³⁵ בשונה מן הסיפוח דה-יורה של ירושלים המזרחית, בפעולות המתוארות לעיל אין צעד רשמי של סיפוח. עם זאת, הן בבחינת סיפוח דה-פקטו. הן ברצונו בלי להעניק לפלסטינים זכויות אזרחיות והפכו לנראות לעין ולברורות בעקבות עצם תכנונו של נתיב החומה. כפי שציין הדיוח המיוחד מטעם נציבות האו"ם לזכויות האדם, "שפה היא מכשיר רב-עוצמה. הדבר מסביר את ההימנעות התכופה ממילים מסוימות המתארות את המצב בדיוק רב". הדיוח התמקד בחומה בלבד וציין ש"החומה שישראל בונה נכון לעכשיו בתוך שטחי הגדה המערבית... מכונה 'מתחם התפר', 'גדר ביטחון' או 'חומה'. נמנעים מן המילה 'סיפוח' משום שהיא תיאור מדויק מדי ובשל הצורך לטשטש את האמת... אך יש להודות שמה שאנו עדים לו כעת בגדה המערבית הוא פעולה ברורה לעין וחד-משמעית של סיפוח טריטוריאלי תחת כסות ביטחונית... במשפט הבינלאומי מכנים סיפוח מסוג זה בשם אחר: 'conquest'". ראו UNCHR 2003a, 6, 8.

³⁶ כפי שמעוגן בהחלטת מועצת הביטחון מס' 1397, הצופה את קיומו של "משטר שבו שתי מדינות, ישראל ופלסטין, החיות זו לצד זו בגבולות בטוחים ומוכרים" (SC 2002).

מידתית בזכויות הפלסטינים — כפי שהגדיר אותה בג"ץ בחלק מפסקי דינו³⁷ — אלא בעיקר בשל העובדה הידועה שלעתים קרובות תוואי החומה אינו מפריד בין פלסטינים לישראלים, אלא בין פלסטינים לפלסטינים. את החומה, שאינה ניתנת להפרדה מן הכבישים העוקפים ומן ההתנחלויות עצמן, יש לראות כחלק ממדיניות הכיבוש, ההתנחלויות והסיפוח דה-פקטו.³⁸ לנוכח ההיסטוריה המשפטית הרלוונטית, אפשר גם להטיל ספק באמינות הטיעון הישראלי בדבר זמניותם של אמצעי ביטחון כמו החומה: הקרקעות הפלסטיניות נתפסו לרוב "למטרות צבאיות" על ידי צווי תפיסה זמנית לכאורה, אך מעולם לא הושבו לבעליהן (בצלם 2002א). בהקשר זה מעניין להתעכב על תשובת פרקליטות המדינה לבג"ץ באחת העתירות בעניין החומה:

אין מניעה מצד המדינה לתפוס מקרקעין מכוח צווי תפיסה זמניים גם לשם הקמת מתקנים שאינם בהכרח בעלי אופי זמני. על מנת לסבר את האוזן בלבד: באזור יהודה ושומרון נעשה שימוש בצווי תפיסה זמניים לצורך הקמת מתקנים בעלי אופי של קבע מסוגים רבים, כגון כבישים עוקפים ויישובים ישראלים... גם בתחומי מדינת ישראל נעשה שימוש בצו תפיסה זמני (שהוצא מכוח הסדר לתפיסת מקרקעין [הוראת שעה] תשט"ו-1955) לצורך הקמת שדה התעופה שדה דב, אשר אין חולק כי הוא מתקן בעל אופי של קבע. תפיסה זמנית זו המשכיה בהפקעת המקרקעין כדין בהתאם לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) 1943.³⁹

משחק המילים בין הזמני לקבוע מספק לגיטימציה לפעולות אסורות. משחק זה מתאפשר כשהכיבוש מפסיק להיות זמני, אך מנגד ממשיך להיחשב כזה. כיבוש כזה חורג ממשכו הסביר, כפי שמעיד הדיון במטרתו, באופיו ובנסיבותיו.

האמור לעיל אין פירושו שהכיבוש, על כל היבטיו, הוא נצחי. ה"התנתקות" מעזה מעידה על יכולתה של החלטה פוליטית להביא לפירוק ההתנחלויות. החלטה פוליטית יכולה גם להוביל לסיומו של כיבוש. ראוי לציין בהקשר זה שבעקבות ההחלטה הפוליטית להסיג כוחות צבאיים מעזה ולפרק את ההתנחלויות שהיו שם, הדגיש בג"ץ את האופי הזמני (להבדיל מן האופי הבלתי מוגבל בזמן) של הכיבוש, וזאת כדי לדחות את טענת המתנחלים שעתרו נגד תוכנית ההתנתקות (בג"ץ 1661/05, פסקאות 8-9, 115, 126). קביעה זו של

³⁷ בג"ץ קבע כי באזורים מסוימים בניית החומה גורמת לאוכלוסייה הפלסטינית פגיעה שאינה מידתית ביחס לתועלת הביטחונית (בג"ץ 2056/04, בעיקר פסקאות 48, 83-85; ראו גם ICJ 2004, pars. 135-136). הדיון של בג"ץ בדרישת המידתיות מחיל דרישה זו על כל מקטע ומקטע של החומה ובוחן את החלופות ואת האמצעים שפגיעתם פחותה ובכל זאת יאפשרו להשיג את המטרות הביטחוניות של המדינה. עם זאת, בג"ץ מיישם דרישה זו כשהוא מערבב בין הקשרים שונים של מידתיות ומייבא לתוך ההקשר של כיבוש ניתוח המתאים יותר למשפט מנהלי בדמוקרטיה ייצוגית. לדיון במהלך זה ובהשלכותיו, ראו Gross 2006, 405-411, 419-423.

³⁸ ראו גם את דברי שרת החוץ ציפי לבני, שקבעה כי גדר ההפרדה היא קו ההתייחסות לחלוקת הארץ בין מדינת ישראל למדינה פלסטינית (שביט 2006).

³⁹ סעיף 49 לתשובת המדינה בבג"ץ 02/1745, מצוטט אצל בצלם 2003ב, 30.

בג"ץ נכונה אמנם מבחינה נורמטיבית, אולם העובדה שקביעה כזו מעולם לא שימשה כדי לאתגר את חוקיותו של מפעל ההתנחלויות מעידה שהטשטוש בין הזמני לבלתי מוגבל בזמן מסייע זה שנים רבות למתן לגיטימציה למצב בלתי חוקי.

לסיכום, אותן פעולות המעידות שהכיבוש אינו יכול עוד להיחשב זמני מעידות גם על הפרת ההגבלות המהותיות שמטילים דיני הכיבוש על שיקול דעתה של המדינה הכובשת. פעולות אלה הן עדות לסיפוח דה-פקטו של חלקים נרחבים מן השטח הכבוש והן בבחינת הפרות נרחבות של המשפט ההומניטרי ושל דיני זכויות האדם. הן עומדות בניגוד לעיקרון הקובע שהכיבוש אינו מקנה ריבונות וכן בניגוד לעקרון הנאמנות. אם כן, הכיבוש הישראלי הפר את שלושת העקרונות שבבסיס המשטר הנורמטיבי של כיבוש, ולכן הוא בלתי חוקי מנקודת המבט של הממד הפנימי של המשטר המשפטי של הכיבוש.

3. הממד החיצוני של משטר הכיבוש

הדיון בהיבטים הפנימיים של הכיבוש הישראלי בשטחים התמקד בניהול הכיבוש בידי ישראל לנוכח הסטנדרטים הנורמטיביים הבסיסיים של דיני הכיבוש. במקד הדיון ניצבה מהות המשטר הנורמטיבי של הכיבוש. עתה נתמקד במבנה הנורמטיבי והפוליטי של הכיבוש כמצב מובחן מן הסדר הרגיל של היחסים הבינלאומיים: סדר המבוסס מבחינה נורמטיבית על יחסים בין מדינות שכל אחת מהן מפעילה שליטה אפקטיבית על השטח ועל האנשים המצויים בריבונותה. הכיבוש הוא מצב חריג משום שהוא מאופיין בנתק בין ריבונות לשליטה אפקטיבית.

מבחינה מבנית, משטר הכיבוש דומה למשטר חירום. משטר הכיבוש מתיק לזירה הבינלאומית את משטר החירום מן הזירה הלאומית. יסודותיו של משטר החירום עוגנו כבר במשפט הרומי העתיק והם מבוססים על שלושה עקרונות: חריגות, כוח מוגבל וזמניות. בשיח הנורמטיבי של משטר חירום, מצב החירום מובחן מן הסדר הרגיל של הדברים. הוא חריג נורמטיבי לנורמה הכללית, חריג המתקיים מכוח הנורמה הכללית. הוא משעה אותה אך אינו מחליף אותה: הסדר המשפטי הקיים מגדיר את התנאים שבהם הוא מושעה.

הכוחות המוקנים במצב כזה נועדו לשמש למטרה של חזרה למצב הנורמלי.⁴⁰ המבנה הבסיסי של המשטר הנורמטיבי של הכיבוש מתיק כאמור את הדגם החוקתי הזה לזירה הבינלאומית: הסדר הרגיל של הדברים מבוסס על עקרון השוויון הריבוני בין מדינות, כאשר ההנחה היא שכל אחת מן המדינות מפעילה שליטה אפקטיבית על שטחה ועל תושביה ושזכות ההגדרה העצמית זוכה למימוש. ניתוק הקשר בין ריבונות לשליטה אפקטיבית וחיים תחת שלטון זר — שניהם מאפיינים של כיבוש — הם מצב חריג. דיני הכיבוש מכירים בכיבוש ככזה, ולכן עליו להתנהל בצורה המבטיחה חזרה מהירה למצב

40 על המאפיינים החיוניים של הדגם המסורתי של מצב חירום, ראו Gross 2000, 1836–1839.

הנורמלי. מסיבות אלה סמכויותיו של הכובש מוגבלות בהיקפן ובמשכן, ואסור לו לפעול להשגת תוצאות קבועות.

היפוך היחסים בין הנורמלי לחריג משמעותו קץ המערכת הנורמטיבית (Marramao 2000). התיאולוגיה הפוליטית של קרל שמיט, שבה הכלל מוכפף לחריג, היא תקדים ובה בעת אות אזהרה. "הרגיל", אמר שמיט ([1922] 2005, 35), "אינו מוכיח דבר, היוצא מן הכלל מוכיח הכל; לא רק שהוא מחזק את הכלל, אלא הכלל מתקיים רק מכוח היוצא מן הכלל". מצב זה מסמן הן את הרס המשטר הנורמטיבי של החריג והן את הרס הכלל. הוא הופך את שלטון החוק על ראשו ובתוך כך מרוקן אותו מתוכנו.

היעדר הבחנה בין המצב החריג לבין סדר הדברים הרגיל מייצר מצב שבו החריג הופך לכלל החדש ויוצר תפיסת מציאות חדשה. בהקשר של משטר הכיבוש, מה שנחשב "ביטחון" יועדף תמיד על פני זכויות האדם של האויב. ואכן, היפוך היחס בין הכלל לחריג מקנה לגיטימציה לשימוש אסור בכוח. הוא מוביל לדיון בהפרות נקודתיות של זכויות האדם המתבצעות בשם הביטחון כאילו היו הן החריג לסדר הרגיל של הדברים, ובכך מטושטשת העובדה שהפרות אלה הן הכלל ולא החריג לכלל.

המצב שבו החריג והזמני הופכים לרגיל ולקבוע, והשעייתו הזמנית של הכלל הופכת לכלל, מתרחש כאשר כוחה הפוליטי של המדינה המודרנית מוצא עצמו במשבר מתמשך ונוטל על עצמו להגן על החיים הביולוגיים של האומה.⁴¹ הגנה זו, בתורה, מאיינת את דיני זכויות האדם.

המשפט הבינלאומי הכיר במצב של כיבוש כחריג, ויצר משטר נורמטיבי שנועד להבטיח שהשלטון האפקטיבי של הכובש יופעל באופן זמני, יכבד את הצרכים ההומניטריים ואת זכויות האדם של האוכלוסייה הכבושה וינוהל בדרך שתוביל לחזרה מהירה למצב הנורמלי, המבוסס על שוויון ריבוני. משטר כיבוש שנכשל לעשות כן הוא בלתי חוקי, לא רק מבחינת הממד הפנימי של דיני הכיבוש, אלא גם מבחינה מבנית וחיצונית, מבחינת הסדר המשפטי הבינלאומי המייצר את המסגרת הנורמטיבית שבתוכה קיימים דיני הכיבוש. כזה הוא הכיבוש הישראלי בשטחים הפלסטיניים.

4. מבנה משטר הכיבוש: אחד עשר בספטמבר ו-40 ל-67

את המסקנה בדבר אי־חוקיותו של משטר הכיבוש יש לבחון שנית לנוכח טענות ישראל באשר לצורכי הביטחון ולאמצעים הננקטים להבטחתם. אין מחלוקת שהתקפות טרור מציבות איום של ממש על האפשרות לנהל חיים תקינים. שרשרת אירועי הטרור מאז 11 בספטמבר 2001 יצרה מודעות עולמית למשמעות הטרור. עם זאת, יש להציב בסימן שאלה את ההשוואה הנשמעת בין הפלסטינים לארגון אל־קאעדה וכן את ההשוואה בין המאבק הפלסטיני לטרור

⁴¹ אגמבן [1995] 2003, 397–399. לדיון במקומה של הביו־פוליטיקה בכיבוש הישראלי בשטחים, בעקבות אגמבן ופוקו, ראו ראנז 2005.

הגלובלי. הפלסטינים נאבקים לשחרור לאומי בשטח כבוש. ארגון אל-קאעדה הוא קבוצה טרנס-לאומית שמטרתה האמורפית היא להרוס את אורח החיים המערבי. ההשוואה בין השניים משרתת את הטענה הישראלית שהתגובה הפלסטינית להצעות השלום הנדיבות (לכאורה) של ישראל בקמפ-דיוויד מוכיחה את חוסר תום הלב של הפלסטינים וחושפת את המניע האמיתי שלהם: הרס ישראל. הנעלם במשוואה זו הוא הכיבוש; היעדרו מאפשר את טשטוש את יחסי הסיבה והמסובב בין הכיבוש לאלימות פלסטינית. אמנם יחסים אלה אינם מצדיקים אלימות כלפי אזרחים — זו אסורה בכל מקרה — אך איסור זה אינו פוטר אותנו מן הצורך לבחון את האלימות בהקשרו של הכיבוש.⁴²

המאפיינים העיקריים של משטר הכיבוש שבהם דנו, אלה שהופכים את הכיבוש לבלתי חוקי, קיימים לפחות מאז 1977, קרי מאז שעלתה לשלטון מפלגה שמפעל ההתנחלות הוא ליבתה האידיאולוגית ולפני פרוץ האינתיפאדות הראשונה והשנייה. ממילא, שאלת האשמה בכישלון תהליך השלום והדיון בצורכי הביטחון המשתנים לנוכח שתי האינתיפאדות אינם רלוונטיים לדיוננו. יתרה מזו, גם הקמת הרשות הפלסטינית לא שינתה את מציאות הכיבוש: ישראל המשיכה להפעיל שליטה בשטחים ולהרחיב את ההתנחלויות.⁴³ מכל מקום, הניתוח שלנו רלוונטי למבנה הכיבוש בכללותו, שנמשך לפחות מ-1977 — אז התרחב מפעל ההתנחלויות — ועד ימינו.

יש להדגיש: טיעוננו בדבר אי-החוקיות של המשך הכיבוש הישראלי בשטחים מתבסס על הפרת העקרונות הבסיסיים של המשטר הנורמטיבי של הכיבוש בידי ישראל. מכאן שנימוקי ביטחון שונים המועלים כדי להצדיק את הפעולות הישראליות בשטחים אינם מתמודדים כלל עם הטיעון שלנו, שהרי שאלת החוקיות (מבחינת דיני הכיבוש) של פעולות מסוימות שנוקט צה"ל להגנה על ביטחון ישראל שונה משאלת חוקיותו של משטר הכיבוש כפי שהוצבה כאן.

התמקדות באופיו של משטר הכיבוש — בשונה מניתוח פעולות ספציפיות שנוקטו במסגרתו — חושפת שהמאפיין המרכזי של הכיבוש הוא טקטיקה של טשטוש גבולות, המופעלת כדי להעניק לגיטימציה לפעולות שאלמלא כן היו נחשבות לא חוקיות.

כך, בעוד שישראל טענה בעקביות שהגדה המערבית ורצועת עזה למעשה אינן שטח כבוש, הרי היא ופרקליטיה השתמשו בדיני הכיבוש להצדקת פעולות ישראליות בשטחים המגבילות את זכויות הפלסטינים.⁴⁴ באופן דומה, בעוד שבג"ץ מעולם לא קבע

⁴² הדיון החשוב בשאלה אם האלימות הפלסטינית מבטאת גם התנגדות לעצם קיומה של ישראל, לכיבוש ולעוולות הגירוש של 1948 מצוי מעבר למסגרת המאמר הזה. לדיון כזה, ראו למשל גנז 2006.

⁴³ כידוע, המגבלות על סמכויות הרשות הפלסטינית, היעדר רצף טריטוריאלי בין השטחים שבשליטתה והמשך השליטה הישראלית הכוללת — כל אלה גרמו לאחדים להשוות את הקמת הרשות הפלסטינית להקמת הבנטוסטנים בדרום אפריקה של משטר האפרטהייד (Bell 2000, 189–190).

⁴⁴ על השימוש של המדינה באמנות זינווה להצדקת פעולותיה, ראו טיעוניו של קרצמר, Kretzmer 2002, 197.

שאמנת ז'נווה הרביעית חלה דה-יורה בשטחים, הוא החליט להחיל לכאורה את הוראותיה ההומניטריות (בצורה שאפשרה לצה"ל להפעיל סמכויות של צבא כובש) ודחה בפועל רוב מוחץ של העתירות שהגישו הפלסטינים, כאשר לעתים קרובות הוא מרוקן את הוראות המשפט ההומניטרי ממשמעותן.⁴⁵ כך הצליחה ישראל ליהנות מהערכה על כך שהיא מכפיפה את פעולות צבאה לביקורת שיפוטית ומחילה לכאורה את הדין ההומניטרי הבינלאומי, בשעה שלמעשה היא הפרה את עקרונותיו הבסיסיים.

לטשטוש הגדר שבין כיבוש/לא-כיבוש, יש להוסיף את התוואי העמום המשורטט באזור הדמדומים שבין סיפוח/לא-סיפוח. מצב זה מתאפיין בתנועת מטוטלת בין היסודות השונים: מצד אחד ישראל פועלת בשטחים כריבון, שהרי היא מיישבת שם את אזרחיה ומחילה עליהם את חוקיה על בסיס טריטוריאלי ועל בסיס טריטוריאלי/פרסונלי מעורב; מצד אחר ישראל אינה פועלת כריבון, מאחר שהשטחים לא סופחו באופן רשמי וכיוון שהפעלת הריבונות הישראלית אינה כוללת מתן זכויות אזרחות לתושבים הפלסטינים. התוצאה היא שישאל נהנית בשטחים הן מהכוחות ומהסמכויות של מדינה כובשת והן מאלה של ריבון, ואילו תושבי השטחים אינם נהנים לא ממלוא הזכויות של אנשים החיים תחת כיבוש ולא מזכויות האזרחות בישראל. חוסר יציבות זה מאפשר לישראל ליישם את מדיניות "ארץ ישראל השלמה"⁴⁶ בלי לסכן את הרוב היהודי במדינה, ובה בעת להימנע מביקורת בגין סיפוח לא חוקי של השטחים.

עולה אפוא שטשטוש הגבולות בין הכלל לחריג ובין הזמני לבלתי מוגבל בזמן הוא המאפיין המרכזי של מבנה המשטר של הכיבוש הישראלי: הוא מעניק לו לגיטימציה, מאפשר את המשחק בין כיבוש ללא כיבוש ובין סיפוח ללא סיפוח ומכשיר של ההשעיה התמידית הזו. משטר כיבוש זה אינו חוקי.

"הקביעה שמצב מסוים אינו חוקי", קבע בית הדין הבינלאומי בהקשר אחר, "אינה מביאה כשלעצמה לסופו. היא יכולה להיות רק הצעד ההכרחי הראשון במאמץ להביא את הכיבוש הבלתי חוקי לקצו" (ICJ 1971, 52). ברי שהמשפט כשלעצמו אינו תחליף למדינאות ואינו יכול להביא את הכיבוש הבלתי חוקי לסופו. עם זאת, לקביעת אי-החוקיות ישנן תוצאות נורמטיביות: מדינה "שהתנהגותה היא מעשה אסור מבחינה בינלאומית בעל אופי מתמשך חייבת לסיים את התנהגותה זו בלי לפגוע באחריות שהיא כבר נושאת בה" (ILC 1996), ועל מדינות אחרות להימנע מלהכיר במצב הבלתי חוקי הזה (ICJ 1971, 159–160; 2004, 54–56).

יש להוסיף ולציין כי הקביעה שהכיבוש אינו חוקי אינה משפיעה על המשך תחולת המשפט ההומניטרי ודיני זכויות האדם. אלה מוסיפים לחול מתוקף היותם חובות שהמדינה הכובשת חבה בהן. אך קביעה זו עשויה להשפיע על החוקיות של אמצעי ביטחון הננקטים

⁴⁵ על גישתו המשפטית של בג"ץ, ראו שם, 38. ראו גם קרצ'מר 1995; שלף 1993; Shamir 1990. לדין מפורט בפסקי הדין של בג"ץ העוסקים בחומה, ראו Gross 2006.

⁴⁶ על אידיאולוגיית "ארץ ישראל השלמה" ועל השלכותיה, ראו 1989, 277; Kimmerling 1985.

להגנה על הכיבוש הבלתי חוקי ולעשותם לבלתי חוקיים כשלעצמם. תוצאה זו רלוונטית הן להערכת האמצעים שישראל נוקטת להגנה על הכיבוש והן לדיון בתקפותן המשפטית של טענות החיילים הישראלים המסרבים להשתתף בהגנה על הכיבוש. השאלה אם הקהילה הבינלאומית תחליט לפעול נגד הסגת הגבול שבין הכלל לחריג נותרת בעינה, והתשובה לה חורגת מדיוננו. כעניין משפטי, ברגע שנעשה שימוש בחוק כדי לטשטש את ההבחנות הללו, החוק מאבד ממשמעותו ומאפשר את הרס מרקם החיים בשטחים הפלסטיניים. משפט בינלאומי המסרב לדיבור על שאלת עצם חוקיותו של הכיבוש משתתף למעשה בהרס זה. הגיעה העת למחוק את הכתם העיוור של הדיון בעצם חוקיותו של הכיבוש.

ביבליוגרפיה

- אגמבן, ג'ורג'יו, [1995] 2003. "הומו סאקר: הכוח הריבוני והחיים החשופים", טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה, ערך שי לביא, רמות, אוניברסיטת תל-אביב, תל-אביב, עמ' 395–434.
- אופיר, עדי, 2001. עבודת ההווה: מסות על תרבות ישראל בעת הזאת, הקיבוץ המאוחד, תל-אביב.
- אלגזי, גדי, 2006. "מטריקס בבילעין: סיפור על קפיטליזם קולוניאלי בישראל של ימינו", תיאוריה וביקורת 29 (סתיו): 173–191.
- אלדר, עקיבא, ועדית זרטל, 2004. אדוני הארץ: מתנחלים ומדינת ישראל 1967–2004, כנרת, זמורה-ביתן ורביר, אור-יהודה.
- אמנה בינלאומית בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, 1966, כתבי אמנה 25, 547.
- אמנסטי אינטרנשיונל, 2004. "תחת עיי חורבות: הריסת בתים והשחתת אדמות ורכוש", אמנסטי אינטרנשיונל, תל-אביב, <http://www.amnesty.org.il/doc/israelOccTerRuiningHouses.pdf>.
- אמנת ז'נווה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949. כתבי אמנה 30, 559.
- בג"ץ 390/79, דוויקאט נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (1) 1.
- בג"ץ 1745/02, מינהל קהילתי לפיתוח בית חנינא ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז, תק-על 2002 (1) 675.
- בג"ץ 3278/02, המוקד להגנת הפרט ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נד (1) 385.
- בג"ץ 548/04, אמנה — תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח (3) 373.
- בג"ץ 2056/04, מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 807.
- בג"ץ 3758/04, אגרייב נ' ממשלת ישראל באמצעות ראש הממשלה ואח', תק-על 2006 (3) 1210.
- בג"ץ 5488/04, מועצה מקומית אלראם ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2006 (4) 3878.
- בג"ץ 6027/04, ראש מועצת הכפר אלזאווייה נ' שר הביטחון ואח', תק-על 2006 (3) 2665.
- בג"ץ 7957/04, מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', תק-על 2005 (3) 3333.
- בג"ץ 1661/05, המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואחרים, פ"ד נט (2) 481.

- בג"ץ 1348/05, ראש עיריית סלפית ואח' נ' מדינת ישראל ואח', תק-על 2006 (3) 608.
- בג"ץ 4289/05, מועצה מקומית ביר נבאלה ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2006 (4) 1903.
- בג"ץ 8276/05, עדאלה — המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח', תק-על 2006 (4) 3675.
- בג"ץ 11395/05, ראש עיריית סבסטיה ואח' נ' מדינת ישראל ואח', תק-על 2006 (2) 2974.
- בג"ץ 5624/06, עיריית בית אומר ואח' נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית ואח', תק-על 2006 (3) 1189.
- בצלם, 1998. "מי מריבה: אחריותה של ישראל למצוקת המים בשטחים", מחקר וכתביה יחזקאל ליין, בצלם, ירושלים, http://www.btselem.org/Download/199809_Disputed_Waters_Heb.doc.
- , 2000. "צמאים לפתרון: מצוקת המים בשטחים ופתרונה במסגרת הסדר הקבע", מחקר וכתביה יחזקאל ליין, בצלם, ירושלים, http://www.btselem.org/Download/200007_Thirsty_for_a_Solution_Heb.doc.
- , 2001. "דין לעצמם: אי אכיפת החוק על מתנחלים שתקפו פלסטינים בתגובה לפגיעה באזרחים ישראלים", מחקר וכתביה רון דודאי, בצלם, ירושלים, http://www.btselem.org/Download/2001_10_Free_Rein_Heb.doc.
- , 2002א. "גזל הקרקעות: מדיניות ההתנחלות בגדה המערבית", מחקר וכתביה יחזקאל ליין, בצלם, ירושלים, http://www.btselem.org/Download/200205_Land_Grab_Heb.doc.
- , 2002ב. "עוצר קטלני: אכיפת העוצר בשטחים באמצעות ירי", מחקר וכתביה שלומי סוסיסה, בצלם, ירושלים, http://www.btselem.org/Download/200210_Lethal_Curfew_Heb.doc.
- , 2002ג. "הכל צפוי והרשות נתונה: טיפולן של רשויות אכיפת החוק בהתקפות של מתנחלים על מוסקי זיתים", מחקר וכתביה יחזקאל ליין, בצלם, ירושלים, http://www.btselem.org/Download/200211_Olive_Harvest_Heb.doc.
- , 2003א. "אזור 2-H, חברון: עזיבה של פלסטינים כתוצאה מנוכחות המתנחלים בעיר", מחקר וכתביה שלומי סוסיסה, בצלם, ירושלים, http://www.btselem.org/Download/200308_Hebron_Area_H2_Heb.doc.
- , 2003ב. "הגדר הרעה: הפרת זכויות האדם כתוצאה ממכשול ההפרדה", מחקר וכתביה יחזקאל ליין, בצלם, ירושלים, http://www.btselem.org/Download/200304_Behind_The_Barrier_Heb.doc.
- גנוז, חיים, 2006. "זכות השיבה הפלסטינית וצדקת הציונות", מריכארד ואגנר עד זכות השיבה: ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות, עם עובד, תל-אביב, עמ' 259–285.
- גרינברג, לב, 2005. "הכלה הבלתי רצויה: מצוקת הדיבור של ההתנגדות לכיבוש", תיאוריה וביקורת 27 (סתיו): 187–196.
- זילברשץ, יפה, 2004. "שליטת צה"ל ביהודה, שומרון ועזה: תפיסה לוחמתית או כיבוש קולוניאלי?", מחקרי משפט 20 (2): 547–560.
- יש דין (ארגון מתנדבים לזכויות אדם), 2006. "מראית חוק: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית", מחקר וכתביה ליאור יבנה, יש דין, תל-אביב, http://www.yesh-din.org/Report/ASe_mblanceofLaw-Heb.pdf.

- סבירסקי, שלמה, 2005. מחיר היוהרה: הכיבוש — המחיר שישראל משלמת, מפה ומרכז אדוה, תל-אביב.
- סבירסקי, שלמה, אחי קונור-אטיאס, ואלון אטקין, 2001. מימון ממשלתי של ההתיישבות הישראלית ביש"ע ובגולן בשנות התשעים: רשויות מקומיות, בנייה למגורים וסלילת כבישים, מרכז אדוה, תל-אביב, <http://www.adva.org/ivrit/diur.html>.
- קרצ'מר, דוד, 1995. "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה ה-IV: דרכו של בית המשפט העליון", משפטים כו: 49–96.
- ראנס, הונידה, 2005. "תנטוס-פוליטיקה: דיאלקטיקה של חיים ומוות בצל הכיבוש", תיאוריה וביקורת 27 (סתיו): 181–185.
- רובינשטיין, אמנון, 1986. "מעמד המשפטי של ה'שטחים': מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי", עיוני משפט יא: 439–456.
- שביט, ארי, 2006. "אני ראוי", הארץ: מוסף, 29.12.2006, עמ' 18–22.
- שיף, זאב, 2002. "מצעד האיוולת בכבישים העוקפים", הארץ, 15.2.2002, עמ' ב1.
- שלום עכשיו, 2007. "אשמים! בניית התנחלויות על אדמות פרטיות — הנתונים הרשמיים", כתבו דרור אטקס וחגית עופרן, שלום עכשיו, תל-אביב, <http://www.peacenow.org.il/site/he/peace.asp?pi=61&fld=191&docid=2258>.
- שלף, ליאון, 1993. "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק בשטחים", עיוני משפט יז: 757–809.
- שנהב, יהודה, 2006. "חללי ריבונות, החרג ומצב החירום: לאן נעלמה ההיסטוריה האימפריאלית", תיאוריה וביקורת 29 (סתיו): 205–218.
- שמיט, קרל, [1922] 2005. תיאולוגיה פוליטית, תרגם רן הכהן, רסלינג, תל-אביב.
- Amnesty International, 2002. *Without Distinction — Attacks on Civilians by Palestinian Armed Groups*, <http://web.amnesty.org/library/index/engMDE020032002>.
- Bell, Christine, 2000. *Peace Agreements and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Ben-Naftali, Orna, 2005. "A la Recherche du Temps Perdu: Rethinking Article 6 of the Fourth Geneva Convention in the Light of the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion," *Israel Law Review* 38 (1–2): 211–227.
- Ben-Naftali, Orna, Aeyal M. Gross, and Keren Michaeli, 2005. "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory," *Berkley Journal of International Law* 23 (3): 551–614.
- Benvenisti, Eyal, 1993. *The International Law of Occupation*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- , 2003. "The Security Council and the Law of Occupation: Resolution 1483 on Iraq in Historical Perspective," *Israel Defense Forces Law Review* 1: 19–38.

- Benvenisti, Meron, 1984. *The West Bank Data Project: A Survey of Israel's Policies*. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research.
- Cassese, Antonio, 2003. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention, 2001. *Declaration*, 5 December 2001, <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/85255e950050831085255e95004fa9c3/8fc4f064b9be5bad85256c1400722951>.
- Drew, Catriona, 1997. "Self-Determination, Population Transfer and the Middle East Peace Accords," in *Human Rights, Self-Determination and Political Change in the Occupied Palestinian Territories*, ed. Stephen Bowen. Boston: Nijhoff Publishers, pp. 119–168.
- Eckhard, Frederic, 2002. "A Delicate Word in the Mideast, Letter to the Editor," *New York Times*, A16, March 23, 2002.
- Fletcher, George, 2002. "Annan's Careless Language," *New York Times*, A37, March 21, 2002.
- GA (UN General Assembly), 2003. *Resolution A/RES/ES-10/14*, UN GAOR, 10th emer. Sess. 23rd plan. Mtg.
- , 2004. *Resolution A/ES-10/L.18/Rev. 1*.
- Gasser, Hans-Peter, 1995. "Protection of the Civilian Population," in *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, ed. Dieter Fleck. Oxford: Oxford University Press, pp. 209–292.
- Gross, Aeyal M., 2004. "The Dilemma of Constitutional Property Rights in Ethnic Land Regimes: Israel and South Africa Compared," *South African Law Journal* 121: 448–465.
- , 2006. "The Construction of a Wall Between Jerusalem and the Hague: The Enforcement and Limits of Humanitarian Law and the Structure of Occupation," *Leiden Journal of International Law* 19: 393–440.
- , 2007. "Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?" *European Journal of International Law* 18: 1–35.
- Gross, Oren, 2000. "Exception and Emergency Powers: The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the 'Norm-Exception' Dichotomy," *Cardozo Law Review* 21: 1825–1868.
- Henckaerts, Jean-Marie, 1993. "Deportation and Transfer of Civilians in Time of War," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 26: 469–519.
- ICJ (International Court of Justice), 1950. *International Status of South-West Africa*, July 11, 1950, ICJ 128.
- , 1971. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, June 21, 1971, ICJ 16.

- , 2004. *Legal Consequences of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, July 9, 2004, ICJ 131.
- ILC (International Law Commission), 1996. *Draft Articles on State Responsibility*, art. 43, Report of the ILC on the Work of its 48th session, UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 10 at 142, UN Doc. A/51/10.
- Imseis, Ardi, 2003. "On the Fourth Geneva Convention and the Occupied Palestinian Territory," *Harvard International Law Journal* 44: 65–138.
- Israel Ministry of Foreign Affairs, 2001a. *International Criminal Court: Press Briefing by Israel Foreign Ministry Legal Advisor Alan Baker*, January 3, 2001, www.mfa.gov.il/MFA/MFA_Archive/2000_2009/2001/1/International+Criminal+Court+-+Press+Briefing+by+I.htm.
- , 2001b. *Israeli Settlements and International Law*, May 20, 2001, <http://www.mfa.gov.il/mfa/go.asp?MFAH0jyz0>.
- Kedar, Alexander, 2001. "The Legal Transformation of Ethnic Geography: Israeli Law and the Palestinian Landholder 1948–1967," *New York University Journal of International Law and Politics* 33: 923–1000.
- Kimmerling, Baruch, 1985. "Between the Primordial and the Civil Definitions of the Collective Identity: Eretz Israel or the State of Israel?" in *Comparative Social Dynamics: Essays in Honor of S.N. Eisenstadt*, eds. Erik Cohen et al. Boulder, Colorado: Westview Press, pp. 262–283.
- , 1989. "Boundaries and Frontiers of the Israeli Control System: Analytical Conclusions" in *The Israeli State and Society: Boundaries and Frontiers*, ed. Baruch Kimmrling. Albany, New York: State University of New York Press, pp. 265–284.
- Koskeniemi, Marti, 1989. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.
- , 1990. "The Politics of International Law," *European Journal of International Law* 1: 4–32.
- Kretzmer, David, 2002. *The Occupation of Justice*. Albany, New York: State University of New York Press.
- Levy, Ayelet, 1999. "Israel Rejects Its Own Offspring: The International Criminal Court," *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 22: 207–249.
- Marramao, Giacomo, 2000. "Schmitt and the Categories of the Political: The Exile of the Nomos: For a Critical Profile of Carl Schmitt," *Cardozo Law Review* 27: 1567–1587.
- Pictet, Jean, 1958. *Commentary: The Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Geneva: International Committee of the Red Cross.
- Quigley, John, 1998. "Living in Legal Limbo: Israel's Settlers in Occupied Palestinian Territory," *Pace International Law Review* 10: 1–29.

- Roberts, Adam, 1990. "Prolonged Military Occupation: The Israeli Occupied Territories Since 1967," *The American Society of International Law* 84: 44–103.
- SC (UN Security Council), 1980. *Res. 471*, UN SCOR 35th Sess., 2226th mtg. UN Doc. S/RES/36.
- , 1994. Resolution no. 904, UN SCOR, 49th Sess., 3351 mtg., UN Doc. S/RES/50.
- , 2002. Resolution no. 1397, UN SCOR, 4489th mtg., UN Doc. S/RES/1397.
- Segal, Rafi, and Eyal Weizman, 2003. "The Mountain: Principles on Building in Heights," in *A Civilian Occupation: The Politics of Israeli Architecture*, eds. Rafi Segal, David Tartakover, and Eyal Weizman. New York: Verso, pp. 80–102.
- Shah, Samira, 1997. "On the Road to Apartheid: The Bypass Road Network in the West Bank," *Columbia Human Rights Law Review* 29: 221–290.
- Shamir, Ronen, 1990. "Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy," *Law & Society Rev.* 24: 781–805.
- Shamgar, Meir, 1972. "The Observance of International Law in the Administered Territories," *Israel Yearbook on Human Rights* 1: 262–277.
- , 1982. "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government: The Initial Stage," in *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967–1980: The Legal Aspects*, vol. 1, ed. Meir Shamgar. Jerusalem: The Hebrew University of Jerusalem, pp. 13–60.
- Shehadeh, Raja, 1985. *Occupier's Law: The West Bank and the Rule of Law*. Washington: Institute for Palestine Studies.
- Schwenk, Edmund, 1945. "Legislative Power of the Military Occupant under Article 43, Hague Regulations," *Yale Law Journal* 54: 393–416.
- UNCHR (UN Commission of Human Rights), 2001. E/CN.4/2001/30, March 21, 2001.
- , 2002a. A/57/366, August 29, 2002.
- , 2002b. E/CN.4/2003.G/21, December 23, 2002.
- , 2003a. E/CN.4/2004/6, September 8, 2003.
- , 2003b. A/57/366/Add.1, September 16, 2003.
- , 2003c. E/CN.4/2004/G/14, November 26, 2003.
- United Nations Human Rights Council, 2007. A/HRC/4/17, January 29, 2007.
- Walzer, Michael, 2004. *Arguing About War*. New Haven: Yale University Press.
- Westlake, John, 1913. *International Law II: War*. Cambridge: The University Press.
- Yiftachel, Oren, 1999. "'Ethnocracy': The Politics of Judaizing Israel/Palestine," *Constellations* 6: 364–390.

