

1967 – "על הדין החל בשטחים המוחזקים" –

מאמר הפרקליט הצבאי הראשי

מאת: קצין-משפטים עומרי גור-אפטר, קצין ייעוץ במדור אוכלוסין,
מחלקת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון

בחודש אוקטובר 1967, בהיותו הפרקליט הצבאי הראשי, פרסם מאיר שמגר מאמר תחת הכותרת "המשפט בשטחים המוחזקים ע"י צה"ל", שאף תורגם זמן קצר לאחר מכן לשפה האנגלית. שני המאמרים פורסמו בכתבי-עת אקדמיים חשובים. למאמר, אשר פורסם בסמוך לאחר כניסת צה"ל לאזור יהודה ושומרון, חשיבות רבה להבנת התפיסה המשפטית של צה"ל בכלל והפרקליטות הצבאית בפרט, בעת כינון הממשל הצבאי באזור יהודה ושומרון ובאזורים אחרים.

רקע עובדתי

באמצע שנות השישים, יחידת הפרקליטות הצבאית נערכה לאפשרות של תפיסת שטחים על-ידי צה"ל בזמן מלחמה ועד להשגת הסדר מדיני קבוע. היחידה, בפקוד הפצ"ר אל"ם מאיר שמגר, ערכה שיח עם הגופים הצבאיים שהיו צפויים לקחת חלק בכינון שלטון צבאי והכשירה את קציניה בהיבטי המשפט הבין-לאומי הפומבי ובשיטות המשפט במדינות השכנות כחלק מבניין הכוח של צה"ל. בנוסף, הוכנו ערכות חירום, לשימוש במקרה בו צה"ל ידרש לתפוס שטחים מחוץ לגבולות מדינת ישראל כפי שהיו אז.



אל"ם מאיר שמגר, במפקדת כוחות צה"ל בגדה המערבית לאחר מלחמת ששת הימים, עם דב שפי, צבי טרלו, רחמני וולפסון ויהודה בלום (צילום: רס"ן אברהם בן-נפתלי)

במלחמת ששת הימים, כוחות צה"ל נכנסו לאזור יהודה ושומרון, רצועת עזה, חצי-האי סיני ורמת הגולן, ונטלו לידיהם את השלטון בשטחים אלו. תוך כדי לחימה ובהתבסס על ערכות החירום, פרסם המפקד הצבאי בכל אזור שלושה דברי חקיקה עיקריים, שכוננו "מנשרים", בהם נקבעו כללי יסוד לממשל הצבאי באזורים אלו. המנשרים ועימם שורת צווים שהוציאו המפקדים הצבאיים הסדירו נושאים רבים בתחום הפלילי-ביטחוני ובהם מנגנוני הסמכויות המנהליות של המפקד הצבאי, הקמת בתי המשפט הצבאיים, ועוד.

בחודש אוקטובר 1967, פחות מארבעה חודשים מתחילת התפיסת הלוחמתית בשטחים, פורסם בכתב העת הפרקליט המאמר "המשפט בשטחים המוחזקים ע"י צה"ל", פרי עטו של אל"ם מאיר שמגר. המאמר נועד להבנות את השיח על אודות המסגרת המשפטית לכינון

הממשל הצבאי ולהביאו לבמות מקצועיות ואקדמיות, באופן שהבהיר את העמדה הישראלית בעניין. זמן לא רב לאחר מכן פורסם תרגום המאמר לשפה האנגלית.

תוכן המאמר

שמגר סקר במאמרו את שלושת המנשרים שהוזכרו לעיל, בהם הצו המרכזי בדבר הוראות הביטחון, ואת ההגיונות המשפטיים שבבסיסם. כמו כן, דן שמגר בכמה מהסוגיות שמנשרים אלו העלו.

בעניין "המנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל" (מס' 1), הבהיר שמגר כי מדובר במנשר הצהרתי בלבד, ואילו פעילות כוחות הצבא, לרבות הפעלת סמכויותיהם ומימוש חובותיהם, נובעים מהשליטה האפקטיבית של הכוח בשטח ומעובדה זו בלבד. זאת, ללא תלות בשאלת דרך מינויו של המפקד הצבאי על-ידי רשויות המדינה, וללא תלות בגודל הכוח התופס או השטח התפוס. עוד הבהיר שמגר, כי הסמכות לקיים ממשל צבאי, והחובה להבטיח ככל האפשר את הסדר הציבורי והביטחון, אינן תלויות בשאלת מעמדו הקודם של השטח. הודגש כי "כללים אלו" חלים גם על "מה שקרוי אזורים משוחררים", כלשונו של המאמר. לבסוף, שמגר הסביר שהכרזה או הצהרה על תפיסת השטח הן אך נוהג, שאינו מחייב.



מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (מס' 1)

על אף ששמגר לא הפנה במאמר למקורות חיצוניים, נראה שהתייחסות לשאלה העובדתית של שליטה בשטח התפוס, וכן ההתייחסות לחובה להבטיח את הסדר הציבורי והביטחון, התבססה במידה רבה על הוראות תקנה 42 ותקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה, משנת 1907. על אף ששמגר לא התייחס במישרין לתחולתם הישירה של דיני התפיסה הלוחמתית ותקנות האג בתוכם ביחס לשלטון צה"ל באזורים שנתפסו במלחמת ששת הימים, ניכרת השראתם של דינים אלו על המסגרת הנורמטיבית אותה פרס שמגר במאמרו.

המאמר סוקר גם את "המנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט" (מס' 2), לגביו הבהיר שמגר, כי כשעבר השטח להחזקת צה"ל, פסק האויב לקיים כל פונקציה שלטונית, כך שכל גורם רשמי של האויב, לרבות רשויות מקומיות, רשאי לפעול אך ורק באישור המפקד הצבאי. עם זאת, אין בכך כדי לשנות או לבטל את סדרי השלטון המשפט והשיפוט בשטח, אותם יש למפקד הצבאי סמכות לשנות אם הדבר מתחייב לצורך שמירה על הביטחון, או על מנת לאפשר למפקד לקיים שלטון מסודר (ובאנגלית: "to maintain orderly government"). בהתאם, הסביר שמגר שהחוק באזורים המוחזקים על-ידי צה"ל, מורכב משתי שכבות מרכזיות: הדין המקומי, כפי שהיה ערב נטילת השלטון; והמנשרים והצווים המפורסמים על-ידי המפקד הצבאי, שעשויים להחיל דברי חקיקה חדשים, או לתקן חקיקה קיימת.

גם בחלק זה, שמגר לא הביא סימוכין למקורות כתובים חיצוניים למאמר, אולם נראה שהתפיסה המוצגת במאמר המשיכה להישען במידה רבה על הקבוע בתקנה 43 לתקנות האג בנוגע לחקיקה הקיימת והצורך להשאירה על כנה, לצד סמכות המפקד הצבאי לשנותה. כך, בנוסח האנגלי למאמר,

התייחס שמגר בהקשר זה לחקיקה הקיימת כ-"The existing legislation in force before the **occupation**"; התייחסות זו מצביעה גם היא על הפנייה לדיני התפיסה הלוחמתית במשפט הבין-לאומי, כמקור השראה להתנהלות המשפטית בשטחים שתפס צה"ל.

בהמשך המאמר ביאר שמגר את "המנשר בדבר כניסתו לתוקף של הצו בדבר הוראות הביטחון" (מס' 3), והצו בדבר הוראות הביטחון שנכנס לתוקף מכוחו. שמגר הסביר כי המנשר הוא אב-טיפוס בולט של חקיקה ביטחונית חדשה, אותה מבקשים מפקדי כוחות צה"ל להחיל באזורי הממשל. בהמשך הדברים, תואר מבנה הצו, והתייחס לסוגיות השונות שהוסדרו באמצעותו. בין אלו, מנה שמגר את העבירות השונות ואת העונש שנקבע בגינן; את סמכויות בתי המשפט, ובכלל זאת את הסמכות לשפוט על פי דין הפלילי הקודם; את סדרי הדין והראיות אשר חלו בבתי המשפט הצבאיים; וכן את הדרך בה הצו הסדיר את סמכויותיו המנהליות של המפקד הצבאי שהוציא אותו.

לבסוף, הזכיר שמגר את "הצו בדבר כוחות המשטרה הפועלים בשיתוף צה"ל" באזור יהודה ושומרון; נוסח צו זה, שמספרו 52 ואשר שולב לימים בצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), תש"ע-2009, הסמיך את משטרת ישראל לפעול באזורים שנתפסו, מטעם המפקד הצבאי.

את המאמר חתם שמגר בכך שבעיות משפטיות נוספות ראויות לסקירה נפרדת, ובכלל זה יחסי הגומלין המשפטיים בין השטח עליו חל המשפט הישראלי לבין האזורים המוחזקים בידי צה"ל, והחקיקה הצבאית בנושאים אזרחיים. לסיום הודה שמגר לקציני הפרקליטות הצבאית ביעוץ המשפטי, בשיפוט ובתביעה, "אשר השכילה בין היתר, לקיים מערכת שיפוטית סדירה, המשמשת הוכחה חיה לכך שניתן למזג יעילות צבאית עם שיפוט הוגן וצודק."

ראוי להזכיר בהקשר זה, כי מוקדם יותר באותה שנה, בחודש יולי 1967, העביר שמגר סקירה "על הבעיות המשפטיות והשיפוטיות בשטחי הממשל הצבאי", בוועדת החוקה, החוק והמשפט של הכנסת, בה הציג עמדה ולפיה הכללים המנחים בשליטה בשטחים שנתפסו על-ידי צה"ל, מצויים בתקנות האג, ובפרט תקנה 43 מתקנות האג, וכן באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, משנת 1949. כפי שנטען לעיל, ניתן למצוא הלימה מסוימת בין המנשרים וההתייחסות להם, לבין הוראות אלו מתחום דיני התפיסה הלוחמתית.

בשנת 1971, פורסם מאמר נוסף פרי עטו של שמגר, הפעם בהיותו היועץ המשפטי לממשלה. במאמר זה, הציג שמגר במפורש עמדה, שהייתה לעמדתה הרשמית של מדינת ישראל עד היום, לפיה עקב העובדה שבשטחי יהודה ושומרון לא היה ריבון לגיטימי קודם לצה"ל, הוראות אמנת ג'נבה הרביעית אינן חלות על פעילות כוחות צה"ל, אולם מדינת ישראל מקיימת בפועל את ההוראות ההומניטאריות הכלולות באמנה.

חשוב לציין, שהדיון בוועדת הכנסת, כמו גם המאמרים בהם עוסק חיבור זה, נוגעים כולם לממשל בכלל השטחים שהיו בשליטת צה"ל באותו זמן (לרבות אזורי חצי-האי סיני ורמת הגולן), ואילו המאמר משנת 71' התייחס לאזור יהודה ושומרון ולרצועת עזה בלבד. ייתכן, שהבדלים מסוימים בין העמדות המשפטיות העולות מן הדברים, מקורם גם בדקויות הקשורות להבדלים במעמד המשפטי של האזורים השונים אותם תפס צה"ל במלחמה.

חשיבות הנושא

פרסומם של מאמרים משפטיים בבמה אקדמית על ידי הפרקליט הצבאי הראשי במסגרת תפקידו אינם שכיחים במחוזותינו, ובפרט כאשר מדובר בפרסום שיוצא לאור זמן קצר לאחר מלחמה. הדין במאמרים הציג את המסגרת המשפטית בה פעל צה"ל, בעברית ובאנגלית, בסוגיות הנוגעות למשפט בין-לאומי פומבי ולמשפט הציבורי הישראלי. סוגיות אשר עודן מעסיקות את מערכת המשפט במדינת ישראל ואף נוכחות במערכות משפט זרות.

המאמרים מאפשרים לנו להציץ לתפיסות המשפטיות אשר הנחו את כוחות צה"ל, בזמן אמת, ברגע דרמטי בהיסטוריה של מדינת ישראל. עמדות אלו, אף שלובנו וחודדו במידה רבה במהלך השנים ובדיונים משפטיים רבים, נמצאות עד היום בבסיס פעולותיו של המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, ומכאן החשיבות הרבה שבהבנת שורשיהן ההיסטוריים.

מדוע בחרתי בנושא

כידוע, מאיר שמגר ז"ל היה לדמות מפתח בעיצוב הדינים החלים באזור יהודה ושומרון, עוד בטרם נכנס צה"ל לשטחי האזור, ובמשך עשורים רבים לאחר מכן. בתור קצין ייעוץ במחלקת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, הנדרש מדי יום ביומו לניתוח וליישום של העקרונות המשפטיים הסבוכים, והכללים המשפטיים הרבים, המכתיבים את עשייתה של מחלקתי, מצאתי עניין רב וחשיבות משמעותית בהכרת התפיסות המשפטיות היסודיות שהנחו את פעולת כוחות צה"ל באזור בשנתו הראשונה, מפיו של מי שהיה בעל השפעה מכרעת על עיצובן של התפיסות הללו. להיכרות זו יש משמעות רבה עבורי, גם לגיבוש הבנה העמוקה של עשייתי המשפטית, וגם במישור של העמקת היכרותי עם מורשת היחידה ועם התפתחות הרעיונות והמושגים המשפטיים המשמשים אותנו במלאכתנו.

להרחבה בנושא, ראו את המקורות הבאים:

- סגן אילנה גימפלסון "תחיקת הביטחון בכניסת כוחות צה"ל לאזור יהודה ושומרון" **מיזם שבועים שנות משפט צבאי של הפרקליטות הצבאית** (2018);
- מאיר שמגר "המשפט בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל" **הפרקליט** כ"ג (תשכ"ז) עמ' 540 (1967);
- פרוטוקול ישיבה מס' 126 של עדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת הששית, 1 - 8 (5 ביולי 1967);
- רועי אריאב-פריא, "מאמר היועץ המשפטי שמגר על הדין החל ביהודה, שומרון וחבל עזה", משרד המשפטים, **מיזם שורשים במשפט** (25 במארס 2019);
זמין כאן: https://www.gov.il/he/Departments/publications/reports/roots_1971;
- Col. Meir Shamgar, 'The Law in the Areas Held by the I.D.F', 8 *Public Administration in Israel and Abroad*, 42 (1968);
- Meir Shamgar, 'The Observance of International Law in the Administered Territories', 1 *Israeli Yearbook of Human Rights*, 26 (1971).