

"החלת המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים על אזורים מסוימים ברצועת עזה: היבטים משפטיים"

חגי ויניצקי*

תקציר:

המאמר דן בזכותה של מדינת ישראל להכרה בריבונותה ברצועת עזה, בדרך שבה יש לכלול אזורים מסוימים ברצועת עזה בשטח המדינה, ובמעמד המקרקעין שיכללו באזורים בהם תוכר הריבונות. מסקנת המאמר היא שרצועת עזה אינה שטח כבוש ומדינת ישראל זכאית להכרה בריבונותה ברצועת עזה. מאחר שמדובר בשטח שהיה כלול בשטח שהיה מיועד להקמת הבית הלאומי היהודי ולא היה בריבונות מוכרת של אף מדינה אחרת, הכללת אזורים מסוימים ברצועת עזה בריבונות המדינה אינה סיפוח. ממשלת ישראל רשאית להחיל את המשפט הישראלי בצו ממשלתי על אזורים מסוימים ברצועת עזה. ככל שיוחל המשפט הישראלי על אזורים מסוימים ברצועת עזה, שנדרשים לצרכים ביטחוניים, מקרקעין בבעלות פלסטינים יהיו בבעלות המדינה.

מבוא:

יהודים חיו בחבל עזה מהמאה השנייה לפנה"ס, מהתקופה החשמונאית ועד למלחמת העצמאות¹ וכמוכן בשנות קיומה של ההתיישבות היהודית בגוש קטיף, בנצרים וביישובי התוחמת הצפונית, אלי סיני, דוגית וניסנית עד לתוכנית ההתנתקות, בה נהרסו 24 יישובים, גורשו מבתייהם כ- 8,000 תושבים וכן פונו בתי הקברות היהודיים. לאחר פינוי כל היישובים שלטה הרשות הפלסטינית ברצועת עזה לטווח קצר, שכן בשנת 2007 השתלט ארגון החמאס על הרצועה, זרק מגגות של בניינים אנשים שהיו קשורים לרש"פ והחל לשלוט ברצועת עזה שליטה מלאה בכל תחומי החיים. במקום לפתח את האזור לטובת האוכלוסייה השקיע ארגון החמאס את כל מרצו ומשאביו שהגיעו לידיה, בין היתר, מהמוסדות השלטוניים שהפעיל ברצועה, לבניית אזור טרור שכלל, אלפי ק"מ של מנהרות טרור, שבחלקן חצו לשטח מדינת ישראל, וכן חימוש של עשרות אלפי פעיליו בנשק מתקדם שהוברח בחלקו ממצריים דרך מנהרות שעברו בציר פילדלפי. במהלך השנים ארגוני החמאס והג'יהאד האיסלאמי הפלסטיני תקפו את מדינת ישראל בירי של אלפי טילים לריכוזי אוכלוסייה, דבר המהווה פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, ואף חדרו למדינת

* ד"ר חגי ויניצקי הוא דיקאן הפקולטה למשפטים ומרצה בכיר לדיני קניין, דיני חוזים, דיני יהודה ושומרון ודיני רישום זכויות ביחס לנכסים במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט וראש מכון בגין למשפט וציונות. ד"ר ויניצקי היה חבר ב"צוות לגיבוש מתווה להסדרת מבנים ושכונות ביישובים היהודיים ביהודה ושומרון אשר הוקמו תוך מעורבות של הרשויות" בראשות ד"ר חיה זנדברג, במינוי ראש הממשלה. המאמר מוקדש לסבה של סבתי, הרב משה יחיאל מיכל סנדרוב שו"ב ז"ל, שגר בעיר עזה כאשר עלה לארץ בשנות השבעים של המאה ה-19. אמנם, היעד המקורי היה העיר יפו, אך בשל סערה בים, רב החובל לא הסכים לעגון ביפו, והתחנות הבאות היו עזה ואלכסנדריה. הרב משה יחיאל סנדרוב ירד מהאונייה בעזה וגר בה תקופה מסוימת. בנו, אלתר סנדרוב ז"ל (סבא רבה שלי), נולד בעיר עזה, ומאחר שלא היה מוהל בעזה, צעדה המשפחה עם שני חמורים לירושלים לערוך את הברית. בסיום אותה תקופה עבר הרב משה יחיאל סנדרוב לפתח תקווה מייד לאחר היוסדה והיה השוחט ובודק הראשון של המושבה.

¹ ישראל שפירא, **עזה מאז ולתמיד: תולדות יהדות עזה** (2024); חגי הוברמן, **שורשים בחולות: סיפור ההתיישבות היהודית בחבל עזה (גוש קטיף)** (2005); חגי הוברמן **יהודים בעזה** (מרכז למורשת יהודי עזה, תשנ"ב).

ישראל דרך מנהרה וחטפו את החייל גלעד שליט. בעקבות מעשים אלו הרחשו מבצעים צבאיים רבים, שהגדולים מבניהם היו מבצעי "עופרת יצוקה" ו"צוק איתן".

בתאריך 7.10.23 ארגוני הטרור חמאס, הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני, ארגוני טרור נוספים וכן אזרחים עזתים שאינם משויכים לארגון טרור תקפו את מדינת ישראל. בתקיפה זו פלשו אלפי מחבלים, חברי הארגונים האמורים ואזרחים עזתיים לשטחה הריבוני של מדינת ישראל, תוך ניצול קרבת הגבול ליישובי עוטף עזה, רצחו באכזריות ובמעשי זוועה כ- 1,200 אנשים, לרבות אזרחים, וביניהם נשים, ילדים ותינוקות. הטרוריסטים התעללו בגופות, ערפו ראשים וראשי תינוקות, כרתו איברים, שרפו אנשים ותינוקות חיים, אנסו נשים באכזריות ועשו מעשי זוועה רבים שלא נראו מאז שואת יהודה אירופה. בנוסף, הטרוריסטים חטפו לרצועת עזה 251 אנשים, לרבות אזרחים בהם קשישים, נשים, ילדים ותינוקות (חלקם חולים מאוד) ופצעו אלפי אנשים חלקם במצב קשה ואנוש. מעת החלה ההתקפה נורו אלפי טילים ורקטות לערי ישראל. בעקבות התקיפה הנ"ל - שכללה פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ופשעי השמדת עם² - כבר באותו היום הכריזה ממשלת ישראל מלחמה נגד ארגוני החמאס והג'יהאד האסלאמי הפלסטיני על פי סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה. על פיה ההודעה, מטרות המלחמה הן מיטוט שלטון החמאס ברצועת עזה והשבת החטופים.

בעקבות "טבח שמיני עצרת" ו"מלחמת התקומה" רבו הפרסומים בתקשורת שמדינת ישראל עשויה "להחיל את ריבונותה", על אזורים מסוימים ברצועת עזה לצורכי ביטחון בתוחמת הצפונית, בפרימטר, בציר פילדלפי ויתכן שאף באזורים אחרים. בהתאם לפרסומים אלו אין ספק שהכללת אזורים אלו ברצועת עזה בשטח מדינת ישראל תגן על היישובים בעוטף עזה, שכן היא תרחיק את הגבול מסמיכות של מאות מטרים לבתייהם למרחק גדול יותר שיאפשר במקרה של מתקפת פתע נוספת לעצור את המרצחים לפני שיפלו ליישובים. כזכור ארגון החמאס מכריז גם כעת שכל שתהיה לו הזדמנות לבצע טבח נוסף הוא מתעתד לעשות זאת.³ יתרה מכך, הכללת אזורים אלו בשטח מדינת ישראל עשויה לתרום גם להרתעה מפני מעשים דומים בעתיד לאלו שנעשו ב"טבח שמיני עצרת" ועשויה אף לתרום להכנעת ארגוני הטרור ולשחרור החטופים, שכן יש הסוברים שפגיעה במחבלי החמאס ובתשתיות שלו אינה מרתיעה את ארגון הטרור וההרתעה הטובה ביותר היא הקטנת שטח הרצועה.⁴ מאמר זה ידון במעמד רצועת עזה במשפט הבינלאומי, בזכותה של מדינת ישראל להכרה בריבונותה ברצועת עזה ובמשמעות החלת המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים על אזורים מסוימים ברצועת עזה.

א. מעמד רצועת עזה במשפט הבינלאומי:

בהתאם לעמדתה הרשמית של מדינת ישראל, רצועת עזה אינה שטח כבוש, דיני התפיסה הלוחמתית לא חלים בה ולמדינת ישראל הזכות להכרה בריבונותה ברצועת עזה. מאחר ששטח זה יועד להיות חלק

² להיות מעשים אלו פשע של השמדת עם על פי החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950, ראו חוות דעת "בית המשפט הצבאי המיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות" (מכון בגין למשפט וציונות, 1.11.23).

³ "Hamass official says group aims to repeat Oct. 7 onslaught many times to destroy Israel" *The times of Israel* (1.11.23); לירן אהרונר "חמאס: מוכנים למלחמת התשה חדשה וחטיפת חיילים" וואלה (18.7.25).

⁴ Amit Segal "Annexing Parts of Gaza Is the Way to Unleash 'Hell' on Hamas" *The Wall Street Journal* (8.1.25); "Israel said to warn Hamas it will annex parts of Gaza if no hostage deal reached" *The times of Israel* (30.7.25).

מהבית הלאומי לעם היהודי ולא היה בריבונות מוכרת של אף מדינה אחרת לא מדובר בסיפוח.⁵ בנושא זה ניתן להבחין ביו חמש תקופות: 1. התקופה שמתחילה מכתב המנדט שניתן בשנת 1922 ועד להקמת המדינה. 2. התקופה שמתחילה מהקמת המדינה ועד מלחמת ששת הימים. 3. התקופה שמתחילה במלחמת ששת הימים ועד לתוכנית ההתנתקות בשנת 2005. 4. התקופה שמתחילה בתוכנית ההתנתקות ועד "מלחמת התקומה". 5. התקופה שהחלה בתחילת "מלחמת התקומה" ונמשכת עד היום.

1. התקופה שמתחילה מכתב המנדט ועד להקמת המדינה

כתב המנדט שהוציא חבר הלאומים בשנת 1922, שהתבסס על הצהרת בלפור וועידת סן רמו, קבע שרצועת עזה מיועדת כחלק מכל שטח המנדט לכינון מחדש של בית לאומי לעם היהודי. הכרה בינלאומית זו בזכות העם היהודי להקים מחדש את ביתו הלאומי נשענה בראש ובראשונה על זכויותיו ההיסטוריות והדתיות של העם היהודי בארץ ישראל.⁶ כתב המנדט אושר באו"ם בסעיף 80 למגילת האו"ם בשנת 1945.⁷ במשפט הבינלאומי, על פי עקרון ה-*uti possidetis juris* (כפי ש[אתם] מחזיקים בחוק), גבולותיהן של מדינות עצמאיות חדשות נקבעים על פי הגבולות המנהליים שהיו להן תחת שלטון קולוניאלי או מנדטורי. מדינת ישראל, שהוקמה בשנת 1948, לאחר סיום המנדט הבריטי על ארץ ישראל, עומדת בכל הקריטריונים ליישום עיקרון זה, כלומר ששטחה של מדינת ישראל צריך להיות לפחות בתוך שטח המנדט הסופי, הכולל גם את רצועת עזה.⁸ החלטת העצרת הכללית של האו"ם על תוכנית החלוקה בתאריך 29.11.47 לא הייתה החלטה מחייבת, והיא הותנתה בקבלתה על ידי הצדדים. ברם, ההחלטה נדחתה מצד מדינות ערב והתושבים הערבים בארץ ישראל, ודחייה זו הובילה לתקיפת מדינות ערב וערביי ארץ ישראל במלחמת העצמאות, ולכן החלטה זו אינה תקפה.⁹

2. התקופה שמתחילה מהקמת המדינה ועד מלחמת ששת הימים

במהלך מלחמת העצמאות מצרים פלשה באופן לא חוקי לרצועת עזה, ולכן כיבוש הרצועה על ידיה היה כיבוש לא חוקי.¹⁰ הסכמי הפסקת האש בין ישראל למצרים בסוף המלחמה קבעו שהם אינם קובעים גבול

⁵ "דחיית החלטה של העצרת הכללית של האומות המאוחדות מיום 10 במאי 2024, החלטה מס' 1747 של הממשלה מיום 15.05.2024". ראו גם: Stephen M. Schwebel, "What Weight to Conquest?" 64 A.J.I.L. 344-47 (1970); Michael Curtis "International Law and the Territories" 32 Harvard International Law Journal 457, 492 (1991); William M. Brinton, "Israel: What Is Occupied Territory? A Reply to the Legal Adviser" 2 Harv. J. of L. & Pub. Policy, 207, 213-15 (1979); Elihu Lauterpacht JERUSALEM AND THE HOLY PLACES, ANGLO-ISRAEL ASSOCIATION, 51-53 (1968); Talia Einhorn, "The Status of Judea & Samaria (the West Bank) and Gaza and the Settlements in International Law" 22 - 30 (Jerusalem Center for Public Affairs 2014) <<https://ssrn.com/abstract=2480505>>.
⁶ לרקע ההיסטורי, ראו במבוא לכתב המנדט: Mandate for Palestine, intro. & art. 5, July 24, 1922, L.N.T.S. Doc. C.529M.314 1922 VI Douglas J. Feith "The League of Nations Mandate for Palestine", ראו גם: in ISRAEL'S LEGITIMACY IN LAW AND HISTORY 13 (E.M. Siegel, ed, N.Y., 1993).
⁷ שנשענה על מקורות תנ"כיים והאמונה שהציונות מממשת את ההבטחה האלוהית ליישב מחדש את העם היהודי בארץ אבותיו, Walter Rothschild and the Balfour Declaration, THE ROTHSCHILD ARCHIVE, <https://bit.ly/303uBSk> (last visited, July 13, 2020). ראו גם: חגי ויניצקי "לִדְ אֶתְנָה וְלִזְרָעָה עַד עוֹלָם" – על זכותו הדתית של עם ישראל בארץ ישראל ביסוד חוק יסוד הלאום "שנתון המשפט העברי" לב 163, 221 - 226 (תשפ"ג - תשפ"ד). למצוות יישוב הארץ ברצועת עזה ראו גם: הרב יעקב אריאל "חבל ימית וחוף עזה – לחיוב המצוות התלויות בארץ" 364 תחומין ב' (תשמ"ב).
⁸ U.N Charter art. 80 ראו.

⁹ ל-*uti possidetis juris principle* ולזכותה של מדינת ישראל להכרה בריבונותה ברצועת עזה ראו: Abraham Bell, Eugene Kontorovich "Palestine, Uti Possidetis Juris, and the Borders of Israel" 58 Ari.LR. 633 (2016); Talia Einhorn "Israel Under Fire - Israel's Legal Rights Regarding Settlements" Jerusalem Center for Security and Foreign Affairs (2.2.24).

¹⁰ Schwebel, לעיל ה"ש 5; Curtis, לעיל ה"ש 5 בעמ' 465; Einhorn, לעיל ה"ש 8; Brinton, לעיל ה"ש 5, בעמ' 213-15.

רשמי, ואין הם פוגעים בתביעות של כל צד באשר ליישוב הסופי של שאלת ארץ ישראל.¹¹ מצרים החזיקה בשטח רצועת עזה באמצעות ממשל צבאי (למעט תקופה קצרה ממבצע קדש ועד לנסיגת צה"ל מספר חודשים לאחר מכן), לא ניסתה לספחו ולא תבעה הכרה בריבונותה באזור זה. כך שהדין המנדטורי נותר בתוקף.¹²

3. התקופה שמתחילה במלחמת ששת הימים ועד לתוכנית ההתנתקות בשנת 2005

במלחמת ששת הימים שחררה ישראל את רצועת עזה. החלטות מועצת הביטחון של האו"ם 242 ו-338 שניתנו לאחר מלחמות ששת הימים ויום הכיפורים, בהתאמה, הדגישו את חובתה של מדינת ישראל להסיג כוחות מזוינים (לא את הכוחות המזוינים, או את כל הכוחות המזוינים) משטחים (לא מהשטחים, או מכל השטחים), כשהכוונה היא שאין חובה למדינת ישראל לסגת מכל השטחים שהיא שחררה במלחמת ששת הימים.¹³ בנסיגה מחצי האי סיני עמדה מדינת ישראל במחויבות זו. יתרה מזאת, החלטות אלו התקבלו על פי פרק vi למגילת האו"ם, שהן בגדר החלטות לא מחייבות.¹⁴ בנוסף יש להדגיש כי רצועת עזה שוחררה במלחמת מגן.¹⁵ הסכם השלום עם מצרים משנת 1979 לא שינה דבר מבחינתה של עזה, שכן למצרים כאמור לא הייתה כל זכות או טענה לגבי הרצועה.¹⁶ בהסכמים עם הרשות הפלסטינית נקבע שהם אינם קובעים דבר באשר להסכמי הקבע.¹⁷ רצועת עזה הייתה לפני מלחמת ששת הימים כאמור בשליטת מצריים ששלטה בה בממשל צבאי. מאחר שאמנת ז'נבה הרביעית מתייחסת במפורש לתחולתה על שטחים שנכבשו מצד שהריבונות שלו מוכרת באותו השטח במשפט הבין-לאומי, היא לא חלה על רצועת עזה. גם תקנות האג אין רלוונטיות, שכן אין מדובר בשטח שנכבש ממדינה שהריבונות שלה מוכרת באותו השטח. ולכן העמדה הרשמית של מדינת ישראל מאז שנת 1967 ועד לתוכנית ההתנתקות הייתה שלא מדובר היה בשטח כבוש, אך מדינת ישראל פעלה בו מרצונה על פי ההוראות ההומניטריות הכלולות באמנת ז'נבה הרביעית ובתקנות האג.¹⁸

¹¹ סעיף 5.2 להסכם מצרים - ישראל על שביתת נשק כללית, (24.2.49).

¹² Sabel לעיל ה"ש 9, בעמ' 309.

¹³ Sabel (1971); 6 Isr.L.R. 360 "On Multi-Lingual Interpretation" לעיל ה"ש 9, בעמ' 200-204; Einhorn, לעיל ה"ש 5, בעמ' 13 - 16.

¹⁴ איינהורן, שם. אך השוו Sabel שם, בעמ' 197 - 198.

¹⁵ Allan Gerson, "Trustee-Occupant: The Legal Status of Israel's Presence in the West Bank" 14 H.I.L.J. 1, 21-22.

Schwebel (1973); 22 לעיל ה"ש 5, שם; Brinton לעיל ה"ש 5, שם.

¹⁶ איל זמיר ואיל בנבנישתי **אדמות היהודים ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים** 64 (1993). בבג"ץ 785/87 עפ"ו נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** פ"ד מב(2) 4, 49 - 50 (1988), נקבע שלמרות הסכם השלום כל עוד לא שונה בפועל המצב בשטח הרצועה חלים דיני התפיסה הלוחמתית. כך סבורים גם זמיר ובנבנישתי, שם, בה"ש 20. לדעה שונה לפיה בעקבות הסכם השלום עם מצרים לא חלים יותר דיני התפיסה הלוחמתית וכן היה מקום לסיים את הממשל הצבאי אך להותיר את המנהל האזרחי, ראו: יורם דינשטיין "גירוש משטחים מוחזקים" **עיוני משפט** יג 415 - 414 (1988).

¹⁷ Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (28.9.1995) Art XXXI (5), (6); Einhorn לעיל ה"ש 5, בעמ' 16 - 18.

¹⁸ Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, Art. 2, Oct. 18, 1907, and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, Art. 42-56, 205 CTS 277, 36 Stat. 2277; Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Art. 2, August 12 1949, 75 U.N.T.S. 287, entered into force October 21, 1950; Meir Shamgar "The Observance of International Law in the Administered Territories" 1 Isr YB Hum Rts 262, 263-267 (1971); Brinton לעיל ה"ש 5, בעמ' 22-30. ראו גם: Nissim Bar-Yaacov "The Applicability of the Laws of War to Judea and Samaria: The West Bank) and to the Gaza Strip" 24 Isr.L.R. 485, 492 (1990). Sabel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 309; Eugene V. Rostow 84 A.J.I.L. 717-19 (1990); Benvenisti, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 207 (2nd ed, 2012). לעיל ה"ש 9, בעמ' 309; G. Von Glahn, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY: A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION (1957) 28-37; L.C. Green, THE CONTEMPORARY LAW OF ARMED CONFLICT (1993) 248.

כנגד עמדתה של מדינת ישראל קיימת גישה אחרת לפיה שטח מסוים נחשב "כבוש" כאשר הוא מוחזק תחת שליטה אפקטיבית של מדינה מבלי להיות חלק משטח הריבוני המוכר. סעיף 42 לתקנות האג קובע כי "שטח נחשב כבוש כאשר הוא נתון בפועל לסמכותו של צבא עוין". בשנת 1967, לאחר מלחמת ששת הימים, החלה ישראל להפעיל שליטה על רצועת עזה, אך אזור זה לא הפך לחלק ממדינת ישראל. מנקודת מבטם של תושבי רצועת עזה הערבים שנמצאו תחת שליטת צה"ל, וכן מנקודת מבטם של מצרים, ששלטה באזור זה לפני 1967, צה"ל היה בבירור צבא עוין, ולכן רצועת עזה נחשבת לפי גישה זו לשטח כבוש כפי שמוגדר בתקנות האג. אמנת ז'נבה הרביעית נועדה לחול על כל שטח כבוש בסכסוך מזוין, ללא קשר למעמדו של השטח; לכן, רצועת עזה הייתה שטח כבוש עליו חלות אמנת ז'נבה הרביעית ותקנות האג.¹⁹ תחולתה של האמנה הרביעית על רצועת עזה נתמכה על ידי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום,²⁰ העצרת הכללית של האומות המאוחדות²¹ והחלטות מועצת הביטחון של האומות המאוחדות.²² המסקנה שהיה מדובר בשטח כבוש ואמנת ז'נבה ותקנות האג חלות עליו נכללה גם בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג בנוגע לגדר הביטחון.²³

כמענה לטענה זו, ניתן לטעון כי החלטות העצרת הכללית של האו"ם אינן מחייבות את המדינות החברות, והחלטות מועצת הביטחון של האו"ם אומצו גם הן בהתאם לפרק VI של מגילת האו"ם, ולכן הן החלטות שאינן מחייבות. יתר על כן, חוות דעתו של בית המשפט (ICJ) ניתנה על סמך יסודות רעועים מבחינה עובדתית ומשפטית, ובכל מקרה, היא חוות דעת מייעצת בלבד ואין להן תוקף משפטי מחייב.²⁴ בכל אופן, מאחר שמדינת ישראל הסכימה מרצונה לפעול לפי ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה ותקנות האג, לא נדרשו בתי המשפט בישראל להכריע בסוגיה זו.²⁵

DAVID KRETZMER & Yael RONEN, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 55-64 (2nd ed. 2021). In Relative to IVth Geneva Convention, Adam Roberts 'What is a Military Occupation?' (1984) 55.1 British YB. Int'l L. 249, 281-283; Stephen M. Boyd, 'The Applicability of International Law to the Occupied Territories' (1971) 1 Israel YB. Hum Rights 258, 259-60. Hans Peter Gesser, 'Protection of the Civilian Population' in *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Dieter Fleck ed., Oxford University Press 1995) 209, 244. Sabel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 309; יעל רונן "המשפט הבין-לאומי ושאלת זכותם של מתנחלים להישאר בשטח לאחר העברת השליטה בו: מתנחלים בגדה המערבית, בצפון קפריסין ובמדינות הבלטיות" **משפט וממשל** יג 49, 54 (התשע"א); הילה אדלר "דיני כיבוש" **משפט בינלאומי** 438 - 439 (מהדורה רביעית, רובי סייבל ויעל רונן עורכים, 2023). לדיון בהיות אמנת ז'נבה אמנה הסכמית ומשמעות היבט זה ראו שם.

The Red Cross reaffirmed its position in the INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS ANNUAL REPORT 1988 80 (1989), where it stated that it considered 'the conditions for application of the Fourth Geneva Convention are fulfilled in all of the occupied territories namely the West Bank, the Gaza Strip...'. See also Martin B. Carroll, *The Israeli Demolition of Palestinian Houses in the Occupied Territories: An Analysis of its Legality in International Law*, 11 MICH. J. INT'L L. 1195, 1200-1202 (1990).

²¹ Carroll, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1201-1202. ה"ש 24.

²² UN S.C. Res. 237 (1967); 271 (1969); 446 (1979); 465 (1980); 681 (1990); 799 (1992); 904 (1994).

²³ Legal Consequences of the Constructions of the wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, 95 (להלן: (Advisory Opinion (2004).

²⁴ International Court of Justice: Advisory Jurisdiction, <https://www.icj-cij.org/advisory-jurisdiction>; Advisory Opinion (2004) לעיל ה"ש 23, פס' 47. Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 71. Western Sahara, I.C.J. Reports 1975, p. 24, para. 31; Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* 259 (2nd ed. 2019); Einhorn, בעמ' 30 - 37. מעניין לציין שכאשר בית המשפט העליון של ישראל דן (2004) Advisory Opinion הוא פסק כי "חוות דעת של בית הדין הבינלאומי לצדק מהווה פרשנות של המשפט הבינלאומי, שניתנה על ידי הגוף השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי... יש לתת משקל מלא לפרשנות שבית הדין נותן למשפט הבינלאומי". עם זאת, באותו מקרה הגיע בית המשפט למסקנה שונה מזו של בית הדין הבינלאומי, בג"ץ 7957/04 **מראעבה נגד ראש ממשלת ישראל** פ"ד ס (2) 477, 523, 536 (2005).

²⁵ Einhorn, לעיל ה"ש 5, בעמ' 39; Dinstein, לעיל ה"ש 24, בעמ' 265; אדלר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 438. לפס"ד בנוגע לפתחת רפיח ראו: בג"ץ 302/72 **חילו נ' ממשלת ישראל** פ"ד כז (2) 169, 177, 181 (1973). לפס"ד בנוגע ליהודה ושומרון ורצועת עזה: בג"ץ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל** פ"ד מז (4) 210 פס' 3 - 5 (1993). לפס"ד בנוגע ליהודה ושומרון ראו: בג"ץ 606/78 **אויב נ' שר הביטחון** פ"ד לג (2) 113, 127 (1979); בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל** פ"ד לד (1) 1, 13 (1979); בג"ץ

לסיכום, עמדתה של מדינת ישראל לפיה רצועת עזה לא הייתה שטח כבוש וכי לישראל יש את הזכות להכרה בריבונותה עליה משקפת בצורה מדויקת את עקרונות המשפט הבינלאומי.

4. התקופה שמתחילה בתוכנית ההתנתקות ועד "מלחמת התקומה"

בשנת 2005 ביצעה ממשלת ישראל את תוכנית ההתנתקות, שבה נסוגה ישראל מרצועת עזה, הרסה את הישובים הישראליים ברצועה, פינתה את המתיישבים וכן את בתי הקברות היהודיים בהחלטה חד צדדית של מדינת ישראל. מאחר שהייתה זו החלטה חד צדדית, פינוי רצועת עזה לא שינה את מעמד השטח מבחינת זכויותיה של מדינת ישראל להכרה בריבונותה זו.

כאמור, זמן קצר לאחר ביצוע תוכנית ההתנתקות השתלט ארגון החמאס על הרצועה ובמקום לפתח את האזור לטובת האוכלוסייה השקיע הארגון את כל משאביו לבניית אזור טרור שכלל, אלפי ק"מ של מנהרות טרור, שבחלקן חצו לשטח מדינת ישראל, וכן חימוש של עשרות אלפי פעיליו בנשק מתקדם שהוברח בחלקו ממצריים דרך מנהרות שעברו בציר פילדלפי. במהלך השנים ארגוני החמאס והג'יהאד האיסלאמי הפלסטיני תקפו את מדינת ישראל בירי של אלפי טילים לריכוזי אוכלוסייה, דבר המהווה פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, ואף חדרו למדינת ישראל דרך מנהרה וחטפו של החייל גלעד שליט. בעקבות מעשים אלו התרחשו מבצעים צבאיים רבים. במהלך אותם שנים התעוררה שוב שאלת מעמד רצועת עזה במשפט הבינלאומי. בית המשפט העליון פסק כי לאחר ביצוע תוכנית ההתנתקות דיני התפיסה הלוחמתית לא חלים ברצועת עזה.²⁶

5. התקופה שהחלה בתחילת "מלחמת התקומה" ונמשכת עד היום

כאמור, לאחר "טבח שמיני עצרת", בו ביצעו ארגוני החמאס, הגא"פ, ארגוני טרור אחרים ואזרחים שאינם משויכים לארגוני טרור את פשעי המלחמה, פשעי האנושות ופשע השמדת עם, פתחה ישראל במלחמה שמטרותיה הן מיטוט שלטון החמאס ברצועת עזה והשבת החטופים. גם בתקופת המלחמה עתרו ארגונים שונים לבית המשפט העליון בעתירות שונות, ונקבע שלמרות שכוחות צה"ל שולטים בחלקים נרחבים ברצועת עזה לא חלים דיני "התפיסה הלוחמתית".²⁷ בית המשפט העליון אף התייחס למסקנת

3125/98 עימד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נה(1) 913, 917 - 919 (1999); בג"ץ 6130/12 מועצה כפרית מח'מאס נ' שר הבטחון פס' 9 (2012).

²⁶ בית המשפט קיבל את עמדת המדינה כי לאחר ביצוע תוכנית ההתנתקות "אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל, וחיללים ישראליים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה. בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל", בג"ץ 9132/07 אלבסינוי אחמד נ' ראש הממשלה פס' 12 (2008). לדיון בפסיקה זו והצעת גישה פונקציונלית ראו: אייל גרוס, "שלט רחוק שלט קרוב: מעמדה של רצועת עזה בגישה פונקציונלית" עיוני משפט מג 401 (2020). לדיון באשר לשאלה האם לישראל קיימת חובה משפטית כלפי אוכלוסיית עזה לאחר ההתנתקות ראו: אריאל צמח, "מהן חובותיה של ישראל כלפי אוכלוסיית עזה" משפט וממשל יב 83 (תש"ע). לפירוט החובות שנוותרו לישראל כלפי רצועת עזה לאחר "ההתנתקות" ראו: שרי בשי וקנת מן "מעמדה המשפטי של רצועת עזה לאחר 'ההתנתקות'" המשפט יד 35 (תשע"א). למענה לגישות אלו ושלילתן ראו רועי שיינדורף וערן שמיר-בורר "היעדר התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית באשר לרצועת עזה" עיוני משפט מג 403 (2020). כתבים אלו מדגישים ששלושת התנאים לשליטה אפקטיבית שנדרשים לצורך מעמד של כיבוש לא מתקיימים: א. לישראל אין נוכחות צבאית פיזית קבועה ברצועת עזה משנת 2005. ב. ישראל אינה מפעילה סמכויות שלטון בשטחי הרצועה. ג. הרצועה נשלטת בפועל על ידי ארגון החמאס, שמפעיל סמכויות שלטוניות, ביטחוניות ואזרחיות. לדיון בכלל הגישות ואסמכתאות נוספות ראו: אדלר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 440 - 443.

²⁷ בית המשפט דן בשאלת קיומה של "תפיסה לוחמתית" בעקבות "מלחמת התקומה" לפי שלושת התנאים לשליטה אפקטיבית, ראו לעיל ה"ש 26 וקבע: כי שני התנאים האחרונים לא מתקיימים באשר לשליטת צה"ל בעקבות המלחמה. ישראל

חוות הדעת המייעצת שנתן בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג שניתנה ביום 19.7.2024, בנוגע, בין היתר, למצב המשפטי שחל ברצועת עזה לאחר ההתנתקות הישראלית בשנת 2005, וביתר שאת לאחר תחילת המלחמה. בית הדין הבינלאומי ציין, למרות התנגדות חלק מהשופטים, שכאשר כוח כובש מבסס שליטה אפקטיבית בשטח מסוים, ובהמשך מסיג את נוכחותו הפיזית מהשטח - הכוח הכובש עשוי להמשיך ולשאת בחובות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, בהתאם למידת שליטתה האפקטיבית על רצועת עזה.²⁸ בית המשפט העליון קבע כי מדובר בחוות דעת מייעצת שאינה מחייבת, ולכן בית המשפט עשוי להגיע למסקנה עובדתית או משפטית שונה מזו שאליה הגיע בית הדין בחוות דעת מייעצת. בכל מקרה, התשתית העובדתית שעליה הסתמך בית הדין הבינלאומי בהקשר זה הייתה שונה ומצומצמת מן התשתית העובדתית שעמדה בפני בית המשפט העליון בעת הדיון בעתירה שלפניו, ולכן בית המשפט העליון דחה את מסקנת בית הדין הבינלאומי, וקבע כאמור כי דיני התפיסה הלוחמתית לא חלים ברצועת עזה.²⁹

"טבח שמיני עצרת" גרם לאבדות כה רבות, בין היתר, לאור סמיכות הבניה ברצועת עזה ליישובי עוטף עזה. יתרה מכך, כידוע התקיימו מחלוקות רבות באשר להוראות פתיחה באש בכל התקרבות עוינת לגדר הרצועה.³⁰ ברם, יתכן שהתקרבות זו סייעה בדיעבד להנחת מטעני נפץ בגדר הרצועה ופיצוצם בעת המתקפה בתאריך 7.10.23.³¹ סמיכות זו לא אפשרה, בין היתר, אף שהות כלשהי להתארגנות כנגד פלישת אלפי המחבלים לישובים הישראליים, כך שבחלק מהישובים כיתות הכוננות לא הספיקו אף להגיע לנשקיה ולהתחמש.³² לפיכך, אין ספק שהכללת התוחמת הצפונית, הפרימטר, ציר פילדלפי ואזורים נוספים בריבונות הישראלית, היא קריטית לביטחון יישובי עוטף עזה ומניעת טבח דומה בעתיד.

ב. משמעות הכללת אזורים מסוימים ברצועת עזה בריבונות המדינה

דיון בנושא זה מחייב תחילה לדון בשלושה מונחים: "ריבונות", "סיפוח" ו"החלת המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים". ל"ריבונות" של מדינה באזור מסוים ישנם שני היבטים, ההיבט הפנימי, דהיינו, כאשר מדינה רואה באזור מסוים חלק משטח המדינה, ההיבט החיצוני, האם ישנה הכרה מבחינה בינלאומית שאזור מסוים אכן נחשב לשטח של אותה מדינה.³³ למילה "סיפוח" קונוטציה שלילית, דהיינו שמדינה כוללת בריבונותה חבל ארץ שאין לה זכות לכלול בריבונותה. "החלת המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים", היא הדרך שבה מדינה מכלילה חבל ארץ בתוך שטח המדינה והיא רואה בחבל ארץ זה כחלק מריבונותה. לפיכך, כאשר מדינת ישראל מעוניינת לכלול חבל ארץ בשטח המדינה המעשה המדיני-

לא ביססה "שליטה אפקטיבית" ברצועה וארגון החמאס עדין משמר נוכחות צבאית באזורים רבים ברצועה, ופעל לאורך הדרך כדי לבסס מחדש נוכחות בשטחים שבהם עבר צה"ל, בג"ץ 2280/24 גישה נ' ממשלת ישראל פס' 22 - 36 (27.3.25).

²⁸ "Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory" including East Jerusalem, para 91-94, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2024.

הצלב האדום: "The International Committee of the Red Cross (ICRC) 'Israel and the occupied Palestinian territory: The law of occupation must be respected' (19.07.2024) <https://www.icrc.org/en/statement/israel-and-occupied-palestinian-territory-law-occupation-must-be-respected>.

²⁹ עניין גישה, לעיל ה"ש 27, פס' 37 - 44.

³⁰ לביקורת על פסיקת בית המשפט העליון, שהתירה כמוצא אחרון ירי על מי שמוגדר כמפר סדר או מסית מרכזי, בטענה שלא היה מקום להתיר זאת ראו: אליאב ליבליך "בין הפרדיגמות: חוקיות הוראות הפתיחה באש בגבול עזה על פי הדין הבינלאומי לאור פסיקתו של בית המשפט העליון" עיוני משפט מג 335 (2020).

³¹ "Surveillance soldiers warned of Hamas activity on Gaza border for months before Oct. 7" **The Times of Israel** (26.10.23).

³² כך למשל, בישוב כפר עזה נהרגו תושבים שניסו להגיע לנשקיה להתחמש בעת ההתקפה, כפי שסופר בסיום שהשתתפתי בו.
³³ להבחנה בין שני היבטים אלו ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות פס' 15.7-15.15 (מהד' שישית, 2005).

משפטי הוא החלת המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים. מאחר שלשראל הזכות להכרה בריבונותה ברצועת עזה והיא לא הייתה בריבונות מוכרת של מדינה אחרת קודם לכן, כאמור לעיל, לא מדובר בסיפוח. על מנת שאזורים מסוימים ברצועת עזה ייכללו בשטח המדינה, הממשלה צריכה להחיל את המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים בחלקי הרצועה שהיא מעוניינת לכלול בריבונותה. החלת המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים על אזורים מסוימים משטח הרצועה, אין משמעה ויתור של מדינת ישראל על הכרה בריבונותה בכלל שטח רצועת עזה. הכרה בכל שטח רצועת עזה בריבונות המדינה משמעה מתן תושבות ישראלית לכל תושבי הרצועה, שמונים כ-2 מיליון פלסטינים, עם אופציה לקבלת אזרחות ישראלית בשלב השני, בכפוף לעמידה בתנאי ההתאזרחות (בדומה לסטטוס של ערביי מזרח ירושלים והדרוזים ברמת הגולן). לפיכך, כל עוד לא ישתנה היבט דמוגרפי זה, וכדי שלא ליטול סיכון בנוגע לרוב היהודי במדינת ישראל, ניתן כעת להחיל את המשפט הישראלי רק על אזורים מסוימים ברצועת עזה, כפי שהוצע גם בנוגע ליהודה ושומרון, תוך שמירת הזכות להכרה בריבונות המדינה בכל שטח ארץ ישראל, כאשר המאזן הדמוגרפי יאפשר זאת ביהודה ושומרון וברצועת עזה, תוך שמירת הרוב היהודי במדינת ישראל.³⁴

1. החלת המשפט השיפוט והמנהל הישראליים בצו ממשלתי

בשלוש הזדמנויות שונות, מאז הוקמה, החילה מדינת ישראל את המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים (להלן: המשפט הישראלי) על חבלי ארץ נוספים מעבר לאלה שהיו כלולים בתחומיה המקוריים: בשנת 1948 החיל דוד בן-גוריון, ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, את המשפט הישראלי על שטחים שנכבשו במלחמת השחרור ולא נכללו בתחומי מדינת ישראל על פי תוכנית החלוקה; בשנת 1967 החילה ממשלת ישראל את המשפט הישראלי על מזרח ירושלים; ובשנת 1981 החילה הכנסת את המשפט הישראלי על רמת הגולן. בכל אחת מן ההזדמנויות הללו הוחל המשפט הישראלי בדרך שונה: בשנת 1948 באמצעות מנשר של שר הביטחון; בשנת 1967 באמצעות צו ממשלתי; ובשנת 1981 באמצעות חקיקה של הכנסת. להלן נציג כל אחת מן הדרכים הללו בהקשרה ההיסטורי-משפטי ונבחן מהי הדרך ההולמת ביותר את החלת המשפט הישראלי באזורים מסוימים ברצועת עזה.

בתאריך 2.9.48, כשלושה חודשים לאחר הקמת המדינה, הוציא ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, דוד בן-גוריון, מנשר מס' 1 על "שלטון צבא הגנה לישראל בארץ ישראל" שתכליתו החלת המשפט הישראלי על כל השטחים שבהם החזיק צה"ל באותה עת. סעיף 1 למנשר הגדיר את המונח "שטחים מוחזקים" באופן הבא: "השטחים בארץ ישראל, הכול כנתון בתחומי השטחים המסומנים בצבע אדום במפת ארץ ישראל החתומה עלידי, והנושאת את תאריך היום, יום כ"ח באב תש"ח (2 בספטמבר 1948) או בכל מפה אחרת שתבוא במקומה אשר תהא חתומה עלידי ותהא מסומנת כנ"ל.³⁵ סעיף 2 למנשר החיל את משפט מדינת ישראל על השטחים המוחזקים. סעיף 5 קבע כי המנשר יהא תקף באופן רטרואקטיבי למן ה-15 במאי 1948 (ו' באייר תש"ח, למחרת הכרזת העצמאות) וכי יהא תקף גם לגבי "שטחים שחזקתם עברה לידי

³⁴ חגי ויניצקי "החלת המשפט, השיפוט והמנהל הישראליים על בקעת הירדן ואזורים מסוימים ביהודה ושומרון: היבטים משפטיים" נייר עמדה 2, 21 - 23 פורום שילה, תש"ף).

³⁵ "שלטון צבא הגנה לישראל בארץ ישראל", מנשר מס' 1, ע"ר תש"ח, מס' 19 בעמ' 114 (2.9.48), שפורסם על ידי דוד בן-גוריון. המונח "על ידי" אינו מכונן לדוד בן-גוריון בלבד אלא לכל מי שישמש בתפקיד שר הביטחון. ראו הווארד גריף "המנשר הנשכח של דוד בן-גוריון מ-1948 על סיפוח יהודה ושומרון" **נתיב** 6 (119), 53, 55 וה"ש 5 (תשס"ח).

צבאהגנה לישראל לאחר כך", אך "רק החל מאותו הזמן". למנשר זה קדם מנשר זהה, מיום 2 באוגוסט 1948, שהחיל את המשפט הישראלי בשטחי ירושלים וסביבותיה, שהוחזקו בידי צה"ל בשנת 1948.³⁶

בתאריך 26.9.48, כשלושה שבועות לאחר הוצאת המנשר על ארץ ישראל על ידי שר הביטחון, חוקקה מועצת המדינה הזמנית את "פקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948", אשר הוחלה כמוהו, באופן רטרואקטיבי, למן ה-15 במאי 1948. סעיף 1 לפקודה החיל את המשפט הישראלי על כל שטח מארץ ישראל ששר הביטחון הגדיר במנשר כמוחזק על ידי צבא הגנה לישראל. סעיף 2 הרחיב את סמכויות המנהל הישראלי לאזורים החדשים שהתווספו לשטחה של מדינת ישראל לפי סעיף 1. הפקודה והמנשרים אפשרו לראש הממשלה ושר הביטחון דאז, דוד בן-גוריון, להרחיב את גבולותיה של מדינת ישראל ולהחיל את המשפט הישראלי על שטחים נוספים של ארץ ישראל אשר יועדו לבית הלאומי היהודי בכתב המנדט אך לא נכללו בתוכנית החלוקה של האו"ם.³⁷ מבחינה משפטית, המהלך התאפשר משום שתוכנית החלוקה הייתה כאמור החלטה לא מחייבת שמדינות ערב וערביי ארץ ישראל דחו, ופתחו בעקבותיה במלחמה, ולפיכך תוכנית זו אינה מחייבת על פי המשפט הבינלאומי.³⁸ החלת המשפט הישראלי באמצעות שני המנשרים והפקודה לא מנעה הקמת ממשל צבאי למשך תקופה מוגבלת שטיפל בעיקר בצורכי המיעוט הערבי.³⁹

מן הראוי לציין כי הן פקודת שטח השיפוט והסמכויות, הן המנשר על ארץ ישראל, לא הגדירו את המונח "ארץ ישראל". אומנם ניתן היה לטעון כי הכוונה לגבולותיה המקראיים של הארץ, לגבולות ההיסטוריים של הממלכה המאוחדת, ממלכות ישראל ויהודה או של מדינת החשמונאים, אך בספרות המשפטית מקובל לומר שכוונת המונח היא לשטח שהיה כלול במנדט הבריטי על ארץ ישראל ערב הקמת המדינה.⁴⁰ מוסכמה זו נובעת ככל הנראה מן העובדה שזוהי ההגדרה המשפטית המודרנית לשטחה של ארץ ישראל. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, גם הגדרה זו אינה כה בהירה, שכן לא ברור מדוע יש להתייחס לגבולותיו הסופיים של המנדט הבריטי, כפי שהיו בשנת 1948, ולא לגבולות ששורטטו בכתב המנדט המקורי בשנת 1922.⁴¹ כך או

³⁶ שמו "שלטון צבאהגנה לישראל בירושלים, מנשר מס' 1" ("ע"ר תש"ח 66 (2.8.1948)). בדומה למנשר שהתפרסם חודש מאוחר יותר, הגדיר מנשר זה את ירושלים וסביבותיה כ"שטח מוחזק" והחיל בו את המשפט הישראלי. סעיף 1 למנשר זה קבע כי "המונח 'השטח המוחזק' פירושו השטח הכולל את מרביתה של ירושלים העיר, חלק מסביבותיה, ומבואותיה המערביים והדרומיים המחברות את ירושלים עם השפלה, הכול כנתון בתחומי הקו אדום המסומן במפת ארץ ישראל החתומה עלידי והנושאת את תאריך היום, יום כ"ו בתמוז תש"ח (2 באוגוסט 1948)...". סעיף 2 קבע כי "משפט מדינת ישראל חל על השטח המוחזק", כלומר החיל את המשפט הישראלי על שטחי ירושלים וסביבותיה שהוחזקו בידי צה"ל בשנת 1948 (גרף, לעיל ה"ש 35, בעמ' 55). סעיף 5 למנשר קבע כי הוא יחול באופן רטרואקטיבי למן ה-15 במאי 1948, מלבד "אותם החלקים מהשטח המוחזק שחזקתם עברה לידי צבאהגנה לישראל לאחר כך" שלגביהם "יחא המנשר בר תוקף רק החל מאותו הזמן". החלת המשפט הישראלי באמצעות המנשר לא מנעה הקמת ממשל צבאי בירושלים בתקופה הראשונה שטיפל בעיקר בצורכי המיעוט הערבי. הממשל הצבאי בירושלים בוטל במנשר מס' 3, "שלטון צבא הגנה לישראל בארץ ישראל", מנשר מס' 3, "ע"ר תש"ט מס' 48 בעמ' 376 (2.2.1949). על פי תוכנית החלוקה, הייתה אמורה ירושלים להיות עיר בשליטה בינלאומית, אך כאמור תוכנית זו אינה מחייבת. אין כאן המקום להאריך בתיאור השתלשלות האירועים עד לקביעת מעמדה של ירושלים כבירתה הרשמית של מדינת ישראל, למן הצעתו בכנסת של ח"כ מנחם בגין בתאריך 16.2.1949 לקבוע בחוק שירושלים היא עיר הבירה של מדינת ישראל, עבור בהכרזתו של ראש הממשלה דוד בן-גוריון בישיבת הכנסת מיום ה-5 בדצמבר 1949 כי ירושלים היא "בירת הנצח של ישראל" ו"לבה של מדינת ישראל", עבור לחקיקת חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, ועד להכרתו של נשיא ארצות הברית דונלד טראמפ בירושלים כבירת ישראל, בדצמבר 2017, והעברת השגרירות האמריקנית אליה במאי 2018 (בהתאם לחוק שנחקק בקונגרס האמריקני – The Jerusalem Embassy Act of 1995).

³⁷ ראו: ת"פ 82/51 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"מ ה' 122, 127 ("על כל פנים אפשרי לומר, כי בשעת מתן פקודת שטח השיפוט והסמכויות היה לנגד עיני המחוקק שטח המדינה, כפי שהוגדר בהחלטת עצרת או"ם, ולזה צרף את השטחים המוחזקים. ויצר משתי יחידות אלו יחד יחידה חדשה שהיא 'השטח בו חל משפט מדינת ישראל'"); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 33, בעמ' 931.

³⁸ ראו לעיל ה"ש 9, והטקסט לידה.

³⁹ בהקשר זה ראו "שלטון צבא הגנה לישראל בארץ ישראל", מנשר מס' 2, "ע"ר תש"ח, מס' 19 בעמ' 115 (2.9.1948).

⁴⁰ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 33, פס' 15.11–15.12.

⁴¹ לסוגיה זו הייתה השלכה על אופן החלת החוק על רמת הגולן; וראו עוד להלן.

כך, כיום כמעט לא נשמעת טענה לגבי ריבונותה של ישראל בשטחים ששחררו על ידה במלחמת השחרור ואשר על פי תוכנית החלוקה לא היו אמורים ליפול בתחומיה.

במהלך מלחמת ששת הימים, ביוני 1967, שחרר צה"ל את חלקה המזרחי של ירושלים (לרבות העיר העתיקה), את יהודה, שומרון ובקעת הירדן, את רמת הגולן, ואת רצועת עזה וחצי האי סיני. לכאורה, כדי להחיל את המשפט הישראלי בכלל האזורים הללו – למעט חצי האי סיני, שלא היה כלול בשטח המנדט, ואולי גם למעט רמת הגולן (ראו להלן) – די היה בהוצאת מנשר מאת שר הביטחון דאז שבו היה מודיע כי צה"ל מחזיק במזרח ירושלים, באזורי יהודה ושומרון ובקעת הירדן, וברצועת עזה. אם היה נוהג כך, היה חל המשפט הישראלי על אזורים אלה באופן אוטומטי, על פי פקודת שטח השיפוט והסמכויות.⁴²

ברם, מדינת ישראל החליטה לפעול בדרך שונה.⁴³ בתאריך 7.6.1967 הוציא מפקד האזור, אלוף פיקוד המרכז (ולא שר הביטחון), שני מנשרים באשר ליהודה ושומרון: מנשר מס' 1, "בדבר נטילת השלטון בידי צה"ל", הודיע על נטילת השלטון באזור; ומנשר מס' 2, "מנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט", הודיע כי לגבי אזור "הגדה המערבית", המשפט שהיה קיים ביום כ"ח באייר תש"ח (7 ביוני 1967) "יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתן על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור".⁴⁴ במקום להחיל את המשפט הישראלי על אזורי יהודה ושומרון, הוחל בו אפוא המשפט שנהג עד אז באזורים הללו ואשר הורכב מרובד עות'מאני, מרובד מנדטורי ומרובד ירדני.⁴⁵ מנשרים דומים פורסמו גם לגבי רמת הגולן, רצועת עזה, וחצי האי סיני.⁴⁶

אומנם ממשלת ישראל לא פעלה על פי פקודת שטח השיפוט והסמכויות וחלף זאת הכירה בדיון שנהג באזורים הללו עד למלחמת ששת הימים; אולם תוך זמן קצר, בתאריך 28.6.1967, תיקנה הכנסת את פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 והוסיפה לה את סעיף 11ב' הקובע כי: "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו".⁴⁷ בסעיף זה, הכנסת מסמיכה אפוא את הממשלה להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים על כל שטח של ארץ ישראל ומאפשרת לה לקבוע את היקף המהלך ואת עיתויו בהתאם לשיקול דעתה. הסמכת הכנסת את הממשלה

⁴² גריף, לעיל ה"ש 35, בעמ' 53–55. הפקודה והמנשרים מעולם לא בוטלו; ראו שם, בעמ' 56, וראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 33, בעמ' 932.

⁴³ הווארד גריף ביקר בחריפות את אי-השימוש בפקודת שטח השיפוט והסמכויות ואת העברת הסמכות להחיל את המשפט הישראלי באזורים אלה לשיקול דעתה של הממשלה. גריף סבר כי הדבר נעשה אם משום שפקודת שטח השיפוט והסמכויות נשתכחה מקברניטי המדינה, אם משום שהם ביקשו להימנע מהחלת המשפט הישראלי על כל אזורי יהודה ושומרון (שכן לדעתו הפקודה לא מותירה שיקול דעת בידי שר הביטחון אלא מחייבת אותו לעשות כן, גריף, שם, בעמ' 53–55), וזאת כדי לאפשר משאומתן עם מדינות ערב וכדי לא להגדיל את היקף האוכלוסייה הערבית במדינה; ראו גריף, שם, בעמ' 56–57. לדעתו, האפשרות של שכחה אינה סבירה משום שכבר ביוני 1967 קרא ח"כ לשעבר אליעזר שוסטק (מפלגת המרכז החופשי) לפרסם ללא דיחוי מנשר חדש לפי "פקודת שטח השיפוט והסמכויות", אך קריאתו נדחתה על ידי הממשלה (שם, בעמ' 57).

⁴⁴ מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (יהודה ושומרון) (מס' 1) תשכ"ז-1967; מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה ושומרון) (מס' 2) תשכ"ז-1967.

⁴⁵ לרובדים אלו, ראו חגי ויניצקי ודניאל קרמר "מרשמי המקרקעין ביהודה ושומרון", "דיני מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון" 113 (בשיתוף עם דניאל קרמר. הראל ארנון וחגי ויניצקי עורכים, תשע"ד).

⁴⁶ מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (רמת הגולן) (מס' 1) תשכ"ז-1967; מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (רמת הגולן) (מס' 2) תשכ"ז-1967; מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (רצועת עזה) (מס' 1) תשכ"ז-1967; מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (רצועת עזה) (מס' 2) תשכ"ז-1967; מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (סיני) (מס' 1) תשכ"ז-1967; מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (סיני) (מס' 2) תשכ"ז-1967. ראו גם גריף, לעיל ה"ש 35, בעמ' 56. ביחס לרמת הגולן, המשפט שקדם להחלת הממשל הצבאי הישראלי היה המשפט הסורי. לגבי רצועת עזה, המשפט שקדם היה המשפט של הממשל הצבאי המצרי (מצרים לא החילה כאמור את המשפט המצרי על רצועת עזה, ראו לעיל ה"ש 12) שכלל את הרובד של המשפט המנדטורי והמשפט העות'מאני, ראו: Chagai Vinizky "Intellectual Property Registries in Judea and Samaria and the Gaza Strip" JPTOS 266, 274–275 (2016); ויניצקי וחגי ויניצקי וראל ארנון עורכים, תש"ף. לגבי חצי האי סיני, המשפט שקדם היה המשפט המצרי.
⁴⁷ פקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948.

להחיל את המשפט הישראלי באמצעות צו ממשלתי, מנהלי בעיקרו היא בהתבסס על העובדה שאזורים אלה היו כלולים כאמור בתחומי ארץ ישראל המנדטורית.⁴⁸ ואכן, עוד באותו יום שבו תוקנה פקודת סדרי השלטון והמשפט, ב-28 ליוני 1967, הוציאה ממשלת ישראל את צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967 שלפיו "השטח של ארץ-ישראל המתואר בתוספת נקבע בזה כשטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה"; ב"תוספת" מפורטות עשרות נקודות ציון המקיפות למעשה את מזרח ירושלים.⁴⁹ בעקבות הצו הנ"ל, מזרח ירושלים נכללת בתחומי מדינת ישראל מבחינת הדין הפנימי.⁵⁰ נוסף על הצו הנ"ל, הורחב גם תחום השטח המוניציפאלי של העיר ירושלים באמצעות פקודת העיריות.⁵¹ אחדות ירושלים שנקבעה בצו זכתה להכרה חוקתית בישראל בחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל,⁵² וכן בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, אשר קבעו כי "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל".

מובן כי החלת המשפט הישראלי על אזור מסוים מצריכה גם הוראות פרטניות למעבר בין השלטון הקודם לשלטון הנוכחי. הוראות אלו נכללו בחוק הסדרי משפט ומינהל, תשכ"ח-1968, ששולב לאחר מכן עם הוראות נוספות בחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970. נוסף לחוק זה, קיימות גם תקנות הסדרי משפט ומינהל (רציפות הליכים אזרחיים, אכיפת פסקים והכרה במסמכים), תשכ"ט-1968. החוק מתייחס לאזורים הכלולים בצו שהוצא מכוח סעיף 11ב' לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ומסדיר סוגיות כגון: נפקדות; נכסים שהוקנו בשלטון הקודם לאפוטרופוס לנכסי אויב; והסדרתן ורישומן של חברות ואגודות שיתופיות שפעלו בשטח (לרבות רישום שעבודים שחלים על נכסיהם). הוראות אלו הוחלו בשינויים המחויבים גם על שותפויות. החוק מסדיר גם את תחום רישיונות העיסוק, לרבות עורכי דין שפעלו באזור זה; הסדרת רישום של פטנטים, מדגמים וסימני מסחר שהיו רשומים במרשמים של השלטון הקודם; חידוש היתרי בנייה שניתנו תחת השלטון הקודם; הסדרת כללים ביחס לרציפות של הליכים משפטיים, וכן הכרה במסמכים שהוצאו תחת רשויות השלטון הקודם; והכללת מקרקעי הריבון בשטח זה במסגרת נכסי המדינה.⁵³

⁴⁸ פרופ' אליאב שוחטמן עמד על כך שדרך זו – החלת ריבונות בצו מנהלי – היא ייחודית במשפט הבינלאומי; לדעתו, הכנסת אישרה לממשלה להחיל את ריבונותה על שטחי ארץ ישראל בצו מנהלי גרידא משום שהזכות לריבונות ישראלית באזורים הללו הייתה קיימת זה שנים רבות אף שרק אז ניתנה למימוש, ולכן אפשר לממשה באמצעות צו מנהלי בלבד. ראו אליאב שוחטמן "זכות ההתיישבות היהודית בחבלי ישי"ע" העלייה אל ההר: ההתיישבות היהודית המתחדשת ביהודה ושומרון 207, 210 (אברהם שבות, עורך, 2002).

⁴⁹ צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967.
⁵⁰ "עלידי שני חיקוקים אלה לא רק המשפט של המדינה, אלא גם השיפוט והמינהל שלה הוחל על ירושלים המזרחית, וכתוצאה מכך שטח זה מהווה חלק משטח ישראל". ראו: בג"צ 283/69 רוידי נ' בית המשפט הצבאי, פ"ד כד (2) 419, 424 (1970); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 33, בעמ' 933 והאסמכתאות הנוספות שם. אך השוו דעת השופט ח' כהן בעניין רוידי, שם, בעמ' 423.

⁵¹ שר הפנים חתם על אכרזת ירושלים, שהעבירה את השטח שסומן בצו מס' 1 לתחומי עיריית ירושלים ושינתה את תחומי העיר. האכרזה נסמכה על תיקון לפקודת העיריות שהכנסת חוקקה יום קודם לכן. התיקון לחוק פטר את שר הפנים מהצורך לערוך "חקירה" כדי לשנות את השטח המיועד להרחבת ירושלים. ראו נדב שרגאי "כך חוקקנו – ירושלים של חוקים" המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה (4.2.2018).

⁵² בשנת 2000 תוקן חוק היסוד כך שיהיה בו שריון חוקתי לגבולותיה של ריבונות מדינת ישראל בירושלים. סעיף 5 לחוק היסוד קובע את שטח תחום ירושלים ומגדיר: "תחום ירושלים כולל, לענין חוקי-יסוד זה, בין השאר, את כל השטח המתואר בתוספת לאכרזה על הרחבת תחום עיריית ירושלים מיום כ' בסיון תשכ"ז (28 ביוני 1967), שניתנה לפי פקודת העיריות". סעיף 6 לחוק היסוד אוסר העברת סמכויות וקובע כי "לא תועבר לגורם זה, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכך, בין דרך קבע ובין לתקופה קצובה, כל סמכות המתייחסת לתחום עיריית ירושלים, ובכלל זה השטח המתואר בתוספת לאכרזה על הרחבת תחום עיריית ירושלים מיום כ' בסיון תשכ"ז (28 ביוני 1967), שניתנה לפי פקודת העיריות, והכול כפי שהיה בתוקף ביום תחילתו של חוקי-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון מס' 2)". סעיף 7 לחוק היסוד משריין אותו מפני שינויי חקיקה וקובע כי "אין לשנות את הוראות סעיף 6 אלא בחוקי-יסוד שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת; אין לשנות את הוראות סעיף זה אלא בחוקי-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת".

⁵³ ביחס לצורך לחדש רישומי פטנטים, מדגמים וסימני מסחר, כאשר מתרחשת העברת שלטון, ראו: Vinizky, לעיל ה"ש 46; ויניצקי, לעיל ה"ש 46. ביחס להכרה בהליכי הסדר מקרקעין שנעשו ע"י השלטון הירדני במזרח ירושלים וביהודה ושומרון, ראו: ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 45, בעמ' 167 - 175; חיים זנדברג **הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל** 353-357 (2000); חיים זנדברג "ירושלים – הסדר והפקת זכויות במקרקעין" המשפט ח 505 (תשס"ג).

הפעם השלישית שבה החילה מדינת ישראל את המשפט הישראלי על חבל ארץ נוסף אירעה בשנת 1981. הפעם בדרך שונה לחלוטין מקודמותיה: באמצעות חוק של הכנסת. בתאריך 15.1.1981 עבר במליאת הכנסת חוק רמת הגולן, תשמ"ב-1981. סעיף 1 לחוק קבע כי "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בשטח רמת הגולן כמותאר בתוספת" – שכללה מפה של רמת הגולן. סעיף 2 לחוק קבע ש"תחילתו של חוק זה ביום קבלתו בכנסת" (כלומר להבדיל מהחלת המשפט הישראלי ב-1948, כאן החלת החוק לא נעשתה באופן רטרואקטיבי). סעיף 3 לחוק הסמיך את שר הפנים, בהתייעצות עם שר המשפטים, "להתקין תקנות בכל הנוגע לביצוע ולקבוע בתקנות הוראות מעבר והוראות בדבר המשך תקפם של תקנות, צווים, הוראות מינהל וזכויות וחובות אשר היו בתוקף ברמת הגולן ערב תחילתו של חוק זה". החוק הפך למעשה את רמת הגולן לחלק ממדינת ישראל מבחינת הדין הפנימי.⁵⁴

בנקודה חשובה אחת נבדלה החלת המשפט הישראלי ברמת הגולן מזו שנהגה ב-1948 ו-1967. מאז שחרור רמת הגולן במלחמת ששת הימים ועד החלת המשפט הישראלי בה, כעבור כ-14 שנה, השטח נוהל בידי ממשל צבאי ישראלי. מציאות משפטית זו דרשה התייחסות לסוגיות של רכוש ממשלתי (אדמות מדינה בממשל צבאי) ונכסים נטושים (מקרה מיוחד של נפקדות בשטח תחת ממשל צבאי), מונחים שהיו קיימים באזור זה תחת הממשל הצבאי, וכן התייחסות למעמדן של הרשויות המקומיות שכבר פעלו באזור זה. ואכן, מכוחו של חוק רמת הגולן הותקנו תקנות מעבר שהמשיכו את תוקפם של צווי תפיסה וסגירה צבאיים, פקודות מעצר ומאסר, זכויות וחובות, רישיונות והיתרים ורישום התושבים. תקנות אלו הסדירו גם את ההתייחסות לרכוש ממשלתי, נכסים נטושים, ענייני מיסים תכנון ובנייה, ומענק לידה. עוד הסדירו התקנות את הליכי המשפט הקיימים ואת תפקודן של הרשויות המקומיות.⁵⁵

בדיון בכנסת בעקבות יוזמת החקיקה, נשאל ראש הממשלה דאז, מנחם בגין, שיזם את החקיקה הנ"ל, על ידי ח"כ אמנון רובינשטיין: מדוע החלת המשפט הישראלי נעשת בחוק של הכנסת ולא בצו ממשלתי על פי סעיף 11ב' לפקודת סדרי השלטון והמשפט? בגין השיב במילים הבאות: "אתה משתמש במילה 'סיפוח'. אני לא משתמש בה. כך כתוב בחוק. כך כתבנו ב-1967, כשאתה לא היית בכנסת, שהממשלה רשאית בצו להחיל את המשפט, השיפוט, והמינהל של המדינה על כל שטח של ארץ ישראל, כפי שייקבע בצו. ידידי, אבל על רמת הגולן החוק ההוא לא חל, כי מבחינה משפטית, ארץ ישראל זה כמובן השטח המנדטורי. ולכן הבאנו הצעת חוק מיוחדת. זו הסיבה.⁵⁶ בשנת 2019 חתם נשיא ארה"ב דונלד טראמפ על הצהרה שמכירה בריבונות ישראל על רמת הגולן.

לסיכום, אין מקום לעשות כיום שימוש בפקודת השטח והסמכויות והחלת המשפט הישראלי במנשר של שר הביטחון, אם משום שמדובר בעניין הדורש הסכמה ציבורית רחבה (ולא החלטה של אדם יחיד – שר הביטחון), אם משום שהשימוש בפקודת סדרי השלטון והמשפט מבטל, הלכה למעשה, את אפשרות

⁵⁴ בג"צ 205/82 אבו צאלח נ' שר הפנים, פ"ד לו (2) 718, 720 (1983); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 33, בעמ' 933; אשר מעוז "רמת הגולן – חלק ממדינת ישראל?" הפרקליט מא 50 (תשנ"ג-תשנ"ד). אך השוו ליאון שלף "בשולי החקיקה (באיחור מה) ובטרם פסיקה (אולי): חוק רמת הגולן – החלת המשפט ולא סיפוח" הפרקליט מא 35 (תשנ"ג-תשנ"ד).

⁵⁵ ראו: תקנות רמת הגולן (הוראות מעבר), תשמ"ב-1981; תקנות רמת הגולן (הוראות מעבר) (מס' 2), תשמ"ב-1982; תקנות רמת הגולן (הוראות מעבר) (מס' 3), תשמ"ב-1982; תקנות רמת הגולן (רשויות מקומיות) (הוראות מעבר), תשמ"ב-1981; תקנות רמת הגולן (הליכי משפט) (הוראות מעבר), תשמ"ב-1981.

⁵⁶ ד"כ הישיבה ה' 32 של הכנסת העשירית, ישיבות ל"ב-ל"ד, 14-16 בדצמבר 1981, בעמ' 782; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 33, בעמ' 933. לדיון בשאלה האם היה מקום להתייחס לשטח המנדט המקורי שכלל את רוב שטח רמת הגולן או לשטח המנדט הסופי שלא כלל אותה והמשמעות של פרשנות זו לסוגיה דנא ראו: ויניצקי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 19. בהקשר זה ראו גם: ה"ש 8, והטקסט לידה.

השימוש בפקודת שטח השיפוט והסמכויות.⁵⁷ לפיכך, החלת המשפט הישראלי בצו ממשלתי היא דרך המלך עתה להחלת המשפט הישראלי על אזורים נוספים ברצועת עזה, ביהודה, שומרון ובקעת הירדן, שאין ספק שהם חלק משטח המנדט, ולכן לא נדרשת חקיקה של הכנסת בדומה לחוק רמת הגולן.

2. מעמד המקרקעין בשטח שיוחל המשפט הישראלי

החלת המשפט הישראלי תחליף את שיטת המשפט הקיימת ברצועת עזה, שכוללת את הדין העות'מני,⁵⁸ הדין המנדטורי,⁵⁹ חקיקת הממשל הצבאי המצרי (בשנים 1948 - 1967),⁶⁰ וחקיקת הממשל הצבאי הישראלי (בשנים 1967 - 2005). מטבע הדברים מדינת ישראל לא תכיר בחקיקה שחוקק ארגון החמאס בשנים בהן השתלט על רצועת עזה.

לאחר שממשלת ישראל תחיל את המשפט הישראלי על אזורים מסוימים ברצועת עזה באמצעות צו ממשלתי, מכוח סעיף 11ב' לפקודת סדרי השלטון והמשפט – יחול כאמור באופן אוטומטי חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970, משום שסעיף 1 לחוק זה מגדיר את המונח "צו החלת המשפט", כ"צו לפי סעיף 11ב' לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948". למרות זאת, תקנות הסדרי משפט ומינהל (רציפות הליכים אזרחיים, אכיפת פסקים והכרה במסמכים), תשכ"ט-1968 – תקנות המסדירות את המשך ההליכים שהחלו והמסמכים שניתנו – אינן חלות אלא על מזרח ירושלים, שכן סעיף 1 לתקנות מגדיר את המונח "הצו" כ"צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967" (היינו הצו שהחיל את המשפט הישראלי על מזרח ירושלים). כדי להחיל את התקנות הללו גם על השטחים החדשים שיוחל בהם המשפט הישראלי, יידרש אפוא שר המשפטים, הממונה על ביצוע החוק, להרחיב את תקנות הסדרי משפט ומינהל גם לשטחי הצו החדש.

לאור תכנית ההתנתקות וסיום הממשל הצבאי הישראלי בשנת 2005, החלת המשפט הישראלי על אזורים מסוימים ברצועת עזה לא מעוררת סוגיות שרלוונטיות להחלת המשפט הישראלי ביהודה ושומרון ובקעת הירדן, כגון התייחסות לרכוש ממשלתי, ישובים שקמו על צווי תפיסה צבאיים, והמשך פעולתם של הליכי תכנון ובניה ותאגידים.⁶¹ עם זאת, החלת המשפט הישראלי על התוחמת הצפונית, הפרימטר, ציר פילדלפי ואזורים נוספים מעוררת שתי סוגיות עיקריות: א. מהו המעמד של מקרקעין בתחומי החלת המשפט הישראלי שבעליהם הפלסטינים נמצאים בשאר שטח הרצועה? ב. מהו המעמד של אדמות יהודים מפני שנת 1948 שנמצאים בשטח החלת המשפט הישראלי.

בהתאם לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950 כאשר אדם הוא בעל מקרקעין, נהנה או החזיק בהם בשטח מדינת ישראל, אך הוא אזרח או נתין של לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר הירדן (עד שנת 1994), עיראק או תימן, או שהוא נמצא באחת הארצות הללו או בחלק של ארץ ישראל שמחוץ לשטח מדינת ישראל –

⁵⁷ פרופ' אמנון רובינשטיין ופרופ' ברק מדינה עומדים על כך שאומנם חקיקת סעיף 11ב' לפקודת סדרי שלטון ומשפט לא ביטלה באופן פורמלי את פקודת שטח השיפוט והסמכויות, אך הם סוברים שמבחינה מהותית חקיקת סעיף 11ב' הני"ל שוללת את סמכותו של שר הביטחון להחיל את המשפט הישראלי באמצעות מנשר. לאחר שהסמכות הוקנתה לממשלה לא סביר שתישאר סמכות מקבילה לשר הביטחון; ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 33, בעמ' 932. לגישה דומה ביחס לנפקותה המשפטית של פקודת השטח והסמכויות לאחר ההוספה של סעיף 11ב' לפקודת סדרי שלטון ומשפט ראו שלמה גוברמן "ספר אורי ידן – ביקורת ספרים" משפטים כא 175, 177 (תשנ"א).

⁵⁸ המשפט המנדטורי אימץ את הדין העות'מני כפוף לשינויים שערך, ראו: ויניצקי וקרמר, לעיל ה"ש 45, בעמ' 120.

⁵⁹ הממשל הצבאי המצרי אימץ את הדין המנדטורי והעות'מני, ראו, לעיל ה"ש 12; Vinizky, לעיל ה"ש 46.

⁶⁰ הממשל הצבאי הישראלי את את הדין שהיה עד שנת 1967, ראו: מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (רצועת עזה) (מס' 2) תשכ"ז-1967.

⁶¹ ראו ויניצקי, לעיל, ה"ש 34, בעמ' 24 - 34.

הנכס נחשב לנכס של נפקד והוא מוקנה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים.⁶² האפוטרופוס אמור למכור את המקרקעין לרשות הפיתוח, אורגן של מדינת ישראל שקרקעותיו מנוהלות על ידי רשות מקרקעי ישראל.⁶³ בהתאם לסעיף 3 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970, כאשר אדם פלוני נמצא ביום תחילתו של צו החלת המשפט בשטח תחולתו והיה תושב בו, אין לראותו מאותו יום כ"נפקד" לגבי נכס הנמצא באותו שטח. במילים אחרות: סעיף זה קובע כי אם אדם הוא תושב שטח הכלול בצו החלת המשפט, ויש לו נכס הנמצא בתחום צו החלת המשפט, הוא לא ייחשב כ"נפקד", משום שהן הוא הן הנכס נמצאים בתחום המשפט הישראלי.

חוק הסדרי משפט ומינהל אינו מתייחס למצב שבו הנכס נמצא בתחום החלת המשפט אך בעליו נמצא בשטח המגדיר אותו כ"נפקד". מצב מעין זה עתיד להתקיים במקרה של החלת המשפט הישראלי על אזורים מסוימים ברצועת עזה. בהקשר זה, יש להבחין בין מצב שבו האדם נמצא באחת מהמדינות המנויות בחוק נכסי נפקדים, ובמקרה זה מדובר בנכס של נפקד, לבין מצב שבו האדם נמצא ברצועת עזה אך לא בתחום החלת המשפט הישראלי. האפשרות השנייה דומה למצב הנוהג עתה במקרה שבו נכס פלוני נמצא במזרח ירושלים אך בעליו נמצא ביהודה ושומרון. בית המשפט העליון דן בסיטואציה זו וקבע שבמקרה זה חוק נכסי נפקדים חל אך יש לממשו רק במקרים נדירים וחריגים ובתנאים מסוימים, שכן לא מדובר באדם שגרם במעשיו לנפקדות, כגון מעבר למדינת אויב אלא באדם שנהיה נפקד עקב החלת המשפט הישראלי על אזור שבו נמצא הנכס שלו והוא לא נמצא באזור זה, ולכן נקבע שבמקרים שיופעל החוק יש לקבל אישור של היועץ המשפטי לממשלה, אישור של הממשלה או ועדת שרים מטעמה, וזאת רק לאחר שמוצו על האפשרויות האחרות לפי חוקי ההפקעה השונים.⁶⁴

במקרה דנא מדובר במקרקעין שבחלקם היו בנויים מבנים שמסביבתם יצאה להתקפה של "טבח שמיני עצרת" והם נהרסו לאחר כניסת כוחות צה"ל לאזורים אלו והפללתם כמבנים שמסכנים את חיילנו. בנוסף, ככל שצה"ל לא יטלטל בעתיד בממשל צבאי בשאר שטח הרצועה, המקרה יהיה שונה מנסיבות הפסיקה בעניין הפעלת החוק במזרח ירושלים, שכן באותו המקרה הפסיקה הדגישה כי בעלי הנכסים נמצאים תחת הממשל הצבאי הישראלי ביהודה ושומרון. בנוסף, ככל שבעלי הנכסים עצמם השתתפו בטבח לא ניתן לומר שהחלת המשפט הישראלי והפיכתם לנפקדים לא כרוכה באשמתם.⁶⁵ יתרה מכך, הפעלת החוק במקרה זה תענה על החריגות והנדירות הנדרשים, שכן היא נדרשת בשל צורך ביטחוני מובהק להגנת יישובי עוטף עזה מטבח נוסף, כפי שהובטח על ידי מחבלי החמאס, ככל שהדבר ייעלה בידם, וכדי למנוע מעבר נשק לארגוני טרור דרך ציר פילדלפי. כמובן שיצטרכו לבדוק בהתאם לפסיקה, כאמור לעיל, האם לא ניתן להשתמש בחוקי ההפקעה הישראלים שמאפשרים פיצוי כספי, שכן חוק נכסי נפקדים (פיצויים) תשל"ג - 1973 לא מקנה פיצוי כספי ככל שיופעל במקרה זה.⁶⁶

בהקשר זה יש להדגיש שאם לא יחול המשפט הישראלי על אזורים אלו אלא יחול ממשל צבאי ישראלי, לא ניתן יהיה להשתמש בחוק נכסי נפקדים הישראלי. במקרה זה יחול על המקרקעין הדין העות'מני, הדין

⁶² סעיפים 1, 4 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950. לגבי עבר הירדן החוק הוגבל עד מועד חתימת הסכם השלום עם ירדן.
⁶³ סעיף 19 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950; חוק רשות פיתוח (העברת נכסים) תש"י-1950; חוק יסוד: מקרקעי ישראל; חוק רשות מקרקעי ישראל, תש"ך-1960.

⁶⁴ ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן פס' 24 - 34 (2015).

⁶⁵ להבחנות אלו, ראו שם, פס' 28, 31.

⁶⁶ שם, פס' 28. סעיף 2 לחוק נכסי נפקדים (פיצויים) תשל"ג - 1973 מקנה פיצויים למי שהיה תושב ישראל בעת חקיקת החוק או שהיה תושב ישראל לאחר חקיקת החוק ולפני שהנכס הוקנה לאפוטרופוס.

המנדטורי, חקיקת הממשל הצבאי המצרי (בשנים 1948 - 1967), חקיקת הממשל הצבאי הישראלי (בשנים 1967 - 2005) וחקיקת הממשל הצבאי החדש. הפקעת המקרקעין תצטרך לעשות אם כן על פי דינים אלו, לרבות המורכבות של דיני המשפט הבינלאומי.

תמיכה למהלכים אלו מהמשפט הבינלאומי נתן לשאוב מפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם בנוגע לצפון קפריסין.⁶⁷ בשנת 1974, טורקיה כבשה את צפון קפריסין (37% מהאי). כ-160,000 - 200,000 קפריסאים יוונים גורשו או נמלטו. בשנת 1983 הוקמה הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין (להלן: "צפון קפריסין") ורכושם של המגורשים והמהגרים הולאם. טורקיה עודדה כ-31,000 - 170,000 מתיישבים טורקים לעבור מטורקיה לצפון קפריסין.⁶⁸ בשנת 2003 נחקק חוק בצפון קפריסין ותוקן בשנת 2005, המאפשר למגורשים ולמהגרים להגיש תביעה לפיצוי כספי, חילופי קרקעות או השבה לוועדה שיפוטית (Immovable Property Commission – IPC) המורכבת משופטים צפון קפריסאיים ושופטים בינלאומיים. השבה אפשרית אם ערך הנכס לא הוכפל מאז 1974 והנכס אינו נדרש למטרות ציבוריות או ביטחוניות. אם תנאים אלה אינם מתקיימים, ניתן לקבל רק פיצויים או קרקע חלופית.⁶⁹ בכ-99% מהמקרים נפסק כי יש לתת רק פיצוי.⁷⁰ באחד המקרים שהובאו לבית הדין האירופי לזכויות אדם, קבע בית המשפט כי אין זה סביר לפנות גברים, נשים וילדים מבתיים לאחר שחיו שם למעלה מ-35 שנה, ולכן פיצוי הוא סעד סביר, כל עוד קיימת אפשרות תיאורטית להשבה וניתנה במקרים מסוימים.⁷¹ פסיקות דומות ניתנו באזורי סכסוך אחרים.⁷² אמנם במקרה דנא לא מדובר בחלוף שנים רבות, אך מאידך במקרה דנא קיימת אשמה מצד האוכלוסייה שגרה במבנים אלו בשונה מהמהגרים מצפון קפריסין. לאור העובדה שבשטח נדרש מבחינה ביטחונית, גם ההסדר הצפון קפריסאי קובע שלא ניתן לקבל השבה אלא פיצויים.

ברצועת עזה נרכשו אלפי דונמים על ידי יהודיים לפני שנת 1948. מרבית הקרקעות נרכשו תחילה בידי אנשים פרטיים ולאחר מכן נמכרו לקק"ל. לאחר העברות הללו היו בידי קק"ל 6,984 דונם באדמות עזה, 1,916 דונם באדמות בית חנון, ו-263 דונם באדמות דיר-אל-בלח. בחטיבת הקרקע שבאדמות דיר-אל-בלח הוקם בשנת 1946 הישוב כפר דרום, שפונה במלחמת העצמאות.⁷³ הממשל הצבאי המצרי ברצועת עזה חוקק בתאריך 21.6.1948 את צו מס' 25 הקובע תקנות לניהול נכסי היהודים באזורים הכפופים לשליטת הכוחות המצריים ברצועה. על פי סעיף 1 לצו נתמנה סגן המושל המנהלי כמנהל כללי לניהול הרכוש שנמצא ברצועה. הרשימה כוללת את נכסי היהודים תושבי הרצועה (למרות שיהודים לא התגוררו ברצועה לאחר מלחמת העצמאות) ואת הנכסים שברצועה שהיו בבעלות של ישראלים שנמצאים בישראל.⁷⁴ לאחר

⁶⁷ להרחבה ראו: חגי ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון" **משפטים** נ' 359, 414 - 421 (תש"ף).

⁶⁸ להסבר על ההפרשים בהערכות ראו: Eugene Kontorovich "Unsettled: A Global Study of Settlements in Occupied Territories" 9 JLA 285, 313 (2017); לעיל ה"ש 19, בעמ' 66 - 67.

⁶⁹ Law No. 67/2005, Law for the Compensation, Exchange and Restitution of Immovable Properties Which are within the Scope of Sub-paragraph (B) of Paragraph 1 of Article 159 of the Constitution (TRNC).

⁷⁰ ראו הנתונים באתר הוועדה: IPC website: www.tamk.gov.ct.tr. *Demopoulos v Turkey* App no 46113/99 (ECHR 1 March 2010). גם: *Meleagrou v Turkey*, App no

Kazali v Cyprus, App no 49247/08 (ECHR 2 April 2013). למקרה שקפריסאי טורקי תבע את קפריסין ראו: 14434/09 (ECHR 6 March 2012).

⁷² בנוגע לסכסוך בנגורו - קארבך ראו: *Chiragov v Armenia* 13216/05, (ECHR 16 June 2015); *Sargsyan v Azerbaijan*, App no 40167/06 (ECHR 16 June 2015). *Komaromi v Romania* App no

30075/03 (ECHR 29 September 2020); *Lengauer v Romania* App No 17801/04 (ECHR 29 September 2020). ⁷³ זמיר ובנבשיתי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 27. אם כי, ייתכן שחלקים קטנים מאדמות הקק"ל בבית חנון ובעזה נותרו בשנת 1948 בתחומי הקו הירוק, שם.

⁷⁴ שם, בעמ' 57 - 59.

מלחמת ששת הימים חוקק מפקד האזור את צו בדבר נכסי יהודים (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 78), תשכ"ז - 1967. הצו חל על כל נכסי היהודים שנרכשו ברצועה לפני שנת 1948. הצו ביטל את כל הפעולות שנעשו בשנים 1948 - 1967 בנוגע לנכסי היהודים. נכסי היהודים הוקנו ע"פ סעיף 3 לצו לממונה על נכסי היהודים שהיה מוסמך לנהל אותם. חלק מנכסים אלו שימשו להקמת ישובים ישראלים, כמו הישוב כפר דרום, שהוקם במקרקעין שבהם התקיים ישוב באותו שם עד שנת 1948.⁷⁵

חלק ניכר מחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970 הוקדש להסדרת זכויותיהם של ישראלים שהמקרקעין שלהם מצויים בשטח שבו הוחל צו החלת המשפט. סעיף 5 לחוק קובע כי מקרקעין אלו יוקנו לאפוטרופוס הכללי מיום תחילתו של צו החלת המשפט,⁷⁶ וכי האפוטרופוס הכללי ישחרר את המקרקעין לבעלים הישראלים שלהם או לחליפיהם (רוכש או יורש). עד לשחרורם, האפוטרופוס הכללי ינהל אותם כנכס עזוב.⁷⁷ ככל שמקרקעין של ישראלים כאמור יהיו בשטח החלת המשפט יש להשיבם לבעליהם או ליורשים שלהם או להפקיעם כנדרש לצורך ביטחוני ולשלם פיצויים בהתאם.

3. שריון החלת המשפט השיפוט והמינהל הישראליים

בהתאם לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999, ובהתאם לחוק יסוד: משאל עם, כדי לבטל את המשפט הישראלי באזורים שבהם הוא כבר חל, דרוש רוב של 61 חברי כנסת ואישור ההחלטה במשאל עם, או רוב מיוחס של 80 חברי כנסת. לפיכך, ככל שיוחל המשפט הישראלי, על אזורים מסוימים ברצועת עזה, ביטול החלת המשפט ידרוש רוב של 80 חברי כנסת או רוב של 61 חברי כנסת ומשאל עם.

סיכום

רצועת עזה אינה שטח כבוש ומדינת ישראל זכאית להכרה בריבונותה ברצועת עזה. מאחר שמדובר בשטח שהיה כלול בשטח שהיה מיועד להקמת הבית הלאומי היהודי ולא היה בריבונות מוכרת של אף מדינה אחרת, הכללת אזורים מסוימים ברצועת עזה בריבונות המדינה אינה סיפוח. ממשלת ישראל רשאית להחיל את המשפט הישראלי בצו ממשלתי על אזורים מסוימים ברצועת עזה. ככל שיוחל המשפט הישראלי על אזורים מסוימים ברצועת עזה, שנדרשים לצרכים ביטחוניים, מקרקעין בבעלות פלסטינים יהיו בבעלות המדינה.

26 בספטמבר 2025

ד' בתשרי תשפ"ו

⁷⁵ שם, בעמ' 186 - 185.

⁷⁶ סעיף 5א' לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970. ראו בהקשר זה: עת"מ (י-ם) 459/07 קינג נ' האפוטרופוס הכללי (פורסם בנבו, 2008).

⁷⁷ סעיף 5ב' לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970.