

## סיום תפיסה לוחמתית והשלכותיו על פי הדין הבין-לאומי\*

דנה וולף\*\*

סכסוכים עכשוויים לובשים צורות שונות בהקשרים מגוונים מלבד המודל המסורתי של מלחמות בין-מדינתיות, שעליו נשענים במקור דיני התפיסה הלוחמתית. משכך, אין מדובר עוד במצב בינרי פשוט של תפיסה לוחמתית (on/off), אלא במצבים בעלי גוונים אפורים אשר לא תמיד ברור לגביהם מתי המזנק (trigger) להחלת חובותיו של הכוח התופס מתעורר. כתוצאה מכך קיימת אי-בהירות גם בנוגע לשאלה מתי חובותיו של הכוח התופס בנוגע לניהול השטח התפוס מסתיימות. לסיום תפיסה לוחמתית בסכסוכים עכשוויים יש על פי רוב השלכות על האוכלוסייה המקומית. עם עזיבת הכוח התופס נוצר ריק שלטוני בשטח התפוס, והאוכלוסייה המקומית נותרת חשופה לסיכון הומניטרי ממשי. כתוצאה משאלות משפטיות בלתי פתורות ומאי-ההתאמה של הדין הבין-לאומי לסכסוכים עכשוויים, אין הסכמה אילו חובות הקשורות לביטחון, לממשל ולסדר ציבורי חלות על הצדדים לסכסוך עם סיום התפיסה הלוחמתית. קריאות בקהילה הבין-לאומית למלא לפחות באופן חלקי את הפערים המשפטיים הללו – למשל, באמצעות חובות שיושגו לאחר סיום תפיסה לוחמתית – נועדו (ללא קשר למקורן הנורמטיבי) ליתן מענה מעשי לפגיעה באוכלוסייה המקומית. מאמר זה מתמקד בדיני התפיסה הלוחמתית בלבד, והטענה היא כי דינים אלה אינם מחילים חובות מתמשכות על הכוח התופס לאחר סיום התפיסה הלוחמתית, מאחר שדיני התפיסה הלוחמתית מבקשים להבטיח כי תפיסה לוחמתית תהיה מצב זמני, ולא מנגנון לסיפוח מתמשך. אף על פי כן נדמה כי דיני התפיסה הלוחמתית מציעים אפשרויות להתמודדות עם בעיית ההגנה על

\* מאמר זה הוא תקציר ערוך, מעודכן ומתורגם לעברית של המאמר Dana Wolf, *Transitional Post-Occupation Obligations Under the Law of Belligerent Occupation*, 27 MINN. J. INT'L L. 5 (2018).

\*\* דוקטור למשפטים, מרצה וחוקרת בבית ספר לאודר לממשל, דיפלומטיה ואסטרטגיה, המרכז הבינתחומי הרצליה.

האוכלוסייה המקומית לאחר סיום התפיסה הלוחמתית, על ידי מתן פרשנות רחבה להוראות הקיימות בנוגע לתקופת העברתן של הסמכויות מהכוח התופס אל השלטון המקומי הנכנס. כדי למלא את הריק המשפטי, מאמר זה מציג כי בנסיבות מסוימות דיני התפיסה הלוחמתית מעוררים "חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית" כאשר סיום תפיסה לוחמתית מתקרב ונראה כי ייווצר פער בין הסרת הסמכויות השלטוניות של הכוח התופס לבין הטמעתן על ידי השלטון המקומי.

## מבוא

- פרק א: סיום תפיסה לוחמתית והשלכותיו
1. תחילת תפיסה לוחמתית
  2. סיום תפיסה לוחמתית והשלכותיו על פי המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי
- פרק ב: חסרונותיה של הפרדיגמה המשפטית המסורתית לעניין ההכרה במועד סיומה של תפיסה לוחמתית
1. הפרדיגמה המשפטית של דיני התפיסה הלוחמתית
  2. חסרונות פרדיגמטיים של דיני התפיסה הלוחמתית במציאות המודרנית
    - (א) תפיסה לוחמתית טרנספורמטיבית
    - (ב) תפיסה לוחמתית מתמשכת
    - (ג) התנתקות חד-צדדית
- פרק ג: הדין ההומניטרי הבינ-לאומי אינו יוצר חובות פוסט תפיסה לוחמתית
1. המסגרת המשפטית של חובות פוסט תפיסה לוחמתית בדין הבינ-לאומי
  2. פרקטיקה של חובות פוסט תפיסה לוחמתית
  3. גישות לעניין קיומן (או העדרן) של חובות פוסט תפיסה לוחמתית בדין הבינ-לאומי
- פרק ד: חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית המתעוררות תחת הדין ההומניטרי הבינ-לאומי
1. המסגרת המשפטית המסורתית לעניין חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית
  2. השפעות אפשריות של חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית

## סיכום

## מבוא

לסיום תפיסה לוחמתית בסכסוכים עכשוויים יש על פי רוב השלכות על האוכלוסייה המקומית. עם עזיבת הכוח התופס נוצר ריק שלטוני בשטח התפוס, והאוכלוסייה המקומית נותרת חשופה לסיכון הומניטרי ממשי. כתוצאה משאלות משפטיות בלתי פתורות ומאי-ההתאמה של הדין הבין-לאומי לסכסוכים עכשוויים, אין הסכמה אילו חובות הקשורות לביטחון, לממשל ולסדר ציבורי חלות על הצדדים לסכסוך עם סיום התפיסה הלוחמתית. קריאות בקהילה הבין-לאומית למלא לפחות באופן חלקי את הפערים המשפטיים הללו – למשל, באמצעות חובות שיושגו לאחר סיום תפיסה לוחמתית – נועדו (ללא קשר למקורן הנורמטיבי) ליתן מענה מעשי לפגיעה באוכלוסייה המקומית.

הגנה על אוכלוסייה אזרחית נדונה בהקשר של סכסוכים עכשוויים מאחר שעמיתים מזוינים לובשים כיום צורות שונות ומורכבות יותר מהמודל המסורתי של מלחמה בין-מדינתית שדיני התפיסה הלוחמתית נשענים עליו. שני המקרים שהעלו את רמת הדיון בנושא ההגנה על אוכלוסייה אזרחית לאחר סיום מצב של תפיסה לוחמתית הם החלטת מועצת הביטחון בעניין סיום התפיסה הלוחמתית של ארצות הברית ובעלות בריתה בעיראק בשנת 2004 ונסיגת ישראל מרצועת עזה באופן חד-צדדי בשנת 2005.<sup>1</sup>

על פי הפרדיגמה המסורתית של דיני המלחמה, המבוססת על מלחמות בין-מדינתיות, תפיסה לוחמתית היא מצב זמני במסגרת עימות מזוין אשר מתחיל כאשר צבא עוין פולש לשטח ומבסס בו שליטה אפקטיבית. בהתאם, היפוך של היסודות הללו (פלישה + שליטה אפקטיבית) מסמן את סיום התפיסה הלוחמתית. בין אם לסיום התפיסה הלוחמתית מתלווה סיום הסכסוך ובין אם לאו, על פי דיני התפיסה הלוחמתית המשמעות של סיום מצב זה היא שהכוח התופס אינו כפוף עוד לחובות החלות עליו בזמן התפיסה הלוחמתית.

לנוכח הנסיבות המשתנות של סכסוכים עכשוויים, קיים בלבול מתי חובותיו של הכוח התופס מוחלות ו/או מתי הן מוסרות. סכסוכים עכשוויים לובשים צורות שונות בהקשרים מגוונים מלבד מלחמות בין-מדינתיות. משכך, אין מדובר עוד במצב בינרי פשוט של תפיסה לוחמתית (on/off), אלא במצבים בעלי גוונים אפורים אשר לא תמיד ברור לגביהם מתי המזנק (trigger) להחלת חובותיו של הכוח התופס מתעורר. כתוצאה מכך קיימת אי-בהירות גם בנוגע לשאלה מתי חובותיו של הכוח התופס בנוגע לניהול השטח התפוס מסתיימות. מצבים כאלה יכולים להיות, לדוגמה, אי-הכרה מלכתחילה בקיומה של תפיסה לוחמתית ובחובות הנגזרות מכך בדין הבין-לאומי; התערבות הומניטרית לשם הגנה על אוכלוסייה מקומית, אשר לא ברור מלכתחילה אם היא בגדר

1 S.C. Res. 1546 (June 8, 2004); EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 9–10, 254–55 (2nd ed. 2012); בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (פורסם באר"ש, 30.1.2008).

מצב של תפיסה לוחמתית; נסיגה חד-צדדית של הכוח התופס ללא תיאום עם השלטון המקומי הנכנס או עם הקהילה הבין-לאומית לגבי היום שאחרי; שינוי המעמד המשפטי של הכוח התופס בעקבות הבעת הסכמה של האוכלוסייה המקומית להישארותו בשטח או על ידי החלטה מחייבת של מועצת הביטחון של האו"ם.<sup>2</sup>

מלומדים העלו הצעות שונות כיצד להתגבר על הפער המשפטי, תוך ניסיון ליתן מענה לשאלה אם דיני התפיסה הלוחמתית או מסגרות נורמטיביות אחרות מאפשרים להטיל חובות מתמשכות על הכוח התופס גם לאחר סיומה של התפיסה הלוחמתית. הצעות אלה נשענות על מסגרות נורמטיביות נוספות מלבד דיני התפיסה הלוחמתית, כגון דיני זכויות האדם ודיני אחריות המדינה, אשר לא נדון בהם במאמר זה.<sup>3</sup> מאמר זה מתמקד בדיני התפיסה הלוחמתית בלבד, והטענה היא כי דינים אלה אינם מחילים חובות מתמשכות על הכוח התופס לאחר סיום התפיסה הלוחמתית, מאחר שדיני התפיסה הלוחמתית מבקשים להבטיח כי תפיסה לוחמתית תהיה מצב זמני, ולא מנגנון לסיפוח מתמשך.

אף על פי כן נדמה כי דיני התפיסה הלוחמתית מציעים אפשרויות להתמודדות עם בעיית ההגנה על האוכלוסייה המקומית לאחר סיום התפיסה הלוחמתית, על ידי מתן פרשנות רחבה להוראות הקיימות בנוגע לתקופת העברתן של הסמכויות מהכוח התופס אל השלטון המקומי הנכנס. כדי למלא את הריק המשפטי, מאמר זה מציע כי בנסיבות מסוימות דיני התפיסה הלוחמתית מעוררים "חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית" – למשל, כאשר ידוע כי התפיסה הלוחמתית עומדת להסתיים ותהליך העברתן או בנייתן

2 Kristen E. Boon, *Obligations of the New Occupier: The Contours of a Jus Post Bellum*, 31 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 57, 65 (2009) (המאירה גורמים המעוררים כוחות תופסים להתכחש למחויבויותיהם); Tristan Ferraro, *Determining the Beginning and End of an Occupation Under International Humanitarian Law*, 94(885) INT'L REV. RED CROSS 133, 157 (2012).

3 Eyal Benvenisti, *The Law on the Unilateral Termination of Occupation, in A WISER CENTURY? JUDICIAL DISPUTE SETTLEMENT, DISARMAMENT AND THE LAWS OF WAR 100 YEARS AFTER THE SECOND HAGUE PEACE CONFERENCE* 371 (Thomas Giegerich & Ursula E. Heinz eds., 2009); Eric De Brabandere, *The Concept of Jus Post Bellum in International Law: A Normative Critique*, in *JUS POST BELLUM: MAPPING THE NORMATIVE FOUNDATIONS* 123 (Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday & Jens Iverson eds., 2014); Yaël Ronen, *Post-Occupation Law*, in *JUS POST BELLUM: MAPPING THE NORMATIVE FOUNDATIONS* 428 (Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday & Jens Iverson eds., 2014); Yuval Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. The Prime Minister of Israel*, 42 ISR. L. REV. 101, 114–115 (2009) (להלן: Shany, *Bassiouni*); Yuval Shany, *Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement*, 8 Y.B. INT'L HUM. L. 369 (2006) (להלן: Shany, *Faraway, So Close*); Ralph Wilde, *Are Human Rights Norms Part of the Jus Post Bellum, and Should They Be?*, in *JUS POST BELLUM: TOWARDS A LAW OF TRANSITION FROM CONFLICT TO PEACE* 163 (Carsten Stahn & Jann K. Kleffner eds., 2008).

של הסמכויות מורכב ו/או מחייב זמן. סיבה נוספת להחלת חובות מעבר היא כאשר סיום התפיסה הלוחמתית אינו חלק מהסכם או אמנה המעגנים את תנאיו. כך, כאשר סיום תפיסה לוחמתית מתקרב ונראה כי ייווצר פער בין הסרת הסמכויות השלטוניות של הכוח התופס לבין הטמעתן על ידי השלטון המקומי, חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית עשויות לחול באופן מוגבל בזמן ובהיקף, לאחר שיוסכם עליהן במשא ומתן בין הצדדים ו/או בתיאום של הקהילה הבין-לאומית.

פרק א של מאמר זה דן בתחילתה ובסיומה של תפיסה לוחמתית, כדי להאיר את ההתאמה של דינים אלה למצבים עכשוויים. פרק ב דן בחולשותיה של הפרדיגמה המסורתית שדיני התפיסה הלוחמתית מושתתים עליה, באי-התאמתה לסכסוכים עכשוויים, במיוחד בכל הקשור לסיום תפיסה לוחמתית, ובאופן שבו אוכלוסייה מקומית עלולה להישאר חסרת הגנה. בפרק ג נטען כי דיני התפיסה הלוחמתית כשלעצמם אינם מחילים הוראות לגבי חובות מתמשכות לאחר סיום התפיסה הלוחמתית. לשם השלמת הפער המשפטי, פרק ד מציע קריאה רחבה של דיני התפיסה הלוחמתית ושל אמצעי המעבר הקיימים בהם באופן שיתאים לסכסוכים עכשוויים, וממליץ להתייחס לחובות לאחר תפיסה לוחמתית כלפי האוכלוסייה האזרחית כאל "חבילה" של זכויות וחובות ממשיכות שיש להעביר מהכוח התופס אל השלטון המקומי.

## פרק א: סיום תפיסה לוחמתית והשלכותיו

השאלות המשפטיות הנוגעות בחובות החלות על כוח תופס בתקופה שלאחר תום התפיסה הלוחמתית (להלן: פוסט תפיסה לוחמתית) קשורות בקשר הדוק לתשובות לשאלות הבאות: מהם התנאים במוכן המשפטי לסיום התפיסה הלוחמתית ומהן ההשלכות של סיום התפיסה הלוחמתית על הכוח התופס, על השלטון המקומי ועל האוכלוסייה האזרחית? במילים אחרות, האם על כוח תופס להמשיך למלא את חובותיו, לפחות באופן חלקי, גם לאחר שיצא פיזית מן השטח שהוחזק על ידיו בתפיסה לוחמתית? ומי נושא באחריות לסדרי השלטון ולסמכויות השלטון באותו שטח, לפחות במונחים של ביטחון מינימלי, סדר ושירותים ציבוריים, לאחר שהסתיימה התפיסה הלוחמתית?

כלומר, לשאלה מה מהווה את סוף התפיסה הלוחמתית יש השלכות מעשיות ביחס לכוח התופס, לרשות השלטון המקומי ולאוכלוסייה האזרחית המקומית.<sup>4</sup> עם זאת, אמות המידה לקביעת מועד סיומה של התפיסה הלוחמתית, ובהתאם לכך לקביעת תחולתם של הדינים השונים, אינן ברורות דיין.<sup>5</sup> הואיל וכך, ובהעדר הגדרה מדויקת לעניין מועד

Eyal Benvenisti, *Occupation and Territorial Administration*, 1–3 GLOBALTRUST 4 WORKING PAPER SERIES 11/2015, 2015.

Adam Roberts, *What Is a Military Occupation?*, 55 BRIT. Y.B. INT'L L. 249 (1984); 5

סיומה של התפיסה הלוחמתית, נקודת המוצא לדיון זה היא ההגדרה הקיימת באמנת האג הרביעית לעניין מועד תחילתה של התפיסה הלוחמתית.<sup>6</sup>

### 1. תחילת תפיסה לוחמתית

סעיף 42 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיני המלחמה ביבשה, 1907 (להלן: תקנות האג), קובע כך:

"Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army.

The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised."<sup>7</sup>

דהיינו, ככלל, שני תנאים חייבים להתקיים כדי ששטח יוכר כמצוי בתפיסה לוחמתית: (1) הימצאות כוחות עוינים בשטח; (2) לכוחות הצבאיים יש יכולת לממש סמכויות שלטוניות אפקטיביות באותו שטח.<sup>8</sup> השאלה המשפטית אם קיימת הכרה פורמלית בקיומה של תפיסה לוחמתית היא שאלה עובדתית המוערכת בכל מקרה לגופו.<sup>9</sup> על פי סעיף 42 לתקנות האג, תפיסה לוחמתית מתבססת על קביעה אובייקטיבית המבוססת על החזקה בפועל של כוח עויין בשטח שאינו בריבונותו, ולא על ראייה סובייקטיבית של הצדדים לגבי מעמד השטח.<sup>10</sup> חשוב לציין כי התנאים הללו הם תנאים מצטברים, ורק אם התנאי הראשון מתקיים, התנאי השני יכול לצאת אל הפועל. דהיינו,

U.S. DEP'T OF THE ARMY, THE LAW OF LAND WARFARE 139 (Field Manual 27-10, 1956).

6 Annex to the Hague Convention IV Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land arts. 42-43, Oct. 18, 1907, in 1 TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL AGREEMENTS OF THE UNITED STATES OF AMERICA 1776-1949, 631, 651 (להלן: תקנות האג). ראו גם Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 373.

7 תקנות האג, שם, ס' 42.

8 GERHARD VON GLAHN, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY: A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION 28 (1957).

9 Hans-Peter Gasser, *Protection of the Civilian Population*, in THE HANDBOOK OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 237 (Dieter Fleck ed., 2nd ed. 2008) ראו גם Activities on the Territory of the Congo (Dem. Rep. Congo v. Uganda), Judgment, 2005 I.C.J. Rep. 168, ¶ 173 (Dec. 19); The Hostages Trial: *Trial of Wilhelm List and Others*, Case No. 47, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, 8 LAW REP. TRIALS WAR CRIMINALS 34, Adam Roberts, *The End of Occupation: Iraq 2004*, 54; (Hostage Trial: להלן: 55-56 (1948) INT'L COMP. L.Q. 27, 28 (2005); Nicholas Rostow, *Gaza, Iraq, Lebanon: Three Occupations Under International Law*, 37 ISR. Y.B. HUM. RTS. 205, 217-219 (2007). Ferraro, לעיל ה"ש 2, בעמ' 135.

הנוכחות הפיזית של הכוח התופס חייבת להתקיים לפני שאותו כוח יכול לממש שליטה אפקטיבית בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית.<sup>11</sup> עם זאת, לשון סעיף 42 היא דו-משמעית. עיון בטקסט מעלה כי קיימת אי-אחידות בין הדרישה לביסוס סמכות בפועל ("actually placed under the authority"; "such authority has been established") לבין הסתפקות בקיומו של פוטנציאל בלבד לשימוש בסמכות זו ("can be exercised").<sup>12</sup>

למרות נוסחו המעורפל של הסעיף, נדמה כי אין חולק שהוא מעגן את מעמדה של דרישת השליטה האפקטיבית כיסוד מהותי לעניין החלתם של דיני התפיסה הלוחמתית.<sup>13</sup> עם זאת, קיימת מחלוקת סביב השאלה מהי רמת השליטה האפקטיבית

11 Marten Zwanenburg, *The Law of Occupation Revisited: The Beginning of an Occupation*, 10 Y.B INT'L HUM. L. 99, 110 (2007). ראו גם U.S. War Department, General Orders No. 100, Apr. 24, 1863 (The Lieber Code) (1863) ו-100, Apr. 24, 1863. הקוד הוצא בזמן מלחמת האזרחים האמריקנית, ואף שהוא לא כלל הגדרה מפורשת של "תפיסה לוחמתית", הוא היה הכלי המשפטי הראשון שרמז כי תפיסה לוחמתית פירושה נוכחות פיזית של כוחות צבאיים בשטח. נוכחות פיזית הייתה גם תנאי בהצהרת בריסל משנת 1874. אף שהצהרת בריסל מעולם לא נכנסה לתוקף כאמנה, הייתה לה השפעה חשובה על אמנות שאומצו מאוחר יותר. ראו Final Protocol of the Brussels Conference on the Rules of Military Warfare art. 1, Apr. 27, 1874, 148 C.T.S. 133. מדריך אוקספורד לדיני המלחמה ביבשה משנת 1880, אשר אומץ על ידי המכון למשפט בין-לאומי, כלל הגדרה מפורשת של המונח "תפיסה לוחמתית". ס' 41 למדריך כלל שלוש דרישות מפורשות: (1) התפיסה נובעת מפלישה של כוחות עוינים; (2) המדינה שהטריטוריה שייכת אליה חדלה להפעיל את סמכותה הרגילה באותה טריטוריה כתוצאה מהפלישה; (3) רק הכוח הפולש יכול לשמור על הסדר בשטח התפוס. אולם סעיף זה לא הבהיר אם קיימת דרישה לנוכחות פיזית של כוחות כדי לבסס מצב של תפיסה לוחמתית. ראו *The Laws of War on Land* (1880), reprinted in RESOLUTIONS OF THE INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW 26 (James Brown Scott ed., 1916) (להלן: מדריך אוקספורד). ראו גם VON GLAHN, לעיל ה"ש 8; Yutaka Arai-Takahashi, *Preoccupied with Occupation: Critical Examinations of the Historical Development of the Law of Occupation*, 94 INT'L REV. RED CROSS 51, 60, 64 (2012). הקהילה המשפטית הבין-לאומית המשיכה לדון בשאלה אם נוכחותם הפיזית של הכוחות נחוצה כדי להפעיל את דיני התפיסה הלוחמתית. כך, ההגדרה המקורית שבהצהרת בריסל שימשה בסיס לדיון בוועידה הבין-לאומית של האג. ראו 1 *Laws and Customs of War on Land (Hague II)*, art. 43, July 29, 1899, in 1 TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL AGREEMENTS OF THE UNITED STATES OF AMERICA 1776-1949, 247, 259; DORIS APPEL GRABER, *THE DEVELOPMENT OF THE LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION, 1863-1914: A HISTORICAL SURVEY* 30 (1949). בשנת 1907 אימצה ועידת האג את נוסחה של אמנת האג משנת 1899. הנוסח דומה לעקרונות המקוריים המופיעים בהצהרת בריסל משנת 1874.

12 Marten Zwanenburg, Michael Bothe & Marco Sassòli, *Is the Law of Occupation Applicable to the Invasion Phase?*, 94 INT'L REV. RED CROSS 29 (2012).

13 ס' 42 לתקנות האג, לעיל ה"ש 6. שליטה אפקטיבית מורכבת מהחזקה ומניהול. החזקה משמעותה שיש לתפוס את השטח מתוך כוונה לרכוש בו ריבונות. לאחר מכן על המחזיק להקים מעין ממשל, המראה כי הטריטוריה נשלטת על ידיו. ראו VON GLAHN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 139-140; MORRIS

הנדרשת לשם החלתם של דיני התפיסה הלוחמתית. ניתן להצביע על שתי גישות מקובלות לעניין זה: על פי הגישה האחת, המקובלת יותר, שליטה אפקטיבית מחייבת נוכחות צבאית בפועל ופוטנציאל שלטוני של הכוח התופס בשטח הרלוונטי.<sup>14</sup> לעומת זאת, הגישה האחרת, המצמצמת יותר, דורשת לא רק פוטנציאל שלטוני בשטח, אלא גם מימוש שלו הלכה למעשה. דהיינו, השטח מצוי בתפיסה לוחמתית רק מרגע שהכוח התופס מיישם בפועל את סמכותו על השטח.<sup>15</sup>

עד כה התמקד הדיון בשאלת השליטה האפקטיבית. אולם מעבר לכך יש להבחין בין מצבים שבהם השטח נמצא בתפיסה לוחמתית לבין מצבים אחרים שבהם קיימת נוכחות

GREENSPAN, THE MODERN LAW OF LAND WARFARE 219 (1959); LASSA OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW: A TREATISE 557–559 (1955).

14 בית הדין הפלילי הבין-לאומי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY) אימץ גישה ראשונה זו, והגדיר כמה קווים מנחים לעניין מועד תחילתה של התפיסה הלוחמתית: (1) על הכוח התופס להיות מסוגל להחליף את סמכות הריבון; (2) על כוחות האויב להיכנע, לסגת או להיות מובסים; (3) על הכוח התופס להיות נוכח בשטח או להיות מסוגל להגיע לשם בתוך זמן סביר; (4) בשטח הוקם ממשל זמני; (5) הכוח התופס הוציא ואוכף הנחיות לאוכלוסייה המקומית. Prosecutor v. Naletilić & Martinović, Case No. IT-98-34-T, Judgment ¶ 217 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Mar. 31, 2003). ראו גם PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR, Aug. 12, 1947 179 (Jean S. Pictet, Hostage Trial (להלן: PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR). כן ראו UK MINISTRY ; 139 בעמ' 5, לעיל ה"ש 5, U.S. DEP'T OF THE ARMY ; 56–55 בעמ' 9, לעיל ה"ש 9, OF DEFENCE, THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT 273–306 (2004); CANADA OFFICE OF JUDGE ADV. GEN., LAW OF ARMED CONFLICT AT THE OPERATIONAL AND TACTICAL LEVEL §§ 1202–1203 (2001); בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365 (1983) (בג"ץ אימץ את הגישה שעל פיה נדרש רק פוטנציאל לשליטה אפקטיבית כדי לבסס תפיסה לוחמתית).

15 ראו VON GLAHN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 28 "Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army... Thus there is assumed an invasion of the enemy state, resisted or unresisted, as a result of which the invader has rendered the enemy government incapable of publicly exercising its authority; the invader has successfully substituted his own authority for that of the legitimate government in the territory (invaded)". פרשנות זו אומצה על ידי בית הדין הבין-לאומי לצדק בפסק הדין קונגו נ' אוגנדה, שם נקבע כי כדי להכיר במצב של תפיסה לוחמתית נדרשת שליטה אפקטיבית בשטח בפועל, ואין די בהכרה בפוטנציאל לשליטה כזו. ראו Armed Activities on the Territory of the Congo, לעיל ה"ש 9, פס' 173. שוורצנברגר טוען כי הדבר מעיד כי שליטה אפקטיבית בפועל היא תנאי הכרחי של דיני התפיסה הלוחמתית. ראו 2 GEORG SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 324 (1968) ("only when, and where, the Occupying Power has attained unquestioned control does hostile territory become subject to the more exacting restraints of the law of belligerent occupation as compared with those of the laws of war in the strict sense").



צבאית של כוח עוין, דוגמת פלישה,<sup>16</sup> לחץ צבאי או מצור.<sup>17</sup> ההבחנה האחרונה אינה פשוטה כלל וכלל. בעשורים האחרונים השימוש בכוח אווירי, בכוח ימי ובטכנולוגיה צבאית מתוחכמת לשם הטלת סגר או לחץ צבאי נהיה נפוץ. אומנם, השימוש באמצעים הללו יכול בהחלט לאפשר לכוח עוין לשלוט בשטח כלשהו תוך שימוש בנוכחות פיזית מינימלית.<sup>18</sup> אולם נוכחות צבאית כזו המשמשת להטלת לחץ או מצור אין בה כדי להפעיל את דיני התפיסה הלוחמתית בהעדר נוכחות של כוחות צבאיים על הקרקע.<sup>19</sup> במילים אחרות, נוכחות "מרחפת" כזו אינה מאפשרת לכוח התופס להוציא לפועל את החובות העיקריות שלו בהתאם להוראות סעיף 43 לתקנות האג, ואינה עולה כדי

16 ס' 42 לתקנות האג מבחין בין פלישה (invasion) לבין תפיסה לוחמתית. בגלל המאפיינים הייחודיים של כל מצב, קיים אתגר ממשי בניסיון לזהות את הרגע שבו פלישה נהפכת לתפיסה לוחמתית. באופן עקרוני, ההבדל בין כוח תופס לבין כוח פולש הוא שכוח תופס מבסס שלטון בשטח ואילו הפולש פשוט עובר בו. ראו *Armed Activities on the Territory of the Congo*, לעיל ה"ש 9, פס' 178; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 172–177, ¶¶ 89–101 (July 9) (להלן: *חוות דעת מייעצת בנושא גדר ההפרדה*); GREENSPAN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 213; Ferraro, לעיל ה"ש 2, בעמ' 135; Roberts, לעיל ה"ש 5, בעמ' 261; מדריך אוקספורד, לעיל ה"ש 11, ס' 41; UK MINISTRY OF DEFENCE, לעיל ה"ש 14, ס' 11; Zwanenburg, לעיל ה"ש 11, בעמ' 108; MYRES S. McDUGAL & FLORENTINO P. FELICIANO, *LAW AND MINIMUM WORLD PUBLIC ORDER: THE LEGAL REGULATION OF INTERNATIONAL COERCION* 732–735 (1961); Kenneth Watkin, *Use of Force During Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities*, 94 *INT'L REV. RED CROSS* 267, 272–273 (2012). לדיון מעמיק בהבחנה שבין פלישה לתפיסה לוחמתית ובשאלה אם קיים שלב מעבר בין השניים ראו Zwanenburg, Bothe & Sassòli, לעיל ה"ש 12.

17 Adam Roberts, *Occupation, Military, Termination of*, in MAX PLANK ENCY. PUB. INT'L L. (2009), available at [opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1927](http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1927), ראו גם VON GLAHN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 29; Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 373.

18 איל בנבנישתי מתייחס לשליטה צבאית באוויר ובים כאל "תפיסה לוחמתית וירטואלית" שמטרתה למנוע את השלטון המקומי מלתפקד. ראו BENVENISTI, לעיל ה"ש 1, בעמ' 54, שם הוא טוען כי "there would be situations where the virtual control over a foreign territory is so effective that the local government cannot function and provide for the inhabitants. In such cases there is a strong argument that a duty to occupy would arise, the virtual occupant having to send in ground troops to establish the necessary infrastructure to restore and ensure public order and secure the human rights of the inhabitants". ראו גם Ferraro, לעיל ה"ש 2, בעמ' 143; Zwanenburg, לעיל ה"ש 11, בעמ' 106 ו-126.

19 YORAM DINSTEIN, *THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION* 48 (2009). ראו גם Gasser, לעיל ה"ש 9, בעמ' 275, פס' 527; VON GLAHN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 28–29; Ferraro, לעיל ה"ש 2, בעמ' 145.

שליטה אפקטיבית.<sup>20</sup> על כן אין בה כדי לבסס את הטענה כי השטח נמצא בתפיסה לוחמתית.

## 2. סיום תפיסה לוחמתית והשלכותיו על פי המשפט ההומניטרי הבין־לאומי

בהעדר הגדרה משפטית לסיום תפיסה לוחמתית, ניתן להבינו כהיפוך או כביטול של המצב שבו החלה התפיסה הלוחמתית.<sup>21</sup> על כן ההנחה המשפטית המקובלת היא שהתפיסה הלוחמתית מסתיימת כאשר היסודות החיוניים לתחילתה (נוכחותם הפיזית של כוחות זרים ויכולתם לממש שליטה אפקטיבית) חדלים להתקיים.<sup>22</sup> אולם במקרים רבים חלוף הזמן בין מועד הפסקת הלחימה הלכה למעשה למועד החתימה על הסכם בין הצדדים (המסדיר את הפסקת הלחימה) עלול לטשטש את הנקודה המדויקת שבה אחריותו של הכוח התופס מתחילה או מסתיימת,<sup>23</sup> בוודאי במצבים שבהם קיימת נסיגה חלקית של הכוח התופס, המשך נוכחות צבאית על בסיס הסכמה או שליטה אפקטיבית בשטח התפוס באמצעים טכנולוגיים ואחרים, כפי שפורט לעיל.<sup>24</sup> ככלל, מקובל לראות את שני היסודות הבאים כיסודות המאפיינים את סוף התפיסה הלוחמתית: (1) נסיגה של הכוחות הצבאיים מן השטח; (2) אוכדן שליטה אפקטיבית

20 להכרה בתפיסה לוחמתית יש השלכות כבדות משקל על הכוח התופס לפי ההוראות של דיני התפיסה הלוחמתית. תקנות האג קובעות את הזכויות והחובות של הכוח התופס. אמנת ג'נבה מגינה על לוחמים כמו גם על מי שלא נטלו חלק בלחימה. לעניין חובותיו העיקריות של הכוח התופס ראו ס' Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian ; 6 לעיל ה"ש ; 56–42 Persons in Time of War arts. 27–34, 47–78, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287 (להלן: אמנת ג'נבה); Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol Council Decision ; (להלן: הפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה); I), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3 (EC) No. 2008/901/CFSP of 2 December 2008, Concerning an Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, 2008 O.J. (L323) 66 כן ראו ; 28 ; SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 174 ; VON GLAHN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 28 ; ; 376 ; McDougal & Feliciano, לעיל ה"ש 16, בעמ' 732–735 ; Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 376 ; ; 300 ; Roberts, לעיל ה"ש 5, בעמ' 300 ; Watkin, לעיל ה"ש 16, בעמ' 299 ; ; SYLVAIN VITÉ, LE DROIT DE L'OCCUPATION MILITAIRE: PERSPECTIVES HISTORIQUES ET ENJEUX JURIDIQUES ACTUELS 143, 149 (2009).

21 Shany, *Faraway, So Close*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 369 ; Ferraro, לעיל ה"ש 2, בעמ' 156.

22 Ferraro, שם.

23 U.S. Dep't of the Army, Pamphlet No. 27-161-2, INTERNATIONAL LAW vol. II, 159–161 (1962).

24 Ferraro, לעיל ה"ש 2, בעמ' 134.

בטריטוריה או העברתה לידי שלטון מקומי.<sup>25</sup> היות שתפיסה לוחמתית, כפי שצוין קודם לכן, אינה יכולה להתקיים ללא נוכחות כוחות של צבא עוין, היסוד הראשון – נסיגה של הכוחות הצבאיים מן השטח – הוא תנאי מוקדם לכל דיון בסיום התפיסה הלוחמתית.<sup>26</sup> כך אף נקבע על ידי בית המשפט האירופי לזכויות אדם. בית המשפט קבע כי הנוכחות הפיזית של חיילים זרים היא תנאי בל יעבור (*sine qua non*), וכי לא יעלה על הדעת קיום תפיסה לוחמתית ללא "boots on the ground".<sup>27</sup>

היסוד השני המסמל את סיום התפיסה הלוחמתית הוא אובדן השליטה האפקטיבית של הכוח התופס.<sup>28</sup> ההנחה היא שכאשר הכוח התופס מאבד את שליטתו האפקטיבית בשטח, רשות השלטון המקומי מקבלת לידיה את השליטה בשטח, גם אם זו אינה משוחזרת עדיין במלואה.<sup>29</sup> אולם נקודת התורפה של הנחה זו היא שקשה לעיתים לענות על השאלה מהי רמת השליטה האפקטיבית שצריכה לעבור לידי רשות השלטון המקומי כדי שנוכל לומר שהעברה זו אכן מסמנת את סוף התפיסה הלוחמתית. כך במיוחד לנוכח העובדה שנסיגה צבאית והעברת שליטה אפקטיבית יכולות ללוש צורות שונות.<sup>30</sup>

ההנחה העומדת בבסיסם של דיני התפיסה הלוחמתית היא שסיום התפיסה הלוחמתית הוא מאורע מוסכם הכולל הסדר מדיני, אמנות, החלטות או הצהרות הקובעים את תנאי הנסיגה הצבאית והעברת השליטה לריבון המקומי.<sup>31</sup> אולם הלכה למעשה יש גם דרכים אחרות – אשר אינן כוללות את תיאום הנסיגה והעברת השליטה האפקטיבית – שבהן התפיסה הלוחמתית יכולה לבוא לידי סיום. כך, לדוגמה, רשות השלטון המקומי עשויה להחזיר לידיה את השליטה באמצעות שימוש בכוחות מזוינים או בעזרת בעלי בריתה באזור; האוכלוסייה המקומית עשויה למרוד נגד שלטון הכוח התופס ולהקים משטר מקומי; הכוח התופס עשוי לנקוט צעדים חד-צדדיים; ומועצת הביטחון של האו"ם עשויה לאמץ החלטה מחייבת.<sup>32</sup>

הנה כי כן, הפרקטיקות שמדיניות נוקטות לעניין סיום התפיסה הלוחמתית שונות ומגוונות. טלו, לדוגמה, את המקרה של הכיבוש האמריקני של יפן ואת המקרה של

25 DINSTEN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 272; GREENSPAN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 219. ראו גם OPPENHEIM, לעיל ה"ש 13, בעמ' 436; SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 31; Roberts, לעיל ה"ש 9, בעמ' 27.

26 ראו VON GLAHN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 29; Roberts, לעיל ה"ש 17, ס' 20.

27 Sargsyan v. Azerbaijan, App. No. 40167/06, Eur. Ct. H.R. 28–29 (2011); Chiragov v. Armenia, App. No. 13216/05, Eur. Ct. H.R. 33–35 (2015).

28 SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 317.

29 Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 371; YUTAKA ARAI-TAKAHASHI, THE LAW OF OCCUPATION: CONTINUITY AND CHANGE OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, AND ITS INTERACTION WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 16 (2009).

30 Roberts, לעיל ה"ש 17, ס' 20.

31 שם, ס' 19; SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 172.

32 ARAI-TAKAHASHI, לעיל ה"ש 29, בעמ' 150–151. ראו VON GLAHN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 25; Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 371; Roberts, לעיל ה"ש 17, ס' 18.

כיבוש גרמניה המערבית על ידי בעלות הברית.<sup>33</sup> בשני המקרים הללו, אף על פי ששלטון הכוח התופס הסתיים, נשארו הכוחות הזרים בשטח בהסכמת הממשלה המקומית.<sup>34</sup> יתרה מזו, בשנת 2004 הכירה מועצת הביטחון של האו"ם בסיום התפיסה הלוחמתית של ארצות הברית ובעלות בריתה בעיראק על אף העובדה שהכוחות הצבאיים נותרו בשטח המדינה עד שנת 2011, תוך שמירה על רמה מהותית של שליטה בשטח,<sup>35</sup> ואף על פי שנוכחותם המתמשכת בשטח לא עוגנה באמנה (כפי שקרה בגרמניה וביפן).<sup>36</sup> דוגמה נוספת לנוכחות צבאית שנתרה בעינה אף שהתפיסה

33 Roberts, לעיל ה"ש 9, בעמ' 29 ; 136, Sept. 8, 1951, art. 6(a), Treaty of Peace with Japan, U.N.T.S. 45 ("All occupation forces of the Allied Powers shall be withdrawn from Japan as soon as possible after the coming into force of the present Treaty, and in any case not later than 90 days thereafter. Nothing in this provision shall, however, prevent the stationing or retention of foreign armed forces in Japanese territory under or in consequence of any bilateral or multilateral agreements which have been or may be made between one or more of the Allied Powers, on the one hand, and Japan on the other") . באשר לגרמניה המערבית, הטקסט המקורי של הסכמי פריז קובע כי התפיסה הלוחמתית הסתיימה אף שכוחות הברית נשארו בשטח. ראו Protocol on the Termination of the Occupation Regime in the Federal Republic of Germany (with schedule of amendments), Oct. 23, 1954, 331 U.N.T.S. 253; Treaty on the Final Settlement with Respect to Germany (with Agreed Minute) art. 7, Sept. 12, 1990, 1696 U.N.T.S. 115 [usa.usembassy.de/etexts/2plusfour8994e.htm](http://usa.usembassy.de/etexts/2plusfour8994e.htm) ("(1) The French Republic, the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America hereby terminate their rights and responsibilities relating to Berlin and to Germany as a whole. As a result, the corresponding, related quadripartite agreements, decisions and practices are terminated and all related Four Power institutions are dissolved. (2) The united Germany shall have accordingly full sovereignty over its internal and external affairs")

34 DINSTEN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 270 ; Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 371-382.

35 הכוחות הצבאיים הזרים המשיכו להחזיק בידיהם לא רק שליטה בטחונות כלפי חוץ, כמו במקרה של יפן וגרמניה, אלא גם שליטה אפקטיבית במנגנוני הביטחון הפנימיים. ראו, S.C. Res. 1546 (Jun. 8, 2004) ("Welcoming the beginning of a new phase in Iraq's transition to a democratically elected government, and looking forward to the end of the occupation and the assumption of full responsibility and authority by a fully sovereign and independent Interim Government of Iraq by 30 June 2004"). ראו גם ARAI-TAKAHASHI, לעיל ה"ש 29, בעמ' 20 ; DINSTEN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 273.

36 נוכחותם של הכוחות בראשות ארצות הברית לאחר סיום התפיסה הלוחמתית אושרה בהסכם שנחתם עם הממשלה הזמנית המקומית רק שנים אחרי ההכרזה על סיום התפיסה הלוחמתית: Agreement on the Withdrawal of United States Forces from Iraq and the Organization of Their Activities During Their Temporary Presence in Iraq, Iraq-U.S., Nov. 17, 2008, T.I.A.S. No. 09-101.1, [2009-2017.state.gov/documents/organization/122074.pdf](http://2009-2017.state.gov/documents/organization/122074.pdf); Strategic Framework Agreement for a Relationship of Friendship and Cooperation, Iraq-U.S., Nov. 17, 2008, T.I.A.S. No. 09-101.1, [www.state.gov/wp-content/uploads/2019/02/09-101.1-](http://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/02/09-101.1-)

הלוחמתית הסתיימה ניתן למצוא במקרה של אפגניסטן. שם אומנם לא הוכר מעולם מצב של תפיסה לוחמתית, למעט לזמן קצר מאוד, אולם כוחות זרים ממשיכים לממש שליטה אפקטיבית מסוימת במטרה לייצב את השלטון במדינה (בהסכמת רשות השלטון המקומי).<sup>37</sup>

הנסיגה החד-צדדית של ישראל מעזה בשנת 2005, שבמסגרתה פונו כל היישובים וכוחות הצבא הישראליים מהשטח ללא תיאום עם רשות השלטון המקומי והקהילה הבין-לאומית, מהווה גם היא דוגמה מרתקת לפרקטיקה מדינית אשר אינה עולה בקנה אחד עם הגישה הרואה בהסכמה בין הצדדים יסוד הכרחי לסיום תפיסה לוחמתית.<sup>38</sup>

Iraq-Defense-Coop.pdf; Declaration of Principles for a Long-Term Relationship of Cooperation and Friendship, Iraq-U.S. Aug. 27, 2007, georgewbush-whitehouse.archives.

gov/news/releases/2007/11/print/20071126-11.html (ההסכם אינו תקף עוד כיום).

S.C. Res. 1510, art. 1 (Oct. 13, 2003) ("Authorizes expansion of the mandate of the International Security Assistance Force to allow it, as resources permit, to support the Afghan Transitional Authority and its successors in the maintenance of security in areas of Afghanistan outside of Kabul and its environs, so that the Afghan Authorities as well as the personnel of the United Nations and other international civilian personnel engaged, in particular, in reconstruction and humanitarian efforts, can operate in a secure environment, and to provide security assistance for the performance of other tasks in support of the Bonn Agreement"); S.C Res. 1386, art. 1 (Dec. 20, 2001) ("Authorizes, as envisaged in Annex 1 to the Bonn Agreement, the establishment for 6 months of an International Security Assistance Force to assist the Afghan Interim Authority in the maintenance of security in Kabul and its surrounding areas, so that the Afghan Interim Authority as well as the personnel of the United Nations can operate in a secure environment"); *The President's News Conference with President Hamid Karzai of Afghanistan*, THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT (May 23, 2005), www.presidency.ucsb.edu/documents/the-presidents-news-conference-with-president-hamid-karzai-afghanistan-1; Enduring Strategic Partnership Agreement, Afg.-U.S., May 2, 2012, T.I.A.S. No. 12-704, www.state.gov/wp-content/uploads/2019/02/12-704-Afghanistan-Relations.pdf; Mark Landler, *U.S. Troops to Leave Afghanistan by End of 2016*, N.Y. TIMES (May 27, 2014), www.nytimes.com/2014/05/28/world/asia/us-to-complete-afghan-pullout-by-end-of-2016-obama-to-say.html

ביום 6.6.2004 קיבלה הממשלה החלטה שעניינה "תוכנית ההתנתקות המתוקנת". בס' 3 לנספח א להחלטה נקבע כך: (1) מדינת ישראל תפקח ותשמור על המעטפת החיצונית ביבשה, תשלט באופן בלעדי במרחב האווירי של עזה, ותמשיך לקיים פעילות צבאית במרחב הימי של רצועת עזה. (2) רצועת עזה תהיה מפורזת מנשק שהימצאותו אינה תואמת את ההסכמים הקיימים בין הצדדים. (3) מדינת ישראל שומרת לעצמה את הזכות הבסיסית להגנה עצמית, כולל נקיטת צעדי מניעה כמו גם תגובה תוך שימוש בכוח כנגד איומים שייוצרו מרצועת עזה. ראו החלטה 1996 של הממשלה ה-30 "תוכנית ההתנתקות המתוקנת – המשך הדיון" (6.6.2004), www.gov.il/he/departments/policies/2004\_des1996. ב-12 בספטמבר 2005 נסוגה ישראל באופן חד-צדדי מעזה ופינתה את כל ההתנחלויות הישראליות שהיו ברצועת עזה, תוך שהיא שומרת את השליטה

במקרה זה, בהעדר תיאום, וללא סטנדרטים שיעודדו תיאום כזה, סוף התפיסה הלוחמתית לא הוכר באופן רשמי על ידי הקהילה הבין-לאומית. אין זה אומר, עם זאת, שישיראל ממשיכה לשאת בחובותיה על פי דיני התפיסה הלוחמתית או אפילו שיש לה

במעברים בים, באוויר וביבשה. בעקבות נסיגתם החד-צדדית של הכוחות הצבאיים חתם מפקד כוחות צה"ל בעזה על הצהרה על סיום פעולותיו של הממשל הצבאי בשטח. ראו Manifest Regarding Termination of Military Rule (Manifest No. 6) (Gaza Region) 5765-2005; *Exit of IDF Forces from the Gaza Strip Completed*, ISR. MFA (Sept. 12, 2005), [www.mfa.gov.il/mfa/pressroom/2005/pages/exit\\_of\\_idf\\_forces\\_from\\_the\\_gaza\\_strip\\_completed\\_12-sep-2005.aspx](http://www.mfa.gov.il/mfa/pressroom/2005/pages/exit_of_idf_forces_from_the_gaza_strip_completed_12-sep-2005.aspx) ("Tonight, September 12, 2005 the Head of the Southern Command, Maj. Gen. Dan Harel signed a declaration stating the end of military rule in the Gaza Strip. This follows the evacuation of all IDF forces from the region and the handing over of control of the region to the Palestinian Authority; in accordance with the decision of the Israeli Government. This declaration annuls the declaration signed June 6, 1967 by the former Head of the Southern Command, Maj. Gen. Yishayahu Gavish declaring the start of military rule in the area. This is the final legislative act taken by an IDF commander in the Gaza Strip after 38 years of IDF presence in the region") בניסיון להשיג הכרה בין-לאומית בדבר סיום אחריותה בשטח, ויתרה ישראל על שליטתה המוחלטת בעזה על ידי חתימה על הסכם תנועה וגישה עם הרשות הפלסטינית. ראו Agreement on Movement and Access and Agreed Principles for the Rafah Crossing, Isr.-P.A., Nov. 17, 2005, [content.ecf.org.il/files/M00290\\_TheAgreedDocumentsonMovementandAccessfromandtoGaza-EnglishText.pdf](http://content.ecf.org.il/files/M00290_TheAgreedDocumentsonMovementandAccessfromandtoGaza-EnglishText.pdf). אולם ביוני 2007 השתלט חמאס על רצועת עזה, ומאז הוא הגורם המפעיל את רשויות השלטון שם. לפי עמדתה הרשמית של ישראל, שליטתה האפקטיבית ברצועת עזה הסתיימה בשנת 2005. ראו הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 – ועדת טירקל **דין וחשבון** (2011), [turkel-committee.gov.il/files/worddocs/1989200211hebrew.pdf](http://turkel-committee.gov.il/files/worddocs/1989200211hebrew.pdf), אולם מנקודת ראותה של הקהילה הבין-לאומית, נותרה ישראל כוח תופס ברצועת עזה. ראו *Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine – Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, John Dugard, on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied by Israel Since 1967*, U.N. Doc. E/CN.4/2006/29 (Jan. 17, 2006), [unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/0306124470443C948525712B006A70B7](http://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/0306124470443C948525712B006A70B7); Human Rights Council, *Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories: Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict*, para. 276, U.N. Doc. A/HRC/12/48 (Sep. 15, 2009); S.C. Res. 1860 (Jan. 8, 2009); Office of the Prosecutor of the International Criminal Court (ICC), *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia: Article 53(1) Report*, para. 16 (Nov. 6, 2014). לעיל ה"ש 3, Rostow; לעיל ה"ש 9, בעמ' 217–219, Shany, Bassiouni; לעיל ה"ש 3, Robert A. Caplen, *Rules of "Disengagement": Relating the Establishment of Palestinian Gaza to Israel's Right to Exercise Self-Defense as Interpreted by the International Court of Justice at the Hague*, 18 FLA. J. INT'L L. 679 (2006); Elizabeth Samson, *Is Gaza Occupied?: Redefining the Status of Gaza Under International Law*, 25 AM. U. INT'L L. REV. 915 (2010).

יכולת מעשית למלאן, בעיקר משום שאין לה כוחות צבאיים בשטח, ורשות השלטון המקומי מפעילה שליטה אפקטיבית למן שנת 1993.<sup>39</sup> יתרה מזו, מאז השתלטת חמאס על מנגנוני הרשות השלטונית ברצועת עזה, בשנת 2007, נותר השטח בהיבטים מסוימים ללא כוח אחראי פורמלית כלפי האוכלוסייה המקומית: בעוד ישראל כבר אינה אחראית להפעלת שליטה אפקטיבית על פי דיני התפיסה הלוחמתית, רשות השלטון המקומי אינה מפעילה באופן עצמאי את כל הסמכויות הממשלתיות, אינה מספקת את כל השירותים הציבוריים הדרושים לאוכלוסייה המקומית, ואינה נושאת באחריות פורמלית כלפי השטח והאוכלוסייה המקומית שבהם היא שולטת כבר זמן רב.

ככלל, כאשר התנאים של סיום התפיסה הלוחמתית אינם מעוגנים בהסכם שלום או באמנה, הקהילה הבין-לאומית והאו"ם ממלאים תפקיד מרכזי בהכרה בסיום התפיסה הלוחמתית ובקביעת העקרונות שינחו אותה. הכרתם בקיומה או בסיומה של תפיסה לוחמתית היא אומנם דקלרטיבית בלבד, ואינה נדרשת על פי הדין הבין-לאומי, אך יש בה כדי להבהיר את המצב העובדתי, ולא פחות מכך להכיר בחובות החלות על הכוח התופס כלפי האוכלוסייה המקומית בשטח התפוס. למרבה הצער, במקרים היסטוריים רבים נמנע האו"ם מלהכיר בשלטון כזה מלכתחילה או בסיומו, ולא נתן מענה לאירועים בשטח.<sup>40</sup>

כך, לדוגמה, השלטון הטורקי ארוך הטווח בצפון קפריסין לא משך תשומת לב רבה מצד הקהילה הבין-לאומית.<sup>41</sup> במהלך השנים הראשונות נשאו החלטות העצרת הכללית של האו"ם בהקשר זה אופי בלתי מחייב, ובמרכזן עמדה הקריאה לכבד את זכות הפליטים לשוב אל אדמתם ולקבל לידם את הרכוש שהיה בבעלותם.<sup>42</sup> רק בשנת 2014 מינה המזכ"ל יועץ מיוחד שתפקידו לסייע לצדדים בניהול המשא ומתן במטרה להגיע להסכם כולל.<sup>43</sup> אולם למן שנת 2014, למעט ניסיון להניע משא ומתן ישיר בין הצדדים בשנת 2017 (שהתקיים בעיירה קרנס שבמדינת מונטנה בארצות הברית), לא ננקטו מאמצים נוספים לפתור את הקונפליקט בין הצדדים, והמצב נותר בעינו.

לא זו אף זו, פעילותה של רוסיה בגאורגיה ובחצי האי קרים ממחישה גם היא את היחס הלא-עקבי של הקהילה הבין-לאומית והאו"ם לנושא. בשנת 2008 כבשה רוסיה אזורים בגאורגיה. האזורים הללו אינם חלק מן האזורים העומדים במרכז הסכסוך בין שתי המדינות. אולם במעשיה אלה יצרה רוסיה הלכה למעשה אזור חץ בשליטה מלאה של כוחותיה.<sup>44</sup> האו"ם לא הכריז על הפעולות הצבאיות הללו כפעולות שיש בהן כדי

39 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1.

40 Gasser, לעיל ה"ש 9, בעמ' 276.

41 S.C. Res. 360 (Aug. 16, 1974).

42 S.C. Res. 774 (Aug. 26, 1992); S.C. Res. 1475 (Apr. 14, 2003); Benvenisti, לעיל ה"ש 3,

בעמ' 376–375.

43 Secretary-General Appoints Espen Barth Eide of Norway as Special Adviser on Cyprus, 43

U.N. (Aug. 22, 2014), [www.un.org/press/en/2014/sga1498.doc.htm](http://www.un.org/press/en/2014/sga1498.doc.htm)

44 Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial

Discrimination (Geor. v. Russ. Fed.), Order, 2008 I.C.J. 353 (Oct. 15)

ליצור תפיסה לוחמתית או סיפוח. רוסיה, מצידה, טוענת כי אבחזיה ודרום אוסטיה אינן שטחים הנתונים בתפיסה לוחמתית, אלא מדינות עצמאיות.<sup>45</sup> עם זאת, אין בדין המקומי או הבין-לאומי הצדקה לפלישה הרוסית לשטחה הריבוני של גאורגיה או להכרה של רוסיה בעצמאות של בדלנים גאורגים.<sup>46</sup>

בשנת 2014 סיפחה רוסיה את חצי האי קרים בסדרה מהירה של מהלכים וללא התחשבות בכללי המשפט הבין-לאומי. הסיפוח החל בהשתלטות צבאית לא אלימה, נמשך בהכרזת עצמאות של תושבי האזור, ובהמשך אף התקיים משאל עם לגבי הצטרפותו של חצי האי לרוסיה. למרות החשדות בנוגע לתוצאות משאל העם, עד לא מזמן לא הכירו לא האו"ם ולא הקהילה הבין-לאומית בחצי האי כשטח הנתון בתפיסה לוחמתית.<sup>47</sup> רק ב-19 בדצמבר 2016 אימצה העצרת הכללית של האו"ם החלטה המכריזה על רוסיה "כוח תופס" בחצי האי קרים.<sup>48</sup>

דוגמאות אלה חושפות את חוסר העקביות של הקהילה הבין-לאומית, המשקף את האינטרסים והשאיפות הפוליטיות שמאחורי כל מקרה. אין יישום עקבי ופרגמטי של כללים משפטיים קוהרנטיים.

## פרק ב: חסרונותיה של הפרדיגמה המשפטית המסורתית לעניין ההכרה במועד סיומה של תפיסה לוחמתית

### 1. הפרדיגמה המשפטית של דיני התפיסה הלוחמתית

כאמור, יש לבחון את המעבר מתפיסה לוחמתית לריבונות טריטוריאלית ביחס לשלושה שחקנים שונים: הכוח התופס, רשות השלטון המקומי והאוכלוסייה האזרחית.<sup>49</sup> מקובל

Eur. Parliamentary Ass., *The Consequences of the War Between Georgia and Russia*, Doc. No. 11724 (2008), [assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17681](http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17681); Council Decision 2008/901/CFSP of Dec. 2, 2008, Concerning an Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, 2008 O.J. (L 323) 66, [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008D0901&from=en](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008D0901&from=en). ELIZABETH WILMSHURST, INTERNATIONAL LAW AND THE CLASSIFICATION OF CONFLICTS 242–79 (2012).

PETER ROUDI, RUSSIAN FEDERATION: LEGAL ASPECTS OF WAR IN GEORGIA (Law Library of Congress, Global Research Center, 2008), [www.loc.gov/law/help/legal-aspects-of-war/russia-legal-aspects-of-war.pdf](http://www.loc.gov/law/help/legal-aspects-of-war/russia-legal-aspects-of-war.pdf).

בשנת 2015 אימצה מועצת הביטחון של האו"ם החלטה המאשרת את הכיבוד המלא של ריבונותה, עצמאותה ושלמותה הטריטוריאלית של אוקראינה. ראו S.C. Res. 2202 (Feb. 17, 2015).

G.A. Res. 71/205 (Dec. 19, 2016).

SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 346.



כי משעה ששטח נתון בתפיסה לוחמתית, על הכוח התופס לפעול בהתאם לשני עקרונות יסוד: <sup>50</sup> האחד הוא הגנה על האוכלוסייה האזרחית, לרבות בדרך של שחזור והבטחה של הסדר הציבורי, הביטחון והצרכים החיוניים; <sup>51</sup> והאחר הוא הבטחת האופי הזמני של התפיסה הלוחמתית. <sup>52</sup>

במילים אחרות, לא משנה מהו הכוח המניע, הכללים המסדירים את סוף שלטונו של הכוח התופס (*postliminium*) מגלמים את השאיפה להשבתו של הסטטוס קוו המשפטי ששרר לפני התפיסה הלוחמתית (להבדיל מ-*uti possidetis*, אשר מסמל את שימור הסטטוס קוו הקיים). <sup>53</sup> *Postliminium* משמעו שהריבון הלגיטימי מחזיר לעצמו באופן אוטומטי את הסמכות והאחריות לעניין השטח שהיה נתון בתפיסה לוחמתית. <sup>54</sup> מנקודת המבט של הכוח התופס, המשמעות היא שאחריותו פוקעת באופן אוטומטי, על פי הפרדיגמה של המשפט ההומניטרי הבין-לאומי. <sup>55</sup>

דיני התפיסה הלוחמתית מניחים כי מועד סיומה של התפיסה הלוחמתית הוא רגע מוגדר, וכי קיימת התאמה מלאה בין מועד העברתה של השליטה האפקטיבית לבין מועד העברתן של החובות השלטוניות מן הכוח התופס לרשות השלטון המקומי. במילים אחרות, ההנחה היא שממשל אחד נסוג והאחר נכנס במקומו.

העברה "נקייה" כזו של סמכויות וחובות מתקיימת כאשר התפיסה הלוחמתית והסכסוך מסתיימים בזמנית בדרך של הסכם שלום או אמצעי דומה. אולם, כפי שצוין קודם לכן, בסיטואציות רבות השליטה בשטח הנתון תחת דיני התפיסה הלוחמתית יכולה להסתיים אף שהסכסוך בין הצדדים ממשיך להתקיים. כך, למשל, במהלך מלחמת העולם השנייה נאלצו הכוחות הגרמניים לסגת מחלקים של צרפת, אף שבמועד זה הייתה המלחמה רחוקה עדיין מסיום.

50 Benvenisti, לעיל ה"ש 4, בעמ' 16.

51 ראו ס' 23 (e) לתקנות האג, לעיל ה"ש 6. ראו גם את דברי הפתיחה לאמנה, שם, בעמ' 633: "Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience"

52 Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 376; SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 172; Gasser, לעיל ה"ש 9, בעמ' 273; GRABER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 43-47; BENVENISTI, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2-1; Adam Roberts, *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*, 100 AM. J. INT'L L. 580, 584 (2006).

53 SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 317.

54 GREENSPAN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 605.

55 SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 317.

## 2. חסרונות פרדיגמטיים של דיני התפיסה הלוחמתית במציאות המודרנית

האופי הבינרי הדיכוטומי של דיני התפיסה הלוחמתית, שלפיו השטח נתון או אינו נתון בתפיסה לוחמתית וכל הזכויות והחובות חלות או אינן חלות על הכוח התופס או על הריבון, יכול לתרום ליצירת בהירות ביחס לריבונות ולמשל. עם זאת, יש לו כמה חולשות אינהרנטיות ככל שהדבר נוגע במדיניות הבסיסית המונחת ביסודו.

החולשה הראשונה עניינה ההישענות של דיני התפיסה הלוחמתית על דרישת השליטה האפקטיבית. כאמור, שליטה אפקטיבית היא יכולתו של הכוח התופס לממש כוח שלטוני ולהיכנס בנעליו של הריבון המודח למשך תקופת זמן מוגבלת. היות שכך, הנוכחות הפיזית של כוחות בשטח חיונית לשם ביסוס שליטה אפקטיבית. אולם בעולם שיש בו יכולת לפעול מרחוק ולשלוט באופן "קונסטרוקטיבי" על טריטוריה מסוימת אך ורק באמצעות אמצעים טכנולוגיים מתקדמים, כוח תופס יכול לבסס שליטה אפקטיבית מבלי שיש לו נוכחות פיזית בשטח. האפשרות להציג שליטה אפקטיבית כרכיב נפרד מן הנוכחות הצבאית בשטח מזניחה יסוד ליבה של המשמעות המקורית של המונח "שליטה אפקטיבית".<sup>56</sup>

חולשה שנייה באה לידי ביטוי בהנחה שרשות השלטון המקומי – שהיא הריבון הלגיטימי – יכולה ומעוניינת ליטול על עצמה את הזכויות והחובות באופן מיידי (לאחר תקופת מעבר מסוימת). אולם לא תמיד זה המקרה. מכיוון שכך, ובשל החלל השלטוני שנוצר בין הסרת החובות מן הכוח התופס לבין נטילתן על ידי השלטון המקומי, האוכלוסייה האזרחית עלולה למצוא את עצמה בסיכון.

החולשה השלישית והאחרונה מתעוררת בסכסוכים עכשוויים רבים שבהם המועד של סוף התפיסה הלוחמתית אינו עולה בקנה אחד עם הגישה של המודל הבינרי המסודר.<sup>57</sup> להלן כמה דוגמות לכך: מלחמת אזרחים או סכסוכים המתרחשים לצד הסכסוך שהוביל לתפיסה הלוחמתית; מצבים שבהם שום צד אינו מודה שהוא כוח תופס או – בתנאים מסוימים – כוח "הודח", ומכאן ששום צד אינו נוטל על עצמו חובות כלפי האוכלוסייה האזרחית; מצבים של התערבות הומניטרית או מצבים שבהם גוף בין-לאומי (כלומר, מועצת הביטחון) תומך בהתערבות מזוינת בשטח. במקרה האחרון, מה שהחל כ"תפיסה לוחמתית" יכול ליהפך למשטר של נאמנות למחצה אשר פועל בברכתם של ארגונים בין-לאומיים ומאפשר בסופו של דבר הקמת מדינה ריבונית מוכרת.

56 ס' 42–43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 6; Benvenisti, לעיל ה"ש 3; Zwanenburg, לעיל ה"ש 11, בעמ' 106 ר' 126.

57 בספרות המונח "סכסוכים עכשוויים" מתייחס לכל אותם סכסוכים פוליטיים ואלימים הנפוצים למן תחילת המאה העשרים ואחת, ואילו "עימותים מזוינים בני זמננו" מתייחסים רק לסכסוכים הכרוכים בשימוש בכוח. ראו OLIVER RAMSBOTHAM, TOM WOODHOUSE & HUGH MIALI, CONTEMPORARY CONFLICT RESOLUTION: THE PREVENTION, MANAGEMENT AND TRANSFORMATION OF DEADLY CONFLICTS 29 (2nd ed. 2005). בהקשר זה מצבים עכשוויים של "תפיסה לוחמתית" מתייחסים לקונפליקטים ששונים מסכסוכים ותפיסה לוחמתית המכוסים על ידי דיני התפיסה הלוחמתית המסורתיים, אף שיש להם תכונות משותפות עימם.

כאשר דיני התפיסה הלוחמתית הונהגו לראשונה, מטרתם הייתה להסדיר מצבים שבהם צבא עוין תפס שליטה אסטרטגית בשטח כדרך להשגת ניצחון. אולם בשנים האחרונות אנו עדים למשטר של תפיסה לוחמתית המונע על ידי מטרות אחרות. במקרים מסוימים המטרה היא לא להילחם במדינה אחרת, אלא להילחם בשחקנים שאינם מדינתיים הפועלים בתוך השטח התפוס (למשל, הטאליבאן ואל־קאעידה באפגניסטן, חזבאללה בדרום לבנון). במקרים אחרים המטרה היא לכונן בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית ממשלה חדשה כאמצעי לסיים או למנוע זוועות המוניות והפרות של זכויות אדם, כפי שהיה במקרה של ההתערבות הצבאית בלוב בשנת 2011,<sup>58</sup> או כאמצעי למנוע פשעים נגד האנושות, רצח עם או טיהור אתני על ידי הפרדת טריטוריה משליטתו של השלטון המרכזי, כמו במקרה של התערבות כוחות נאט"ו בקוסובו בשנת 1999 או במקרה של הפלישה האמריקנית לעיראק בשנת 2003.<sup>59</sup>

החלת משטר של תפיסה לוחמתית בשטח מסוים יכולה להיעשות גם באמתלה של הגנה על מיעוט אתני הוזהה לאתניות של הכוח התופס או כדרך להגן על ההגדרה העצמית של מיעוט אתני כזה. טענות מעין אלה הועלו על ידי רוסיה כהצדקה לכניסתה אל חצי האי קרים (אף שהיא הכחישה את מעורבותה בסכסוך בין הצדדים ואת הטענה כי מדובר בכלל ב"תפיסה לוחמתית").<sup>60</sup>

כאשר מנסים לעמוד על המאפיינים העיקריים של סכסוכים מודרניים אשר אינם תואמים את הפרדיגמה המשפטית של דיני התפיסה הלוחמתית, נראה כי ככלל מדובר במצבים שבהם סיום התפיסה הלוחמתית הוא **תהליך מתמשך**, ולא רגע מסוים בזמן, ו/או במצבים שבהם שלום או סוף הסכסוך אינם תנאי מוקדם ברור לסיום התפיסה הלוחמתית או בהכרח תוצאה שלו. מצבים אלה מעלים שאלות מהותיות לעניין הניתוח המקובל של דיני התפיסה הלוחמתית, משום שבבסיסם עומדת חריגה משני עקרונותיהם הבסיסיים שצוינו לעיל, קרי: (1) הגנה על האוכלוסייה המקומית תוך התערבות מינימלית בנייהול ענייניה; (2) הבטחת האופי הזמני של התפיסה הלוחמתית.

#### (א) תפיסה לוחמתית טרנספורמטיבית

הפרדיגמה של תפיסה לוחמתית טרנספורמטיבית היא דוגמה טובה לסיטואציה שבה האופי הבינרי של דיני התפיסה הלוחמתית עלול לשבש את האיזון של שני עקרונות היסוד העומדים בבסיסם של דינים אלה: (1) הגנה על האוכלוסייה האזרחית; (2) הבטחת האופי הזמני של התפיסה הלוחמתית.<sup>61</sup>

58 ב־19 במרץ 2011 החלה קואליציה בראשות נאט"ו בהתערבות צבאית בלוב, כביכול בהתאם ל־ S.C. Res. 1937 (Aug. 30, 2010).

59 S.C. Res. 1236 (May 7, 1999) (East Timor); Adam Roberts, *NATO's 'Humanitarian War' over Kosovo*, 41(3) SURVIVAL 102 (1999); *Iraq War Illegal, Says Annan*, BBC NEWS (Sept. 16, 2004), news.bbc.co.uk/2/hi/middle\_east/3661134.stm.

60 SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 317; Benvenisti, לעיל ה"ש 4, בעמ' 16.

61 אחת התוצאות של דינמיקה כזו היא הדגש בשליטה באמצעות נוכחות של כוחות פיזיים בשטח. זאת בניגוד להגדרה של "שטח הנתון בתפיסה לוחמתית" כתוצר של מלחמה או מעשי איבה. רק לעיתים

תפיסה לוחמתית טרנספורמטיבית מתארת סיטואציות שבהן מדינות "טובות" נוטלות את השליטה בשטח הנשלט על ידי משטרים "רעים".<sup>62</sup> מעבר לכך, היא מאופיינת על ידי העדר שאיפות טריטוריאליות של הכוח התופס והסכמתו לקבל על עצמו חובות ביחס לצורכי האוכלוסייה האזרחית.<sup>63</sup>

פעמים רבות המטרות המפורשות של תפיסה לוחמתית טרנספורמטיבית הן להביא לידי החלפת השלטון המקומי. לפיכך הנוכחות הפיזית של כוחותיו של הכוח התופס נדרשת למשך תקופת מה, על מנת לספק לאוכלוסייה את הביטחון הנדרש לצורך התהליך של החלפת השלטון (כמו במקרה של ארצות הברית בעיראק). במקביל, מכורח הנסיבות, מוטלת על הכוח התופס אחריות גדולה יותר מזו שנועדה לו במקור על פי החוק בכל הנוגע בהספקת צורכי המנהל והשלטון.<sup>64</sup> הטלת אחריות גדולה יותר על הכוח התופס במקרים אלה, עד אשר יתבסס שלטון "טוב" וייבנו מנגנוני שלטון ומנהל חדשים ומתפקדים, מנוגדת לעקרון הזמניות העומד בבסיסם של דיני הכיבוש. לפיכך יכולתם של דינים אלה במתכונתם המסורתית להתמודד עם מצבים עכשוויים טרנספורמטיביים מוטלת בספק גדול.

חשוב לשים לב כי תפיסה לוחמתית טרנספורמטיבית מאופיינת בדרך כלל באמצעות תקופת מעבר המתחילה במועד סיום השליטה של הכוח התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית ומסתיימת במועד שבו הרשות השלטונית המקומית מחזירה לידיה את הריבונות.<sup>65</sup> מועד סיומה של התפיסה הלוחמתית במצבים הללו אינו רגע ספציפי בזמן, אלא מדובר בתהליך של אבולוציה הדרגתית של סמכות השלטון המקומי ורכישת לגיטימיות בעיני האוכלוסייה המקומית.<sup>66</sup> נוסף על כך, כאשר התפיסה הלוחמתית אינה עוד מכשיר מלחמתי אסטרטגי, אלא אמצעי להביא לידי שינוי השלטון, הקווים בין

רחקות נעשה שימוש בהגדרה האחרונה, שכן היא מובילה לדיון שרבים מעדיפים להימנע ממנו בשאלת חוקיותה או אי-חוקיותה של תפיסה לוחמתית על ידי התייחסות לחוקיות הסכסוך. ראו Steven R. Ratner, ; 3 לעיל ה"ש 3; Benvenisti ; 16 בעמ' 29, לעיל ה"ש 29; ARAI-TAKAHASHI, *Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence*, 16 EUR. J. INT'L L. 695, 697 (2005); Ralph Wilde, *From Trusteeship to Self-Determination and Back Again: The Role of the Hague Regulations in the Evolution of International Trusteeship, and the Framework of Rights and Duties of Occupying Powers*, 31 LOY. L.A. INT'L COMP. L. REV. 85, 89 (2009).

62 Roberts, לעיל ה"ש 52, בעמ' 601. תפיסה לוחמתית טרנספורמטיבית של מדינות "טובות" הנוטלות שליטה ממדינות "רעות" אינה עקבית ביחס למשמעותם המקורית של דיני הכיבוש. דיני הכיבוש במקורם אינם מבקשים להבחין בין כוח "טוב" לכוח "רע", וכיבוש אינו אמצעי בלתי חוקי בבסיסו. הדגש של דיני הכיבוש הוא להחזיר את השטח לשלטון לגיטימי כפי שהיה ערב התפיסה.

63 Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 375.

64 Roberts, לעיל ה"ש 52, בעמ' 580.

65 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 35-37.

66 Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 377.

מלחמה לשלום מיטשטשים.<sup>67</sup> אחרי הכל, אין עוד ממשל "עוין" שיש להגיע עימו לשלום. הואיל וכך, אין עוד בכוחם של הסכמים ואמנות לסמן את סוף התפיסה הלוחמתית ולקבוע את תנאיה. במקום זה, ייתכן שתקום ממשלת ביניים – שתתקיים עם או בלי הכרה בין-לאומית – שעומה יוכל הכוח התופס לשעבר להגיע להסכם שיאפשר המשך נוכחות פיזית של כוחותיו בשטח.<sup>68</sup> ברם, הסכמים מעין אלה אינם עולים בקנה אחד עם הסכם המביא לידי סיום התפיסה המלחמתית בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית, גם אם בעקבות החתימה על הסכם מעין זה הכוח התופס מפסיד את ריבונותו בשטח הלכה למעשה.

### (ב) תפיסה לוחמתית מתמשכת

סיטואציות של תפיסה לוחמתית מתמשכת, בעיקר בשטחים סמוכים מבחינה גיאוגרפית, מהוות גם הן סיבה להטלת ספק ברלוונטיות של דיני התפיסה הלוחמתית כפרדיגמה נאותה לסיום תפיסה לוחמתית בסכסוכים עכשוויים.<sup>69</sup> זאת, מכיוון שלמרות חשיבותו הנורמטיבית של עקרון הזמניות, למן שנת 1945 אנו רואים סיטואציות של תפיסה לוחמתית ארוכת טווח שבמסגרתן שליטתו של הכוח התופס בשטח נמשכת גם לאחר שמצב המלחמה הסתיים. כך, לדוגמה, במקרים הבאים: שליטתה של ישראל בעזה, שליטת טורקיה בצפון קפריסין, שליטת מרוקו בסהרה המערבית, שליטת אינדונזיה במזרח טימור ושליטתה של דרום אפריקה בנמיביה.<sup>70</sup>

הבעיה העיקרית בכל הנוגע בתפיסה לוחמתית ממושכת היא תלותה של האוכלוסייה המקומית בכוח התופס. תלות זו מתבטאת בשירותים שהכוח התופס מעניק לאוכלוסייה

67 Rostow, לעיל ה"ש 9, בעמ' 219; Gabriella Blum, *The Fog of Victory*, 24 EUR. J. INT'L L. ; 219 (2013) 391.

68 כך, למשל, המטרה בעיראק הייתה לחולל שינוי שלטוני ולכונן דמוקרטיה. אלא שהתפיסה הלוחמתית הסתיימה לפני שהושגה מטרה זו. כך גם באפגניסטן: המטרה הייתה להילחם באל-קאעידה ובטאליבאן בעקבות פיגועי ה-11 בספטמבר 2001, אולם גם במקרה זה הסתיימה התפיסה הלוחמתית בטרם הושגה מטרה זו, ולכן כוחותיו של "הכוח התופס לשעבר" נכחו בשטח במשך תקופה ארוכה לאחר שהסתיימה התפיסה הלוחמתית.

69 Roberts, לעיל ה"ש 52, בעמ' 582; Vaios Koutroulis, *The Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situation of Prolonged Occupation: Only a Matter of Time?*, 94 INT'L REV. RED CROSS 165, 170–171 (2012).

70 Roberts, שם. לדיון רקע במצב בעזה ובגדה המערבית ראו חוות דעת מייצעת בנושא גדר ההפרדה, לעיל ה"ש 16. לדיון רקע בנוגע למצב בצפון קפריסין ראו *Cyprus v. Turkey*, 2001-IV Eur. Ct. H.R. 1, 70, 75–76. לדיון בעניין שליטתה הממושכת של מרוקו בסהרה המערבית ראו U.N. Secretary-General, *Report on the Situation Concerning Western Sahara*, U.N. Doc. S/2014/258 (Apr. 10, 2014). לדיון רקע בדבר שליטתה של אינדונזיה במזרח טימור (עד שנת 2002) ראו *East Timor (Port. v. Austl.)*, Judgment, 1995 I.C.J. 90, ¶¶ 13–17 (June 30). לדיון רקע בשליטתה של דרום אפריקה בנמיביה (עד שנת 1990) ראו *the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971 I.C.J. Rep. 78 (June 21).

המקומית בשטח, לרבות תחבורה, חינוך, שירותי בריאות, שירותים פיננסיים, תשתיות, אפשרויות תעסוקה וכולי.<sup>71</sup>

המציאות מלמדת אותנו כי "התרה" של תלות ארוכה כזו נמשכת זמן רב, ובמקרים רבים מחייבת תקופת מעבר משמעותית של העברת כוח לרשויות השלטון המקומי.<sup>72</sup> אולם, כפי שצוין קודם לכן, במהלך תקופה זו האוכלוסייה המקומית חשופה לסכנה של העדר הגנה ראויה.

### (ג) התנתקות חד-צדדית

פעולות חד-צדדיות נועדו לשכנע את הצד האחר להימנע מלכתחילה מאלימות, לרסן אלימות קיימת או אפילו להפסיקה כליל. אחת מהן היא אסטרטגיית ההפרדה – התנתקות חד-צדדית – שבה צד אחד עוזב את השטח שבמחלוקת על מנת להביא לידי סיום הסכסוך או למתן אותו על ידי ביטול אחד ממקורותיו.<sup>73</sup> במקרים שבהם כוח תופס מחליט באופן חד-צדדי לשים קץ למעורבותו בשטח שהיה נתון בתפיסתו הלוחמתית, עולה עוד יותר שאלת הרלוונטיות של דיני התפיסה הלוחמתית לבחינת סיומה של התפיסה הלוחמתית. זאת, מכיוון שבהעדר הסכם שלום או משא ומתן בין הצדדים להעברת סמכויות השלטון בשטח, ובמיוחד במקרים שבהם רשות השלטון המקומי אינה נוטלת על עצמה את החובות השלטוניות בחזרה, התנתקות חד-צדדית עלולה להותיר את האוכלוסייה המקומית בלתי מוגנת, ולאצלה להתמודד לבדה עם בניית שלטון אפקטיבי שיבטיח סדר ציבורי וביטחון.<sup>74</sup>

הדיונים בסוגיית ההתנתקות החד-צדדית מתקיימים בעיקר בנוגע לשני מקרים בולטים: הנסיגה החד-צדדית של ישראל מדרום לבנון בשנת 2000 והנסיגה החד-צדדית של ישראל מרצועת עזה בשנת 2005.<sup>75</sup> אף שמדובר בשני מקרים שבהם החליטה ישראל לסיים את התפיסה הלוחמתית באופן חד-צדדי, הלכה למעשה הם התנהלו באופן שונה לגמרי, בעיקר לעניין חלל המשילות שנוצר בשטח שהיה נתון בתפיסה לוחמתית קודם להתנתקות.<sup>76</sup> עם זאת, בשני המקרים הללו לא הצליחה ההתנתקות החד-צדדית להביא לידי סיום הסכסוך.

71 לדוגמה של עזה בהקשר זה ראו עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1.

72 Koutroulis, לעיל ה"ש 69, בעמ' 166–167; ANTONIO CASSESE, THE HUMAN DIMENSION OF ; 167–166  
INTERNATIONAL LAW 257 (2008); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל,  
פ"ד נח(5) 807, 829–830 (2004).

73 Yaacov Bar-Siman-Tov, *Dialectic Between Conflict Management and Conflict Resolution*,  
in THE ISRAELI-PALESTINIAN CONFLICT: FROM CONFLICT RESOLUTION TO CONFLICT  
MANAGEMENT 9, 12–18 (Yaacov Bar-Siman-Tov ed., 2007).

74 Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 371–382. ראו גם לעיל במבוא.

75 Rostow, לעיל ה"ש 9.

76 שם; U.N. Secretary-General, *Report on the Implementation of Security Council*  
Security Resolutions 425 (1978) and 426 (1978), U.N. Doc. S/2000/460 (May 22, 2000)  
Council Press Release, Security Council Endorses Secretary-General's Conclusion on

נראה כי דיני התפיסה הלוחמתית אינם מספקים מענה כוללני לסיום תפיסה לוחמתית במצבים שבהם לא ברור מי בעל הזכויות והחובות הממשליות.<sup>77</sup> גם אם הכוח התופס עזב, לעיתים רשות השלטון המקומי או הריבון החוזר אינם יכולים להבטיח את הביטחון והסדר לאוכלוסייה המקומית. נכון שבמצבים מסוימים יוכלו ארגונים בין-לאומיים למלא את החלל, אך לא תמיד זה המצב. הבעיה העיקרית היא לא שדיני התפיסה הלוחמתית הם כלי בלתי כשיר למשימה זו, אלא שמערכת דינים זו מעדיפה בנסיבות אלה את עקרון הזמניות של התפיסה הלוחמתית על עקרון ההגנה על האוכלוסייה האזרחית.<sup>78</sup>

פער משפטי זה הוא מקור לדילמות משמעותיות רבות. כך, במקרה של עזה, למשל, הספקת החשמל היא נושא מובהק המשקף את הפער המשפטי האמור, והתוצאה היא הספקת חשמל בלתי מספקת לאוכלוסייה המקומית, הסובלת עקב כך מהפסקות חשמל חמורות במהלך רוב שעות היממה וזוכה מדי יום בשעות ספורות בלבד של הספקת חשמל לצרכיה היומיומיים. מחד גיסא, ישראל, הכוח התופס לשעבר, אינה מחזיקה בשליטה אפקטיבית בשטח ועל כן אינה נושאת בהתחייבויות שוטפות כלפי האוכלוסייה המקומית הנובעות מדיני התפיסה הלוחמתית (לבד מהחובות שהוטלו עליה על ידי בית המשפט העליון בישראל לצרכים הומניטריים).<sup>79</sup> מאידך גיסא, הרשות הפלסטינית אומנם קיבלה לידיה את השליטה דה פקטו בשטח בשנת 1993, אולם למן שנת 2007 היא אינה שולטת בו עוד, ואילו חמאס, מחליפה של הרשות, השתלט על התשתיות ועושה בהן שימוש למטרותיו.<sup>80</sup> כך, תושבי עזה מוצאים את עצמם מוזנחים וללא הגנה זה שנים. למרות זאת נדמה כי שיקולים פוליטיים מונעים את הצדדים המעורבים כמו גם את הקהילה הבין-לאומית מלהכיר בכך שהתפיסה הלוחמתית של ישראל הסתיימה מבחינה משפטית פורמלית.<sup>81</sup> לפי הגישה הרואה בנוכחות פיזית של כוחות יסוד הכרחי

Israeli Withdrawal from Lebanon as of 16 June, U.N. Press Release SC/6878 (June 18, 2000).

ישראל שלטה רק בכ-10% משטחה של לבנון. בשטח התגוררו כ-150,000 אזרחים. צה"ל שלט ברוב ההיבטים של חיי היומיום בדרום לבנון, ומרבית האוכלוסייה המקומית הועסקה על ידי ישראל במישרין או בעקיפין. רמת השליטה האפקטיבית שהייתה לישראל בדרום לבנון הייתה במידה מסוימת נמוכה יותר ככל שהדבר נוגע בהחזרת "הסדר הציבורי". נוסף על כך, משלחת יוניפי"ל פעלה במקביל לצה"ל בשטח החל בשנת 1978.

77 Boon, לעיל ה"ש 2, בעמ' 57; Kristen E. Boon, *The Future of the Law of Occupation*, 46 CAN. Y.B. INT'L L. 107 (2009).

78 ARAI-TAKAHASHI, לעיל ה"ש 29, בעמ' 16.

79 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1.

80 Hilary Charlesworth, *Law After War*, 8 MELB. J. INT'L L. 233, 236 (2007). יש להניח כי התפיסה הלוחמתית לא השאירה כמעט סימן ככל שהדבר נוגע במבנה השלטון המקומי או בהספקת שירותים בסיסיים, משום שהרשות הפלסטינית הפעילה שליטה אפקטיבית בשטח החל בשנת 1993 בהתאם לתנאים שנקבעו בהסכם אוסלו.

81 העימותים האחרונים בין חמאס לישראל הוכיחו כי לא יעלה על הדעת שישראל תהיה מסוגלת לשמור על שליטה אפקטיבית בעזה או שהאוכלוסייה המקומית תסכים לתרחיש כזה. יתרה מזו,

לקיום תפיסה לוחמתית, התוצאה ברורה; ההשלכה שלה, לעומת זאת, היא טריטוריה נעדרת שירותים חיוניים לאוכלוסייה המקומית. המתח העמוק שבין עקרון הזמניות של התפיסה הלוחמתית לבין עקרון ההגנה על האוכלוסייה האזרחית, אשר ניצבים יחדיו בבסיסם של דיני התפיסה הלוחמתית, הוא סמוי הרבה יותר במקרים של תפיסה לוחמתית טרנספורמטיבית, כאשר הקהילה הבין-לאומית נוטלת על עצמה תפקיד מעבר לאלה של הכוח התופס ורשות השלטון המקומי. במצבים אלה גופים בין-לאומיים מוסמכים, כגון מועצת הביטחון, מסוגלים לגשר על הפער, לפחות כעניין משפטי, בין מעשיו של הכוח התופס לשעבר לבין פעולותיה של "ריבונות לגיטימית". אולם במצבים שבהם סמכות בין-לאומית מעין זו נעדרת, אין מסגרת משפטית מעשית תחת דיני התפיסה הלוחמתית שביכולתה להבטיח את ההגנה על האוכלוסייה האזרחית.<sup>82</sup>

### פרק ג: הדין ההומניטרי הבין-לאומי אינו יוצר חובות פוסט תפיסה לוחמתית

כפי שראינו, הפרקטיקה הנוהגת לעניין אופן סיומם של סכסוכים עכשוויים אינה מתאימה לפרדיגמה המשפטית המסורתית בדבר סיום התפיסה הלוחמתית, ועלולה אף להותיר את האוכלוסייה האזרחית ללא הגנה. עקב כך מתעורר הצורך לחפש עקרונות משפטיים המותאמים לתקופת המעבר בסיום התפיסה הלוחמתית המאפיינת סכסוכים עכשוויים.

ישראל אינה מסוגלת לשמר כוחות בשטח מבלי שאלה יהיו מעורבים בקרבות עקובים מדם. חמאס, מצידו, לא יאפשר לישראל לשמר אפילו נוכחות קלה ביותר בשטח. למעשה, לישראל לא הייתה שליטה אפקטיבית בשטח מאז קיבלה על עצמה הרשות את השליטה, אולם הברדל משמעותי בין המצב באותה תקופה לבין המצב כיום הוא שבתקופה ההיא היו לישראל גם נוכחות צבאית וגם התנחלויות בשטח. כיום, ללא נוכחות כזו, הטענה כי ישראל משמרת שליטה אפקטיבית בשטח או לכל הפחות פוטנציאל לשליטה כזו הינה טענה חלשה מאוד.

82 BENVENISTI, לעיל ה"ש 1, בעמ' 19-1; Boon, לעיל ה"ש 2, בעמ' 58; ANDREA BIANCHI & YASMIN NAQVI, INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND TERRORISM: STUDIES IN INTERNATIONAL LAW 90 (2011); Martti Koskenniemi, *Occupation and Sovereignty – Still a Useful Distinction?*, in LAW AT WAR: THE LAW AS IT WAS AND THE LAW AS IT SHOULD BE 163, 163-164 (Ola Engdahl & Pål Wrange eds., 2008); Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 551 (2005); Davis P. Goodman, *The Need for Fundamental Change in the Law of Belligerent Occupation*, 37 STAN. L. REV. 1573 (1985); Grant T. Roberts; Harris, *The Era of Multilateral Occupation*, 24 BERKELEY J. INT'L L. 1 (2006). לעיל ה"ש 9, בעמ' 27.



## 1. המסגרת המשפטית של חובות פוסט תפיסה לוחמתית בדין הבינ-לאומי

הכתיבה האקדמית הנוגעת בסוגיות של "פוסט תפיסה לוחמתית" התמקדה למן תום מלחמת העולם השנייה בעיקר בשאלת האפקטיביות של ההחלטות שהתקבלו על ידי הכוח התופס במשך תקופת התפיסה, ובמרכז הדיון עומדת השאלה באיזו מידה רשות השלטון המקומי החדש מחויבת להחלטות אלה לאחר תום התפיסה הלוחמתית.<sup>83</sup> השיח בעשורים שלאחר מלחמת העולם השנייה בדבר ההשלכות של סיום התפיסה הלוחמתית התעלם כמעט לגמרי משאלות הנוגעות בחובות פוסט תפיסה לוחמתית החלות על הכוח התופס.<sup>84</sup> זאת, מכיוון שהנחת המוצא בדיונים הללו הייתה כי חובותיו של הכוח התופס הסתיימו עם תום התפיסה הלוחמתית או לכל הפחות במועד העברתה של הסמכות לידי רשות השלטון המקומי.<sup>85</sup>

להעדר חובות מתמשכות יש משמעות אופרטיבית עצומה. כך, למשל, סעיפים 53 ו-54 לתקנות האג קובעים כי לאחר תום הסכסוך יש לשחזר פריטים מסוימים שנתפסו או נהרסו על ידי הכוח התופס או לקבוע פיצוי בגין תפיסתם או הריסתם.<sup>86</sup> גם סעיף 6(3) לאמנת ג'נבה הרביעית מטיל חובות מספר על כוח תופס לאחר תום הסכסוך. אולם החובות הללו עניינן אך ורק פיצוי בגין עוולות שנעשו בתקופת התפיסה הלוחמתית או בתקופת המעבר שבסופה יגיעו הצדדים לכלל הסכם.<sup>87</sup>

סעיף 6(3) קובע גם כי כל עוד הכוח התופס מקיים פונקציות ממשלתיות, הוראות האמנה חלות עליו.<sup>88</sup> אולם בית הדין הבינ-לאומי בהאג הסביר, במסגרת חוות הדעת המייעצת שלו בנושא גדר ההפרדה, כי קיימת הבחנה בין ההוראות החלות רק במהלך הפעולות הצבאיות המובילות לתפיסה הלוחמתית לבין אלה החלות לאורך כל תקופת התפיסה הלוחמתית. כתוצאה מכך נקבע ביחס לישראל כי "[s]ince the military operations leading to the occupation of the West Bank in 1967 ended a long time ago, only those Articles of the Fourth Geneva Convention referred to in Article 6, paragraph 3, remain applicable in that occupied territory"<sup>89</sup>. נדמה כי הצהרה זו תומכת

83 Roberts, לעיל ה"ש 17, ס' 44; BENVENISTI, לעיל ה"ש 1, בעמ' 18.

84 SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 347.

85 Zwanenburg, לעיל ה"ש 11, בעמ' 103.

86 ס' 53 ו-54 לתקנות האג, לעיל ה"ש 6.

87 ס' 6(3) לאמנת ג'נבה, לעיל ה"ש 20 (the) present Convention shall cease one year after the general close of military operations; however, the Occupying Power shall be bound, for the duration of the occupation, to the extent that such Power exercises the functions of government in such territory, by the provisions of the following Articles of the present Convention: 1 to 12, 27, 29 to 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 to 77, 143". ראו גם DINSTEIN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 281.

88 ס' 6(3) לאמנת ג'נבה.

89 חוות דעת מייעצת בנושא גדר ההפרדה, לעיל ה"ש 16, פס' 125.

ברעיון שסיום התפיסה הלוחמתית מהווה את מועד סיומן של החובות המשפטיות של הכוח התופס.<sup>90</sup>

הטקסט של אמנת ג'נבה הרביעית המתייחס לחובות פוסט תפיסה לוחמתית מוגבל מבחינה מושגית על ידי עקרון הזמניות ומוגבל באופן מעשי על ידי תקופת המעבר, שהרי תקופת המעבר, מעצם טבעה, אינה מצב קבוע, ועל הפרשנות של סעיף 6(3) להביא זאת בחשבון. מטרתו המקורית של הטקסט הייתה לטפל במשטר מעבר צר המתקיים היקף זמן מצומצם, והוא נועד לאזן בין שני עקרונות היסוד המשפטיים של דיני התפיסה הלוחמתית: (1) הגנה על האוכלוסייה האזרחית והבטחת צורכי הממשל הקשורים לביטחון, לסדר הציבורי ולשירותים חיוניים; (2) אכיפת האופי הזמני של התפיסה הלוחמתית.<sup>91</sup>

אם כן, אין בדיני התפיסה הלוחמתית כדי להמציא או להנהיג דבר חוץ ממשטר צר של חובות פוסט תפיסה לוחמתית שמטרתו להעביר את השלטון בשטח מידי הכוח התופס לידיה של רשות השלטון המקומי. במילים אחרות, אין חוק או נורמה פוזיטיבית הקובעים חובות פוסט תפיסה לוחמתית במובן של מחויבות נמשכת לספק את צרכיה של האוכלוסייה המקומית או את הסדר והביטחון מרגע שהנוכחות הפיזית של הכוח הכובש בשטח חדלה להתקיים.

דיני התפיסה הלוחמתית, כפי שהתפתחו במהלך השנים, לא נועדו לעסוק בתפיסה ארוכת טווח דוגמת זו הקיימת בצפון קפריסין או זו שהתקיימה בעזה, אף לא במצבים של תפיסה לוחמתית טרנספורמטיבית, דוגמת זו שהתקיימה בעיראק ובאפגניסטן.

90 עם זאת, יש לציין כי חוקרים אחדים מצאו כי פרשנותו של בית הדין הבין-לאומי אינה נכונה. פרופ' דינשטיין, למשל, טוען כי החלטת בית הדין בעניין הגדר מבבלת, מכיוון שנובע ממנה כי יש למדוד את השנה החל במועד שבו תפסה ישראל לראשונה את השטח, קרי בשנת 1967, אולם זוהי נקודה מוקדמת בזמן שאחריה התרחשו מספר רב של אירועי לחימה נוספים בעזה ובגדה המערבית. לפיכך הוא מציג לראות בס' 6(3) מעין אקורדיון שאפשר לסגור אותו שנה לאחר תום הלחימה ולפתוח מחדש במקרים שבהם מעשי האיבה מתחדשים. ראו DINSTEIN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 281–283. התנאי של שנה אחת בוטל מאוחר יותר על ידי הוראות ס' 3(b) של הפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה, אך לא בוטל הרעיון הכללי של זמניות התפיסה הלוחמתית. ראו ס' 3(b) לפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה, לעיל ה"ש 20 ("[T]he application of the Conventions and of this Protocol shall cease, in the territory of Parties to the conflict, on the general close of military operations and, in the case of occupied territories, on the termination of the occupation, except, in either circumstance, for those persons whose final release, repatriation or re-establishment takes place thereafter. These persons shall continue to benefit from the relevant provisions of the Conventions and of this Protocol until their final release, repatriation or re-establishment"). ראו גם Benjamin Rubin, *Disengagement from the Gaza Strip and Post-Occupation Duties*, 42 ISR. L. REV. 528, 553–554 (2009).

91 ס' 3(b) של הפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה אינו משנה את נקודת המבט הבסיסית, שכן גם כאשר הוא מבטל את ההגבלה למשך שנה אחת, הוא שואף לשמור על זכויות האדם של האזרחים אפילו זמן רב לאחר סיומה של תקופת התפיסה הלוחמתית. ברם, אין הוא כשלעצמו מקור לחובות פוזיטיביות לאחר תום אותה תקופה.

## 2. פרקטיקה של חובות פוסט תפיסה לוחמתית

בפועל אי-אפשר למצוא בפרקטיקה של המדינות אלא תמיכה מועטה מאוד לרעיון של חובות פוסט תפיסה לוחמתית. מקרים דוגמת זה של קוסובו או זה של מזרח טימור, שאומנם לא היו כשלעצמם מקרים של תפיסה לוחמתית, אופיינו במשטר בין-לאומי ששלט בשטח והיה בעל סמכות לבנות מחדש את המוסדות המדינתיים, החברתיים והכלכליים.<sup>92</sup> בהיבטים מסוימים המטרות של החלת חובות לאחר תום התפיסה הלוחמתית והמטרות של דיני התפיסה הלוחמתית מקבילות, והן: "to govern on a temporary basis, and to strike a balance between overall administrative authority of the outside power and the non-alienability of the sovereignty of the territory concerned"<sup>93</sup>.

במקרים של קוסובו ומזרח טימור, למשל, האוכלוסייה המקומית קיבלה בברכה את הכוחות הבין-לאומיים וראתה בהם כוחות הגנה מפני כוחות עוינים. בהקשר זה הניגוד בין המאורעות בשטח לבין המהות של תפיסה לוחמתית, שבה האוכלוסייה המקומית מתנגדת להימצאות הכוח התופס בשטח, אינו יכול להיות מפורש יותר.<sup>94</sup> החלטת מועצת הביטחון 1483 לעניין תום סמכויותיה של ארצות הברית בעיראק מהווה דוגמה לעתיד, ויש בה כדי למלא פער רציני בדיני התפיסה הלוחמתית ולהבטיח כי שטח שהיה בתפיסה לוחמתית לא ייוותר ללא ריבון במהלך תקופת המעבר. ההחלטה אינה משנה את אופיים או הוראותיהם של דיני התפיסה הלוחמתית, אלא משלימה אותם עם סמכות חוקית אקסוגנית שמקורה במועצת הביטחון. הנה כי כן, החלטת מועצת הביטחון 1483 עשויה לשמש מקור לתמיכה בטענה כי לכוח התופס יש חובות פוסט תפיסה לוחמתית כלפי האוכלוסייה האזרחית בשטח שהיה בעבר בשליטתו. הקושי כאן הוא לעניין מקורן של החובות, דהיינו, אם הן נובעות מדיני התפיסה הלוחמתית עצמם או מכוח סמכותה של מועצת הביטחון.<sup>95</sup> עם זאת, חשוב לציין כי קשה לבסס מסקנות בדבר חובות פוסט תפיסה לוחמתית בהסתמך על המקרה זה, שכן המנדט הרחב שהוענק לכוח התופס בעיראק במהלך התפיסה הלוחמתית (וזמן רב לאחר סיומה) והפעולות שנקטו בשטח התאפשרו כתוצאה מן המצב הקשה של האוכלוסייה האזרחית המקומית והעובדה שלכוח התופס לא הייתה כל שאיפה טריטוריאלית בקשר לשטח בעיראק.<sup>96</sup> כמו כן, מצב זה התאפשר מאחר שהכוחות בראשות ארצות הברית המשיכו להיות נוכחים ולפעול בשטח בהסכמת הרשות השלטונית המקומית.

Emmanuel Vianès, *What Is an International Post-Belligerent Administration?*, 25 IND. 92 INT'L & COMP. L. REV. 421 (2015).

Roberts, לעיל ה"ש 17, ס' 50. 93

ERIC D. PATTERSON, *ENDING WARS WELL: ORDER, JUSTICE, AND CONCILIATION IN CONTEMPORARY POST-CONFLICT* 168 (2012). 94

BENVENISTI, לעיל ה"ש 1, בעמ' 268-270. 95

Roberts, לעיל ה"ש 17, ס' 45 ו-48; BENVENISTI, לעיל ה"ש 1, בעמ' 264-275. 96

### 3. גישות לעניין קיומן (או העדרן) של חובות פוסט תפיסה לוחמתית בדין הבין-לאומי

יש מלומדים הטוענים כי מדיני התפיסה הלוחמתית נובעות חובות פוסט תפיסה לוחמתית.<sup>97</sup> כך, לדוגמה, Cassese טוען כי יש לפרש את דיני התפיסה הלוחמתית בצורה גמישה אשר תאפשר תהליך של הסתגלות למאפייני הסכסוכים העכשוויים, אך תוך שמירה על המטרות והעקרונות המקוריים.<sup>98</sup> לגישתו של Roberts, למשל, יש לייחס משמעות פחותה לרגע המדויק שבו הסתיימה התפיסה הלוחמתית. לשיטתו, יש להחיל את החוק במגוון רחב של סיטואציות, לרבות במקרים שבהם השטח לא הוכרז כלל כמצוי בתפיסה לוחמתית וכן במקרים שבהם התפיסה הלוחמתית כבר הסתיימה לכאורה.<sup>99</sup> בנבנישתי מוסיף וטוען כי יש לפרש את החובות החלות על כוח תופס ככוללות את החובה להבטיח את הסדר הציבורי לא רק בתקופת התפיסה הלוחמתית, אלא גם מייד לאחר סיומו ובמהלך תקופת המעבר שבה מתרחש התהליך של העברת השליטה בשטח אל רשות השלטון המקומי.<sup>100</sup> לטעמו של רובין, הטלת מגבלות על יכולתו של כוח תופס לסגת מן השטח לפני שכל הסוגיות הטריטוריאליות הנוגעות בשטח באות על פתרון נוגדת עקרונות משפטיים קיימים, והארכת השליטה בשטח מעבר לתקופה שבה מתרחשת תפיסה לוחמתית בפועל מנוגדת לעיקרון שעל התפיסה הלוחמתית לשקף את העובדות בשטח. דהיינו, ברגע שלכוח התופס אין עוד שליטה אפקטיבית בשטח, על חובות פוסט תפיסה לוחמתית לנבוע מהסכמתן של רשות השלטון המקומי או של הקהילה הבין-לאומית.<sup>101</sup>

הקולות הללו מצביעים כולם על חוסר שביעות רצון כללי מדיני התפיסה הלוחמתית כטקסט בינרי קפדני. ובכל זאת, מלומדים אחרים מתעקשים כי סוגיות הנוגעות בתפיסה לוחמתית טרנספורמטיבית וכן תהליכים מאוחרים אחרים צריכים להיות מוסדרים באמצעות חקיקה מתאימה.<sup>102</sup> דהיינו, אין לעשות שימוש באמצעים "כופים", דוגמת דיני התפיסה הלוחמתית, כדי לבסס סמכות פוסט תפיסה לוחמתית כאשר אי-אפשר להקצות לכוח התופס שום אמצעי של ממשל ללא לגיטימציה או הסכמה מצד רשויות השלטון המקומי.

קשה להתווכח עם גישה זו, שכן הכרה בדיני התפיסה הלוחמתית כמקור לחובות פוסט תפיסה לוחמתית עלולה להעמיד בסכנה עקרון יסוד של דינים אלה, והוא עקרון הזמניות. כמו כן יש בכך כדי להטיל חובות רבות על הקהילה הבין-לאומית. לפיכך

William Slomanson & Eyal Benvenisti, *Applicability of the Law of Occupation*, 99 AM. 97  
SOC'Y INT'L. L. PROC. 29 (2005).

CASSESE, לעיל ה"ש 72, בעמ' 255.

Roberts, לעיל ה"ש 17, ס' 57.

Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 371-382.

Rubin, לעיל ה"ש 90, בעמ' 549-550.

שם, בעמ' 551.

המסקנה הטובה ביותר שניתן לגזור מן העמדות השונות שאומצו על ידי פרשנים וחוקרים היא כי דיני התפיסה הלוחמתית אינם יוצרים חובות פוסט תפיסה לוחמתית מעבר לחובות בתקופת המעבר. יודגש כבר עתה, הטענה היא כי דיני התפיסה הלוחמתית אינם מקור סמכות לחובות פוסט תפיסה לוחמתית כאשר מדובר בחובות מתמשכות מתקופת התפיסה הלוחמתית אשר מוטלות על הכוח התופס באופן חד-צדדי ובלתי מוגבל בזמן עד אשר יתבסס בשטח שלטון אפקטיבי לטווח ארוך. מעל הכל, לדעתי, יש לשמר את דיני התפיסה הלוחמתית בבירור בעבור תפיסה לוחמתית שמטרתה ליצור יתרון במצב מלחמתי. על מנת ליצור סטנדרטים אמיתיים של חובות פוסט תפיסה לוחמתית, על דינים אלה להישלט על ידי עקרונות של מיקוד והגבלה, כפי שרומזו בנבנישתי.<sup>103</sup> החלת דיני התפיסה הלוחמתית בשלב של פוסט תפיסה לוחמתית מתעלמת מדרישת היסוד של הדינים לשליטה אפקטיבית, אשר אינה קיימת עוד בשלב של פוסט תפיסה לוחמתית.<sup>104</sup> מעבר לכך, החלתם של דיני התפיסה הלוחמתית בשלב זה, באופן חד-צדדי ובלתי מוגבל בהיקף ובזמן, עלולה לפגום בתמריצים של הכוח התופס לסיים את התפיסה הלוחמתית ולאפשר לרשות השלטון המקומי לתפוס את מקומו בשטח. דהיינו, יש בכך משום הרחקה של דיני התפיסה הלוחמתית מתפקידם המקורי. אם ממילא גם לאחר נסיגת הכוח התופס מן השטח יוטלו עליו חובות באופן חד-צדדי ובלתי מוגבל בהיקף ובזמן, אזי אין בהכרח יתרון לנסיגה מן השטח.

### **פרק ד: חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית המתעוררות תחת הדין ההומניטרי הבין-לאומי**

קיים פער משמעותי בין הקריאה הדוקטרינרית של דיני התפיסה הלוחמתית כפי שהיא עומדת כיום לבין המצב הקיים בשטח. זה לא רק שהמסקנות המשפטיות מיושנות או אנכרוניסטיות; נהפוך הוא, זיהוי סיומה של התפיסה הלוחמתית עם נסיגתם של הכוחות מהשטח, שיש בה כדי לסיים את חובותיו של הכוח התופס לשעבר, מקורה בעקרון הזמניות. העמדה הבינרית המבחינה בין כוח תופס שחב חובות ואשר יש לו זכויות לבין מי שאין לו חובות וזכויות אינה מהווה רק תיאור מדויק של החוק, אלא גם משמשת להבחנה ברורה בין כוח שרשאי להפעיל את סמכותו בשטח לבין מי שאינו רשאי. ברם, כפי שראינו, הקושי העיקרי עם הגישה הבינרית הוא שהיא אינה מתאימה למצב הדברים הנוכחי ולאופן שבו כוחות תופסים שטח ומסיימים את שליטתם בו הלכה למעשה. כמו כן אין ביכולתה של גישה זו לתת מענה לצורכי האוכלוסייה האזרחית בשטח בשלל מצבים.

<sup>103</sup> Benvenisti, לעיל ה"ש 3.

<sup>104</sup> Roberts, לעיל ה"ש 17, ס' 48.

היצמדות אל המבנה הבינרי של דיני התפיסה הלוחמתית, ועל ידי כך שמירה על עקרון הזמניות שאותם דינים מבקשים להגן עליו, מובילות בהכרח למסקנה שדינים אלה אינם יוצרים ומטילים על הכוח הכובש חובות מתמשכות פוסט תפיסה לוחמתית באופן חד-צדדי ובלתי מוגבל עד אשר שלטון מקומי יפעיל סמכויות שלטון באופן אפקטיבי. עם זאת, קריאה מרחיבה של דיני התפיסה הלוחמתית יכולה בכל זאת להציע פתרונות לשלל בעיות שהועלו כאן, בהינתן שבמצבים עכשוויים של תפיסה לוחמתית קיים קושי מובנה להבטיח את שלום האוכלוסייה האזרחית, ובהנחה שרוצים להבטיח כי הכוח התופס יוותר על השליטה שלו בשטח.

### 1. המסגרת המשפטית המסורתית לעניין חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית

צורה כלשהי של חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית (ולא חובות פוסט תפיסה לוחמתית) צריכה להיות מופעלת בנסיבות מסוימות, לרבות במקרים שבהם אי-אפשר להצביע על רגע מסוים כרגע שבו הסתיימה התפיסה הלוחמתית, וכאשר הנסיבות מצביעות על כך שהסמכות של רשות השלטון המקומי לא תשוחזר במלואה. לפיכך, כאשר ידוע – כמו במקרים של עזה ועיראק, למשל – כי פערים בשלטון יהוו בעיה, יש להטיל על הכוח התופס חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית מוגבלות בזמן ובהיקף על ידי משא ומתן או תיאום של הקהילה הבינ-לאומית.

סעיף 6(3) לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי תחולת האמנה תסתיים שנה לאחר מועד סיומן של הפעולות הצבאיות. כך, בלשון האמנה: "In the case of occupied territory, the application of the present Convention shall cease one year after the general close of military operations; however, the Occupying Power shall be bound, for the duration of the occupation, to the extent that such Power exercises the functions of government in such territory..."<sup>105</sup> אולם הפרוטוקול הראשון לאמנה כולל התייחסות לשמירה מתמשכת על האוכלוסייה האזרחית, ולפיכך מבטל הלכה למעשה את מגבלת הזמן של שנה אחת.<sup>106</sup>

כדי לבחון באופן מעמיק מהן האפשרויות הקיימות תחת קריאה מרחיבה של דיני התפיסה הלוחמתית לעניין חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית, חשוב לשים לב לדיון בנוסחו של סעיף 6(3) לאמנת ג'נבה הרביעית, הנוגע בתקופת המעבר שבמהלכה הכוח התופס נסוג. מרגע שהכוח התופס נסוג ואינו מממש עוד פונקציות שלטוניות, ייסוג גם חובותיו וזכויותיו. מן הפרשנות הנוהגת של אמנת ג'נבה הרביעית עולה בכירור כי הכוח

105 ראו לעיל טקסט בהערת שוליים 90.

106 JEAN PICTET, DEVELOPMENT AND PRINCIPLES OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 59 (1985).

התופס יכול להפחית בהדרגה את חובותיו וסמכויותיו.<sup>107</sup> אף על פי שמלשון האמנה עולה כי הוראותיה יפסיקו לחול שנה אחת לאחר סיום הלחימה הכללית, ברור כי צורות מסוימות או פונקציות מסוימות של שלטון יכול שימשיכו להתקיים יותר משנה לאחר

---

107 ראו PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR, לעיל ה"ש 14, בעמ' 62–63 (In ) the preliminary stages it had been thought that the Convention would only cease to apply when the occupation itself was at an end. That was what the draft text adopted by the Stockholm Conference laid down. Several delegations pointed out at the Diplomatic Conference, however, that if the occupation were to continue for a very long time after the general cessation of hostilities, a time would doubtless come when the application of the Convention was no longer justified, especially if most of the governmental and administrative duties carried out at one time by the Occupying Power *had been handed over to the authorities of the occupied territory*. In 1949 the delegates naturally had in mind the cases of Germany and Japan. It was finally laid down, therefore, that in occupied territory the Convention would be fully applicable for a period of one year, after which the Occupying Power would only be bound by it in so far as it continued to exercise governmental functions. The solution appears to be a reasonable one. One year after the close of hostilities, the authorities of the occupied State will almost always have regained their freedom of action to some extent; communications with the outside world having been re-established, world public opinion will, moreover, have some effect. Furthermore, two cases of an occupation being prolonged after the cessation of hostilities can be envisaged. When the occupied Power is victorious, the territory will obviously be freed before one year has passed; on the other hand, if the Occupying Power is victorious, the occupation may last more than a year, but as hostilities have ceased, stringent measures against the civilian population will no longer be justified" (ההדגשה הוספה). ראו גם FINAL RECORD OF THE DIPLOMATIC CONFERENCE OF GENEVA OF 1949 vol. II sec. A, 815 ("How is the end of the occupation of an occupied territory to be determined? Recent events, and present history, have shown that the conditions under which wars terminate have undergone a profound change; and that occupation involves far more than it did formerly. It therefore seems logical and judicious to provide for a minimum period during which the provisions should continue to be enforced, a period fixed at one year after the general conclusion of military operations. Should occupation continue after that date, it appears normal that the Occupying Power should *gradually hand over the various powers it exercises, and the direction of the various administrative departments, to authorities consisting of nationals of the Occupied Power. From that time on, the Occupying Power will, of course, no longer be in a position to undertake all the duties for which it was responsible as long as it continues to exercise the full prerogatives of the occupied State. A choice should therefore be made between provisions intended to protect the population of the occupied territory while occupation continues, and those, on the contrary, which should cease to apply as soon as the justification for them, namely, the exercise of powers by the Occupying Power, has ceased to exist*").

סיום הלחימה (כפי שקרה, למשל, במקרה של יפן וגרמניה).<sup>108</sup> עם זאת, הפרשנות מתייחסת במקרה זה לא לחובות פוסט תפיסה לוחמתית, אלא למחויבויות של כוח תופס כאשר התפיסה הלוחמתית עודנה בעיצומה. מכך נובע כי אין חובות פוסט תפיסה לוחמתית כשלעצמן, אלא רק חובות החלות על הכוח התופס בתקופת המעבר, שבמהלכה הכוח התופס מפסיק בהדרגה לממש את הפונקציות השלטוניות ואת השליטה בשטח. תפיסה זו של חובות הכוח התופס במהלך תקופת המעבר הזמנית עולה בקנה אחד עם עקרון הזמניות של דיני התפיסה הלוחמתית, ובו בזמן מגינה על האוכלוסייה האזרחית במהלך תקופת המעבר עצמה.<sup>109</sup>

מה בדבר החובות והזכויות של רשות השלטון המקומי המקבלת לידיה את הריבונות בחזרה? אחת הדרכים לבסס חובות וזכויות גדלות במהלך תקופת המעבר היא באמצעות ההוראות של תקנות האג.<sup>110</sup> חשוב להבהיר כי אין בכך כדי להפריז בבסיס הטקסטואלי המבסס את חובותיו של הריבון החוזר, שכן סעיף 6(3) לאמנת ג'נבה הרביעית אינו מתייחס באופן מפורש לשחקן זה. אולם גישה זו נראית הקריאה הטובה ביותר של הוראות החוק – גישה המבקשת לשמר ככל האפשר את אופי הממשל של אזור המצוי בתפיסה לוחמתית ולהגן על אוכלוסייתו. המשמעות היא שעל מנת להגן על האוכלוסייה האזרחית ולמנוע מצב של ריק שלטוני, הכוח התופס מעביר את זכויותיו וחובותיו לידי רשות השלטון המקומי, הנוטלת אותן על עצמה.

פרשנות כזו של דיני התפיסה הלוחמתית עולה בקנה אחד עם הכלל הבסיסי לגבי פרשנות הסכם הקבוע בסעיף 31(1) לאמנת וינה בדבר דיני אמנות, שעל פיו "[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given<sup>111</sup> to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose" שכן חובות מעבר בתקופה שלאחר סיום הכיבוש מגשימות את: (1) המטרה של סיום התפיסה הלוחמתית; (2) העיקרון של דיני התפיסה הלוחמתית שעל פיו התפיסה הלוחמתית מסתיימת בהסכמה;<sup>112</sup> (3) האיזון בין שני עקרונות היסוד שבבסיסם של דינים אלה – הגנה על האוכלוסייה האזרחית וזמניות התפיסה הלוחמתית; (4) הגנה על אזרחים ולוחמים בהתאם לכללי המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי;<sup>113</sup> (5) החובה לנהל

108 ראו PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR, שם, בעמ' 62–66.

109 Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 371–382.

110 ס' 43 ו-55 לתקנות האג, לעיל ה"ש 6.

111 Vienna Convention on the Law of Treaties, arts. 31–32, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, 111 I.L.M. 679.

112 Roberts, לעיל ה"ש 17, ס' 55.

113 Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 376; SCHWARZENBERGER, לעיל ה"ש 15, בעמ' 172 ו-317; Gasser, לעיל ה"ש 9, בעמ' 273; GRABER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 43–47; BENVENISTI, לעיל ה"ש Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, 94 AM. J. INT'L L. 78, 79–80 (2000); Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. 226, ¶ 78 (July 8).



משא ומתן בתום לב בניסיון לשים קץ לתפיסה הלוחמתית.<sup>114</sup> על בסיס כל האמור לעיל ניתן לטעון כי המציאות וקריאה מעשית של דיני התפיסה הלוחמתית מחייבות הכרה בחובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית אשר מוגבלות לתקופת המעבר, תחומות לזמן ולהיקף מוגדרים, ומוטלות באופן דו-צדדי בין הכוח התופס לרשות השלטון המקומי.

## 2. השפעות אפשריות של חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית

התמריץ הראשון לאימוץ חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית כפי שמוצעות במאמר זה הוא היותן **חובות הדריות**. חובות אלה יחולו על שני הצדדים (הכוח התופס לשעבר ורשות השלטון המקומי, בניגוד לקריאה הצרה של הוראת סעיף 6(3) כמחילה חובות על הכוח התופס בלבד) בשלושה תרחישים עיקריים: (1) הכוח התופס נסוג באופן חד-צדדי אך מעשיו משפיעים עדיין על השטח; (2) הכוחות הצבאיים של הכוח התופס נשארים בשטח לאחר תום התפיסה הלוחמתית מטעמים הקשורים לצורך צבאי מבצעי ביחס לסכסוך עצמו, אך הם אינם מממשים את סמכויות השלטון הנדרשות לשם יצירתה של תפיסה לוחמתית, או לחלופין הכוח הצבאי עזב את השטח אולם ממשיך לפעול מרחוק מטעמים הקשורים לצורך צבאי; (3) רשות שלטון מקומי מקבלת את השליטה בשטח אולם צריכה לשמר את מעורבותו של הכוח התופס לשעבר במהלך תקופת המעבר.<sup>115</sup> המשמעות של חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית היא שהכוח התופס לשעבר כפוף לחובות גם לאחר שהתפיסה הלוחמתית הסתיימה באופן פורמלי, אולם כעניין מושגי מדובר **בחובות זמניות**. מעבר לכך, בעוד הכוח התופס לשעבר ממשיך לשאת בחובות פוסט תפיסה לוחמתית, רשות השלטון המקומי הנכנסת חייבת ליטול על עצמה אחריות וחובות משל עצמה, כחלק מההליך של קבלת הסמכות הריבונית על השטח. במילים אחרות, כפי שהציעו חוקרים אחרים בעבר, הכיבוש אינו מסתיים ב"כיבוש" אוטומטי של כל ההתחייבויות של הכוח התופס לשעבר, אלא בדרך של תקופת מעבר, שבמהלכה חלות על הכוח התופס לשעבר חובות פוסט תפיסה לוחמתית.<sup>116</sup> במשך תקופת המעבר, על רשות השלטון המקומי לפעול להחזיר לעצמה את סמכויות השלטון ולהימנע מלפתח תלות מתמשכת בכוח התופס לשעבר, על מנת להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים בעבור האוכלוסייה המקומית. אולם כל מקרה צריך להיבחן על פי נסיבותיו הספציפיות כדי לקבוע אילו חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית יחולו על הצדדים במהלך תקופת המעבר.<sup>117</sup> באופן אידיאלי, חובותיו של הכוח התופס לשעבר וחובותיה של רשות השלטון המקומי התופסת את מקומו יחולו **במקביל**, כך שהכוח התופס לשעבר ימשיך לשאת

114 Roberts, לעיל ה"ש 17, ס' 55.

115 שם, ס' 45.

116 Rubin, לעיל ה"ש 90, בעמ' 553-554.

117 Ronen, לעיל ה"ש 3.

באחריות השלטונית מקום שהשלטון המקומי אינו יכול עדיין ליטול אותה על עצמו, אך באותו זמן יפעל להעביר את החובות השלטוניות המתאימות לידי אותה רשות. בד בבד, על רשות השלטון המקומי לעשות את כל הדרוש כדי לשתף פעולה עם הכוח התופס לשעבר ולפעול כדי להשיג עצמאות מלאה. במהלך תקופת המעבר יש לשים דגש רב בבניית העצמאות השלטונית של רשות השלטון המקומי. כך, גם החובות המתמשכות של הכוח התופס לשעבר צריכות לסייע למטרה זו. עם זאת, מכיוון שהחובות במשך תקופת המעבר הן חובות הדריות, עליהן לענות גם על צרכיו של הכוח התופס, במיוחד על הצרכים הבטחוניים של אזרחיו, כאשר העימות המזוין בין הצדדים נמשך.

התמריץ השני לאימוץ חובות מעבר לאחר תפיסה לוחמתית הוא האפשרות "לנצל" את הקהילה הבין-לאומית לצורכי משא ומתן או תיאום לאחר תום התפיסה הלוחמתית. כאשר ברור לצדדים כי **סיום מצב התפיסה הלוחמתית מתקרב**, יש לנהל משא ומתן בנוגע לתנאים, במיוחד במקרים שבהם קיימת סכנה שעזיבת הכוח התופס תעמיד את האוכלוסייה המקומית בסכנה ותשאיר את הטריטוריה ללא ריבון. דוגמה לסיטואציה מעין זו ניתן למצוא במקרה של דרום לבנון ועזה, לאחר שיצאה הודעה בדבר מועד הנסיגה המיועד של הכוחות הצבאיים.

לעיתים שיקולים פוליטיים, ולא דווקא משפטיים, עלולים להניא את הצדדים או את הקהילה הבין-לאומית מלהכיר בכך שהתפיסה הלוחמתית הסתיימה ושחובותיו של הכוח התופס הגיעו לסופן. אולם התוצאה בסיטואציות אלה אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הליבה של דיני התפיסה הלוחמתית. אימוץ חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית החלות הן על הכוח התופס לשעבר והן על רשות השלטון המקומי יכול להיות פתרון במצבים כאלה. קיומה של מערכת נורמטיבית סדורה תחייב את הקהילה הבין-לאומית להכיר בחובות של הצד התופס ולאוכפן, ובצד זאת להכיר גם בחובותיו של השלטון המקומי לקבל לידי חזרה את החובות השלטוניות כלפי האוכלוסייה המקומית. כך תפחת במידה רבה מידת ההשפעה של הפוליטיקה הגלובלית על הצדדים. כאשר סיום התפיסה הלוחמתית בהישג יד אך אינו מובטח, אימוץ מרצון של חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית יכול להבהיר על מי חלה האחריות, ולמנוע מצב שבו השטח נשאר ללא ריבון או במצב לא יציב. כאשר חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית נדרשות בסיטואציה שבה הסכסוך המזוין בין הצדדים טרם הגיע לסיומו או כאשר משא ומתן נראה בלתי אפשרי בשל מערכת היחסים בין הצדדים לסכסוך, תפקידה של הקהילה הבין-לאומית הוא להתערב ולתאם את החובות של שני הצדדים במהלך תקופת המעבר.<sup>118</sup> על מנת לשמור על שליטה אפקטיבית לאחר תום התפיסה הלוחמתית ולפני שרשות השלטון המקומי מסוגלת לשחזר את סמכותה, התיאום באמצעות הקהילה הבין-לאומית הוא חיוני. כמו כן, פעילותו של הכוח התופס לשעבר בתקופת המעבר מחייבת את הסכמתה של רשות השלטון המקומי, שהרי הפרשנות של אמנת ג'נבה הרביעית מתייחסת לחובות הדריות במשך תקופת המעבר בלבד, אולם כדי ליישם את החובות

118 ראו לעיל ה"ש 76.

הללו, הכוח התופס חייב ליהנות מלגיטימיות, וזו מושגת על ידי הסכמת השלטון המקומי.<sup>119</sup>

הניסיון לבסס "לגיטימיות" במהלך תקופת המעבר עלול להתגלות כקשה עד בלתי אפשרי. מבחינה פוליטית, היחסים עם האוכלוסייה המקומית עלולים להיות מתוחים, כך שאותה אוכלוסייה לא תאפשר לכוח התופס למלא שום התחייבות למעט חובת תשלום פיצוי כספי. משכך, ניתן לומר כי לגיטימיות בהקשר של חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית וכן המשך שליטה אפקטיבית אפשריים רק כאשר אין מתח בין האינטרסים של הכוח התופס לשעבר לבין אלה של האוכלוסייה המקומית, דהיינו, כאשר רשות השלטון המקומי מסכימה למעורבותו של הכוח התופס לשעבר.

התמריץ השלישי לעניין אימוץ חובות מעבר פוסט תפיסה לוחמתית הוא היותן **אמצעים זמניים**.<sup>120</sup> בהקשר זה האתגר העיקרי הוא לקבוע מתי החובות הללו מגיעות לסיומן ורשות השלטון המקומי מקבלת יכולת שלטון עצמאית.<sup>121</sup> לעניין יכולת השליטה העצמאית של רשות השלטון המקומי יש לבחון לא רק אם הרשות סיגלה לעצמה יכולת כזו, אלא גם אם היא הייתה צריכה באופן סביר לעשות כן.<sup>122</sup> במקרים מסוימים יכול שהאמצעים הנדרשים לשם יצירת יכולת שלטון עצמאי קיימים אולם השלטון המקומי מעל בחובותיו. דוגמאות נפוצות לכך כוללות שימוש באמצעים הללו למימון פעילויות מיליטנטיות או מעשי שחיתות. בסיטואציות הללו, אם לא תיבחן התנהלותה של רשות השלטון המקומי, היא עלולה לנצל לרעה את המצב שבו האחריות חלה על הכוח התופס לשעבר.

נקודת התייחסות טובה להערכת יכולתו של השלטון המקומי לשלוט באופן יעיל עשויה להיות המצב בשטח בתקופה שקדמה לתפיסה הלוחמתית. אולם נקודה זו יכולה ליצור מצג מטעה כאשר מדובר בסיטואציה של תפיסה לוחמתית ממושכת או כאשר מדובר בשלטון עצמאי בפעם הראשונה לאחר שהוכרה הזכות להגדרה עצמית.<sup>123</sup> לכן משך הזמן שבו יחולו חובות המעבר שלאחר התפיסה הלוחמתית תלוי בתנאים הספציפיים בכל מקרה ומקרה. ככלל, החובות הללו יסתיימו כאשר רשות השלטון

119 Ferraro, לעיל ה"ש 2, בעמ' 153-152; Alan Hyde, *The Concept of Legitimation in the Sociology of Law*, 1983 WIS. L. REV. 379, 380-382 ("[L]egitimacy' of a social order is the effective belief in its binding or obligatory quality... 'Legitimacy' is a state of widespread belief; namely, the belief that an order is obligatory or exemplary. Moreover, the belief is a reason for action... [I]n general, the greater the legitimacy, i.e., the greater the observed belief in the obligatory qualities of an order, the greater the conformity to the norms believed legitimate").

120 Rubin, לעיל ה"ש 90, בעמ' 554-553; Benvenisti, לעיל ה"ש 3, בעמ' 371-382.

121 Ronen, לעיל ה"ש 3, בעמ' 432.

122 Rubin, לעיל ה"ש 90, בעמ' 554-553.

123 Ronen, לעיל ה"ש 3, בעמ' 432.

המקומי תהיה בעמדה שבה היא יכולה ליטול על עצמה את חובות הריבון ולספק את הצרכים ההומניטריים של האוכלוסייה המקומית.<sup>124</sup>

## סיכום

דיני התפיסה הלוחמתית אינם יוצרים חובות פוסט תפיסה לוחמתית חד־צדדיות, שכן הדינים הללו עוסקים לא רק בהגנה על האוכלוסייה האזרחית, אלא גם בהבטחת זמניותה של התפיסה הלוחמתית. יסוד זה מבטיח כי תפיסה לוחמתית או חובות פוסט תפיסה לוחמתית לא יישמשו מנגנון לסיפוח שטח דה פקטו. אולם בכל הנוגע בסכסוכים עכשוויים, אשר מאפייניהם אינם מתאימים תמיד לפרדיגמה הבינרית המשפטית של סיום תפיסה לוחמתית, הדין הבין־לאומי משאיר את האפשרות שסיפוק דרישת הזמניות ייצור פער משמעותי במימוש סמכויות שלטוניות, העלול לפגוע בדרישה להגן על האוכלוסייה המקומית בשטח.

כדי למלא את החלל הזה ניתן לפרש את דיני התפיסה הלוחמתית באופן רחב על בסיס הוראות סעיף 6(3) לאמנת ג'נבה הרביעית, כך שהם יעניקו מענה למצבים עכשוויים של תפיסה לוחמתית. קריאה רחבה זו מאפשרת הכרה בצורה מסוימת של חובות שלאחר תפיסה לוחמתית במהלך תקופת מעבר מוגבלת בנסיבות מסוימות. לקריאה כזו יש מקום, בין היתר, כאשר אי־אפשר להצביע על רגע ספציפי שבו הסתיימה התפיסה הלוחמתית או במקרים שבהם מן הנסיבות הספציפיות עולה כי אין רשות השלטון המקומי יכולה ליטול על עצמה את חובות הריבון במלואן. במצבים אלה, כאשר ידוע כי מועד סוף התפיסה הלוחמתית קרב ובא, וכי הפער השלטוני עלול לפגוע באוכלוסייה המקומית, יש להחיל על הכוח התופס לשעבר ועל השלטון המקומי חובות הדדיות מוגבלות בזמן ובהיקף.

פרשנות זו של סעיף 6(3) לאמנת ג'נבה הרביעית מאפשרת מציאת פתרון למתחים אינהרנטיים בדיני התפיסה הלוחמתית ומטרתיהם ביחס לסכסוכים עכשוויים, כמו גם מזעור הסיכון לאוכלוסייה האזרחית הטמון בכך שהשטח ייוותר ללא ריבון. גישה זו שומרת על זמניותה של התפיסה הלוחמתית ומעודדת את הכוח התופס לסיים את התפיסה הלוחמתית, וכך נמנעת מהסכנה הטמונה בהחלת חובות בלתי מוגבלות בזמן. מבחינת השלטון המקומי, היא מקטינה את הסכנה שהכוח התופס לשעבר ישתמש בחובות פוסט תפיסה לוחמתית כדי לבסס המשך שליטה בשטח, ובסופו של דבר יטען לסיפוח במסווה של הגנה על האוכלוסייה האזרחית. מבחינת האוכלוסייה האזרחית, לחובות אלה יש פוטנציאל הגנה, בעיקר בתקופה שבה סכסוכים עכשוויים רבים והפרדיגמה הבינרית הקיימת לעניין סיום התפיסה הלוחמתית הופכים אוכלוסיות מקומיות רבות לפגיעות בצורה מסוכנת.

Rubin 124, לעיל ה"ש 90, בעמ' 553–554.