חוק ההסדרה אל מול תקנה 46 לתקנות האג – החובה להגן על זכות הקניין

**רקע**

1. ביום 06.02.2017 אושרה בכנסת בקריאות שנייה ושלישית הצעת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017 (להלן: **"חוק ההסדרה"**). החוק קובע הסדרים שונים ביחס למקרקעין באזור יהודה והשומרון (להלן: "**איו"ש"**), ואף מורה ישירות לרשויות באזור, ביניהן: הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש, לבצע פעולות של נטילת זכויות ו/או רישום ביחס למקרקעין באיו"ש.
2. חוק ההסדרה מגלם בתוכו מספר קשיים בתחום המשפט הבין-לאומי אשר נבחנו במסגרת גיבוש עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, והוצגו במזכר נושא תאריך 25.5.17. מזכר זה עסק בשאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חקיקה ראשית בעלת תחולה ישירה חוץ טריטוריאלית באיו"ש ובקשיים שמעורר חוק ההסדרה בראי דיני התפיסה הלוחמתית.
3. בתגובה המקדמית שהוגשה על ידי הממשלה ביום 21.8.17, טענה הממשלה כי לתקנה 46 לאמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: **"תקנות האג"**)[[1]](#footnote-1) הכוללת בתוכה את החובה להגן על זכות הקניין והאיסור על החרמה (**confiscation**) של רכוש פרטי, "אין כל נגיעה" לחוק ההסדרה.[[2]](#footnote-2)
4. הממשלה טענה כי התקנה אינה עוסקת בהפקעה אלא בהחרמה, שהיא למעשה נטילת זכויות ללא תמורה, וכי דיני התפיסה הלוחמתית, תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: **"אמנת ג'נבה הרביעית"**),[[3]](#footnote-3) שותקים לגבי סמכות ההפקעה, קרי רכישה תמורת תשלום בשטח הנתון לתפיסה. לכן, אין בדיני התפיסה הלוחמתית איסור על הפקעת זכויות תמורת תשלום, כפי שקובע המנגנון של סעיף 2(3) לחוק ההסדרה.[[4]](#footnote-4)
5. מטרת מזכר זה היא לבחון את הטענה של הממשלה לפיה האיסור הקיים בתקנה 46 לתקנות האג אינו חל בהקשר לחוק ההסדרה. המזכר יבחן את חוקיות חוק ההסדרה אל מול תקנה 46 לתקנות האג.[[5]](#footnote-5)
6. יצוין כי מסמך זה מתמקד בתקנה 46 לתקנות האג וכל האמור בו אינו מאיין את זכות המעצמה הכובשת לנהוג בשטח הכבוש בהתאם לתקנה 43 לתקנות האג. תקנה 43 לתקנות האג מבטאת תפיסה לפיה על הכוח הכובש להבטיח את האינטרס הביטחוני של הכוח הצבאי התופס את השטח מחד גיסא ואת חייה התקינים של האוכלוסייה המקומית והאינטרסים שלה מאידך גיסא. בהתאם לזאת, תיתכן הפקעה בהתאם לדין המקומי.[[6]](#footnote-6)
7. תקנה 46 לתקנות האג והמונח confiscation בפרט, פורשו בדרכים שונות בפסיקה ובספרות האקדמית. נראה כי לעיתים נעשה שימוש במילים נרדפות או דומות למונח confiscation (כגון: (appropriation; spoliation; exploitation; requisitions; seizure, כשלא ברור אם הדבר נעשה באופן מכוון. לצד זאת, כפי שיפורט להלן, נראה כי השימוש במילים נרדפות מעיד על חוסר ההבחנה בין המונחים השונים, כשכולם מבטאים את איסור הפגיעה בזכות הקניין תחת תקנה 46 לתקנות האג.
8. מזכר זה מציג את פרשנות תקנה 46 לתקנות האג והמונח confiscation בפסיקה ובספרות האקדמית. יצוין, כי ישנה התייחסות מועטה בפסיקת בתי המשפט ובספרות לפרשנות המילה confiscation המצויה בתקנה 46 לתקנות האג. לפיכך, סקירה זו מסתמכת בין השאר גם על פסיקות שניתנו לאחר מלחמת העולם השנייה במסגרת משפטי פושעי המלחמה בפני בתי הדין הצבאיים בנירנברג (Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals), אשר מהוות מקור עיקרי בסוגיה זו.
9. ראשית, מזכר זה יסקור את המסגרת הנורמטיבית החלה באיו"ש ואת התקנות הרלוונטיות. שנית, יבחן המזכר כיצד פירשו את תקנה 46 לתקנות האג ואת המונח confiscation בספרות האקדמית ובפסיקה.

**המסגרת הנורמטיבית החלה באיו"ש**

1. עמדת מדינת ישראל היא כי שטחי איו"ש אינם מצויים בתפיסה לוחמתית. אולם, מדינת ישראל הצהירה כי היא נוהגת באזור זה, *דה פקטו*, על פי עקרונות דיני התפיסה הלוחמתית (Laws of Belligerent Occupation), אשר התפתחו כחלק מדיני הלחימה. בפועל, קיבלה על עצמה המדינה את הוראות המשפט הבין-לאומי המנהגי בנוגע לדיני התפיסה הלוחמתית, הבאות לידי בתקנות האג. כמו כן, המדינה מתנהלת באיו"ש בהתאם להוראות ההומניטאריות המצויות באמנת ג'נבה הרביעית.[[7]](#footnote-7)
2. תקנות האג המהוות חלק מדיני התפיסה הלוחמתית החלה באזור, מחילות נורמות אשר מגבילות את כוחו של הכוח הכובש באזור. ההגבלות העוסקות בזכות הקניין של התושבים המקומיים והרלוונטיות למזכר זה קבועות בתקנות 46 ו-52 לתקנות האג, ובתקנה 43 לתקנות האג העוסקת בהגבלת סמכותו של הכוח הכובש.
3. תקנה 46 מבהירה כי יש לכבד את זכות הקניין ואין להחרים רכוש פרטי:[[8]](#footnote-8)

Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be **confiscated**. (ההדגשה הוספה)

1. תקנה 52 קובעת כי אין לתפוס דברים שבעין ואין לכפות על הרשויות המקומיות או על התושבים מתן שירותים, אלא לצרכי צבא הכיבוש:

**Requisitions** in kind and services shall not be demanded from municipalities or inhabitants except for the needs of the army of occupation. (ההדגשה הוספה)

1. לתקנות אלה מתווספת תקנה 43 המחייבת את הכוח הכובש לנקוט בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, תוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, אלא אם נבצר ממנו הדבר.

 The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.

**החובה של המעצמה הכובשת לכבד רכוש פרטי**

1. בטרם נדון בהרחבה בשאלה כיצד יש לפרש את המונח confiscation בתקנה 46 לתקנות האג, נבחן את החובה הכללית לכבד רכוש פרטי בשטח כבוש המופיעה במשפט הבין-לאומי ובפסיקה הישראלית.
2. החובה לכבד רכוש פרטי וקרקע פרטית בשטח הכבוש מעוגנת למצער מאז אמצע המאה ה-19 בדין הבין-לאומי, ואף נחשבת למשפט מנהגי.
3. חובה זו הוזכרה במסגרת קוד לייבר (Lieber Code), הוראה שנחתמה על ידי נשיא ארה"ב במהלך מלחמת האזרחים האמריקאית, שדנה בהתנהלות חיילים בזמן מלחמה.[[9]](#footnote-9)

Article 37 of the 1863 Lieber Code

"The United States acknowledge and protect, in hostile countries occupied by them…strictly private property. This rule does not interfere with the right of the victorious invader…to appropriate property, especially houses, lands, boats or ships, and churches, for temporary and military uses."

Article 38 of the 1863 Lieber Code

"Private property…can be seized only by way of military necessity, for the support or other benefit of the army or of the United States. If the owner has not fled, the commanding officer will cause receipts to be given, which may serve the spoliated owner to obtain indemnity."

1. חובה זו אף הוזכרה בהצהרת בריסל[[10]](#footnote-10) ומדריך אוקספורד,[[11]](#footnote-11) מסמכים המהווים את הבסיס לשתי אמנות האג שאומצו ב- 1899 וב- 1907.

Art. 38 of the The 1874 Brussels Declaration:

"...[P]roperty of persons…must be respected. Private property cannot be confiscated."

Art. 54 of The 1880 Oxford Manual:

"…Private property, whether belonging to individuals or corporations, must be respected, and can be confiscated only under the limitations contained in the following articles..."

1. לאורך השנים, בית המשפט העליון בישראל הדגיש בפסיקותיו את החשיבות בהגנה על קרקע פרטית ואת החומרה שבפגיעה בה.[[12]](#footnote-12) בית המשפט אף ציין כי ההגנה על קרקע פרטית אינה מכוונת רק לשמירה מפני אובדן הבעלות, אלא גם מפני שלילת היכולת לממש זכויות בנכס, לדוגמא על ידי בנייה שלא כדין על האדמה והשתלטות עליה.[[13]](#footnote-13)
2. **פרשנות תקנה 46 לתקנות האג**
3. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה חלק מדיני התפיסה הלוחמתית החלים באזור, מעגנת את החובה לכבד את זכות הקניין של התושבים המקומיים בשטח הכבוש. במסגרת מזכר זה עולות מספר שאלות והן כיצד יש לפרש חובה זו, מהן הפעולות אשר סותרות חובה זו ומהוות למעשה הפרה של תקנות האג; ובאופן ספציפי האם מעצמה כובשת יכולה להפקיע שטח תמורת פיצוי, אם לכאורה תקנה 46 לתקנות האג אוסרת במפורש רק על החרמה.
4. המלומד Gerhard von Glahn הביע בספרו עמדה לפיה הכללים המרכזיים המגנים על זכות הקניין ועל הרכוש הפרטי בשטח הכבוש מעוגנים בתקנות 46 ו-47 לתקנות האג,[[14]](#footnote-14) ואילו תקנות 52 ו-53[[15]](#footnote-15) מהוות חריג לכלל, ומאפשרות במקרים ובתנאים מסוימים להפקיע קרקע ורכוש פרטי. von Glahn סבר כי למעצמה הכובשת מותר להשתמש באופן זמני במבנים ושטחים כשהדבר דרוש בשל צורך צבאי.[[16]](#footnote-16)
5. המלומד Schwarzenberger הביע בספרו דעה דומה לזו של von Glahn לפיה תקנה 46 לתקנות האג מהווה תקנת מסגרת, המכילה בתוכה איסור כללי על פגיעה בזכות הקניין וברכוש הפרטי על ידי המעצמה הכובשת. לטענתו, יש לקרוא את תקנה 46 לתקנות האג בצמוד לתקנות המופיעות אחריה והמהוות את החריג לכלל המעוגן בתקנה 46 לתקנות האג. לפי Schwarzenberger, החריגים אשר בהתקיימם ניתן לסטות מן החובה לכבד רכוש פרטי מופיעים בתקנות 52 ו- 53 לתקנות האג. Schwarzenberger הדגיש כי על-מנת שהפקעה תהיה חוקית בהתאם לתקנות האג, עליה להיות בהתאם לתקנה 52 לתקנות האג, דהיינו במקרה של צורך צבאי.[[17]](#footnote-17)
6. **פרשנות המונח Confiscation**
7. בחלק זה של המזכר נסקור את ההתייחסות בטריבונלים בין-לאומיים ובספרות האקדמית למונח confiscation המופיע בתקנה 46 לתקנות האג.
8. במשפטי פושעי המלחמה בפני בתי הדין הצבאיים בנירנברג לאחר מלחמת העולם השנייה התקיימו מספר דיונים לגבי התנאים בהם תתקיים הפרה של תקנה 46 לתקנות האג. נציין כי דיונים אלה עסקו לרוב גם באיסור על ביזה המצוי בתקנה 47 לתקנות האג, אך נראה כי ניתן להסיק מפסקי דין אלו את האופן בו פירשו הטריבונלים את היקף הסעיפים ואת תחולתם.
9. **בעניין Krupp,**[[18]](#footnote-18) הטריבונל בנירנברג קבע כי הפרה של תקנה 46 לתקנות האג תתרחש בכל מקרה בו הכוח הכובש מנע מהבעלים לממש את זכויותיו החוקיות בשטח. ראוי לציין כי הטריבונל התייחס לעובדה שישנם מספר מונחים שונים להם משמעות דומה בהקשר זה, ואף עשה שימוש במונח appropriation, תוך שהוא מסתמך ומפנה לתקנה 46 לתקנות האג:[[19]](#footnote-19)

"Immovable private enemy property may under no circumstances or conditions be **appropriated** by an invading belligerent. Should he **confiscate** and sell private land or buildings the buyer would acquire no rights whatsoever to the property." (ההדגשה הוספה)

1. בדומה לכתבי המלומדים שהוזכרו לעיל (אשר נכתבו לאחר מתן פסק הדין), הטריבונל פירש גם הוא את תקנה 46 לאורם של הסייגים לאיסור המצויים ביתר התקנות (תקנה 52 ותקנה 53).[[20]](#footnote-20) הטריבונל ביקש להבחין בין החרמה (confiscation), שהינה אסורה, לשימוש זמני בקרקע או ברכוש הפרטי לצרכים צבאיים, בציינו:

"**Article 46 of the Hague Convention expressly enacts that 'private property' may not be confiscated, but confiscation differs from the temporary use of private land and buildings for all kinds of purposes demanded by the necessities of war**. Private personal property which does not consist of war material or means of transport serviceable for military operations may not, as a rule, be **seized**. Article 46 and 47 of the Hague Regulations expressly stipulate that 'private property may not be **confiscated**' and '**pillage** is formally prohibited'. But it must be emphasized that these rules have, in a sense, exceptions demanded and justified by the necessities of war……**Spoliation** of private property, then, is forbidden under two aspects: firstly, the individual private owner of property must not be deprived of it; secondly, the economic substance of the belligerently occupied territory must not be taken over by the occupant or put to the service of his war effort—always with the proviso that there are exemptions from this rule which are strictly limited to the needs of the army of occupation insofar as such needs do not exceed the economic strength of the occupied territory."[[21]](#footnote-21) (ההדגשה הוספה)

1. **בעניין I.G Farben**,[[22]](#footnote-22) אשר נידון אף הוא במשפטי פושעי המלחמה בפני בתי הדין הצבאיים בנירנברג, נאמר כי תקנה 46 מתייחסת להחרמה (confiscation) ולהפקעה (requisition), כאשר החובה לכבד את זכות הקניין והרכוש הפרטי מתייחסת לכל מקרה בו נלקח רכוש או ישנה העברה של רכוש על ידי המעצמה הכובשת **בניגוד לרצון בעליו**. פסק הדין הדגיש כי במקרה בו ההעברה אינה וולנטרית ויש אלמנט של כפייה על הבעלים, ישנה הפרה ברורה של תקנה 46 לתקנות האג.[[23]](#footnote-23)

"..with respect to private property, these provisions relate to plunder, confiscation, and requisition which, in turn, **imply action in relation to property committed against the will and without the consent of the owner**. We look in vain for any provision in the Hague Regulations which would justify the broad assertion that private citizens of the nation of the military occupant may not enter into agreements respecting property in occupied territories when consent of the owner is, in fact, freely given. This becomes important to the evaluation of the evidence as applied to individual action under the concept that guilt is personal and individual. If, in fact, there is no coercion present in an agreement relating to the purchase of industrial enterprises or interests equivalent thereto, even during time of military occupancy, and if, in fact, the owner's consent is voluntarily given, we do not find such action to be violation of the Hague Regulations….On the other hand, **when action by the owner is not voluntary because his consent is obtained by threats, intimidation, pressure, or by exploiting the position and power of the military occupant under circumstances indicating that the owner is being induced to part with his property against his will, it is clearly a violation of the Hague Regulations**." (ההדגשה הוספה)

1. גם בפסיקת בג"ץ ישנה התייחסות למונחconfiscation**. בעניין איוב**[[24]](#footnote-24) בית המשפט נדרש להכריע בשאלה האם ניתן להשתמש בסמכות ההפקעה מכוח תקנה 52 לתקנות האג, המאפשרת הפקעה של קרקע לצורך צבאי, לצורך הקמת יישוב. במסגרת פסק הדין, כבוד השופט ויתקון התייחס לפרשנות תקנה 46 לתקנות האג, והבחין בין confiscation (שאינה אלא הפקעה ללא תמורה למטרה בלתי חוקית) לביןrequisition הדורשת מהבעלים, כנגד תשלום תמורה, את השימוש ברכושו, אך אינה שוללת ממנו את בעלותו. השופט ויתקון סבר כי יש לראות את פעולת הממשל הצבאי **בעניין איוב** כהפקעה חוקית requisition)) העומדת בהוראות תקנה 46 לתקנות האג. **נקבע כי המפקד הצבאי רשאי להפקיע את השטח בהתאם לתקנה 52 לתקנות האג, דהיינו: לצורך צבאי**.
2. יודגש כי בניגוד לטענת הממשלה בתגובה המקדמית, לפיה פסיקה זו וההבחנה שנעשית בה בין confiscation לביןrequisition , מעידות על כך שהפקעה ולצדה פיצוי (כפי שהיא מוסדרת בחוק ההסדרה) הינה מותרת על פי המשפט הבין-לאומי,[[25]](#footnote-25) השופט ויתקון אפשר פעולה זו בכפוף לחריג של תקנה 52 לתקנות האג, המתיר למעצמה כובשת להחזיק ברכוש **לצרכי צבא**:

 "עינינו הרואות שיש אבחנה ברורה בין confiscation (שאינה אלא הפקעה ללא תמורה למטרה בלתי חוקית) לביןrequisition , אשר, במקרה של נכסי דלא ניידי, אינה אלא דורשת מהבעלים, כנגד תשלום תמורה, את השימוש ברכושו, אך אינה שוללת ממנו את בעלותו. לפי טענת בא-כוח המדינה, כך יש לראות פעולת הממשל הצבאי, ואם כך, נחה דעתי, שאין לראות בפעולה זו דבר הנוגד את התקנות 23(ז)[[26]](#footnote-26) ו-46 לאמנת האג. נהפוך הוא, תקנה 52 לאותה אמנה מתירה במפורש למעצמה המחזיקה לדרוש מהתושבים דבר בעין (ושירותים) לצרכי הצבא."[[27]](#footnote-27)

1. השופט ויתקון הביא בפסק הדין את דבריו של המלומד Schwarzenberger, אשר הבחין גם הוא בין הפקעה חוקית(requisition) לבין החרמה (confiscation) האסורה על פי תקנה 46 לתקנות האג. Schwarzenberger סבר כי ישנם מספר תנאים אשר בהתקיימותם ניתן לבצע הפקעה בשטח כבוש. על מנת שהפקעה תהיה חוקית נדרש כי היא תבוצע במידתיות ובהתאם למשאבים הקיימים בשטח הכבוש. Schwarzenberger הדגיש כי תנאי זה יכול להיבחן רק באופן רטרואקטיבי, לאור מדיניות ההפקעה הכללית של המעצמה הכובשת. בנוסף, נדרש שההפקעה לא תחייב תושבים ליטול חלק בפעילות צבאית נגד מדינתם (תנאי שרלוונטי יותר בנוגע להספקת שירותים ופחות להפקעת רכוש וקרקע). התנאי שלישי הוא שההפקעה תהיה בסמכות המפקד הצבאי.[[28]](#footnote-28) שני תנאים נוספים, אליהם התייחס Schwarzenberger, זכו לתמיכה והתייחסות במספר טריבונלים של בוררות שהוקמו לאחר מלחמת העולם הראשונה, וכוללים את **הדרישה לפיה הפקעה חוקית תהיה מוגבלת לצרכים של הצבא הכובש ותתבצע תמורת תשלום**.[[29]](#footnote-29)
2. ניתן למצוא התייחסות נוספת לשימוש בתקנה 46 לתקנות האג ולפרשנות המונח confiscation **בספרות אקדמית**. פרופ' יורם דינשטיין הציג בספרו עמדה לפיה כל פעולה של תפיסת רכוש צריכה להיבחן תוך התחשבות בכלל הנסיבות, וזאת לאור דיני הלחימה. אולם, פרופ' דינשטיין הדגיש בספרו כי כיבוד הקרקע והרכוש הפרטי בהתאם לתקנה 46 **אינו כולל רק הגנה מפני אובדן הבעלות**. פרופ' דינשטיין הציג כתמיכה לעמדתו את הפסיקות שהוצגו לעיל ממשפטי פושעי המלחמה בפני בתי הדין הצבאיים בנירנברג, כמו גם פסיקה של בית הדין האירופאי לזכויות אדם, אשר קבעה כי מניעת גישה לשטח לזמן רב משמעותה למעשה שלילת בעלות, המהווה הפרה של תקנה 46 לתקנות האג.[[30]](#footnote-30)
3. **פרשנות האיסור על פגיעה בקניין פרטי בחוקת בית הדין הפלילי הבין-לאומי**
4. סעיף 8(2)(a)(iv) לחוקת בית הדין הפלילי עוסק בעבירה של הרס רכוש והחרמתו.[[31]](#footnote-31) לצורך פרשנות הסעיף, מסמך הפרשנות למסמך יסודות הפשעים של חוקת בית הדין הפלילי הבין-לאומי הפנה לתקנה 46 לתקנות האג כמקור משפטי בהקשר של הריסה (destruction) ובהקשר של החרמה (appropriation).[[32]](#footnote-32) בהקשר של החרמה, מסמך הפרשנות הדגיש כי אין סעיפים המתייחסים באופן ספציפי להחרמה של רכוש ומגדירים אילו מעשים נחשבים הפרה של סעיף זה. המסמך הדגיש כי מונחים נוספים כגון ניצול השטח[[33]](#footnote-33) (exploitation) רלוונטיים אף הם בעת פרשנות הסעיף.
5. סעיף 8(2)(b)(xiii) לחוקת בית הדין הפלילי עוסק גם הוא בהריסה או תפיסה של רכושו של האויב. על פי סעיף זה, הריסתו של רכוש האויב או תפיסתו אסורה, אלא אם ההריסה או התפיסה נדרשו באופן הכרחי לצורכי המלחמה. סעיף זה מתבסס באופן ישיר על תקנה 23(ז) לתקנות האג ומפנה לתקנה 46 לתקנות האג כמקור משפטי במקרה של הריסה (destruction) ובהקשר של החרמה (seizure). מסמך הפרשנות ציין כי סקירה ספרותית הצביעה על כך שאין הבחנה ברורה או פרשנות יחידה למונחים seizure וrequisition-, שמשמעותם יכולה להשתנות בהתבסס על מצב משפטי ספציפי.[[34]](#footnote-34)
6. לאור הפסיקה והספרות אשר הוצגו לעיל, נראה כי יש לפרש את המונח confiscated המופיע בתקנה 46 לתקנות האג באופן רחב. הסעיף אינו כולל רק איסור על החרמה בשטח הכבוש, אלא גם אוסר על הפקעה של קרקע ורכוש פרטי שלא למטרה צבאית ובניגוד לרצונם או הסכמתם של הבעלים.במילים אחרות, **הפקעה בה ניתנת תמורה, אך היא נעשית בניגוד לרצונם של בעלי השטח, בין אם מדובר בהעברת בעלות ובין אם מדובר על הפקעה זמנית, עשויה להיחשב להפרה של תקנה 46 לתקנות האג**.
1. Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. [↑](#footnote-ref-1)
2. פס' 272 לתגובה המקדמית מטעם הממשלה, בג"ץ 1308/17 ; בג"ץ 2055/17 (להלן: "**תגובת הממשלה**") [↑](#footnote-ref-2)
3. Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949. [↑](#footnote-ref-3)
4. **תגובת הממשלה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 274-275. [↑](#footnote-ref-4)
5. מדינת ישראל מכירה בכך שתקנות האג חלות על השטחים המצויים בתפיסה לוחמתית, שכן מקובל לראות בהוראות של תקנות האג ביטוי למשפט הבין-לאומי המנהגי החל בישראל. [↑](#footnote-ref-5)
6. בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמהודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקד אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**,פ"ד לז(4) 785, 794 (1983); **בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 445 (2004)**; בג"ץ 2164/09 **יש דין- ארגון מתנדבים למען זכויות אדם** נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, בעמ' 18 (טרם פורסם, 26.12.2011). [↑](#footnote-ref-6)
7. ראו לעניין זה: Meir Shamgar, "International Law and the Administered Territories", 1 **Isr. Y. B. on Hum. Rights** (1971), 266; ראו גם מספר רב של פסקי דין של בית המשפט העליון: בג"ץ 337/71 **אלג'מעיה אלמסיחיה נ' שר הביטחון ואח'** פ"ד כו(1) 580 (1972); בג"ץ 302/72 **אבו חילו נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד כ"ז(2) 169 (1973); בג"ץ 97/79 **ריאד עבד ראשיד אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה,** פ"ד לג(3) 309, 317-318 (1979); בג"ץ 61/80 **העצני נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(3) 595 (1980); בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פס' 23 לפסק הדין (2004) (להלן: **עניין בית סוריק**). שאלת תחולתן של אמנות ג'נבה באיו"ש טרם הוכרעה על ידי בית המשפט העליון, בג"ץ 1661205 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט, 491, בעמ' 514, 516-517 (2005). [↑](#footnote-ref-7)
8. יצוין כי אין תרגום רשמי בעברית לאמנת האג וכי מזכר זה מציג לעיתים קרובות את התרגום של מונח גם באנגלית על מנת לדייק. [↑](#footnote-ref-8)
9. יצוין כי טקסט זה שימש כבסיס להסכמים וחוקים מאוחרים יותר, כגון תקנות האג ואמנות ג'נבה. [↑](#footnote-ref-9)
10. הצהרה זו הייתה טיוטת הסכם בין-לאומי שאומצה על ידי מדינות לאחר מלחמת פרוסיה-צרפת. [↑](#footnote-ref-10)
11. מדריך זה אומץ על ידי המכון למשפט בין-לאומי, שנוסד בשנת 1873. מטרת המכון היא לסייע לצמיחתו של המשפט הבין-לאומי, תוך הענקת סיוע לקודיפיקציה הדרגתית של המשפט הבין-לאומי. [↑](#footnote-ref-11)
12. בג"ץ 8887/06 אל**-נאבות נ' שר הבטחון**, פס' 16 לפסק הדין (טרם פורסם, ניתן ביום 2.8.2011).**;** בג"ץ 5665/11 **כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון**, פס' 13 לפסק הדין (10.10.2012 טרם פורסם, ניתן ביום); בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1, 12 (1979) [↑](#footnote-ref-12)
13. בג"ץ 9949/08 **מרים חסן עבד אלקרים חמאד נ' שר הביטחון,** פס' 15 לפסק הדין (טרם פורסם, ניתן ביום 14.11.16). [↑](#footnote-ref-13)
14. תקנה 47 לתקנות האג מהווה גם היא כלל האוסר על ביזה. לכלל זה אין חריגים. ראה גם:

Gerhard von Glahn, **The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation** (1957) (להלן: "("**von Glahn**

ראה גם: Yutaka Arai, **The Law of Occupation Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law** (2009)

בעמ' 218-220. [↑](#footnote-ref-14)
15. לפי תקנה 53 לתקנות האג המעצמה הכובשת רשאית לקבל לרשותה רק את המזומנים, הקרנות וניירות-הערך הניתנים למימוש והשייכים למדינה, וכן את מחסני הנשק, אמצעי התובלה, מחסנים ואספקה ובדרך כלל כל הנכסים הניידים של המדינה הניתנים לשימוש לצרכי פעולות המלחמה. [↑](#footnote-ref-15)
16. **von Glahn**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 186. [↑](#footnote-ref-16)
17. ראה:

Georg Schwarzenberger, **The protection of Private Property in the law of Belligerent Occupation** (1968) בעמ' 245, 251, 268. (להלן: "**Schwarzenberger**") [↑](#footnote-ref-17)
18. ראה:

 US Military Tribunal at Nuremberg, **The United States ofAmerica vs. Alfried Krupp, et al.**, Judgement, (30 June 1948)**.** [↑](#footnote-ref-18)
19. שם, בעמ' 1344.

*it appears that the terms ‘plunder’, ‘spoliation’ and ‘exploitation’ may be used interchangeably with the term ‘appropriation'* [↑](#footnote-ref-19)
20. שם, בעמ' 1341-1342. [↑](#footnote-ref-20)
21. שם, בעמ' 1341-1342. [↑](#footnote-ref-21)
22. ראה:

US Military Tribunal at Nuremberg, **The United States of America vs. Carl Krauch, et al. (I. G. Farben Trial)** , Judgement, (29 July 1948) [↑](#footnote-ref-22)
23. שם, בפס' 1135. [↑](#footnote-ref-23)
24. בג”צ 606/78, 610/78 **איוב נ’ שר הביטחון** (1979). [↑](#footnote-ref-24)
25. פס' 272 לתגובה הממשלה. [↑](#footnote-ref-25)
26. סעיף 23(ז) לתקנות האג אוסר של השמדה או החרמה של רכוש האויב, חוץ אם השמדה או החרמה כזו נדרשת במפגיע ע"י צרכי המלחמה אך נמצא תחת חלק מספר שתיים לתקנות האג החל בזמן סכסוך פעיל Hostilities)). בעוד הסעיפים הרלוונטיים לעניינו נמצאים בפרק המתייחס לשלטון הצבאי על שטח מדינה אויבת. (Military Authority Over The Territory of The Hostile State) [↑](#footnote-ref-26)
27. **עניין איוב**, לעיל ה"ש 24, פסק דינו של השופט ויתקון. [↑](#footnote-ref-27)
28. Schwarzenberger עצמו ציין כי תנאי זה לא זכה להתייחסות רבה בפסיקת טריבונלים בין-לאומיים. [↑](#footnote-ref-28)
29. **Schwarzenberger** , לעיל ה"ש 17, בעמ' 269-272.

הדרישה לפיה ההפקעה תהיה מוגבלת לצרכים צבאיים נתמכה במספר החלטות של מספר טריבונלים לבוררות (Mixed Arbitral Tribunals) שפעלו לאחר מלחמת העולם הראשונה. הטריבונלים סברו כי הפקעות שאינן לצורך צבאי אינן עומדות עם תקנה 52 לתקנות האג. הפסיקה אף התייחסה לתנאי העוסק בפיצוי וקבעה כי התשלום צריך להיות ראוי ביחס לפגיעה ולאובדן שנגרמו בעקבות ההפקעה ושעליו להינתן תוך זמן סביר. ראה גם:

Anglo-German M.A.T Ralli Brothers v. Germany (1923-1924)

Belgo-German M.A.T Joseph Zurstrassen et Cie v. Germany (1924)

Franco- German M.A.T Gros Roman et Cie v. Germany (1924) [↑](#footnote-ref-29)
30. Yoram Dinstein, **The Law of Occupation** 225 (2009);European Court of Human Rights, **Loizidou v. Turkey** (Merits) (1996) [↑](#footnote-ref-30)
31. סעיף 8(2)(a)(iv) מתבסס על סעיף 147 לאמנות ג'נבה העוסק בהפרות חמורות של אמנת ג'נבה הרביעית. [↑](#footnote-ref-31)
32. ראה:

 Knut Dörmann, **Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court - sources and commentary** (2003). בעמ' 93. (להלן: "**מסמך פרשנות למסמך יסודות העבירות**")

יצוין כי מדובר במסמך פרשנות הכולל התייחסות למסמכי ההכנה של חוקת בית הדין וניתוח של פסיקה קיימת של טריבונלים בין לאומיים פלילים על של פשעי מלחמה. (ראה לעיל: מסמך הפרשנות למסמך יסודות העבירה) [↑](#footnote-ref-32)
33. שם, בעמ' 92.

it appears that the terms ‘plunder’, ‘spoliation’ and ‘exploitation’ may be used interchangeably with the term ‘appropriation' [↑](#footnote-ref-33)
34. **מסמך פרשנות למסמך יסודות העבירות**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 256. [↑](#footnote-ref-34)