

המקור של אגדת ה"כיבוש"

הווארד גריף

מן המפורסמות, שהאוי"ם שב ומגנה בלא כל הצדקה את ישראל ומכנה אותה כובשת "אדמות ערביות", כשכוונת המגנים ליהודה, שומרון ועזה. כיוון שגינני זה חסר כל יסוד עובדתי או משפטי, חשוב לאתר את מקורות האגדה המזיקה, המספקת לארגון העולמי את התירוץ שהוא זקוק לו על מנת לשוב ולהתערב בענייניהן של אדמות יהודיות אלה. המיתוס צומח ומשגשג, למרבה הפלא, בסיוע הממסד המשפטי הישראלי הפועל מתוך מספר מוקדי כוח בהם הוא שולט: (א) בית המשפט העליון של מדינת ישראל; (ב) לשכת היועץ המשפטי לממשלה; (ג) משרד המשפטים; (ד) מחלקת המשפט הבינלאומי של צה"ל, הפועלת תחת פיקודו של הפרקליט הצבאי הראשי; (ה) הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות החשובות של מדינת ישראל. האיש הנושא בעיקר האחריות לגיבושה של האגדה הוא מאיר שמגר, שכהן כפצ"ר משנת 1961 ועד שנת 1968 ומאוחר יותר כיועץ המשפטי לממשלה ואף כנשיא בית המשפט העליון. שמגר ניצב במוקד ההחלטה שנתקבלה במהלך מלחמת ששת הימים על-ידי ממשלת הליכוד הלאומי של לוי אשכול, לפיה לא יחילו את המשפט הישראלי על כל השטחים היהודיים המשוחררים אלא את דיני המלחמה, במיוחד את הוראות תקנות האג משנת 1907 ואמנת גינבה הרביעית משנת 1949. התפתחות זו לא הייתה במקומה, בהתחשב, מצד אחד, בקשר ההיסטורי של חבלי ארץ אלו לעם היהודי ובקדושתם, ומצד שני, בקשר המשפטי האיתן שלהם לבית הלאומי היהודי.

מה הניע את מאיר שמגר להחיל את דיני המלחמה על אזורים אלה? במאמר שכתב, "תפיסות ובעיות משפטיות של הממשל הצבאי הישראלי – שלב ההתחלה"¹, תיאר שמגר את מעשיו אך לא סיפק להם כל הסבר. הוא לא הסתיר את אמונתו בכך שכינונו של ממשל צבאי המושתת על המשפט הבינלאומי המתניח לשטחים כבושים הוא אמנם הדרך הנכונה בנוגע ליהודה, שומרון, עזה, רמת הגולן

וחצי-האי סיני. הוא כינה שטחים אלה באופן כללי כ"שטח האויב" או כ"שטח אויב כבוש"². במקומות אחרים כינה את אותם שטחים "כבושים", "נתונים לכיבוש צבאי", או "מנוהלים", אך לא קרא להם מעולם "שטחים משוחררים של הבית הלאומי היהודי" – מעמד המשפטי המדויק, בכפוף למשפט הבינלאומי, אחרי ששוחררו מהכיבוש הבלתי-חוקי של הירדנים ושל המצרים, שנמשך בהתאמה מה-15 למאי 1948 ועד ל-6-8 ליוני 1967.³ בשתי הערות משמעותיות וגלויות, הודה שמגר בכך שתכנן את המסגרת המשפטית לשטחים שעשויים היו להיכבש ע"י ישראל במלחמה עתידית עם מדינת ערב. את תכניתו גיבש בשנות ה-60 המוקדמות, עוד לפני שנחתמה מלחמת ששת הימים ולפני שעלו תוצאותיה של מלחמה זו על דעתו של איש. את זאת עשה כדי שלא להיקלע למצב של חלל משפטי כמו זה ששרר, לכאורה, בחצי-האי סיני אחרי ניצחון-הבזק של ישראל במבצע קדש (1956), כאשר לא הייתה בנמצא כל תכנית לניהול המשפטי של חצי-האי בשלושת חודשי שהותה של ישראל במקום.

שמגר ערך קורסים מיוחדים למפקדי הכתות שהיו חלק מיחידותיו של הפרקליט הצבאי. כל פרקליט צבאי נשא עמו "ערכת חירום נידת", שכללה את דיני המלחמה (אמנת האג מ-1907, אמנת גינבה הרביעית מ-1949 ועוד), מערכת תקדימים גדולה של מנשרים וצווים שהופקו ע"י הממשל הצבאי, וכן הוראות והנחיות משפטיות ומנהליות מפורטות. נוסף על כך, כתב שמגר והוציא לאור ספר-עזר מקיף אותו כינה "מדריך לפרקליט הצבאי בממשל צבאי".

כתוצאה מתכניתו ההזויה של שמגר, שהתייחסה למה שישראל מחויבת לעשות, לכאורה, בכפוף למשפט הבינלאומי, במקרה שצה"ל יכבוש מחדש או ישחרר שטחים משטחי ארץ-ישראל המוחזקים בידי הערבים, הוקם מיד לאחר ניצחונה של ישראל בשלוש חזיתות במלחמת ששת הימים משטר צבאי המושתת על תקנות האג מ-1907, ובמיוחד סעיפים 42 ו-43. הממשל הצבאי הוגדר על-ידי שמגר כ"יצירת הממשל המוקם על-ידי מדינה לאחר שכבשה שטח אויב, בין שהשטח נתון רשמית לריבונותו של האויב ובין שניתן להתייחס אליו כאל שטח

¹ ראה הספר Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980: The Legal Aspects, מאיר שמגר, עורך, האוניברסיטה העברית בירושלים, הפיקולטה למשפטים, מכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאכר, ירושלים, 1982, דפוס חמד, נדפס מחדש 1988, עמ' 13-60.

² שם, עמ' 13, 28, 31.

³ שמגר אמנם התייחס פעם אחת ל"שטחים משוחררים" בעמ' 14 של מאמרו, אך התייחסות זו לא נקשרה במפורש לשטחים המשוחררים של הבית הלאומי היהודי, כי אם לשטחים משוחררים באופן רחב או כללי יר. תר.

עו"ד הווארד גריף שימש בתפקיד יועץ למשפט בינלאומי במשרד האנרגיה והתשתית. חיבורו *Legal Foundation and Borders of Israel under International Law* עומד לראות אור בשנה הנוכחית.

ארץ-ישראל שנתפסו בידי צה"ל במלחמת מגן. עובדה זו נובעת מכך שהיהודה, שומרון ועזה הועדו, בכפוף למשפט הבינלאומי, כבר ב-1920 וב-1922 להיות חלקים בלתי-נפרדים מהבית הלאומי היהודי, וזאת במסגרת המנדט על ארץ-ישראל ואמנת הגבולות הבריטית-צרפתית מה-23 בדצמבר 1920, ולכן ברור כי חזרו אחרי מלחמת ששת-הימים לאחזקתה המשפטית המחודשת של מדינת ישראל. גם את רמת הגולן צריכים היו לראות כחלק בלתי-נפרד מהבית הלאומי היהודי, למרות שהוסרה ממנו באופן בלתי-חוקי על-ידי בריטניה במסגרת הסכם של תן-וקח עם צרפת מה-3 לפברואר 1922, שנכנס לתוקף ב-10 למרץ 1923.

חצי-האי סיני הוצא באורח בלתי-חוקי מתחום הבית הלאומי היהודי, שאמור היה – כאשר נקבעו לראשונה גבולותיה של פלשתינה ב-23 לדצמבר 1920 – לכלול את כל שטחי הארץ אליהם היה ליהודים קשר היסטורי מוכת, ובהם התיישבו או משלו בימי הבית הראשון והבית השני. הוא הוצא כיוון שעוד בשנת 1906 החליטה בריטניה לצרף את סיני למצרים כדי להתגונן מפני התקפה טורקית אפשרית על תעלת סואץ שהייתה נתונה לשליטת בריטית. מצרים הייתה כפופה לריבונות הקיסרות העותומאנית מאז שנת 1517, אולם בשנת 1882 היא נכבשה על-ידי בריטניה ששלטה בה עד שהעניקה לה את עצמאותה באמנה שנחתמה בשנת 1922. הבריטים היו מוטרים מהגבול המנהלי הקודם שהשתרע מרפיח בצפון לעיר סואץ במוצא הדרומי של תעלת סואץ, מפני שגבול זה הקל על גישת הטורקים לתעלה, במיוחד לקצה הדרומי. כדי להביא לידי שינוי הגבול המנהלי שבין סנג'ק, ירושלים ומחוז ח'ג'אז, מצד אחד, לחצי-האי סיני, מצד שני, בריטניה חוללה במתכוון משבר עם טורקיה העותומאנית – "תקרית עקבה" – והעמידה, ב-3 למאי 1906, אולטימטום בפני הסולטן עבד אל חמיד השני, בו דרשה לקבוע גבול חדש בסיני, מרפיח לראש מפרץ עקבה (מפרץ אילת), ליד טאבה. הבריטים חיזקו את איומם ושלחו לאזור כוחות צבאיים וימיים, סירת תותחים אחת עגנה מול רפיח ואחרת מול טאבה. כשהוא נתון באיום ממשי של מלחמה, לסולטן, שפעל מתוך כפייה וללא תמיכת מדינת-חוץ כלשהי, לא היה מנוס מלהסכים לגבול המנהלי החדש אותו דרשו הבריטים. הצדדים ניסחו בזריזות הסכם, שנחתם ב-1 לאוקטובר 1906. קולונל ריצ'רד מיינרצהאגן, קצין מודיעין צבאי במטוה של הגנרל אלנבי, שגם יעץ לראש הממשלה הבריטי דייוויד לויד ג'ורג' בענייני פלשתינה, כתב תזכיר, לפי בקשתו של לויד ג'ורג', בדבר הריבונות בסיני. בתצהיר נקבע (ההדגשה במקור) ש"באותו הסכם ניתנו למצרים **זכויות מנהליות** בסיני עד לקו שנמתח בין רפיח לראש מפרץ עקבה, כשלתורקיה **נשמרת** במפורש **הזכות לריבונות**".⁶ מיינרצהאגן ציין ביומנו, שבשנת 1917 כבש הגנרל אלנבי, ללא כל עזרה מהצבא המצרי, את סיני הטורקית אשר הועמדה לרשותה של בריטניה, לדבריו, על-פי זכות הכיבוש. למעשה, כיוון שבריטניה פעלה באותה תקופה בשם מעצמות ההסכמה הראשיות (קואליציית המלחמה של בריטניה, צרפת, איטליה ויפן), עמדה סיני לרשות אותן המעצמות כקבוצה אחת, ולא לרשות בריטניה לבדה, וכיוון שלפחות מחצית סיני היה חלק מארץ-ישראל, אמור היה חצי האי להתחבר לפלשתינה, ז"א, לבית

ריבוני בעבר של המעצמה הכובשת או של מי מבעלות ברייתה".⁴ למרות הסתייגותו של שמגר שאין פירושו של הקמת הממשל צבאי כאילו כבשה ישראל בהכרח שטח אויב שהיה נתון באמת לריבונותה של מדינת האויב, במיוחד בנוגע ליהודה, שומרון ועזה, כך באמת נראו הדברים בעיני שאר העולם, וראייה זו זכתה ליתר אמינות בעקבות יישומן של תקנות האג הנוגעות ליישטחים כבושים".

הממשל הצבאי הורכב מארבע ישויות אזוריות שמשלו (1) ברצועת עזה ובצפון סיני; (2) במרכז סיני ובדרומה; (3) ביהודה ושומרון; ו- (4) ברמת הגולן. משמעותה של החלטת סעיפים 42 ו-43 מתקנות האג הייתה, שבמקרה של אזור יהודה ושומרון (אזור אחד), המשפט הירדני, כפי שהיה ב-7 ליוני 1967, הכולל את הוראות המשפט המנדטורי, שלא בוטלו מעולם, וכן שרידי המשפט העותומאני, ימשיך להיאכף, אלא אם יתוקן או יבוטל על-ידי מעשי חקיקה ביטחונית חדשים של הממשל הצבאי. באשר לעזה, פירוש הדבר היה שהתקנות הצבאיות המצריות שהיו בתוקף בתקופה שבין ה-15 למאי 1948 ל-6 ליוני 1967 ימשיכו להיות מיושמים, לרבות הוראות חוק מנדטוריות שמעולם לא בוטלו, אלא-אם-כן יתוקן החוק או יבוטל על-ידי הממשל הצבאי. באשר לצפון סיני, שהיה מחובר לעזה ביחידה מנהלית אחת, המערכת המשפטית מלפני 1967 נותרה בתוקף גם תחת הממשל הצבאי. אפילו ירושלים הייתה נתונה לפרק זמן קצר תחת ממשל צבאי – מה-7 ביוני עד ה-28 ליוני 1967, ממשל שחדל להתקיים רק לאחר איחודן מחדש של "מזרח" ירושלים ו"מערבה", באמצעות צו ומנשר ממשלתיים.

רמת הגולן הייתה בעיה מיוחדת במינה. עם קריסת המנהל השיפוטי הקודם, ובהתאם לעקרונות המקובלים של המשפט הבינלאומי החל בשטחים כבושים, הקימה ישראל בתי-דין חדשים לשם קיום הליכים אזרחיים ופליליים בכפוף למנהל הצבאי.⁵ החקיקה הביטחונית קבעה את המשפט המהותי, את הנוהל ואת דיני הראיות בעניינים אזרחיים על-פי המשפט והמנהג בישראל, והוא הדין גם לגבי עבירות ומשפטים פליליים. עם קבלת חוק בכנסת ב-14 לדצמבר 1981, שהחיל מכאן ואילך את המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל על אזור זה, ובכך למעשה סיפח את הגולן למדינה, הממשל הצבאי של רמת הגולן הגיע לקיצו.

עצם כינונו של ממשל צבאי בכל שטחיה המשוחזרים של ארץ-ישראל שהיו נתונים קודם-לכן לכיבוש בלתי-חוקי ירדני או מצרי, היה מעשה בלתי-הגיוני. כפי שצוין לעיל, למרות הסתייגותו של שמגר, תוצאת כינונו הייתה שלילת לגיטימציה וזכות שלטת קבע בשטחים יהודיים יקרי-ערך אלה – שהוכרו כבר בשנת 1920 על-ידי מעצמות ההסכמה הראשיות כשייכים לעם היהודי – מהעם היהודי, ומבאת-כוחו, מדינת ישראל. האיש הנושא בעיקר האחריות לתפיסה משפטית מרגיזה, מעוותת ובלתי-נסלחת זו, שגרמה עד היום נזק עצום לטעונו היהודי-ציוני, הוא מאיר שמגר, אחד ממשפטניה המהוללים של מדינת ישראל.

הפגם הקטלני בתכניתו של שמגר, שאמור היה להדליק אור אדום מהבהב, היה בכך שמעולם לא חלה על ישראל שום חובה להחיל את המשפט הבינלאומי על שטחי

⁴ שם, עמ' 28.

⁵ שם, עמ' 55, וגם עמ' 453, שם, צו בית הדין לרמת הגולן (צו 273) שהוצא על-ידי הממשל הצבאי.

⁶ ראה ספרו של קולונל ריצ'רד מיינרצהאגן, Middle East Diary 1917-1956, בהוצאת תומס יוסלוף, ניו יורק, 1960, עמ' 17-19.

הלאומי היהודי, בשנת 1920, כאשר גבולות הבית נקבעו לראשונה, בהתאם לרוחה ולכוונתה של החלטת סן רמו. בפועל, נכלל רובו של חצי האי בסנגיק ירושלים עד לשנת 1906. כך או כך, מצרים מעולם לא הוכרה כריבון בסיני בכפוף למשפט הבינלאומי, אלא – לכל היותר – כמחזיק זמני של השטח. למעשה, בשנת 1906, התנגדה התנועה הלאומית המצרית בהנהגתו של מוסטפה כמיל, לניסיונות הבריטים לספח את סיני למצרים. יתר-על-כן, עד לשנת 1948 לא תבעה מצרים את הריבונות על סיני, פרט לאזור המשולש הצפון-מערבי, אותו הרשה הסולטן הטורקי למצרים לנהל במהלך המאה התשע עשרה, על מנת לפצותה על ויתורה לנהל את כרתים, אך לא מפני שנכללה ב"גבולות העתיקים" של מצרים.⁷ מאוחר יותר מיהרה מצרים לתעמו את כל חצי האי סיני, לפני שניתן היה לברר את מעמדו המדויק עפ"י המשפט הבינלאומי, וזאת, כדי למנוע מהמדינה היהודית המתחדשת כל אפשרות לתבוע ריבונות או לספחו.

ראש הממשלה מנחם בגין טעה טעות חמורה ב-1978 כאשר נמנע, במהלך המשא-ומתן לשלום עם מצרים שהתנהל בקמפ-דייוויד, מלשלול או להפריך את טענת הכזב של הנשיא אנואר סאדאת, כאילו סיני מהווה "אדמה מצרית קדושה". בגין, שהצטייר כאלוף "ארץ ישראל השלמה" כשעמד בראש האופוזיציה, אפשר במחדליו לאבד את זכותה של ישראל על סיני. שגיאתו החמורה והפרת החוק הכרוכה בה לכאורה, הביאו לנסיגתה המלאה והמיותרת של ישראל מחצי האי סיני אשר בינו לבין העם היהודי קיים קשר היסטורי ממושך וחשוב.

העובדות המובאות לעיל ביחס ליהודה, שומרון, עזה, הגולן וסיני היו צריכות לעמוד בראש דאגותיו של כל מי שנפל בחלקו להכריע בין החלת המשפט הבינלאומי לבין יישום המשפט הישראלי על השטחים הללו. את התפקיד הזה מילא מאיר שמגר, אשר הסיבות להחלטתו המוטעית ידועות רק לו. נראה כי לא הכיר דיו כמה מן המסמכים המשפטיים החשובים ביותר מהתקופה שלאחר מלחמת העולם הראשונה, מסמכים שאישרו את הזכויות המשפטיות היהודיות ואת הריבונות של העם היהודי על כל ארץ-ישראל, כבית הלאומי היהודי. מדובר במיוחד בהחלטת סמאטס מה-30 לינואר 1919 אשר הייתה לסעיף 22 לאמנת-היסוד של חבר הלאומים, החלטת סן רמו מה-25 לאפריל 1920, אמנת הגבולות הצרפתית-בריטית מה-23 לדצמבר 1920, המנדט על ארץ-ישראל שאושר ב-24 ליולי 1922, וכן, האמנה האנגלו-אמריקנית מה-3 לדצמבר 1924 בנוגע למנדט על ארץ-ישראל.

מטרידה עוד יותר וחמורה מאוד מבחינה משפטית, בשל פגירתה בשמו של שמגר כמשפטן, הייתה הדרך שבה התעלם בפועל מחוקים קונסטיטוציוניים ישראליים יסודיים שקבעו באופן אקסקלוסיבי את המצב המשפטי בתום מלחמת ששת-הימים, לפני שנחקק כעבור שבועיים וחצי – ב-27 ליוני 1967 – סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט. מחדלו זה של שמגר, לא זו בלבד שהוא בבחינת טעות איזומה, זוהי גם הפרה נסה ביותר של עקרונ שלטון החוק. אילו מודע היה שמגר למשמעותם האמיתית של שני חוקים קונסטיטוציוניים אלה, היה בוודאי מחליט אחרת, או לפחות נזהר מהחלת המשפט הבינלאומי את דיני המלחמה על השטחים היהודים המשוחררים של

יהודה, שומרון, עזה, גולן וסיני. חוקים אלה היו פקודת שטח השיפוט והסמכויות, על-פיה פעלו, בשנת 1948, ראש הממשלה דוד בן-גוריון ושר המשפטים פנחס רוזן בהחלת משפט מדינת ישראל על שטחי ארץ-ישראל שמעבר לגבולות החלוקה של האויים, ששוחררו על-ידי צה"ל במלחמת העצמאות, וכן חוק השבות, **שייפה את כוחם של יהודים להתיישב בכל חלקי ארץ-ישראל** הנתונים לשיפוט המורחב של המדינה. אכן מדהימה העובדה ששמגר, שהיה כה טרוד בקיומם של תקדימים והנחיות בינלאומיים בנוגע לנוהל על-פיו יש לפעול אחרי כיבושו בפועל של מה שהוא החשיב כ"שטח האויב", נכשל ברגע האמת בכך שלא ניצל את התקדים המוביל שנתהווה בארצו-שלו כאשר, במהלך מלחמת העצמאות, נכבשו שטחים נוספים של ארץ-ישראל על-ידי צה"ל, שטחים שהיו מאז ואילך כפופים למשפט המדינה. שמגר ואיש מבין חברי צוות הפרקליטים הצבאיים שהשתתפו בתכנית ההכשרה שלו, לא העלו על דעתם את העובדות ואת התקדים הנזכרים לעיל – או שמא התעלמו מהם? בשיחות אחדות שקיים כותב שורות אלה עם המשפטן אליעזר דמביץ, שהשתתף בקורסי ההכשרה שערך שמגר וכיהן לאחר מכן כפקיד במשרד המשפטים, וכן כיועץ משפטי בכיר לוועדת הכספים של הכנסת, אישר דמביץ שלמיטב ידיעתו איש מן המשתתפים בקורסים הללו לא העלה מעולם את הטיועון לפיו לא היה כל הכרח משפטי להחיל את דיני המלחמה על השטחים ששוחררו במלחמת ששת הימים. במעשיו המוטעים – שהביאו להחלת נורמות המשפט הבינלאומי על שטחים אלה – סיבך שמגר את מדינת ישראל בתסבוכת ובמחלוקת האינסופית בדבר יישום אמנת ג'ינבה הרביעית ותקנות האג, והעניק סבירות לתפיסת השטחים כ"כבושים" ולהכפשת שמה של ישראל כ"כבושת אדמות ערביות". הדבר התברר כהצלחה תעמולתית אדירה למערכה הערבית, וכערעור חמור של יסודות טיוענה המשפטי של ישראל על כך שהשטחים ששוחררו הם ערש מולדתו של העם היהודי כפי שנקבע בספרי התנ"ך ואושר במסמכים שונים שחוברו בתום מלחמת העולם הראשונה.

לאחר מכן, נראה שלשמגר היו הרהורי חרטה לגבי התוכנית אשר פיקח על ביצועה. בעוד הוא מסכים להחלת תקנות האג, אותם ראה כמשפט בינלאומי מנהגי שחייב את ישראל תמיד בנוגע לכיבוש "שטח אויב", הוא דחה את הטענה כאילו ישראל מחויבת בצורה דומה על-ידי אמנת ג'ינבה הרביעית, כיוון שאמנה זו ייצגה את המשפט הבינלאומי ההסכמי אותו הכנסת מעולם לא אימצה למערכת המשפטית הישראלית, ובכל מקרה חל רק על "שטחים כבושים" אשר ירדן או מצרים לא הוכרו מעולם כבעלי ריבונות תקפה עליהם. בכל מקרה, הרהורי החרטה של שמגר בנושא זה לא הועילו, כיוון שכבר יצר את תבנית המסגרת המנהלית הצבאית אשר (פרט לירושלים ורמת הגולן) לא בוטלה או הומרה עד היום במנהל אזרחי ישראלי הכפוף תמיד לחוקי הכנסת. שתי ההכרזות אשר הוכרו על-ידי האלוף חיים הרצוג, מי שעתידי היה לכהן כנשיא המדינה, בנוגע לאזור יהודה ושומרון ושהביאו להחלת המשפט הירדני, ואשר נוסחו⁸ על-ידי מנכ"ל משרד המשפטים, צבי טרלו, בהסתמך על ההנחיות וההסדרים המשפטיים והארגוניים שהכין שמגר בספר-העזר שלו, עודן

⁷ ראה "Myths and Facts of the Arab-Israeli Conflict", שהוצא לאור על-ידי Near East Report, ושיינטון ד.סי., 1978, עמ' 41-42.

⁸ המידע בדבר ניסוחו שתי ההכרזות הצבאיות הראשונות בנוגע ליהודה ושומרון נמסר לכותב שורות אלה על-ידי פרופ' יעקב מירון, משפטן מומחה שכיחן במשך שלושים שנה במשרד המשפטים, כיועץ למשפט המוסלמי הנוהג בארצות ערב.

בתוקף באותם חלקי האזור הנוון שאינם נתונים לשליטת "הרשות הפלשתינית".

העובדה שישראל מעולם לא שילבה בתחומי המדינה את יהודה, שומרון ועזה הנתפסים מאז 1967 הן על-ידי דעת הקהל בעולם והן על-ידי מרבית משפטני ישראל כ"שטחים כבושים", נובעת הישר מכך שממשלות ישראל יישמו את תכניתו, הנחיותיו והסדריו של שמגר. ה"מדריך לפרקליט הצבאי בממשל צבאי" אותו כתב והרחיב שמגר, מוכיח בעליל שהוא הוא הנושא בעיקר האחריות הן להקמת הממשל הצבאי ביהודה, שומרון ועזה, והן לתפיסה המרושעת כאילו ישראל היא מעצמה כובשת – תפיסה הפוגעת בנו שוב ושוב.

עתה, הטעות הטרגית והפרת החוק להן היה שמגר אחראי, הוחמרו לאין שעור על-ידי שני פסקי-דין של בית המשפט העליון שניתנו לאחרונה.⁹ פסקי-דין אלה נכתבו על-ידי נשיא בית המשפט העליון ומי שכינה בעבר כיועץ המשפטי לממשלה, אהרן ברק, שהחליט, בלי כל התייחסות אף לאחד מן החוקים או המסמכים הבינלאומיים הנ"ל המתפרשים בצורה שונה מתפיסתו, שיהודה, שומרון ועזה הם אמנם שטחים המוחזקים על-ידי ישראל ב"תפיסה לוחמתית". ברק, בפסקי-הדין המתוחכמים אך המוטעים שלו, לא ציין מעולם את המדינות או את העמים אשר את אדמתם ישראל כבשה; כמו-כן, נמנע מלציין מתי בדיוק זכו מדינות או עמים אלה להכרה בכפוף למשפט הבינלאומי כבעלי זכות הריבונות על יהודה, שומרון ועזה.

על-כן, פסקי הדין של ברק, המחייבים את ממשלת ישראל היום ואשר ימשיכו לחייבה גם בעתיד, אלא אם כן יבוטלו על-ידי חקיקה, מעניקים תחושה טובה לאויבי ישראל ולמגנייה, הן מבית והן מחוץ, ומזיקים עוד יותר מחוות-דעתו המייעצת – שאינה מחייבת ואינה ניתנת לאכיפה – של בית הדין הבינלאומי לצדק, שניתנה לאחרונה בתביעה שעסקה בחוקיות גדר הביטחון של ישראל, המוקמת ביהודה ושומרון. בית הדין היושב בהאג, שנוסד על-ידי אמנת ארגון האומות המאוחדות (סעיף 92) כזרוע השיפוטית העיקרית של האו"ם, קבע בחוות-דעת מוטה וחסרת כל בסיס משפטי שניתנה ב-9 ליולי 2004, שגדר הביטחון אינה חוקית, בכפוף לגרסה מסולפת של המשפט הבינלאומי. בית הדין התעלם מן העובדה העיקרית, שכל ארץ-ישראל (פלשתינה) הועדה על-ידי המשפט הבינלאומי בשנים 1920 ו-1922 כבית הלאומי היהודי. המסמכים הרלבנטיים של המשפט הבינלאומי

⁹ ראה מועצת כפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל אל, בג"ץ 2056/04, שני תן ב-30 ליוני 2004; ראה גם מועצה אזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, בג"ץ 1661/05, שניתן ב-9 ליוני 2005.

¹⁰ ראה The Jerusalem Post, 10-למאי 2005.

שהוזכרו לעיל – או שזכו להתעלמות מוחלטת, או, במקרה של המנדט על ארץ-ישראל, שהוזכר אך לא נדון, לא בתכליתו ולא בהוראותיו הראשיות. בו-זמן הכיר בית הדין הבינלאומי לצדק בזכויות הלאומיות והפוליטיות הפיקטיביות של אומה פיקטיבית המכונה את עצמה "הפלשתינים", מונח אשר שימש לזיהוי יהודי ארץ-ישראל לפני 1948 ונדחה בבזו על-ידי ערביי הארץ. עוד קבע בית-הדין שיהודה ושומרון הן "שטח פלשתיני כבוש" ושלישראל מעמד של "מעצמה כובשת". חוות-דעת זו מעניקה לערבים מתנת תעמולתית אדירה, אולם אין לה כל ערך או תוקף משפטי. היא משקפת רק את ההשקפות המעוותות וחסרות-היסוד של הלגה הערבית ושל "הרשות הפלשתינית", וכן של עשרות האומות האסלאמיות המיוצגות באו"ם.

חוות דעתו של בית הדין הבינלאומי לצדק מוכיחה כיצד ניתן לבלבל משפטנים מכובדים, שלא התחייבו מראש לתמוך בגישה הערבית, ולהביאם לקבל טיעונים אוויליים וחסרי כל היגיון, המושגתים על החלטות או"ם בלתי-רלבנטיות חסרות כל תוקף משפטי, ועל-פיהם לקבוע את גורל הנושא הנדון. אולם, חוות דעת מייעצת נטולת-מצפון זאת, זוכה לשבחים מהדמות המוערכת ביותר במערכת השיפוטית של מדינת ישראל – אהרן ברק בכבודו ובעצמו, שמצא כי היא "מכילה גם דברים רבים המטיבים עם ישראל". עוד הוסיף ואמר, שהוא רואה אפשרות שבעתיד הלא-כל-כך רחוק, תשתית המדינה רבים מטיעוניה [כנראה בעניין תוואי הגדר] על חוות-דעת זו.¹⁰

מעולם לא הגיע המשגה של שמגר משנת 1967 לשיאי גיחוך כאלה! אם משפטניה המובילים של מדינת ישראל מתייחסים ליהודה, שומרון ועזה כאל "שטחים כבושים" ומתעלמים מהזכויות המשפטיות ומהריבונות היהודית על אזורים אלה, או אם הם מאמינים שזכויות אלה אינן קיימות כלל, למה אפשר לצפות ממנהיגים ומדמויות תקשורתיות בארצות נכר, המתבטאים בדרך דומה או המאשימים את ישראל ב"גניבת" אדמתו של עם אחר? הנוק המשפטי והמדיני העצום שמשפטנים אלה גרמו לטיעון המשפטי היהודי אינו ניתן לתיקון או לביטול במחיר-יד. אולם, אפשר בהחלט להתגבר על הנוק על-ידי כך שכנסת ישראל תחוקק חוק מיוחד שיקבע שיהודה, שומרון ועזה אינם שטחים כבושים, כי אם מולדתו של העם היהודי. ■