

## מאיר שמגר

# מייסד התפיסה המשפטית באזור יהודה ושומרון

## סקירת הפרקליט הצבאי הראשי לוועדת חוק, חוקה של הכנסת בשנת 1967

חשיבותה של הסקירה שערך שמגר בכנסת ביולי 1967 חורגת בהרבה מן הערך ההיסטורי שלה. היא צוהר חשוב וייחודי לתפיסות הבסיסיות שהנחו את צה"ל עת נטל את האחריות לניהול כלל היבטי החיים באותם שטחים שנתפסו במלחמה. אותן התפיסות שהונחו אז נוכחות גם כיום בבסיס הנורמות המשפטיות המנחות את פעולתו של צה"ל באיו"ש



אל"ם מאיר שמגר, במפקדת כוחות צה"ל בגדה המערבית (מלון "אמבסדור") לאחר מלחמת ששת הימים, עם רס"ן (אז) דב שפי, סרן צבי טרלו ז"ל, רס"ן (אז) רחמני וולפסון ז"ל, וסגן יהודה בלום (צילום: רס"ן אברהם בן נפתלי).

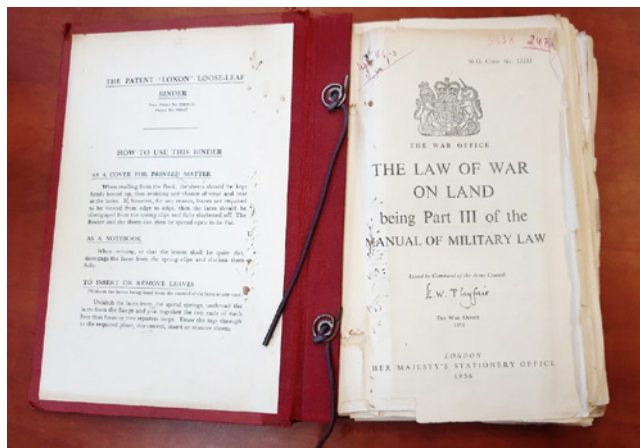
סא"ל צבי מינץ, ראש ענף ביטחון, מחלקת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון



ב-5 ביולי 1967, כחודש לאחר שצה"ל תפס את השליטה בשטחים נרחבים מעבר לגבולות מדינת ישראל באותם ימים, נקרא הפצ"ר דאז, אל"ם מאיר שמגר ז"ל, לסקור בפני ועדת חוק, חוקה ומשפט של כנסת ישראל את המצב המשפטי בשטחים אלה. סקירה זו, שכללה התייחסות מפורטת למסגרת המשפטית החלה בשטחים שנתפסו על-ידי צה"ל ומסדירה את פעילותו, סמכותו ואחריותו בהם, רלוונטית גם היום, למעלה מ-50 שנים מאז ניתנה.

מלחמת ששת הימים הסתיימה בניצחון צבאי מרשים של מדינת ישראל. ביום סיום המלחמה, 10 ביוני 1967, החזיקה ישראל בחצי האי סיני, באזור יהודה ושומרון, בחלקה המזרחי של ירושלים, ברצועת עזה וברמת הגולן. מצב זה לא הפתיע את הפרקליטות הצבאית וקציניה, שנערכו לאפשרות מבעוד מועד כחלק מתהליך בניין הכוח שעבר על צה"ל בראשית שנות ה-60. בהיערכות ללחימה ובמהלכה, הוצמדו קציני הפרקליטות הצבאית, בסדיר ובמילואים, ליחידות הממשל של צה"ל, שנערכו לתרחיש של הקמת ממשל צבאי בשטחים שהיה עתיד צה"ל לתפוס. כך למשל סיפר תא"ל (דימ') צבי ענבר ז"ל, מי שלימים מונה לפצ"ה, כי כבר במהלך תקופת ההמתנה, במאי 1967 נקרא למפקדת פיקוד הדרום בבאר שבע, "לשם איוש תפקידי היועצים המשפטיים בחוליות החלוץ של הממשל הצבאי שליד הכוחות הלוחמים".

במקביל פעלה הפרקליטות הצבאית להעמיק את ידיעותיה בידי הלחימה של המשפט הבין-לאומי, ובאופן קונקרטי ב"דיני התפיסה הלוחמתית". במסגרת זו רכשה ספרות מקצועית רלוונטית, לרבות המדריך שנכתב בצבא הבריטי ב-1958 ובו נסקרו כל הכללים המשפטיים המסדירים את פעילותו של צבא בשטח שנתפס בקרב.<sup>8</sup> מדריך זה שימש למעשה נדבך מרכזי בגיבוש התפיסה המשפטית של הפרקליטות הצבאית ביחס לשטחים שנתפסו על ידי צה"ל, בשנים שלאחר מכן.



המדריך הבריטי לדיני לחימה ביבשה, משנת 1958, כפי ששמר עד היום במשרדי הפרקליטות הצבאית.

נוסף על כך עשתה הפרקליטות הצבאית מאמצים ניכרים כדי להכשיר את הקצינים שהיו צפויים לעסוק בתחומים אלה. ביוני 1963 נערך יום עיון לקציני הפרקליטות הצבאית שעסק בידי הלחימה ובדיני התפיסה הלוחמתית, ובחודשים אוגוסט-ספטמבר של אותה שנה נערכה השתלמות לקציני ממשל בסדיר ובמילואים שבה הוקדש חלק נכבד לעיסוק במסגרת המשפטית.<sup>9</sup>

קציני הפרקליטות הצבאית, בניצוחו של שמגר, עסקו באותן שנים בהכנת סקירות משפטיות בנוגע למערכות המשפט של ירדן, מצרים וסוריה; באיסוף חומרים משפטיים רלוונטיים, לרבות דברי חקיקה עדכניים; ובהכנת "צווי מגירה" שיוכלו לשמש להסדרת שליטה צבאית על שטח שנתפס במלחמה. ב-1965 הופץ "המדריך לקציני הפרקליטות הצבאית בממשל צבאי בשטח כבוש", שכלל סקירות משפטיות בתחומים שונים, ובראשן דיני התפיסה הלוחמתית והנחיות למתן ייעוץ משפטי בתחומי הממשל הצבאי. מדריך זה, והחומרים שנלוו לו, כמו גם המדריך הבריטי לדיני לחימה וחומרים משפטיים נוספים, נאספו ונשמרו בארגזי פח במפקדת הפרקליטות הצבאית, לשימוש לעתיד לבוא (לימים כונו הארגזים בשם "ארגזי שמגר").<sup>10</sup> אותם ארגזי פח הוצאו מן המפקדה, וחולקו ליועצים המשפטיים השונים רגע לפני תחילת הקרבות של מלחמת ששת הימים.<sup>11</sup>

נוסף על כך, כבר בשלבי ההכנה לקראת היציאה למלחמת ששת הימים, הצטרפו קציני הפרקליטות הצבאית לכוחות הלוחמים בכלל החזיתות, מחזית סיני ועד לחזית רמת הגולן. שמגר סיפר בזיכרונו כי ראה חשיבות גדולה בצירוף יועצים משפטיים למפקדים בשטח, שכן: "מפקד רוצה את עצתו של מישהו שנוכח במקום, ולא לחפש אותו במרחקים".<sup>12</sup> בחלוף הימים, עם תפיסת שטחי יהודה ושומרון וחבל עזה, וכן שטחי סיני ורמת הגולן, פעלו קציני הפרקליטות הצבאית להסדרת המשטר המשפטי בהם, בהתאם לאותם "ארגזי שמגר" שהוכנו מבעוד מועד.

תא"ל (דימי) דב שפי, שמונה גם הוא לימים לתפקיד הפצ"ה, סיפר כיצד יומיים לאחר פרוץ המלחמה כבר נקרא להתייצב בפיקוד המרכז ולשמש כמפקד חוליית היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, שפעלה ממלון "אמבסדור" בירושלים - מקום מושבה של מפקדת הממשל הצבאי שהוקמה באותה העת.<sup>2</sup> בשוך הקרבות סיפר שפי, כי צוותי ייעוץ משפטי נשלחו לתפוס את מקומם בנפת שומרון ובנפת יהודה, כשבראש הייעוץ המשפטי בנפת שומרון הועמד אז עו"ד מיכה לינדנשטראוס, לימים מבקר המדינה, ואילו עו"ד גרשון אוריון, שנבחר לשמש כיועץ המשפטי בנפת יהודה.<sup>3</sup>

יכולתה של הפרקליטות הצבאית לספק את המענה הדרוש בזמן אמת, עוד במהלך הלחימה וביתר שאת מיד בסיימה, הייתה לעזר חשוב לצה"ל בבואו להתמודד עם האתגר המשמעותי שניצב בפניו - הסדרת השליטה בשטח רב היקף ורוויי אוכלוסייה אזרחית. כבר אז נוכחו כל העוסקים במלאכה, כי הפרקליטות הצבאית עמדה באתגר וליוותה את הסדרת התפיסה הצבאית בהצלחה. בראייה היסטורית לאחור, נשאלת השאלה - כיצד קרה הדבר שהפרקליטות הצבאית הייתה ערוכה מראש לאתגר זה?

## יכולתה של הפרקליטות הצבאית לספק את המענה הדרוש בזמן אמת, עוד במהלך הלחימה וביתר שאת מיד בסיימה, הייתה לעזר חשוב לצה"ל בבואו להתמודד עם האתגר המשמעותי שניצב בפניו - הסדרת השליטה בשטח רב היקף ורוויי אוכלוסייה אזרחית

### היערכות הפרקליטות הצבאית לתפיסת שטחים בידי צה"ל

בשנת 1963, על רקע התפתחויות מדיניות במדינות ערב הגובלות בישראל, החל צה"ל להיערך לאפשרות שתפרוץ מלחמה בין ישראל לשכנותיה. בהכנות אלה שולב אל"ם שמגר, שמונה לתפקיד הפצ"ר ב-1961.<sup>4</sup>

במחלקת הממשל במטכ"ל הוכנה באותה העת "תוכנית שחם", במטרה להכין את עבודת המטה הדרושה להקמת יחידות ממשל צבאי בחלוקה לנפות שונות. זאת בהתאם לשטחים שצה"ל נערך לאפשרות תפיסתם במלחמה, בהם גם שטחי יהודה ושומרון ורצועת עזה.<sup>5</sup>

העיסוק בנושא חייד אצל שמגר את התובנה, כי על הפרקליטות הצבאית להיערך לאפשרות שצה"ל יידרש לתפוס שטח, לנהל אותו, ובתוך כך לנהל את חייה של אוכלוסייה אזרחית.<sup>6</sup>

בהתאם לתובנה זו, ולפי העיקרון לפיו המשפט שחל טרם תפיסת השטח על-ידי הצבא ימשיך לחול, פעלו הפרקליטות הצבאית בשיתוף מחלקת הממשל במטכ"ל ואמ"ן באופן נרחב לתעד, לתרגם וללמוד את מערכות המשפט החלות בשטחים הגובלים בישראל של אותם הימים. עם שטחים אלה נמנו אזור יהודה ושומרון (שסופח עוד ב-1950 לירדן ונקרא "הגדה המערבית") ורצועת עזה (שלא סופחה למצרים, ונוהלה תחת משטר צבאי מצרי).<sup>7</sup>

לא בכדי ציין שר המשפטים דאז, יעקב שמשון שפירא, בנאומו בכנסת ביולי 1967, כי: "עבודת משרד המשפטים קלה באופן יחסי במידה שהדבר נוגע לחלקי ארץ ישראל האחרים [למעט חלקה המזרחי של ירושלים, צ"מ] אשר שוחררו על ידי צה"ל. השלטון הממשי שם הוא בידי כוחות הצבא והשאלות המשפטיות הכרוכות בכך מסורות לידי המנגנון המשפטי של צה"ל בראשותו של הפרקליט הצבאי הראשי. אנו מקיימים קשר הדוק איתם [...] ויכולני לומר [...] שהמנגנון המשפטי של הצבא עומד במשימה במידה שיכולה לשמש דוגמה לצבאות בעלי נסיון רב יותר, במדינות בעלות מסורת של שמירה קפדנית על יסודות החוק הבין-לאומי הפומבי".<sup>15</sup> לנוכח זאת, אך טבעי הוא כי הפצ"ר שמגר התבקש להציג בפני ועדת חוק, חוקה ומשפט, את המסגרת המשפטית הנוגעת להחזקתו של צה"ל בשטחים שנתפסו במלחמה.

### סקירת הפצ"ר בפני ועדת חוק, חוקה ומשפט בחודש יולי 1967

ב-5 ביולי 1967, בשעה 08:30 בבוקר, פחות מחודש מתום מלחמת ששת הימים, התייצב שמגר בפני חברי ועדת החוקה, החוק והמשפט של הכנסת, כדי למסור את "סקירת הפרקליט הצבאי הראשי על הבעיות המשפטיות והשיפוטיות בשטחי הממשל הצבאי".<sup>16</sup> תורת התפיסה הלוחמתית לא הייתה מוכרת אז בציבוריות הישראלית, ולפיכך נוכחות הגורמים המשפטיים בצה"ל, שפיתחו מומחיות בתחום זה, הייתה חשובה להבהרת אופן ניהולו של השטח, תחת סמכותו של המפקד הצבאי שמונה לכל אזור.

בהתאם, נועדה הסקירה כדי להתייחס לרבדים המשפטיים הנדרשים לצורך ניהול האזורים - הוראות המשפט הבין-לאומי הרלוונטיות, המשפט הקיים באותם שטחים, והסמכות לחוקק ולהוסיף על הקיים; וכן, לסקור פעולות משפטיות ומעשיות שונות הנדרשות לצורך השבת החיים למסלולם תוך שמירה על הביטחון והסדר הציבורי - הקמת בתי משפט, טיפול בבתי סוהר, פרסום צווים הנדרשים לצורך הענקת סמכויות לשמירה על הסדר, ואף פריסה של יועצים משפטיים שילוו את המפקדים בהתמודדותם עם אתגר חדש זה. על כל אלה, ביקשה הכנסת לשמוע מפי הפצ"ר שמגר, במסגרת ישיבת ועדת חוק, חוקה ומשפט.

בישיבה נכחו גם היועץ המשפטי לממשלה משה בן-זאב, ונציגים נוספים ממשרד המשפטים ומטעם מערכת בתי המשפט. נוספו עליהם ח"כים שבאו לשמוע את סקירתו של שמגר. בראש הישיבה עמד יו"ר הוועדה, ח"כ משה אונא מהמפד"ל, ועימו ח"כים נוספים ובהם יצחק הנס קלינגהופר ממפלגת הליברלים, פרופסור למשפט חוקתי בהכשרתו; ח"כ מרדכי ביבי וח"כ ברוך אזני ממפלגת המערך; וכן ח"כ יוסף שופמן ממפלגת חרות. מעניין לציין כי מלבד ח"כ גבריאל כהן, שהיה איש מדעי הרוח, כל יתר חברי הכנסת שהשתתפו בישיבה היו בעלי השכלה משפטית.



"המדריך לקצין הפרקליטות הצבאית בממשל צבאי בשטח כבוש", 1965 - כריכה.

לימים, החומר שנשמר באותם ארגזים היה למעשה הבסיס המשפטי שעליו כוננו את הממשל הצבאי באי"ש וברצועת עזה. דוגמה מובהקת להסתמכותה של הפרקליטות הצבאית, ולמעשה של צה"ל כולו, על אותן ערכות חירום בארגזי הפח, ניתן למצוא במנשרים שנחתמו על-ידי מפקדי הצבא, סמוך לאחר השתלטות כוחות צה"ל על הגזרות השונות. מנשרים אלה, שהכריזו על שליטתו של צה"ל בשטח ועל נטילת הסמכויות החוקיות לידי המפקדים הצבאיים, נלקחו, כמעט ללא שינוי, מאותם ארגזי פח.<sup>13</sup> בשל ההיערכות מוקדמת לתרחיש של תפיסת שטחים תחת משטר משפטי של דיני המלחמה שבמשפט הבין-לאומי,<sup>14</sup> הייתה הפרקליטות הצבאית לגוף מוביל ומרכזי בכל הנוגע להסדרת המסגרת המשפטית לניהול שטחי יו"ש ורצועת עזה (וכן שטחי רמת הגולן וסיני) שנתפסו במלחמה.

חלוץ הפרקליטות הצבאית נכנס לאיזור תוך כדי כניסת הכוחות הצבאיים. נוכחנו לדעת כי כל כוח שאנו מקדימים את נוכחות הגורמים המשפטיים, אנו משחררים את מפקדי צבאות פדגאז לבטיות הציביליות ודואגים בצורה שהירה יותר להכנסת החיים לפסולת התקין.

מתוך פרוטוקול הישיבה.

את סקירתו פתח שמגר בנקודת המוצא הבסיסית - על פעולותיו של צה"ל בשטחים שנתפסו חלים הן עקרונות היסוד ("מגמות היסוד", כלשונו) לפיהן פועלת מדינת ישראל, והן כללי המשפט הבין-לאומי הפומבי. בנוגע לכללי המשפט הבין-לאומי, מדובר בכללים החלים על פעולתו של כוח צבאי המשתלט על שטח שהיה נתון לריבונותו של גורם זר (כללים שלימים כונו "דיני התפיסה הלוחמתית"). בדבריו התייחס שמגר לתקנה 43 לתקנות האג מ-1907,<sup>17</sup> הקובעת את חובתו של המפקד הצבאי להחזיר את הסדר והביטחון על כנם, וכן את העיקרון שאותו כינה שמגר "מעין רציפות או המשכיות של דינים" - הוא העיקרון שלפיו המשפט שחל ערב כניסת כוחות צה"ל לשטח, ימשך ככלל לחלו.

## בחלופי הימים, עם תפיסת שטחי יהודה ושומרון וחבל עזה, וכן שטחי סיני ורמת הגולן, פעלו קציני הפרקליטות הצבאית להסדרת המשטר המשפטי בהם, בהתאם לאותם "ארגזי שמגר" שהוכנו מבעוד מועד. לימים, החומר שנשמר באותם ארגזים היה למעשה הבסיס המשפטי שעליו כוננו את הממשל הצבאי באיו"ש וברצועת עזה.

שמגר ציין כי אמנם מדינת ישראל לה חתמה על תקנות האג, אך אלה משקפות כללים "המחייבים כל מדינה בעלת תרבות". שמגר עמד גם על הכללים הקבועים בסעיף 64 לאמנת ז'נווה הרביעית,<sup>18</sup> הקבועים אף הם כי המשפט הפלילי החל בשטח יישאר בתוקפו, אלא אם יש טעם לשנותו. בעניינה של אמנת ז'נווה הרביעית, ציין: "כבר הייתה לנו ההזדמנות גם לחתום וגם לאשרר לאחר מכן את הצטרפותנו".

משם, עבר שמגר לסקור את הכנותיה של הפרקליטות הצבאית לאפשרות של תפיסת השטחים, כפי שפורט לעיל. שמגר ציין, כי הפרקליטות הצבאית נערכה מבעוד מועד לאפשרות זו, עשתה מאמץ ללמוד את כללי המשפט הבין-לאומי הרלוונטיים ולהכשיר את אנשיה לפעול במסגרתם. עוד ציין שמגר, את המאמץ המיוחד שהוקדש ללימוד המשפט הפנימי באיו"ש.

בהמשך לכך, הציג שמגר את פועלה של הפרקליטות הצבאית גם בהשתלבות במערכי כוחות צה"ל שנכנסו לשטח, כמעין "חלוץ" משפטי המלווה את הכוחות. שמגר אף הדגיש את תפקידה של הפרקליטות הצבאית כמי שמשחררת את המפקדים מדאגה לבעיות האזרחיות ("הציביליות", בלשונו), ומסייעת להשבת החיים למסלולם התקין.

בהתייחס למסד החקיקה המקומית התקפה באותם שטחים, מסר שמגר כי איו"ש אמנם סופח ב-1950 לירדן, אך החלת החוק הירדני נעשתה בהדרגה ואט אט הוחלפה החקיקה המנדטורית בחקיקה ירדנית, שהצטרפה לחקיקה העות'מאנית, שנותרה בתוקף אף היא. לעומת איו"ש, רצועת עזה לא סופחה למצרים, ושמגר ציין כי החקיקה שחלה ברצועה נותרה מנדטורית בעיקרה.

שמגר הרחיב במיוחד על פרסומה של תחיקת הביטחון הביטחונית-פלילית מטעם המפקד הצבאי - הצו בדבר הוראות ביטחון, הוא מנשר מס' 3 - וציין את ההכרח שבקביעת חקיקה ביטחונית ייחודית שתאפשר את השלטת הסדר באזורים אלו עוד לפני שתיבנה תמונה שלמה של הדין ושל מערכת המשפט בכל אזור. הוא גם עמד על הפעולות שנעשו על-ידי הפרקליטות הצבאית כדי לסייע למפקדים להשיב את החיים האזרחיים למסלולם, וכן על פעולותיהם של גורמים אחרים, כמו השופט ציון אלוף, שמונה על-ידי שר המשפטים, יעקב שמשון שפירא, לאיתור שופטים ומבני בתי משפט בשטחים, לקראת הפעלתם והשבת החיים למסלולם.

לכל אורכה נשזרו בסקירת שמגר נושאים משפטיים עיוניים החשובים ליצירת משטר משפטי אחיד ומתפקד, למשל היעדר חובת פרסום המנשר בדבר תפיסת השלטון כתנאי לתחולת התפיסה הלוחמתית, או הצורך בשינוי חקיקה לשם כינונה של ערכאה מתאימה שתחליף את בית המשפט הגבוה בעמאן, וכן נושאים מעשיים אחרים, החיוניים לתפקודה של מערכת משפט, כמו מצבם של מבני בתי המשפט או בתי הסוהר הקיימים.

לאחר מכן הציגו חברי הוועדה לפצ"ר שאלות על משמעותם של עניינים שונים שעלו מתוך סקירתו המשפטית.

אחת השאלות הייתה של ח"כ ברוך אזניה, יו"ר ועדת הכנסת, שעבד כעורך דין בעיר דנציג, עיר הולדתו של שמגר. אזניה הביע חשש מפני "שיפוט ליברלי" כלשונו, על-ידי שופטים ישראליים שימונו לשופטים צבאיים.

לכך השיב שמגר במילים הבאות: "אם אנו רגילים לנומרות משפטיות מסוימות, לא נוכל לשפוט במקום אחר לפי נורמות אחרות. זו אשליה לחשוב שעל-ידי הטפה או הסברה יכול משפטן לוותר על כללים שהוא סבור כי צריך לשמור עליהם".

בתשובתו זו, הדגיש שמגר כי יש כללים משפטיים בסיסיים, שהם חלק מכל מערכת משפט ראויה, ואשר עליהם ראוי להמשיך ולהקפיד גם בשטח התפוס על ידי הצבא.

מכחינת החוק הקיים, אתייחס בעיקר לגדה

הערבית ולאחר מכן לעזה ופחות לרמת הגולן, מכיון שלגביה הנושא

הוא עדיין די חדש ואף קשה יותר ללמוד את בעיותיה המשפטיות,

מכיון שנשארה בה אוכלוסייה דלה מאוד, לא נשארו שופטים, עורכי-דין,

או פקידות בכירה, נשארו בעיקר כפריים, וקשה ללמוד מהם על בעיות

חוק ומשפט.

שמגר אף הסביר בהמשך תשובתו, כי העמדה לדין פלילי איננה באה במקום הצורך לבצע את הפעולות הנדרשות לשם שמירה על הביטחון, אלא משלימה אותן. "השיפוט", בלשונו של שמגר, "אינו תחליף או פתרון לבעיות ביטחוניות מיידיות".

## על השיבותה וייחודה של סקירת הפצ"ר

סקירתו של שמגר בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הייתה למעשה הפעם הראשונה שבה הוצגה באופן רשמי ופומבי, תפיסת מדינת ישראל בנוגע למשטר המשפטי החל בשטחים שנתפסו על ידי צה"ל. תפיסה זו עומדת בבסיס פעילות צה"ל באיו"ש גם כיום.

שמגר עמד על עקרונות היסוד בדיני התפיסה הלוחמתית, ובכלל זה הצורך בשימור הדין שהיה קיים באזור קודם כניסת כוחות צה"ל, יחד עם הסמכות המוקנית למפקד הצבאי השולט בשטח לבטל חקיקה ישנה או לחוקק חקיקה חדשה, אם מצא כי הדבר נדרש לשם הבטחת יכולתו לממש את סמכויותיו וחובותיו בשטח. בהתאם, עמד שמגר הן על הצורך בהקמה מחדש והפעלה סדירה של המערכת המשפטית עצמה, והן על הצורך בקביעת חקיקה ביטחונית חדשה מותאימה, ובהקמת בתי משפט צבאיים בשטח. זמן קצר לאחר כניסת כוחות צה"ל לאזור פרסם שמגר שני מאמרים קצרים האחד בעברית,<sup>19</sup> והשני באנגלית,<sup>20</sup> שהעלו על הכתב את העקרונות שסקר בפני הכנסת.

יוטעם כי בעוד סקירתו בכנסת התמקדה בהיבטים המעשיים הנוגעים לאופן ניהול השטח, מאמריו התעמקו במהות המשפטית. כך, הקדיש שמגר חלק ניכר מן המאמרים לסקירת חובותו של המפקד הצבאי כלפי השטח שאותו הוא תופס בקרב וכלפי האוכלוסייה המצויה בו. הוא עמד על כך שחובת המפקד הצבאי נובעת מן העובדה שהשלטון הקודם בשטח נסוג מפני הכוח הצבאי, ואינו יכול עוד לשלוט בשטח שנכבש. הוא הדגיש כי אין הדבר נובע מהסמכותו של המפקד הצבאי על-ידי המדינה ששלחה אותו, וכי המפקד הצבאי אינו יונק סמכותו ממקור משפטי כלשהו, אלא מעצם שליטתו בשטח - היא מעמדו של אותו השטח, מבחינת הריבונות בו, אשר היא.<sup>21</sup>

במאמרים קצרים אלה, הניח שמגר את התשתית הרעיונית הבסיסית ביותר, שעל-פיה אמור משפטן להתייחס לשאלת תפיסתו של שטח וניהולו בידי הצבא, תוך שהוא מניח את העקרונות היסודיים לעניין. בצד זאת, מעניין לראות כי שמגר בחר שלא לנתח במסגרת זו את השאלות הנוגעות לתחולת אמתת ז'נווה הרביעית ותקנות האג, שהוזכרו לעיל.

הדבר עשוי היה להעלות שאלה, אך את התשובה לה אנו מוצאים בפרסום מאוחר יותר של שמגר. כך, ב-1971, במאמר נוסף שפרסם, הפעם בעת שכהן כיועם"ש לממשלה,<sup>22</sup> ניסח שמגר את תפיסתו המשפטית בנוגע לתחולת דיני התפיסה הלוחמתית שבמשפט הבין-לאומי, ולמעשה הציג בו את עמדתה הרשמית של ישראל. בהתאם לעמדה זאת, דיני התפיסה הלוחמתית נועדו לחול במצב שבו השלטון הצבאי הוציא ריבון קודם, ששלט בשטח באופן חוקי ולגיטימי, מכוח זכות.

משכך, לפחות ביחס לרצועת עזה ואיו"ש, ציין שמגר כי ישראל מעולם לא הכירה בריבונות ירדן ומצרים בשטחים אלה, ולכן - מבחינה משפטית - לא חלים דיני התפיסה הלוחמתית באותם שטחים.<sup>23</sup>

למעשה, שמגר עמד על כך שדיני התפיסה הלוחמתית במשפט הבין-לאומי אינם חלים באופן ישיר בשטחי יו"ש ורצועת עזה, משום שהשטח לא "נכבש" מידיו של ריבון חוקי כלשהו.

בצד זאת הבהיר כי ישראל החליטה (וזו עמדתה עד היום) להחיל בפועל את דיני התפיסה הלוחמתית ולפעול לפיהם, וזאת מטעמים מעשיים הנוגעים למצב הייחודי בשטחים שתחת שליטתו של צה"ל.<sup>24</sup> המאמר מ-1971, משקף לדעתי העמקה ודיוק של השאלה העיונית המשמעותית בנוגע לתחולת דיני התפיסה הלוחמתית בשטח, ובתוכה - השאלות המורכבות הנוגעות לאמנות עצמן, לתחולתן, ולמשמעות המעשית של הדברים. בצד זאת, בהסתכלות על המכלול השלם - מאמריו של שמגר שפורסמו סמוך לאחר מלחמת ששת הימים, וסקירתו בפני הוועדה בכנסת - ניכרת החשיבות שמייחס שמגר לניתוח התיאורטי ולדיוק וחיידוד העמדה המשפטית הטהורה, ובצידה גם גישתו המעשית ולפיה על כוחות צה"ל לפעול לפי הכללים ההומניטריים הרלוונטיים, הנובעים מן המצב המשפטי של תפיסת השטח ומאחריותם כלפי כל האוכלוסייה הנמצאת בשטח.

**"אם אנו רגילים לנורמות משפטיות מסוימות, לא נוכל לשפוט במקום אחר לפי נורמות אחרות. זו אשליה לחשוב שעל-ידי הטפה או הסברה יכול משפטן לוותר על כללים שהוא סבור כי צריך לשמור עליהם"**

## מאז ועד היום

לא מעט השתנה בשנים שחלפו מאותה סקירה. ברמת הגולן הוחל החוק הישראלי במלואו, ואין השטח מנוהל עוד על-ידי הצבא;<sup>25</sup> מרחב סיני הועבר בהסכם שלום למצרים, וברצועת עזה בוטל הממשל הצבאי ב-2005 עם יציאת כוחות צה"ל, ודיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים בה עוד.<sup>26</sup> באיו"ש, לעומת זאת, המסגרת המשפטית שהניח שמגר בסקירתו עודנה רלוונטית.

גם כיום ממשיך מפקד כוחות צה"ל באזור - מפקד פיקוד המרכז להוציא תחת ידו צווים המהווים דברי חקיקה באיו"ש. צווים אלה מסדירים תחומי חיים רבים ומגוונים, החל בהיבטי הסמכויות הביטחוניות הנתונות לכוחות צה"ל, עבור דרך קביעת עבירות פליליות, וכלה בהסדרתם של נושאים אזרחיים מובהקים. בו בזמן, ממשיכים לחול גם החוקים שהיו בתוקף עוד בכניסתו של צה"ל לאזור ב-1967, ובהם חקיקה מנדטורית, ירדנית, ואפילו חקיקה מימי השלטון העות'מאני, כל עוד לא שינה או תיקן אותם מפקד כוחות צה"ל באזור.<sup>27</sup> ברוח זאת, נדרשים קציני הפרקליטות הצבאית גם כיום לחקיקה ישנה ומורכבת שעודנה חלה באזור, ולמשמעותן המשפטית של פעולות שנעשו עוד בתקופה הירדנית, ולעיתים אף לפניה.<sup>28</sup>

בתי המשפט הצבאיים, שעל הקמתם עדיין שמגר את הוועדה בכנסת, פועלים עד היום. בכל שנה נדונים בפניהם תיקים פליליים רבים, בעבירות פליליות שבוצעו על ידי תושבי איו"ש, החל בעבירות ביטחוניות חמורות וכלה בעבירות פליליות בעלות אופי אזרחי. ב-1967 הוקמו בתי משפט צבאיים בנפות השונות בלי שכוונה ערכאת ערעור. ב-1990 הוקם בית המשפט הצבאי לערעורים, היושב כיום במחנה "עופר" ודן בערעורים על החלטות של בתי המשפט הצבאיים באיו"ש.



סיור קציני הפרקליטות הצבאית ברחבת הר הבית ובו הקצינים סא"ל שרגנהיים, רס"ן דודנר ורס"ן שפי, יוני 1967 (צילום: רס"ן אברהם בן נפתלי).

ביטוי נוסף למשנה זו ניתן למצוא גם בדברים שנכתבו ב"מדריך לקצין הפרקליטות הצבאית בממשל צבאי בשטח כבוש" מ-1965, שבו נכתב בין היתר כי: "יש לזכור כי היועץ המשפטי משמש עוזר לגורמים הצבאיים המבקשים דרך פעולה זו או אחרת", ועליו לסייע בידי הכוחות אם באפשרותו לעשות כן.<sup>30</sup>

## התפיסה העקרונית שהציג שמגר במאמרו מ-1971, ולפיה דיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים באיו"ש מבחינה משפטית, אך מבחינה מעשית יש לפעול לנוכח העקרונות ההומניטריים הקבועים בהם, עודנה הגישה המשפטית לאורה פועלת מדינת ישראל כיום

נוסף על כך, שמגר עמד על החשיבות שבשמירה על נורמות משפטיות ראויות גם בסיטואציה מורכבת מבחינה ביטחונית - נושא אותו שב והדגיש גם במאמרו מ-1971, כיועמ"ש לממשלה.<sup>31</sup> האתוס האמור שהציב שמגר בפני הוועדה בכנסת כבר ביולי 1967, ראוי גם הוא להכרה, הן מבחינה היסטורית, והן - ואף בעיקר - לנוכח הרלוונטיות שלו גם לימים אלו.

לשמגר תרומה מכרעת גם לכינונה של ערכאת הערעור, שכן היא הוקמה בעקבות פסק דין שניתן על-ידו בעת שכיהן כנשיא בית המשפט העליון, ושבמסגרתו המליץ להקים ערכאת ערעור על בתי המשפט הצבאיים.<sup>29</sup> התפיסה העקרונית שהציג שמגר במאמרו מ-1971, ולפיה דיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים באיו"ש מבחינה משפטית, אך מבחינה מעשית יש לפעול לנוכח העקרונות ההומניטריים הקבועים בהם, עודנה הגישה המשפטית לאורה פועלת מדינת ישראל כיום.

### סיכום

חשיבותה של הסקירה שערך שמגר בכנסת ביולי 1967 חורגת בהרבה מן הערך ההיסטורי שלה. היא צוהר חשוב וייחודי לתפיסות הבסיסיות שהנחו את צה"ל עת נטל את האחריות לניהול כלל היבטי החיים באותם שטחים שנתפסו במלחמה. אותן התפיסות שהנחו אז, ושעמדו בבסיס סקירת שמגר, נוכחות גם כיום בבסיס הנורמות המשפטיות המנחות את פעולתו של צה"ל באיו"ש. חשיבות נוספת של הסקירה, החורגת מההיבטים המשפטיים והמעשיים העולים ממנה, היא האתוס של הייעוץ המשפטי בעיני שמגר, כפי שהוא משתקף ממנה. אתוס השם דגש על גישה פרואקטיבית ועל מחויבות עמוקה לספק ייעוץ משפטי רלוונטי ומשמעותי, המבוסס על למידה והכנה מוקדמת ועל מקצועיות גבוהה, במטרה להתמודד עם אתגרי העתיד. כך גם שמגר פרש את משנתו ביחס לתפקיד הפרקליטות הצבאית שיעודה לסייע למפקדים.

