

של שבע מדינות ערב פלשו לארץ-ישראל והצטרפו לאוכלוסייה הפלסטינית במאבקה נגד היהודים. העימות הצבאי הסתיים עם החתימה על הסכמי שביתת הנשק הדו-צדדיים, אשר חילקו את ארץ-ישראל לשלוש יחידות טריטוריאליות.⁶ רוב השטח הוחזק בידי מדינת ישראל. לאורך הגדה המערבית של נהר הירדן השתלט הצבא הירדני על שטח שנודע מאז כ"גדה המערבית" (לרבות החלק המזרחי של ירושלים). לאורך הים התיכון, תפסה מצרים רצועת אדמה הידועה מאז כ"רצועת עזה".

לפי הערכות שונות, בין חודש דצמבר 1947 לחודש ספטמבר 1949 עזבו, ברחו או גורשו מהשטח שבו הוקמה מדינת ישראל בין שש מאות אלף לשבע מאות ושישים אלף פלסטינים.⁷ כשלוש מאות ושבועים כפרים התרוקנו מיושביהם.⁸ העזיבה ההמונית של הפליטים הפלסטיניים שינתה באורח קיצוני את המאזן הדמוגרפי בין יהודים וערבים בתוך הגבולות החדשים של מדינת ישראל.⁹ הפליטים הפלסטיניים הותירו אחריהם רכוש רב, דניידי ודלא-ניידי. נתונים ישראלים רשמיים מתייחסים לשלושת אלפים ומאתיים וחמישים ק"מ מרובעים של קרקעות חקלאיות שהועברו לניהול האפוטרופוס על נכסי הנפקדים, אולם יש גם הערכות גבוהות יותר.¹⁰ מבנים נטושים רבים, באזורים

⁶ הסכם מצרים-ישראל על שביתת נשק כללית, מיום 24 בפברואר 1949, כ"א, כרך א, עמ' 3; הסכם הממלכה הירדנית-ההאשמית-ישראל על שביתת נשק כללית, מיום 3 במרץ 1949, כ"א, כרך א, עמ' 37.

⁷ להערכות השונות, ראו בני מוריס, *לידתה של בעיית הפליטים הפלסטינים, 1947-1949*, 397-399 (תשנ"א).

⁸ לרשימה של כפרים אלה ומפה המציינת את מיקומם, ראו מוריס, שם, בעמ' 582-583, 586-592.

⁹ בסיום המנדט הבריטי הגיעה האוכלוסייה היהודית ל-600,000 נפש (שרובם עלו לארץ מאירופה במהלך מלחמת העולם השנייה ולאחריה), ואילו האוכלוסייה הפלסטינית מנתה 1.2 מיליון נפש. בשנת 1995 היוותה האוכלוסייה הערבית בישראל כ-19% מכלל האוכלוסייה, שמנתה בערך 5.6 מיליון נפש. *שנתון סטטיסטי לישראל 1996*, 43.

¹⁰ להערכה הישראלית ראו *שנתון הממשלה תשט"ו* (תשט"ו) 74. בשנת 1951, העריכה ועדת הפיוס של האו"ם לפלסטין (להלן ועדת הפיוס) ששטח הקרקעות הניתנות לעיבוד שנטשו ערבים הוא 4,574 ק"מ מרובע. Progress Report of the United Nations Conciliation Commission for Palestine, UN GAOR, 6th Sess, Supp. No. 18 Ann. A. Para. 8, UN Doc. A/1985 (1951) (1951). בשנת 1952 החלה ועדת הפיוס במחקר שנועד לזהות ולהעריך את שווי המקרקעין של הפליטים הערביים אשר נותר בישראל – מחקר שביצעו ארץ 14 שנים. המסקנות שהתפרסמו במסמך בן 35 עמודים התייחסו אך ורק לשיטות שבהן השתמשה הוועדה כדי לזהות ולהעריך את התביעות הפוטנציאליות לבעלות, ולא כללו נתונים כלשהם על הערך המשוער של הרכוש: *Working Paper Prepared by the Commission's Land Expert on the Methods and Techniques of Identification and Valuation of Arab Immovable Property Holdings in Israel*, UN Doc. A/AC/25/W.84 (1966). לפי אחד המחברים, ועדת הפיוס החליטה שלא לחשוף את ממצאיה כדי שלא להצית מחלוקת נוספת: David P. Forsythe, *United Nations Peacemaking: The Conciliation Commission for Palestine* 117 (1972).

חקלאיים ועירוניים כאחד, נתפסו בידי רשויות ציבוריות ובידי יחידים¹¹ – רבים מהם עולים חדשים שנמלטו מזוועות השואה ומצאו מקלט בישראל.

בעיית הפליטים הפלסטיניים התבררה מאז כאחד המכשולים המרכזיים לפתרון בדרכי שלום של הסכסוך הישראלי-ערבי. מדינות ערב יישבו את הפליטים במחנות זמניים. הן סירבו לקלוט את הפליטים באופן קבוע, פן יתפרש צעד כזה כהכרה מעשית בקיומה של מדינת ישראל ויחליש את המאבק נגדה.¹² לפי הנתונים של סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם, אונרר"א,¹³ בשנת 1990 היו כשני מיליון וארבע מאות אלף פליטים פלסטיניים, מתוכם כארבע מאות אלף בגדה המערבית וכחצי מיליון ברצועת עזה. קרוב לארבע-מאות אלף פליטים התגוררו במחנות פליטים בגדה המערבית וברצועת עזה.¹⁴

ירדן, לבנון וסוריה מיהרו להגיב על עבודתה של ועדת הפיוס, ולבקר בחריפות את שיטותיה. ראו UN Doc. A/AC.25/W.85 (1966). ככל הנראה, ישראל לא הגיבה על נייר-העבודה. הן דו"ח ההתקדמות של הוועדה משנת 1951, הן נייר-העבודה שלה משנת 1966, מעוררים תהיות. למשל, בשתי ההצרכות התייחסה ועדת הפיוס לשטחים בלתי-מעובדים רבים כשטחים שבבעלות ערבית, למרות שלפי חוק הקרקעות העותמאני שהיה בתוקף בארץ-ישראל בתקופה הרלוונטית, אותן קרקעות לא נחשבו כקרקע פרטית אלא כשייכות למדינה. דו"ח ההתקדמות משנת 1951 מציין כמות כוללת של 16,324 ק"מ מרובעים של "אדמות ערביות" בתוך ישראל, בהסתמך על מפות שהוכנו בידי הממשל הבריטי לצורך יישום פקודת מס הרכוש החקלאי. אולם מפות אלה תחמו את "גבולות הכפרים" למטרות מיסוי ולא היו קשורות כלל לבעלות (למעט בהקשר של תיאור מצב העיבוד, שלפי דיני הקרקעות המהותיים יש לו חשיבות לעניין ההכרה בזכויות פרטיות בקרקע). על סוגיית ההערכה והזיהוי, ראו גם פרק 6.ג. להלן.

¹¹ ועדת הפיוס העריכה את השווי המשוער של נכסי המקרקעין העירוניים שנטשו הפליטים הפלסטיניים בשלושים מיליון לירות פלסטינאיות, שבאותה עת (1951) היו שווי-ערך לכשמונים וארבעה מיליון דולר של ארצות-הברית ("דו"ח ההתקדמות, שם, פסקאות 16-19). אף שהוועדה לא פרסמה את הערכותיה לגבי השווי של כלל נכסי הפליטים, לפי מידע שהגיע לידי ישראל ונמסר לשרי הממשלה בידי שר החוץ, משה שרת, בישיבה שנערכה ביום 4 בנובמבר 1951, הערכת הוועדה באותה עת הגיעה למיליארד דולר (השר שרת השתמש במספר "ביליון", אולם הדעת נותנת שהכוונה הייתה לשימוש האמריקני בביטוי זה, ולא למונח האנגלי). ראו **תרשומת ישיבות הממשלה השלישית תשי"ב**, כרך ב, ישיבה ז/שי"ב, עמ' 34 (ארכיון המדינה).

¹² הפליטים עצמם דחו כל צעד, דוגמת בנייה של בתי-אבן, אשר עלול היה להתפרש ככנות להתיישב באורח קבע במקום החדש: Avi Plascov, *The Palestinian Refugees in Jordan 1948-1957*, 66-67 (1981).

¹³ The United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees, established under GA Res. 302(IV) of December 8, 1949. על עבודת אונרר"א, ראו Edward H. Buchrig, *The UN and the Palestinian Refugees* (1971).

¹⁴ בירדן היו כ-930,000 פליטים, בלבנון כ-290,000 ובסוריה כ-280,000. כ-450,000 מאותם פלסטיניים התגוררו במחנות פליטים. נתונים אלה מובאים בתוך *Palestinian Academic Society for the Study of*

זמן רב לפני העלייה הציונית של המאה העשרים הייתה אוכלוסייה יהודית קטנה בארץ-ישראל, בעיקר בירושלים, חברון, טבריה וצפת (אך גם במקומות אחרים, לרבות העיר עזה). אולם רוב הקרקעות שהיו בבעלות יהודים בארץ-ישראל ערב מלחמת העצמאות נרכשו במהלך המאה העשרים במסגרת המאמץ הציוני להכין את הקרקע (תרתי משמע) לעלייה ההמונית של יהודים מהגולה. רוב הקרקעות שהיו בבעלות יהודית (בין בבעלות פרטית ובין בבעלות המוסדות הציוניים) היו באזורים שבשנת 1948 הפכו לחלק ממדינת ישראל. אולם חלק מהקרקעות היו באזורים שנותרו בשליטה ירדנית או מצרית.¹⁵ בסך הכל, בין עשרים לארבעים קמ"ר של קרקע וכמה מאות בניינים (בעיקר בגדה המערבית) שהיו בבעלות ישראלים נותרו בשטחים שנכבשו בידי ירדן ומצרים.¹⁶

הגדה המערבית ורצועת עזה נכבשו בידי ישראל במלחמת ששת הימים. למרות חוסר ההסכמה לגבי המעמד המשפטי של אזורים אלה, התייחסה ישראל בפועל לשטחים אלה – להוציא מזרח ירושלים – כנתונים לתפיסה לוחמתית, וניהלה אותם באמצעות ממשל צבאי. אשר למזרח ירושלים, בשנת 1967 החילה ישראל את "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה" על חלק זה של העיר.¹⁷

מלחמת ששת הימים השפיעה על זכויות הקניין של ישראלים ופלסטינים בדרכים אחדות. ראשית, במהלך המלחמה ולאחריה ברחו פלסטינים מהגדה המערבית ומרצועת

International Affairs, PASIA Diary, 1993, 170 הם אינם כוללים את הפלסטינים שהתגוררו באותה עת במדינות המפרץ. בתחילת שנות התשעים, בעקבות מלחמת המפרץ, אילצה כוויית כ-300,000 פלסטינים שחיו שם להגר. רובם עזבו לירדן. ראו Rashid Khalidi, "Observations on the Right to Return", 21(2) *J. Palestine Stud.* 29, 37 (1992); Middle East Watch, *The Tragedy of The Remaining Palestine Families in Kuwait* (1991), reprinted in 6 *Palestine Y.B. Int'l L.* 87 (1990/91).

¹⁵ הריכוזים העיקריים של קרקעות אלה היו באזור גוש עציון, באזור שמצפון לירושלים, כנפת טול-כרם, ברובע היהודי בחברון, בירושלים וברצועת עזה. לסקירה מפורטת, ראו זמיר ונבנשתי, הערה 1 לעיל, בעמ' 17-27.

¹⁶ רוב הקרקעות בבעלות יהודית באזורים אלה היו מיושבות. חלק מהמתיישבים נאלצו לנטוש את רכושם במהלך המהומות של שנות העשרים והשלושים, ורובם (אלפים אחדים, בעיקר מהרובע היהודי בירושלים ומיישובי גוש עציון) נעקרו מבתיהם במלחמת העצמאות. בניגוד לפליטים הפלסטיניים, פליטים יהודים אלה יושבו מחדש בסיוע הרשויות הישראליות, וכך נמנעה היווצרות בעיה נמשכת.

¹⁷ צו סדרי השלטון והמשפט (מסי 1) תשכ"ז–1967, ק"ת, עמ' 2690. הצו הוצא ביום 28 ביוני 1967, מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, כפי שתוקנה בתיקון מסי 11, שחוקק יום לפני הוצאת הצו. בשנת 1980 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (ס"ח תשי"ם, עמ' 186), אשר הכריז על "ירושלים המאוחדת" כעל בירת ישראל. על המעמד המשפטי של הגדה המערבית, רצועת עזה ומזרח ירושלים מאז שנת 1967, ראו תת-פרק ב.3. (א) להלן.

עזה לירדן ולמצרים, אף כי בהשוואה למלחמת השחרור מדובר במספרים קטנים יותר.¹⁸ רבים מעקורי 1967 היו פליטים ממלחמת השחרור.¹⁹ שנית, המעמד המשפטי של הקרקעות שהשאירו ישראלים בגדה המערבית וברצועת עזה בשנת 1948 השתנה כתוצאה מהקמת ממשל צבאי ישראלי באותם אזורים וכתוצאה מהחלת "המשפט, השיפוט והמינהל" הישראליים במזרח ירושלים.²⁰ שלישית, מאז שנת 1967 הוקמו יישובים ישראליים רבים בגדה המערבית וברצועת עזה ונבנו שכונות יהודיות גדולות במזרח ירושלים ובפריפריה שלה. התיישבות זאת נעשתה באדמות מדינה, באדמות שנתפסו לצרכים צבאיים, באדמות שנרכשו לצורכי ציבור (במיוחד במזרח ירושלים), באדמות שנרכשו מתושבים מקומיים (בעיקר בגדה המערבית), באדמות שהיו בבעלות ישראלים לפני 1948, ובמקרים יוצאי-דופן – באדמות שנטשו תושבים פלסטיניים בשנת 1967.²¹

מאז שנת 1967 נעשו מאמצים דיפלומטיים רבים להביא ליישוב הסכסוך הישראלי-פלסטיני, אולם רק התהליך שהתחיל בוועידת מדריד בשנת 1991 נשא פרי. בעקבות סדרת דיונים חשאיים ופומביים, חתמו נציגי ישראל ואש"ף ביום 13 בספטמבר 1993 בווינגטון על "הצהרת עקרונות. על הסדרי ביניים של ממשל עצמי".²² ההצהרה קובעת נסיגה רב-שלבית של צה"ל משטחים בגדה המערבית ורצועת עזה; העברת סמכויות לרשויות הפלסטיניות שיוקמו בשטחים; ומשא ומתן לגבי מעמד הקבע של

¹⁸ ההערכות לגבי מספר האנשים שעזבו את הגדה המערבית בעקבות מלחמת ששת הימים נעות בין 100,000 ל-400,000. ההערכות לגבי רצועת עזה הן בין 40,000 ל-60,000. ראו אריה שלו, **האוטונומיה: הבעיות ופתרונות אפשריים** 164 (המרכז למחקרים אסטרטגיים, מחקר מס' 8, תש"ט); יעקב ליפשיץ, **ההתפתחות הכלכלית בשטחים המוחזקים 1967-1969** 31 (תשל"א); משה דיין, **אבני דרך: אוטוביוגרפיה** 504 (תשל"ז).

¹⁹ ראו תת-פרק ב.3. (ב) להלן.

²⁰ ראו תת-פרקים ב.3. (ג) ו-(ד) להלן.

²¹ ראו תת-פרקים ב.3. (ד) ו-(ה) להלן.

²² הערה 1 לעיל. לניתוח כללי של ההצהרה, ראו Eyal Benvenisti, "The Israeli-Palestinian Declaration of Principles: A Framework for Future Settlement", 4 *Eur. J. Int'l L.* 542 (1993); Raja Shihadeh, "Can the Declaration of Principles Bring about a 'Just and Lasting' Peace?", 4 *Eur. J. Int'l L.* 555 (1993); Antonio Cassese, "The Israel-PLO Agreement and Self-Determination", 4 *Eur. J. Int'l L.* 564 (1993); Joel Singer, "The Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements", 1 *Justice* (Int'l Ass'n of Jewish Lawyers and Jurists) 4 (1994); Symposium, "The Peace Process", 28 *Is. L. Rev.* 207 (1994); Peter Malanczuk, "Some Basic Aspects of the Agreements Between Israel and the PLO from the Perspective of International Law", 7 *Eur. J. Int'l L.* 485 (1996).

השטחים, שיתנהל במקביל ליישום הסדרי הביניים של הממשל העצמי. הסכם בדבר יישום השלב הראשון של תהליך זה – נסיגה של צה"ל מרצועת עזה ומאזור יריחו – נחתם ביום 4 במאי 1994 בקהיר,²³ והתבצע זמן קצר לאחר מכן. ביום 29 באוגוסט 1994 וביום 27 באוגוסט 1995 חתמו הצדדים על הסכמים נוספים בדבר העברה מכינה של סמכויות שונות לרשות הפלסטינית ביחס לגדה המערבית.²⁴ שלושת ההסכמים האחרונים הוחלפו על ידי הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני אשר נחתם בווינגטון ביום 28 בספטמבר 1995, וחל על כל אזורי הגדה המערבית ורצועת עזה.²⁵ לפי הסכם הביניים, הסמכויות בנושאים קרקעיים אמורות לעבור בהדרגה, בד בבד עם הפריסה מחדש של כוחות צה"ל בגדה המערבית. הדיונים על הסדר הקבע נפתחו פורמלית ביום 4 במאי 1996, ואמורים להימשך בעתיד, במטרה ליישם את הסדר הקבע לא יאוחר מיום 4 במאי 1999.

להלן נסקור את הטיפול של הצדדים ברכוש פרטי בשלבים השונים של הסכסוך אשר תוארו לעיל.

2. הפרקטיקה לאחר שנת 1948

(א) הטיפול הישראלי ברכוש הנפקדים הפלסטיניים

כפי שהוזכר לעיל, הפליטים הפלסטיניים הותירו בישראל רכוש רב. לשם הסדרת ניהולו של רכוש זה חוקקו מספר חוקים, אשר המרכזי שבהם הוא חוק נכסי נפקדים, תשי"א–1950.²⁶ חוק זה מגדיר "נפקד" כאדם אשר בזמן כלשהו לאחר יום 29 בנובמבר 1947 היה תושב או אזרח של אחת ממדינות ערב שנלחמו בישראל או שהיה באחת מאותן מדינות, או שעזב את מקום מושבו הרגיל בארץ-ישראל למקום מחוץ לארץ-ישראל או למקום בארץ-ישראל שהוחזק באותו זמן על ידי כוחות שנלחמו נגד מדינת ישראל. כלומר, במקרים מסויימים אפילו פלסטינים שחזרו לישראל זמן קצר לאחר שעזבו

²³ הערה 2 לעיל.

²⁴ הסכם בדבר העברה מכינה של סמכויות ואחריות, מיום 29 באוגוסט 1994, כ"א, כרך 32, עמ' 225; פרוטוקול בדבר העברה נוספת של סמכויות ואחריות, מיום 27 באוגוסט 1995.

²⁵ הערה 3 לעיל.

²⁶ ס"ח, עמ' 86. על הנסיבות שהובילו לחקיקת חוק זה, ראו מנחם הופנונג, ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 159-174 (תשנ"א).

אותה והפכו לאזרחים ישראלים, נחשבים "נפקדים" לפי הגדרה זו. החוק ניתק את הקשר הקנייני בין הנפקדים לנכסים שלהם והקנה את הנכסים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים. עם זאת, בתי-המשפט בישראל הכירו בזכותם של הנפקדים לפנות לבית-המשפט כדי למנוע מאנשים שלישיים להציג תביעות כוזבות בקשר לבעלות על הרכוש.²⁷ החוק מסמך את האפוטרופוס להעביר את קרקעות הנפקדים לרשות הפיתוח, ובהתאם להסכם שנערך בין האפוטרופוס לבין הרשות, נרשמה האחרונה במרשם המקרקעין כבעלת הנכסים.²⁸ לפי החוק, רשות הפיתוח אינה רשאית למכור את הרכוש או להעביר את הבעלות בו לאדם אחר, אך ניתן להחכירו לתקופות ארוכות. בנסיבות מסוימות מתיר החוק לאפוטרופוס לקבוע שאנשים הנכללים בהגדרה של נפקדים לא ייחשבו ככאלה, ובמקרה כזה מוחזר להם הרכוש. נוסף על כך, מוסמך האפוטרופוס, על פי המלצה של ועדה מיוחדת, לשחרר רכוש שהוקנה לו, לבעלים המקורי או ליורשיו.

בעוד שהכותרת והמינוח של החוק הישראלי מדגישים את הרכיב של נפקדות הבעלים, קרי: אי-הימצאותם בישראל, עיון קרוב בהוראות המהותיות של החוק ובדיקת הרקע ההיסטורי שלו והאופן שבו הוא יושם, מלמדים שבמידה רבה הרציונל והמטרה שלו הם ניהול של נכסי אויב בזמן מלחמה. תקנות שעת החירום שקדמו לחוק הותקנו במהלך מלחמת השחרור והתייחסו בראש ובראשונה לפלסטינים שנלחמו נגד מדינת ישראל החדשה. החוק חל על נתינים של מדינות ערב שלחמו נגד ישראל אף אם הם נשארו בתוך ישראל (הגדרת "נפקד" בסעיף 1 לחוק), והוא מתיר העברה של הרכוש לרשות ציבורית אחרת (סעיף 19). החוק חל גם על יהודים שהתגוררו במדינות ערב

²⁷ ע"א 54/58 האבב נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד י 912, 919; ע"א 60/263 קליינר נ' מנהל מס עיזבון, פ"ד יד 2521, 2539; ע"א 82/54 לוי נ' עזבון מחמוד מחמוד, פ"ד (1) 374, 383, 386. בית-המשפט העליון התייחס לנפקדת כבעלת ציפייה שיום אחד האפוטרופוס ישחרר את הרכוש שלה, דבר שהקנה לה מעמד בבית-המשפט.

²⁸ שנתון הממשלה תש"ו, הערה 10 לעיל, בעמ' 47. חוק אחר, חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), תשי"ג-1953 (ס"ח, עמ' 58) הסמך את שר האוצר להעביר לקניינה של רשות הפיתוח נכסי מקרקעין שביום 1 באפריל 1952 לא היו בהחזקת בעליהם, ואשר שימשו או הוקצו מאז מלחמת השחרור "לצרכי פיתוח חיוניים, התיישבות או בטחון", ואשר עדיין נדרשו למטרות אלה. הפיצוי בעבור הרכישה היה בדרך של קבלת קרקע חלופית או פיצויים בשיעור לא ריאלי (ראו הופנונג, הערה 26 לעיל, בעמ' 169). על פי חוק זה, כ-325 ק"מ מרובעים של אדמות פרטיות הועברו לידי הרשות לפיתוח. ייתכן שחלק מאותן קרקעות נוהלו לפני כן בידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים. ראו גם David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* 60-66 (1990); הופנונג, הערה 26 לעיל, בעמ' 170-172; Sabri Jiryis, "Settlers' Law: Seizure of Palestinian Lands", 2 *Palestine Y.B. Int'l L.* 17 (1985); Don Perez, *Israel and the Palestinian Arabs* 141-191 (1958).

(אשר קיבלו את רכושם חזרה כאשר עלו מאוחר יותר לישראל).²⁹ עם זאת, אין ברציונל הנפקדות ואף לא ברציונל האויבות, כדי להסביר באופן משכנע את התחולה הנמשכת של החוק על "נפקדים" שהפכו לאחר מכן לתושבים ולאזרחים של מדינת ישראל. ייתכן שניתן להתייחס להימנעות מלשחרר את הקרקעות של "הנפקדים הנוכחים" כאל רכישה לצורכי ציבור, מאחר שקרקעות אלה שימשו לצרכים הדחופים של המדינה החדשה. עד שנת 1973 קשה היה לייחס משקל רב לטיעון האחרון, משום שהחוק לא העניק ל"נפקדים הנוכחים" זכות לפיצויים על רכושם. באותה שנה חוקקה הכנסת את חוק נכסי נפקדים (פיצויים), תשל"ג–1973.³⁰ הדבר נעשה בעקבות החלת המשפט הישראלי במזרח ירושלים בשנת 1967 והפיכתם של פלסטינים רבים שהתגוררו במזרח העיר – פלסטינים שלפי החוק משנת 1950 נחשבו כנפקדים – לתושבי ישראל.³¹ החוק העניק לתושבים ישראליים שרכושם הוקנה לאפוטרופוס על נכסי נפקדים זכות לפיצויים, ובכך התווסף המרכיב החסר בטיעון הרכישה לצורכי ציבור דלעיל.³² בכל אופן, מאחר שהסכומים שהוצעו כפיצויים לא נראו ריאליים וכן משיקולים פוליטיים, מימוש הזכות לפיצויים של "נפקדים" המתגוררים בישראל ושל תושבי מזרח ירושלים (לגבי רכושם של האחרונים שנותר בתחומי הקו הירוק) היה מוגבל למדי.

²⁹ לאור מאפיינים אלה (ואחרים), אין זה מפתיע שכאשר בתי-המשפט האנגליים עסקו בחקיקה ישראלית זו, הם התייחסו אליה כמקבילה לחקיקה הבריטית העוסקת במסחר עם האויב והסתמכו על ההלכות האנגליות לגבי האפוטרופוס על רכוש האויב. ראו, למשל, *Jabbour v. Custodian of Absentee's*, *Property of State of Israel*, [1954] 1 All E.R. 145, 157 Arab Bank Ltd. v. Barclays Bank (Dominion, Colonial and Overseas), 1954 A.C. 495. אנלוגיה בין חוק נכסי נפקדים לבין פקודת המסחר עם האויב נעשתה בידי בית-המשפט העליון בישראל בבג"צ 93/4173 גולן נ' הוועדה המיוחדת לפי סעיף 29 לחוק נכסי נפקדים, תש"י–1950, פ"ד מחנ(2) 638. על דיני המסחר עם האויב, ראו גם תת-פרק ב.2. (ב) להלן.

³⁰ ס"ח, עמ' 164.

³¹ ראו תת-פרק ב.3. (ג) להלן.

³² תימוכין נוספים לרציונל של רכישה לצורכי ציבור עשויים להימצא בעובדה שבד בבד עם הענקת הזכות לפיצויים, ביטל החוק משנת 1973 את הזכות לתבוע שחרור של הרכוש שהוקנה לאפוטרופוס (סעיף 18). אף על פי כן, המדיניות של הרשויות היא להימנע מיישום קפדני של הוראה זו, וכעניין שבעובדה, שוקלים האפוטרופוס והוועדה המייעצת בקשות לשחרור נכסי נפקדים. ראו למשל, בג"צ 79/518 קוקרן נ' הוועדה הפועלת על פי סעיף 29 לחוק נכסי נפקדים, תש"י–1950, פ"ד לד(2) 326; המ' (יס) 76/1401 עיזבון מחמוד מחמוד (אבו שריף) נ' אל סעיז, פסי"ם תשמ"ב (ב) 322.

(ב) ניהול נכסי הישראלים בגדה המערבית בידי ירדן, 1948–1967

הסכמי שביתת הנשק שנחתמו בין ישראל לשכנותיה בשנת 1949 סיימו את הסבב הראשון של פעולות-האיבה בין מדינות אלה. הסכמים אלה קבעו שלב ביניים בדרך לשלום קבע בארץ-ישראל.³³ הם לא דנו במפורש בריבונות על הגדה המערבית או על רצועת עזה, ולא הכירו בבירור בריבונותה של מדינת ישראל על השטח שבשליטתה. בניגוד למצרים, שמעולם לא התייחסה לרצועת עזה כאל חלק מהטריטוריה שלה, התיימרה ירדן לספח את הגדה המערבית, לרבות מזרח ירושלים, לשטחה והתייחסה אליה כאל חלק מממלכת ירדן. הסיפוח, שהושלם בחודש אפריל 1950, נעשה כביכול על פי בקשת נציגים של תושבי הגדה המערבית, אולם ספק אם הפעולה אכן שיקפה את רצונם.³⁴ מכל מקום, הסיפוח לא עלה בקנה אחד עם כללי המשפט הבין-לאומי, האוסרים סיפוח חד-צדדי של שטחים תפוסים.³⁵ הסיפוח לא זכה אפוא בהכרה בין-לאומית (למעט בידי פקיסטן ובריטניה),³⁶ וגם מדינות ערב והליגה הערבית לא הכירו בו.³⁷ הסיפוח הירדני הותיר בתוקפה את מרבית החקיקה המנדטורית שחלה בגדה המערבית בהיותה חלק מארץ-ישראל. חקיקה ירדנית מאוחרת יותר הוחלה באופן

³³ הערה 6 לעיל.

³⁴ "הוועידה הערבית-פלסטינית השנייה", אשר התקיימה ביריחו ביום 1 בדצמבר 1948, החליטה לאחד את פלסטין עם ממלכת ירדן. ממשלת ירדן הסכימה לאיחוד ביום 7 בדצמבר 1948, וביום 13 בדצמבר 1948 אישר הפרלמנט הירדני את האיחוד. הצעד של האיחוד אושר סופית בידי המועצה הלאומית הירדנית ביום 24 באפריל 1950. ראו 1163-67 *Digest of International Law* Marjorie M. Whiteman, 2 (1963). על ההתנגדות של תושבי הגדה המערבית לסיפוח, ראו פלסקוב, הערה 12 לעיל, בעמ' 12-16.

³⁵ Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* 3-6 (1993).

³⁶ Yehuda Z. Blum, "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria", 3 *Isr. L. Rev.* 279, 289-93 (1968). בריטניה הכירה באופן רשמי באיחוד של שתי גדות הירדן, אך לגבי ההכללה של מזרח ירושלים באיחוד היא הכירה רק בקיום דה פקטו של השלטון ירדני. ראו Notice of the British Government, מובאת אצל וויטמן, הערה 34 לעיל, בעמ' 1167-1168.

³⁷ הליגה הערבית הסכימה להימנע מלדרוש השבה של המצב לקדמותו לאחר שקיבלה הבהרה ממלך ירדן, שהסיפוח לא ישפיע על ההסדר הסופי של הסכסוך בארץ-ישראל. על הסיפוח והתגובות לו, ראו בלום, הערה 36 לעיל; Allan Gerson, *Israel, the West Bank and International Law* 77-78 (1977); Peter Malanczuk, "Israel: Status, Territory and Occupied Territories", in [Installment] 12 *Encyclopedia of Public International Law* 149, 171 (Rudolf Bernhardt ed., 1990). אי-ההכרה כסיפוח השתקפה גם בהחלטה של בית-משפט מצרי, אשר סירב לתת תוקף לפסק-דין שניתן בשם המלך עבדאללה. ראו *Arab Bank v. Ismail*, 17 I.L.R. 312 (Tribunal of Port Said, 1950).

שווה על כל שטח ירדן, לרבות הגדה המערבית.³⁸ הרשויות הירדניות ניהלו את הרכוש הישראלי שנותר בגדה המערבית בהתאם לסמכויות ולכללים שנקבעו בפקודת המסחר עם האויב, 1939.³⁹ פקודה מנדטורית זאת נוסחה בהתאם לחוק המסחר עם האויב 1939, אשר נחקק בבריטניה באותה עת (כדי לאסור על המסחר עם מדינות הציר במלחמת העולם השנייה, וכדי להסדיר את הטיפול בנכסים של מדינות הציר ואזרחיהן בבריטניה).⁴⁰ הפקודה מורה על מינוי אפוטרופוס לנכסי האויב והקניית רכוש האויב לידינו. הפקודה (וחקיקת המשנה שהוצאה מכוחה, בהתאמה לחקיקת המשנה האנגלית) קובעת גם את אופן הניהול של נכסי האויב.

הוראות הפקודה המתייחסות לנכסי אויב מבוססות על התפיסה שעושרה של אומה, שאותו ניתן לנצל במסגרת המאמץ המלחמתי, כולל לא רק את הנכסים הממוקמים בשטחה, אלא גם את רכושה ורכוש אזרחיה הנמצא מחוץ לשטחה. לפיכך, הפקודה מנתקת את הקשר בין אזרחי מדינת האויב לבין רכושם הנמצא בתחומי המדינה, ומקנה רכוש זה לאפוטרופוס.⁴¹ מטרת אחרות של הקניית הבעלות הינן לשמור על הנכסים עד לסיום מצב המלחמה, ובעקיפין, לנסות להבטיח שבהסדרי השלום תהיה הדדיות בקביעת גורלם של הנכסים הממוקמים במדינות הנלחמות.⁴²

³⁸ ראו חוק בדבר חוקים ותקנות התקפים בשתי הגדות בממלכה הירדנית, מס' 28 לשנת 1950, ע"ד מס' 1036, מיום 16 בספטמבר 1950.

³⁹ ע"ד 923 (מיום 5 בספטמבר 1939), תוס' 1, עמ' (א) 95, (ע) 79. לניתוח הפקודה ראו Amo A. Blum & I. Roskin-Levi, *The Law Relating to Trading with the Enemy* (1940).

⁴⁰ 89 & 3 Geo. 6, ch. 2. פקודות דומות נחקקו באזורים אחרים שהיו נתונים לשלטון בריטי. על החקיקה הבריטית, ראו באופן כללי Paras, *Halsbury's Laws of England, War & Armed Conflict*, 148-58, at 54-66 (4th ed., 1984) חקיקה מקבילה התקבלה בארצות-הברית, בעלת-בריתה של בריטניה במלחמת העולם השנייה. ראו; Martin Domke, *Trading with the Enemy in World War II* (1943); ספרים אלה כוללים סקירה השוואתית של חוקים בדבר מסחר עם האויב שנחקקו במדינות שונות במהלך מלחמת העולם השנייה. החקיקה הבריטית והאמריקנית התבססה על חקיקה שנחקקה במלחמת העולם הראשונה. על חקיקה זו, ראו Ronald F. Roxburgh, "German Property in the War and Peace", 37 *Law Q. Rev.* 46 (1921); Charles H. Huberich, *The Law Relating to Trading with the Enemy* (1918); William F. Trotter, *The Law of Contract During War* (1914, Supp. 1915); Fredrick D. Farrer. "The Forfeiture of Enemy Pre-War Property", 37 *Law Q. Rev.* 218, 337 (1921).

⁴¹ Arnold McNair & Arthur D. Watts, *The Legal Effects of War* 332 (4th ed., 1966); הובריץ, הערה 40 לעיל, בעמ' 2930.

⁴² סעיף 1(9) לפקודת המסחר עם האויב פותח במילים: "כדי למנוע תשלום כסף לאויב וכדי לשמור על נכסי האויב עד לסידורים שיעשו עם חתימת חוזה השלום". ראו גם 1 [1920] *In re Münster (Enemy)*, Ch. 268, 278-279.

המטרות השונות של הקניית רכוש האויב לאפוטרופוס והאופי הזמני מטבעו של ההקנייה הקשו על הגדרת המהות המשפטית והתוצאות של הקניית הנכסים לפי הפקודה.⁴³ פרשנות אחת הייתה שלבעלים יש זכות משפטית, אף כי יחסית ומותנית, להחזרת הנכסים עם סיום המלחמה.⁴⁴ אולם דומה שהדעה הרווחת, לפחות מאז מלחמת העולם השנייה, היא שלבעלים המקוריים אין יותר מאשר ציפייה לקבלת רכושם בחזרה, ציפייה הכפופה להסדרים שייעשו במסגרת הסכמי השלום.⁴⁵ פרשנות זאת של הדין המקומי תואמת את התפיסה המקובלת במשפט הבין-לאומי המנהגי⁴⁶

⁴³ האופי הזמני אין משמעו שההקנייה תימשך רק פרק זמן קצר, ואף לא משתמע ממנו בהכרח שבסיום המלחמה יוחזרו הנכסים לבעליהם המקוריים. מצב המלחמה עלול להימשך שנים רבות וגורל הנכסים בסיוט המלחמה תלוי בהסדרים שיוסכם עליהם בחוזה השלום (כפי שנראה בפרק 3.3 ובטקסט הסמוך להערות 44-45 להלן).

⁴⁴ *Daimler Co. v. Tyre & Rubber Co. (Great Britain)*, [1916] 2 A.C. 307, 347; *Maerke v. British & Continental Fur Co.*, [1954] 2 All E.R. 50, 55; *Hugh Stevenson & Sons v. Akteingesellschaft Für Carton Nagen-Industrie*, [1918] A.C. 239, 244. ראו גם דעת המיעוט של הלורד Keith בפסק-דין *Bank Voor Handel en Scheepvaart N.V. v. Administrator of Hungarian Property* [1954] 1 All E.R. 969, 992-96. גישה דומה משתקפת בפסק-הדין האמריקני *Techt v. Huges*, 29 N.Y. 222; 128 N.E. 969, 992-96. ראו גם: Edwin M. Borchard, "Enemy Private Property", 18 *Am. J. Int'l L.* 523 (1924); William E. Hall, *A Treatise on International Law* 521-26 (1924).

⁴⁵ בפסק-דין *Bank Voor Handel* (הערה 44 לעיל, בעמ' 991), פסק בית הלורדים: "He [the Custodian] is not the agent or the trustee of the aliens, enemy or friendly, who were owners of the property before it came into his hands" (ראו גם שם, בעמ' 987-990). שתיים-עשרה שנים קודם לכן, עסק בית-המשפט העליון בפלשתניה באותה שאלה ופסק: "there is nothing to limit the word 'vest' to anything less than ownership" "while it is no doubt true that the Custodian is ... in a sense in fiduciary capacity with regard to these properties, that need have no effect upon the question as to whether or not for the time being he is the owner of these properties which are vested to him." C.A. 300/43 *Pritzker v. Custodian of Enemy Property*, 1944 A.L.R. 376, 379-80. ראו גם פסק-דין מונסטר, הערה 42 לעיל, בעמ' 277-280; מקניר ו-ווטס, הערה 41 לעיל, בעמ' 333-334.

⁴⁶ הסכמי ורסאי משנת 1919 וההכרה בחשיבותו של רכוש ציבורי ופרטי למאמץ המלחמתי בתקופות של מאבק מזוין מקיף וממושך, גרמו לכרסום בהגנה שהעניקו מדינות שונות והעניק המשפט הבין-לאומי לנכסים של האויב ושל אזרחיו הממוקמים בטריטוריה של אותן מדינות. המדינות המנוצחות נאלצו להחזיר את רכוש האויב שנתפס בזמן המלחמה. אולם הרכוש שתפסו בעלות הברית נותר בידיהן כפיצוי על נזקיהן במהלך מלחמה שנכפתה עליהן. בהתאם לכך, סעיף 297 להסכם ורסאי הכיר בזכותן של בעלות הברית לממש נכסים וחזיונות של אזרחים גרמניים לשם פירעון של חובות גרמניים; גרמניה אמרה הייתה לפצות את אזרחיה על אובדן נכסיהם (בזרנד, הערה 44 לעיל, בעמ' 525; לתיאור ההשפעה של הסכמי ורסאי על נכסים גרמניים בבריטניה, ראו רוקסבורג, הערה 40 לעיל, בעמ' 56-62). אותו עיקרון התקבל בהסכמי השלום שלאחר מלחמת העולם השנייה: מקניר ו-ווטס, הערה 41 לעיל, בעמ' 334-336; F.A. Mann, "Enemy Property and the Paris Peace Treaties", 64 *Law Q. Rev.* 492 (1948); Andrew

– תפיסה שיש לה תימוכין בפרקטיקה שלאחר מלחמת העולם השנייה,⁴⁷ ובהימנעותן המוחלטת של האמנות שנוסחו אחרי מלחמת העולם השנייה, לרבות אמנת ג'נבה הרביעית מיום 12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (מס' 4) (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית), מלהתייחס לנושא הטיפול בנכסי האויב.⁴⁸

בחודש אוגוסט 1950 פירסם המושל הירדני הכללי של הגדה המערבית את מנשר מס' 55.⁴⁹ בין היתר, קבע מנשר זה שתושבים של מדינת ישראל (לרבות תושביה הערביים) ייחשבו כאויבים לצורך דיני המסחר עם האויב. בהסתמך על פקודת המסחר עם האויב ועל המנשר, מינה שר הפנים הירדני אפוטרופוס על נכסי האויב והקנה לו,

Martin, "Private Property Rights and Interests in the Paris Peace Treaties", 24 *Brit. Y.B. Int'l L.* 273 (1947). הדעה הרווחת לאחר שתי המלחמות הייתה שמעבר להסכמים המפורשים על גורל הנכסים שנלקחו בזמן המלחמה, שיקפו הסדרים אלה הכרה הדדית בתוקף המשפטי של פרקטיקת ההשתלטות על נכסים בזמן מלחמה. 2 *Lassa Oppenheim, International Law* 328 (Hersch Lauterpacht ed., 7th ed., 1948).

⁴⁷ ראו אופנהיים, שם; וויטמן, הערה 34 לעיל, כרך 10, בעמ' 98-131 (1968). כיום נראה שרק שיקולים כלכליים – שיקולים של הדדיות או הגנה על המוניטין של השוק המקומי – יניאו מדינה מלפגוע ברכוש של נתניי אויב המצוי בשטחה. בארצות-הברית מוסמך הנשיא לאסור על ביצוע עסקאות ברכוש אויב, לאיין עסקאות שנעשו ולפקח על הרכוש של זרים. ראו *International Emergency Economic Powers Act of 1977*, 50 U.S.C.A. § 1702 (1988). השליטה המוחלטת של הנשיא על רכוש זה מוסברת בכך שהרכוש משמש כקלף מיקוח בהסדרת סכסוכים בין-לאומיים. *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981). ואכן, כפי שלימד העימות בין ארצות-הברית ואיין בשנים 1979-1980 – שבו גרמה הקפאת הנכסים האירניים בארצות-הברית לאיין להסכים להקמתו של טריבונל משותף לתביעות – קלף זה עשוי להיות חזק יותר מאיום בכוח צבאי. ראו גם תת-פרק ג.5(ב) להלן.

⁴⁸ הסעיף השני של אמנת ג'נבה הרביעית, המונה את חובות המדינה כלפי אזרחי אויב הנמצאים בשטחה, אינו מזכיר הגנה על רכושם, וזאת למרות הפרקטיקה שנהגה בתקופת המלחמה. סעיף 46(2) הוא הסעיף היחיד הדורש כי "[r]estrictive measures affecting [protected persons'] property shall be canceled, in accordance with the law of the Detaining Power, as soon as possible after the close of hostilities. כפי שמציין הקומנטר של פיקטה, הוראה זו היא "somewhat foreign to the real purpose of the Convention". הקומנטר מציין שהוועידה הדיפלומטית הדגישה כי מטרת האמנה היא להגן על אנשים ולא על רכוש. לפיכך, "the question of the treatment of enemy private property in the territory of the belligerent is still, in general, governed by usage and by the Hague Regulations of 1907, especially Article 23(g) and (h)" ראו *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949: Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War* 271 (Oscar Uhker & Henri Coursier eds., 1958).

⁴⁹ ע"ר מס' 1032, מיום 16 באוגוסט 1950, עמ' 447. מנשר זה קדם ל"סיפוח" הירדני של הגדה המערבית, אולם הרשויות הירדניות הסתמכו עליו גם לאחר הסיפוח, כאשר פעלו בהתאם לפקודת המסחר עם האויב.

באמצעות צווי הקניה ספציפיים וכלליים רבים, את הנכסים של ישראלים בגדה המערבית. האפוטרופוס הירדני ניצל חלק מאותם נכסים למטרות ציבוריות, כמו הקמה של מחנות פליטים, שיקום פליטים ובניית מחנות-צבא ושווקים. במקרים אחרים הושכר הרכוש או הוחכר ליחידים שהשתמשו בו למגורים או למטרות חקלאיות או מסחריות, בהתאם לאופי הרכוש וייעודו.⁵⁰

כאמור, הפרקטיקה הירדנית תאמה את הנורמות הבין-לאומיות בדבר טיפולה של מדינה ברכוש אויב הממוקם **בשטח** אולם פרקטיקה זאת לא התיישרה עם המשפט הבין-לאומי לגבי ההתייחסות לרכוש פרטי המצוי **בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית**. כפי שצוין לעיל, הסיפוח של הגדה המערבית בידי ירדן לא תאם את הדין הבין-לאומי ולפיכך לא זכה להכרה בין-לאומית. ניתן אולי למצוא בסיס משפטי חלופי לפרקטיקה הירדנית (או למרביתה) בדינים שעניינם הטיפול בנכסים נטושים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.⁵¹ כך או אחרת, כיום שאלה זו היא יותר אקדמית מאשר פרקטית, לפחות מנקודת-המבט של הדין המקומי החל בגדה המערבית ובמזרח ירושלים. כפי שנראה בתת-פרקים 3.3.ג) ו-ד) להלן, הדבר נובע מכך שהן הדין הישראלי שהוחל במזרח ירושלים, הן תחיקת הביטחון של הממשל הצבאי בשאר חלקי הגדה המערבית, מכירים דה פקטו בפעולות שעשו הירדנים לגבי רכושם של ישראלים. ניתן למצוא הכרה כזאת גם בהסכם קהיר בדבר רצועת עזה ואזור יריחו.⁵²

ג) ניהול נכסי הישראלים ברצועת עזה בידי מצרים, 1948–1967

בניגוד לירדן, מצרים מעולם לא התיימרה לספח את השטח שכבשה בשנת 1948. תחת זאת, היא התייחסה לרצועת עזה כאל שטח הנתון לתפיסה לוחמתית, שטח שתושביו לא היו אזרחים מצריים אלא אזרחי פלסטין.⁵³ הממשל הצבאי המצרי לא טיפל בנכסי הישראלים על פי פקודת המסחר עם האויב המנדטורית. תחת זאת הוצא צו מיוחד: צו

⁵⁰ לסקירה מפורטת של הפרקטיקה הירדנית, ראו **זמיר ובנבנשתי**, הערה 1 לעיל, בעמ' 51-56.

⁵¹ על כללי המשפט הבין-לאומי ביחס לרכוש פרטי השייך לנפקדים והמצוי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, ראו תת-פרק 3.3.ב) להלן והאסמכתאות הנזכרות שם.

⁵² ראו הסכם עזה-יריחו, נספח II, סעיף (c) B(28). ראו גם פרק 2.ג) להלן.

⁵³ על המעמד המשפטי של רצועת עזה בין השנים 1948 ו-1967, ראו Carol Farhi, "On the Legal Status of the Gaza Strip between 1948 and 1967", in *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980 — The Legal Aspects* 61 (Meir Shamgar ed., 1982)

מס' 25, "לקביעת תקנון לניהול רכוש היהודים באזורים הכפופים לפיקוחם של הכוחות המצריים בפלסטין". צו זה הוצא בחודש יוני 1948, ופורסם באופן רשמי בשנת 1950.⁵⁴ הצו הצהיר שרכושם של יהודים יהיה נתון לניהול של מנהל כללי. בשנת 1956 הורחבה תחולת הצו כך שיקיף גם רכוש השייך לערבים המתגוררים בישראל.⁵⁵ ההכפפה של רכוש לניהול המנהל הכללי הייתה טעונה החלטה של המושל הכללי, והוא הדין בשחרור הרכוש.⁵⁶

כללית, קיים דמיון רב בין האמצעים והמטרות של הצו המצרי מס' 25 לאמצעים ולמטרות של פקודת המסחר עם האויב המנדטורית, שעל פיה פעלה ירדן בגדה המערבית. הטיעון שהצו המצרי התבסס על רציונל של אויבות, ולא על רציונל של נפקדות, מבוסס הן על היקף תחולתו והן על הוראותיו המהותיות.⁵⁷ לפיכך הספקות שהעלינו למעלה ביחס לחוקיות של הפרקטיקה הירדנית מבחינת המשפט הבין-לאומי – דהיינו, אי-התחולה של דיני המסחר עם האויב על רכוש של נתיני אויב המצוי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית – חלים על הפרקטיקה המצרית כשם שהם חלים על הפרקטיקה הירדנית. בד בבד, הבסיס החלופי לפרקטיקה זו, כפי שהצענו לגבי הפרקטיקה הירדנית – קרי: המשפט הבין-לאומי בדבר טיפול בנכסים נטושים בשטח תפוס – עשוי להסביר לפחות במידת מה גם את הפרקטיקה המצרית.

כמו בגדה המערבית, הרכוש של הישראלים ברצועת עזה נוצל לפרוייקטים ציבוריים (למשל, הקמת מחנות פליטים) או הושכר למשתמשים פרטיים. גורלם של נכסים אלה לאחר שנת 1967 יידון בתת-פרק ב.3. (ד) להלן.

⁵⁴ ע"ר מס' 2, מיום 31 במרץ 1950, עמ' 43.

⁵⁵ צו מס' 439 של המושל המנהלי, ע"ר מס' 63, מיום 1 במאי 1956, עמ' 1472. תרגום לעברית של המנשר על תיקונו מופיע בנספח לספרם של זמיר ובנבנשתי, הערה 1 לעיל, בעמ' 251-255.

⁵⁶ הצו קבע גם הוראות מפורטות בדבר ניתוק הבעלים מרכושם וניהולו בידי המנהל הכללי. הוא אפשר מכירה של נכסים כלים ונכסים שעלות אחזקתם גבוהה מדי. באישור המושל הכללי, ניתן היה למכור גם רכוש אחר. אין בידינו מידע לגבי הפעלת סמכות זו, לפחות לא במידה משמעותית.

⁵⁷ הצו חל, בין היתר, על רכושם של יהודים המתגוררים בשטח שכבשו הכוחות המצריים (סעיף 1(1)) ועל רכושם של כל סניף, סוכנות, או משרד של פירמה הנתונה לשליטת האנשים הפועלים נגד האינטרסים של הכוחות הערביים בפלסטין (סעיף 1(4)). סעיף 4 הסמיך את המנהל הכללי להשתמש ברכוש כדי לפרנס את בעליו והתלויים בו (אף כי למעשה לא נותרו יהודים ברצועת עזה בזמן הכיבוש המצרי). ראו, ביתר פירוט, זמיר ובנבנשתי, הערה 1 לעיל, בעמ' 57-59. לדעה אחרת בעניין הרציונל של הצו, ראו פליאה אלבק, "דייר איל זמיר ודייר איל בנבנשתי: 'אדמות היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים", משפטים כד 393, 400 (תשנ"ד). עמדתה של אלבק מתבססת על הטענה שבעת פרסומו, נשמטה מסעיף 1 לצו המלה "לא", ומתעלמת מהאמור בסעיף 4 לצו.

3. הפרקטיקה הישראלית בשטחים מאז שנת 1967

(א) המעמד המשפטי של השטחים

(1) הגדה המערבית ורצועת עזה

בהתבסס על הטענה בדבר המעמד המיוחד של הגדה המערבית ושל רצועת עזה כשטחים ללא ממשלות ריבוניות, סירבה ישראל להכיר בשטחים אלה כשטחים הנתונים לתפיסה לוחמתית במובן תקנה 42 לתקנות האג או סעיף 2 לאמנת גינבה הרביעית 1949.⁵⁸ למרות עמדה פורמלית זו, התחיבה ישראל לציית למה שכונה "ההוראות ההומניטריות" של האמנה הרביעית – הוראות שמעולם לא פורטו.⁵⁹ אי-נכונותה של ישראל להכיר בתחולתה של אמנת גינבה הרביעית נדחתה בידי הקהילה הבין-לאומית. החלטות של מועצת הביטחון של האו"ם והצהרות של מדינות ושל ארגונים בין-לאומיים התייחסו לאמנה הרביעית כחלה על השטחים שכבשה ישראל.⁶⁰

⁵⁸ לפי סעיף 2(2) לאמנת גינבה הרביעית, הוראותיה חלות על "תפיסה של שטח של צד שהתקשר באמנה". ישראל מעולם לא הכירה בכך שהגדה המערבית ורצועת עזה היו שטחים של ירדן או מצרים. ישראל חששה שהכרה רשמית בתחולת האמנה עלולה הייתה להשמיע הכרה בריבונות של הממשלים הקודמים בשטחים אלה. ראו Meir Shamgar, "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government — The Initial Stage", in *Military Government in the Territories Administered by Yoram* ראו *Israel 1967–1980 — The Legal Aspects*, supra note 52, at 13 Dinstein, "The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights", 8 *Isr. Y.B. Human Rights* 104, 107 (1978); Adam Roberts, "Prolonged Military Occupation: The Israeli Occupied Territories Since 1967", 84 *Am. J. Int'l L.* 44, 62-66 (1990).

⁵⁹ שמגר, שם; Nissim Bar-Yaacov, "The Applicability of the Laws of War to Judea and Samaria (the West Bank) and the Gaza Strip", 24 *Isr. L. Rev.* 485, 492-93 (1990).

⁶⁰ ראו החלטת מועצת הביטחון של האו"ם מס' 237 (מיום 14 ביוני 1967) (אשר אומצה פה אחד) "Considering that all the obligations of the [Fourth Geneva Convention] should be complied with (by the parties involved in the conflict)"; U.S. Department of State, Country Reports on Human Rights Practices for 1987 1189 (1988) ("The United States recognizes Israel as an occupying power in all of these territories and therefore considers Israeli administration to be subject to the Hague Regulations of 1907 and the 1949 Fourth Geneva Convention") *The International Committee of the Red Cross, Annual Report 1987* 83-84 ראו הצלב האדום, ראו *The International Committee of the Red Cross, Annual Report 1987* 83-84 (1988) ("[T]he ICRC considers that the conditions for application of the Fourth Convention are

המעמד המשפטי של הגדה המערבית ושל רצועת עזה לא השתנה מאז חודש יוני 1967 ועד לחתימה על ההסכמים האחרונים.⁶¹ הסכם השלום בין מצרים וישראל לא שינה ולא יכול היה לשנות את מעמדה של רצועת עזה, והוא אף לא הביא לשינוי במבנה הממשל הישראלי ברצועת עזה.⁶²

ביום 31 ביולי 1988, ויתרה ירדן על תביעתה לריבונות על הגדה המערבית, כאשר המלך חוסיין הכריז שירדן מתנתקת מהגדה המערבית ומכירה בזכותם של תושבי האזור לריבונות.⁶³ אולם להצהרה פוליטית זאת לא הייתה נפקות משפטית, שכן לפי ניתוחנו, לירדן ממילא לא היו זכויות בגדה המערבית. הסכם השלום בין מדינת ישראל והממלכה הירדנית ההאשמית מיום 26 באוקטובר 1994 משקף את המעמד הנבדל של הגדה המערבית כטריטוריה שאיננה ירדנית.⁶⁴ באורח דומה, ההצהרה של המועצה הלאומית הפלסטינית על הקמתה של "מדינת פלסטין" ביום 15 בנובמבר 1988 לא הייתה יכולה להשפיע על מעמדה של הגדה המערבית, משום שישות חדשה זו לא יכלה להיחשב כמדינה לפי אמות-המידה המקובלות במשפט הבין-לאומי.⁶⁵ הצהרת העקרונות הישראלית—פלסטינית ניתנת להתפרש כמשקפת שינוי בגישה הישראלית לגבי המעמד של הגדה המערבית ורצועת עזה, אף כי בוודאי אין זו הדרך היחידה שבה ניתן לקרוא את ההצהרה.⁶⁶

למרות ההבדל בטיעונים המשפטיים לגבי מעמדן של הגדה המערבית ושל רצועת עזה, ישראל כוננה בשני האזורים ממשל זהה במהותו: ממשל צבאי הכפוף לדיני

fulfilled in all the occupied territories, namely the West Bank, the Gaza Strip, Golan and East Jerusalem, whatever status the Israeli authorities ascribe to those territories".⁶⁹ הערה 58 לעיל, בעמ' 69.

⁶¹ על השינויים שחוללו ההסכמים הישראליים-פלסטיניים, ראו פרק ג.2. להלן.

⁶² ראו בג"צ 87/785, 87/845, 88/27 עבד אל עפן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 50-49. לדעה אחרת, ראו י' דינשטיין, "גירושים משטחים מוחזקים", עיוני משפט יג (תשמ"ח) 403, 415-414.

⁶³ ראו 28 ILM 1637 (1988).

⁶⁴ כך, למשל, סעיף 3 לחוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית (כ"א, כרך 32, עמ' 271) מתייחס לגדה המערבית כאל "territories that came under Israeli military government control in 1967".

⁶⁵ James Crawford, "The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon?", 1 *Eur. J. Int'l L.* 307 (1990); Frank L.M. van de Craen, "Palestine", in 37 לעיל, בעמ' 178; [Installment] 12 *Encyclopedia of Public International Law*, supra note 35, at 275, 279.

⁶⁶ על הצהרת העקרונות ומשמעותה, ראו המקורות הנזכרים בהערה 22 לעיל ופרק ג.1 להלן.

התפיסה הלוחמתית שבמשפט הבין-לאומי.⁶⁷ בכל אחד מהאזורים הוקם ממשל צבאי נפרד, המבוסס על המשפט שהיה בתוקף עד לכניסת כוחות צה"ל אליהם.⁶⁸ הגם שישראל לא הכירה בסיפוח הירדני של הגדה המערבית, על-מנת לשמור על הסדר הציבורי היא כיבדה את החוקים שחוקקה ירדן ואשר חלו באזור.⁶⁹ לגבי החקיקה של הממשל הצבאי המצרי ברצועת עזה, לא הועלו כל התנגדויות. במשך כל תקופת השלטון הישראלי בשטחים, נשמר עיקרון בסיסי זה של שמירה על החוק שקדם לכניסת כוחות צה"ל, בכפוף לסמכות המעצמה המחזיקה על פי תקנות האג לשנות את החוק מעת לעת (אם כי בהקשרים אחדים נתעוררו מחלוקות על היקף הפעלתה של סמכות זו).

(2) מזרח ירושלים

ההתייחסות הישראלית למזרח ירושלים הייתה שונה מהתייחסותה לשטחים האחרים שנכבשו בשנת 1967. ביום 28 ביוני 1967, החילה ממשלת ישראל את "המשפט, השיפוט והמינהל" הישראליים על מזרח ירושלים והכלילה שטח זה במסגרת התחום של עיריית ירושלים הישראלית.⁷⁰ לקהילה הבין-לאומית הוסבר צעד זה לא כסיפוח אלא כאמצעי מנהלי, שנועד לאפשר הספקה של שירותים עירוניים לכל תושבי האזור העירוני המאוחד ולהבטיח הגנה על המקומות הקדושים באמצעות חוקי מדינת ישראל.⁷¹ בית-המשפט העליון בישראל הקפיד להימנע מלקבוע שמדובר בסיפוח של השטח

⁶⁷ על השלבים המוקדמים של הממשל הצבאי הישראלי בשטחים, ראו שמגר, הערה 58 לעיל. על השיטה המשפטית בגדה המערבית במשך העשור הראשון, ראו Moshe Drori, "The Legal System in Judea and Samaria: A Review of the Previous Decade with a Glance to the Future", 8 *Isr. Y.B. Human Rights* 144 (1978).

⁶⁸ מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), תשכ"ז—1967 (קמצ"מ מס' 1, עמ' 3), שהוציא המפקד הצבאי של הגדה המערבית, קבע בסעיף 2: "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור." מנשר דומה הוצא ברצועת עזה.

⁶⁹ בג"צ 80/61 העצני נ' מדינת ישראל (שר הביטחון), פ"ד (לד) 359.

⁷⁰ צו סדרי השלטון והמשפט, הערה 17 לעיל.

⁷¹ שר החוץ, אבא אבן, כתב למזכיר האו"ם: "The term 'annexation' is out of place, ... The measures adopted relate to the integration of Jerusalem in the administrative and municipal spheres, and furnish legal basis for protection of the Holy Places." UN Doc. S/8052 (1967)

למדינת ישראל. בעניין אבו צאלח, קבע בית-המשפט: "עצם החלתה של נורמה ישראלית פלונית על מקום אלמוני שמחוץ למדינה אינו עושה בהכרח אותו מקום אלמוני לחלק מישראל".⁷² בשנת 1980 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, אשר קבע כי "ירושלים המאוחדת היא בירת ישראל". דומה שחוק זה לא שינה את המצב המשפטי במזרח ירושלים מנקודת-המבט הפנימית, אלא ביטא באורח חד-משמעי את עמדתה של מדינת ישראל, שיש לה זכות להחיל את ריבונותה בשטח זה.⁷³

במישור הבין-לאומי, הן הצו משנת 1967 הן חוק היסוד משנת 1980 נתפסו כנסיונות לספח את מזרח ירושלים באורח חד-צדדי, ונמתחה עליהם ביקורת נוקבת. מועצת הביטחון והאסיפה הכללית של האו"ם קבעו שהצעד של 1967 היה מחוסר תוקף.⁷⁴ מועצת הביטחון גינתה את חוק היסוד משנת 1980 כ"הפרה של המשפט הבין-לאומי", נוסף על היותו "בטל ומבוטלי". המועצה החליטה שלא להכיר בסיפוח, ולהמשיך להתייחס אליו כאל שטח הנתון לתפיסה לוחמתית.⁷⁵

ב) נכסי העקורים הפלסטיניים

ההבדל בין מעמדה של מזרח ירושלים לבין מעמדם של שאר שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה מנקודת-המבט הישראלית בא לידי ביטוי בהתייחסות השונה לרכוש המצוי באזורים אלה.

⁷² בג"צ 82/205 אבו צאלח נ' שר הפנים, פ"ד (לוז) 718, 720. בכך קיבל השופט ברק את עמדתו של השופט חיים כהן בבג"צ 69/283 רוידי נ' בית-המשפט הצבאי נפת חברון (פ"ד כד) 419, 423, ודחה במשתמע את עמדתו של השופט יצחק כהן באותו פסק-דין (שם, בעמ' 424), שלפיה הצו משנת 1967 מהווה סיפוח.

⁷³ בשנת 1993 התייחס בית-המשפט הגבוה לצדק לחוק היסוד כמשקף את החלת הריבונות הישראלית על ירושלים המאוחדת: בג"צ 90/4185 נאמני הר הבית – עמותה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 221, 280-281 (מפי המשנה לנשיא, השופט אלון).

⁷⁴ ראו החלטות מועצת הביטחון של האו"ם מס' 252 (מיום 21 במאי 1967), מס' 267 (מיום 3 ביולי 1969), מס' 298 (מיום 25 בספטמבר 1971), מס' 446 (מיום 22 במרץ 1979), מס' 476 (מיום 30 ביוני 1980); החלטות האסיפה הכללית של האו"ם מס' (ES-V)2253 (מיום 4 ביולי 1967), מס' (ES-V)2254 (מיום 14 ביולי 1967), מס' A/31/106 (מיום 16 בדצמבר 1976), מס' 113/33 (מיום 18 בדצמבר 1978).

⁷⁵ החלטות מועצת הביטחון של האו"ם מס' 478 (מיום 20 באוגוסט 1980). ראו גם החלטות האסיפה הכללית של האו"ם מס' E/120/36 (מיום 10 בדצמבר 1981), מס' C/123/37 (מיום 16 בדצמבר 1982), מס' C/146/39 (מיום 14 בדצמבר 1984).

למרות שבריחת האוכלוסין במלחמת ששת הימים לא הייתה בהיקף כה גדול כמו במלחמת השחרור, מספר רב של אנשים עזבו את רצועת עזה ואת הגדה המערבית לפני כניסת כוחות צה"ל או מיד לאחריה (רבים מהעקורים היו פליטים משנת 1948, אשר גרו במחנות פליטים בגדה המערבית).⁷⁶ חלק מאותם אנשים הותירו מאחור את רכושם.⁷⁷ הממשל הצבאי הישראלי טיפל ברכוש הנטוש בהתאם לכללי התפיסה הלוחמתית. המשפט הבין-לאומי מכיר בסמכות התופס לתפוס את ההחזקה ברכוש פרטי של יחידים נעדרים ולנהל אותו.⁷⁸ יש למסור את הרכוש לבעליו עם חזרתם לשטח התפוס (זאת להבדיל מ"רכוש אויב" המצוי בתוך שטחה של מדינה לוחמת, אשר גורלו נקבע אך ורק בהתאם להסכם השלום). הניהול של הרכוש אינו מנתק את הקשר המשפטי בין העקורים לרכושם. לפיכך, רשויות הממשל הצבאי אינן יכולות למכור מקרקעין השייכים לעקורים.⁷⁹

לצורך הניהול של הרכוש הפרטי הנטוש, הוצאו בשנת 1967 צווים מיוחדים בגדה המערבית וברצועת עזה.⁸⁰ הצווים מגדירים "נכס נטוש" כנכס פרטי שבעליו והמחזיק בו כדין עזבו את האזור. אם המחזיק החוקי נוכח, העובדה שהבעלים נעדר אינה הופכת את הנכס לנטוש אלא אם כן הבעלים הוא תושב של ארץ אויב (במקרה זה

⁷⁶ להערכות השונות בדבר מספר העקורים, ראו הערה 18 לעיל.

⁷⁷ אין בידינו נתונים מדויקים לגבי היקף הרכוש הנטוש. שלו (הערה 18 לעיל, בעמ' 118-119) מציין ששטח האדמות שהיו בגדר נכסים נטושים בגדה המערבית היה כ-430,000 דונם, וברצועת עזה כ-500 דונם. הממונה על הנכסים הנטושים דיווח בשנת 1977 על 10,900 מבנים של נפקדים, שמתוכם 9,400 נמסרו בנאמנות לידי קרובי הנפקדים והיתר הושכרו לתושבים מקומיים ולמשרדים ממשלתיים. ראו מפקדת יהודה ושומרון, *דין וחשבון, שנת הממשל העשירית* 94 (תשל"ז). שלו (הערה 18 לעיל, בעמ' 118), מציין שכמה ישובים ישראליים בעמק הירדן הוקמו על אדמות נפקדים.

⁷⁸ Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare* 306-08 (1959); United States Army Field Manual, *The Law of Land Warfare*, para. 399 (1956). העולם השנייה עלתה בקנה אחד עם כללים אלה. ראו, לגבי איטליה, C.R.S. Harris, *Allied Military Administration of Italy 1943-1945* 6, 18, 450-51, Appendix I (1957). לגבי המזרח הרחוק, ראו F.S.V. Donnison, *Civil Affairs and Military Government, North-West Europe 1944-47* 444-47 (1961). לגבי המזרח הרחוק, ראו F.S.V. Donnison, *British Military Administration in the Far East 1943-46* 230-32 (1956).

⁷⁹ גרינשפאן, הערה 78 לעיל, בעמ' 308.

⁸⁰ צו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה והשומרון) (מס' 58), תשכ"ז-1967, קמצ"מ מס' 5, עמ' 158; צו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (הוראות נוספות) (מס' 1) (יהודה והשומרון) (מס' 150), תשכ"ז-1967, קמצ"מ מס' 8, עמ' 311; צו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 42), תשכ"ז-1967, קמצ"מ מס' 2, עמ' 122, אשר הוחלף על ידי הצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (רצועת עזה) (מס' 421), תשל"ב-1972, קמצ"מ מס' 32, עמ' 2546.

חלים שיקולים דומים לאלה החלים על "רכוש אויב" על פי החקיקה בדבר מסחר עם האויב).⁸¹ מרגע שנכס נעשה "נכס נטוש", הוא מוקנה באופן אוטומטי לממונה על הנכסים הנטושים, ללא צורך בפעולה מיוחדת, חקיקתית או מנהלית. לפי הצו, תפקיד הממונה הוא לשמור ולנהל את הנכסים עבור בעליהם או בעלי זכות ההחזקה בהם. הממונה הפקיד נכסים רבים באמנות בידי תושבים מקומיים, רובם קרובי משפחה של העקורים, לצורך השמירה עליהם והשימוש בהם. הצו מורה לשחרר את הנכסים, את התמורה שנתקבלה במכירתם (במקרה של מיטלטלין) ואת פירותיהם לידי הבעלים או בעל זכות ההחזקה בהם, עם חזרתם לאזור.

כמות "הנכסים הנטושים" פחתה במקצת במשך השנים כתוצאה מחזרתם של עקורים לאזור באישור הממשל הצבאי. הצהרת העקרונות הישראלית-פלסטינית קובעת בסעיף XII מסגרת לדיונים (בה ישתפו גם מצרים וירדן) בסוגיה של התרת החזרה של פלסטינים לגדה המערבית ולרצועת עזה. זולת אם יוסכם אחרת בין הצדדים, חזרת אותם עקורים לאזורים הללו תקטין עוד יותר את כמות הנכסים שמנהל הממונה על הנכסים הנטושים (או שינהלו באותה עת בידי המועצה הפלסטינית, בשטחים שיועברו לסמכותה לפי הסכם הביניים).⁸² הלכה למעשה, טרם נערכו דיונים בנושא החזרת העקורים, והדבר עודנו נתון לשליטה ישראלית בלעדית.

(ג) הטיפול הישראלי ברכוש של ישראלים במזרח ירושלים

כפי שצוין לעיל, החקיקה הישראלית נמנעה מלהגדיר במדויק את משמעות ההחלה של המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים על מזרח ירושלים מבחינת המשפט הבין-לאומי. תחת זאת, פורטו בחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], תש"ל-1970,⁸³ ההסדרים

⁸¹ הלכה למעשה, עקורים שאינם מתגוררים במדינת אויב רשאים לבצע עסקאות ברכוש הנטוש שלהם גם בלי לחזור לשטח. מבחינה זאת, דומה שיש להעדיף את עמדתו של השופט טל על-פני עמדתו של הנשיא ברק באמרות-האגב שלהם בבג"צ 93/1285 עזבון יעקב יוסף שכטר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון (פסק-דין מיום 8 בדצמבר 1996, טרם פורסם, פסקה 12 לפסק-דינו של הנשיא ברק ופסקה א לפסק-דינו של השופט טל). הנשיא ברק דבק בעניין זה בלשונו של סעיף 13(א) לצו בדבר נכסים נטושים, וממנו הסיק כי אפילו תושבי ישראל אינם זכאים להשבת רכוש המנוהל כנכס נטוש כל עוד אין הם שבים להתגורר באזור. השופט טל העדיף להותיר בצריך עיון את השאלה אם לא די, לעניין זה, באפשרות חוקית ומעשית לחזור לאזור. על פסק-דין זה, ראו גם תת-פרק ב.3.ד) להלן.

⁸² על פתרונות-קבע אפשריים, ראו פרקים 5.1 ו-6 להלן. על מעמד הנכסים הללו בתקופת הביניים, ראו פרק 2.ג להלן.

⁸³ ס"ח, עמ' 138.

שנדרשו עקב הפיכת מזרח ירושלים לחלק ממדינת ישראל מנקודת-המבט של המשפט הישראלי. החוק קובע שתושבי מזרח ירושלים לא ייחשבו אויבים או נתיני אויב לצורך הדין הישראלי. עוד נקבע, שתושבי מזרח ירושלים לא ייחשבו נפקדים לגבי נכסיהם המצויים במזרח ירושלים.⁸⁴

ככל שמדובר בנכסי מקרקעין של ישראלים שנותרו במזרח ירושלים בשנת 1948, חוק הסדרי משפט ומינהל קובע מערכת כללים מפורטת, שעיקרה שחרור הנכסים לבעלים המקוריים או ליורשיהם. החוק לא חולל שינוי מידי ואוטומטי במעמד הנכסים. הוא הפקיד בידי האפוטרופוס הכללי הישראלי את משימת הניהול של הרכוש והחזרתו לבעלים המקוריים. האפוטרופוס הכללי מחויב לשחרר את המקרקעין לבעליהם המקוריים, מבלי שניתן לו שיקול דעת בעניין זה. עם זאת, השחרור טעון תעודה חתומה בידי האפוטרופוס, והוא נעשה רק לאחר איתור הרכוש ובדיקת כל הנושאים הקשורים למעמד המשפטי שלו ולמעמד של התביעות בקשר אליו. אפילו היום, כשלושים שנה לאחר שהוחל בתהליך, הוא טרם הושלם, והאפוטרופוס הכללי עדיין מחזיק ומנהל נכסים השייכים לישראלים במזרח ירושלים.⁸⁵ כמוסבר לעיל, החוק הישראלי מכיר דה פקטו בפעולות שעשה האפוטרופוס הירדני על רכוש האויב ביחס לנכסים אלה בין השנים 1948 ו-1967.⁸⁶ עם זאת, החוק מנוסח באופן שלא תשתמע ממנו הכרה בחוקיות השלטון הירדני בשטח הנדון. ניתן למצוא הכרה מעשית בפעולות הירדניות גם בעובדה שנכסים ישראליים שנרכשו או נוצלו לצורכי ציבור בתקופת השלטון הירדני, ואשר הצורך הציבורי בהם לא חדל להתקיים אחרי שנת 1967, לא הוחזרו לבעליהם. במקרים אלה קיבלו הבעלים פיצוי כספי בלבד.⁸⁷

⁸⁴ מהוראה זו, המנוסחת באופן נגיבי, ניתן להסיק שאותם יחידים עודם נחשבים כנפקדים לעניין הרכוש שהם הותירו בשנת 1948 בתוך גבולות מדינת ישראל. יתירה מכך, בהיעדר הוראה שתמנע תוצאה בלתי-מספקת זו, רכוש במזרח ירושלים השייך לתושבים פלסטיניים של הגדה המערבית (להוציא מזרח ירושלים), הפך בשנת 1967 ל"רכוש נפקדים" והוקנה לאפוטרופוס הישראלי לנכסי נפקדים. ראו תת-פרק ב.2.2. (א) לעיל. בית-המשפט העליון הביע את חוסר שביעות-רצונו מהחלת חוק נכסי נפקדים על רכוש זה, ולמעשה האפוטרופוס על נכסי נפקדים משחרר אותם לעיתים לבעליהם המקוריים. אולם קיימים נכסים בקטגוריה זו שהוקנו לאפוטרופוס ולא שוחררו. ראו פסק-דין לוי, הערה 27 לעיל; פסק-דין גולן, הערה 29 לעיל.

⁸⁵ ראו, למשל, הי"פ (ים) 94/123, 124, 128 בעניין: האפוטרופוס הכללי, פ"ס"ם תשנ"ה (ג) 221. פסק-הדין כולל ניתוח מקיף של סמכויות האפוטרופוס וחובותיו לגבי נכסים אלה.

⁸⁶ ראו תת-פרק ב.2.2. (ב) לעיל.

⁸⁷ מנקודת-המבט של המשפט הבין-לאומי (כמו גם של הדין הישראלי), זומה ישראל לא הייתה חייבת לפצות את הבעלים המקוריים על הפקעות שביצעו הרשויות הירדניות. אולם מתוך דאגה לאינטרסים

למרות שהחוק הכיר בזכותם של הבעלים הישראלים המקוריים לקבל בחזרה את הרכוש שהותירו במזרח ירושלים, רובם נאלצו להסתפק בפיצוי כספי במקום הרכוש. הסיבה לכך הייתה, שחלקות רבות של מקרקעין במזרח ירושלים – מקצתן שהיו שייכות לישראלים ומקצתן שהיו בבעלות פלסטינית – נרכשו לצורכי ציבור לשם הקמתן של שכונות מגורים חדשות (וכדי לשקם את הרובע היהודי בעיר העתיקה).⁸⁸ כספי הפיצויים על רכוש ישראלי שלא שוחרר לידי בעליו המקוריים לפני ההפקעה הופקדו בידי האפוטרופוס הכללי, השומר עליהם בעבור הבעלים.

בעיה מקבילה שהתעוררה כתוצאה מהשינוי במעמד מזרח ירושלים קשורה לרכוש שהשאירו תושבי מזרח ירושלים בישראל בשנת 1948. בשנת 1967 היו במזרח ירושלים למעלה מעשרת אלפים תושבים שנולדו בצד המערבי של העיר ועזבו אותו בשנת 1948.⁸⁹ לפי הדין הישראלי, אותם אנשים הפכו לתושבי ישראל בשנת 1967 וכתוצאה מכך הוצעה להם אזרחות ישראלית. מחד גיסא, הכרה חד-צדדית בזכות של אותם אנשים לקבל חזרה את הרכוש שהם נטשו בישראל בשנת 1948 עלולה הייתה ליצור תקדים להכרה ב"זכות שיבה" כללית לפלסטינים (או לפחות "זכות להשבת רכוש") – נושא בעייתי ביותר, כפי שנראה להלן.⁹⁰ מאידך גיסא, התעלמות מתביעות הקניין של תושבי מזרח ירושלים הייתה נראית כבלתי-מתאימת עם שחרור המקרקעין של ישראלים במזרח ירושלים, שכן מנקודת-המבט של המשפט הישראלי הפנימי, איחוד ירושלים הסיר את החומה שהפרידה בין שני חלקי העיר מאז שנת 1948. יתר על כן, התעלמות מתביעות של תושבי מזרח ירושלים ביחס לרכוש שהם הותירו בישראל הייתה פוגעת במאמץ הישראלי להפוך את איחוד העיר לסופי ובלתי-הפיך. לאור שיקולים סותרים אלה, בחרה ישראל בדרך-ביניים, והציעה פיצוי כספי כתחליף לזכויות שהיו לנפקדים הפלסטיניים בקרקעות בישראל. הדבר נעשה בחוק נכסי נפקדים (פיצויים), תשל"ג –

של אותם אנשים ומתוך כוונה להדגיש את הסופיות של ההסדרים בנוגע למעמדה של מזרח ירושלים, העדיפה ישראל לשאת בעלות של פיצויים אלה.

⁸⁸ ניתוח התוקף של הפקעות אלה, ושל חוקיות המדיניות של הקצאת רוב רובן של הקרקעות המופקעות ליישוב יהודים בלבד, חורג מן המסגרת הנדונה. על פי הדעה שדיני התפיסה הלוחמתית חלים על מזרח ירושלים, ניתן לטעון שהפקעות אלה סותרות את הכלל האוסר על הפקעה של רכוש פרטי (לרבות קרקע של נפקדים), למעט לצורכי האוכלוסייה המקומית ובהתאם לדין שהיה קיים קודם לכן (הירדני). אשר לחוקיות המדיניות של יישוב הקרקעות המופקעות ביהודים בלבד, ראו קרצמר, הערה 28 לעיל, בעמ' 83-80.

⁸⁹ ראו מירון בנבנשתי, מול החומה הסגורה, ירושלים החצויה והמאוחדת 204 (תשל"ג).

⁹⁰ ראו פרקים 4.2 ו-5 להלן.

1973.⁹¹ מכיוון שכך, ומכיוון שרוב המקרקעין של ישראלים במזרח ירושלים נרכשו לצורכי ציבור (בין בידי השלטונות הירדניים ובין בידי השלטונות הישראלים אחרי שנת 1967) הרי שבפועל אף אחת משתי האוכלוסיות לא זכתה, בעיקרו של דבר, לקבל חזרה את הנכסים שאותם עזבה בשנת 1948.

על רקע משפטי ומעשי זה צפויים להתנהל הדיונים על מעמד הקבע של ירושלים, כחלק מפתרון הקבע של הסכסוך הישראלי-פלסטיני.⁹²

(ד) הטיפול הישראלי ברכוש של ישראלים בגדה המערבית וברצועת עזה

תת-פרק זה עוסק בטיפול של הממשל הצבאי ברכוש אשר עד לשנת 1948 היה שייך לישראלים (רובם יהודים) ובין השנים 1948–1967 היה נתון לניהול האפוטרופוס הירדני על רכוש האויב (בגדה המערבית) או המנהל הכללי המצרי (ברצועת עזה). בניגוד למזרח ירושלים, שישראל רואה אותה כחלק בלתי-נפרד משטחה, הגדה המערבית ורצועת עזה נוהלו בידי ישראל בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית.⁹³ מצב זה הציב בפני הרשויות הישראליות אתגר חסר תקדים: מעולם בעבר לא החזיקה מדינה בשטח בתפיסה לוחמתית במשך עשרות שנים, והמשיכה לנהל נכסים של אזרחיה ותושביה שנאלצו לנטוש אותם נכסים, ועתה הם חפצים לחזור אליהם. מצב זה מעורר שאלות קשות של דין ומדיניות שבהן עסקנו בהרחבה במקום אחר,⁹⁴ ולכן נתייחס אליו כאן בקצרה.

בפני הממשל הצבאי הישראלי בגדה המערבית וברצועת עזה עמדו שתי חלופות עיקריות לגבי ההתייחסות לרכוש של ישראלים שנוהל עד לשנת 1967 בידי הרשויות הירדניות או המצריות: האחת הייתה לשחרר את הרכוש לידי הבעלים המקוריים (או יורשיהם); השנייה הייתה להמשיך ולנהל נכסים אלה עד להסדר מדיני עתידי. ניתן היה לבסס מדיניות של שחרור מיידי על הטעונונים הבאים: כיבוש הגדה המערבית בידי ירדן

⁹¹ ס"ח, עמ' 164. הלכה למעשה, רק בודדים מתושבי מזרח ירושלים ניסו לממש את זכותם לפיצויים לפי חוק זה. ראו הופנונג, הערה 26 לעיל, בעמ' 164; תת-פרק ב.2. (א) לעיל.

⁹² ראו חלק ג להלן.

⁹³ ראו תת-פרק ב.3. (א) לעיל. על השינוי במעמד המשפטי של הממשל הישראלי בגדה המערבית וברצועת עזה בעקבות מימוש הסכמי הביניים, ראו פרק ג.1 להלן.

⁹⁴ ראו זמיר ובנבנשתי, הערה 1 לעיל.

ורצועת עזה בידי מצרים היה בלתי-חוקי, משום שנבע מפלישה צבאית בלתי-מוצדקת ותוקפנית לארץ-ישראל בשנת 1948.⁹⁵ לכן, לא היה תוקף חוקי לפעולות שעשתה ירדן בגדה המערבית לאחר היסיפוחי שלה.⁹⁶ גם אם מכירים, לצורך הדיון, בתוקף של פעולות השלטון הירדני והמצרי בשטחים, הרי שלפי דיני התפיסה הלוחמתית אין הממשל הצבאי הישראלי מחויב לכבד את כל החוקים המקומיים ואת כל הפעולות של הממשל הקודם. במיוחד רשאית ישראל, כמעצמה המחזיקה, להשעות את תוקפם של חוקים שכוונו נגד האינטרסים של ישראלים, לרבות הנכסים של ישראלים.⁹⁷ אין זה מתקבל על הדעת – ממשיד הטיעון – שנושאי-משרה ישראלים הפועלים מטעם מדינת ישראל יתייחסו לישראלים כאל "אויבים", כפי שעשו הממשלים הירדניים והמצריים. זאת ועוד, בהנחה שאחרי שנת 1948 חלו על נכסים אלה דיני התפיסה הלוחמתית, הרי שהמעצמות המחזיקות (בתחילה ירדן או מצרים, ומאז שנת 1967 ישראל) נדרשות לכבד את הקניין הפרטי ולשמור עליו. לפיכך, תהא המסקנה לגבי התוקף של הקניית נכסי הישראלים לאפוטרופוס הירדני על רכוש האויב אשר תהיה, הממשל הישראלי חייב לשחרר רכוש נטוש ולמוסרו לבעלים המקוריים או לחליפיהם.⁹⁸ מאחר שבמקרה הנדון, רוב הנפקדים הללו הם אזרחים ישראלים, לא היה קושי מיוחד לממשל הצבאי הישראלי לאתר את בעלי הזכויות ולבחון את תוקף תביעותיהם. עד להחזרתם בפועל של נכסים אלה, על הממשל הצבאי לנהל אותם בהתאם לכללים בדבר נכסים נטושים.

הדעה שיש להשיב את הנכסים הנדונים לבעליהם נתמכת גם בשיקולים הומניטריים. יש לעשות מאמץ למזער ככל האפשר את הפגיעות שנגרמו ליחידים כתוצאה מן המלחמה. לפי השקפה זאת, זכויות היסוד של הפרט, לרבות זכות הקניין הפרטי, צריכות לגבור על כל שיקול לאומי ופוליטי הקורא לשמירת הרכוש תחת שליטת הרשויות.

למרות טיעונים כבדי-משקל אלה, מדיניות הרשויות הישראליות בגדה המערבית וברצועת עזה מאז שנת 1967 הייתה שלא לשחרר רכוש שהוקנה לאפוטרופוס הירדני

⁹⁵ בלום, הערה 36 לעיל; Stephen M. Elihu Lauterpacht, *Jerusalem and the Holy Places* (1968); Shwabel, "What Weight to Conquest?", 64 *Am. J. Int'l L.* 344 (1970); תת-פרק ב.3.(א) לעיל.

⁹⁶ ראו תת-פרק ב.2.(ב) לעיל.

⁹⁷ Gerhard von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory* 95 (1957).

⁹⁸ ראו תת-פרק ב.3.(ב) לעיל והאסמכתאות הנזכרות בהערה 78 לעיל. יש להטעים כי טיעון זה חל הן על השלטון הירדני והמצרי בשטחים לפני שנת 1967, הן על הממשל הישראלי מאז שנת 1967.

או שנוהל על-ידו, או רכוש שנוהל בידי המנהל הכללי המצרי, אלא להמשיך ולנהל אותו. לפעמים שימש רכוש זה את ההתיישבות הישראלית בשטחים. במקרים אחדים הובעה נכונות להתחשב בפגיעה שנגרמה לבעלים המקוריים על ידי הקצאת קרקעות חילויות לשימוש בדמי-חכירה נמוכים. אולם המדיניות של אי-שחרור הרכוש לבעלים המקוריים והמשך ניהולו בידי הרשויות נשמרה בקפדנות.

לדעתנו, המדיניות של המשך הניהול של רכוש הישראלים נכונה מבחינה משפטית ומדינית. מדיניות זאת התבססה על שלוש הנחות. ההנחה הראשונה היא שהגדה המערבית ורצועת עזה מעולם לא היו חלק ממדינת ישראל. אלה הם שטחים שהיו נתונים לממשל צבאי ואשר מעמד הקבע שלהם ייקבע רק במסגרת של הסדר מדיני (בניגוד לעמדה הישראלית לגבי מזרח ירושלים).⁹⁹ עמדה זו לגבי הגדה המערבית ורצועת עזה לא השתנתה מאז שנת 1967, ולאחרונה היא אושרה מחדש בהצהרת העקרונות הישראלית – פלסטינית ובהסכם הביניים על הגדה המערבית ורצועת עזה.¹⁰⁰ ההנחה השנייה היא, שקיים קשר היסטורי, פוליטי ומוסרי בין מעמדו של הרכוש שהותירו ישראלים בגדה המערבית וברצועת עזה בשנת 1948, לבין המעמד של הרכוש שהותירו הפליטים הפלסטיניים בישראל באותה עת. הנחה זו אין משמעה שקיימת בהכרח זהות בנסיבות של שני המקרים או בניתוח המשפטי שלהם, ואף לא שאותם פתרונות הולמים את שניהם. די בכך שקיימת הקבלה היסטורית בין שתי התופעות, ושמןקודת-מבט פוליטית ומעשית לא ניתן לפתור את האחת מבלי להתחשב באחרת.¹⁰¹ ההנחה השלישית היא, שהחזרת הרכוש שהותירו הפליטים הפלסטיניים בישראל לבעלים המקוריים אינה פתרון בר-ביצוע או אפילו רצוי, והוא הדין בהשבת הפליטים עצמם לאדמותיהם. אדמות אלה שימשו לקליטת פליטים ועולים יהודיים. השבת האדמות לבעליהן המקוריים (או ליורשיהם) תשבש את חייהם של האנשים המתגוררים בהן.¹⁰² השבה כזאת אף עלולה לערער את המאזן הדמוגרפי העדין בתוך ישראל ואולי אף להצית סכסוך אתני בלתי-ניתן לשליטה.¹⁰³

⁹⁹ ראו תת-טריקים ב.3. (א) ו-(ג) לעיל.

¹⁰⁰ ראו גם פרק ג.2 להלן.

¹⁰¹ ראו גם Moshe Drori, "The Israeli Settlements in Judea and Samaria: Legal Aspects", in *Judea, Samaria and Gaza: Views on the Present and Future* 44, 52 (Daniel J. Elazar ed., 1982).

¹⁰² להתחשבות כשיקול זה בהקשר של אזרחי גרמניה המזרחית המתגוררים בנכסים שהיו שייכים לאזרחי מערב גרמניה, ראו הערות 179-183 להלן והטקסט הסמוך להן.

¹⁰³ בשל סיבות אלה ניתן לצפות שישראל תתנגד בתוקף להסדר כזה. ראו, למשל, Rony E. Gabbay, *A Political Study of the Arab-Jewish Conflict: The Arab Refugee Problem* 280-308 (1959); **בבנשתי**,

אם מקבלים את שלוש ההנחות הללו, הרי שצריך היה להימנע משחרור הרכוש של ישראלים מהקנייתו ומניהולו בידי הרשויות. במילים אחרות, הדעה שיש לשחרר רכוש זה מיד לבעלי המקוריים או לחליפיהם משכנעת רק אם זוחים אחת או יותר מההנחות הללו. ניתן לתמוך בשחרור מידי של הרכוש לבעלים הישראלים רק אם סוברים שהשטחים הפכו לחלק מישראל (כמו מזרח ירושלים, מנקודת-המבט הישראלית); או שאין קשר בין המעמד של רכוש זה למעמדו של רכוש הנפקדים בישראל, או שיש לשחרר מיד לבעלים המקוריים הן את אדמות הישראלים בשטחים והן את אדמות הנפקדים הפלסטיניים שבתחומי ישראל. האפשרות האחרונה עשויה להיראות המושכת ביותר מנקודת-מבט הומניטרית, אולם כפי שנראה בפירוט בהמשך (ראו פרק ג.4), היא בלתי-מעשית, וככל הנראה אף בעתיד תהיה בלתי-ישימה.

בצד שיקולים כלליים אלה, קיימים טיעונים נוספים התומכים בהמשך הניהול של רכוש הישראלים בשטחים, אם כי הם אינם חלים במידה שווה על כל הנכסים. הזכרנו לעיל שהאפוטרופוס הירדני על רכוש האויב השכיר מקרקעין שהוקנו לו לאנשים פרטיים למגורים, לחקלאות ולשימוש מסחרי; וכי הוא אף הקצה רכוש לשימושים ציבוריים, כמו מחנות פליטים ומתקני תחבורה. פינוי הדיירים הפרטיים מנכסים אלה (כדי להחזירם לידי הבעלים המקוריים) היה סותר את חובת המעצמה התופסת להימנע מלפגוע ברכוש הפרט (לרבות בזכויות שכירות) בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. הפסקת השימוש הציבורי ברכוש שהוקצה לצרכים ציבוריים לא הייתה עולה בקנה אחד עם חובת המעצמה המחזיקה להבטיח ולשמור על הסדר הציבורי והחיים האזרחיים.¹⁰⁴ אכן, ניתן היה להחזיר רכוש לבעלי המקוריים בכפוף להמשך השימוש הפרטי או הציבורי בו בידי המחזיקים הנוכחיים, כך שהבעלים המקוריים היו הופכים למשכירי הרכוש. אולם פתרון כזה עלול היה להחריף את הסכסוכים והמתחים בין התושבים הפלסטיניים למתיישבים הישראליים עד כדי סיכון הסדר הציבורי. גם ממשלות ישראל ששאפו ליישב יהודים בגדה המערבית וברצועת עזה, ועשו זאת גם תוך ניצול הרכוש

הערה 89 לעיל, בעמ' 205; דני רובינשטיין, חיבוק התאנה, "זכות השיבה" של הפלסטינים 11 (תשי"ן). כפי שראינו בתת-פרקים 2.2 (א) ו-3.3 (ג) לעיל, גם כאשר ביקשה ישראל לפתור את בעיית רכושם של תושבי מזרח ירושלים אשר נותר בשנת 1948 בתחומי מדינת ישראל, במטרה לחזק ולהשלים את תהליך איחודה של ירושלים, היא לא החזירה את הקרקעות לידי הבעלים המקוריים אלא רק זיכתה אותם בזכות מוגבלת לפיצוי כספי. ראו גם פרקים 4.5 ו-6 להלן.

¹⁰⁴ תקנות האג הנספחות לאמנה [מסי IV] בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה, סימן 43. על סימן זה ראו בנבנשתי, הערה 35 לעיל, בעמ' 31-7; דינשטיין, הערה 58 לעיל, בעמ' 114-111; Myres S., McDougal & Florentino P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order* 756-71 (1961); גרינשפאן, הערה 78 לעיל, בעמ' 227-223; פון גלאן, הערה 97 לעיל, בעמ' 105-94.

שהותירו ישראלים באזורים אלה בשנת 1948, העדיפו לשמור את השליטה והניהול של רכוש זה בידי הרשויות. במציאות הרגישה של השטחים, אפשרה מדיניות זאת לממשלה לפקח ביתר יעילות על ההתיישבות הישראלית ועל מיקומה.

הטיעון המשפטי-הפורמלי המרכזי נגד החזרת רכוש הישראלים בגדה המערבית לבעלים המקוריים הוא שרכוש זה הפך לרכוש ממשלתי. בתמצית, הטיעון הוא שיש להתייחס לרכוש שהוקנה לאפוטרופוס הירדני על רכוש האויב, שהיה רשות ממשלתית ירדנית, כאל רכוש שהוקנה לרשות ציבורית. בהתאם לתקנה 55 לתקנות האג, המעצמה המחזיקה נחשבת כמנהלת וכנהנית מרכוש ציבורי. המעצמה המחזיקה אינה בעלת הרכוש הציבורי ולכן אין לה כוח משפטי למכור אותו או להעביר את הבעלות בו בדרך אחרת לאנשים שלישיים (לרבות הבעלים המקוריים).¹⁰⁵ בהתאמה לתקנה 55, הרכוש הממשלתי בגדה המערבית מנוהל בידי ממונה הפועל על פי הצו בדבר רכוש ממשלתי.¹⁰⁶ במשך שנים רבות, התבססה התחולה של צו זה על נכסי הישראלים שנוהלו קודם לכן בידי האפוטרופוס הירדני על רכוש האויב על ההגדרה הכללית של "רכוש ממשלתי" בצו, אשר כללה, בין היתר, כל רכוש שהוקנה לכל שלוחה משלוחות הממשל הירדני. בשנת 1990 דחתה ועדת העררים, טריבונל צבאי הפועל בגדה המערבית מכוח תחיקת הביטחון, את העמדה המשפטית של הרשויות. הוועדה קבעה שיש לשחרר את רכוש הישראלים, שנרכש בגדה המערבית לפני שנת 1948, לבעלים המקוריים או לחליפיהם. בתגובה, הוספה לצו בדבר רכוש ממשלתי הוראה מיוחדת, המשלימה את ההגדרה הכללית של "רכוש ממשלתי" ומבהירה שגם רכוש אשר לפני שנת 1967 היה כפוף לפקודת המסחר עם האויב נחשב כרכוש ממשלתי. לאחר שבהחלטה נוספת משנת 1992 שבה ועדת העררים והחליטה שיש לשחרר מקרקעין כאלה ליורשי הבעלים הישראליים המקוריים, הוכאה הסוגיה להכרעת בית-המשפט הגבוה לצדק.¹⁰⁷ בפסק-דין שניתן

¹⁰⁵ ראו, למשל, פון גלאן, הערה 97 לעיל בעמ' 178; גרינשפאן, הערה 78 לעיל, בעמ' 288.

¹⁰⁶ צו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), תשכ"ז—1967, קמצ"מ מס' 5, עמ' 162.

¹⁰⁷ החלטות ועדת העררים שבהן מדובר ניתנו בערר 86/22 אל שייך ני מפקד אזור יהודה ושומרון, ובערר 87/57 יורשי המנוח יעקב יוסף שכטר ני הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור יהודה והשומרון. נוסח החלטת הביניים בעניין אל שייך (שבה נדונה בהרחבה השאלה דנן) ונוסח ההמלצה בעניין עזבון שכטר מובאים בנספח לספרם של זמיר ונבנשתי, הערה 1 לעיל, בעמ' 273 ו-283. תיקון הצו בדבר רכוש ממשלתי בעקבות ההחלטה הראשונה נעשה בתיקון מס' 8 לצו בדבר רכוש ממשלתי (צו מס' 1308), אשר התפרסם בקמצ"מ מס' 78, עמ' 76 (תשנ"א). העתירה לבג"צ הוגשה בעקבות סירובו של ראש המינהל האזרחי לאשר את המלצת הוועדה בעניין שכטר.

בחודש דצמבר 1996 הפך בית-המשפט העליון את המלצת הוועדה וקיבל את עמדת הרשויות.¹⁰⁸ בית-המשפט פסק שרשויות הממשל הצבאי אינן חייבות להשיב את הרכוש לבעלים המקוריים, אך לא הכריע בין העמדה שלפיה אין הן מוסמכות כלל לשחרר את הנכסים לבעליהם לבין העמדה שהן מוסמכות לעשות כן לפי שיקול דעתן.¹⁰⁹ בית-המשפט פסק שרשויות האזור אינן מוסמכות לשקול את שיקול ההדדיות (הזיקה בין נכסי הישראלים בשטחים לנכסי הנפקדים הפלסטיניים שנתרו בתחומי ישראל) כשהוא לעצמו. אולם מאחר ששחרור נכסי הישראלים צפוי לעורר תביעות נגדיות של פלסטינים מהאזור להשבת הרכוש שהם הותירו בישראל, ותביעות אלה צפויות להשפיע על הביטחון והסדר הציבורי באזור, הרי שבעקיפין זהו שיקול לגיטימי.¹¹⁰

התפיסה שלפיה הרכוש הישראלי הפך ל"רכוש ציבורי" כמובנו במשפט הבין-לאומי, או ל"רכוש ממשלתי" כמשמעו בצו בדבר רכוש ממשלתי, אין משמעה שהוא כפוף בדיקת לאותם כללים כמו כל רכוש ממשלתי או ציבורי אחר. בניהולו של רכוש זה יש להביא בחשבון את המטמורפוזה העובדתית והמשפטיות המיוחדות שהוא עבר. על הממונה על הרכוש הממשלתי לכבד (ובפועל הוא אכן נוהג לכבד) חוזים שערך האפוטרופוס הירדני על רכוש האויב, שלפיהם הוקצה הרכוש לשימוש ציבורי או הושכר לשימוש פרטי. בד בבד, ככל שהדבר מעשי, עליו להתחשב במשאלותיהם של הבעלים המקוריים או של חליפיהם. הממונה יכול אפילו להשכיר את הרכוש לבעלים המקוריים או לחליפיהם; אולם מאחר שהוא עצמו אינו בעל הנכס, אין הוא יכול או רשאי להחזירו לבעלים המקוריים או לפטור עצמו מסמכויותיו ואחריותו לגבי הרכוש. על הממונה

¹⁰⁸ פסק-דין עזבון שכטר, הערה 81 לעיל.

¹⁰⁹ ראו פסקאות 15 ו-18 לפסק-דינו של הנשיא ברק. נכונותו של הנשיא להניח לצורך הדיון שלרשויות הישראליות נתונה הסמכות לשחרר את הנכס נשענה על קיומה של הסמכה כזו בתחיקת המסחר עם האויב מתקופת המנדט. ספק אם נימוק זה מתיישב עם הקביעה (בפסקאות 15 ו-18 לפסק-הדין), שלפי תחיקת הביטחון הפך הנכס ל"רכוש ממשלתי" (ראו גם זמיר ובנבנשתי, הערה 1 לעיל, בעמ' 142-167).

¹¹⁰ פסק-דין עזבון שכטר, הערה 81 לעיל, פסקה 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ניתן לבקר הנמקה זו. עניינים הקשורים למדינת ישראל ותושביה הם אכן בלתי-רלוונטיים לצורך הפעלת סמכויות מסוימות בשטחים (כפי שהיה, למשל, בג"צ 82/393 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתיעאוויה אלמחזודה אלמסאוליה נ' מפקד כחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד (4) 785). אולם הם עשויים להיות רלוונטיים בהקשרים אחרים, לרבות ההקשר הנדון. המבחן העיקרי איננו בהכרח זהות הרשות המפעילה את הסמכות, אלא טיב הסמכות שבה מדובר. יש לזכור כי לפי המשפט הבין-לאומי, תוכות המעצמה המחזיקה, זכויותיה וסמכויותיה נתונים למדינה המחזיקה, ולא ישירות לממשל הצבאי, שאינו אלא זרוע של אותה מדינה.

לנהל את הנכסים הללו עד שייקבע גורלם בהתאם להוראות שבהסכמי השלום העתידיים.¹¹¹

השיקולים הנזכרים לעיל חלים באותה מידה גם על רכוש הישראלים ברצועת עזה, ולמעשה גם שם קוימה הפרקטיקה של אי-שחרור הנכסים והמשך ניהולם בידי הרשויות. אולם ברצועת עזה, הבסיס החוקי לפרקטיקה זו היה שונה. כבר בשנת 1967 הוצא צו מפורש המתייחס לצו המצרי מס' 25 בדבר נכסי היהודים.¹¹² הצו כונן ממונה, והקנה לו את הרכוש שהיה כפוף למנהל הכללי המצרי. הצו העניק לממונה את הסמכויות שניתנו למנהל הכללי המצרי ובצידן סמכויות נוספות לגבי ניהול הנכסים והפיקוח עליהם. לענייננו יש חשיבות מיוחדת לסעיף 9(א) לצו, המסמיך את הממונה "לפי שיקול דעתו המוחלט ובמועד ובאופן הנראים לו" להעביר את הרכוש או את תמורתו לבעלים המקוריים או ליורשיהם. סמכות זאת לא הופעלה מעולם לאור המדיניות שהוסברה לעיל. לאמיתו של דבר, עצם תוקפו של סעיף זה מוטל בספק, מאחר שנראה כי הוא אינו מתיישב עם הכללים בדבר הטיפול ברכוש ציבורי בשטח מוחזק, ואף לא עם העמדה שאותה נקט הממשל הצבאי בגדה המערבית, קרי: שרכוש של ישראלים אינו ניתן להחזרה לבעלי המקוריים וגורלו יוכרע רק במסגרת ההסדר המדיני.¹¹³

¹¹¹ קו טיעון אחר, החל בראש ובראשונה על רכוש של ישראלים שלא הוקנה ולא נוהל בידי האפוטרופוס הירדני, הוא שרכוש זה הינו "רכוש נטוש" כהגדרתו בצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט), שבו דנו בתת-פרק ב.3. (ב) לעיל. צו זה חל, בין היתר, על רכוש שנרכש לפני 1948 בידי יהודים שלא עלו לארץ-ישראל. יהודים אלה לא נחשבו כ"אויב" בעיני הרשויות הירדניות ולפיכך רכושם לא היה כפוף לחקיקה בדבר מסחר עם האויב. במידה שרכוש של אנשים כאלה לא נוצל אחרי שנת 1967 לצורכי ציבור והחזרתו לבעלים המקורי לא תפגע בזכויות של מהזיקים חוקיים נוכחיים, יש להחזירו לבעליהם בהתאם לכללים החלים על רכוש נטוש בשטח תפוס. בפסק-דין **עזבון שכטר** (הערה 81 לעיל, פסקה 12) פסק השופט ברק, בהסתמך על לשונו של הצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט), שרק אם הבעלים המקוריים או חליפיהם שבו לאזור יוחזר להם הרכוש. כאמור בהערה 81 לעיל, בעניין זה אנו שותפים לספק שהביע השופט טל באותו פסק-דין, אם אומנם נדרשת חזרה בפועל של הבעלים המקוריים או חליפיהם לאזור כדי שיושב להם הנכס (בהנחה שאין הם מתגוררים כעת בארץ אויב). ראו גם **זמיר ובנבנשתי**, הערה 1 לעיל, בעמ' 179-181.

¹¹² צו בדבר נכסי יהודים (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 78), תשכ"ז-1967, **קמצ"מ** מס' 3, עמ' 230. על הצו המצרי ראו תת-פרק ב.2. (ג) והערה 52 לעיל.

¹¹³ ראו, ביתר פירוט, **זמיר ובנבנשתי**, הערה 1 לעיל, בעמ' 187-189. לדעה אחרת, ראו **אלבק**, הערה 57 לעיל, בעמ' 413-415.

ה) זכויות במקרקעין שרכשו ישראלים בגדה המערבית אחרי שנת 1967

ההתיישבות הישראלית בגדה המערבית וברצועת עזה החלה זמן קצר לאחר הכיבוש הישראלי של שטחים אלה. תחילה (בעשור הראשון) הוסברה מדיניות ההתיישבות כמבוססת על התפיסה שלהתיישבות היהודית בשטחים יש תפקיד בטחוני בהגנה על מדינת ישראל. בהתאם למדיניות זו, הוקמו היישובים על אדמות שנתפסו לצרכים צבאיים¹¹⁴ מכוח הסמכות הנתונה למעצמה המחזיקה בתקנות האג¹¹⁵. רק מאוחר יותר, כאשר מפלגת הליכוד עלתה לשלטון (מרבית התקופה שבין 1977 ו-1992), התירו הרשויות ואף עודדו רכישה של קרקעות בגדה המערבית בידי יחידים (ובעיקר תאגידים) ישראלים על בסיס פרטי. יש להדגיש כי חלק הארי של ההתיישבות הישראלית בשטחים החל מסוף שנות השבעים, לא התבסס על רכישת קרקעות מתושבים מקומיים, באופן פרטי או בידי הרשויות הישראליות, אלא על הטענה בדבר סמכותה של המעצמה המחזיקה לנהל ולהשתמש ברכוש ממשלתי לפי תקנה 55 לתקנות האג¹¹⁶. כמות מוגבלת

¹¹⁴ תפיסת הקרקעות למטרות צבאיות בידי הממשל הצבאי בגדה המערבית וברצועת עזה לא הוציאה את הבעלות באותן קרקעות מידי בעליהן הפרטיים. הבעלים אף זכאים לתשלום דמי-שימוש שנתיים בעד אדמתם. אולם רוב הבעלים סירבו לקבל תשלומים אלה מסיבות פוליטיות. ככל שמקרקעין כאלה עברו או יעברו לשליטת המועצה הפלסטינית, יש לבדוק כיצד לפצות את הבעלים על הפגיעה ברכושם, במיוחד אם הרשויות הפלסטיניות לא תשחררנה נכסים אלה אלא תמשכנה להשתמש בהם לצורכי ציבור או למטרות בטחוניות כלשהן.

¹¹⁵ בדיקת החוקיות של פרקטיקה זאת חורגת מתחומי המחקר הנוכחי. בדיקה כזאת דורשת ניתוח של סמכות המעצמה המחזיקה לתפוס קרקע לצרכים צבאיים ודיון באיסור החל עליה להעביר את אוכלוסייתה לשטח התפוס. על הסוגיה הראשונה, ראו סעיף 52 לתקנות האג. ראו גם Ernst H. Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* 32-39 (1942); Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol II: *The Law of Armed Conflict* 268-88 (1968); פון גלאן, הערה 97 לעיל, בעמ' 165-175; מקדוגל ופליסיאנו, הערה 104 לעיל, בעמ' 809-824; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflicts* 707-09 (1954). על הסוגיה השנייה, ראו סעיף 6149) לאמנת גינבה הרביעית; רוברטס, הערה 58 לעיל, בעמ' 84-86; The Israeli Section of the International Commission of Jurists, *The Rule of Law in the Areas Administered by Israel* 54-55 (1981); דינשטיין, הערה 58 לעיל, בעמ' 124; בנבנישתי, הערה 35 לעיל, בעמ' 135-141.

¹¹⁶ על פי הדין המקומי, קרקעות בלתי-רשומות שאינן מעובדות נחשבות כאדמות מדינה, ולפיכך הן כפופות לסעיף 55. רוב היישובים הישראליים הוקמו על קרקעות כאלה. יצוין כי משפטנים פלסטיניים טוענים שקרקעות אלה הן בבעלות פרטית. ראו, למשל, Aziz Shehadeh, *The Concept of State Land in the Occupied Territories* (Affidavit submitted to the Israeli Supreme Court, translated and reproduced in 2 *Palestine Y.B. Int'l L.* 163 (1985); Raja Shehadeh, *Occupier's Law* 26-33 (Rev. ed., 1988). על נושא זה, ראו איל זמיר, *אדמות המדינה ביהודה ושומרון* סקירה משפטית (תשמ"ה).

של קרקעות נרכשה בידי ישראלים בגדה המערבית, בעיקר בסוף שנות השבעים ובתחילת שנות השמונים. במקרים לא מעטים, התלוו לעסקאות אלה מעשי הונאה חמורים ושחיתות מצד בעלי קרקעות מיומרים, ספסרי קרקעות וחברות ישראליות אשר מכרו קרקעות שלא היו בבעלותן. ההתדיינות המשפטיות והשערורייה הציבורית שפרצה בהקשר זה הביאו לשינוי במדיניות הרשויות, כך שכמעט לא נערכו עסקאות חדשות לאחר אמצע שנות השמונים. האיום בגזר-דין מוות נגד פלסטינים שימכרו קרקעות לישראלים תרם אף הוא לירידה במכירות הפרטיות.¹¹⁷

מנקודת-המבט של המשפט הבין-לאומי, עשויים להישמע שני טיעונים עיקריים נגד חוקיות הרכישות הפרטיות של קרקעות בשטחים בידי ישראלים. טיעון אחד עניינו ההגבלות על סמכותה של המעצמה המחזיקה לשנות את החקיקה הקיימת בשטח המוחזק. הממשל הישראלי תיקן את הדין המקומי כדי לאפשר ליחידים ולתאגידים שאינם תושבים או אזרחים ירדניים או ממוצא ערבי לקנות קרקעות בגדה המערבית. המגבלות החמורות על אותן מכירות שהיו קבועות בחקיקה הירדנית בוטלו או סויגו בתחיקת הביטחון הישראלית.¹¹⁸ כללית, שתי מטרות בלבד עשויות להצדיק שינויים בדין המקומי בידי המעצמה המחזיקה: שמירת הסדר הציבורי, והדאגה לרווחת

נוסף על השאלות הנוגעות במעמדן של אדמות המדינה ובהעברה של אוכלוסיית המעצמה המחזיקה (ראו הערה 115 לעיל), מדיניות זו מעוררת גם את שאלת הסמכות של המעצמה המחזיקה לנהל ולהשתמש ברכוש ציבורי. ראו תקנות 53 ו-55 לתקנות האג, **פייילשנפלד**, הערה 115 לעיל, בעמ' 51-61; **פון גלאן**, הערה 97 לעיל, בעמ' 176-180; **גרינשפאן**, הערה 78 לעיל, בעמ' 286-293.

¹¹⁷ להסברת איסור זה והעונשים הנלווים לו לפי החוק הירדני מיום 1 ביולי 1973, ראו **ר' שחאדה**, הערה 116 לעיל, בעמ' 39-40. על חוק זה וחוקים ירדניים אחרים המגבילים מכירת קרקעות על בסיס אתני, ראו Joshua Weisman, "Restrictions on the Acquisition of Lands by Aliens", 28 *Am. J. Comp. L.* 39, 47-48 (1980). לאחר כינונה, דנה המועצה הפלסטינית בהצעת-חקיקה דומה. לפי בדיקתנו, בעת כתיבת שורות אלה טרם הבשילה הצעה זאת לחוק.

¹¹⁸ למחקר השוואתי על מגבלות המוטלות על רכישת מקרקעין בידי זרים, לרבות המגבלות הירדניות, ראו **ויסמן**, הערה 117 לעיל. דוגמאות למגבלות הירדניות כוללות את חוק השימוש וההחזקה (תצירוף) של האישיות המשפטית בנכסי דלא נייד, מס' 61 לשנת 1953, אשר הגביל את הרכישה וההחזקה של נדל"ן בידי תאגידים. בין היתר, החוק קובע כי חברות שהוקמו במדינות זרות והרשומות בירדן רשאיות לרכוש ולהחזיק קרקעות בירדן (1) רק באישור מועצת השרים (קרי: הממשלה הירדנית עצמה); (2) רק בגבולות הערים והכפרים; ורק (3) במידה שהדבר חיוני ונחוץ לפעילות שלהן, אך לא לשם מסחר או השקעה. חוק זה מטיל מגבלות חמורות גם על רכישה ומכירה של נדל"ן בידי חברות ירדניות. הצו בדבר חוק השימוש וההחזקה של האישיות המשפטית בנכסי דלא נייד (יהודה והשומרון) (מס' 419), תשל"א—1971 (**קמצ"מ** מס' 27, עמ' 1002, כפי שתוקן בשנת 1983, **קמצ"מ** מס' 57, עמ' 12) הסמיך את ראש המינהל האזרחי להתיר לחברות מקומיות וזרות לרכוש ולהשתמש בקרקעות ביהודה ושומרון אף אם לא התקיימו התנאים והסייגים שבחוק הירדני.

האוכלוסייה המקומית.¹¹⁹ ניתן לטעון כי, לפחות חלק מתיקוני החקיקה הקשורים לעסקאות מקרקעין בגדה המערבית לא מילאו אחר קריטריונים אלה.¹²⁰

הטיעון השני נגד חוקיותן של הרכישות הפרטיות של אדמות בידי ישראלים נוגע בשאלת החוקיות של מדיניות ההתיישבות הישראלית בשטחים. מדיניות זאת ספגה ביקורת כמה וכמה פעמים מצד הקהילה הבין-לאומית, לרבות מצד מועצת הביטחון של האו"ם, האסיפה הכללית של האו"ם, הוועדה הבין-לאומית של הצלב האדום וארצות-הברית.¹²¹ לגבי רכישות פרטיות, הטיעון הנסמך על המשפט הבין-לאומי מבוסס על סעיף 49(6) לאמנת גינבה הרביעית, האוסר על המעצמה המחזיקה להגלות או להעביר חלקים מהאוכלוסייה האזרחית שלה לשטח התפוס.¹²² עם זאת, יש לציין שהרכישות הפרטיות של קרקעות בידי ישראלים תרמו רק באופן שולי למדיניות זאת,¹²³ שהתבססה בעיקר על רכוש ממשלתי.

תהא ההכרעה במחלוקת המשפטית על מדיניות ההתיישבות הישראלית בשטחים אשר תהיה, בפועל קיימות כיום חלקות מקרקעין בגדה המערבית שנרכשו בידי ישראלים לאחר 1967 בהתאם לדין המקומי כפי שתוקן בתחיקת הביטחון. זאת ועוד, יש לזכור כי לצורך הניתוח הנוכחי, אף זכויות קניין פחותות מבעלות (כגון שכירויות) וזכויות אובליגטוריות (כגון זכויות חוזיות בקשר למקרקעין) נכללות בתביעות הקניין הפרטי שיהיה צורך להסדירן. מכאן, שאם במסגרת הסדר הקבע יחולו שינויים במעמדם של השטחים או חלק מהם, ובמיוחד אם יהיו שינויים אלה כרוכים בפינוי יושבים ישראלים, הרי שיידרש טיפול גם בזכויות הפרטיות שנרכשו מתיישבים ישראלים

¹¹⁹ ראו המקורות הנזכרים בהערה 104 לעיל.

¹²⁰ ראו ר' שחאדה, הערה 116 לעיל, בעמ' 40-41.

¹²¹ ראו החלטות מועצת הביטחון של האו"ם, מסי' 446 (מיום 22 במרץ 1979) ומסי' 465 (מיום 1 במרץ 1980); החלטת האסיפה הכללית של האו"ם מסי' 2851 (XXVI) (מיום 20 בדצמבר 1971); דו"ח מחלקת המדינה של ארצות-הברית, הערה 60 לעיל, בעמ' 1198 "The use of land by Israeli authorities for military purposes, road projects, Israeli settlements, and other purposes which restrict access, significantly affects the lives and economic activities of Palestinians"; Herbert J. Hansell (Legal Adviser, Department of State), Letter to the House Committee on International Relations (April 21, 1978), reprinted in 17 ILM 777 (1978); *International Committee of the Red Cross, Annual Report 1983* 67 (1984) (צעדי ה"קולוניזציה" של ישראל בשטחים המוחזקים מהוים הפרה של אמנת גינבה הרביעית, ובמיוחד של סימנים 27, 47 ו-49). ראו גם האסמכתאות הנזכרות בהערה 115 לעיל.

¹²² לספרות על סימן זה, ראו הערה 115 לעיל.

¹²³ ראו הטקסט הסמוך להערה 115 לעיל.

ביחס למקרקעין המנוהלים כרכוש ממשלתי (אדמות מדינה) או שנתפסו לצרכים צבאיים. הטיפול בזכויות השונות עשוי להיות תלוי בטיבן המדויק (חוזים לרכישת קרקעות פרטיות שטרם בוצעו, הרשאות להשתמש בקרקעות שנתפסו לצרכים צבאיים, הכירות רשומות ובלתי-רשומות ברכוש ממשלתי וכיוצא בזה), אך עצם הצורך בטיפול כזה משותף לכל סוגי הזכויות.

4. סיכום

במסגרת הסדר הקבע הישראלי—פלסטיני יהיה צורך להתמודד עם מיגוון של תביעות פרטיות. הבעיה הקשה ביותר תהיה זאת של הפליטים הפלסטיניים שהותירו רכוש בתוך ישראל בשנת 1948. זוהי הבעיה הקשה ביותר לא רק בגלל היקפה – מספר הפליטים וכמות הרכוש הנטוש – אלא גם בגלל מצבם הנוכחי של הפליטים. רבים מהם ומיורשיהם חיים עדיין במחנות פליטים בגדה המערבית, ברצועת עזה ובכמה מדינות ערביות. התנאים הסוציו-אקונומיים באותם מחנות גרועים ביותר. לפיכך, פתרון מספק לבעיית הפליטים חייב להיות חלק אינטגרלי מכל הסדר עתידי.

ישנם גם ערבים ישראלים שנחשבים "נפקדים" לפי החוק הישראלי, אשר קרקעותיהם לא הוחזרו להם לאחר מלחמת השחרור, אף כי בשנת 1973 הוצע להם פיצוי כספי במקום הרכוש. אותו פיצוי הוצע גם לפליטים פלסטיניים המתגוררים במזרח ירושלים (שטח אשר לפי החוק הישראלי נחשב חלק מישראל), אולם רובם לא מימשו זכות זאת.

המקבילה הקרובה ביותר לתביעות של פליטים פלסטיניים משנת 1948 היא תביעותיהם של ישראלים שנטשו את רכושם בגדה המערבית וברצועת עזה עקב אותה מלחמה. ככל שמדובר ברכוש המצוי במזרח ירושלים, החוק הישראלי מורה על שחרורו לבעלים המקוריים. אולם מאחר שחלק ניכר ממקרקעין אלה נרכש לצורכי ציבור (בידי הירדנים לפני 1967, או בידי הרשויות הישראליות לאחר מכן), קיבלו הבעלים בדרך כלל פיצוי כספי בלבד. אשר לקרקעות שהיו לישראלים בשאר שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה, סירב הממשל הצבאי להקנות אותן מחדש לבעלים המקוריים או לשלם פיצויים תמורתן והמשיך לנהל אותן כ"רכוש ממשלתי". למרות שכמות הקרקעות האלה אינה גדולה, יש חשיבות ניכרת להמשך ניהולן בידי הרשויות, בשל המיקום הרגיש של חלק מהן ובשל משמעותן הרבה מבחינה רגשית ופוליטית.

קטגוריה נוספת של תביעות לרכוש פרטי כוללת את הרכוש שהותירו בגדה המערבית וברצועת עזה פלסטינים שעזבו אזורים אלה במהלך מלחמת ששת הימים ואחריה.

בעיה נוספת עלולה להתעורר לגבי הרכוש הפרטי שרכשו ישראלים בשטחים אחרי שנת 1967 (לרבות זכויות קנייניות הפחותות מבעלות זכויות חוזיות ברכוש ממשלתי ובמקרקעין שנתפסו לצרכים צבאיים אשר הוקצו לשימושם בידי הרשויות), וזאת במידה שהסדר הקבע העתידי ישנה את מעמדם של השטחים או של חלק מהם.

לבסוף, בהנחה שהסדר ישראלי—פלסטיני יהיה חלק מהסדר כולל במזרח התיכון, יהיה צורך לפתור גם את בעיית הרכוש שהותירו העולים היהודים במדינות ערב.¹²⁴

על יסוד סקירה זו של הקטגוריות השונות של תביעות פרטיות לזכויות ברכוש, נבחן בהמשך את הדרכים האפשריות לטפל בתביעות אלה.¹²⁵ הדיון יתבסס על המסגרת הקיימת של תהליך השלום הישראלי—פלסטיני ועל הניסיון הבין-לאומי בטיפול בסוגיות דומות.

¹²⁴ על נושא זה, ראו Maurice M. Roumani, *The Case of the Jews from Arab Countries: A Neglected Issue* (1975); Terence Prittie & Bernard Dineen, *The Double Exodus* (1974).

¹²⁵ סוגים נוספים של תביעות פרטיות כוללים תביעות של תושבים פלסטיניים לפיצויים על קרקעות בגדה המערבית וברצועת עזה שנתפסו למטרות צבאיות (ראו הערה 114 לעיל); תביעות של תושבים מאותם אזורים שנכסיהם במזרח ירושלים נחשבים כ"נכסי נפקדים" על פי החוק הישראלי (ראו הערה 84 לעיל); וטענות שלפיהן אדמות מדינה מסוימות בגדה המערבית הן למעשה בבעלות פרטית (ראו הערה 116 לעיל).

ג. מבט לעתיד

1. המסגרת להסדר על פי ההסכמים הישראליים – פלסטיניים

הצהרת העקרונות הישראלית – פלסטינית מיום 13 בספטמבר 1993, אשר קבעה את המסגרת להסדר השלום הישראלי – פלסטיני, צופה מעבר הדרגתי להסדר הקבע.¹²⁶ הסדרי הביניים המתוארים בהצהרה קובעים כי הפלסטינים יקבלו בהדרגה תחומי אחריות בגדה המערבית וברצועת עזה. ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסכם עזה-יריחו),¹²⁷ אשר נחתם ביום 13 בספטמבר 1993, קבע את הצעדים הראשונים שנקטו לקראת מטרה זו. ביום 29 באוגוסט 1994 וביום 27 באוגוסט 1995 נחתמו הסכמים נוספים בדבר העברה מכינה של תחומי אחריות אחדים בגדה המערבית.¹²⁸ שלושת ההסכמים הללו הוחלפו בהסכם הביניים, אשר נחתם בווינגטון ביום 28 בספטמבר 1995.¹²⁹ זהו הסכם מורכב ומפורט ביותר, המסדיר את יחסי-הגומלין בין הצדדים במהלך תקופת הביניים עד להסדר הקבע.

בהתאם להסכם הביניים, נערכו ביום 20 בינואר 1996 בחירות למועצה הפלסטינית (אשר החליפה את הרשות הפלסטינית שנתמנתה לפי הסכם עזה-יריחו). סמכויותיה של המועצה מוגדרות בהסכם הביניים על פי אמות-מידה טריטוריאליות, פרסונליות ופונקציונליות.

מבחינה טריטוריאלית, מבחין הסכם הביניים בין אזורים A, B ו-C, המוגדרים במפה שצורפה להסכם.¹³⁰ נוסף על רצועת עזה ואזור יריחו, שהסמכות הטריטוריאלית

¹²⁶ לניתוח הצהרת העקרונות, ראו המקורות הנזכרים בהערה 22 לעיל.

¹²⁷ הערה 2 לעיל.

¹²⁸ הערה 24 לעיל. בין הסמכויות שהועברו בהסכמים אלה, ניתן להזכיר את אלה המתייחסות לתחומי החינוך והתרבות, הבריאות, התיירות, הרשויות המקומיות, הדואר, החקלאות והמיסוי הישיר.

¹²⁹ הערה 3 לעיל. לסקירה תמציתית של עיקרי ההסכם, המשתרע על למעלה מ-300 עמודים, ראו "זינגר, "הסכם-הביניים הישראלי – פלשתינאי בדבר הסדרי ממשל עצמי בגדה המערבית וברצועת-עזה כמה היבטים משפטיים", משפטים כז (תשנ"ז) 605.

¹³⁰ ראו סימן XI להסכם הביניים ומפה מס' 1 המצורפת אליו.

לגביהם הועברה לרשות הפלסטינית לפי הסכם עזה-יריחו כבר בחודש מאי 1994, כולל אזור A את מרבית הערים הגדולות בגדה המערבית.¹³¹ אזור B כולל את שאר האזורים בגדה המערבית המאוכלסים בפלסטינים. אזור C כולל את יתרת השטח. באזור C נכללים היישובים הישראליים, האתרים הצבאיים, ואזורים בלתי-מאוכלסים בגדה המערבית. לפי הסכם הביניים, אמורה הסמכות הטריטוריאלית של המועצה להתרחב בהדרגה, בד בבד עם שלבי ההיערכות-מחדש (redeployment) של צה"ל ("הפעילות").¹³² בסיומו של תהליך זה סמכותה הטריטוריאלית של המועצה אמורה להשתרע על כל שטחי הגדה המערבית ורצועת-עזה, להוציא מזרח ירושלים, היישובים הישראליים והאתרים הצבאיים. ההבחנה בין אזורים A ו-B נוגעת בסמכויות שעניין בטחון-פנים ושמירה על הסדר הציבורי, ולכן אין היא צריכה לענייננו. ככל שמדובר בסמכויות האזרחיות, מבחין הסכם הביניים בין תחומים שאין להם זיקה ניכרת לנושאים טריטוריאליים, כמו חינוך, בריאות ודואר, לבין תחומים שיש להם זיקה כזו, כמו מרשם המקרקעין, פיקוח על התכנון והבנייה וניהול אדמות-המדינה והרכוש הנוטש. בתחומים מהסוג הראשון הועברו למועצה הפלסטינית מלוא הסמכויות באזורים A, B ו-C, בכפוף לסייגים ומגבלות שנועדו להגן על אינטרסים ישראליים חשובים ולהבטיח תיאום ושיתוף פעולה בין הצדדים (ובכפוף למגבלות החלות על סמכויות המועצה מבחינה פרסונלית). לעומת זאת, בתחומים בעלי משמעות קרקעית הועברו למועצה הסמכויות באזורים A ו-B בלבד (שוב, בכפוף לסייגים שנועדו להגן על אינטרסים ישראליים ועל זכויות של ישראלים ולהבטיח שיתוף פעולה ותיאום בין הצדדים). כאמור, הסכם הביניים צופה התרחבות של אזורים A ו-B בהתאם להיערכות-מחדש של צה"ל. מלבד הקביעה שההיערכות-מחדש על כל שלביה תסתיים תוך שמונה עשר חודשים מיום כינונה של המועצה הפלסטינית, וכי בסיום תהליך זה יכלול אזור C רק את היישובים הישראליים והאתרים הצבאיים, אין הסכם הביניים קובע את שיעור השטחים שיעברו מאזור C לאזורים A ו-B ומאזור B לאזור A בכל אחת מהפעילות, ומשמע שהדבר הושאר לשיקול דעתה של ישראל (זוהי, מכל מקום, העמדה הישראלית לגבי פירוש הסכם הביניים). ביום 7 במרץ 1997 החליטה ממשלת ישראל על היערכות-מחדש בשיעור של הפיכת כ-2% משטח C לשטח B, וכ-7% משטח B לשטח A.

¹³¹ חברון היא יוצאת-דופן מבין הערים הגדולות. הימצאותם של יהודים ברובע היהודי שלב העיר הצריכה הסדרים מיוחדים לעיר זו. ראו סימן VII לנספח I (פרוטוקול בדבר היערכות-מחדש וסידורי ביטחון) של הסכם הביניים ומפה מס' 9 הנלווית אליו; פרוטוקול בדבר היערכות-מחדש בחברון מיום 17 בינואר 1997, (1997) 36 ILM 650 (אשר הוצא אל הפועל זמן קצר לאחר החתימה עליו).

¹³² ראו סימנים X ו-XI להסכם הביניים וכן סימן IV לנספח III של ההסכם.

המועצה הפלסטינית תבעה שההיערכות-מחדש תהיה בשיעור גדול יותר, ועקב אי-ההסכמה בין הצדדים לא בוצעה אפילו היערכות-מחדש זאת. כתוצאה מכך, בעת כתיבת שורות אלה נותרה החלוקה לאזורים A, B ו-C כהגדרתה בהסכם הביניים.

מבחינה פרסונלית, פרטים ותאגידים ישראלים אינם כפופים, עקרונית, לסמכות המועצה הפלסטינית, אף כי פעילותם באזורים A ו-B נתונה לפיקוח ורישוי של הרשויות הפלסטיניות.

בעקבות יישומם של הסכם עזה-יריחו והסכם הביניים חל שינוי במעמד המשפטי של השטחים. אכן, שני הצדדים הצהירו בהסכם הביניים שהם רואים בגדה המערבית וברצועת עזה "יחידה טריטוריאלית אחת, ששלמותה ומעמדה יישמרו במשך תקופת-הביניים".¹³³ שני הצדדים אף התחייבו להימנע מצעדים חד-צדדיים לשינוי מעמדם של אזורים אלה לפני השלמת המשא ומתן על מעמד-הקבע.¹³⁴ אולם מעמדו של שטח כנתון לתפיסה לוחמתית אינו נבחן לפי הצהרות או הסכמים, אלא לפי המצב בפועל. לפי המשפט הבין-לאומי, שטח נחשב כתפוס אם מצויים בו כוחות צבאיים זרים שבידיהם השליטה האפקטיבית על חיי התושבים המקומיים.¹³⁵ הימצאותם של כוחות צבאיים מחוץ לשטח כלשהו, גם אם הם מסוגלים להיכנס לתוכו ולהפעיל בו שליטה אפקטיבית, אין בה די כדי להפוך את השטח לתפוס. לפי קנה-מידה זה, בעוד שישראל עודנה מחזיקה באזור C לפי דיני התפיסה שבמשפט הבין-לאומי,¹³⁶ הרי שאזור A אינו נתון עוד לתפיסה לוחמתית ישראלית (ולכן, למשל, ישראל לא תישא באחריות להפרות של זכויות האדם באזור זה).¹³⁷ לגבי מעמדו של אזור B ניתן להעלות טיעונים לכאן ולכאן,

¹³³ ראו סעיף XXXI(8) להסכם הביניים. ראו גם סעיף XXIII(6) להסכם עזה-יריחו וסעיף IV להצהרת העקרונות.

¹³⁴ ראו סעיף XXXI(7) להסכם הביניים.

¹³⁵ ראו סימנים 42 ו-43 לתקנות האג, הערה 104 לעיל; סטון, הערה 115 לעיל, בעמ' 969; גרינשפאן, הערה 78 לעיל, בעמ' 214.

¹³⁶ על armistice occupation, ראו Michael Bothe, "Occupation after Armistice", 4 *Encyc. Pub. Int'l L.* (R. Bernhart, ed., 1982) 63; Adam Roberts, "What is a Military Occupation?", 55 *Brit. Y.B. Int'l L.* 249, 265-67 (1984).

¹³⁷ לפיתוח טיעון זה (המתייחס להסכם עזה-יריחו, אך הולם גם את הסכם הביניים), ראו Eyal Benvenisti, "The Status of the Palestinian Authority", in *The Arab-Israeli Accords: Legal Perspectives* 47 (Eugene Cotran & Chibli Mallat, eds., 1996). לדעה שלפיה הגדה המערבית ורצועת עזה ממושיכות להיחשב כשטח תפוס גם בתקופת הביניים, ראו זינגר, הערה 129 לעיל, בעמ' 610-611.

וזאת בשל האופן שבו מחלק הסכם הביניים את הסמכויות והאחריות באזור זה בין שני הצדדים.¹³⁸

על פי הסכם עזה-יריחו, ההסדרים של תקופת המעבר אמורים להיות מוחלפים על ידי הסדרי מעמד הקבע עד ליום 4 במאי 1999.¹³⁹ המשא ומתן על הסדר הקבע נפתח באורח טקסי ביום 4 במאי 1996, ואמור להתחדש בעתיד.

2. תביעות בקשר לרכוש פרטי במהלך תקופת הביניים

הצהרת העקרונות והסכם הביניים דוחים את הטיפול בשאלות המשפיעות על רוב תביעות הרכוש הפרטי עד להסכם על מעמד הקבע. הדבר משתמע מרשימת הנושאים שהצדדים הותירו לדיון במשא ומתן על הסדר הקבע: פליטים, ההתיישבות הישראלית, האתרים הצבאיים וירושלים.¹⁴⁰ דחיית הדיון בנושא הפליטים משמיעה שתביעות הפליטים לרכוש שהם הותירו מאחוריהם תוסדרנה גם הן רק בהסדר הקבע. על פי אותו עיקרון, מאחר שהישובים הישראליים והאתרים הצבאיים נותרו מחוץ לסמכותה של המועצה הפלסטינית במשך תקופת הביניים, כל תביעה פלסטינית כללית לגבי השימוש בקרקעות פרטיות בידי הישובים הישראליים הקיימים, או בידי הצבא הישראלי, תצטרך אף היא להמתין לשלב הסופי של הדיונים. כיוצא בזה, ההגבלות על סמכויות המועצה הפלסטינית בנושאים הקשורים ל"ישראלים" נועדו, בין היתר, להבטיח הגנה על תביעות של ישראלים לרכוש בגדה המערבית וברצועת עזה.

כמו הסכם עזה-יריחו, אף הסכם הביניים מכיר בסמכות השיפוט של בתי-המשפט הפלסטיניים לגבי מקרקעין שישראלים טוענים לזכויות בהם באזורים שבתחומי הסמכות

¹³⁸ באזור B הועברה למועצה הפלסטינית, בנוסף על מלוא הסמכויות האזרחיות (לרבות אלה הקשורות למקרקעין, בכפוף להסדרים שנועדו להבטיח שמירה על אינטרסים ישראלים חשובים) גם האחריות "for public order for Palestinians" (סעיף XIII(2)(a)) להסכם הביניים). בידי ישראל נותרה אומנם ה-"overriding responsibility for security", אך זאת לשם הגנה על ישראלים והתמודדות עם איום הטרור בלבד.

¹³⁹ ראו סעיף V(1) להצהרת העקרונות; סעיף XXIII(3) להסכם עזה-יריחו; הסכם הביניים, הפסקה החמישית למבוא וסעיף III(4).

¹⁴⁰ ראו סעיף V(3) להצהרת העקרונות ופרוטוקול מוסכם בנוגע לסעיף זה; סעיף XXXI(5) להסכם הביניים.

הטריטוריאליה של המועצה (קרי: אזורים A ו-B).¹⁴¹ הסכם הביניים מורה שהרשויות הפלסטיניות תכבדנה את הזכויות המשפטיות של ישראלים ביחס למקרקעין המצויים בתחומי סמכותה הטריטוריאליה של המועצה הפלסטינית.¹⁴² באורח מיוחד, ההסכם קובע הוראה כזו לגבי הזכויות המשפטיות של ישראלים ביחס לרכוש ממשלתי ונטוש המצוי בתחומי סמכותה של המועצה.¹⁴³ ישראלים הסבורים שזכויותיהם עלולות להיפגע עקב הליכים משפטיים או הליכי רישום מקרקעין הנערכים בידי הרשויות הפלסטיניות או בפניהן רשאים לפנות ל"ועדה מקצועית משותפת" שיכוננו הצדדים. במקרה כזה, לא ייאכפו הצווים השיפוטיים ולא ייערכו הליכי הרישום אלא באישור הוועדה.¹⁴⁴ בניגוד להסכם עזה-יריחו, הסכם הביניים אינו מכיל הוראה ספציפית בדבר אי-שינוי מעמדן של אדמות שרכשו ישראלים בשטחים לפני שנת 1948 במהלך תקופת הביניים.¹⁴⁵ אולם הדעת נותנת שגם על הזכויות (או הציפיות) של ישראלים לגבי מקרקעין אלה חלות ההוראות בדבר כיבוד הזכויות המשפטיות של ישראלים בידי הרשויות הפלסטיניות.

¹⁴¹ ראו סעיף III(3)(b) לנספח III (פרוטוקול בדבר עניינים משפטיים) להסכם עזה-יריחו; סעיף III(2)(b) לנספח IV (פרוטוקול בדבר עניינים משפטיים), וסעיפים 16(4)(a) ו-22(4)(a) לתוספת I של נספח III (עניינים אזרחיים) להסכם הביניים.

¹⁴² ראו סעיף 22(3) לתוספת I של נספח III (עניינים אזרחיים) להסכם הביניים.

¹⁴³ סעיף 16(3) לתוספת I של נספח III.

¹⁴⁴ ההסכם מוסיף ומחייב את הרשויות הפלסטיניות להודיע לוועדת התיאום העליונה על כל פסק-דין או בקשה לרישום מקרקעין העלולים להשפיע על זכויות של ישראלים באזורים A ו-B. ניתן לטעון שמנגנון זה מעניק לישראלים הגנה פחות אפקטיבית מזו שהעניק המנגנון שנקבע בהסכם עזה-יריחו. לפי הסכם עזה-יריחו, הוצאה לפועל של פסק-דין וצווים מנהליים שהוצאו נגד ישראלים או נגד רכושם תיעשה בידי ישראל (סעיף III(2), סיפא, לנספח III). כלומר, בעוד שלפי הסכם עזה-יריחו נזקקו הרשויות הפלסטיניות לשיתוף פעולה ישראלי לשם ביצוע פעולה העשויה לפגוע בזכויות קניין של ישראלים, הרי שלפי הסכם הביניים שיתוף פעולה כזה אינו דרוש. הוועדה המשותפת יכולה אומנם למנוע ביצוע פעולות כאלה, אולם בירור מחלוקות בפניה אמור להיעשות רק בעקבות פנייה של ישראלים (שמן הסתם יתקשו להיוודע על קיום הליכים שיפוטיים או מנהליים בפני הרשויות הפלסטיניות), או בעקבות העברה יזומה של מידע כזה בידי הרשויות הפלסטיניות. כנגד הטענה הנדונה, יש לזכור כי הלכה למעשה, הרשויות הפלסטיניות היו יכולות לבצע שינויים במרשם המקרקעין בשטח שבסמכותן ללא צורך בשיתוף פעולה ישראלי גם לפני הסכם הביניים (ברצועת עזה ובאזור יריחו). כך או אחרת, מצב זה עשוי לשפוך אור על האופן שבו תוסדרנה תביעותיהם של בעלי זכויות אלה במסגרת הסדר הקבע, ובפרט על הברירה בין השבה בפועל של מקרקעין לבין תשלום פיצויים בעדם (ראו חלק ג להלן). כמובן שהמשמעות המעשית של ההוראות הנדונות מצטמצמת מאוד אם רובן המכריע של האדמות שיש לישראלים תביעות לגביהן תיוותרנה באזור C (למיטב ידיעתנו, בעת כתיבת שורות אלה זהו המצב למעשה).

¹⁴⁵ ראו סעיף II(28)(d) לנספח II להסכם עזה-יריחו. על קרקעות אלה ראו תת-פרקים 2.2(ב) ו-1(ג) ו-3.3(ד) לעיל.

יש להבחין בין סוגים אחדים של פעולות של הרשויות הישראליות העשויות להשפיע על תביעות לקניין פרטי בתקופת הביניים. ראשית, גם בתקופת הביניים, על ישראל לשמור ולנהל את הרכוש הממשלתי (לרבות מקרקעין שרכשו ישראלים לפני שנת 1948) ואת הנכסים הנטושים שבתחומי אזור C. במידה שבמהלך תקופת הביניים יחזרו לאזור תושבים שרכושם מנוהל כרכוש נטוש, על הרשויות לנהוג ברכוש זה כפי שנהגו לפני הסכם הביניים, קרי: לשחררו לבעליו. עם זאת, בהתאם להצהרת העקרונות ולהסכם הביניים, אם הרכוש מצוי בתחומי ההתיישבות הישראלית או בתחומי אתרים צבאיים – נושאים שהדיון בהם נדחה להסדר הקבע – ניתן לטעון שיהיה על אותם פלסטינים להמתין להכרעה על גורלו של רכוש זה במסגרת הסדר הקבע.¹⁴⁶ מאחר שלפי הסכם הביניים באזור C, ממשיכה ישראל לשאת במלוא האחריות לביטחון ולסדר הציבורי, הרי שגם בתקופת הביניים ניתן לתפוס באזור זה מקרקעין למטרות צבאיות.¹⁴⁷ אף שהדבר פחות חד-משמעי, יש מקום לטענה שבמקרים מתאימים יכול צה"ל להפעיל סמכות זאת גם באזור B, שבו הושארה בידי ישראל "overriding responsibility for security for the purpose of protecting Israelis and confronting the threat of terrorism".¹⁴⁸ בידי ישראל נותרה גם הסמכות להפקיע מקרקעין פרטיים לצורכי ציבור בתחומי אזור C (אך לא באזורים B ו-A) בהתאם לכללי התפיסה הלוחמתית.¹⁴⁹ פחות ברור אם ישראל רשאית להקים או להתיר את הקמתם של יישובים ישראלים חדשים בשטחים, בין אם על אדמות-מדינה ובין אם על אדמות שנרכשו בידי ישראלים לפני שנת 1948. מחד גיסא, אין בהסכם איסור מפורש על הקמת יישובים חדשים או הרחבה של יישובים קיימים, וברור לחלוטין שאין מדובר בהשמטה שמקורה בהיסח הדעת. מאידך גיסא, עשויה להישמע הטענה שלפי הסכם הביניים קיימים תחומים שבהם ניתנה למועצה הפלסטינית סמכות פונקציונלית גם בשטח C, להוציא בתחומי

¹⁴⁶ הצהרת העקרונות (סימן XII), הסכם עזה-יריחו (סימן XVI) והסכם הביניים (סימן XXVII) מתייחסים להקמתה של ועדה מיוחדת, שבה ישתתפו גם ירדן ומצרים, אשר תפקידה יהיה, בין היתר, להגיע להסכם בדבר הסדרים הנוגעים בשיבה של עקורי 1967 לתחומי רצועת עזה והגדה המערבית. ככל הידוע לנו, אף שהסכם הביניים מצוין כי הצדדים הזמינו את ממשלות ירדן ומצרים ליטול חלק בקביעת הסדרים שיקדמו את שיתוף-הפעולה בין הצדדים, לא הושגה הלכה למעשה התקדמות בנושא זה.

¹⁴⁷ ראו בני"צ 96/2717 ופא"נ נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 848 (אישור חוקייתה של תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים באזור C לשם הקמת כבישים עוקפים בעקבות יישום הסכם הביניים). על סמכות זאת ראו גם הערות 114-115 לעיל.

¹⁴⁸ סעיף XIII(2)(a) להסכם הביניים.

¹⁴⁹ ראו בני"צ 94/6592 עיריית חברון נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 617, 622.

היישובים הישראליים והאתרים הצבאיים.¹⁵⁰ הרחבה של יישובים או הקמת יישובים חדשים מהווה, לפי טיעון זה, פגיעה חד-צדדית מצד ישראל בסמכויות שהועברו למועצה הפלסטינית. יש לזכור, עם זאת, שבשום מקום אין הסכם הביניים מגדיר או תוחם את היישובים הישראליים בשטחים. ניתן להעלות טיעונים נוספים בעד ונגד כל אחת מהדעות, אך נושא זה חורג מתחומי המחקר שלנו.

ניתן לסכם שלגבי הרוב הגדול של התביעות לרכוש פרטי, לא צפוי לחול כל שינוי משמעותי בתקופת הביניים. גם במקרים שבהם יחולו שינויים כלשהם במהלך תקופה זו, לא יהיה בהם משום הכרעה סופית בתביעות אלה, המייתרת או המכתיבה את ההסדר שייקבע בהסכם על מעמד הקבע. נושא חיוני ומורכב זה, שבו נדון בפרקים הבאים, עתיד איפוא להיות מטופל בדיונים על הסדר הקבע.

3. ההתייחסות לרכוש אויב בהסכמי שלום

המעבר ממלחמה לשלום עשוי לספק למדינה המותקפת הזדמנות לתבוע פיצויים מן המדינה שתקפה אותה תוך הפרה של דיני המלחמה.¹⁵¹ רכוש פרטי של נתיני האויב אשר נתפס במהלך המלחמה בידי המדינה המותקפת¹⁵² יכול לסייע במימוש (חלקי לפחות) של תביעת הפיצויים. בהתאם לכך, הסכמי השלום שנחתמו בסיומן של שתי מלחמות העולם קבעו כי בעלות הברית יחזיקו ברכוש האויב שעליו הן השתלטו במהלך המלחמה.¹⁵³ הבעלים הפרטיים של אותו רכוש היו אמורים לקבל פיצוי

¹⁵⁰ סעיף IV(3) לנספח III של הסכם הביניים. דוגמה לסמכות פונקציונלית כזאת היא הסמכות בדבר רישוי ופיקוח על פעילויות תעשייתיות ומסחריות (סימן 6 לתוספת I לנספח III).

¹⁵¹ התביעה יכולה להתבסס על סימן 3 לאמנת האג בדבר החוקים והמנהגים של המלחמה ביבשה (הערה 104 לעיל), אשר קובע כי: "[a] belligerent party which violates the provisions of the [annexed Regulations] shall, if the case demands, be liable to pay compensation" עקרונות כלליים של הדין, כפי שנקבע בעניין *Factory at Chorzów (Ger. v. Pol.) (Indemnity)*, 1928 PCIJ (ser. A) No. 17 (Sept. 13).

¹⁵² על פרקטיקה זאת, ראו תת-פרק ב.2. (ב) לעיל.

¹⁵³ בעלות הברית שחררו רכוש שהיה שייך לאזרחיהן ששהו באזורים שבשליטת האויב בזמן המלחמה. אותו רכוש נתפס כדי למנוע מהאויב להפעיל לחץ על הבעלים ועל ידי כך להשתמש ברכוש לתועלתו. ישראל פעלה באותו אופן לגבי רכושם של יהודים שהתגוררו במדינות ערב בזמן מלחמת השחרור ולאחריה.

ממדינותיהם. הרכוש הפרטי של אזרחי בעלות-הברית שנתפס על ידי כוחות מדינות הציר הוחזר לידיהם, אף כי לא באורח מידני.¹⁵⁴

עם זאת, ניתן להתרשם שהגשת תביעות לפיצויים היא דרך שבה הולכים במקרים נדירים בלבד. מאחר שתביעות אלה מתבססות על אשם, הצלחת התביעה מותנית בכך שהצד השני יודה בתוקפנותו, או שיסכים כי העניין יוכרע בהתדיינות משפטית. ההיסטוריה מלמדת שניתן להצליח בדרך זאת רק כאשר שאלת התוקפנות אינה נתונה במחלוקת ורק לאחר כניעתו המוחלטת של התוקפן, כפי שהיה המצב בשתי מלחמות העולם¹⁵⁵ ולאחר כיבוש כוויית בידי עירק.¹⁵⁶

בשנים שלאחר מלחמת השחרור, העלו ישראל ומדינות ערב תביעות סותרות לפיצויים, בהסתמך על טענות להפרות של המשפט הבין-לאומי בנושא המלחמה, תביעות אשר מפשרים הציעו שהן תבוטלנה באורח הדדי.¹⁵⁷ הסכמי השלום שנחתמו בין ישראל למצרים ובין ישראל לירדן אינם מתייחסים לתביעות הודיות אלה. בסימן VIII להסכם השלום שנערך בין ישראל ומצרים בשנת 1979, כוננו הצדדים "ועדת תביעות

¹⁵⁴ על שאלת הרכוש בהסכם ורסאי משנת 1919, ראו **רוקסבורו** הערה 40 לעיל; **בורנד**, הערה 44 לעיל. על אותה שאלה בהסכם פאריס משנת 1949, ראו **מאן**, הערה 46 לעיל; **מרטין**, הערה 46 לעיל; **מקניר** ו-**ווטס**, הערה 41 לעיל. ביישום הסדר זה פעלה בריטניה על פי חקיקת מסחר עם האויב הדומה לחקיקה שעליה הסתמכה ירדן בטפלה ברכוש הישראליים בגדה המערבית, כמתואר בתת-פרק ב.2. (ב) לעיל.

¹⁵⁵ מעשי הזוועה שביצעה גרמניה הנאצית במהלך מלחמת העולם השנייה, במיוחד נגד העם היהודי, הופכים מלחמה זאת לחריגה במידה כזו, שקשה לבסס עליה היקשים או השוואות כלשהם. די לציין, שהרפובליקה הפדרלית של גרמניה פיצתה ניצולים של השואה בשל זוועות הנאצים. ראו הסכם בין ממשלת ישראל והרפובליקה הפדרלית של גרמניה, מיום 10 במרץ 1952, כ"א כרך 3, עמ' 121. ראו גם Nicholas Balabkins, *West German Reparations to Israel* (1971); Nana Sagi, *German Reparations* (1980); Ludolf Herbst & Constantin Goschler, *Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland* (1989). נוסף על הסכם זה, מערכת חוקים מורכבת הסדירה בגרמניה את נושא התביעות האינדיבידואליות. לניתוח מפורט של תביעות אלה, ראו *Die Wiedergutmachung Nationalsozialistischen Unrecht durch die Bundesrepublik Deutschland* (6 Vols., 1974–1987). בין השנים 1952 ו-1962 הסכימה גרמניה המערבית לשלם תשלומים חד-פעמיים לכמה מדינות במערב אירופה בשל הפגיעות באזרחיהן על ידי המשטר הנאצי. ראו Helmut Buchbom, "Die völkerrechtlichen Beseitigung des im Nahmen des Deutschen Reiches verübten Nationalsozialistischen Unrecht", in 2 *id.*, *Das Bundesruckerstattungsgesetz* 1, 51-60 (Friedrich Biella ed. 1981).

¹⁵⁶ על הספחים של סכסוך מזוין זה, ראו תת-פרק ג.5. (ב) להלן.

¹⁵⁷ ראו, למשל, **דו"ח ההתקדמות**, הערה 10 לעיל, בעמ' 3, 8-9.

להסדר הדדי של כל התביעות הכספיות";¹⁵⁸ אולם עד היום אף צד לא דרש שהוועדה תוקם. הסכם השלום בין ישראל לירדן מאמץ מתכונת דומה, בדחותו את הנושא הרגיש של רכוש פרטי, לרבות רכוש הפליטים, לדיונים עתידיים.¹⁵⁹

בהקשר הישראלי—פלסטיני, אין לצפות שייקבע חיוב לשלם פיצויים או שתוטל על אחד הצדדים האחריות לפריצת מעשי האיבה, ושעל ידי כך יונח הבסיס להגשת תביעות רכוש פרטיות. הערכה זו נסמכת על הסכמי השלום שנערכו עם מצרים וירדן וגם על הצהרת העקרונות וההסכמים שבאו בעקבותיה. כל המסמכים הללו נמנעים מלהתייחס לנושאים אלה.

גם אם הצדדים אינם עוסקים בפיצויים בשל הפרת זיני המלחמה, או מחליטים שלא לכלול רכוש פרטי בנושא זה, עדיין עליהם להסדיר את עניין הרכוש של אזרחיהם המוחזק בידי הצד השני. הצדדים יכולים לקבוע את הזכויות לרכוש, או לדחות את העיסוק בשאלות אלה לשלב מאוחר יותר. בניגוד להסכמי השלום בין ישראל למצרים ולירדן, אין להניח שניתן יהיה לקדם את הסדר הקבע הישראלי—פלסטיני תוך דחיית הטיפול בתביעות הפרטיות הרבות לשלב מאוחר יותר. כמכשול עיקרי לפיוס, נושא זה חייב יהיה להיות מטופל לשביעות רצונם של שני הצדדים. מכיוון שפתרון חד-צדדי, שכופה הצד החזק על הצד החלש (כפי שהיה, למשל, בסיומן של שתי מלחמות העולם), אינו נראה סביר, יש לבחון גישות מאוזנות יותר. גישות כאלה תתמקדנה בשתי הזכויות הקשורות לתביעות אינדיבידואליות לרכוש פרטי: הזכות לקבל את הרכוש חזרה והזכות

¹⁵⁸ חוזה שלום בין מדינת ישראל ובין הרפובליקה הערבית של מצרים, מיום 26 במרץ 1979, כ"א, כרך 25, בעמ' 695.

¹⁵⁹ סעיף 8 להסכם השלום (הערה 64 לעיל) קובע בחלקו: 1. Recognising the massive human problems caused to both Parties by the conflict in the Middle East, as well as the contribution made by them towards the alleviation of human suffering, the Parties will seek to further alleviate those problems arising on a bilateral level. 2. Recognising that the above human problems caused by the conflict in the Middle East cannot be fully resolved on the bilateral level, the Parties will seek to resolve them in appropriate forums, in accordance with international law, including the following: (a) in the case of displaced persons, in a quadripartite committee together with Egypt and the Palestinians; (b) in the case of refugees, (i) in the framework of the Multilateral Working Group on Refugees; (ii) in negotiations, in a framework to be agreed, bilateral or otherwise, in conjunction with and at the same time as the permanent status negotiations pertaining to the [West Bank]; 3. through the implementation of agreed United Nations programmes and other agreed international economic programmes concerning refugees and displaced persons, including assistance to their settlement."

לפיוצויים כתחליף לקבלת הרכוש. שני תת-הפרקים הבאים בוחנים את הפרקטיקה הבין-לאומית, וכן שיקולי מדיניות ושיקולים משפטיים, הרלוונטיים לכל אחת מאפשרויות אלה.

4. הזכות להשבת הרכוש

בתת-פרק זה נבחן את מעמדה של התביעה להשבת רכוש פרטי לאור הדין והפרקטיקה הבין-לאומיים. כפי שהוזכר לעיל, תביעה פרטית זאת מתקשרת לשאלה של זכות השיבה של פרטים ושל קבוצות אוכלוסין, ולפיכך נעסוק גם בה. נפתח בסקירת הפרקטיקה הבין-לאומית לגבי העברה המונית של אוכלוסיות בעקבות משברים בין-לאומיים (תת-פרק א), ולאחר מכן נבחן את המעמד של זכות היחיד להשבת רכוש וזכות הקהילה לשוב לאזור שממנו היא הועברה. מעמדן של זכויות אלה ייבחן על פי המשפט הבין-לאומי באופן כללי (תת-פרק ב), ועל פי מסמכים הקשורים לסכסוך הישראלי-פלסטיני באופן מיוחד (תת-פרק ג). לבסוף, נבדוק את שיקולי המדיניות הרלוונטיים, תוך הקדשת תשומת-לב מיוחדת למציאות הפוליטית במזרח התיכון (תת-פרק ד).

א) העברות המוניות של אוכלוסין והשפעתן על הרכוש הפרטי

קיימות דוגמאות אחדות להעברות מסיביות של אוכלוסיות שנעשו על פי הסכמי החלפת אוכלוסין, ובחלק מהסכמים אלה אף מצויה התייחסות מפורשת להשפעת ההעברה על הקניין הפרטי. אף על פי כן, קשה למצוא דוגמאות לטיפול משביע רצון בבעיה זאת. ההסכמים הראשונים מסוג זה, אשר נועדו ליצור קהילות הומוגניות יותר מבחינה אתנית, נערכו בתחילת המאה הנוכחית. כך, הסכם Neuilly, שנכרת בין בולגריה ליוון ביום 27 בנובמבר 1919, הורה על העברה ויישוב מחדש של ארבעים וששה אלף יוונים מבולגריה, ותשעים וששה אלף בולגרים מיוון.¹⁴⁰ בעקבות הסכם זה,

Convention between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Nov. 27, 1919,¹⁴⁰ L.N.T.S. 68-72. אמנה זו מיישמת את סעיף 56(2) של ה-Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Bulgaria, Nov. 27, 1919 (reprinted in *The Treaties of Peace, 1919-1923*, Vol. 2, 1036 (Carnegie Endowment for International Peace, 1924). על אמנה זו והסכם ההגירה ההדדי, ראו Stephen P. Ladas, *The Exchange of Minorities: Bulgaria, Greece and Turkey* 27 et seq. (1932).

הסכימו ממשלות יוון וטורקיה ליישם מדיניות דומה, בהיקף רחב יותר.¹⁶¹ מלחמת יוון-טורקיה, שפרצה אחרי מלחמת העולם הראשונה, הסתיימה בשנת 1923, אחרי שצבא יוון נחל תבוסה מוחצת באסיה הקטנה בשנת 1922. תבוסה זאת, והאמצעים הברוטליים שנקטו הטורקים בעקבותיה כלפי הקהילות היווניות בטורקיה, גרמו לגל גדול של פליטים יוונים שברחו מבתיהם בטורקיה. בעקבות התפתחויות אלה קבעו שתי המדינות בהסכם השלום שלהן הסדר של חילופי אוכלוסין הדדיים: כשני מיליון יוונים שהיו לפני כן אזרחים טורקיים וכחצי מיליון טורקים שהיו לפני כן אזרחים יוונים, עברו או אולצו לעבור לצד השני.¹⁶² טרנספר הדדי זה גרם סבל רב לפרטים שנאלצו לעזוב את מקום מושבם הקודם. הפליטים סבלו מרעב, מאבטלה ומהיעדר קורת-גג לראשם. למרות זאת, היו מי ששיבחו דרך זו כפתרון אופטימלי לסכנה של התחדשות המאבק האלים בין שני העמים.¹⁶³ נכסי המקרקעין שהותירו המגורשים נתפסו בידי ממשלות בולגריה, יוון וטורקיה, אשר השתמשו בהם ליישוב הפליטים שהגיעו מן הצד השני במקום שהיה צורך בכך.¹⁶⁴ כמובן שהסדרים אלה שללו מן המגורשים את הזכות לקבל בחזרה את נכסיהם.¹⁶⁵

מעצבי הסדר העולמי החדש אחרי מלחמת העולם השנייה התרשמו מהפתרון הנדון,¹⁶⁶ והחליטו ליישמו לגבי חמישה עשר מיליון גרמנים אשר התגוררו במזרח

¹⁶¹ על הרקע להסכם היווני-טורקי, ראו Kalliopi A. Koufa & Constantinos Svolopoulos, "The Compulsory Exchange of Populations between Greece and Turkey: The Settlement of Minority Questions at the Conference of Lausanne 1923 and its Impact on Greek-Turkish Relations", in *Ethnic Groups in International Relations*, Vol. V 275 (Paul Smith ed. 1991).

¹⁶² Convention Concerning the Exchange of Greek and Turkish Populations, July 30, 1923, בתוך **הסכמי השלום, 1923-1919**, הערה 160 לעיל, בעמ' 653. על אמנה זו, רקעה ויישומה, ראו **לאדאס**, הערה 160 לעיל, בעמ' 335 ואילך.

¹⁶³ בדברי-הסיכום שלו מעיר לאדאס: "It may be asserted that as a result of the exchange the problem of the protection of minorities between the two countries has disappeared, to the great advantage of peaceful relations between the two countries and of greater stability" הערה 160 לעיל, בעמ' 725-726.

¹⁶⁴ על יישוב הפליטים בבולגריה, יוון וטורקיה, ראו **לאדאס**, הערה 160 לעיל, בעמ' 591-617 (במיוחד עמ' 593, 603), 618-704 (במיוחד עמ' 648-649) ו-705-719 (במיוחד 705-708), בהתאמה.

¹⁶⁵ על המדיניות של הסכמים אלה בסוגיית הפיצויים על אובדן הרכוש, ראו תת-פרק ג.5. (א) להלן.

¹⁶⁶ בנאום בפני הפרלמנט הבריטי התייחס ראש ממשלת בריטניה, וינסטון צ'רצ'יל, לפתרון זה בחיוב. הוא הסתמך על חילופי האוכלוסין בין טורקיה ליוון, שאותם ראה כהצלחה. (Parl. Deb. H.C. (5th ser.) 1484 (1944).

אירופה, במיוחד באזור המזרחי של גרמניה מעבר לנהרות אודר ונייסה – אזור אשר הוקצה לפולין לאחר המלחמה.¹⁶⁷ הצהרת פוטסדם, שהצהירו בעלות-הברית בסוף המלחמה, הורתה על העברת האוכלוסייה הגרמנית שנותרה בפולין, צ'כוסלובקיה, הונגריה ואוסטריה לגרמניה "באופן מסודר ואנושי".¹⁶⁸ למרות מאמצי הכוחות המערביים, טרנספר המוני זה היה כרוך בסבל רב, ולפי אחת ההערכות גרם למותם של למעלה משני מיליון מגורשים.¹⁶⁹ הסדרי העברה אחרים, בהיקף מצומצם יותר, יושמו בחלקים אחרים של אירופה המרכזית והמזרחית, בעקבות ההתוויה מחדש של הגבולות.¹⁷⁰ גרמנים שהועברו ממזרח אירופה איבדו את הבעלות על הרכוש שהותירו אחריהם.¹⁷¹ הצהרת פוטסדם לא עסקה בשאלת הפיצויים.¹⁷²

השאלה הבלתי-פתורה של המגורשים הגרמנים הכשילה הסדר של התביעות ההדדיות בין גרמניה למדינות אירופה המרכזית והמזרחית בעקבות מלחמת העולם השנייה וספיחיה. בתחילת שנות התשעים, עם התמוטטות המשטרים הקומוניסטיים, שבו והתעוררו שתי השאלות הקשורות זו בזו: שאלת המגורשים הגרמנים ושאלת הפיצוי לקורבנות הנאצים. מגורשים גרמנים תבעו שהממשלות הדמוקרטיות שקמו במדינות מוצאם יכירו בזכויות הקניין שלהם ובזכות המולדת (*Recht auf die Heimat*) שלהם.¹⁷³ הממשלה הצ'כוסלובקית, ולאחר מכן הממשלה הציכית, דחו את התביעה לביטול

¹⁶⁷ על גירוש זה, ראו Alfred M. de Zayas, *Nemesis at Potsdam* (3rd. ed. 1988). לנתון של חמישה עשר מיליון, ראו שם, בעמ' xix, xxv, והערת-שוליים 1 בעמ' 187. ראו גם Eugene M. Kulischer, *Europe on the Move* 282-86 (1948).

¹⁶⁸ Potsdam Conference Protocol, Aug. 2, 1945, sec. XII, 3 Bevans 1207, reprinted in John A.S. Grenville & Bernard Wasserstein, *The Major International Treaties Since 1945* 32, 37 (1987).

¹⁶⁹ **זה זאיאס**, הערה 167 לעיל, הערת-שוליים 1 בעמ' 189.

¹⁷⁰ **קלישה**, הערה 167 לעיל, בעמ' 287-294.

¹⁷¹ על פי התכנית של בעלות הברית, אמורים היו המועברים לקבל פיצוי על אובדן זה. ראו **זה זאיאס**, הערה 167 לעיל, בעמ' 103.

¹⁷² **זה זאיאס**, הערה 167 לעיל, בעמ' 103. סוגיית הפיצויים למגורשים הגרמנים הועלתה בידי בעלות הברית (שם), אולם לא ניתנה כל התחייבות פורמלית בנושא זה, מעבר להתחייבות הכללית בהצהרת פוטסדם, לכך שהטרנספרים יבוצעו "in an orderly and humane manner". ראו הטקסט בסמוך להערה 168 לעיל.

¹⁷³ ה-Sudeten German Congress וה-Sudeten German Landsmanschaft, המייצגים כשניים וחצי מיליון גרמנים שגורשו מצ'כוסלובקיה ואשר רכושם הופקע באמצעות ה-"Benes Decrees", היו פעילים במיוחד בנושא זה. על היחסים בין גרמניה וצ'כוסלובקיה בצל סוגיה זו, ראו CTK National News Wire, *Profile of the Sudeten Germany*, May 20, 1994, available in LEXIS, NEXIS Library, Curnws file.

הצווים שהוציא נשיא צ'כוסלובקיה בנש סמוך לאחר מלחמת העולם השנייה, צווים אשר שללו את אזרחותם של הגרמנים הסודטים והפקיעו את רכושם. ראש הממשלה, ואצלב האבל, אישר כי גירושם של הגרמנים הסודטים היה "בלתי-צודק ובלתי-מוסרי".¹⁷⁴ למרות זאת, דחתה הרפובליקה הציכית אפילו תביעות לפיצויים על רכוש שהיה שייך לגרמנים הסודטים,¹⁷⁵ ועמדה זו קיבלה גושפנקה של בית-המשפט החוקתי הציכני.¹⁷⁶ ההסכם בדבר יחסי שכנות טובה ושיתוף פעולה, שנערך בין צ'כוסלובקיה לגרמניה ביום 27 בפברואר 1992,¹⁷⁷ כמוהו כהסכמים בין גרמניה ופולין שקדמו לו,¹⁷⁸ הותיר את שתי השאלות הללו פתוחות. בשלב זה לא נראה באופק פתרון לסוגיות רגישות אלה.

¹⁷⁴ שם (נאום שנישא ביום 9 ביוני 1991).

¹⁷⁵ שם. התייחסותו של האבל לשאלה זו ביום 9 בספטמבר 1993 באה כעקבות הערה של הקנצלר קוהל, ביום 3 בספטמבר 1993, שדיאלוג עם הגרמנים הסודטים הוא אחד התנאים להשתלבות הרפובליקה הציכית באירופה.

¹⁷⁶ בפסק-דין מיום 8 במרץ 1995, קבע בית-המשפט הציכני כי הצווים שהוצאו סמוך לאחר מלחמת העולם השנייה היו חוקיים. בית-המשפט הוסיף שעל רקע הנסיבות של אותה תקופה הייתה הצדקה להוצאת הצווים, ומכל מקום ביטולם כעת יגוע בביטחון המשפטי שהוא מיסודות השיטה הדמוקרטית. ראו תרגום לגרמנית של פסק-הדין וביקורת עליו בתוך Bayerische Verwaltungsblätter, 1966 heft 1, p. 14-17. לטענה (מפי משפטן גרמני) שהצווים הציכוסלובקיים היו הפרה של המשפט הבין-לאומי, המזכה את גרמניה בעילת פיצויים, ראו Christian Tomuschat, "Die Vertreibung der Sudetendeutschen zur Fraye des Bestehens vom Rechtsansprüchen nach Völkerrecht und Deutschem Recht", 56 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) 1 (1996).

¹⁷⁷ Czechoslovak-German Treaty on Good Neighborly Relations and Friendly Cooperation, 1992 *Bundesgesetzblatt, Teil II* [BGB1. II] 462.

¹⁷⁸ Agreement Between the Federal Republic of Germany and the Republic of Poland in Relation to the Ratification of the Border Between Them, November 14, 1990, translated and reprinted in "extreme suffering which resulted from [the] war, in particular the large number of German and Polish people who were either expelled from, or had to evacuate their homes" 30 ILM 1292 (1992). המבוא להסכם מציין את ה- "extreme suffering which resulted from [the] war, in particular the large number of German and Polish people who were either expelled from, or had to evacuate their homes" לגבי זכויות הפליטים. הממשלה הגרמנית הצהירה שהסכם זה השאיר את השאלה בדבר זכויות המגורשים פתוחה. ראו Gunnar Schuster, "Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1990", 52 *ZaöRV* 828, 848 (1992). עמדה דומה הביעה ממשלת גרמניה לגבי ה- Polish-German Treaty on Good Neighborly Relations and Friendly Cooperation, 1991 *Bundesgesetzblatt, Teil II* [BGB1. II] 1315, שנחתם בין גרמניה ופולין ביום 17 ביוני 1991. ראו Christian Walter, "Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1993", 55 *ZaöRV* 1095, 1242-1243 (1995).

נוסף על דחיית התביעות של הגרמנים הסודטים ושל שאר הגרמנים שגורשו ממזרח אירופה בידי ממשלות מזרח אירופה, ממשלת גרמניה המאוחדת עצמה דחתה תביעות רבות של אזרחיה היא להשבת רכושם הממוקם בגרמניה המזרחית לשעבר. הסכם האיחוד משנת 1990¹⁷⁹ קובע שרוב רובו של הרכוש אשר הופקע בידי כוחות הכיבוש הסובייטים במזרח גרמניה לשעבר בין השנים 1945 ו-1949 לא יוחזר לבעלי המקוריים. במקום השבה, מכיר ההסכם בזכות הבעלים המקוריים לפיצויים כספיים.¹⁸⁰ הסכם האיחוד מונחה על ידי חששות דומים לגבי הרכוש שנלקח בידי רשויות גרמניה המזרחית לשעבר אחרי שנת 1949. לכאורה, מכיר ההסכם בזכות להשבת הרכוש שהיה שייך לאזרחי מערב גרמניה; אך למעשה הוא כולל חריגים משמעותיים להשבה, ובדרך זו מבטיח את האינטרסים של אזרחי מזרח גרמניה לשעבר, אשר התיישבו באותו רכוש. על פי ההצהרה המשותפת מיום 15 ביוני 1990, רכוש לא יוחזר אם ההחזרה בלתי-אפשרית, בלתי-מעשית או בלתי-צודקת, או אם הרכוש נרכש "ביושר" על ידי אנשים שלישיים. רכישה נחשבת כ"בלתי-ישרה" אם היא הייתה בניגוד לחוק או לפרקטיקה המנהלית של מזרח גרמניה, והרוכש ידע או שהיה עליו לדעת על ניגוד זה.¹⁸¹ חריג נוסף להשבה עניינו רכוש הנדרש לשימושים המניבים תועלת כלכלית כללית.¹⁸² חוקתיותו של הסדר זה לגבי הרכוש שהופקע בזמן הכיבוש הסובייטי הועמדה למבחן בפני בית-המשפט החוקתי הפדראלי הגרמני. בית-המשפט אישר שההסדר עולה בקנה אחד עם הוראות החוקה, וזאת בהסתמך על כללי ברירת-הדין הגרמניים, שלפיהם יש להכיר בתוקף הצווים הרוסיים.¹⁸³

Agreement with respect to the Unification of Germany, August 31, 1990, 1990 BGB1, II 889,¹⁷⁹
.translated and reprinted in 30 ILM 457 (1991)

¹⁸⁰ ההחלטה בנושא זה נכללה בהצהרה המשותפת בדבר הסדרת שאלות פתוחות לגבי רכוש, מיום 15 ביוני 1990, ומאוחר יותר צורפה להסכם האיחוד כנספח III. סימן 41(3) קבע שהרפובליקה הפדרלית לא תבצע בעתיד שינויים משפטיים אשר יסתרו את הכללים שבהצהרה המשותפת. ראו, Peter E. Quint, "The Constitutional Law of German Unification", 50 *Maryland L. Rev.* 475 (1991); Dorothy Ames Jeffress, "Resolving Rival Claims on East German Property upon German Unification", 101 *Yale L.J.* 527 (1991). יש להטעים כי ההצהרה לא פירטה את היקף הפיצויים שישולמו.

¹⁸¹ הסכם האיחוד, הערה 179 לעיל, נספח II, *Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen, Abs.*, III(B). ראו קווינט, הערה 180 לעיל, בעמ' 554-550.

¹⁸² הסכם האיחוד, הערה 179 לעיל, סימן 41(2). ראו קווינט, הערה 180 לעיל, בעמ' 554-550.

¹⁸³ החלטה בעניין "רפורמה קרקעית" מיום 23 באפריל 1991, 1991 *Neue Juristische Wochenschrift*, 1569, summarized in 85 *Am. J. Int'l L.* 690 (1991). על נושא זה ראו קווינט, הערה 180 לעיל, בעמ' 544-547; ג'פרס, הערה 180 לעיל. על הדיון בבית-המשפט לגבי תכנית הפיצויים, ראו הטקסט סמוך להערה 235 להלן.

תכנית אחרת להעברה מוסכמת של אוכלוסייה בהיקף גדול בוצעה בשנת 1947 במסגרת יישוב הסכסוך בין הינדים ומוסלמים בהודו הבריטית. לאחר שהסתבר כי העוינות הבין-דתית אינה מאפשרת לשתי הקהילות לחיות בדו-קיום, חולקה תת-היבשת לשתי מדינות: הודו ופקיסטן. חלוקה זאת הצריכה יישוב מחדש של מיליוני בני-אדם.¹⁸⁴ כמו בכל המקרים שהוזכרו לעיל, הרכוש שהותירו אחריהם המגורשים נתפס בידי הממשלות ושימש לאחר מכן ליישוב הפליטים הנכנסים.¹⁸⁵

מקרה נוסף של העברה כפויה של אוכלוסייה שלמה היה בקפריסין. העברה זאת לא נעשתה על פי הסכם מוקדם, אלא כתוצאה מן הפלישה הטורקית לאי. הסכסוך נבע מאי-היכולת של הקפריסאים היוונים ושל הקפריסאים הטורקים לחלק ביניהם את הכוח והשליטה במסגרת של מערכת ממשל אחת. בשנת 1974, לאחר אחת עשרה שנות חיכוכים אזרחיים בקפריסין, פלשה טורקיה לאי וכבשה את חלקו הצפוני.¹⁸⁶ תוך שבועות ספורים, ברחו למעלה ממאתיים אלף קפריסאים או אולצו לעבור לצידו האחר של "קו אטילה" שנקבע בידי הכוחות הטורקיים. קפריסאים יוונים נטשו את האזור שכבשו הטורקים, בעוד שקפריסאים טורקים נעו צפונה והתיישבו בבתים שנטשו הקפריסאים היוונים.¹⁸⁷ הפליטים הקפריסאים היוונים יושבו מאז מחדש בחלק הדרומי של האי, מקצתם ברכוש של קפריסאים טורקים.¹⁸⁸ התביעה להשבת הנכסים שהותירו

¹⁸⁴ Chaudhri Muhammad Ali, *The Emergence of Pakistan* (1967); Russell Brines, *The Indo-*
Pakistani Conflict 18-48 (1968). ההערכות לגבי מספר האנשים שיושבו מחדש נעות בין שנים-עשר מיליון ללמעלה משלושים מיליון: עלי, שם, בעמ' 74; בריינס, שם, בעמ' 43.

¹⁸⁵ ראו עלי, הערה 184 לעיל, בעמ' 267-270. מבחינה משפטית, נוהל הרכוש שהותירו מאחוריהם הפליטים בכל פרובינציה בידי אפוטרופוס על רכוש המפונים. שיטה זאת נבעה מהסכמה הודית-פקיסטנית להגן על רכוש הפליטים, שבאה לידי ביטוי בהצהרה משותפת של ראש ממשלת הודו וראש ממשלת פקיסטן מיום 3 בספטמבר 1947. ההצהרה קבעה כי "both governments will take steps to look after the property of refugees and restore it to its rightful owners." עלי, הערה 184 לעיל, בעמ' 268. שיטה זאת התבססה על ההנחה שהעברת האוכלוסין עשויה להיות זמנית, וכי רבים יחזרו בסופו של דבר לבתיהם. ככל שחלף הזמן והחזרה נראתה פחות ופחות מסתברת, השתנתה גישת הממשלות: "[t]he refugee's title to property he had left in the other Dominion became thin and shadowy and finally disappeared" (שם).

¹⁸⁶ ראו בנבנשתי, הערה 35 לעיל, בעמ' 177-181.

¹⁸⁷ Robert McDonald, *The Problem of Cyprus* (Adelphi Paper No. 23449-50, 1989). המדיניות של הקצאת רכוש של קפריסאים יוונים לקפריסאים טורקים נדונה בבית-המשפט לערעורים ובבית הלורדים באנגליה: *Hesperides Hotels Ltd. v. Aegean Turkish Holidays Ltd.*, 1978 Q.B. 205 [1978] 1 All E.R. 277 (C.A.); *Hesperides Hotels v. Muftizade*, [1978] 3 W.L.R. 378 (H.L.).

¹⁸⁸ על סבלם של הפליטים הקפריסאים היוונים, ראו Peter Loizos, *The Heart Grown Bitter: A Chronicle of Cypriot War Refugees* (1981).

הפליטים והתביעה למימוש "זכות השיבה" שלהם הפכו מאז לשני המכשולים העיקריים בדרך לפיוס.¹⁸⁹

כדי לספק בסיס למשא ומתן בין המנהיגים של שתי האוכלוסיות, ניסח המזכיר הכללי של האו"ם, בוטרוס בוטרוס-ראלי "Set of Ideas on an Overall Framework Agreement on Cyprus".¹⁹⁰ הצעות אלה, אשר קיבלו את תמיכת מועצת הביטחון של האו"ם,¹⁹¹ שואפות לאזן בין האינטרסים של העקורים לבין המטרה של יצירת קהילות הומוגניות. הן מציעות הפרדה טריטוריאלית בין האוכלוסיות על פי קווים אתניים. כל אחד משני האזורים שיווצרו ינוהל בידי קהילה אחת, אשר לה יובטח רוב ברור של האוכלוסייה ושל הבעלות על הקרקע באותו אזור.¹⁹² ההצעות קובעות גם החזרה מוגבלת של פליטים, ופיצויים לפליטים שלא יחזרו.¹⁹³

המקרה האחרון שאליו יש להתייחס בהקשר הנוכחי הוא מלחמת האזרחים שניטשה ביוגוסלביה לשעבר בין השנים 1991 ו-1995. במלחמה זו יושמה מדיניות של "טיהור אתני", אשר תבעה קורבנות רבים בנפש וגרמה לפגיעות חמורות ברכוש. הסכמי דייטון-פריז לגבי סרביה והרצגובינה משנת 1995 ביקשו לרפא את תוצאותיה של מדיניות זו.¹⁹⁴ לפי

¹⁸⁹ הקפריסאים הטורקים טוענים ששני הצדדים הסכימו על חילופי אוכלוסין אלה, במה שהם מכנים "הסכם לחילוף אוכלוסין מיום 2 באוגוסט 1975". ראו Necati M. Eartekuen, *The Cyprus Dispute* (1984) 267-272. הקפריסאים הטורקים מבססים את סירובם לקבל את התביעה של הקפריסאים היוונים להחזרת הפליטים על "הסכם" זה. האסיפה הכללית של האו"ם "call[ed] for respect of the human rights of all Cypriots and the institution of urgent measures for the voluntary return of the refugees to their homes in safety" (החלטת האסיפה הכללית של האו"ם מסי' 34/30 (מיום 19 בנובמבר 1979). החלטה 37/253 (מיום 13 במאי 1983) חזרה על קריאה זו, תוך שהיא מציינת את חופש התנועה והזכות לקניין ככלולות ב-"human rights" של הפליטים.

¹⁹⁰ Report of the Secretary-General to the Security Council, UN Doc. S/24472, Annex, at 9-25 (1992).

¹⁹¹ החלטת מועצת הביטחון מסי' 744 (מיום 25 באוגוסט 1992).

¹⁹² Opening statement of UN Secretary-General Pérez de Cuéllar (June 29, 1989), reprinted in Zaim M. Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, App. 10, at 433 (2d ed., 1993).

¹⁹³ ראו תת-פרק ג.5. (ב) להלן.

¹⁹⁴ 35 ILM 75-183 (1996). הסכם המסגרת נחתם בדייטון, ארצות-הברית, ביום 21 בנובמבר 1995, ובעקבותיו נחתם הסכם פריז ביום 14 בדצמבר 1995. על הסכמים אלה, ראו Paul C. Szasz, "Protection of Human Rights through the Dayton/Paris Peace Agreement on Bosnia", 90 *Am. J. Int'l L.* 301 (1996).

ההסכמים, חולק שטח בוסניה-הרצגובינה בין שתי יישויות, הפדרציה של בוסניה והרצגובינה (ובה אוכלוסייה מוסלמית וקרואטית) והרפובליקה הסרבית (בשליטת הסרבים תושבי בוסניה). בניגוד למגמה המשתקפת בהסדרים שתוארו לעיל, נספח 7 להסכם פריז מכיר בזכות של כל הפליטים לשוב לבתיהם, לקבל חזרה את רכושם, ובמקרים שבהם ההשבה אינה אפשרית, לקבל פיצויים על הרכוש (סעיף I1) לנספח). הצדדים להסכם התחייבו להבטיח את שלום השבים, לסייע בשיכונם ולשתף פעולה בעניין זה עם ארגונים בין-לאומיים. ההסכם אף כונן נציבות עצמאית המוסמכת להכריע בתביעות להשבת רכוש או לפיצוי בשל אובדנו.¹⁹⁵ אף כי מוקדם עדיין להעריך את מידת המימוש של ההסדרים האמורים, ניתן לשער כי מרבית הפליטים יהססו מאוד בטרם ינסו לממש את הזכות לשוב לבתיהם, ובנסיבות הפוליטיות, החברתיות והצבאיות הקיימות יעדיפו להסתפק בפיצויים.

ההיסטוריה אינה מספקת איפוא דוגמה כלשהי להעברת אוכלוסין המונית, בין אם על פי תכנית מוסכמת ובין אם כתוצאה מאימת המלחמה, שבעקבותיה קיבלו הפליטים חזרה את הרכוש שהותירו מאחור. בתת-הפרק הבא נדון בתוקף של התביעות להחזרת רכוש כזה ושל "זכות השיבה" לפי המשפט הבין-לאומי.

(ב) תביעות להשבת רכוש ולשיבת-אוכלוסין במשפט הבין-לאומי

הפרקטיקה הבין-לאומית, כפי שתוארה בתת-הפרק הקודם, אינה מאששת את הטענה שזכות השיבה לאחר העברה המונית של אוכלוסין מוכרת במשפט הבין-לאומי. התרשמות זאת מן הפרקטיקה של המדינות השונות מתחזקת מתוך עיון בספרות המשפטית, שאף בה אין סימוכין להכרה בזכותם של פליטים לשוב למדינה שממנה ברחו. על-אף קריאות חוזרות ונשנות להכרה בזכות זאת, בעיקר מפי משפטנים גרמניים ופולסטיניים,¹⁹⁶

¹⁹⁵ על נציבות זו, ראו הערות 249-251 להלן והקסט הסמוך להן.

¹⁹⁶ טומושט מצביע על כך שהתמיכה בספרות המשפטית הגרמנית בזכות השיבה של פליטים ובזכות המולדת שלהם הובעה החל משנת 1947, בעקבות הטרנספרים ההמוניים של גרמנים מאירופה המרכזית והמזרחית. ראו Christian Tomuschat, "Das Recht auf die Heimat: Neue rechtliche Aspekte", in *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung* 183, 184-86 (Juergen Jekewits et al. eds., 1989). טומושט עצמו סבור שאין לפליטים זכויות כאלה, אך למדינה שרכוש אזרחיה הופקע יש זכות לפיצויים (טומושט, הערה 176 לעיל). ראו גם Manfred Nowak, *The Covenant on Civil and Political Rights* (1993) 220 *Rights: CCPR Commentary* (סימן 4)12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, *Covenant on Civil and Political Rights*, משנת 1966, חל גם כאשר אוכלוסיות שלמות טוענות לזכות

הדעה הרווחת היא שהזכות אינה מוכרת במסמכים העוסקים בזכויות אדם, כגון ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות אדם והאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות פוליטיות ואזרחיות,¹⁹⁷ וכי היא טרם התקבלה כחלק מן המשפט הבין-לאומי המנהגי.¹⁹⁸ המשפט הבין-לאומי המנהגי הקיים אף אינו מכיר בזכות הפליטים להשבת רכושם. לאמיתו של דבר, ליחידים אין זכות כזאת אפילו במקרים של גירוש או העברה בקנה-מידה קטן. הזכות להשבת רכוש אינה נמנית עם זכויות האדם שהמשפט הבין-לאומי מכיר בהן

Alfred M. de Zayas , "Population, Expulsion and Transfer", in [Installment] 8 *Encyclopedia of*; (זו הציבה את השאלה של ההצהרה *Public International Law* 438, 442-43 (Rudolf Bernhardt ed., 1985) האוניברסלית ושל האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות על העברה המונית של פליטים). דה זאיאס מציין שישוּם זכות השיבה מתנגש בהכרח עם האינטרסים של האוכלוסייה הקיימת: "There are conflicting interests and conflicting rights, the balancing of which must be undertaken in the name of peace. Perhaps the current development toward greater interdependence in the world may eventually lead to the increased permeability of national frontiers and allow the settlement and coexistence of these neighbours." (שם, בעמ' 443). למרבה הצער, נסיין התקופה האחרונה לגבי מאבקים אתניים איננו מאשש תקווה זו. אשר לעמדה הפלסטינית, ראו Henry Cattan , *Palestine and International Law* 213-23 (2d ed. 1976); W. Thomas Mallison & Sally V. Mallison, "The Right of Return", *J. Palestine Stud.*, Spring 1980, 125

¹⁹⁷ סימן 12(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מורה כי "[n]o one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country" (סימן זה דומה, לענייננו, לסימן 13(2) של ההכרזה האוניברסלית, החלטת האסיפה הכללית של האו"ם מסי' 217A (III), (UN Doc. A/810, at 71 (1948)), בהתייחס לסימן 12(4), כתוב יאגרסקיולד:

"This right is intended to apply to individuals asserting an individual right. There was no intention here to address the claim of masses of people who have been displaced as a byproduct of war or by political transfers of territory or population, such as the relocation of ethnic Germans from eastern Europe during and after the Second World War, the flight of Palestinians from what became Israel, or the movement of Jews from the Arab countries. Whatever the merits of various 'irredentist' claims, or those of masses of refugees who wish to return to the place where they originally lived, the Covenant does not deal with those issues and cannot be invoked to support the right to 'return.' These claims will require international political solutions on a large scale."

Stig Jagerskiold, "The Freedom of Movement", in *The International Bill of Rights* 166, 180 (Louis Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice* 59 & n. 175 (1987)) ("There is no evidence that mass movements of groups such as refugees or displaced persons were intended to be included within the scope of article 12 of the Covenant by its drafters")

¹⁹⁸ ראו, למשל, Yoram Dinstein, "Book Review", 17 *Isr. Y.B. Human Rights* 318, 319 (1987) (הביטוי "one's own country" מתפרש בדרך כלל באופן צר; בכל מקרה, אין הוא כולל העברות המונית של פליטים); Ruth Lapidoth, "The Right of Return in International Law, with Special Reference to

ביחסים שבין מדינה לאזרחיה.¹⁹⁹ רכושם של נתינים זרים מוגן על ידי המשפט הבין-לאומי מפני הלאמה והפקעה. אולם גם במקרה זה הדגש הוא על תשלום פיצויים, ולא דווקא על השבת הרכוש בעין.²⁰⁰ באורח דומה, מאמצים שנעשו לאחרונה לערוך קודיפיקציה של דיני הפליטים התמקדו בפיצויים, ולא בהחזרת הקניין, כאמצעי ההולם לטפל בתביעות של פליטים לרכוש.²⁰¹ לפי ניתוחנו, נראה שמאמצים אלה עולים בקנה אחד עם הדין הקיים.

ג) שיבה והחזרת רכוש במסמכים המתייחסים לסכסוך הישראלי – פלסטיני

חולשת הטענה בדבר קיומה של זכות משפטית לשיבת הפליטים ולהחזרת רכושם באה לידי ביטוי גם בהחלטות האו"ם בדבר ההסדרה של בעיית הפליטים במזרח התיכון. החלטת מועצת הביטחון 242, שעליה, בין היתר, מסתמכים הצהרת העקרונות והסכם הביניים הישראליים–פלסטיניים, קוראת ל"הסדר צודק של בעיית הפליטים" ("a just

the Palestinian Refugees", 16 *Isr. Y.B. Human Rights* 103 (1986); Kurt Rene Radley, "The Palestinian Refugees: The Right to Return in International Law", 72 *Am. J. Int'l L.* 586, 612-13 (1978).

הגבלת תחולתה של זכות השיבה רק לאזרחי אותה המדינה מודגשת ב-Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion, 62 *International Law Association [ILA], Conference Report* (1986) (Articles 1, 2, 3, 7, which refer to a state's expulsion of "its own nationals") 13. ראו גם Strasbourg Declaration on the Right to Leave and Return, adopted by a group of experts on November 26, 1986, בתוך האנוס, הערה 197 לעיל, נספח F. סימן 8 להצהרה קובע כי "On humanitarian grounds, a state should give sympathetic consideration to permitting the return of a former resident, in particular a stateless person, who has maintained strong bona fide links with that state". ראו גם Louis B. Sohn & Thomas Bucrgenthal, *The Movement of Persons Across Borders* (1992). המחברים מבחינים בין חובת המדינה לאפשר כניסה של אזרחיה (בעמ' 39-47) ושיקול הדעת שלה לגבי כניסת זרים, בהתאם לדינים שלה (בעמ' 49-64).

¹⁹⁹ זכות זאת אינה נכללת באמנה בדבר זכויות פוליטיות ואזרחיות. על הזכות לקניין על פי ה-European Convention משנת 1950, ראו Jochen Abr. Frowein, "The Protection of Property", in *The European System for the Protection of Human Rights* 515 (Ronald st. J. Macdonald, Franz Matscher & Herbert Petzold eds., 1993).

²⁰⁰ בדרך כלל, הסיכויים להצליח באכיפה של צווים להשבת נכסים הם מוגבלים למדי.

²⁰¹ ראו גם הטקסט הסמוך להערות 227-229 להלן.

"settlement of the refugee problem")²⁰² ראוי לציין כי בעת שהתקבלה החלטה 242 כבר היו מספר החלטות של האו"ם, אשר קראו לפתור את בעיית הפליטים, לאו דווקא בדרך של שיבת הפליטים או חלק מהם לשטח ישראל.²⁰³ אכן, בסימן 11 להחלטה מס' 194(III) מיום 1 בדצמבר 1948, קבעה האסיפה הכללית של האו"ם, "שיש להתיר לפליטים המעוניינים לחזור לבתייהם ולחיות בשלום עם שכניהם, לעשות זאת במועד המעשי המוקדם ביותר, וכי יש לשלם פיצויים עבור הרכוש של אלו הבוחרים שלא לחזור".²⁰⁴

אולם, החלטות מאוחרות יותר ציינו את ההכנה – שגם ה-UN Conciliation Commission for Palestine הייתה שותפה לה²⁰⁵ – ששיבה בלתי-מוגבלת של פליטים לתחומי ישראל אינה מעשית, ואף לא אפשרות מועדפת. במקביל לאישור מחדש של החלטה מס' 194(III), קראה האסיפה הכללית לביצוע תוכניות שהיו אמורות לכלול יישוב מחדש של הפליטים הפלסטיניים במדינות ערב. סעיף 4 להחלטה מס' 393(V)

²⁰² החלטת מועצת הביטחון של האו"ם מס' 242 (מיום 22 בנובמבר 1967). על החלטה זו, ראו Ruth Lapidot, "Security Council Resolution 242 at Twenty-Five", 26 *Isr. L. Rev.* 295 (1993).

²⁰³ ראדלי, הערה 198 לעיל, בעמ' 603-604 (Resolution) 604-603 "For many years following the adoption of Resolution 194 in 1948, the focus of the General Assembly attention with respect to the Palestinian problem drifted from repatriation toward resettlement as a solution. [...] beginning in 1969, the General Assembly's approach to the Palestinian problem took a new turn"

²⁰⁴ UN GAOR, 3d Sess., pt. I, Resolutions, pp. 21-24 (1948). על גישת אשיף להחלטה זאת, אשר נעה מדחייה מוחלטת לאישור משתמע בשנת 1988, ראו חאלידי, הערה 14 לעיל, בעמ' 33-35. כפי שמציין חאלידי, הפלסטינים נמנעו מלאשר את החלטה 242 משום שהייתה בה הכרה משתמעת כמדינת ישראל. הכרה זאת השתמעה מכך שההחלטה קראה לאפשר רק את חזרתם של הפליטים "המוכנים לגור בשלום עם שכניהם".

²⁰⁵ ועדת הפיוס הוקמה על ידי האסיפה הכללית בהחלטה מס' 194(III), הערה 204 לעיל. בדו"ח ההתקדמות (הערה 10 לעיל), הציגה הוועדה בקווים כלליים את הצעותיה ליישוב הסכסוך הערבי-ישראלי. נקודה 2, המתייחסת לבעיית הפליטים, מציעה "[t]hat the Government of Israel agree to the repatriation of a specified number of Arab refugees in categories which can be integrated into the economy of the State of Israel and who wish to return and live in peace with their neighbours" בדברי-ההסבר, ציינה הוועדה שהתנאים הפיזיים באזור השתנו כמידה ניכרת מאז 1948. "The areas from which the refugees came are no longer vacant, and any movement of return would have to be carefully worked out and executed with the active co-operation of the Government of Israel. Therefore it is indispensable that this Government should have definite, concrete figures on which to work, so that it can integrate plans of repatriation into its own economy. On the other hand, it is equally necessary that the refugees who opt to return do so in the full knowledge of the actual conditions under which they would be repatriated." (שם, עמ' 5, פסקה 32).

מיום 2 בדצמבר 1950 קובע כי, בלי לגרוע מהחלטה מס' 194(III), "השילוב מחדש (reintegration) של פליטים בחיים הכלכליים של המזרח הקרוב, בין על ידי השבה למולדתם (repatriation) ובין על ידי יישוב מחדש (resettlement), חיוני כדי להכשיר את הקרקע לזמן שבו הסיוע הבין-לאומי לא יינתן עוד, ולשם הגשמת תנאי השלום והיציבות באזור." סעיף 5 הורה לאונר"א "להקים קרן לשילוב מחדש, שתשמש לפרוייקטים שתבקש כל ממשלה במזרח הקרוב... לשם שיקום הפליטים והוצאתם ממעגל הסעד".

האפשרות של יישוב מחדש, בצד האפשרויות של השבה למולדת או תשלום פיצויים (שנקבעו בהחלטה מס' 194(III)), שבה והועלתה בהחלטה מס' 394(V) מיום 14 בדצמבר 1950. ההלטות מאוחרות יותר התייחסו לשתי האפשרויות, של השבה למולדת ושל יישוב מחדש, כבעלות מעמד שווה. גישה זאת עמדה בבסיס התכנית שעליה המליצה אונר"א, לסייע לרווחת הפליטים הפלסטיניים ולשילובם מחדש תכנית שהצריכה השקעות רחבות-היקף במדינות ערב שבהן נמצאו הפליטים.²⁰⁶ החלטות מאוחרות יותר ביקשו את "ממשלות האזור, מבלי לגרוע [מהחלטה 194(III)], תוך שיתוף פעולה עם מנהל [אונר"א], לתכנן ולבצע פרויקטים המסוגלים לתמוך במספרים גדולים של פליטים".²⁰⁷ האסיפה הכללית אף הביעה אכזבה מהסירוב של מדינות ערב להגשים פרויקטים כאלה.²⁰⁸

עמדת האסיפה הכללית לגבי הפליטים משנת 1948 מתבלטת כאשר משווים את החלטותיה בנושא זה להחלטתה הראשונה בעניין הפלסטינים שנעקרו (displaced) במלחמת ששת הימים. החלטה מס' XXII)2452 A מיום 19 בדצמבר 1968, אשר הבחינה בין שתי הקבוצות, קראה ל-"speedy return" של הפלסטינים העקורים וכן

²⁰⁶ החלטת האסיפה הכללית של האו"ם מס' VI)513 (מיום 26 בינואר 1952), פסקה 2. תכנית זו צפתה הוצאה של חמישים מיליון דולר לסעד ומאתיים מיליון לשילוב מחדש. על סירובן של מדינות ערב ליישם תכנית זו, ראו פרז, הערה 28 לעיל, בעמ' 19-32.

²⁰⁷ ראו פסקה 3 להחלטת האסיפה הכללית של האו"ם מס' IX)818 (מיום 4 בדצמבר 1954); החלטת האסיפה הכללית מס' X)916 (מיום 3 בדצמבר 1955); החלטת האסיפה הכללית מס' XI)1018 (מיום 28 בפברואר 1957); פסקה 5 להחלטת האסיפה הכללית מס' XII)1191 (מיום 12 בדצמבר 1957).

²⁰⁸ בהחלטה מס' XXII)2154 (מיום 2 בדצמבר 1966) האסיפה הכללית של האו"ם "[n]ote[d] with deep regret that repatriation or compensation of the refugees as provided for in paragraph 11 of General Assembly Resolution 194(III) has not been effected, that no substantial progress has been made in the program endorsed in paragraph 2 of resolution 513(VI) for the reintegration of refugees either by repatriation or resettlement and that, therefore, the situation of the refugees continues to be a matter of serious concern".

"קראה לממשלת ישראל לנקוט צעדים אפקטיביים ומידיים לשם השבתם ללא דיחוי".²⁰⁹
קראה נחרצת זו מדגישה את הגישה הפחות חד-משמעית לבעיית פליטי 1948, כפי שבה לידי ביטוי בהחלטות מאותה תקופה המתייחסות לאחרונים.²¹⁰

בשנים שלאחר מכן, עם התגבשות הרוב האנטי-ישראלי באסיפה הכללית של האו"ם, השתנתה נימת ההחלטות על פליטי 1948. ההפניה להחלטה מס' 394(V) הושמטה מהחלטה 2792(XXVI) מיום 6 בדצמבר 1971. החל משנת 1981, ציינו ההחלטות את הזכאות של כלל הפליטים הפלסטיניים לרכושם ולפירות שהצמיח רכוש זה, מבלי להבחין בין פליטי 1948 לעקורי 1967.²¹¹ בהחלטה J/38/83 מיום 15 בדצמבר 1983, התייחסה האסיפה לתכנית ישראלית ליישב מחדש פליטים פלסטיניים בגדה המערבית כחפרה של "זכות השיבה שאינה בת-ויתור" (inalienable right of return) של הפליטים. ראוי לציין כי בעקבות החתימה על הצהרת העקרונות הישראלית-פלסטינית ננקטה גישה מאוזנת יותר בהחלטות האסיפה הכללית. החלטה מס' 48/158D מיום 20 בדצמבר 1993, בדבר "הסדר בדרכי שלום של שאלת פלסטין", מדברת על פתרון של בעיית הפליטים הפלסטיניים בהתאם להחלטה 194(II) והחלטות רלוונטיות מאוחרות יותר, כאחד העקרונות לשלום כולל.

ההחלטות שהתקבלו בשנות השבעים והשמונים אינן צריכות להשפיע באורח רטרואקטיבי על פירושה של החלטת מועצת הביטחון 242. לכן, יש לפרש את קריאתה של החלטה 242 ל"פתרון צודק של בעיית הפליטים" לאור החלטות האו"ם הקודמות, שהצביעו על יישוב מחדש ופיצויים כעל שני תחליפים עיקריים להשבת הפליטים למקום מוצאם, ולאור המשפט הבין-לאומי שאינו מכיר בזכות השיבה. בהתייחסם להחלטות 242 ו-338 של מועצת הביטחון כבסיס להסדר הקבע,²¹² ההסכמים

²⁰⁹ האסיפה הכללית עמדה על כך שהיא "convinced that the plight of the displaced persons would best be relieved by their speedy return to their homes and to the camps which they formerly occupied; emphasizing, consequently, the requirement for their speedy return"

²¹⁰ ראו החלטת האסיפה הכללית מס' 2452B(XXIII) (מיום 19 בדצמבר 1968) ביחס לפליטי 1948, אשר בין היתר מאזכרת את החלטות 393(V) ו-513(VI) (ההחלטה האחרונה מציינת את החלופה של יישוב מחדש במקום שיבה למולדת), ומביעה צער על אי-יישומן. לדעה אחרת בדבר עמדת האסיפה הכללית בנושא פליטי 1948, ראו John Quigley, "Displaced Palestinians and a Right of Return", 39 *Harv. Int'l L.J.* 171, 191 (1998).

²¹¹ ראו, למשל, החלטת האסיפה הכללית מס' 36/146C (מיום 16 בדצמבר 1981); החלטה מס' 37/120 H (מיום 16 בדצמבר 1982); החלטה מס' 38/83H (מיום 15 בדצמבר 1983).

²¹² ראו סימן I להצהרת העקרונות; הפסקה החמישית למבוא להסכם עזה-יריחו; הפסקה החמישית למבוא להסכם הביניים.

הישראלים—פלסטיניים מרמזים על פשרה טריטוריאלית בארץ-ישראל, ועל אי-קבלה של זכות שיבה כללית או זכות להחזרת הרכוש שהותירו הפליטים בישראל. למעשה, כמה דוברים פלסטיניים בולטים נטו בשנים האחרונות לאמץ משמעות זו: התפיסה של זכות השיבה התפתחה לשיבה לחלקים מסויימים בפלסטין, למשל, לגדה המערבית ולרצועת עזה, ולא בהכרח לישראל עצמה.²¹³ בעוד שבעבר התנגד אשיף לפתרון המבוסס על החלטה 242, בעיקר בגלל שהחלטה זאת לא כללה התייחסות חד-משמעית לבעיית הפליטים,²¹⁴ קבלת ההחלטה בהצהרת העקרונות ובהסכם הביניים עשויה לסמן נטישה של המאבק הבלתי-מתפשר על שיבת הפליטים לתחומי ישראל.

(ד) שיקולי מדיניות

קיימים שיקולי מדיניות כבדי-משקל נגד שיבה בלתי-מסויגת של פליטים למקום מושבם הקודם, לאחר טרנספר המוני של אוכלוסין, במצבים מעין הסכסוך הישראלי-פלסטיני. מבחינה היסטורית, חיכוכים אתניים בקהילות הטרוגניות הובילו במקרים רבים לאלמות. אירועי השנים האחרונות ביוגוסלביה לשעבר ובאזורים אחרים מדגימים תופעה זאת באורח חריף. כמתואר לעיל, הרצון להפחית מתחים אתניים הוביל בעבר מדינות אחדות להסכים על חילופי אוכלוסין, שבמסגרתם הועברו קהילות שלמות אל מעבר לגבול. העברות כאלה נחשבו לגיטימיות לחלוטין בזמן.²¹⁵ אולם שני עשורים מאוחר יותר, עם ההתקדמות העולמית בנושא ההכרה בזכויות האדם, הפכה פרקטיקה זו להיות מוגדרת כבלתי-חוקית.²¹⁶

²¹³ ראו חאלידי, הערה 14 לעיל, בעמ' 36.

²¹⁴ חאלידי, שם.

²¹⁵ ראו לאדאס, הערה 160 לעיל, בעמ' 720-730. לביקורת מוקדמת על מדיניות היישוב מחדש בכפייה, ראו Stelio Seferiades, "L'échange des populations", 24 *Recueil des Cours* 307, 431-33 (1928-IV).

²¹⁶ השינוי בגישה בא לידי ביטוי מובהק במחלוקת שנתגלעה בין חברי Institut de Droit International לגבי הדין וחשבון של פרופ' פאליירי בנושא החוקיות של טרנספרים בין-לאומיים של אוכלוסיות: Balladore Pallieri, "Les Transfers Internationaux de populations", 44 *Annuaire de L'Institut de Droit International* 138 (1952). בשנים מאוחרות יותר הוגדרו פעולות טרנספר חד-צדדיות כבלתי-חוקיות. ראו Report of the European Commission of Human Rights concerning the application of Cyprus against Turkey (Applications 6780/74 and 6950/75, reprinted in 4 *European Human Rights Reports* 482 (1976). הדין וחשבון קובע (בעמ' 520), שפעולות כאלו אינן עולות בקנה אחד עם סימן 8 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם. ראו גם Alfred M. de Zayas, "International Law and Mass

למרות הגינוי השכיח להעברות המוניות מתוכננות, החשש מפני התחדשות של סכסוך לאומי הוא שיקול רלוונטי כאשר באים לטפל ב**דיעבד** בתביעות השיבה של פליטים שגירושם לא נעשה באורח מתוכנן או מוסכם מראש. חשיבותו של שיקול זה גוברת ככל שתולף הזמן מאז האירועים שגרמו לכריחת הפליטים ולהתיישבותם של אנשים אחרים במקומם. במקרים כאלה, הפתרון הסביר יכול לכלול פיצויים עבור אובדן רכוש אך לא שיבה המונית של הפליטים, כאשר השיבה עלולה להצית עוינות ואלימות בין קבוצות אתניות שונות. כעדות בת זמננו לרעיון זה, ניתן לצטט את התכנית שהכינו מועצת הביטחון והמזכ"ל של האו"ם ביחס לקפריסאים היוונים והטורקים.²¹⁷ בהקשר הישראלי—פלסטיני התביעה לשיבה של הפליטים הפלסטיניים משנת 1948 מעוררת חשש דומה לסכסוך אתני.

שיקול נוסף עניינו האינטרסים והציפיות של המחזיקים הנוכחיים ושל אנשים שלישיים אשר, בהסתמך על הדין המקומי ועל צעדים מנהליים שונים, קיבלו זכויות ברכוש שהותירו הפליטים. לשיקול זה ניתן משקל מכריע באיחוד גרמניה, כאשר נקבע גורלו של רכוש האזרחים המערב-גרמניים שהלאימה גרמניה המזרחית בתקופה שבין שנת 1949 לבין האיחוד.²¹⁸ לשיקול זה יש משמעות רבה גם בהקשר הישראלי—פלסטיני, משום שהשבה של רכוש לבעלי המקוריים תפגע באינטרסים של יחידים משני הצדדים. ישראלים רבים, שעלו לישראל מאירופה שסועת המלחמה או מארצות ערב שבהן הם הפכו להיות בלתי-רצויים, יושבו ברכוש של הפליטים הפלסטיניים. מספר ניכר של פלסטינים, רובם פליטים, יושבו על רכוש שהותירו ישראלים בגדה המערבית וברצועת עזה לפני שנת 1948.²¹⁹

המדיניות של הגנה על ציפיות אינדיבידואליות המבוססות על הדין המקומי – גם במקרים שבהם אותו דין אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבין-לאומי – זוכה לתמיכה בהחלטות שיפוטיות בין-לאומיות.²²⁰ גם אם נישול הבעלים הקודמים עמד

Populations Transfer", 16 *Harv. Int'l L.J.* 207 (1975); Christopher M. Goebel, "A Unified Concept of Population Transfer (Revised)", 22 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 1 (1993).

²¹⁷ ראו הטקסט הסמוך להערות 186-193 לעיל והטקסט הסמוך להערה 266 להלן.

²¹⁸ ראו הטקסט הסמוך להערות 179-183 לעיל.

²¹⁹ ראו תת-פרקים 2.2.(ב) ו-1.(ג). ניתן איפוא לצפות שמדינת ישראל תתנגד באופן נחרץ לתביעות אלה.

²²⁰ ראו *Advisory Opinion on Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Resolution 276 (1970)*, 1971 *I.C.J. Rep.* 16. בחוות-דעת זו קבע ה-International Court of Justice כי, על-אף שהממשל של דרום

בניגוד למשפט הבין-לאומי, יש להביא בחשבון את העובדה שהדין המקומי יצר ציפיות שבהסתמך עליהן שינו יחידים את מצבם, במיוחד כאשר חלף זמן רב מאז הנישול.

לבסוף, יש לזכור שכל התמודדות עם בעיותיהם של פליטים ועקורים מצריכה משאבים כספיים עצומים. במקרים רבים, טיפול שאינו כרוך בהעברה מחדש של אוכלוסיות עשוי להיות זול ויעיל יותר.

אכן, כנגד שיקולי "בדיעבד" אלה עומד השיקול של "מלכתחילה": ניתן לטעון כי ככל שהמשפט והפרקטיקה הבין-לאומיים יכירו ביד רחבה יותר בזכות השיבה של פליטים ועקורים, כן תחוזק ההרתעה מפני טרנספר של אוכלוסיות. אין להתעלם משיקול זה, אולם נראה שמשקלו פוחת כאשר אין מדובר בהעברות מתוכננות, מכוונות ובלתי-חוקיות, וכן ככל שחולף זמן רב יותר בין מועד היווצרותה של בעיית הפליטים והעקורים לבין מועד פתרונה. לכן, בהקשר הישראלי-פלסטיני דומה שיש לייחס משקל רב יותר לשיקולים נגד זכות שיבה בלתי-מסויגת או רחבה.

(ה) סיכום

תאורטית, דחיית הטיפול כתביעות לרכוש פרטי לשלב של המשא ומתן על הסדר הקבע משמעה כי בנושא זה כל האפשרויות פתוחות. אולם כפי שטענו בתת-פרק (ג) לעיל, קיימות כמה הנחות חשובות התוחמות את קשת התוצאות האפשריות של תהליך השלום כפי שעוצב בהצהרת העקרונות הישראלית-פלסטינית ובהסכם הביניים לגבי הגדה המערבית ורצועת עזה, וכתוצאה מכך את מיגוון הפתרונות האפשריים לתביעות לרכוש פרטי. אימוץ החלטה 242 בהסכמים אינו מתיישב כמדומה עם מימוש רחב היקף של "זכות השיבה" או של התביעה להשבת רכוש פרטי. דחיית פתרונות אלה בהסכמים תואמת את המשפט הבין-לאומי ואת הפרקטיקה הבין-לאומית לגבי העברות המוניות של אוכלוסין. דחייה זאת אף מבוססת על שיקולי מדיניות כבדי-משקל.

אפריקה בנמיביה הוא בלתי-חוקי על פי המשפט הבין-לאומי, אין בכך כדי לשלול את תוקפן של פעולות משפטיות פרטיות שנעשו על רקע חוקי המשטר הבלתי-חוקי: "While official acts performed by [South Africa with respect to Namibia] are illegal and invalid, this invalidity cannot be extended to those acts, such as, for instance, the registration of births, deaths and marriages, the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the Territory" (שם, פסקה 125).
ראו גם פסק-דינו של הלורד דנינג בעניין **הספרידס הוטל**, הערה 187 לעיל.

מסקנתנו היא איפוא שפתרון צודק לבעיה של פליטי 1948 (המונח כולל גם פליטים יהודים מאזורים בארץ-ישראל שהיו נתונים בעבר לשלטון ירדני ומצרי, וכן יהודים שנאלצו לצאת בחופזה ממדינות ערב אחרות), כפי שהוא נחזה הן בהחלטת מועצת הביטחון 242 והן בהצהרת העקרונות הישראלית—פלסטינית ובהסכם הביניים הנסמכים על ההחלטה האמורה, לא יכלול הכרה בזכות שיבה כללית או בזכות רחבה להחזרת רכוש פרטי. לצורך המחקר הנוכחי, מסקנה זאת תוחמת את מייגון הפתרונות האפשריים לתביעות הרכוש הפרטיות. ההפרדה הטריטוריאלית וההגבלה על זכות השיבה הכללית מצריכים הקמה של מנגנון לתשלום פיצויים בשל אובדן רכוש שנותר בצידו האחר של הגבול המדיני. בפרק הבא נבחן מנגנונים אפשריים כאלה, וזאת גם בהסתמך על הניסיון הבין-לאומי.

5. פיצויים על הרכוש הנטוש: עקרונות ונהלים

(א) הזכות לפיצויים

(1) הפרקטיקה

בכל המקרים של העברות אוכלוסין המוניות שתוארו לעיל, נתפס הרכוש שהותירו הפליטים בידי הממשלות, ושימש ליישוב האוכלוסייה הנכנסת. ההסדרים בין בולגריה ויוון, יוון וטורקיה, והודו ופקיסטן²²¹ קבעו נהלים לפיצוי הפליטים בשל אובדן רכושם. שני ההסכמים הראשונים כללו מנגנון מפורט להערכה של שווי הרכוש ולחישוב סכומי הפיצויים.²²² בולגריה ויוון שילמו פיצויים כלשהם,²²³ אולם ההסדר היווני-טורקי נתגלה כמסובך מדי ליישום. לאחר דיונים ממושכים, הסכימו שתי המדינות שכל אחת תממש את הזכויות ברכוש שנותר בתחומה. לאחר מכן הן קיזזו את התביעות לפיצויים, דבר שהותיר את יוון חייבת סכום כולל של 425,000 ליש"ט.²²⁴ הודו ופקיסטן הסכימו בשנת

²²¹ ראו הטקסט הסמוך להערות 165-160 ו-184-185 לעיל.

²²² לתיאור מפורט של נהלי ההערכה, ראו **לאדאס**, הערה 160 לעיל.

²²³ ראו **שם**, בעמ' 291-324.

²²⁴ Convention GrecoTurque singée à Ankara en date du 10 juin 1930, המובאת אצל **לאדאס**, הערה 160 לעיל, בעמ' 817. על העניין שהיה ליוון להגיע להסדר זה, ראו **שם**, בעמ' 583.

1949 על מערכת פיצוי,²²⁵ אולם אי-הסכמות על שוויו של הרכוש וקשיים פוליטיים מנעו את יישום ההסכם. הסכם דייטון-פריז מכיל מנגנון לתשלום פיצויים, אך עדיין מוקדם להעריך האם ועד כמה תתממשה הוראותיו בנושא זה. ההצעה הנוכחית של המזכיר הכללי של האו"ם ביחס לבעיית הפליטים הקפריסאים מדגישה את תשלום הפיצויים כחלופה המועדפת,²²⁶ אולם שני הצדדים לסכסוך טרם קיבלו את ההצעה.

המקרים של העברה או בריחה המונית של פליטים מלמדים שישנם כמה מאפיינים העשויים להקשות מאוד על יישום תכנית לבירור ולתשלום פיצויים לפרטים. מאפיינים אלה כוללים היעדר הסכם קודם בדבר חילופי אוכלוסין, הזמן שחלף עד להשגת פשרה פוליטית, והיותן של התביעות רבות ומורכבות. לפני שנבדוק בפירוט את משמעותם של קשיים אלה, נבחן את עמדת המשפט הבין-לאומי לגבי זכות הפליטים לפיצויים על רכושם.

(2) המשפט הבין-לאומי

בניגוד לזכות להשבת רכוש – ולמרות הימנעותן של מדינות שונות מלשלם פיצויים לפליטים – העיקרון שפליטים זכאים לפיצויים על אובדן רכושם זוכה בהדרגה להכרה במשפט הבין-לאומי. ככל שמדובר בפליטים שאינם אזרחי המדינה שאותה הם עזבו, זכות זו נובעת מן ההגנה הכללית על רכוש זרים (המסויגת על ידי הסמכות לתפוס רכוש של אזרחי אויב בזמן מלחמה). לאחרונה, הוצע להכיר בזכות דומה גם לפליטים הנמלטים מהמדינה שלהם.²²⁷ עיקרון 4 של ה-Cairo Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees, 1992, שנוסחה בידי ה-International Law Association, קובע כי "מדינה מחויבת לפצות את אזרחיה שנאלצו לעזוב את בתיהם באותה מידה שהיא מחויבת לפי המשפט הבין-לאומי לפצות זר".²²⁸

²²⁵ ראו עלי, הערה 184 לעיל, בעמ' 270.

²²⁶ ראו הנספח לדו"ח המזכיר הכללי, הערה 190 לעיל, בעמ' 18. על הפרוצדורה המוצעת לתשלום הפיצויים, ראו תת-פרק ג.5(ב) להלן.

²²⁷ Luke T. Lee, "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", 80 *Am. J. Int'l L.* 532 (1986).

²²⁸ 65 ILA, Conference Report (1992), reprinted in 87 *Am. J. Int'l L.* 157 (1993).

שאלה אחרת המתעוררת בהקשר זה היא, מהו קנה-המידה ההולם לקביעת הפיצויים. הוויכוח הכללי על קנה-המידה החוקי לפיצויים בשל הפקעת רכוש זרים מוכר וידוע. ויכוח זה מתייחס להחלטות האסיפה הכללית של האו"ם, להחלטות שניתנו בהליכים שיפוטיים, לאמנות השקעה דו-צדדיות ואפילו להסכמים בדבר תשלום חד-פעמי של פיצויים.²²⁹ לעומת זאת, בהקשר של רכוש פליטים, אין כמעט פרקטיקה שתתמוך במסקנה כלשהי לגבי קנה-המידה החוקי לזכאות לפיצויים.²³⁰ רוב המסמכים שמוזכרים בהם פיצויים לרכוש פליטים, לרבות הצהרת קהיר, אינם מכילים פירוט בנושא זה.²³¹

כמובן, המסמכים הנזכרים יכלו להתייחס לשתי המשמעויות של פיצויים מלאים, כפי שבאו לידי ביטוי בהחלטה המפורסמת בעניין Chorzów Factory. בהחלטתו קבע בית-המשפט הבין-לאומי הקבוע לצדק שתי אמות-מידה: אם התפיסה היא בלתי-חוקית, נדרש "תשלום של סכום המשתווה לשווי הנכס אילו נעשתה השבה בעין"; במקרים אחרים, יש לשלם את הערך של הזכאות ברגע לקיחתה מהבעלים, בתוספת ריבית עד ליום התשלום.²³² אולם נראה שקני-מידה אלה אינם הולמים את המקרה של פליטים, ואכן הוצע לכך קנה-מידה שונה. בשנת 1981 הכריזה האסיפה הכללית של האו"ם

²²⁹ ראו, בעת האחרונה Patrick M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", 85 *Am. J. Int'l L.* 474 (1991); Richard B. Lillich & Burn H. Weston, "Lump Sum Agreements: Their Continuing Contribution to the Law of International Claims", 82 *Am. J. Int'l L.* 69 (1988).

²³⁰ ראו דבריו של פרופ' ויירדאג מהולנד בדיונים של ה-International Committee on the Legal Status of Refugees, שנערכו בוורשה: "I am convinced that the rule of compensation may, at least in theory, be founded on international law, even though most of the state practice referred to in the Report concerns compensation paid by states that were willing to pay." E. W. Vierdag, Remarks to the 63 *ILA, Conference Report* 717 (1988). הדברים כוללת את ההסכמים בין בעלות-הברית לבין גרמניה וצ'כוסלובקיה בעקבות מעשי הזוועה שנעשו במלחמת העולם השנייה, את התשלומים של ארצות-הברית וקנדה לאמריקנים ממוצא יפני שבמהלך מלחמת העולם השנייה הוחזקו במחנות-מעצר (ארצות-הברית שלמה 20,000 דולר לכל עצור וקנדה 17,325 דולר) ואת ההקמה של ועדת פיצויים באוגנדה לאחר נפילת משטרו של אידי אמין. ראו שם, בעמ' 690-693.

²³¹ סעיף XII(2) לנספח 7 להסכם פריז בדבר בוסניה והרצגובינה (הערה 194 לעיל), מסמיך את נציבות העקורים והפליטים בבוסניה-הרצגובינה לשלם "פיצוי צודק" (just compensation) ליחידים שאינם מעוניינים בהשבת רכושם בעין. ההסכם אינו קובע קני-מידה לחישוב פיצוי זה, אם כי הוא מסמיך את הנציבות לקבוע תעריפים קצובים (fixed rates) לשם חישוב שוויו של הרכוש הנטוש. על הסכמי דייטון-פריז ראו גם הטקסט הסמוך להערות 194-195 לעיל ולהערות 249-251 להלן.

²³² פסק-דין חורצ'וב, הערה 151 לעיל.

לראשונה על זכותם של פליטים שאינם חפצים לשוב לבתיהם, לקבל "adequate compensation".²³³ עיקרון זה אושר לאחר מכן בידי ה-UN Group of Governmental Experts on International Co-operation to Avert New Flows of Refugees, ונתקבל שוב על ידי האסיפה הכללית של האו"ם.²³⁴

המושג "פיצויים הולמים" – השונה למדי מהמושג של "פיצויים מלאים" בשתי הגרסאות שלו לפי פסק-הדין בעניין Chorzów Factory – נראה כמתאים יותר לבעיית הפליטים. שני קני-המידה ל"פיצויים מלאים" מציבים קשיים במקרים של העברות אוכלוסין המוניות, במיוחד כאשר חלף זמן רב מאז ההעברה. הערך הנוכחי של הרכוש עלול להיות מושפע מהשקעות ציבוריות ופרטיות שגרמו לעלייה או לירידה בערכו. בדבד, עלולים להתעורר קשיים ניכרים בקביעת ערכו של הרכוש בעת שניטש. יתר על כן, תשלום של פיצויים מלאים עלול לדלדל את המקורות של המדינה הנדרשת לשלם, וליצור אי-יציבות דווקא בתקופת המעבר הרגישה ממצב מלחמה למצב של שלום. הלכה למעשה, לאור שיקולים אלה, קבע בית-המשפט החוקתי הפדרלי של גרמניה כי קנה-המידה לתשלום פיצויים על רכוש שהופקע בין השנים 1945-1949 בגרמניה המזרחית לשעבר אינו חייב להיות דווקא מלוא שווי-השוק של הרכוש, וכי גם תשלום של סכום נמוך יותר יעלה בקנה אחד עם חוקי היסוד הגרמניים.²³⁵ גם בקרב המלומדים הובעה הדעה, שהפיצויים לגרמנים בעלי רכוש הממוקם במזרח גרמניה יכולים להיות פחותים מערכו המלא של הרכוש.²³⁶ לבסוף, מסתבר שגם ההוראה בדבר תשלום "just compensation" שבנספח להסכם פריז בדבר בוסניה והרצגובינה משנת 1995,²³⁷ משקפת תפיסה דומה לזו שמבטא עקרון הפיצויים ההולמים.

²³³ פסקה 3 להחלטת האסיפה הכללית של האו"ם מסי' 36/148 (מיום 16 בדצמבר 1981) (אשר כוננה UN Group of Governmental Experts on International Co-operation to Avert New Flows of Refugees).

²³⁴ ראו הדין וחשבון של קבוצת המומחים, UN Doc. A/41/324, para. 66(f) (1986), שאומץ בהחלטת האסיפה הכללית של האו"ם מסי' 41/70 (מיום 3 בדצמבר 1986).

²³⁵ החלטה בעניין הרפורמה הקרקעית, הערה 183 לעיל. ראו קווינט, הערה 180 לעיל, בעמ' 548-549. בית-המשפט אף התייחס לעובדה שבאותה תקופה סוערת סבלו אנשים רבים פגיעות חמורות ללא פיצוי. ראו גם חוק הפיצויים בעקבות החוק להסדרת השאלות הפתוחות בנושאי רכוש (27 בספטמבר 1994), Bundesgesetzblatt I, 2624.

²³⁶ קווינט, הערה 180 לעיל בעמ' 555; ג' פריס, הערה 180 לעיל, בעמ' 547.

²³⁷ ראו הערה 231 לעיל והטקסט הסמוך לה.

העיקרון של פיצויים הולמים נראה איפוא כמתאים למקרים של העברה או בריחה המונית של אנשים, הכרוכה בנטישת רכושם. לדעתנו, עיקרון זה שקול לעיקרון של "equitable compensation", הדורש להתחשב באינטרסים ובאילוצים המיוחדים לכל מקרה ומקרה. לעיתים, המשמעות של עיקרון זה עשויה להיות תשלום פיצויים פחותים ממלוא שווי-השוק של הרכוש הנטוש. במקרים אחרים, כאשר שיקום הפליטים מצריך סכומים הגבוהים מערך רכושם הנטוש, פיצויים הולמים משמעותם למעלה מהשווי המלא של הרכוש. בקצרה, העיקרון של פיצויים הולמים אינו מבוסס רק על התבוננות לאחר, אלא גם – ולא פחות חשוב – על התבוננות קדימה.²³⁸

(ב) ההליכים לתשלום הפיצויים

ניתן להעלות על הדעת שיטות ומנגנונים אחדים לתשלום פיצויים במקרים של נטישה המונית של רכוש פרטי. המשתנים החשובים הם ההליכים שבאמצעותם יכולים אנשים פרטיים להוכיח את תביעותיהם (בפני מוסד לאומי או בין-לאומי) ושיטות התשלום (למשל, תשלום ישיר לפרט בידי המדינה שבתחומה נותר הרכוש, או תשלום עקיף באמצעות המדינה שבה נמצא הפרט או באמצעות ארגון בין-לאומי). בחינה של המנגנונים השונים תסייע לאפיין את התכנית המתאימה ביותר להקשר הישראלי-פלסטיני.

(1) טריבונלים בין-לאומיים לתביעות

טריבונלים בין-לאומיים לתביעות (International Claims Tribunals) מהווים פורום להכרעה משפטית בתביעות המוגשות בידי יחידים (ומדינות) נגד מדינות. אף על פי שהם מבוססים על הסכמים בין-לאומיים, נכפתה למעשה הקמתם של טריבונלים אלה (כפוף לאי-אלה חריגים) בעקבות מלחמות בידי המדינות המנצחות על אויביהן המנוצחים, אשר הודו בהפרת התחייבויותיהם הבין-לאומיות. ההסכמים שכונו את הטריבונלים שיקפו את עמדות-הכוח היחסיות של הצדדים בכך שבמפורש או במשתמע, הם לא אפשרו לנתיני המדינות המנוצחות לפנות לטריבונלים אלה.²³⁹

²³⁸ לדיון במשמעותו של עיקרון זה בהקשר הישראלי-פלסטיני, ראו פרק 6.ג להלן.

²³⁹ David J. Bederman, "The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals", in *International Courts for the Twenty-First Century* 161, 162 (Mark W. Janis ed., 1992).

מאז אמנת ג'יי, שנערכה בין ארצות-הברית ובריטניה בשנת 1794, ועד מלחמת העולם השנייה, נזקקו מדינות לעיתים קרובות לטריבונלים בין-לאומיים לתביעות לשם הסדרת מחלוקות. רבות ממחלוקות אלו התייחסו לתפיסה של רכוש זרים.²⁴⁰ אולם מאז מלחמת העולם השנייה נעלמה למעשה פרקטיקה זו, ואת מקומה תפסו הסכמים בדבר תשלום חד-פעמי (Lump Sum Agreements).²⁴¹ להוציא טריבונלים אחדים שהוקמו על פי הסכמי השלום שלאחר מלחמת העולם השנייה, בחמשת העשורים האחרונים הוקם רק טריבונל אחד כזה: הטריבונל לתביעות בין אירן וארצות-הברית. הסיבה המרכזית לירידה החדה בהיקף ההיזקקות לטריבונלים כאלה היא ההליכים האיטיים והבלתי-יעילים בהם.²⁴²

הטריבונל הבין-לאומי היחיד שפעל מאז שנת 1945 ונתן פסקי-דין לטובת אזרחים של שתי המדינות הוא טריבונל התביעות אירן-ארצות-הברית.²⁴³ טריבונל זה הוקם בשנת 1981 כחלק מההסדרה של המשבר שפרץ בעקבות תפיסת השגרירות האמריקנית בטהראן – תפיסה שגררה תגובה אמריקנית של הקפאת נכסים אירניים בארצות-הברית. כארבעת אלפים תביעות הוגשו לטריבונל, אשר זכה לשבחים על טיפולו המוצלח בסכסוכים המסחריים שנתגלעו בין סוכנויות ממשלתיות וחברות פרטיות אמריקניות לבין אירן. עד סוף שנת 1994, נפתרו רוב הסכסוכים המסחריים, בין בפסקי-דין ובין

²⁴⁰ רשימה של כל הטריבונלים מצויה אצל בדרמן, שם, בעמ' 189.

²⁴¹ שם, בעמ' 162.

²⁴² שם, בעמ' 168, 181 ("Many tribunals have been notoriously slow in completing their work"). בדרמן מביא כדוגמה את ועדת התביעות הבין-לאומית בין פולין וגרמניה בעניין שלזיה עילית, שהוקמה כאמנת גינבה מיום 15 במאי 1992 (9 LNTS 466), ואשר בין השנים 1922 ו-1937 עסקה בלמעלה מעשרת אלפים תביעות (שם, בעמ' 167).

²⁴³ Iran-U.S. Claims Tribunal, established by the Algerian Accords: Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran, Jan. 19, 1981, reprinted in 75 *Am. J. Int'l L.* 422 (1981); 20 *ILM* 230 (1981). על טריבונל זה, ראו: Aida Avanesian, *The Iran-United States Claims Tribunal in Action* (1993); Rahmatullah Khan, *The Iran-United States Claims Tribunal* (1990); Wayne Mapp, *The Iran-United States Claims Tribunal: The First Ten Years 1981-1991* (1993); Stephen J. Toope, *Mixed International Arbitration* (1990); David D. Caron, "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", 84 *Am. J. Int'l L.* 104 (1990); Charles N. Brower, "The Lessons of the Iran-United States Claims Tribunal: How May They Be Applied in the Case of Iraq?", 32 *Va. J. Int'l L.* 421 (1992).

בפשרות מוסכמות.²⁴⁴ רבות מפשרות אלה לא היו מושגות אלמלא זמינות הטריבונל והסטנדרטים שהוא קבע. יש להזכיר שהיו גם כמה עיכובים בעבודתו של הטריבונל, חלקם כתוצאה מתמרונים שנקט הצד האירני.²⁴⁵

כאשר באים להעריך את הישגות של הקמת טריבונל דומה לתביעות של יחידים בהקשר הישראלי—פלסטיני, הצלחתו של הטריבונל בהתמודדות עם סכסוכים מסחריים אינה כה רלוונטית. חשובה יותר לענייננו היא אי-הצלחתו של הטריבונל לטפל באורח משביע-רצון בתביעות של אזרחים אמריקנים פרטיים, שעזבו את אירן או גורשו ממנה כתוצאה מההפיכה האיסלאמית. מתוך כארבעים אלף אזרחים אמריקנים שעזבו את אירן בין חודש נובמבר 1978 לחודש פברואר 1979, רק 1,500 (פחות מארבעה אחוזים) הגישו תביעות נגד אירן.²⁴⁶ עד שנת 1990 (תשע שנים לאחר שהטריבונל החל לפעול), נדונו רק שש מתוך אותן תביעות, ונפסקו פיצויים רק במקרה אחד.²⁴⁷ לאור כישלון זה, ערכו שתי הממשלות בשנת 1990 הסכם לתשלום חד-פעמי, שעל פיו הועבר הטיפול בתביעות האינדיבידואליות לוועדה האמריקנית להסדרת תביעות זרות (U.S. Foreign Claims Settlement Commission).²⁴⁸

ניתן לתלות את ההימנעות מהגשת תביעות על ידי כתשעים ושישה אחוזים מהאזרחים האמריקניים שעזבו את אירן בעלות הגבוהה ובמורכבות של הליכים משפטיים בין-לאומיים. מסתבר שקשיים דומים יעמדו אף בדרכם של הפליטים הפלסטיניים, וחומרתם תהא אף רבה יותר בשל המצב הסוציו-אקונומי הנוכחי של מרבית הפליטים. ההחלטה לשנות את אופן הטיפול בתביעות אינדיבידואליות נבעה מההכרה בכך שפורום בין-לאומי מתאים פחות מפורום פנימי כאשר מדובר באנשים פרטיים. זאת ועוד, כפי שנראה בפרק 6 להלן, בהקשר הישראלי—פלסטיני קיימים מיוחדים בבירור תביעות הקניין לגופן, דבר אשר יגביר את הבעייתיות הכרוכה בעריכת הבירור במסגרת טריבונל שיפוטי בין-לאומי. בניגוד לארבעת אלפים התביעות שהוגשו לטריבונל התביעות האירני—אמריקני, צפויות מאות-אלפי תביעות פלסטיניות וישראליות. לאור גודלן ומורכבותן של תביעות אלה, ובהתחשב בצורך להחיש ככל האפשר את תשלום הפיצויים

²⁴⁴ ראו גם אבנסיאן, שם, בעמ' 3; ברוור, שם, בעמ' 423.

²⁴⁵ ראו טופ, הערה 243 לעיל, בעמ' 319-335.

²⁴⁶ ברוור, הערה 243 לעיל, בעמ' 426.

²⁴⁷ שם, בעמ' 427.

²⁴⁸ שם, שם.

לשם שיקום הפליטים, נראה שהמודל של טריבונל התביעות האירני-אמריקני אינו מתאים לענייננו.

בהקשר זה ניתן להזכיר גם את נציבות העקורים והפליטים, האמורה לפעול בהתאם להסכם פריז בדבר בוסניה והרצגובינה משנת 1995. ה-Commission for Displaced Persons and Refugees מונה תשעה חברים: ארבעה נציגים של הפדרציה של בוסניה והרצגובינה, שני נציגים של הרפובליקה הסרבית ושלושה חברים עצמאיים המתמנים בידי נשיא בית-המשפט האירופי לזכויות אדם.²⁴⁹ לפי ההסכם, מוסמכת הנציבות לדון לא רק בתשלום פיצויים אלא גם בתביעות להשבת רכוש בעין. ההסכם מורה על הקמתה של קרן שתנוהל בידי הנציבות ואשר תשמש לתשלום הפיצויים (Refugees and Displaced Persons Property Fund). הנציבות אמורה להזרים לקרן כספים שתקבל מהחכרה, שעבוד או מכירה של נכסים נטושים שבעליהם ויתרו על השבתם בעין. ההסכם אף מביע תקווה שהצדדים לסכסוך והקהילה הבין-לאומית יזרימו כספים נוספים לקרן.²⁵⁰ לפי ההסכם, על הנציבות לקבוע כללים מהותיים וסדרי-דין לביטול התביעות שתוגשנה אליה, והיא אף רשאית לקבוע דיונים בפני מותבים של חברה.²⁵¹ אף שחלפו כשנתיים וחצי מאז החתימה על הסכם זה, למיטב ידיעתנו טרם מומשו הוראות אלה. מכל מקום, השיקולים שבגללם אין הטריבונל האירני-אמריקני מתאים לשמש כמודל לטיפול בתביעות הפיצויים בהקשר הישראלי-פלסטיני מובילים למסקנה דומה גם לגבי התאמתה של המתכונת שנקבעה בהסכם פריז (מה עוד שבמקרה שלנו חלפה תקופה הרבה יותר ארוכה בין נטישת הרכוש לבין הטיפול המוצע בתביעות לפיצויים בעדו).

(2) ועדת הפיצויים של האו"ם

ועדת הפיצויים של האו"ם (UN Compensation Commission), שהוקמה בשנת 1991 כדי לטפל בתביעות נגד עירק בעקבות הפלישה והכיבוש של כוויית, דומה לטריבונלים הבין-לאומיים לתביעות שהוקמו אחרי מלחמות בהיבט אחד: היא מניחה מראש את אחריותה של המדינה המנוצחת, במקרה זה עירק, לנזק לרכוש שגרמה המלחמה, ואינה

²⁴⁹ סעיף IX לנספח 7 של הסכם פריז, הערה 194 לעיל.

²⁵⁰ סעיף XIV לנספח 7 להסכם פריז. במקום תשלום במזומן, יכולה הנציבות לסייע לפליטים לרכוש יחידת דיור במקום החדש (סעיף XII(6) לנספח 7).

²⁵¹ סעיפים IX(3) ו-XV לנספח 7.

קובעת הוראות לגבי תביעות של אזרחים עירקים נגד עירק או נגד כוחות הקואליציה שנלחמו נגד עירק.²⁵² לאור המשך העימות בין ממשלת עירק ומועצת הביטחון של האו"ם, לא ניתן היה להגיע להסכם בדבר תשלום פיצויים על ידי עירק. התחזית לגבי מספר גדול של תביעות נגד עירק,²⁵³ וההכרה במוגבלותם של טריבונלים בין-לאומיים לתביעות, הצריכו חשיבה חדשה על תכנון המוסד. התוצאה הייתה המבנה החדשני של ועדת הפיצויים.²⁵⁴ בתמצית, הרעיון היה לשלב רכיבים של ועדות בין-לאומיות ושל ועדות מדינתיות לטיפול בתביעות, ועדות שהקימו מדינות אחדות לשם הקצאת הכספים שהתקבלו באמצעות הסכמים לתשלום סכומים חד-פעמיים.²⁵⁵ ועדת האו"ם אינה מטפלת ישירות בעתירות אינדיבידואליות. הממשלות הנוגעות בדבר מרכזות את תביעות האזרחים שלהן ומגישות אותן לוועדה. הוועדה אמורה להקצות כספים לכל ממשלה על פי הכמות הכוללת של תביעותיה, ובהתחשב בכמות הכספים העומדת לרשות הוועדה.²⁵⁶ הממשלות, בתורן, אמורות לקבוע נהלים לחלוקת הפיצויים לאזרחיהן. הכספים אמורים להגיע מההכנסות המתקבלות ממכירת נפט עירקי.

Criteria for expedited processing of urgent claims, para. 17, Ann. II of letter from the ²⁵²ראו President of the Governing Council of the UN Compensation Commission (Aug. 2, 1991), "Claims will not be considered on behalf (להלן – הקריטריונים): of Iraqi nationals who do not have bona fide nationality of any other State"

²⁵³ ועדת הפיצויים של האו"ם צפתה שתהיינה למעלה משני מיליון תביעות ככל הקטגוריות: Report on the Activities of the United Nations Compensation Commission (Sept. 1, 1992), para. 3, reprinted in 31 ILM 1018, 1019 (1992). בפועל, עד ליום 1 במאי 1996 בחנה הוועדה תביעות של כשמונה מאות אלף יחידים, והכירה בזכות לפיצויים בסך כולל של כשלושה מיליארד דולר. ראו David D. Caron, "Introductory Note", 35 ILM 939 (1996). תשלום הפיצויים תלוי במימוש מזכר ההבנה בדבר מכירת נפט עירקי למימון הפיצויים, שנערך בין עירק וארגון האו"ם: Iraq-United Nations Memorandum of Understanding on the Sale of Iraqi Oil, Implementing Security Resolution 986 (1995), 35 ILM 1095 (1996).

²⁵⁴ ראו החלטת מועצת הביטחון של האו"ם מס' 692 (מיום 20 במאי 1991), בתוך 30 ILM 846 (ההחלטה על כינון הוועדה). ראו גם John R. Crook, "The United Nations Compensation Commission — A new Structure to Enforce State Responsibility", 87 *Am. J. Int'l L.* 144 (1993). לריכוז וניתוח של החלטות הוועדה, ראו 31 ILM 1009-70 (1992); 34 ILM 235-45 (1995); 35 ILM 939-1062 (1996).

²⁵⁵ ראו הטקסט הסמוך להערה 260 להלן.

²⁵⁶ הקריטריונים, הערה 252 לעיל. פיסקות 8, 19-21. ניתן אף לבקש מאדם, רשות או גוף מתאימים להגיש תביעות בשם אנשים שמעמדם אינו מאפשר להם להגיש את תביעותיהם באמצעות ממשלה (שם, פסקה 19).

אמות-המידה שקבעה הוועדה לטיפול בתביעות דחופות משקפות מאמץ מיוחד לתת מענה לסבלם של פרטים. תשלומים קבועים של 2,500 דולר, הנסמכים על "תיעוד פשוט" אמורים להשתלם בשל עזיבה של עירק או כוויית, פגיעות אישיות חמורות, או מוות של בן משפחה.²⁵⁷ אנשים המבקשים לקבל פיצויים גבוהים יותר, יכולים לתבוע את הנזק הממשי שנגרם להם; הוועדה נותנת "expedited priority" לתביעות שסכומן הוא עד 100,000 דולר לאדם, ומסתפקת ב"דרגה פחותה של ראיות הנסמכות על מסמכים" לתביעות שאינן עולות על 20,000 דולר.²⁵⁸

בשלהי שנת 1996 סיימה הוועדה לבחון את מרבית התביעות שאינן עולות על 100,000 דולר, והחלה להיערך לביורר יתרת התביעות. דא עקא, שהוועדה התקשתה לשלם את הפיצויים בשל סירובה של עירק למכור נפט בתנאים שנקבעו במזכר ההבנה שנוערך בינה לבין ארגון האו"ם.²⁵⁹ כך או אחרת, המודל של ועדת הפיצויים של האו"ם נראה מתאים יותר לפתרונות חד-צדדיים מעין אלה שהוכתבו בידי בעלות-הברית לאחר נצחונן בשתי מלחמות העולם. אין לצפות שממשלה כלשהי תסכים מרצונה הטוב לשלם פיצויים על פי כללים ונהלים כאלה, תוך קביעה מכללא של אחריותה לנוזקים. מודל כזה אינו מתאים לצדדים המבקשים לכוון ביניהם יחסי שלום ושכנות טובה. לפיכך, אף מודל זה אינו נראה הולם את הסיטואציה הישראלית-פלסטינית.

(3) הסכמים לתשלום סכום חד-פעמי

הסכמים לתשלום סכום חד-פעמי (Lump Sum Agreements) מורים בדרך כלל על תשלום של סכום קצוב למדינה התובעת, אשר בתורה יכולה להקים ועדת תביעות מדינתית שתכריע בתביעות פרטיות לחלקים מסכום זה.²⁶⁰ ריצ'רד ליליץ' וברנס ווטסון

²⁵⁷ הקריטריונים, הערה 252 לעיל, פסקאות 10-13. התיעוד ייבחן באורח מדגמי, ובמקרה של פיצויים בשל עזיבה יאומת באמצעות מחשב. Decision No. 10 of the Commission, para. 7, 31 ILM 1053, 10056.

²⁵⁸ הקריטריונים. הערה 252 לעיל, פסקאות 14, 15.

²⁵⁹ ראו המקורות הנוכחים בהערה 253 לעיל.

²⁶⁰ ראו באופן כללי Richard B. Lillich & Burns H. Weston, *International Claims: Their Settlement* by Lump Sum Agreements (2 vols., 1975); ליליץ' ו-ווסטון, הערה 229 לעיל, Richard B. Lillich, *International Claims: Their Adjudication by National Commissions* (1962).

בדקו 168 הסכמים לתשלום סכום חד-פעמי שנערכו בשנים 1945 עד 1988.²⁶¹ מחקר זה מעלה שבארבעים השנים האחרונות הפך מנגנון זה להיות האמצעי המרכזי לטיפול בתביעות בין-לאומיות.²⁶² גם המלומדים שעמדו על יתרונותיו והצלחתו של טריבונל התביעות של אירן-ארצות-הברית אינם סבורים כי הפעלתו מצביעה על מגמה להעדיף התדיינויות בין-לאומיות בעניינים כאלה.²⁶³

מבחינתן של שתי המדינות הנוגעות בדבר, קיימים יתרונות ברורים להסכמים לתשלום סכום חד-פעמי. מבחינת המדינה התובעת, הם מאפשרים קבלה מיידית של הכסף, נהלים יקרים פחות לחלוקת הכספים ובקרה על נהלים אלה. מבחינת המדינה המשלמת, היא זוכה בשחרור סופי מאחריות ובתשלום סכום קצוב וסופי, בדרך כלל ללא הודאה באחריותה ובלי לשאת בעלויות הגבוהות של טריבונל בין-לאומי. הסכם לתשלום סכום חד-פעמי עשוי להפיג את המתח בין הצדדים ולסלול את הדרך לכינון יחסים נורמליים בין שתי המדינות.²⁶⁴

במנגנון הנדון מועברים הקשיים בבירור התביעות האינדיבידואליות לטיפול ברמה הפנים-מדינתית. ועדות לאומיות לתביעות נדרשות להכריע בתביעות רבות הכרוכות בשאלות מסובכות של עובדה וחוק. מעניין יהיה לראות כיצד תוגשם למעשה התכנית הגרמנית להשבת רכוש ולפיצויים על רכוש במזרח גרמניה. התהליך צפוי להיות ממושך,²⁶⁵ אך להבדיל מפליטים טיפוסיים, במקרה של גרמניה רוב התובעים יושבים בחלק המערבי והאמיד של גרמניה, כך שאין דחיפות כה רבה במתן הסעדים.

²⁶¹ בספר משנת 1975 (שם), מתארים ליליץ ו-ווסטון 139 הסכמים שנערכו בין השנים 1945 ו-1975. במאמר משנת 1988 (הערה 229 לעיל), הם מתארים 29 הסכמים נוספים שנערכו בתקופה שבין 1975 ו-1988.

²⁶² ליליץ ו-ווסטון, הערה 229 לעיל, בעמ' 70. ראו גם Christine Gray & Benedict Kingsbury, "Inter-State Arbitration since 1945: Overview and Evaluation", in *International Courts for the Twenty-First Century* 55, at 61 (Mark W. Janis ed., 1992). בדומן הערה 239 לעיל, בעמ' 161.

²⁶³ ראו, למשל, קרון, הערה 243 לעיל, בעמ' 108.

²⁶⁴ ראו בדומן, הערה 239 לעיל, בעמ' 170; Christine D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* 178-79 (1987) (רק שישה הסכמים לאחר מלחמת העולם השנייה כללו הודאה באחריות; כולם התייחסו לאחריות יפן בזמן המלחמה).

²⁶⁵ קווינט, הערה 180 לעיל, בעמ' 557: "Up to this point the offices of the state Trust Agency, as well as local offices dealing with property questions, are totally unable to handle the massive number of claims." קווינט חוזה שהתהליך יצריך "years if not decades of litigation" (שם, בעמ' 561).

המזכיר הכללי של האו"ם, בוטרוס-ראלי, הציע לממשלות המעורבות בבעיית קפריסין לאמץ הסדר של תשלום סכום חד-פעמי. הצעת המזכיר הכללי כוללת את ההוראות הבסיסיות הבאות להסדרת תביעות הפליטים הקפריסאים:²⁶⁶

76. Each community will establish an agency to deal with all matters related to displaced persons.
77. The ownership of the property of displaced persons, in respect of which those persons seek compensation, will be transferred to the ownership of the community in which the property is located. To this end, all titles to properties will be exchanged on a global communal basis between the two agencies at the 1974 [time of the Turkish invasion] value plus inflation. Displaced persons will be compensated by the agency of their community from funds obtained from the sale of the properties transferred to the agency, or through the exchange of property. The shortfall in funds necessary for compensation will be covered by the federal government from a compensation fund.

הסכמים לתשלום סכום חד-פעמי הם המתאימים ביותר לפתרון סכסוכים בהיקף כה גדול. לאמיתו של דבר, כבר בשנת 1951 הועלתה הצעה כזו על ידי ועדת הפיוס של האו"ם לפלסטין, כפי שיפורט להלן.

(ג) סיכום

הפרקטיקה הבין-לאומית לגבי טיפול ברכוש אויב וברכוש נטוש מלמדת שרק במקרים נדירים הסדרים הנערכים בעקבות מלחמה מכירים בזכות הבעלים המקוריים להשבת רכושם. התקדימים העקיבים מראים שבדרך כלל פוקעות זכויות הקניין הפרטי. השיטה המועדפת לטיפול בתביעות פרטיות היא תשלום פיצויים, וגם היא כרוכה בקשיים מעשיים חמורים. שיטה זאת מחייבת קביעת קני-מידה משפטיים לפיצויים ואת ההליכים לקבלתם. הפרקטיקה של מדינות לגבי העברות המוניות של אוכלוסין אינה מספקת דוגמאות משביעות-רצון להליכים בני-ביצוע לתשלום הפיצויים, או לקני-מידה ברורים

²⁶⁶ הנספח לדין וחשבון של המזכיר הכללי, הערה 190 לעיל, בעמ' 18.

לחישובם. בחינת הפרקטיקה הבין-לאומית בפרק זה הראתה שבחמשת העשורים האחרונים העדיפו הממשלות להפריד בין התובעים האינדיבידואליים לבין הממשלות הזרות על ידי עריכת הסכמים לתשלום סכום חד-פעמי במישור הבין-מדינתי, ועריכת הסדרים פנימיים לחלוקת הכספים לאזרחים התובעים. שיטה זאת מצמצמת את העוינות ואת אי-האמון העלולים להתלוות להתדיינות משפטית בין ממשלתה של אומה אחת לאזרחי האומה האחרת. אשר לשיעור הפיצויים, העיקרון ההולך ומתגבש במסמכים בין-לאומיים מן העת האחרונה ובכתבי המלומדים הוא עיקרון של "פיצויים הולמים" (adequate compensation). קנה-מידה זה מחייב הבאתם בחשבון של שיקולים ואינטרסים שונים, לרבות – כך אנו סבורים – הצרכים הנוכחיים והעתידיים של הפליטים. בפרק הבא נבחן את השימוות של הסכם לתשלום סכום חד-פעמי בהקשר הישראלי-פלסטיני.

6. מהי תכנית הפיצויים המתאימה בהקשר הישראלי – פלסטיני?

בשנת 1951, הציעה ועדת הפיוס של האו"ם (UN Conciliation Commission for Palestine) תכנית להסדרת הנושא של פיצויים לפליטים הערביים. תכנית זאת הייתה דומה למדי להסכמים לתשלום סכום חד-פעמי המאפיינים את הפרקטיקה הבין-לאומית בעת האחרונה. לפי אותה תכנית, כפיצוי על הרכוש שנטשו הפליטים שלא יחזרו למולדתם, תשלם ישראל סכום גלובלי שיתבסס על הערכה שתיעשה בידי משרד הפליטים של ועדת הפיוס. נקבע שוועדת מומחים לענייני כלכלה ומימון תכין תכנית תשלומים, שתתחשב ביכולת הפירעון של ממשלת ישראל, וכי התשלום ליחידים ייעשה באמצעות נאמן מטעם האו"ם.²⁶⁷ ועדת הפיוס המליצה להקים ועדה מיוחדת שתעבד את הפרטים של הליכי התשלום,²⁶⁸ וככל הנראה, גם תוכל להתגבר על בעיית הייצוג של קהילת הפליטים. לאור מגבלות הכלכלה הישראלית, הציעה ועדת הפיוס שישראל תפרע את חובה בתשלומים קטנים לאורך שנים רבות. עד לתשלום מלוא הסכום, ימצאו מקורות אחרים למימון התשלום של הכספים וחלוקתם לפליטים.²⁶⁹

²⁶⁷ נקודה 3 ל-Comprehensive Pattern Proposals של ועדת הפיוס, בתוך דו"ח ההתקדמות, הערה 10 לעיל, בעמ' 4.

²⁶⁸ שם, פסקה 42, בעמ' 62.

²⁶⁹ שם, שם.

ישראל לא דחתה הצעה זו, אולם הוסיפה כמה הסתייגויות. ישראל הצהירה על נכונותה "לתרום ליישוב בעיית הפיצויים בעד רכוש שנותר בתחומי ישראל",²⁷⁰ אך הציעה שייערכו דיונים מעשיים על גובה התשלום, מתוך התחשבות בגורמים הבאים: העובדה שנטישת הרכוש הערבי אירעה כתוצאה מהתקפנות הערבית בשנת 1948; הפגיעה ביכולת התשלום של ישראל עקב החרם הערבי ועקב נטל הקליטה של פליטים יהודים ממדינות ערב; העובדה שרכוש של יהודים ננטש בגדה המערבית וברצועת עזה במלחמת 1948; וההחרמה של רכוש יהודי במדינות ערב.²⁷¹ ישראל סברה כי "על ההסכם הסופי בדבר הסכום הגלובלי של תרומת ישראל לפיצויים לשים קץ לבעיית הפליטים מבחינתה של ישראל".²⁷² מנגד, דרש הצד הערבי תשלום מידי המבוסס על "הערך האמיתי" של הרכוש, תשלום שייעשה על בסיס אישי ולא בסכום כולל. נוסף על כך, סירבו מדינות ערב לקשור את תשלום הפיצויים ליכולתה הפיננסית של ישראל, ותבעו תשלום גם בעבור הערך של חלק מהרכוש הציבורי המצוי בישראל (כגון כבישים ומסילות ברזל).²⁷³ באותו שלב של הסכסוך הישראלי-ערבי לא ניתן היה לגשר על עמדות מנוגדות אלה.

ההצעה של ועדת הפיוס מבוססת על שיקולי מדיניות נכוחים. יתרונה בכך שהיא מפרידה את הטיפול בתביעות הכספיות מן המישור הפוליטי והלאומי – הפרדה האמורה להפחית מתחים, הן בין היחידים לבין הרשויות של הישות האחרת, הן בין הממשלות לבין עצמן. ההצעה מעבירה את ברור הזכויות האינדיבידואליות לשלב השני של ההליך, אשר יקוים בידי אנשיה של המדינה התובעת.

²⁷⁰ הערות של המשלחת הישראלית להצעות של ועדת הפיוס, שם, פסקה 65, בעמ' 8, וכן Annex C, Appendix I, בעמ' 18-19.

²⁷¹ שם, שם. סמוך לפני תחילת הדיונים בתכנית זו, תפסה עירק את רכוש היהודים העירקים שגרשמו לעלייה לישראל. ישראל הודיעה לוועדת הפיוס כי, כדי להגן על היהודים שפעולה זו חלה על רכושם, היא החליטה להביא בחשבון בעת הערכת הפיצויים המגיעים לפליטים הערביים את ערך הרכוש שנתפס (שם, פסקה 4, בעמ' 1). לפי הערכות בלתי-רשמיות של מנהיגי הקהילה היהודית העירקית בישראל משנת 1954, ערך הרכוש הגיע ל-156 מיליון ליש"ט. ראו פרז, הערה 28 לעיל, בעמ' 200. על סבלם של העולים היהודים ממדינות ערב, ראו רומני, הערה 124 לעיל. פריטי ו-דינין, הערה 124 לעיל.

²⁷² הנספח לדין וחשבון של המזכיר הכללי, הערה 190 לעיל, פסקה 65, בעמ' 8.

²⁷³ תמצית פגישה שנערכה בין ועדת הפיוס למשלחות הערביות ביום 14 בנובמבר 1951, שם, נספח II, בעמ' 20-24. ראו גם הערותיהם של נציגי ארבע מדינות ערב לנייר העבודה של ועדת הפיוס משנת 1966, הערה 10 לעיל. כפי שצוין בהערה 10, לדעתנו שגה הדין וחשבון של ועדת הפיוס בסווגו כמות ניכרת של רכוש ציבורי (אדמות מדינה) כרכוש פרטי.

כפי שהזכרנו לעיל, העיקרון המונח ביסוד הצעה זו – הפרדת ההתחשבות שתיערך בין המדינות (או היישויות) מן ההליך של חלוקת הכספים בידי כל ממשלה לאזרחיה – אומץ גם בהסדרים אחרים. ההפרדה לשני שלבים נראית ראויה במיוחד בהקשר הישראלי-פלסטיני בשל ההיקף הגדול של התביעות ומורכבותן. תהליך זה אמור לכלול זיהוי של הבעלות ושל זכויות קניין אחרות ברכוש בזמן הנטישה. בחלק מהמקרים, כמו למשל כאשר מדובר בזכויות במקרקעין שנרשמו בתקופת המנדט הבריטי בלשכת רישום המקרקעין, יוכלו התובעים להביא ראיות פשוטות וחד-משמעיות לתמיכה בתביעותיהם. אולם באזורים שבהם לא הייתה מערכת מרשם מסודרת, ובהתחשב בכך שדיני המקרקעין המהותיים ששררו בארץ-ישראל בתקופת המנדט הבריטי – בעיקר הדין העותמני – היו מיושנים וסבוכים, יעמדו בפני התובעים מכשולים הוכחתיים גבוהים. רישומי המקרקעין באזורים שלא עברו הליך של הסדר הם לעיתים דלילים וספורדיים. חלקות אשר נרשמו שלא במסגרת הסדר בתקופה העותמאנית תוארו במרשם ללא מיפוי, תוך תיאור מילולי בלבד של הגבולות. כיום קשה למדי להוכיח את המיקום שאליו מתייחסים שטרי הטאבו הטורקיים. יתר על כן, נהגים מקומיים של עיבוד אדמה ודיני הירושה גרמו לכך שלחלקות רבות היו עשורות בעלי-זכויות, מבלי שלמי מהם הייתה זכות בחלק מסוים מהקרקע.²⁷⁴

מלאכת הזיהוי של זכויות הקניין ושל בעליהן מסתבכת עוד יותר כאשר נדרש לבצעה עשרות שנים לאחר שהבעלים המקוריים הופרדו מרכושם, במיוחד כאשר ההפרדה התרחשה בתקופות של תהפוכות פוליטיות וצבאיות, כפי שהיה הדבר בין השנים 1947-1949. בעיות נוספות עלולות לנבוע מחוסר דיוק בזיהוי הבעלים במרשם ומקשיים בתרגום השמות הערביים לרשומות הרשמיות באנגלית.²⁷⁵

זיהוי התביעות האינדיבידואליות כעבור מחצית המאה יצריך גם בדיקה עובדתית ומשפטית של העברות מאחורות יותר של זכויות, הן בין החיים והן מתמת מיתה. התוקף של שינויי בעלות חייב להיבחן על פי הדין הפנימי והבין-לאומי. במקרים של ירושת רכוש, יהיה צורך לשקול את התוקף על פי הדינים השונים החלים על שאלות כאלה, לרבות, במקרים מסויימים, דין מקום המושב החדש של הפליט או של המנוח. מלחמה, כיבוש ובריחה המונית של אוכלוסיות מקשים על פרטים לעמוד בדרישות

²⁷⁴ על השיטה האגררית ועל דיני המקרקעין שחלו בארץ-ישראל לפני שנת 1948, ראו אברהם גרנובסקי, *המשטר הקרקעי בארץ ישראל (תש"ט)*; Frederic M. Goadby & Moses J. Doukhan, *The Land Law of Palestine* (1935). ראו גם משה זוכן, *דיני הקרקעות במדינת ישראל* (מהדורה שנייה, תשי"ג).

²⁷⁵ ראו נייר העבודה של ועדת הפיוס משנת 1966, הערה 10 לעיל, פסקה 112.

הפורמליות שקובע הדין כתנאי להעברות תקפות בין החיים או מחמת מיתה (חוזים וצוואות). קושי נוסף, הגובר והולך עם חלוף הזמן, הוא הצורך להעריך את שווי הרכוש בשנת 1948, ולתרגמו לאחר מכן לערכים נוכחיים. מאחר שהאנשים העשויים להיות זכאים לבעלות או לזכויות פחותות ממנה בנכסים, וכן העדים העשויים להעיד על זכויות אלה, מפוזרים ברחבי העולם, הרי שתהליך זה עלול להיות איטי ומסורבל ביותר. עצם העיסוק הממושך בתהליך מסובך כזה, הכרוך בעימותים משפטיים חריפים, עלול לחבל במאמצים לפתוח דף חדש של שיתוף פעולה ושכנות טובה בין הצדדים. התהליך יסתבך עוד יותר אם ההסדר האזורי הכולל יקיף גם את התביעות של יהודים שהותירו את רכושם במדינות ערב ומצאו מקלט בישראל בשנת 1948 או לאחר מכן.

בהשוואה לזיהוי ולכימות של כל אחת מהתביעות האישיות, הערכה גלובלית של הכמות ושל הערך של הרכוש שהותירה אוכלוסיית הפליטים היא פשוטה וקלה יותר. הצדדים יכולים לשאת ולתת על קני-המידה לעריכת חישוב כולל זה, ואת הנתונים העובדתיים הנחוצים ניתן לדלות ממחקרים היסטוריים, דמוגרפיים וגאוגרפיים. הממצאים של ועדת הפיוס ומקורות נוספים (לרבות תצלומי-אוויר מהתקופות הרלוונטיות), יכולים לתרום רבות בהקשר זה.²⁷⁶ ניתן יהיה איפוא להתחשב בשווי של הרכוש הפרטי לסוגיו השונים כרכיב משמעותי בחישוב הסכום הכולל שישולם באורח חד-פעמי. עם זאת, מאחר שהקריטריון החל בענייננו הוא הקריטריון של "פיצויים הולמים", רכיב זה אינו צריך להיות הגורם היחיד או אפילו המכריע בחישוב הסכום הנדון.²⁷⁷ הצרכים הנוכחיים והעתידיים של הפליטים, המקורות הכספיים והכלכליים של הצדדים והסיכויים להשתתפות ולהשקעות מצד חברות אחרות בקהילה הבין-לאומית חייבים להילקח בחשבון אף הם.

²⁷⁶ ועדת הפיוס דיווחה על המחקר בן ארבע עשרה השנים שהיא ערכה בנייר העבודה שלה משנת 1966 (הערה 10 לעיל). למרות שוועדת הפיוס לא חשפה מעולם את ממצאיה המדויקים, היא הייתה סמוכה ובטוחה שתוצאות המחקר יכולים לספק בסיס הוגן וסביר לפתרון ההיבט הכספי של הסכסוך. עם זאת, הוועדה עצמה מציינת במסמך שלה כי ייתכנו אי-דיוקים משמעותיים כתוצאה מהיעדר ראיות מספיקות (שם, בעמ' 7). על הבעיות השונות, למשל ביחס לרכוש בערים באר-שבע ורמלה, בכפרים מסויימים ובאזור הנגב, ראו שם, בעמ' 8-11, 21, 25-26. כפי שעולה מהתגובה הביקורתית של נציגי מצרים, ירדן, לבנון וסוריה לנייר העבודה (הערה 10 לעיל), תיתכנה אף מחלוקות לגבי השיטות והקווים המנחים שעל פיהם פעלה הוועדה. ערכו של המחקר שערכה ועדת הפיוס נגרע גם עקב הזמן הרב שחלף מאז שנת 1948 ועד היום, פרק-זמן שבמהלכו בוצעו עסקאות שונות לגבי אותם נכסים.

²⁷⁷ ראו תת-פרק 5.ג (א) לעיל.

לאחר שיוסכם על התשלום הכולל במישור הבין-ממשלתי, יהיה צורך לקבוע את העקרונות וההליכים לחלוקה הפנימית של הכספים. התייחסות לזכויות העבר כקריטריון יחיד או אפילו עיקרי לחלוקה של הכספים לוקה בחסרונות ניכרים, במיוחד כאשר הכספים מחולקים זמן רב לאחר התרחשותם של האירועים הרלוונטיים. ראשית, כמפורט לעיל, המשימה המפרכת של אימות התביעות הפרטיות לרכוש הנטוש נותרת בעינה. שנית, כאשר נדרש פיצוי מידי כדי לשקם את הפליטים, ההליך האמור עלול להיות איטי ובלתי-מספק. שלישית, וחשוב ביותר, אם היעד הוא שיקום של אוכלוסיית הפליטים, הרי שמטרת התשלום, ומכאן גם קביעת שיעורו, צריכים לצפות פני עתיד, ולא רק להתחשב בעובדות ובאירועים שבעבר. המפתח לנורמליזציה ולפיוס מצוי גם בטיפול בצרכים הנוכחיים והעתידיים של קהילות ושל יחידים. על כן, תכנית פיצויים שתתחשב בשיקולים תוצאתיים ובשיקולים של צדק חלוקתי תהא עדיפה על תכנית שתתבסס על שיקולים של צדק מתקן בלבד. הסתכלות קדימה צופנת סיכוי לשיקום ולצמיחה כלכלית תוך זמן קצר יחסית. מדיניות דומה, הידועה כ"תכנית מרשלי", יושמה בהצלחה מרובה בגרמניה המערבית לאחר מלחמת העולם השנייה. נוסף על החייאת הכלכלה והתשתית הגרמניות, סייעה תכנית זאת לקלוט ולשקם מיליוני פליטים גרמנים מהמזרח, אשר לא קיבלו פיצוי כלשהו על רכושם האבוד.²⁷⁴ תכנית האו"ם לטיפול בפליטים הערביים, שהוצעה בשנות החמישים ולאחר מכן, התבססה על קווים מנחים אלה, אך מדינות ערב סירבו ליישמה.²⁷⁵ היום, כמעט מחצית המאה מאוחר יותר, הסתכלות קדימה מתאימה הרבה יותר. למעשה, ניתן למצוא סימוכין למדיניות כזאת בהצהרת העקרונות הישראלית-פלסטינית. נספח IV, שעניינו תוכניות פיתוח אזוריות, מציין כיעד ראשון במעלה את קידומה של תכנית שיקום חברתית לגדה המערבית ולרצועת עזה, אשר תכלול גם תוכניות בנייה ודיור.

המשקל המדויק שיינתן לתביעות הקניין האינדיבידואליות בשלב ההקצאה הפנימית תלוי במאפייני האוכלוסייה הרלוונטית ובטיב התביעות שבהן מדובר. כך, כאשר מדובר בפליטים משוקמים, קנה-המידה הראשי לפיצויים שישולמו להם יכול להיות ערך הרכוש שהם איבדו, וזאת במידה שיש בידם כיום לבסס את תוקף תביעותיהם. ניתן לנקוט גישה זאת בישראל ביחס לשיקום פליטים יהודים ממדינות ערב השכנות וביחס לבעלים ישראלים של רכוש שנתר בגדה המערבית וברצועת עזה בשנת 1948. עם זאת,

²⁷⁴ ראו תיאורו של דה זאיאס, הערה 167 לעיל.

²⁷⁵ החלטת האסיפה הכללית מס' 513(VII) (מיום 26 בינואר 1952). ראו הערה 206 לעיל והטקסט הסמוך לה.

כנגד תביעות אלה תוכלנה אולי הרשויות לדרוש קיזוז מלא או חלקי של ערך הקרקעות שעליהן יושבו אותם אנשים – קרקעות שחלק מהן היו שייכות לתושבים פלסטיניים שהפכו לפליטים.²⁸⁰ ככל שמדובר בפליטים שטרם השתקמו, ובפרט הפלסטינים המתגוררים במחנות פליטים, ניתן לצפות שהקריטריון העיקרי (אף כי לא היחיד) לחלוקת הכספים יהיה הצרכים הנוכחיים והעתידיים שלהם. יתרה מכך, במקרים רבים מוטב לפצות אותם פליטים על ידי הספקת מגורים הולמים, מתקנים רפואיים ומוסדות חינוך, מאשר במתן מזומנים. מובן, שהקריטריון לפיצויים יקבע את הזהות ואת ההיקף של האנשים הזכאים.

עקרונית, קני-המידה המדויקים והליכי החלוקה של הפיצויים אמורים להיקבע בידי כל ממשל לגבי האוכלוסייה שלו. אולם בהקשר זה מציב הסכסוך הישראלי-ערבי אתגר מיוחד, הנובע מיחסי-הגומלין המורכבים בין נציגי האוכלוסייה הפלסטינית לבין הממשלות של מדינות ערב שבהן מתגוררים פלסטינים. כשניים וחצי מיליון פליטים פלסטיניים²⁸¹ מפוזרים כיום בגדה המערבית ורצועת עזה (פחות מ-40 אחוז), בירדן (פחות מ-40 אחוז), בלבנון (יותר מ-10 אחוזים) ובסוריה (יותר מ-10 אחוזים). חלוקה זאת עשויה להשתנות אם בעתיד ישובו לגדה המערבית ולרצועת עזה פלסטינים שעזבו אזורים אלה בשנת 1967 או לאחר מכן.²⁸² ניתן לצפות שבמשא ומתן על הסדר הקבע ידרוש הצד הפלסטיני לאפשר גם לפליטים הפלסטיניים משנת 1948 לחזור לטריטוריה של הישות הפלסטינית. למרות הירידה האפשרית במספר הפליטים הפלסטיניים המתגוררים במדינות ערב השכנות כתוצאה מאותה שיבה, סביר להניח שרבים מהם יעדיפו להישאר במקום שבו הם מתגוררים בחמשת העשורים האחרונים. לפיכך, כל הסדר ליישוב בעיית הפליטים יצריך לא רק מעורבות של הצד הישראלי והצד הפלסטיני, אלא גם מעורבות של המדינות שבהן יש ליישב מחדש ולשקם מספר גדול של פליטים. ההסדרים הדו-צדדיים בין ישראל והפלסטינים יכולים לטפל באורח ממצה רק בזכויות ובאינטרסים של הישראלים ושל הפלסטינים המתגוררים בארץ-ישראל.

²⁸⁰ הסדר כולל של ענייני הרכוש הפרטי הקשורים לסכסוך הערבי-ישראלי עשוי לכלול גם הגדרה מחדש של זכויות ה"נפקדים הנוכחים" במדינת ישראל לפיצויים על הנכסים שהיו להם בתחומי ישראל. על הדין הישראלי הקיים בנושא זה, ראו תת-פרק ב.2. (א) לעיל. במסגרת הסדר כולל שכזה ניתן לחשוב גם על התחשבות נוספת באינטרסים של "נפקדים" אלה.

²⁸¹ ראו ההערות של אונר"א, טקסט סמוך להערה 14 לעיל.

²⁸² ראו הערות 82 ו-146 לעיל והטקסט הסמוך להן.

לאור המצב הפוליטי הנוכחי במזרח התיכון, קשה להאמין שהממשלות הערביות הנוגעות בדבר תסכמנה להפקיד בידי המועצה הפלסטינית את ניהול הכספים וחלוקתם לפליטים הפלסטיניים המתגוררים בשטחים של כל אחת מהן. כל תכנית שיקום תחייב לא רק חלוקה של כספים ליחידים, אלא גם ייזום של פרויקטים ציבוריים כמו בניית שיכונים, השקעות בתשתית ויצירת מקומות עבודה חדשים. פרויקטים כאלה חייבים להתבצע באישור הממשלות ובפיקוחן. לא ניתן לצפות מהממשלות הנוגעות בדבר להשלים עם פעילויות כאלה מבלי שהן לכל הפחות תתואמנה עימן. הנחה זאת מבוססת בחלקה על הניסיון של אונר"א, אשר במהלך שנות החמישים והשישים נאלצה לשאת ולתת עם הממשלות הערביות על פעילויות ומעמדה בתחומן – משא ומתן אשר לא תמיד הוביל לתוצאות משביעות-רצון מנקודת-מבטה של אונר"א.²⁸³ בד בבד, תהא זו טעות להפקיד את חלוקת הכספים והשימוש בהם אך ורק בידי הממשלות הערביות. המעמד הפוליטי הפנימי של הפליטים הפלסטיניים במקומות מושבם אינו מבטיח ייצוג הוגן של האינטרסים שלהם בידי הממשלות הנוגעות בדבר. לפיכך, הסכמים דו-צדדיים לתשלום סכומים חד-פעמיים עם מדינות ערב, אשר יותירו לממשלות הערביות שיקול-דעת לגבי חלוקת הכספים, אינם נראים כהסדר מספק.

החסרונות של כל תכנית שתתבסס אך ורק על הסדרים דו-צדדיים, תוך הותרת שיקול דעת רחב לגבי ההליכים הפנימיים של הקצאת הכספים, מובילים למסקנה שיש לכוון מנגנון משוכלל יותר, אשר יבטיח ייצוג הולם הן לאינטרסים של הפלסטינים והן לאינטרסים של הממשלות הערביות. לפיכך, נראה לנו שהפתרון הכולל לבעיית הפליטים חייב לכלול את מדינות ערב השכנות וכן את ישראל ואת הישות הפלסטינית. נוסף על כך, הדעת נותנת שמדינות וארגונים נוספים שיספקו משאבים ותרומות לפתרון הבעיה יעמדו על כך שגם בדיהם יהיו אמצעי פיקוח יעילים על הקריטריונים ועל ההליכים של השימוש בכספים. מומלץ לפיכך, שהצדדים הנוגעים בדבר יקימו מוסד מיוחד, שיבטיח ייצוג הוגן לכל קבוצות האינטרסים, יפקח על חלוקת הכספים בהתבסס על אמות-המידה שתוארו לעיל, ויבטיח בכך יישום מוצלח לתכנית השיקום לפלסטינים. במסגרת זאת, ניתן לקבוע כי חלוקת הכספים ופעולות השיקום של הפליטים במקומות שונים תיעשה בידי מוסדות או ועדות בהרכבים שונים.

²⁸³ ראו בוהריג, הערה 13 לעיל, בעמ' 66-70.

ד. סיכום

הסקירה בחלק ב של מחקר זה הראתה שבמסגרת הסדר השלום הישראלי-פלסטיני יידרש לטפל בסוגים רבים של תביעות רכוש פרטיות מצד ישראלים ופלסטינים. עקרונית, קיימות שלוש דרכים עיקריות לטיפול בתביעות אלה: השבה בעין של הרכוש, אשר במקרה של נכסי דלא נידי כרוכה בהתרת השיבה למולדת; תשלום פיצויים בעבור הרכוש; ומימון הצרכים הנוכחיים והעתידיים של הפליטים במגמה לשקם אותם. לכל אחת מדרכים אלה יתרונות וחסרונות. כפי שמלמדת הפרקטיקה הבין-לאומית, אפשרויות המימוש של כל אחת מן הדרכים תלויות בנסיבות החברתיות, הכלכליות, הפוליטיות והאחרות המיוחדות לכל מקרה. ניתן, כמובן, לאמץ רכיבים מכל אחת מן הדרכים ולשלבם בפתרון הספציפי.

מבין הגישות האפשריות, האפשרות הראשונה, של השבת הרכוש ושיבה למולדת, יכולה להלום רק מיעוט מהתביעות הפרטיות בהקשר הישראלי-פלסטיני. אלה עשויות לכלול, באופן מלא או חלקי, תביעות של פלסטינים שרכושם מצוי בשטח שיימצא תחת סמכות השיפוט של הישות הפלסטינית בגדה המערבית וברצועת עזה; תביעות של ישראלים שרכושם מצוי בשטח שייכלל בסמכות שיפוט ישראלית שתשתרע מעבר לקו הירוק, אם הסדר הקבע יורה על הכללת שטחים כאלה; ואולי גם תביעות לרכוש המצוי בתחומי ישראל, אשר היה שייך ל"נפקדים" שהפכו אחרי מלחמת השחרור לאזרחים ישראלים. הניסיון הבין-לאומי לגבי העברות המוניות של אוכלוסין מצביע על כך שהשבה בעין של רכוש והשבת הפליטים למקומות מושבם המקוריים הם פתרונות בעייתיים מאוד, ולכן הסבירות שהם יאומצו נמוכה למדי.

אשר לאפשרות השנייה, תשלום פיצויים כספיים, ראוי לבסס אותה על קיוזו גלובלי של התביעות ההדדיות, וטיפול פנימי של כל ישות בתביעות האינדיבידואליות של אזרחיה. עם זאת, בעוד שקביעת סכומים גלובליים נראית כמשימה בת-ביצוע, הרי שסיכויי ההגשמה של השלב השני – שלב החלוקה הפנימית המבוססת על בירור והכרעה לגבי תוקף הזכויות שנפגעו במהלך העימותים הצבאיים בשנת 1948 ובשנת 1967 – אינם כה רבים. נסיון העבר אינו מניח יסוד לאופטימיות לגבי הצלחתו של הליך זה, משום שהוא כרוך בבירור עובדתי ומשפטי עצום בהיקפו וברמת המורכבות שלו. ככל שיחידים מסוגלים להמציא ראיות מוצקות לתביעותיהם, כמו נסחי-רישום של מקרקעין שנרשמו בלויית מיפוי נאות, ניתן יהיה להכיר בזכאותם לפיצויים. אולם

דומה שרוב התביעות לא תוכלנה להתבסס על נסחי-רישום המתייחסים לקרקע מזוהה או על ראיות חד-משמעיות אחרות, ולכן תיתקל ההכרה בהן בקשיים מרובים.

המסקנה מניתוח זה היא, שלגבי הרוב הגדול של התביעות הפרטיות, התכנית הישימה ביותר תצטרך להתבסס לא רק על תיקון הפגיעות שבעבר, אלא גם – ובמקרים מסויימים, בעיקר – על האפשרות השלישית: מאמץ צופה פני עתיד לשקם את הפליטים. קנה-המידה של "פיצויים הולמים" צריך לקחת בחשבון הן את הרכוש האבוד של הפליטים, הן את צורכי השיקום הנוכחיים והעתידיים של כל אחד מהם. כללית, נראה שבשלב ההתחשבות הבין-ממשלתית הכוללת ראוי לתת משקל רב יחסית להערכה הגלובלית של שווי התביעות לקניין הפרטי, ואילו בשלב של חלוקת הכספים לתובעים היחידים, ראוי לתת משקל רב יותר לצרכים הנוכחיים והעתידיים של הקהילות השונות ושל היחידים המרכיבים אותן.

נוסף על ישראל והמועצה הפלסטינית (או אש"ף), תחייב תכנית פיצויים מורכבת כזאת מעורבות פעילה של מדינות ערב השכנות, שבהן מתגוררים פליטים פלסטיניים. לאור שיקולים אלה ולאור המציאות הפוליטית של המזרח התיכון, הצענו שכל הצדדים הנוגעים בדבר יכוננו מוסד מיוחד שיופקד על הקצאת הכספים. מימוש הצעות אלה עשוי לסלול את הדרך לעתיד של שלום ושכנות טובה באזור כולו. לאחר יותר ממאה שנות איבה, הגיעה העת לעלות על דרך זאת.



פרסומי ירושלים 1997-1998

1. הר-הבית/אל-חרם אל-שריף: נקודות הסכמה ומחלוקת, יצחק רייטר, 1997
2. ירושלים - היבטים משפטיים, רות לפידות, 1997
3. יחסם של מדינת ישראל והציבור היהודי לגווניו להר-הבית, אמנון רמון, 1997
4. הגורם הנוצרי ושאלת ירושלים, אמנון רמון, 1997
5. ירושלים ואיודיה - דיוקנה של הקצנה דתית-פוליטית, יפרח זילברמן, 1997
6. מודל הוותיקן ושאלת ירושלים, אמנון רמון, רותם גלעדי, בהנחיית ראובן מרחב, 1997
7. הארגון המוניציפלי של מטרופולין ירושלים: חלופות רעיוניות, שלמה חסון, 1997
8. *Islamic Institutions in Jerusalem*, Yitzhak Reiter (joint publication with Kluwer Law International), 1997
9. עיר חדשה בהרי ירושלים, ישראל קמחי, מאיה חושן, 1998
10. שוליות כפולה - פלסטינים ישראלים בירושלים, עדאל מנאע, 1998
11. לעלות ולרדת - השתקעותם של עולים בירושלים, מאיה חושן, ישראל קמחי, 1998
12. שנתון סטטיסטי לירושלים - 1997, מאיה חושן, נעמה שחר (עורכות), 1998
13. על נהוניך ירושלים (1997), מאיה חושן, 1998

רכישת פרסומים:

מכון ירושלים לחקר ישראל, רחוב רד"ק 20א, ירושלים 92186

טלפונים: 02-5630175, 5618487, 5662554, 5662798

פקס: 02-5639814 Email: idpg@netvision.net.il

מכון ירושלים לחקר ישראל מיסודה של קרן צירלס רבסון עוסק במחקר
מדיניות, במחקר יישומי ובדיון ציבורי בתחומים הבאים:

א. תהליך השלום

ב. ירושלים

ג. מדיניות טכנולוגית-תעשייתית בישראל ובעולם

ד. מדיניות חברתית

המכון הוא גוף עצמאי שאינו נושא רווח ומטרותיו הן:
שיפור תהליכי תכנון מדיניות בישראל באמצעות מחקר, עיון ודיון,
ניתוח אובייקטיבי ומדעי של מגמות ותהליכים בחברה הישראלית,
הצגת נתונים בדוקים והצעת אופציות פעולה לקובעי המדיניות
במישור הארצי, המקומי והעסקי.

המכון מעודד את שיתופם של אנשי הביצוע מן המערכת הממשלתית
והעירונית בתהליכי המחקר ומדגיש את אופיים היישומי של
המחקרים ואת משמעותם לגבי תכנון מדיניות.

מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל מס' 77



מכון ירושלים לחקר ישראל

בית החי אלישר

רח' רד"ק 20א, ירושלים 92186

טל: 02-5630175

פקס: 02-5639814