

מחויבות בקו הגבול – על חובותיה של מדינה כובשת כלפי מדינה נכבשת הילי מודריק-אבן*

מאמר זה מתאר ומגדיר את העקרונות שבבסיס מערכת היחסים בין מדינה כובשת למדינה, או ישות אוטונומית אחרת, נכבשת, הן במהלך הכיבוש והן בסיומו, ומפרט באופן מעשי את חובות הצדדים וזכויותיהם. הגדרת הכיבוש נסמכת על זו המקובלת במשפט הבינלאומי, הגורסת שכיבוש הוא השתלטות של מדינה אחת (עוינת) על טריטוריה של מדינה אחרת באמצעים צבאיים. עניינו העיקרי של המאמר הוא ליצור את המסגרת הנורמטיבית – מוסרית ומשפטית – תוך הדגמתה החלקית מתוך המציאות בשטחים הכבושים. המאמר משלב שלוש דיסציפלינות אקדמיות: משפט, פילוסופיה פוליטית ואתיקה. נקודת המוצא לשילוב היא תיאורית מוסרית המבוססת על מושג החובה, ואשר ניתן לכנותה בשם: "שיח החובות", אף שנהוג לקשור בין שלוש דיסציפלינות אלה באמצעות שיח אחר, שיח הזכויות. אמנם שני סוגי השיח קשורים זה בזה, ולמעשה פעמים רבות מושג החובה שלוב במושג הזכות. עם זאת השוני המרכזי בין שני סוגי השיח נוגע לשאלה, מי הוא הסובייקט שבמרכזו. בשיח של זכויות מדובר בנשא הזכות, ואלו שכלפיהם עומדת לו זכותו הם, בעיקר, אינסטרומנטלים למילוי הזכות שלו. מבחינת שיח החובות, ההתמקדות אינה במי שהחובה היא כלפיו (A) אלא בנשא החובה (B), שיש לו חיוב עצמאי לפעול בלא קשר לעניינו של A. אפשר לומר של-B יש "אינטרס מוסרי" לפעול מתוך חובה, שלא מתוך היענות לתביעתו של A.

* דוקטורנטית, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. המאמר מבוסס על עבודת הגמר שכתבתי לקראת התואר "מוסמך אוניברסיטה" בפילוסופיה, אוניברסיטת תל אביב. אני מודה לפרופ' יעקב-יהושע רוס ולד"ר עובדיה עזרא על הערותיהם מאירות העיניים, אשר בעזרתן עיבדתי את עבודת הגמר למאמר זה ולפרופ' אלון הראל, ד"ר יונתן יובל ומערכת **מושפט וממשל** על הערותיהם המועילות לטיטות קודמות של המאמר. כל אתרי האינטרנט המאוזכרים להלן נצפו באחרונה בפברואר 2005 אלא אם כן נכתב אחרת.

חלקו הראשון של המאמר (פרק ב) מציג את מסגרתו המושגית והתיאורטית ומבהיר מדוע, לדעתי, יש בכוחו של שיח החובות להתמודד באופן מוצלח יותר משיח הזכויות עם השאלה שביסוד המאמר, הן מן הבחינה המושגית והן מן הבחינה המעשית. ההצדקה המושגית מתמקדת בכך שהפעולה המוסרית, המבוססת על החובה לכבד את זכויותיהם של כלל בני האדם ואינה נעוצה במתן האפשרות לדרוש אותן, היא בעלת ערך אינטרנינזי ולא אינסטרומנטלי. הכוונה לכך שהפועל המוסרי, כפי שהניח קאנט, מונע על ידי הוקרת החוק ולא על ידי אינטרסים זרים. מן הבחינה המעשית מבהיר המאמר כיצד מיקודה של נקודת המבט בפועל (agent), הנושא בחובה, במקום במקבל הפעולה, בעל הזכות (recipient), יכול להביא לידי הבטחה ראויה יותר של האינטרסים שעליהם אנו חפצים להגן.

חלקו השני של המאמר (פרקים ג-ד) פותח בדיון תיאורטי בסוגים השונים של חובות המצויות בכל מערכת מוסדית ומוסרית ובעקרונות הקובעים אותם. לאחר מכן נערך דיון מעשי המדגים את יישום העקרונות והחלתם על היחסים בין כובש לנכבש בכלל ובין הכובש הישראלי לנכבש הפלסטיני בפרט. שני סוגי החובות הנידונים במאמר הם חובות שלמות וחובות בלתי שלמות, והם מבוססים על עקרונות שונים. החובות השלמות מבוססות על עקרונות צדק, אשר מגלמים את הנחתו של רולס (Rawls), המופיעה במובן דומה גם בכתביו המוקדמים יותר של הברמס (Habermas), בדבר ההבחנה בין תפישות טוב ובין עקרונות הצדק. החובות השלמות הן כאלה שניתן להציב כנגדן תביעת זכות. החובות הבלתי שלמות מבוססות על עקרונות של מידה טובה, כאשר עקרונות אלה מניחים ייתכנות של דיון, שיח, בדבר תפישות הטוב, ואינם מקבלים את ההנחה שהטוב הוא משני או נגזר מעקרונות הצדק או שהסכמה על תכניו אינה רלוונטית ליצירתה של מערכת מוסרית. כנגד חובות אלה לא ניתן להציב תביעת זכות.

הדגמת החובות הספציפיות המוטלות על הכובש כלפי הנכבש נעשית באמצעות שלוש חובות שלמות וחובה אחת בלתי שלמה. החובות השלמות הן: (א) החובה שלא לנצל את המשאבים החומריים והרוחניים של המדינה הנכבשת ושל תושביה (וחובה משנית לפצות על ניצול משאבים שלא ניתן להשבה); (ב) חובה למנוע נזק גופני ונזק נפשי הנובעים מן הכיבוש (וחובה משנית לפצות על הנזקים); (ג) החובה שלא למנוע מתושבי המדינה הנכבשת את אמצעי הקיום המינימליים. החובה הבלתי שלמה היא החובה לספק בפועל את אמצעי הקיום והמחיה של תושבי המדינה הנכבשת. כן נטען כי חלק מן החובות, ובמיוחד החובה להבטיח את אמצעי המחיה של הנכבש, ממשיכות לחול על הכובש גם בסיום הכיבוש ולא רק במהלכו, וזאת אם עדיין קיימת תלות כלכלית בין המדינות.

"...הארץ הזאת שנדמה לו כאילו נפלט אל אדמתה, כאילו הוא המתיישב הראשון בה או הכובש הראשון, שנחת במקום שחוק הכוח עדיין שולט בו והצדק נועד להעניש בלי רחמים את מה שאין בכוחם של המנהגים לסכל, והוא מוקף בבני העם הזה, המושך והחשוד, הקרוב והנפרד, שמתחככים בהם מבוקר עד ערב, ולפעמים נקשרת ידידות או חברות, אבל בערב הם פורשים אל בתיהם הלא-מוכרים, שאינך נכנס אליהם לעולם..."¹

א. מבוא. ב. החובה כמסגרת תיאורטית מוסרית. ג. עקרונות צדק וחובותיו שלמרות של הכובש – דיון תיאורטי ויישומי: 1. החובה להימנע מלנצל משאבים; 2. חובת מניעתו של נזק גופני ונפשי ונזק כלכלי; 3. החובה להבטיח אמצעי קיום ומחיה. ד. עקרונות מידה טובה וחובותיו הבלתי שלמות של הכובש – דיון תיאורטי ויישומי. ה. סיכום ומסקנות.

א. מבוא

עניינו של מאמר זה במה שעשוי להיראות, במציאות הישראלית העגומה של הימים האלה, כאוטופיה או אחרית הימים – היום שלאחר סיום הכיבוש. עם זאת, ברקע עומדת גם תכנית ההינתקות מרצועת עזה, הקורמת עור וגידים, ואשר מימושה עשוי להעניק משמעות אקטואלית לשאלות שבלב המאמר. ** לכאורה, יום סיום הכיבוש הוא יום מטפורי שבו ניתקות זו מזו שתי ישויות מדיניות, ויותר מכך, נקודת הזמן שבה נפרדים חיי האזרחים והתושבים של שני עמים שהיו קשורים והדוקים זה בזה שנים רבות. האומנם? קו הגבול המוסכם מציב משני עבריו שתי ישויות עצמאיות, אך נראה כי יש בכך קטיעה מלאכותית של מגוון הקשרים, היחסים והדימויים – תרבותיים, גאוגרפיים, מסחריים, משפטיים – שנוצרו משני עברי המתרס בשנות הכיבוש. יתרה מזו, בה בעת עצם ההפרדה מעצבת מערכת חדשה של קשרים ויחסים, שבאמצעותה ישוב ויבנה כל אחד מהצדדים את זהותו. לנוכח יצירת מערכת זו עולות וצפות שאלות רבות בדבר דמותה: מה יהיה טיב היחסים שיווצרו בין הצדדים? כיצד מתגבשת הישות העצמאית של כל אחד מהם?² האם ניתן לקיים דיאלוג ביניהם ואיזה סוג של דיאלוג? ההנחה שמאמר זה מבוסס עליה היא, כי מתן מענה על השאלות הללו מחייב מחשבה על שאלה יסודית יותר, בדבר טיבם

** הערת מערכת: המאמר נכתב לפני ביצוע ההתנתקות מרצועת עזה.

1. אלבר קאמי, **אדם הראשון** (עם עובד, 1995), 231.

2. להשקפה כי קיומו של הנכבש כיש מוסרי יכול להתרחש רק באמצעות מאבק אלים לשחרור.

ראו: Frantz Fanon, *The Wretched of the Earth* (Grove Press, 1968).

של העקרונות המוסריים והמשפטיים המכוננים את הקשרים שבין כובש לנכבש במהלך הכיבוש ובסיומו.

מטרתי במאמר זה היא לתאר ולהגדיר את העקרונות שבבסיס מערכת היחסים בין מדינה כובשת למדינה, או ישות אוטונומית אחרת, נכבשת,³ הן במהלך הכיבוש והן בסיומו, ולפרט באופן מעשי את חובות הצדדים וזכויותיהם על יסוד עקרונות אלה. הגדרת הכיבוש נסמכת על המשפט הבינלאומי, ועל פיו כיבוש הוא השתלטות של מדינה אחת (עוינת) על טריטוריה של מדינה אחרת באמצעים צבאיים.⁴ עניינו העיקרי של המאמר הוא ליצור מסגרת מוסרית ומשפטית תיאורטית, תוך הדגמתה החלקית מתוך המציאות בשטחים הכבושים.⁵ נקודת המוצא של המאמר, המשלב שלוש דיסציפלינות אקדמיות – משפט,

3. לנוחות הדיון אשתמש במושג "מדינה" גם בנוגע לישויות אוטונומיות (או אוטונומיות למחצה) אחרות. עם זאת בהמשך אתייחס למשמעות המשפטית של מושג הריבונות בנוגע למחלוקת ההיסטורית בעניין מעמדם המשפטי של השטחים שנכבשו בידי ישראל בשנת 1967. מחלוקת זו הייתה נעוצה בקושי להכריע בשאלה מי הוא הריבון בשטחים אלה.

4. Lasse Oppenheim and Hirsch Lauterpacht, *International Law: a Treatise* (Longmans, Green and co., 1955), 434; Gerhard Von Glahn, *Law Among Nations: an Introduction* Hague Convention No. 439, *to Public International Law* (Macmillan, 1981), 672 IV Respecting the Laws and Customs of War on Land and Annex Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land (October 1907), 36 Stat. 2277 T.S. No' 539 (להלן: *תקנות האג*); ראו: *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents* (Dietrich Schindler and Jiri Toman — eds., Sijthoff 57-92 & Noordhoff, 1981). תקנה 42 לתקנות האג מגדירה טריטוריה כבושה: "when it is actually placed under the authority of the hostile army..." העובדה שעל פי המשפט הבינלאומי שטח כבוש הוא שטח שהופקע מידי ריבון יצרה את הבסיס למחלוקת משפטית בדבר מעמד השטחים שנכבשו בידי ישראל במלחמת ששת הימים. לעניין זה ראו אמנון רובינשטיין, "מעמדם המשתנה של ה"שטחים": מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי", *עיוני משפט יא* (תשמ"ו) 439, וכן: Meir Shamgar, "The Observance of International Law in the Administered Territories", 1 *Israel Y.B Human Rights* (1971) 262 הסכמת ישראל להתדיין עם הפלסטינים על בסיס החלטות מועצת הביטחון של האו"ם: 242 (22.11.67), 338 (22.10.73) ותתימתו של הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו בין ממשלת מדינת ישראל ובין ארגון השחרור הפלסטיני (להלן: *אש"ף*), הנציג של העם הפלשתיני 1994, (כ"א 32, עמ' 1), (להלן: *הסכם עזה ויריחו*) מהווים ציון דרך בעל שתי משמעויות: ראשית, ישראל מכירה במעמדה ככבושת לשעבר, לכל הפחות בשטחים שהועברו לאחריות ביטחונית ומדינית של הרשות הפלסטינית (שטח A); שנית, ישראל מכירה ברשות הפלסטינית כריבון באותם שטחים.

5. הדיון בכיבוש הישראלי אינו כולל התייחסות לבעיית הפליטים ולשאלת החובות המוסריות שעשויות להיווצר לכובש הישראלי או לישויות מדיניות אחרות כלפיהם. עניין זה ראוי לו להיבחן בנפרד. דיון בזכות השיבה הפלסטינית נערך באחרונה במאמרו של פרופ' אלון הראל:

פילוסופיה פוליטית ואתיקה – היא תיאוריה מוסרית המבוססת על מושג החובה, ואשר ניתן לכנותה בשם "שיח החובות". נכון שנהוג לקשור בין שלוש הדיסציפלינות הללו באמצעות שיח אחר, שיח הזכויות. השוני המרכזי בין שני סוגי השיח נוגע לשאלה, מי הוא הסובייקט שבמרכזו. בשיח הזכויות מדובר בנשא הזכות, ואלו, שכלפיהם יש לו זכות, הם בעיקר אינסטרומנטליים למילוי הזכות שלו.⁶ בשיח החובות, ההתמקדות אינה במי שהחובה היא כלפיו (A) אלא בנשא החובה (B), שיש לו חוב עצמאי לפעול בלא קשר לעניינו של A. ניתן לומר של-B יש "אינטרס מוסרי" לפעול מתוך חובה, שלא מתוך היענות לתביעתו של A. כך, למשל, האיסור לנצל את משאביה (החומריים והרוחניים) של מדינה נכבשת אינו נעוץ דווקא בזכות המדינה ואזרחיה לנצל את משאביהם אלא באינטרס המוסרי של הכובש שלא לנצלם. בהמשך הדברים אבהיר מהו אותו אינטרס מוסרי ומה מקורו.

עם זאת אין לומר כי לשיח הזכויות אין ולא כלום עם שיח החובות. יתרה מזו, מושג החובה שלוב פעמים רבות במושג הזכות, שכן לעומת כל תביעת זכות עומדות חובות מסוגים שונים: חובות שליליות, שמשמעותן להימנע מפעולה, ומטרתן למנוע הפרעה לבעל הזכות במימושה, וחובות חיוביות, שמשמעותן סיפוק אמצעים לבעל הזכות לממש את תביעתו. ניתן לתהות, אם כן, מה מותר הבחירה בשיח החובות. בשאלה זו אעסוק בחלק הראשון של המאמר (בפרק ב), ובו אציג את המסגרת המושגית והתיאורטית של המאמר. אבהיר, מדוע לדעתי יש בכוחו של שיח החובות להתמודד באופן מוצלח יותר משיח הזכויות עם השאלה שביסוד מאמר זה, הן מן הבחינה המושגית והן מן הבחינה המעשית.

ההצדקה המושגית תתמקד בכך שהפעולה המוסרית, המבוססת על החובה לכבד את זכויותיהם של כלל בני האדם ואינה נעוצה במתן האפשרות לדרוש אותן, היא בעלת ערך אינטרינזי ולא אינסטרומנטלי. הכוונה לכך שהפועל המוסרי, כפי שהניח קאנט, מונע על ידי הוקרת החוק – ולא על ידי אינטרסים זרים.⁷ מן הבחינה המעשית אסביר כיצד מיקודה של נקודת המבט בפועל (agent), הנושא בחובה, במקום במקבל הפעולה, בעל הזכות (recipient), יכול להביא לידי הבטחה ראויה יותר של האינטרסים שעליהם אנו חפצים להגן. אמנם יתרונה של הזכות כקטגוריה אתית המהווה את הבסיס לתביעה מוסרית נעוץ בכך שהיא מספקת את המקור לתביעות שונות בלי שיהיה צורך להיתלות בטוב לבם,

Alon Harel, "The Palestinian Refugees and the Right of Return: Theoretical Perspectives: Whose Home is it? Reflections on the Palestinians' Interest in Return", 5 *Theoretical Inq.*

L. (2004) 333

6. הזכות ל-X של A נובעת מתביעה שיש ל-A, in rem או in personam. בתביעה מסוג in rem אשר מילוויה נופל על B מבחינת חלוקת הנטלים בעולם (למשל, בגלל ש-B אחראי לצורך או לחסר ב-X, או בגלל יחסים מיוחדים ביניהם כגון יחסי הורות או כובש/נכבש וכדומה), אם החסר ב-X יתמלא בדרך כלשהי הרי B פטור מהחובה (אם נגלה משאבים חדשים שימלאו את הצורך של A ב-X הרי תביעתו ל-X פוקעת, ולכן גם אין לו תביעה ספציפית כלפי B). לעומת זאת תביעה מסוג in personam רק B יכול למלא (למשל, תביעה להתנצלות).

7. עמנואל קאנט, הנחת יסוד למטפיסיקה של המדות ("ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, תשמ"א), 33.

רחמיהם או מידת הציות לסמכות (פנימית או חיצונית) של מי שקיימת כלפיהם תביעה; מכאן שהזכות מעניקה לבעליה מעמד לתביעה מוסרית עצמאית. עם זאת בהיעדר דיון בשאלה על מי תוטל החובה לקיים זכות מסוימת, ובאין בחינה מדוקדקת של המנגנונים הביורוקרטיים האחראים למימוש הזכויות והמשאבים שהמדינה יכולה להקצות להם, קיים סיכוי רב לכך שהזכות תישאר ריקה מתוכן או סיסמה בלבד.

את חלקו השני של המאמר (פרקים ג-ד) אפתח בדיון תיאורטי בסוגים השונים של חובות ובעקרונות הקובעים אותם.⁸ לאחר מכן אערוך דיון מעשי שידגים את יישום העקרונות והחלתם על היחסים בין כובש לנכבש בכלל ובין הכובש הישראלי לנכבש הפלסטיני בפרט. אבהיר כי בכל מערכת מוסרית ומוסדית קיימות חובות שלמות כמו גם בלתי שלמות,⁹ המבוססות על עקרונות שונים. החובות השלמות מבוססות על עקרונות צדק, אשר מגלמים את הנחתו של רולז (Rawls), המופיעה במובן דומה גם בכתביו המוקדמים יותר של הברמס (Habermas), בדבר ההבחנה בין תפישות טוב ובין עקרונות הצדק.¹⁰ החובות השלמות הן כאלה שניתן להציב כנגדן תביעת זכות. החובות הבלתי שלמות מבוססות על עקרונות של מידה טובה, כאשר עקרונות אלה מניחים ייתכנות של דיון, שיה, בדבר תפישות הטוב, ואינם מקבלים את ההנחה שהטוב הוא משני או נגזר מעקרונות הצדק או שהסכמה על תכנון אינה רלוונטית ליצירתה של מערכת מוסרית.¹¹ כנגד חובות אלו לא ניתן להציב תביעת זכות.

8. בדיון זה אתבסס על התיאוריה המוסרית שמציגה הפילוסופית אונורה אוניל (O'Neill) בספרה *על צדק ומידה טובה* ועל ההבחנה שהיא עורכת בין עקרונות צדק לעקרונות מידה טובה, מהם נגזרות החובות השונות. ראו: Onora O'Neill, *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning* (Cambridge University Press, 1996).

9. שם, בעמ' 152.

10. John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971), 446-452. הנחה זו עמדה, לדעתי, גם ביסוד התיאוריה של הברמס (Habermas) בדבר אתיקה של שיה (discourse ethics). ראו: Jurgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action* (Polity Press, 1990), 180, 198. עם זאת, לאחר מכן מתפתחת התיאוריה לקראת הכרה בצורך לפתח שיה גם בנוגע ל"טוב". ראו: Jurgen Habermas, *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics* (Polity Press, 1993).

11. נטישת המידה הטובה כמכשיר מכוון התנהגות היא פרי הפרשנות מסורתית לתפישתו הדאונטולוגית של קאנט כתפישת הגורסת כי הצודק קודם לטוב. לעומת זאת תפישות המתנגדות לדיכוטומיה בין הצדק למידה הטובה וגורסות כי האתיקה עוסקת בצדק כמו גם במידה הטובה, מניחות שניתן לנסח עקרונות אוניברסליים מנחים בשתי הקטגוריות. עמדות מסוג זה ניתן למצוא אצל: Benhabib Seyla, *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics* (Polity Press, 1992), 24-67. זוהי גם עמדתה של O'Neill (לעיל, הערה 8). לטענה שאף אצל קאנט מצויים ביטויים לכך שהרצון הטוב אינו מניע משני לפעילות המוסרית, ראו: Barbara Herman, *The Practice of Moral Judgment* (Harvard University Press, 1993), 208-209, 213.

הדגמת החובות הספציפיות המוטלות על הכובש כלפי הנכבש תיערך באמצעות שלוש חובות שלמות וחובה אחת בלתי שלמה. החובות השלמות הן: (א) החובה שלא לנצל את המשאבים החומריים והרוחניים של המדינה הנכבשת ושל תושביה (וחובה משנית לפצות על ניצול משאבים שלא ניתן להשבה); (ב) חובה למנוע נזק גופני ונזק נפשי הנובעים מן הכיבוש (וחובה משנית לפצות על הנזקים); (ג) החובה שלא למנוע מתושבי המדינה הנכבשת את אמצעי הקיום המינימליים. החובה הבלתי שלמה היא החובה לספק בפועל את אמצעי הקיום והמחיה של תושבי המדינה הנכבשת. בנקודה זו אזכיר כי כוונתי לטעון, שחלק מן החובות ממשיכות לחול על הכובש גם בסיום הכיבוש ולא רק במהלכו. טענה זו תהיה רלוונטית בנוגע לשתי החובות – השלמה והבלתי שלמה – להבטחת אמצעי המחיה של הנכבש, וזאת אם עדיין קיימת תלות כלכלית בין המדינות. את הדיון בחובות אלה אייחד למצב סיום הכיבוש, משום שמצב זה הוא המעניין והמורכב יותר ומעלה את השאלה מדוע הוא מקים לכובש חובה שלמה וחובה בלתי שלמה.

לסיכומי של המבוא אצביע על סוגיה נוספת המתעוררת עקב הבחירה להשתית את מערכת היחסים הנידונה במאמר על שיח החובות. הכוונה היא לשאלה, אם החלת שיח החובות על מערכת יחסים פוליטית מאפשרת התמודדות עם כלל השיקולים של מערכת זו, ובהם אלו של יציבות לעומת חירות. שיקולים ממין זה מובאים אמנם בחשבון בשיח הזכויות; במסגרתו נגזרת, לעתים, התשובה על השאלה, מה מידת ההגנה שיש להעניק לזכותו של פלוני, מן התשובה על השאלה, אם הענקת הזכות תפגע באינטרס מוגן אחר ואם יש להגבילה בגינו. בחלקו השני והמרכזי של המאמר אטען כי גם בכוחו של שיח החובות להתמודד עם שאלות ממין זה. אראה כי אף שגבולותיהן של החובות המוסריות ייקבעו תחילה במונחי חובה, הרי לא כל השיקולים המוסריים ינוסחו במונחים אלה בלבד, וכי שיקולים פרגמטיים ואילווצים המתחייבים מן המערכת הפוליטית יובאו גם הם בחשבון. כך, למשל, נצטרך להשוות את יכולתה הפוטנציאלית (capacity) של המדינה הכובשת ליכולתה בפועל (capability) להגשים את חובותיה, ולקבוע את טווח החובות המוטלות עליה גם בהתאם לכך.

עינינו רואות כי המסגרת המוסרית שלובה כל הדיון במסגרת הפוליטית, המדינית והמשפטית. עובדה זו היא משמעותית להבהרת תחום הדיון של המאמר. מטרת המאמר אינה אך ורק לנסח את החובות המשפטיות המוטלות על הכובש במהלך הכיבוש ובסיומו, אלא ליצור מערכת נורמטיבית כוללת, שבגדרה כלולות גם חובות מוסריות, חוץ משפטיות. עם זאת טענתי היא, כי לא זו בלבד ששתי המערכות – המוסרית והמשפטית – אינן מוציאות זו את זו אלא שבמקרים רבים השיקולים המכריעים במסגרת האחת מושפעים ואף משיקים לשיקולים המובאים בחשבון במסגרת האחרת. אף על פי כן בנקודת המוצא אציין, כי ככל שהדיון יעסוק בנושאים משפטיים, הנחתי היא כי ההכרעה הפוליטית והמשפטית קודמת להכרעה המוסרית גם אם אינה מוציאה אותה. כוונתי לקבלתו של המשפט כמסד התוחם את השיח המוסרי השלוב בו בגבולות שהוא מציב מראש.¹² הנחה יסודית זו מבססת אחרות שהנן רלוונטיות למסגרת הדיון: ראשית, ההנחה שניתן לקבוע בבירור מי הוא

12. כמובן, אין כוונתי לכך שהחלטה משפטית תהא מנוטרלת משיקולים מוסריים.

כובש, למי יש זכות ריבונות על שטח מסוים ומה הם גבולות המדינות. שנית, קבלת הקביעה של המשפט הבינלאומי, שהכיבוש אינו דרך לגיטימית לרכישת טריטוריה, וכי מעמדו המשפטי של שטח כבוש אינו מושפע מעצם הכיבוש.¹³ נראה כי מתחייבת עדיפות ההכרעות המשפטיות הללו על פני הכרעה מוסרית בהן. זאת משום שאם לא נעשה כן, נצטרך להניח, כי תביעת הזכות יכולה להיות הדדית. במצב זה, שבו לא ניתן להכריע בשאלה המקדימה, מי הוא בעל הזכות, לא נוכל לקדם את הדיון ולבחון את השאלה מהן חובותיה של מדינה אחת כלפי רעותה.

ב. החובה במסגרת תיאורטית מוסרית

אם נחזור למטרת המאמר, נראה שעניינו לנסח עקרונות המקימים דרישות מסוימות מן הפרטים השייכים למדינה הכובשת ומן השלטון בה להימנע או לקיים פעולה מסוימת. הצבעתי על כך, שניתן לנסח את העקרונות הללו במונחים של חובות כמו גם של זכויות. ואולם כפי שנראה בהמשך הדברים, כדאי לתת את הדעת על השאלה איזו נקודת מבט לאמץ, זו של המקבל (שהיא עניינה של תיאוריית זכויות) או זו של הפועל (שבה עוסקת תיאוריה של חובות). מנקודת המבט של המקבל נשאל, מה זכאים הפרטים במדינה הנכבשת לדרוש מן המדינה הכובשת. מנקודת המבט של הפועל יש לשאול, מה חייבים הפרטים במדינה הכובשת (או השלטון) לעשות כדי להבטיח עקרונות צדק.

בראשית הדברים עמדנו על כך שמושגי החובה והזכות שלובים זה בזה. תיאוריות זכות מסוימות אף רואות בהן שני היבטים של אותה תמונה.¹⁴ בד בבד עם הזכויות השליליות

13. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (7/12/1978), 1125 U. N. T. S. 3 Article 4 (Protocol 1), (להלן: הפרוטוקול הראשון), ראו: Schindler and Toman (לעיל, הערה 4), בעמ' 551-618. כן ראו סעיף 2(4) למגילת האומות המאוחדות וחוקת בית-הדין הבינלאומי, 1945 (כ"א 1, עמ' 203) (להלן: מגילת האומות המאוחדות), הקובע את עקרון איסור השימוש באלים ונוסף על כך: General Assembly Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations. ראו: www.dal.ca/~wwwlaw/kindred.intllaw/friendlyrelations.html

14. הביטוי המפורסם ביותר לכך ניתן על ידי הפילוסוף הופלד (Hohfeld), אשר הבחין בין כמה משמעויות למשפט: ל-X יש זכות ל-P. אחת מן הפרשנויות שנתן למשפט זה היא: ל-Y יש חובה לאפשר ל-X את P. קיומה של חובה כזו מעניק ל-P זכות תביעה כלפי Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as* (claim right) Q. ראו: Applied in Judicial Reasoning (Yale University Press, 1919), 38 Jeremy Waldron, "Introduction", *Theories of Rights* (Jeremy Waldron — ed., Oxford University Press, 1984) 1, p. 6.

קיימות חובות שליליות שמשמעותן היא להימנע מפעולה, ומטרתן למנוע הפרעה לבעל הזכות במימושה. ביסודן של חובות חיוביות, המקבילות לזכויות חיוביות, עומדת הדרישה לספק לבעל הזכות אמצעים לממש את תביעתו.

מן הקורלציה שבין החובה לזכות משתמע לכאורה כי הבחירה בנקודת המבט של אחת מהן לצורך ניסוח תיאוריה מוסרית היא שרירותית. ואולם הבחירה בתשתית מוסרית המבוססת על מושג החובה בכלל ועל מושג החובה כפי שהוא מופיע אצל קאנט בפרט,¹⁵ אינה מקרית. היא נועדה להסיט את נקודת המבט ממקבל הפעולה לפועל, ולמטרה זו כמה הצדקות. את ההצדקה הראשונה, הקשורה בהבחנה שעורכת O'Neill בין תיאוריות המבוססות על חובה לאלו המבוססות על זכות, ניתן לכנות "פרקטית". O'Neill מבהירה, כי גם תיאוריות של חובה וגם תיאוריות של זכות מעוניינות לנסח עקרונות צדק המציבים דרישות. יתרוגם של עקרונות הצדק הוא בכך שהם קשורים זה לזה בקשרים מחייבים. למשל, אם A חייב להבטיח את התנאים הדרושים לכך ש-B יוכל להתקיים בכבוד, הרי ל-B יש זכות לדרוש מ-A לספק לו את אותם תנאים. לעומת זאת, עקרונות שאינם דורשים אלא רק מיעצים, ממליצים ומוזהירים, אינם קשורים זה לזה בקשרים מחייבים, ועל כן אינם יכולים לשמש עקרונות מדריכי פעולה.¹⁶ אדגיש, כי הקשר בין חובות לזכויות הוא רעיון ליברלי ומאפיין תיאוריות של זכויות,¹⁷ אולם O'Neill משתמשת בו כדי להחזיר את השימוש המוסרתי במושג החובה.

ישנן תיאוריות של זכויות הרואות בזכות תביעה של אדם כלפי זולתו לאפשר לו לקיים את זכותו לדבר-מה.¹⁸ ניתן לטעון גם, כי אם לא נמצא אדם או מוסד חברתי כלשהו שניתן לדרוש ממנו לקיים את הזכות ואין דרך לממש אותה, הרי אין לה משמעות.¹⁹ מבחינים בין זכויות שליליות, המזוהות לרוב עם זכויות חופש אוניברסליות ודורשות מצד ב' שלא להפריע לקיימן, ובין זכויות חיוביות, המחייבות פעולה כלשהי מצד ב' כדי שתוכלנה להתממש ומזוהות לרוב עם זכויות חברתיות: זכויות רווחה, חינוך, ביטחון וכדומה. בעוד הזכויות השליליות מופנות כלפי הכלל ומכוננות תמיד חובה כלפי כל זולת (למשל, להימנע מפגיעה בזכויות לחיים, לשלמות הגוף, לקניין, לתנועה וכדומה), הרי רבות מן הזכויות החיוביות, הדורשות קיומה של פעולה מסוימת, מחייבות הקמת מוסדות שיאפשרו את הגשמתן.²⁰ על כן ייתכן מצב שבו אף אם הזכויות החיוביות יוצרות לפרט

15. החובה היא הכרחיותה של פעולה מתוך הוקרת החוק. ראו קאנט (לעיל, הערה 7).

16. O'Neill (לעיל, הערה 8), בעמ' 127-128.

17. Hohfeld (לעיל, הערה 14); Rawls (לעיל, הערה 10); וכן: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1978).

18. נציגן המובהק של התיאוריות הללו הוא Hohfeld (לעיל, הערה 14). ההשקפה כי הזכות היא תביעה (ולא ישות) היא גם המקור לטענה שהזכות מבוססת על אינטרס, שכן לפי השקפה זו הזכות מבוססת דרישה לפעולה רק ככל שהיא נועדה להגן על אינטרסים של אחרים. ראו: Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Clarendon Press, 1986), 180-186.

19. שם, בעמ' 183-184; O'Neill (לעיל, הערה 8), בעמ' 129.

20. עם זאת לא כל הזכויות/החובות החיוביות תלויות בקיומם של מוסדות. לדוגמה, החובה

כלשהו חובה, הרי יש לעמוד בחובה חיובית קודמת להקים את המוסד המאפשר את הגשמת הזכות. בהיעדר מוסד כזה לא תהיה לזכויות החיוביות כל משמעות. כך, למשל, בעוד חובת הכובש להימנע מניצול משאבים בטריטוריה של המדינה הנכבשת אינה דורשת אלא את קיום החובה, הרי חובתו המשנית לפצות על ניצול אותם משאבים (במקרה שהשבה אינה אפשרית) מחייבת הקמת מוסדות כגון קרנות פיצויים.

ישנה טענה, שגם קיומן של זכויות שליליות דורש תיווך מוסדי. למשל, נטען כי כדי שתהיה ל-X זכות להישמר מעינויים או מאלימות, יש צורך במוסדות חוקיים שיקבעו את הזכות הזו ויפקחו על השמירה עליה. אבל בעוד הדרישה הנוגעת לזכות השלילית מופנית כלפי אנשים אחרים ולא כלפי המוסד אשר רק מבטיח שאלו לא יפריעו למימוש הזכות, הרי לעניין רבות מן הזכויות החיוביות, אם לא נמצאים מוסדות שמקצים את אותן זכויות, אין כלפי מי להפנות את הדרישה. במלים אחרות, כאשר זכות שלילית מופרת, ניתן תמיד להצביע על המפר, אבל כאשר זכות חיובית אינה מתקיימת, אם לא קיים מוסד שהיה אמור להבטיח אותה, אין כלפי מי להפנות אצבע מאשימה.²¹ טענה זו, הנובעת מן ההנחה שהטלת חובה על אדם או מוסד כלשהו מתחייבת רק כאשר אין שיקולים אחרים המונעים את הטלת החובה²² (שכן "ought implies can"), היא טענה פוזיטיביסטית מובהקת. היא אינה מהווה את הבסיס התיאורטי השלם לדיון זה, המבוסס על ההנחה בדבר קיום קשר בין עקרונות הצדק המוסריים לחובות המשפטיות הנגזרות מהם ועל ההנחה כי מקורה של החובה הוא בתבונה הרציונלית של כל אדם. עם זאת, כפי שנראה, יש לטענה זו משמעות בנוגע להצדקתן של חובות בלתי שלמות, המונעות על ידי האינטרס שיש (או ראוי שיהיה) לכל אדם שלא להפגין אדישות כלפי זולתו.

ואולם יש הטוענים כי ההבחנה בין זכויות חיוביות לשליליות אינה כה חדה. על פי טענה זו, לזכויות שונות שנתפשות כ"חיוביות" יש דווקא מאפיינים "שליליים", כך שניתן להבטיחן גם על ידי הימנעות מפעולה (או הימנעות מהפרעה למימושן), ולהפך, הזכויות השליליות הן גם בעלות ממדים "חיוביים", המתבטאים בצורך להקים מוסדות שיבטיחו את הגשמתן, כפי שהסברתי לעיל. באופן דומה אפשר לדבר על חובות חיוביות כמו גם על חובות שליליות להימנעות מפעולה כלשהי. כך, למשל, יכול הכובש להגשים את חובתו לספק את אמצעי הקיום והמחיה של האוכלוסייה הנכבשת באמצעות הימנעות מביטול יחסי מסחר ועבודה בין שתי המדינות. מאידך גיסא, הכובש יכול לתמוך כלכלית במדינה הנכבשת, ולהגשים באופן חיובי את חובתו. אדון בחובות אלו בהרחבה בהמשך.

הבעיה היא, שאם מנסחים את עקרונות הצדק במונחי זכאות (merit) בלי לשים לב לכך שיש להבטיח את האפשרות לדרוש ממישהו ספציפי או ממוסד מסוים לקיים את אותן זכויות, נשארים עם זכויות ריקות, שאין ממי לדרוש את קיומן. אפשר אפילו לטעון, שגם כאשר מדברים על זכויות שליליות, חייבים להבטיח קיומם של מוסדות, שיאפשרו את

להציל אדם מטביעה היא חובה חיובית שאינה תלויה בקיומו של מוסד. אני מודה לפרופ' אלון

הראל על הערה זו.

21. O'Neill (לעיל, הערה 8), בעמ' 129.

22. Raz (לעיל, הערה 18), בעמ' 171-172.

קיומה של הזכות. אמנם מבחינה לוגית הזכות קיימת, שכן תמיד יש ממי לדרוש הימנעות מלהפריע לקיימה, אבל אם לא יהיו חוק ומוסדות אכיפה, שיבטיחו כי X יימנע מלהפריע ל-Y, הרי הזכות יכולה להיות, בסופו של דבר, ריקה. כך העובדה שהנכבש תובע מהכובש שלא להפיקע את אדמותיו או לנצל את תושבי מדינתו ככוח עבודה זול איו בה ממש בלי חקיקה ואכיפה. בעלות על זכות מחייבת אפוא גם בעלות על התנאים למימושה.

ניסוח עקרונות המוסר במונחים של חובות מאלץ את המנסחים לחשוב מחשבה מדויקת וריאלית יותר על השאלה מי יישא בחובות, ומכאן אילו זכויות ניתן להבטיח. כשלא מסתפקים בהפניית הדרישה הערטילאית להבטיח את קיומה של זכות מסוימת, אלא גם דנים בכובד ראש בשאלה, על מי תוטל החובה לקיים את אותה זכות, אם המדינה, או רשות אחרת, הקימה את אותם גופים שיוכלו להבטיח את מימושו של הזכויות ואילו משאבים יוקצו לגופים, יש סיכוי שנוכל להבטיח, כי עקרונות הצדק גם יקוימו ולא יהיו רק סיסמאות המופרחות לחלל האוויר.

ואולם, ניתן לערער במעט מסקנה זו אם חוזרים לטענה, שההבחנה בין זכויות שליליות לחיוביות אינה כה חדה ומוחלטת. אם ניתן לספק זכויות שונות רק על ידי הימנעות מפעולה מסוימת, הרי אין חשיבות כה גדולה לשאלה, כיצד ניתן להבטיח שהזכות תוגשם, שכן הגשמתה אינה דורשת להקצות משאבים מיוחדים ולהקים מוסדות להפעלתם. אמנם יש לוודא מי הוא בעל החובה, ואולם זאת אפשר לעשות גם באמצעות יישומה של תיאוריית זכות המניחה כי כדי שזכות תהיה בעלת משמעות, יש להבטיח כי כנגדה יעמוד בעל חובה אשר יגשימה.²³ המסקנה העולה מן הטענה הזו היא כי לכאורה, אין עדיפות לשיח החובות בנוגע לחובותיו של הכובש שכנגדן עומדת תביעת זכות לנכבש.

ואולם תיאוריות של זכויות אינן יכולות לבסס את ההשקפה, שאדם מחויב לראות בחובתו המוסרית כשהיא לעצמה ערך ולא רק אמצעי להימנע מלשלול את זכויותיהם של אחרים. תיאוריות מוסר שמבוססות על מושג החובה קובעות כמה הנחות עיקריות. ראשונה ההנחה, כי תיאוריית מוסר שעקרונותיה נבנים מן התבונה הנה אוניברסלית ונטולת פניות. שנייה ההנחה שהפעולה המוסרית היא פעולתו של סובייקט רציונלי, שאינו מוטה לטובת אינטרסים זרים, ושלישית ההנחה שהמוטיבציה שלו מבוססת על תחושת חובה ורגשות אשם.²⁴ שתי ההנחות האחרונות קשורות זו בזו במובן זה שהסובייקט נטול הפניות אשר מעוניין בפעולה המוסרית מנתק את עצמו מן האינטרסים האישיים שלו מתוך הכרה בערכם השווה של הזולת והאינטרסים המיוחדים לו, ובזכותו השווה להחזיק בהם. המוטיבציה לכל אלו היא הרצון הטוב,²⁵ הכוונה, שהם נחלתו של כל יצור רציונלי. ואולם מכיוון שהאדם אינו מונחה רק על ידי כוונותיו הטובות²⁶ אלא גם על ידי יצרים ונטיות אחרים, הוא

23. זוהי עמדה הופלדיאנית, המניחה כי הדיון בחובה ובזכות הוא אותו דיון ממש.

24. Onora O'Neill, "Discussion: Practical Thinking and Socratic Questions", 28 *Ratio* (1986) 89, p. 89; Lawrence A. Blum, *Friendship, Altruism and Morality* (University of Massachusetts, Boston, 1980).

25. להרחבה בעניין מושג הרצון הטוב אצל קאנט, ראו קאנט (לעיל, הערה 7), בעמ' 18-33.

זקוק לחובה אשר באמצעות הציות לה יהפוך רצונו לטוב. ציות זה הוא אפוא האינטרס המוסרי שיש לכל יצור רציונלי לפעול על פי רצונו הטוב. מכאן, שאף שתיאוריות מוסר דאונטולוגיות המבוססות על מושג החובה²⁷ מכירות בצורך לכבד ולהבטיח את זכויותיהם של כלל היצורים בעלי התבונה המעשית, היינו בני האדם, הרי נקודת המוצא שלהן היא החובה לכבד את הזכות הזו ולא לתת אפשרות לדרוש אותה. עולה מכך, שהפעולה המוסרית נתפשת כבעלת ערך אינטרינזי ולא ערך אינסטרומנטלי גרידא, כלומר שאין היא משמשת רק להבטחת זכויותיהם של אחרים אלא יש לה חשיבות בפני עצמה כפעולה בעלת אופי מיוחד. לפיכך חובת הכובש להבטיח את אמצעי המחיה של הנכבש לא תנבע מזכותו של האחרון אלא מהאינטרס המוסרי שיש לכובש לאפשר קיום בכבוד לתושבים המצויים באחריותו.

המשמעות המעשית של השתתת מערכת היחסים הנידונה במאמר על מושג החובה היא ניסוח עקרונות כלליים, מדריכי פעולה. באמצעות עקרונות אלה ניתן לקבוע את החובות הספציפיות המוטלות על הפועל, הנושא בחובה בכל מערכת.²⁸ אבאר אפוא את העקרונות הכלליים המאפיינים מערכות יחסים המושתתות על חובה ואציע דרכים ליישמן במערכת היחסים שבין מדינה כובשת לנכבשת.

ג. עקרונות צדק וחובותיו השלמות של הכובש – דיון תיאורטי ויישומי

כאמור לעיל, מאמר זה עוסק בחובות הכובש (ה"פועל", בזירה המוסרית), שחלקן שלמות וחלקן בלתי שלמות. על פי התיאוריה של O'Neill, החובות השלמות נקבעות על ידי עקרונות כלליים ומחייבים בעלי תוקף אוניברסלי, הקרויים עקרונות צדק, ואשר מטרתם היא לקשור בין מערכות החיים של אנשים שונים.²⁹ עקרונות אלה יכולים להיות מתורגמים לכללים משפטיים הקובעים חובות שלמות.

התנאי שבו צריך לעמוד כל עקרון צדק אוניברסלי הוא להיות מקובל על הכול במסגרת אנושית או חברתית מסוימת.³⁰ זאת משום שכאשר מקבלים עיקרון השולל מפרט כלשהו יכולת פעולה, ומשום כך אין הפרט יכול לקבל עליו את העיקרון המוצע, הרי אנו מדברים על עיקרון אקסקלוסיבי ולא אוניברסלי, המתאים לאחדים ולא מתאים לאחרים. על כן

26. בלשונו של קאנט, רצונו אינו "רצון קדוש". ראו שם, בעמ' 63.

27. להבדיל מתיאוריות מוסר ניאואקאנטיאניות המבוססות על מושג הזכות כגון אלו של Rawls (לעיל, הערה 10), Dworkin (לעיל, הערה 17), וכן: Alan Gewirth, *Human Rights: Essays on Justification and Applications* (University of Chicago Press, 1982).

28. עמדה זו, וכן הדברים שיובאו להלן בנוגע לעיגון החובות השלמות בעקרונות צדק, מבוססים על התיאוריה המוסרית של O'Neill (לעיל, הערה 8).

29. כפי שהראיתי בדיון על שיח החובות, ניתן לנסח עקרונות כלליים הן במונחים של חובות והן במונחים של זכויות, ואמנם מאפייניהן המיוחדים של החובות השלמות מאפשרים להיעזר גם בשיח הזכויות בעת הדיון בהם.

30. על האוניברסליות של עקרונות הצדק ראו גם: Rawls (לעיל, הערה 10), בעמ' 132.

מציעה O'Neill לקבל כהגבלה על כל עקרונות הצדק אשר ינוסחו במערכות שונות את ההנחיה הזו:

...a principle cannot be taken to be universalizable if it cannot be viewed as a principle for all, because its universal adoption... would render some unable to act, a *fortiori* unable to adopt that principle. *It follows that no principle of injuring others... can be universalized.*³¹

(ההדגשות שלי - ה"מ)

כלומר העיקרון הכללי שמציעה O'Neill, אשר על פיו ייקבע תוכן החובות השלמות בכל מערכת, הוא עקרון דחיית הפגיעה, שמשמעותו המחויבות שלא לנסח עיקרון המאפשר פגיעה בזולת כחוק אוניברסלי. לא ניתן לקבל כעיקרון אוניברסלי עקרון צדק כלשהו, שאימוצו על ידי הכלל מביא לידי פגיעה באחרים. ברור שעיקרון כזה משתק אנשים מסוימים, ועל כן מונע מהם לקבל את העיקרון. מכאן - לבו ומחותו של הצדק נמצאים בדחיית כל עיקרון שמאפשר פגיעה אינסטרומנטלית באחרים.

הגבלה זו מוכירה, כמובן, את הציווי המוחלט הקאנטיאני הן בנוסח האוניברסליות והן בנוסח האדם כתכלית. הציווי המוחלט בנוסח האוניברסליות קובע: "עשה מעשיך רק עפ"י אותו הכלל המעשי אשר, בקבלך אותו, תוכל לרצות גם כן כי יהיה לחוק כללי".³² קבלת העיקרון של פגיעה באחרים ככלל אוניברסלי גורמת לסתירה לוגית, שכן בגלל שהפגיעה משתקת, היא מונעת מן הנפגעים יכולת בחירה, ומכאן שאינה מאפשרת להם לרצות או לבחור בחוק כללי.

הציווי המוחלט בנוסח האדם כתכלית קובע: "עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד".³³ כלל המאפשר פגיעה באחרים כחוק אוניברסלי קובע את היחס אליהם כאל מכשירים, אמצעים, ולא כאל תכלית. במובן זה מושמים לאל הן יכולת הבחירה שלהם, והן רצונם החופשי ואישיותם.³⁴ חשוב להדגיש שעקרון דחיית הפגיעה אינו זהה לעקרון איסור פגיעה בנסיבות מסוימות. משמעותה של דחיית הפגיעה אינה התחייבות למנוע כל אלימות או פגיעה, כשם שמתחייב מן העיקרון של איסור פגיעה.³⁵ כך, למשל, ניתן (ואף צריך) לאפשר פגיעה בזולת כדי להענישו על חטא. נוסף על כך מאפשר עקרון דחיית הפגיעה התמודדות עם מקרים כגון

31. O'Neill (לעיל, הערה 8), בעמ' 163.

32. קאנט (לעיל, הערה 7), בעמ' 78.

33. שם, בעמ' 95.

34. להשוואה בין הנוסחים השונים של הציווי המוחלט ראו: Onora O'Neill, *Constructions of Reason: Explorations of Kant's Practical Philosophy* (Cambridge University Press, 1989), 126-144.

35. O'Neill (לעיל, הערה 8), בעמ' 166.

הגנה עצמית או הגנה על ביטחון הציבור, כלומר מקרים שבהם הפגיעה היא בלתי נמנעת, ולכן תביעת ההיגיון והשכל הישר היא לאפשר התמודדות עם מקרים כאלו. עם זאת מקרים מעין אלה מבטאים פעולה יוצאת מן הכלל ולא פעולה שניתן להופכה לכלל אוניברסלי. מימוש עקרון דחיית הפגיעה בכל מערכת יחסים הוא בניסוח חובות שלמות. חובות אלה הן חובות מוגדרות, שכנגדן ניצבת אפשרות לתבוע זכות (ובמובן זה הן יכולות להיות מנוסחות גם במונחי שיח הזכויות). הן נאכפות על ידי מוסדות, חוקים ומנהגים המאפשרים למנוע פגיעה מיותרת בהתאם לנסיבות ולהימנע ממנה. קביעת החובות השלמות נותנת ביטוי לעובדה שבמדינה או במערכת חברתית מסוימת התקבל העיקרון של דחיית פגיעה. היא חייבת לכלול מנגנונים שיקבעו (על פי הנסיבות הספציפיות של החברה שבה הם מופעלים) את הזכויות שרוצים להגן עליהן ואת המחויבויות המקבילות להן, יקבעו מהי פגיעה שרירותית ושיטתית באותן זכויות, שניתן להימנע ממנה, וכן מנגנונים ואמצעים לתגובה על פגיעה כזו, אם התרחשה. האמצעים יהיו חוקיים, אדמיניסטרטיביים, קהילתיים, ממשלתיים, חינוכיים ועוד.³⁶

אפנה אפוא לדיון ביישום עקרון דחיית הפגיעה במערכת היחסים הנוצרת בין מדינה כובשת למדינה נכבשת. משמעות הדבר תהיה סקירת הצרכים המתעוררים במערכת זו, ואשר קובעים מהי פגיעה שרירותית וניתנת למניעה ומהם המוסדות, החוקים והמנהגים שיש לנקוט כדי למנוע אותה, כלומר מהן החובות השלמות שיש להטיל על הכובש במהלך הכיבוש ואף בסיומו.

לדיון המהותי יש להקדים כמה הערות תיאורטיות. תחילה אזכיר כי על פי המשפט הבינלאומי הכיבוש הוא השתלטות של מדינה אחת (עוינת) על טריטוריה של מדינה אחרת באמצעים צבאיים.³⁷ מדובר אפוא במערכת יחסים בין מדינות, שיש בה פגיעה ואף שלילת זכויות של פרטים כמו גם זכויות קיבוציות, שאותן ניתן לכנות "זכויות של המדינה". אמנם נכון שתיאור הכיבוש במונחים צרים של שלילת זכויות מחמיץ את אופיו כמערכת כוללת ואינטנסיבית של ביטול אנושיות (הן מבחינת היחס האינסטרומנטלי כלפי הנכבש, והן בהיעדר ביקורת על פעולותיו של הכובש כפועל המוסרי).³⁸ עם זאת פריטת הכיבוש למרכיבים אלה היא הכרחית לצורך קביעתם של סוגי החובות המוטלות על הכובש – אילו מהן הן שלמות ואילו בלתי שלמות – ולצורך הכרעה בשאלה, מה יהיו החובות הספציפיות המוטלות עליו.

הזכויות הקיבוציות שעלולות להיפגע הן הזכות לאוטונומיה ולהגדרה עצמית לאומית, לרבות הזכות לאוטונומיה רוחנית, אם הכובש משתלט גם על המשאבים האנושיים והתרבותיים המצויים במדינה (למשל, קובע את תוכן של מסגרות חינוכיות או תרבותיות

36. שם, בעמ' 166-167, 170.

37. לעיל, הערה 4 והסקסט שלידה.

38. יתרה מזו, ניתן לטעון כי ישנה סתירה בסיסית בניסיון להטיל חובות מוסריות על הכובש, שכן החובה הראשונה שצריכה להיות מוטלת עליו היא להפסיק את הכיבוש. ואולם דיונו מקבל את הכיבוש כמערכת נתונה שבמסגרתה נבחנת התנהגות המוסרית של הפועלים.

שונות).³⁹ בין הזכויות הפרטיות שעלולות להיפגע ניתן למנות את הזכות לשלמות הגוף והנפש ואת הזכות לחיים (אם מדובר בפגיעה פיזית אלימה או בפגיעה נפשית). נוסף על כך, אם המדינה שהשתחררה מן הכיבוש מקיימת קשרי תלות בתשתית המדינה הכובשת (לשעבר) ובכלכלתה, הרי ניתן קשרי התלות מצד המדינה הכובשת מהווה פגיעה בזכותם של אזרחי המדינה הנכבשת לשעבר ותושביה לאחוז באמצעי קיום מינימליים גם בתום הכיבוש.

הערה תיאורטית נוספת קשורה בהבחנה בין הסוגים השונים של החובות השלמות. החובות השלמות נחלקות לחובות אוניברסליות (כלליות) וחובות מיוחדות. **חובות כלליות** קיימות כלפי כלל בני האדם, ומקורן אינו תלוי בקיום מערכות יחסים או נסיבות מיוחדות אלא בעצם היותם של הפועלים והנפעלים בני אנוש, והן מותירות בידי האחרונים תביעה לזכויות מסוימות. דוגמאות לחובות כאלו הן החובות שלא להרוג, שלא לענות, שלא לפגוע בזולת. מבחינה רשמית, חובות אלה נאכפות מכוח חוק ומתגלמות בפעולותיהם של מוסדות ומערכות פוליטיות. הזכויות שכנגדן מכונות: "in rem". אלו הן זכויות של כל פרט, שיכול לדרשן מכולי עלמא, ובדרך כלל הכוונה היא לחירויות: זכויות לחיים ולשלמות הגוף. **חובות מיוחדות** הן חובות מוגדרות התקפות רק כלפי סוג מסוים של אנשים. הן נוצרות מתוקפן של נסיבות, אירועים או מערכות יחסים מיוחדים. לאכיפתן נדרשים מנהגים ומסגרות חברתיות, המקשרים את בעלי החובה לבעלי הזכות המיוחדים. כך, למשל, המדינה היא סוג של מסגרת ומוסד חברתי שבתוכו מתקיימים יחסים של חבות וזכות בין אנשים שונים. כך גם המשפחה, השוק הכלכלי, החברה המסחרית. החובות המיוחדות מעניקות לאנשים מסוימים זכות לתבוע תביעות מסוימות מאנשים ספציפיים. הזכויות שכנגדן מכונות: "in personam", והכוונה לזכויות של פרטים מסוימים כלפי אחרים הקשורים עמם במערכות יחסים מוגדרות.⁴⁰

ניתן לומר כי כמעט בכל מסגרת שבה נוצרות חובות מיוחדות, קיימות גם חובות אוניברסליות. למשל, הורים חייבים כלפי ילדיהם חובה מיוחדת של מסירות,⁴¹ אך הם חייבים גם להימנע מלפגוע בחירות גופם, וזוהי חובה אוניברסלית שהם חייבים בה גם כלפי כלל בני האדם שעמם אין להם מערכת יחסים מיוחדת. גם במערכת היחסים שאני דנה בה, אשר יוצרת חובות ספציפיות, קיימות חובות אוניברסליות שהמדינה הכובשת חבה בהן כלפי מדינות אחרות שעמן אין לה כל מערכת יחסים וכלפי אזרחיהן. חובות כאלה נקבעות על פי המשפט הבינלאומי ההסכמי והמנהגי. לדוגמה, כיבוד זכות הריבונות של כל מדינה (המוכרת על ידי האו"ם), החובה להימנע מתוקפנות או החובה לכבד זכויות

39. עם זאת ניתן לחשוב גם על מצבים שבהם דווקא הכיבוש תורם לפיתוח זהות. אני מודה לד"ר יונתן יובל על הערה זו.

40. Henry Shue, "Mediating Duties", *Ethics* (Russell – ed, University of Chicago, 1988) 687, 697-698; O'Neill (לעיל, הערה 8), בעמ' 146-152.

41. ראו, למשל, סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 120, הקובע כתפקידי ההורים את "החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם".

אדם כפי שנקבעו בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם⁴² וכן זכויות המכונות "חברתיות", לקיום מינימלי ולחינוך.⁴³ בשל קוצר היריעה בחרתי להתרכז במאמר זה בחובות המיוחדות המוטלות על המדינה הכובשת כלפי המדינה הנכבשת ולהימנע מדיון בחובות האוניברסליות, אף על פי שגם בהן חבה הראשונה כלפי האחרונה.

ההערה השלישית עוסקת בהבחנה בין כיבוש תוקפני לכיבוש הגנתי (המכונה גם: "מלחמת מנע"), שנוצר מכורח תוקפנותו של אחד הצדדים, וכתגובה עליה. כיבוש הגנתי הוא כיבוש שנוצר עקב הצורך להתגונן מפני תוקפנות הצד האחר, ושבלעדיו תהיה המדינה חשופה להתקפות חוזרות ונשנות.⁴⁴ עם זאת יש להבחין בין עצם הפתיחה במלחמת מנע והפעולה החד-פעמית של כיבוש השטח ובין הפעולה הנמשכת של החזקתו במשך שנים, שהיא הבסיס להפרת חובות הכובש (החובה שלא לנצל משאבי טבע, שלא להכשיל התפתחות ברווחה ובחינוך ועוד).⁴⁵ כפי שנראה, ההבחנה בין שני המצבים הללו משנה את מעמדם המוסרי של הפועלים והנפעלים ומשנה את החובות המוטלות בכל אחד מן המצבים.

אמנם ההבחנה בין כיבוש הגנתי לכיבוש התקפי אינה פשוטה כלל. באופן כללי, המספק את הדיון לעת עתה, ניתן לומר כי כיבוש הגנתי הוא תגובה של צד אחד על הפרת שיווי המשקל האזורי על ידי הצד האחר.⁴⁶ על כל פנים ברור כי גם כיבוש הגנתי גורר פגיעה,

42. הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם. ההכרזה התקבלה על ידי העצרת הכללית של האו"ם ב-10 בדצמבר 1948. ראו: [URL: <http://www.un.org/Overview/rights.htm>] (להלן: הכרזת זכויות האדם). ההכרזה התקבלה בעצרת האו"ם ועל כן היא נחשבת להמלצה בלבד. עם זאת יש הסוברים כי ההסכמה הרחבה לה זכתה בקרב מרבית אומות העולם המיישמות אותה, הפכה אותה למשפט בינלאומי מנהגי. ראו: John P. Humphrey, "The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character", *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (B.G. Ramcharan — ed., Martinus. Nijhoff, 1979) 21, pp. 29-30.

43. סעיפים 21, 22, 28 להכרזת זכויות האדם (לעיל, הערה 42) וכן אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966 (כ"א 31, עמ' 205) (להלן: אמנה בדבר זכויות חברתיות).

44. הזכות להגנה עצמית מעוגנת במשפט הבינלאומי בסעיף 51 למגילת האומות המאוחדות (לעיל, הערה 13).

45. במובן זה, הביטוי "occupation" מתאר טוב יותר את התנאים שבהם נוצרות החובות העומדות במרכזו של מאמר זה. אני מודה לד"ר יונתן יובל על הבחנה חשובה זו.

46. עם זאת לאחר פעולת ההגנה העצמית מוטלת על הכובש החובה לסגת מן השטח הכבוש ולהשיב על כנו את שיווי המשקל האזורי. להרחבה בסוגיה זו ראו: Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (Basic Books, 1992), 78-87. שימו לב גם לסעיף 6 לאמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (כ"א 1, עמ' 559) (להלן: אמנת ג'ניבה הרביעית), אשר קובע, כי תוקפם של מרבית סעיפי האמנה יפקע שנה לאחר הכיבוש. מכאן יש להניח כי מנסחי האמנה התכוונו לראות

הפרה או שלילה של הזכויות (או לפחות רוב הזכויות) אשר הזכרתי לעיל, ולפיכך השאלה שאותה אברר בהמשך הדיון היא, אם ההבחנות בין כיבוש התקפי להגנתי ובין שני שלביו של הכיבוש ההגנתי (הפתיחה במלחמה לעומת ההחזקה בשטח) יוצרות הבחנה גם בין חובות הכובש כלפי המדינה הנכבשת, אף שהזכויות המופרות בשני מצבי הכיבוש הן זהות.

הערה רביעית ואחרונה נוגעת למסגרת השית. כאמור לעיל, חובות שלמות קובעות לא רק בעלי חובות מוגדרים אלא גם בעלי זכויות מוגדרים. מכאן שהחובות שלהלן אקבע אותן כחובות שלמות של השלטון במדינה הכובשת, מציינות זכויות של אזרחי המדינה הנכבשת וכן זכויות של השלטון במדינה זו. לפיכך אף על פי שאינני נוטשת את מסגרת שית החובות, נראה שבדיון בחובות שלמות שית הזכויות הנו רלוונטי גם כן, אף כי אינו ממצה.

ניתן לדבר על שלוש חובות שלמות מיוחדות אשר מיישמות את עקרון דחיית הפגיעה במערכת היחסים המיוחדת שאני דנה בה: (א) החובה להימנע מלנצל את המשאבים החומריים והרוחניים של המדינה הנכבשת ותושביה; (ב). החובה להימנע מלפגוע בחיי התושבים ובשלמות גופם; (ג) החובה להימנע מלפגוע באפשרות להשיג אמצעי קיום ומחיה. יש לציין כי חובה זו היא אמנם חובה אוניברסלית הניצבת כנגד זכות אוניברסלית של כל אדם,⁴⁷ אך היא קיימת גם כחובה מיוחדת של המדינה הכובשת כלפי המדינה הנכבשת, ואף בתום הכיבוש, כאשר כלכלת האחרונה עדיין תלויה בזו של הראשונה.

שתי החובות הראשונות כוללות איסור לנצל ניצול ישיר כמו גם עקיף. הניצול הישיר כולל גזל של נכסים ממשיים ורוחניים וגרימת נזק גופני ונפשי. הכיבוש מהווה קודם כול גזל של נכסים או השתלטות עליהם. לרוב מדובר בנכסים ממשיים ולעתים גם בנכסים רוחניים. בין הנכסים הממשיים ניתן למנות משאבים טבעיים, קרקעות, רכוש, ממון, כוח עבודה. בין הנכסים הרוחניים ניתן למנות חינוך, שפה, תרבות. פגיעה כזו יכולה להתרחש כאשר הכובש מתערב במסגרות התרבותיות והחינוכיות וקובע את תוכנן. מאחר שברוב המקרים ההשתלטות מלווה בכוח, עלולים להיגרם גם נזקים גופניים ונפשיים לתושבי האזור שנכבש.

הניצול הישיר גורר גם ניצול עקיף. פגיעה בנכסים ממשיים ורוחניים גורמת גם למניעת פיתוח כלכלי, מסחרי או תרבותי-חינוכי. ניצול עקיף נוסף הנוצר מהשתלטות על המשאבים הכלכליים והרוחניים הוא התעשרות שלא כדין (עשיית עושר ולא במשפט) של אזרחי המדינה הכובשת (או של השלטון), וזאת בין תוך הפרת זכויות אדם ובין תוך ניצול משאבים השייכים לאוכלוסייה הנכבשת.⁴⁸ כזו היא, למשל, התעשרות אנשי עסקים עקב

בכיבוש מצב זמני. ראו: Jean S. Pictet, *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (ICRC, 1958), 62-63.

47. ראו, למשל: Onora O'Neill, *Faces of Hunger: An Essay on Poverty, Justice and Development* (Allen & Unwin, 1986), 113; Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy* (Princeton University Press, 1996), 39.

48. השוו עם סעיף 1 (א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 42: "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזוכה), חייב להשיב למזוכה את הזוכה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או

ניצול כוח העבודה הזול המצוי במדינה הנכבשת, בלי לספק לעובדים תנאי עבודה ורווחה מינימליים. התעשרות כזו יכולה להיווצר גם עקב מסחר של השלטון במשאבים הטבעיים המצויים בשטח הנכבש, כאשר הוא מנצל אותם.

החובה השלישית – להבטיח ולא למנוע אמצעי קיום מינימליים – היא חובה הצופה פני עתיד, שכן היא מתייחסת למצב שנוצר לאחר היפרדות הכובש מן הנכבש. על כן היא נגזרת ממערכת היחסים בין הכובש לנכבש, הממשיכה להתקיים גם לאחר הכיבוש. הכוונה למערכת יחסים של תלות כלכלית בין הכובש לנכבש או תלות של הנכבש בתשתית הקיום שסיפק לו הכובש (למשל, תלות במערכות חשמל, מים ותקשורת). תלות כזו מטילה על הכובש לשעבר חובה לדאוג לאמצעי קיום בסיסיים שיעמדו לרשות תושבי המדינה הנכבשת, וזאת באמצעות קביעת מדיניות כלכלית הכוללת עניינים כגון ייצוא וייבוא, מדיניות כלכלית, מיסוי, יחסי עבודה, שיתוף פעולה כלכלי וחקלאי. מערכת יחסים כזו אינה קיימת בכל מצב של סיום כיבוש, ורק כאשר היא נוצרת, ניתן לדבר על חובה מיוחדת של הכובש לשעבר להמשיך ולהבטיח (אם כי לאו דווקא לספק בפועל) את אמצעי הקיום של המדינה הנכבשת.⁴⁹ להלן אבחן את החובות שהגדרתי לעיל. תחילה אבהיר מדוע מדובר בחובות שלמות, כלומר מהי הזכות העומדת כנגד כל חובה ומה מקורה. אחר כך אקבע מה כוללת כל אחת מן החובות. לאחר מכן אבחן את ביטוייהן השונים והאפשריים במערכת היחסים המיוחדת שבה אני דנה ואציע דרכים ליישומן של החובות.

1. החובה להימנע מלנצל משאבים

(א) שיקולים תיאורטיים

עקרון הצדק של איסור פגיעה בא לידי ביטוי במערכת הכיבוש כאיסור המוטל על הכובש לנצל את המשאבים הממשיים או הרוחניים של המדינה הנכבשת וכן כאיסור לפגוע פגיעה פיזית או נפשית באזרחים ובתושבים.⁵⁰ בחלק זה אדון באיסור לנצל משאבים. הפרת חובה זו מעניקה לנכבש את הזכות לתבוע שני סוגי סעדים. בראש ובראשונה השבת נכסיו, אך אם הדבר אינו אפשרי, פיצוי על גזל המשאבים. יש להדגיש כי החובה הראשונית של הכובש היא להימנע מלפגוע במשאבים ומלנצלם. רק במקרים שההשבה אינה אפשרית בהם תיווצר לכובש חובה משנית של פיצוי.⁵¹

בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה" (ההדגשה שלי – ח"מ). יש לציין, כי כיום אין מוטלת חובה משפטית כזו על הכובש בכלל ועל הכובש הישראלי בפרט. וזאת משום שחוק עשיית עושר ולא במשפט אינו חל על השטחים הכבושים, וגם המשפט הבינלאומי אינו מכיר בעילה משפטית כזו. בהמשך אציע להכיר בעילה משפטית זו.

49. אמנם, כפי שצינתי לעיל, ניתן לומר כי החובה להבטיח קיום מינימלי לבני אדם – תושבי מדינות כלשהן ואזרחיהן – היא חובה אוניברסלית המוטלת על כל מדינה. עם זאת אדון בחובה זו כחובה ספציפית בלבד, כפי שהסברתי קודם לכן.

50. עיקרון זה ניתן גם לפרשנות הופלדיאנית, ועל פיה זכויות הקניין של המדינה ושל תושביה וזכויות החיים ושלמות הגוף גוררות חובה להימנע מלפגוע בהן.

51. מודל דומה מציג סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, הקובע כי המתעשר ולא

האיסור לנצל משאבים כחובה הנגזרת מעקרון צדק מחייבת בחינה של שיקולי צדק שונים. ההנחה היא כי הניצול הנו פעולה לא צודקת ולא מוסרית, כי הוא מבטא יחס אינסטרומנטלי כלפי הנכבש, ואולם האם הצדק נבחן מנקודת מבטו של הפוגע או מזו של הנפגע? האם הטלת החובה על הכובש הפוגע אינה מחייבת התחשבות גם במעמדו המוסרי, היינו בהכרעה אם פעל בודון, בשגגה או מתוך אילון?⁵² כך, למשל, ניתן לתהות אם חב הכובש חובת הימנעות מניצול משאבים, ואף חובה משנית לפצות, גם כאשר הוא משתמש במשאביה של המדינה הנכבשת לטובת תושביה. עוד ניתן לשאול, אם מוטלות על הכובש חובות אלה כאשר תחילת הכיבוש הייתה תגובה הגנתית, שאינה פגומה מוסרית. שאלות אלו מתעוררות, כפי שראינו, מן הניסיון להגדיר מהי פעולה לא צודקת, ומאילו נקודות מבט יש לבחון אותה. אנסה להשיב עליהן מבחינה עקרונית תוך התייחסות גם לכיבוש הישראלי.

ואולם ראוי לציין כי לא כל השאלות הנוגעות ליישומה של החובה המשנית לפצות יידונו במאמר זה. כך, למשל, לא אעסוק בשאלות מעשיות הנוגעות לסטנדרט הפיצוי, אף שזהו, כמובן, חלק מהותי מן הדיון בזכות הפיצוי. סטנדרט הפיצוי הכספי שנקבע במשפט הבינלאומי, במקרה שלא ניתן להשיב בו את הנכס עצמו, אינו חד-משמעי, כנראה במתכוון, ומותיר תהיות רבות, כדי לאפשר למדינות חופש פעולה. בהכרות העצרת הכללית של האו"ם על סדר עולמי כלכלי חדש משנת 1974 (New International Economic Order)⁵³ (להלן: "הכרזת NIEO") נקבע, כי הפיצוי יהיה "מלא" (full).⁵⁴ הפרשנות המסורתית לדרישה זו הייתה: מידי, הולם ויעיל, ואולם אין בכך כדי לענות על שאלות שונות כגון אם פיצוי הולם תלוי ביכולתה של המדינה החייבת לשלם, אם הוא כולל גם את רווחיה מן השימוש במשאבים או מעשיית עושר ולא במשפט, לאיזה ערך מתייחס הפיצוי (ערך השוק, ה"אמיתי", המלא או הריאלי), אם אפשר לקבוע פיצוי עונשי, כלומר פיצוי העולה על ערכו של הנזק שמטרתו להעניש את הגוזל. אלו הן שאלות משפטיות שעולות לדיון בכל

במשפט, "חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה" (ההדגשה שלי – ח"מ).

52. נראה לי, כי שאלות אלה רלוונטיות גם לעניין החובה המשנית לפצות על הנזקים. עם זאת ניתן לטעון, כי הפיצוי הוא למעשה סוגיה נזיקית, הנבחנת מנקודת מבטו של הנפגע, ומכאן שהחובה לפצות אינה צריכה להיות מושפעת מגורם הודון בפעולת הפוגע. כך למשל, כאשר אדם שובר את חלונו של הזולת בשוגג, הוא עדיין חב כלפיו בפיצוי.

53. הכרזת העצרת הכללית של האו"ם על סדר עולמי כלכלי חדש משנת 1974, GA Res. 3201, 3202 (S-VI), 1 May 1974 and (להלן: הכרזת NIEO), ראו: Nico Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties* (Cambridge University Press, 1997), 267. להכרזה אין מעמד מחייב במשפט הישראלי. עם זאת ניתן למצוא חיזוק למעמד ההכרזה בעובדה שמועצת הביטחון של האו"ם (שהחלטותיה מחייבות) הסתמכה על עקרונות ההכרזה, כאשר קבעה את חובת עיראק לפצות את כוויית בגין הנזקים שנגרמו לאחרונה מן הפלישה. ראו גם הדיון להלן, בטקסט שליד הערה 81.

54. פסקה 4(f) להכרזה, כמצוטט שם, שם.

תביעה נזיקית. הכרעה בהן מחייבת דיון בשיקולים המשפטיים והבינלאומיים הרלוונטיים לנסיבותיו של כל מקרה. דיון זה עשוי להיערך בין הצדדים וכן במסגרות שיפוטיות כגון בית הדין הבינלאומי לצדק או בוררות בינלאומית.

שאלה נוספת בעלת פן מעשי נוגעת לטווח חובת הפיצוי. האם עמים הנתונים בכיבוש זה מאות שנים, עוד בטרם נקבעו חובות הפיצוי של כובש על ידי המשפט הבינלאומי, (שאפרטן להלן), זכאים לדרוש פיצוי? אם התשובה על כך חיובית, האם חל הדבר גם על בני עמים ששטחי מדינתם סופחו לשטח המדינה הכובשת והם עצמם, וודאי צאצאיהם, נהפכו לאזרחים שווי זכויות בה או "מעין שווי זכויות"? (למשל, האינדיאנים בארצות הברית, הערבים בישראל)⁵⁵? מהי משמעות הפיצוי בנוגע לאזרחים מעין אלה וכיצד ניתן לקבוע אותו? מי יכול לתבוע אותו? האם יש לשמר זכות זו עד קץ הדורות? כפי שאראה להלן, חובת הפיצוי מתייחסת לעצם קיומו של אקט הכיבוש, בלא קשר לשאלה אילו הטבות (כגון אזורות ומתן זכויות שוות) הוא עשוי לגרור עמו. מכאן שגם בני עמים שמצבם "הוטב" לכאורה, או לפחות לא הורע, זכאים לדרוש פיצוי על פגיעה בזכויות, מהפקעת קרקעות ועד פגיעה בזכויות רוחניות, כגון הזכות לחינוך, אם זכות כזו הופקעה מהם. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור העובדה שהפיצוי הוא למעשה זכות חלופית לזכות הקניינית אשר הופרה, מאחר שברוב המקרים לא ניתן להשיב בעין את הנכסים שנגזלו. דוגמאות מובהקות לכך הן הבעיות שמעוררת הדרישה הפלסטינית למימוש זכות השיבה או תביעות יהודים להשבת רכושם שנגזל בעת מלחמת העולם השנייה. עם זאת ברור כי קביעה כזו מחייבת הכרעות עובדתיות ומעשיות בדבר סטנדרט הפיצוי והגורמים שבהם הוא תלוי, למשל, מידת השקעתו של הכובש בפיתוח הטריטוריה הכבושה ובטיפוח אזרחיה וכן הגדרת התקופה שבמהלכה ניתן יהיה לתבוע את הפיצוי ולאחריה תחול התיישנות על זכות התביעה.

(ב) שיקולים מעשיים

המשפט הבינלאומי מכיר, ראשית לכול, בזכות קניין מוחלטת של המדינה הנכבשת על כל משאביה, וכן בזכות הקניין הפרטי. ההגנה על זכויות אלה מוסדרת במשפט ההומניטרי, ועל פיו נקבעים הכללים המגדירים את חובות הכובש כלפי האוכלוסייה והשלטון בשטח הכבוש. כך, למשל, קובעות תקנות האג,⁵⁶ כי אין להחרים ולבזוז רכוש פרטי,⁵⁷ כי מוסדות דת, חינוך ואמנות ייחשבו לרכוש פרטי שאין לפגוע בו,⁵⁸ וכי הכובש מופקד על

55. הערבים, כמובן, אינם נתונים לכיבוש ישראלי מאות שנים, אך השאלה היא רלוונטית בגלל הפיכתם לאזרחים בישראל.

56. תקנות האג (לעיל, הערה 4). תקנות אלה הן משפט מנהגי מחייב, הנקלט ישירות במשפט הישראלי, כל עוד אינו סותר חוק חרות.

57. שם, תקנות 46, 47. האיסור להחרים רכוש פרטי קבוע גם בסעיף 33 לאמנת ג'ניבה הרביעית (לעיל, הערה 46).

58. תקנה 56 לתקנות האג (לעיל, הערה 4).

שמירת הנכסים הטבעיים והממשיים של המדינה הנכבשת, לטובת הציבור.⁵⁹ אמנת ג'ניבה הרביעית⁶⁰ מונה בין ההפרות החמורות של האמנה פגיעה וניכוס של רכוש, כאשר הצורך הצבאי אינו מצדיק זאת.⁶¹

המשפט הבינלאומי כולל בזכות הריבונות של עם על אדמת מדינתו את השליטה בכלל המקורות המצויים בשטח שבריונותו ובכללם מקורות טבעיים כמו גם אנושיים, תרבותיים וכלכליים. כך, למשל, בהחלטה 3171⁶² קובעת העצרת הכללית של האו"ם את תמיכתה המוחלטת ב"מאבקם של מדינות מתפתחות ושל עמים בשטחים הנתונים בכיבוש זר להשיג שליטה מעשית במקורות הטבעיים שלהם". משמעות השליטה היא הזכות להשתמש במשאבים הטבעיים ולנצלם. בהחלטה 3336⁶³ של העצרת הכללית של האו"ם משנת 1974, אשר קבעה את זכות הריבונות של תושבי השטחים שנכבשו על ידי ישראל במלחמת ששת הימים על המשאבים הטבעיים, הורחבה הזכות לכדי ריבונות על "כל המשאבים והעושר" (all resources and wealth). כלומר המשפט הבינלאומי מכיר בזכות לריבונות קבועה (permanent sovereignty) על משאבים טבעיים ועושר, השייכת לעמים הנתונים בכיבוש ושהטריטוריות שלהם אינן נשלטות על ידיהם. על כן הוא מנסה להבטיח את זכותם של אותם עמים לדרוש בעלות על משאבים אלה, אף שאין הם יכולים לממש את ריבונותם.⁶⁴

לפיכך המשפט הבינלאומי אוסר על מדינות, איגודים מסחריים וארגונים בינלאומיים לסחור, לשתף פעולה או לעזור למדינה הכובשת לנצל את משאביה הטבעיים של הטריטוריה הכבושה. ההיתר היחיד שניתן על ידי המשפט הבינלאומי למדינה הכובשת

59. שם, תקנה 55.

60. שאלת תחולתה של אמנת ג'ניבה הרביעית בשטחים הכבושים היא סבוכה והתשובה עליה ידעה גלגולים רבים. עד לא מכבר הייתה מקובלת בישראל העמדה, כי הוראות אמנת ג'ניבה הרביעית הן הסכמיות ועל כן, מבחינה פורמלית, אינן מחייבות את ישראל, כל עוד לא נקלטו בחקיקה הפנימית של הכנסת. עם זאת בית המשפט העליון הביע גם את העמדה, כי ישראל עשויה להיות מחויבת בהוראות ה"הומניטריות" של האמנה מכוח התחייבותה של הממשלה לכבד את ההוראות הללו, ראו בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, בעמ' 77-78. עמדה נגדית נקבעה בבג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, בעמ' 627-628. ואולם באחרונה השאיר בית המשפט העליון ב"צריך עיון" את השאלה, אם הוראות אלו הן מנהגיות או הסכמיות, ונתן בכך ביטוי, בראשונה, לאפשרות שהאמנה היא מנהגית. ראו בג"ץ 7015/02 עגזירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352.

61. סעיף 147 לאמנת ג'ניבה הרביעית (לעיל, הערה 46).

62. GA Res. 3171 (XXVIII), 17 December 1973, ראו: <http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm>

63. GA Res. 3336 (XXIX), 17 December 1974, ראו: <http://www.un.org/documents/ga/res/29/ares29.htm>

64. להרחבה ראו גם: Schrijver (לעיל, הערה 53), בעמ' 152-156.

הנו לעשות שימוש במשאבי הטריטוריה הכבושה (אך לא היתר לניכוס המשאבים), כאשר על המדינה הכובשת מוטלת החובה לשמר את ערך המשאבים. כך קובע סעיף 55 לתקנות האג:⁶⁵

The Occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied territory. It must safeguard the capital of these properties and administer them in accordance with the rules of usufruct .

בעוד השימוש במשאבים טבעיים מתחדשים אינו מעורר בעיה, קיימת מחלוקת בנוגע לשאלה, אם שימוש במשאבים טבעיים (כגון מינרלים) מהווה שימוש השומר על ערכם או ניצול לרעה של הארץ והורקתה ממשאביה. שאלה כזו עלתה, למשל, בנוגע לניצול אדמת סיני ואזור סואץ להפקת נפט שניצלה ישראל. יש סוברים כי שימוש במשאבים טבעיים כגון מינרלים מהווה הרקת משאבים ופגיעה באוצרות המדינה, ואילו אחרים סבורים כי סעיף 55 לתקנות האג אוסר רק הרס ודוני של אותם משאבים וניצולם לרעה.⁶⁶ השאלה מסתבכת כאשר משווים את השימוש שעושה מדינה כובשת במשאבים טבעיים לטובת התושבים (למשל, שימוש בחול ומים כדי לבנות בשטח הכבוש לרווחת התושבים) עם ניצול מינרלים, שנעשה גם הוא לרווחת התושבים (למשל, כדי לשפר את אספקת הנפט והגז לאזור). עם זאת ברור כי ניצול המשאבים לצורך סחר עם מדינות אחרות לא יכול לעלות בקנה אחד עם שימוש לטובת תושבי האזור.

על כל פנים במקרים שבהם השבה אינה אפשרית, מכיר המשפט הבינלאומי בזכות פיצוי מוחלטת בנוגע לכל פגיעה בזכות קניין, ובחובת פיצוי המוטלת אפוא על גורם הפגיעה.⁶⁷ לפיכך המשפט הבינלאומי מטיל על המדינה הכובשת חובה לפצות על הנזקים שנגרמו, השווה לערך הנכסים שנגזלו או להשיבם למדינה הכבושה (כאשר הדבר אפשרי). זאת בכל מקרה של ניצול משאבים, בין שמדובר בניצול חוקי על פי המשפט הבינלאומי ובין שמדובר בניצול פוגע. הכרות NIEO⁶⁸ קובעת, כי הזכות לריבונות קבועה כוללת, במקרה הפרטה, את הזכות להשבה ולפיצוי מלא על ניצול, הרקה וגרימת נזק למשאבים הטבעיים ולשאר המקורות של אותם עמים, מדינות וטריטוריות. כך, למשל, מועצת הביטחון של האו"ם קבעה לאחר מלחמת המפרץ ב-1991, כי עיראק חייבת לפצות את כוויית על כל ההפסדים והנזקים הישירים, ובכלל זה פגיעה בסביבה והרקת המשאבים הטבעיים, אשר נגרמו עקב פלישתה הבלתי חוקית של עיראק לכוויית.⁶⁹

65. סעיף 55 לתקנות האג (לעיל, הערה 4).

66. Schrijver (לעיל, הערה 53), בעמ' 268, הערת שוליים 50.

67. הכרות NIEO (לעיל, הערה 53).

68. שם.

69. UN Doc. S/Res/687, 3 April 1991, ראו: [URL: <http://www.un.org/terrorism/sc.htm>].

יש לשים לב לכך שחובת הפיצוי מוטלת כאן על שלטון המדינה הכובשת כלפי שלטון המדינה הנכבשת. ניתן לנעוץ זאת בכך שהמשאבים הטבעיים הם נכס מסוג טובין ציבורי, שלא ניתן לבחון את זכותו האישית של כל אחד מתושבי המדינה הנכבשת בהם. על כן ההחלטה להעניק את הזכות לשלטון, המשמש נציג התושבים, היא סבירה הן מבחינה עקרונית והן מבחינה מעשית, כאשר בוחנים את השאלה כיצד יינתן הפיצוי בפועל.

עם זאת המשפט הבינלאומי אינו מתייחס לשאלת הנוקים העקיפים הנגרמים עקב ניצול אסור של משאבים ועל כן אין הוא דן בשאלת הפיצוי בגינם. כך, למשל, לא נקבע איסור לפגוע בנכסים ממשיים ורוחניים, פגיעה הגורמת גם למניעת פיתוח כלכלי, מסחרי או תרבותי-חינוכי. גם לא נקבעו איסור או חובה לפצות על עשיית עושר ולא במשפט, שמשמעותה התעשרות שלא כדין הן של השלטון הכובש והן של אזרחי מדינתו. התעשרות כזו יכולה להיווצר עקב מסחר של השלטון במשאבים הטבעיים המצויים בשטח הנכבש, לדוגמה, בדרך של הפקעת קרקעות לצורכי המדינה, או כאשר הוא מנצל אותם לצרכיו, למשל, לצורך בניית גדר הפרדה. כפי שציינתי קודם לכן, ההתעשרות יכולה להיות תוצאה של מסחר פרטי, אם כי מאושר על ידי הממשלה – למשל, בניית התנחלויות. מכיוון שמבחינה מושגית נזק זה הוא הפרת החובה שלא לנצל את משאבי המדינה הנכבשת, מסקנתי היא, כי יש להכיר בעילה המשפטית של עשיית עושר ולא במשפט ולחייב את הכובש בפיצוי הנפגעים על הנזק העקיף שנגרם להם. נוסף על כך אין סיבה מהותית להבחין בין ניצול עקיף על ידי פרטים לבין זה הנעשה על ידי השלטון, פרט לשאלה מי יישא בחובה לפצות את הנפגעים – הפרטים או השלטון הכובש.⁷⁰

יישום הדברים האמורים עד כה והחלתם על הכיבוש הישראלי מחייב את המסקנה, כי בגלל שהשבה היא בלתי אפשרית, הכובש הישראלי חב חובה לפצות על ניצול משאבים טבעיים. אמנם אין מדובר באזור עתיר משאבים. את הגז שנמצא בקידוח בחופי עזה לא ניצלה ישראל, וחברת "בריטיש גז" מחזיקה בזיכיון לשאוב גז טבעי מחופי עזה ביחד עם שותפים פלסטינים ולבנונים.⁷¹ עם זאת ישראל ניצלה את אדמות הגדה המערבית ורצועת עזה ופגעה בסביבה לצורך בניית ההתנחלויות. בנייה זו גרמה גם לנזק עקיף בכך שמנעה את הרחבת הבנייה הפלסטינית, ועל כך חייבת ישראל לפצות את הרשות הפלסטינית.⁷² ניתן לקוֹז מן הסכומים האלה את מה שהושקע בשטחים לצורך בניית תשתיות מים, חשמל, תקשורת ותחבורה, או בניית בתי המתנחלים, בהנחה שהללו יישארו על תלם לאחר סיום

70. ולמעשה, ייתכן שמטעמי יעילות יש להטיל את חובת הפיצוי על השלטון הכובש, כאשר לא ניתן לאתר את הפרטים האחראים לניצול.

71. תני גולדשטיין, "בריטיש גז שוקלת למכור גז למצרים וירדן", ראו: [\[URL: http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2869798,00.html\]](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2869798,00.html)

72. שימו לב לעובדה, כי 6200 מתנחלים בגוש קטיף תופשים כ-15% משטח הרצועה, לעומת 1.2 מיליון פלסטינים המצופפים בשאר השטח. ביהודה ושומרון צפיפות האוכלוסייה הערבית היא כ-300 נפש/קמ"ר, כאשר צפיפות האוכלוסייה היהודית, המהווה 12% מכלל האוכלוסייה, היא 33 נפש/קמ"ר. הנתונים לקוחים מתוך אלישע אפרת, גיאוגרפיה של כיבוש: יהודה, שומרון וחבל עזה (כרמל, 2002), בעמ' 64, 188, 190.

הכיבוש. זאת, כפי שנראה להלן, על בסיס ההנחה, כי לא ניתן לטעון להפרת זכות הקניין ובה בעת ליהנות מעצם ההפרה ולנצל את השקעת מפר הזכות, כלומר הכובש. ניצול משאבי המדינה הנכבשת הוא פעולה לא צודקת בעליל, המצדיקה איסור מוחלט, כאשר מדובר בכיבוש תוקפני או בפעולות שתכליתן לפגוע בתושבים.⁷³ ואולם כיצד ניתן ליישב את האיסור עם המצבים האלה: (א) מצבים שבהם פעולת הכובש מועילה לתושבי המדינה הנכבשת; (ב) מצבים שבהם עצם פעולת הכיבוש הראשונית (להבדיל מההחזקה שלאחר מכן) הייתה צודקת, משום שהפעולה הייתה הגנתית, ואולם הפעולות שנעשו לאחר מכן לא הועילו לתושבי המדינה הנכבשת ואף פגעו בהם?

שני המצבים שלעיל דומים במובן זה שהם מתארים פעולות הוגנות מנקודת מבטו של הפועל, אך לאו דווקא מנקודת מבטו של מקבל הפעולה, כפי שהבהרתי בתחילת הדיון. עם זאת מדובר במצבי עניינים הפוכים מבחינת היחסים בין הפועלים לנפעלים. במצב א', שבו פעולת הכובש נעשתה לרווחת הנכבש, למשל הפקעת קרקע לצורך בניית תשתיות של מים, חשמל, תחבורה וכדומה, הגינות הפעולה מתבטאת בתוצאתה; ואולם לא ניתן לומר כי לכובש הייתה זכות מוסרית אפריורית לפגוע בקניינו של הנכבש. במצב ב', שבו פעולת הכובש לא נעשתה לרווחת הנכבש אולם הייתה תוצאה של כורח הנסיבות, ברור שהגינות הפעולה אינה בתוצאתה אלא נובעת דווקא מזכותו המוסרית של הכובש להגן על עצמו. אבחן כל אחד מן המצבים בנוגע לשאלה, אם הוא מטיל על הכובש חובה להימנע מניצול וחובה משנית לפיצוי.

במצב שבו פעולת הכובש נעשתה לרווחת תושבי המדינה הנכבשת, למשל כאשר הכובש ניצל את המשאבים הטבעיים המצויים בטריטוריה הכבושה לצורך שיפור התשתית או השתמש במשאבים האנושיים לפיתוח התרבות והחינוך של תושבי המדינה הנכבשת, יהיה עליו לזכות את תושבי המדינה הנכבשת בפיצוי על ניצול המשאבים. ואולם השקעת הכובש, שאינה מבטאת יחס אינסטרומנטלי כלפי הנכבש, אלא יחס לשמו ופעולה לטובתו, תקוּזו מסכום הפיצוי. אמנם לא ניתן לומר כי לכובש הייתה זכות מוסרית לנצל את משאבי המדינה הנכבשת, ועל כן הוא חייב בחובת פיצוי. ואולם אין אורחי המדינה הנכבשת יכולים לטעון, כי זכות הקניין שלהם הופרה, ובה בעת ליהנות מפירות ההפרה של הזכות, כלומר ליהנות מרווחי השקעתו של הכובש, בלי לשאת בתשלום בגינם. לכן יכולים תושבי המדינה הנכבשת לוותר על ההנאה מהשקעת הכובש, לדרוש ממנו להסירה ולזכות בפיצוי מלא על ניצול משאבי הטריטוריה שלהם⁷⁴ או ליהנות מן ההשקעה ולקזז את סכום ההשקעה מסכום הפיצוי המגיע להם.⁷⁵

73. שימו לב גם להגדרת הפיצוי כחובה לתקן פעולה לא צודקת או לא הוגנת: William D. Ross,

The Right and the Good (Oxford, 1930), 22.

74. עם זאת, דרישה זו עשויה להיות בעייתית בנוגע לניצול משאבים אנושיים כדי לפתח את המערכות החינוכיות והתרבותיות של המדינה הנכבשת.

75. השוו עם ההסדר בסעיף 21 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259, לעניין בנייה ונטיעה במקרקעי הוולת: "א) הקים אדם מבנה או נטע נטיעות (להלן – הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו בלי שהיה זכאי לכך על פי דין או לפי הסכם עם בעל המקרקעין, הברירה בידי בעל

המצב השני, שבו הפעולה הראשונית של היציאה למלחמה וכיבוש השטח נחשבת לצודקת משום שהיא נובעת מהפעלת הזכות המוסרית להתגונן מפני התקפה, הנו בעייתי יותר, הן מבחינת מוסריותה של פעולת ניצול המשאבים על ידי הכובש והן מבחינת זכות הנכבש לפיצוי. השאלות המתעוררות כאן הן, אם במצב העניינים המתואר חלה על א' (הכובש) חובה להימנע מניצול משאביו של ב' (הנכבש), ואם א' חייב ל-ב' פיצוי.

עם שאלה מוסרית דומה (אך היפוטטית) התמודדו ההוגים תומסון (Thomson), פיינברג (Feinberg) ומונטג (Montague).⁷⁶ זהו תיאור הדילמה המוסרית ההיפותטית שבה עסקו: א' טועה בדרכו ביער וזקוק לאוכל ולמחסה. לפתע הוא נתקל בבקתה של ב', שתוכל לשמש לו מחסה. בשל מיגון הבקתה, הוא נאלץ לפרוץ אליה. בבקתה הוא מוצא מזון, ולאחר מכן הוא שורף את הרהיטים שבה, כדי להתחמם ולהינצל ממוות. האם פעולתו של א' הייתה מותרת? האם יהיה חייב לפצות את ב', בעל הבקתה?

Thomson ו-Feinberg טוענים, כי א' פעל באופן מוצדק, ואף על פי כן הוא חייב בחובת פיצוי (שהרי השבה אינה אפשרית) כלפי ב', הנובעת מחובה מוקדמת יותר שלא לפגוע בקניינו של ב'.⁷⁷ הטענה מעוררת סתירה, שעליה מצביע Montague: אם נטען כי על א' מוטלת חובה שלא לפגוע בזכות הקניין של ב', כיצד ייתכן שפעל כראוי?⁷⁸ Montague מנסה ליישב את הסתירה באמצעות שימוש במושג "חובות לכאורה" (prima facie obligations).⁷⁹ לטענתו, חובתו של א' להימנע מלפגוע בקניינו של ב' היא

המקרקעין לקיים את המחוברים בידו או לדרוש ממי שהקים אותם (להלן – המקים) שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם. (ב) בחר בעל המקרקעין לקיים את המחוברים בידו, עליו לשלם למקים את השקעתו בשעת הקמתם או את שוויים בשעת השימוש בברירה לפי סעיף-קטן (א), לפי הפחות יותר. (ג) דרש בעל המקרקעין סילוק המחוברים והמקים לא סילקם תוך זמן סביר, רשאי בעל המקרקעין לסלקם על חשבון המקים. (ד) סולקו המחוברים, יעבור מה שסולק לבעלותו של המקים; סילקם בעל המקרקעין, רשאי הוא להיפרע מהם על חשבון המגיע לו בעד הסילוק".

76. Phillip Montague, "Rights and Duties of Compensation", 13 *Philosophy and Public Affairs* (1984) 79; Joel Feinberg, "Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life", 7 *Philosophy and Public Affairs* (1978) 93; Judith Jarvis Thomson, "Rights and Compensation", 14 *Nous* (1980), 3.

77. זכות הקניין של ב' היא זכות הופלדיאנית, כלומר, ל-א' עומדת כנגדה חובה להימנע מפגיעה בה. מכאן נראה, שכאשר א' הפר את חובתו, הוא פעל באופן בלתי ראוי. על כן הוא חייב בחובת פיצוי, שמשמעותה תיקון פעולה בלתי ראויה. ראו שם, בעמ' 3-4; Feinberg (לעיל, הערה 76), בעמ' 102. השוו עם סעיף 2 לחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998, ס"ח 245, המטיל על מי שגרם לסכנה שהניצול נקלע אליה (לרבות הניצול עצמו) חובת שיפוי בגין הנזק שנגרם למי שהושיט עזרה לניצול.

78. Montague (לעיל, הערה 76), בעמ' 80.

79. חובות מסוג זה אינן חובות בפועל אלא חובות אפשריות, שניתן לתמוך אותן בשיקולים מוסריים. עם זאת, הן יכולות לשמש גם כחובות בפועל של הפועל המוסרי, אם לא תידחינה

חובה לכאורה, אשר נדחת מפני שיקולים מוסריים אחרים שעומדים לפני א' כאשר הוא מצוי ביער. על כן פעולתו, שהיא פעולה בניגוד לחובה הראשונית שלא לפגוע בזכות הקניין של ב', היא מותרת.⁸⁰

בעיה נוספת מתעוררת בנוגע לשאלת הפיצוי. אם פיצוי הוא בדרך כלל תיקון פעולה בלתי ראויה, (אם כי ניתן כמובן להטיל חובות פיצוי גם על פי הסכם בין הצדדים), ואם א' פעל כראוי, האם ניתן להטיל עליו חובת פיצוי? לדעתו של Montague לא ניתן לקבוע זאת, אם מקבלים את ההנחה שפגיעה מכוונת שתכליתה הרס שונה מבחינה מוסרית מפעולה שתכליתה אינה הרס, כגון זו המתוארת במקרה ההיפותטי שאנו עוסקים בו.⁸¹ השוני המוסרי בין הפעולות נעוץ בעובדה שפעולה שתכליתה אינה הרס כוללת חובות לכאורה אשר נדחות מפני חובות אחרות בשל שיקולים מוסריים. מכאן שגם השאלה אם לבעל הרכוש שנפגע קיימת זכות שלא להיפגע (העומדת כלפי הפוגע) היא שאלה שצריכה להישקל כנגד יתר השיקולים המוסריים המאפיינים את הסיטואציה, למשל, העובדה שהפוגע עלול למות אם לא ינצל את רכושו של הנפגע. לכן, טוען Montague, לאחר שיישקלו כל השיקולים המוסריים הראויים, לא תעמוד עוד ל-ב' זכותו שלא להיפגע ו-א' לא יהיה חייב לפצותו.

ואולם אני נוטה לקבל דווקא את פרשנותם של Thomson ו-Feinberg ולקבוע כי א' יהיה חייב לפצות את ב'. פרשנות זו נסמכת על הבחנה שעושה Thomson בין פעולה מותרת (permissible) לפעולה מוצדקת (justified), ומשמעותה היא, כי גם "הכרח בל יגונה" מצדו של א' מהווה הפרת זכותו של ב'. טענתה היא, כי פעולתו של א' היא אמנם מותרת בנסיבות המתוארות, ואינה פסולה מבחינה מוסרית, אך אינה מוצדקת. על כן חייב א' לפצות את ב'.⁸² פרשנות זו נראית לי סבירה יותר מן הפרשנות שהציע Montague, משום שהיא מגשימה טוב יותר את תכליתן של זכות הפיצוי והחובה לפצות, כלומר עשיית צדק עם הנפגע והבאתו לידי מצב תקין מבחינה מוסרית. נראה אפוא כי אף על פי שא' פעל באופן ראוי בנסיבות שנוצרו, לא יהיה זה צודק להטיל על ב' לשאת בעול תוצאות פעולתו של א'. האם לא די בכך שהשימוש ברכושו של ב' הציל את חייו של א'? מדוע על ב' לסבול את עול הנזק? לכך יש להוסיף כמובן את העובדה, שב' עלול לסבול נזק, גם אם יינתן לו פיצוי שווה ערך. ייתכן, למשל, שהיה לרהיטים ערך רגשי משמעותי עבור ב', או שהיו

על ידי חובות אחרות, שהשיקולים המוסריים ליישומן משמעותיים יותר. לדיון במושג *"prima facie obligations"* ראו: Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Harvard University Press, 1985), 176.

80. ובמילותיו של Montague: "the proposition that A infringes a right of B's in destroying the latter's furniture implies only that A acts contrary to a *prima facie* duty; and there is no inconsistency in maintaining that A acts permissibly even though contrary to a *prima facie* duty". ראו: Montague (לעיל, הערה 76), בעמ' 82.

81. שם, בעמ' 84.

82. Thomson (לעיל, הערה 76), בעמ' 14.

יחידים במינם, ולא ניתן יהיה לשחזרם. במקרה שכזה, כל פיצוי שיינתן לו לא יוכל לפצות את ב' כראוי על הנזק שסבל, אך יש לנסות ולהשתדל לעשות עֲמו צדק, ככל שניתן. אפנה לבירור השלכותיה של דילמה מוסרית מעניינת זו על הסוגיה שבמוקד דיונונו, היינו מצב שבו פעולת הכיבוש הייתה תגובת הגנה לפעולה תוקפנית של המדינה הנכבשת. עם זאת, ובטרם אגש לדיון המהותי, אבהיר כי הסיטואציה של כיבוש מתמשך שונה באופן יסודי מן הסיטואציה של היער, במובן זה שהכיבוש אינו פעולה חד-פעמית של ניצול ופגיעה בזכויותיו של הנכבש. על כן אבחין בין היציאה למלחמה או כיבוש השטח ובין ההחזקה בו לאחר מכן. בכל אחד מן המצבים האלו נאמד מעמדו המוסרי של הכובש – ועקב כך החובות המוטלות עליו – באופן שונה. גם במצב שאנו עוסקים בו מדובר בפעולה פוגענית של הכובש בקניינו של הנכבש, כאשר יש לברר, אם פעולה זו היא מותרת ו/או צודקת ואם תזכה את הנכבש בהשבה או בפיצוי. גם כאן נשאלת השאלה אם כאשר הכובש הפר את חובתו שלא לנצל את משאבי הנכבש, הוא פעל באופן בלתי ראוי. לפי תרון סוגיית היער ניתן לומר כי חובת הכובש להימנע מפגיעה בקניין הנכבש כבר בעצם מעשה הכיבוש היא חובה לכאורה הניצבת לעומת שיקולים מוסריים אחרים אשר מאפשרים לכובש להגן על עצמו. על כן פעולתו הראשונית של הכובש היא פעולה בניגוד לחובה הראשונית שלא לפגוע בקניין הנכבש, אך היא פעולה מותרת. יתרה מזו, במקרה זה הפר דווקא הנכבש-התוקפן את חובתו שלא לפגוע בקניין הכובש ובזכויותיהם לחיים ולשלמות הגוף של תושביו, ועל כן הוא יחויב בפיצוי על הוצאות ההגנה של הכובש.

ואולם יש להבחין בין פגיעה בקניין שהיא חלק מן הפעולות שהכובש נקט לצורך הגנה עצמית, למשל, פגיעה הנוצרת עקב הלחימה, לעומת פגיעה בקניין שהיא תוצאה של כיבוש מתמשך שאין ולא כלום בינו ובין הגנה עצמית, כגון השימוש במשאבים הטבעיים של המדינה הנכבשת. לעניין זה חשוב להזכיר, כי המשפט הבינלאומי רואה בכיבוש מצב זמני,⁸³ וכי על הכובש מוטלת החובה לעשות מאמצים להסיר את הכיבוש. פעולת הכובש תיחשב מותרת רק אם הייתה תגובת הגנה מידית, ואם לאחר מכן נעשו מצד הכובש מאמצים להסיר את הכיבוש.⁸⁴ במובן זה ייחשב הכובש ההגנתי בתחילת הכיבוש לכובש "בעל כורחו", ואולם אם לא ינסה לנקוט מעשים לסיום הכיבוש, לא תהיה עוד הבחנה בינו ובין כובש תוקפן ופעולותיו לא יוכלו להיחשב מוצדקות. חשוב לזכור את ההבחנה הזו כדי להדגיש כי הכובש ההגנתי אינו חסין מפני ביקורת מוסרית על פעולותיו, וכי אין דינו של כובש הגנתי שהסתלק ממעמד זה כדינו של כובש הגנתי שלא עשה כן. לפיכך ניתן לבוא בתביעות לצד התוקפני והנכבש באשר לעצם המלחמה, אבל אין להטיל עליו את האחריות לנזקי השעבוד והניצול הנובעים מן ההחזקה המתמשכת שלאחר מכן, המנותקים מן המלחמה עצמה.⁸⁵

83. ראו לעיל, הערה 46 והסקטט שלידה.

84. שם.

85. לעומת זאת שימו לב לכך שבכל הנוגע לפעולת הכיבוש הראשונית קיים הבדל בין זכות הפיצוי של בעל הבקתה ביער ובין זכות הנכבש מול כובש בעל כורחו. האדם ביער, אשר קניינו נפגע, לא עשה מאום כדי להביא לידי כך, ואילו מדינה תוקפנית שנכבשה בסופו של

הדברים שלעיל מחייבים התייחסות לשאלת מעמדה של ישראל ככובש, אם מדובר בכובש הגנתי אם לאו. אין ספק שהסכמי אוסלו ותחילת אכיפתם היו, מבחינתה של ישראל, ניסיונות לסגת מן השטחים ולסיים, אמנם בחלקו, את הכיבוש בשטחים. ואולם האינתיפאדה שהחלה בספטמבר 2000 וחשיפת ישראל להתקפות חוזרות ונשנות מצד הפלסטינים הקשו עליה להמשיך וליישם את ההסכמים. גורמים אלה משמשים בסיס לטענה, שישראל ממשיכה להחזיק במעמדה ככובש הגנתי, או ככובש "בעל כורחו". עם זאת לא ברור, שהעיוות הצבאי עם הפלסטינים מחייב את ישראל להימצא בשטחים ככובש זמן רב, וכי לא ניתן להגן על המדינה מגבולה. הא ראייה, להגנה כזו נערכה ישראל בגבול הצפון, לאחר הנסיגה מלבנון⁸⁶ וכן במקומות שונים בשטחים שבהם אין צה"ל נמצא באופן קבוע, אף אם נכנס אליהם לצרכים נקודתיים.⁸⁷ גם תכנית ההינתקות מרצועת עזה מבוססת על תכנית הגנה כזו. יתר על כן, ודאי ההגנה על המדינה אינה מחייבת "השתלטות אזורית" על השטחים, כלומר הקמת התנחלויות. על כן אין לומר כי ישראל נותרה כובש הגנתי לאחר סיום מלחמת ששת הימים.

נוסף על כך תושבי המדינה הנכבשת, גם זו התוקפנית, להבדיל מן השלטון בה, יהיו זכאים, בכל שלב של פעולת הכובש – הן בשלב פעולת המלחמה הראשונית והן בשלב ההחזקה שלאחר מכן – לפיצוי בגין זכויותיהם האישיות שנפגעו (באופן עקיף) מניצול משאבים טבעיים ואשר אינן ניתנות להשבה. הכוונה, למשל, לפגיעה בזכותם למחיה ולקיום מינימלי (אם הכובש השתלט על מקורות מים, גז או נפט, וכדומה) או בזכות הקניין של מי שפרנסתו הייתה תלויה במשאבים הטבעיים הללו. כן מוטלת על הכובש חובת השבה וחובה משנית של פיצוי על הנזקים האישיים הישירים שנגרמו לתושבי המדינה הנכבשת, כמפורט להלן.

דבר גרמה לכך שהכובש נאלץ לפגוע בקניינה. לפיכך בעוד פעולת המטייל ביער הוגדרה מותרת אך לא מוצדקת כלפי בעל הבקתה, נראה כי פעולת הכובש בעל כורחו כלפי המדינה הנכבשת (להבדיל מאזרחיה ותושביה – כפי שנראה בהמשך), היא מותרת וגם מוצדקת. זאת, כמובן, בהנחה שמדובר בכיבוש הגנתי, ובפגיעה שנעשתה, כאמור, במסגרת ההגנה. כאשר הנכבש גרם לכך שהכובש נאלץ לפעול באופן תוקפני ולפגוע בזכויותיו, לא ניתן לומר כי מן הצדק לפצות את הנכבש על הפעולה שהוא עצמו גרם. מצד אחר אפשר לומר כי הכובש יחויב בפיצוי על הנזק שגרם, אך יוכל לתבוע תביעה נגדית לפיצוי על הנזק שנגרם לו על ידי הנכבש, שתקף אותו ועל עלות ההגנה מפני תקיפתו של הנכבש.

86. נכון הוא, כי אופי הכיבוש הישראלי בלבנון היה שונה מאופי הכיבוש הישראלי בעזה ובאזור יהודה ושומרון. כך, למשל, הכיבוש הישראלי בלבנון היה בתחילתו רצוי ומקובל על רוב האוכלוסייה, ומטרתה הראשונית של ישראל הייתה לקדם את לבנון מתוך מטרה לעודד שם שלטון עצמאי, ידידותי לישראל. עם זאת, הבדלים אלה אינם הופכים את שהיית ישראל בלבנון לאחר המלחמה לכיבוש הגנתי, ולכן יש תוקף להשוואה בין היציאה מלבנון, שהתקיימה למרות תקיפותיו החוזרות ונשנות של החיזבאללה מרצועת הביטחון, ליציאה מן השטחים.

87. ראו המבצעים הצבאיים: "חומת מגן", "דרך נחושה", "ימי תשובה".

2. חובת מניעתו של נזק גופני ונפשי ונזק כלכלי

עקרון דחיית הפגיעה מטיל על הכובש חובה שלא לגרום נזק גופני, נפשי וכלכלי לתושבי המדינה הנכבשת.⁸⁸ כך, למשל, המשפט הבינלאומי ההומניטרי מכיר בצורך לכבד את חוקי המדינה הנכבשת ואת זכויות התושבים בשטח. נוסף על כך, ורק במקרים בהם ההשבה אינה אפשרית, מוטלת על הכובש חובה לפצות באופן אישי כל תושב ותושב בגין גרימת הנזקים.⁸⁹ עם זאת במקרים מסוימים, וכאשר הדבר נעשה לרווחת האוכלוסייה בשטח הכבוש, הוכר הצורך להפקיע זכויות מסוימות (בדרך כלל קרקעות), כנגד תשלום פיצויים.⁹⁰

חובת ההשבה והפיצוי על נזקים אלה מחייבת הבחנה בין תושבי המדינה לשלטון בה. אי-ההבחנה בין אזרחי המדינות לשלטון בהן היא, בסופו של דבר, מלאכותית, ונעשית, בין השאר, לצרכים פרקטיים (למשל, לא ניתן להטיל על כל אזרח ואזרח במדינה הכובשת את החובה לפצות, ולכן נטיל את החובה על השלטון, כנציגם של כלל האזרחים). לפיכך אין לשלול את הזכות לפיצוי על נכסים אישיים – רכוש, שלמות החיים והגוף ובריאות הנפש – מאזרחי מדינה תוקפנית (שנכבשה) ומתושביה, אף כאשר הכובש פטור מחובת פיצוי על נזקים שנגרמו למדינה התוקפנית הנכבשת בפעולה הראשונית של הכיבוש. זאת במיוחד כאשר נזכור את העובדות האלה: תושבים במדינה (להבדיל מאזרחים) אינם יכולים כלל להשפיע על מדיניות הממשל, ואין כל הצדקה לשלול מהם את זכויותיהם בגין החלטות בלתי ראויות של השלטון במדינתם. בנוסף, לעתים קרובות אף האזרחים אינם משפיעים ישירות על החלטות השלטון, בין שמדובר במדינות בלתי דמוקרטיות, שם חוסר האפשרות האזרחית להשפיע ברורה מאלה, ובין במדינות דמוקרטיות, שבהן משטר הנציגים גורר פעמים רבות פער בין מעשי השלטון, נציג הבוחרים, לרצון הבוחרים עצמם. דוגמה לרלוונטיות לתחום הדיון יכולה להיות החלטת השלטון לצאת למלחמה, שהציבור אינו מסכים לה או שהוא חצוי ומפולג בגינה. נראה כי במקרה כזה לא ניתן להאשים את הציבור בתוצאות המלחמה, ולומר כי תושבי המדינה שהשלטון בה החליט על יציאה למלחמה לא יהיו זכאים לפיצוי, אם וכאשר תסתיים המלחמה בכיבוש מדינתם.⁹¹

88. כמובן, הכוונה כאן לפגיעה הנגרמת בעת ההחזקה ולא בעת כיבוש השטח, שאז אין משמעות לאיסור לפגוע בחיים או בגוף, אלא בנוגע לפגיעה בלתי פרופורציונלית באזרחים שלא נטלו חלק בפעולות הלחימה. ראו סעיף 51 לפרוטוקול הראשון (לעיל, הערה 13).

89. ראו לדוגמה תקנות 46, 47 לתקנות האג (לעיל, הערה 4) וסעיף 33 לאמנת ג'ניבה הרביעית (לעיל, הערה 46). כן ראו: Greenspan Morris, *The Modern Law of Land Warfare* (University of California Press, 1959), 293-305.

90. ראו לדוגמה פסקי הדין של בית המשפט העליון הישראלי העוסקים בהפקעת קרקעות בשטחים: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאזניה אלחמדורה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדון במפקדת אזור יהודה ושומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד (לו) 785, בעמ' 810-811; בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד (לו) (2) 622, בעמ' 631-632.

91. דוגמה אקטואלית לפער אפשרי בין החלטת שלטון נבחר במדינה דמוקרטית ובין רצונם

בדומה לכך, לפעמים המלחמה מתרחשת בין מדינות או ארגונים אלימים, אשר לאוכלוסייה הנכבשת אין כל השפעה על קביעת מדיניותם. דוגמה ברורה לכך מהווים התושבים הפלסטינים שנהפכו לנכבשים עקב מלחמתה של ישראל עם ירדן, מצרים וסוריה, או התושבים הלבנונים שנהפכו לנכבשים בידי ישראל, עקב השתלטות ארגוני המחבלים על מדינתם.⁹² גם במקרים מן הסוג הזה יש לערוך הבחנה בין האוכלוסייה הנכבשת ובין הגוף שפתח במלחמה. המדינה התוקפנית עשויה שלא לזכות בפיצוי בגין הפרת חובתו של הכובש שלא לנצל את משאביה הטבעיים ולא לפגוע בזכויות קניינה במקרה של כיבוש הגנתי,⁹³ ואולם התושבים עצמם יזכו בפיצוי על נזק גופני, נפשי או נזק כלכלי אישי.

עם זאת, כאמור לעיל, במקרה של פעולת הגנה מוצדקת (אף שהכיבוש עצמו אינו מוצדק) הכובש אינו גורם העוול הראשוני, אלא דווקא שלטון המדינה הנכבשת, ועל כן ראוי להטיל על שלטון העם הנכבש את חובות ההשבה והפיצוי על נזקי המלחמה (להבדיל מן הכיבוש המתמשך, לאחר מכן) כלפי אזרחי המדינה הנכבשת ותושביה. אף על פי כן כמובן ייתכנו מצבים שבהם לא ניתן יהיה לאכוף מיד על שלטון הנכבש את החובה לפצות את אזרחיו, למשל, כאשר נותר בחוסר כול לאחר המלחמה. אין משמעות הדבר כי האזרחים ייוותרו בלא פיצוי, וחובת השלטון צריכה לעמוד על כנה ולאפשר לאזרחים ולתושבים לתבוע את זכותם גם שנים לאחר מכן, על פי ההסדרים הפנימיים שייקבעו בכל מדינה ומדינה.

הכיבוש הישראלי בשטחים גורם להפרה מתמשכת של החובה למנוע נזק גופני ונפשי ונזק כלכלי. הכוונה, כמובן, למאות ההרוגים ואלפי הפצועים של האינתיפאדה ויתר העימותים המזוינים שנוצרו בתקופה זו, הריסות הבתים והפקעת הקרקעות. על כן קמה לישראל חובת פיצוי על נזקים אלה, שכן השבה, ברוב המקרים, אינה אפשרית. על יסוד האמור לעיל, המסקנה הנגזרת בנוגע לחובות הללו היא, כי יש להבחין בין שני חלקיו של הכיבוש. בעצם פעולת ההגנה נגרמו הנזקים בגלל מלחמת המנע שבה פתחה ישראל נגד מדינות ערב. לעומת זאת, בתקופת הכיבוש גרמה ישראל לנזקים גופניים ונפשיים ולניצול משאבים ופגיעה בקניין, כגון העובדה שהפליטים אינם יכולים לחזור לבתיהם. בתקופה זו כבר איבדה ישראל את מעמדה ככובש הגנתי. לפיכך ניתן יהיה לקזז מן הפיצוי על הנזקים שגרמה ישראל במהלך הכיבוש את ערך הנזקים שנגרמו לישראל עקב פעולת הלחימה לצורך כיבוש השטח וכן את עלות ההגנה של הכובש.

של חלק מן האזרחים, בהם גם בוחריו, היא כוונת ראש הממשלה שרון להיערך להינתקות מרצועת עזה. הגישור המקסימלי האפשרי בין רצונות נוגדים אלה יהיה באמצעות תשלום פיצויים למתנחלים אשר יפוגו מבתיים.

92. כאמור לעיל, ישנם הבדלים בין הכיבוש הישראלי בלבנון ובין הכיבוש הישראלי בשטחים. ראו לעיל, הערה 86 והטקסט שלידה. ואולם הבדלים אלה אינם משפיעים על חובת פיצוי האזרחים בגין נזקי הכיבוש, אף אם הכיבוש היה מקובל עליהם, או על רובם, בתחילתו.

93. כאמור לעיל, הדברים הללו אינם אמורים בנוגע לכיבוש הישראלי, שאף אם התחיל ככיבוש הגנתי, הרי איבד ממעמדו זה.

ואולם פיצוי התושבים הפלסטינים בשל הפגיעה בקניינם הפרטי סבוך במקצת. על סמך הדברים האמורים לעיל ברור כי הפלסטינים זכאים לפיצוי בגין פגיעה בקניינם הפרטי בכל עת, בין בתקופת המלחמה ובין בתקופת הכיבוש (בהנחה שהשבת הפליטים לבתיהם אינה בת ביצוע). בשל העובדה שניתן לסווג את פעולות המלחמה של ישראל בשנת 1967 ככיבוש הגנתי,⁹⁴ אין להטיל את הפיצוי לתושבים הפלסטינים בתקופת המלחמה על השלטון הישראלי. מאידך גיסא, גם הרשות הפלסטינית אינה אחראית לפרוץ המלחמה, ואם כך, מי שנושא באחריות לפיצוי בתקופה זו הן ירדן, סוריה ומצרים, והפיצוי צריך להיתבע מהן. לעומת זאת, הפיצוי על פגיעה בגוף, נפש ובנכסים אישיים בתקופת הכיבוש הוא חובתה של ישראל.⁹⁵

חובת הפיצוי בגין גרימת נזקים גופניים ונפשיים וכן בגין פגיעה בקניין, כאשר השבה אינה אפשרית, היא חובה חיובית מובהקת. ככזו היא מחייבת את בעל החובה לבצע פעולה כדי להגשימה. על כן היא דורשת הקצאת משאבים להקמת גופים שייטלו עליהם את החובה להבטיחה, כגון קרנות פיצויים וגופים שיעסקו בהבטחת אפשרותם של תושבי המדינה הנכבשת למצות את תביעותיהם לפיצוי כלפי השלטון במדינה הכובשת. כפי שנראה להלן, מאפיין ה"חיוביות" רלוונטי גם לחובה להבטיח אמצעי קיום ומחיה ומשפיע גם על הבחירה בשיח החובות על פני שיח הזכויות.

94. ראו לדוגמה יורם דינשטיין, **דיני מלחמה** (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ג), 71-72. ראו לעיל דיון בשאלה מדוע פעולות ההגנה שנוקטת ישראל נגד הטרור הפלסטיני אינן מזכות אותה במעמד של כובש הגנתי.

95. חובה זו אמנם מוכרת על ידי ישראל. ראו לדוגמה פסקי דינו של בית המשפט העליון לעניין הפקעת קרקעות בשטחים הכבושים (לעיל, הערה 90). פסקי דין אלה קובעים, כי גם במקרים בהם ההפקעה הנה מותרת, יש לשלם פיצויים על פי הדין המקומי. נוסף על כך תביעות בגין פגיעות גוף ונפש מוגשות על ידי תושבי השטחים נגד המדינה על פי חוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, ס"ח 339. ואולם הסייג לתביעות הללו הוא, כי "אין המדינה אחראית בנוזקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-ההגנה לישראל". ראו סעיף 5 לחוק. פעולה מלחמתית כוללת גם פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעת פעולות טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף. בפסק הדין המנחה של בית המשפט העליון לעניין הגדרתה של "פעולה מלחמתית", ע"א 5964/92 **עוריה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4), בעמ' 5-6, מציין הנשיא ברק, כי הדרך הראויה לפתור את בעיית הפיצוי בגין הנוק שפעולות לחימה גורמת הנה הסדר מיוחד – מחוץ לגדר דיני הנוזקים הרגילים – אשר יוכל להשקיף על התמונה הכוללת, ואשר יוכל לפזר את הסיכון בהתחשב באופיה המיוחד של הפעילות, ותוך התחשבות בהסכמים הבינלאומיים אשר המדינה כרתה (אם ישנם כאלה). דיני הנוזקים, לעומת זאת, עוסקים בסיכונים "רגילים" שעניינם, בהקשר זה, מעצרים של חשודים, ועל כן יש לפצות את הנפגעים בגין נזק שנגרם להם במהלך של פעולות שיטור, בהן אין הכוח הצבאי נתון לסכנה ואינו מפעיל את כוח האש שבידו כדי להגן על עצמו או על הביטחון באזור. ראו שם, בעמ' 9.

3. החובה להבטיח אמצעי קיום ומחיה⁹⁶

החובה להבטיח אמצעי קיום ומחיה היא, בראש ובראשונה, חובה אוניברסלית של בעלי אמצעים כלפי נזקקים. ואולם היא נוצרת גם במערכות יחסים מסוימות, המבוססות על תלות הצד הנזקק, המקימה אחריות לצד בעל האמצעים. במובן זה מדובר אפוא בחובה מיוחדת ולא כללית. חובה כזו נוצרת גם במערכת היחסים שבין המדינה הכובשת לשעבר למדינה הנכבשת לשעבר, כאשר מדובר במדינה נכבשת חסרת אמצעים, התלויה בכלכלת הכובש. כמו כן מדובר בחובה שלמה, המאפשרת להציב כנגדה תביעת זכות לקיומה.⁹⁷

המשפט הבינלאומי ההומניטרי מכיר בחובת הכובש להבטיח את אמצעי הקיום והמחיה של תושבי השטח הכבוש במהלך הכיבוש. אמנת ג'ניבה הרביעית קובעת את חובת הכובש לוודא כי בשטח הכבוש מצויים מזון ותרופות מתאימים לאוכלוסייה, או לספקם לאוכלוסייה במידת הצורך.⁹⁸ ואולם המשפט ההומניטרי אינו מציינ את חובת הכובש לממש את זכות הנכבש לעבודה, אף שזכות זו והחובה להבטיחה מוכרות במשפט הבינלאומי, בעיקר מאמצע שנות השישים של המאה הקודמת.⁹⁹

בסיום הכיבוש עשויה לקום לכובש לשעבר חובה להבטיח את אמצעי הקיום והמחיה של הנכבש לשעבר, כאשר מתקיימים יחסי תלות כלכלית בין המדינות. על כל פנים חובה זו אינה קשורה בחובות ההשבה והפיצוי, שבהן דנתי קודם לכן. לפיכך, כפי שנראה, השיקולים הקובעים את טווח החובה ואת התנאים להיווצרותה מנותקים מן השאלות, אם נגרם נזק למדינה הנכבשת ולתושביה, מה גובהו ומי חב בפיצוי בגינו.

הבחנה מושגית נוספת החשובה לענייננו היא החלוקה הליברלית המסורתית של זכויות האדם לחירויות וזכויות רוחה, שעל פיה החירויות משמשות בסיס לכל יתר הזכויות. הזכות למחיה נתפשת בדרך כלל כזכות רוחה (או זכות חברתית), והחובה להבטיחה נתפשת אפוא זה כבר כחובה אוניברסלית וחייבת. עם זאת היום מקובלת ביקורת ליברלית על הטענה המסורתית בדבר אופיה החיובי של הזכות למחיה. לפי ביקורת זו, יש לבטל את ההבחנה בין זכויות חברתיות או זכויות רוחה לחירויות. טענתם המרכזית של המבקרים היא, כי לא ניתן לדרוש את הבטחת החירויות בלי לדרוש כתנאי בסיסי גם את הבטחתן של זכויות רוחה סוציאליות וכלכליות מינימליות. היינו זכויות האדם (ובהן זכויות הרווחה והמחיה)

96. כפי שצינתי בפתח המאמר, הדיון בחובה זו מתקיים כאן בנוגע למערכת היחסים שבין כובש ונכבש לשעבר, כאשר המדינה הנכבשת עודנה תלויה כלכלית במדינה הכובשת לשעבר. למניעת סרבול לשוני, אשתמש להלן במונחים: "כובש" ו"נכבש", אף שהכוונה לכובשים ונכבשים לשעבר.

97. לעומת זאת החובה לספק בפועל את אמצעי הקיום והמחיה הופכת לחובה בלתי שלמה בתנאים מסוימים. ראו להלן, הדיון בחלק ד.

98. סעיף 55 לאמנת ג'ניבה הרביעית (לעיל, הערה 46).

99. סעיפים 2 ו-6 לאמנה בדבר זכויות חברתיות (לעיל, הערה 43). ראו גם שם, בסעיף 11, לעניין הזכות לרמת חיים נאותה והחובה להבטיחה באמצעות שיתוף פעולה בינלאומי.

הן התנאי לאוטונומיה ולחירות אישית.¹⁰⁰ מכאן, כיבוד זכויות אדם (בין חירויות ובין זכויות חברתיות) מחייב, בסופו של דבר, אי־התערבות באפשרות לקיים את הזכות (כלומר חובה שלא למנוע מבעל הזכות את האפשרות להגשימה), כמו גם פעולה חיובית, ממשית, מצד בעל החובה, המבטיחה את אפשרות הגשמתה של הזכות.

ואולם טענה מעניינת יותר היא זו שמעלה הנרי שו (Henry Shue) בנוגע להבחנה בין זכויות החירות וזכויות הרווחה. Shue מערער על סיווג החירויות כשליליות, כלומר כמחייבות אי־התערבות בזכות הכוללת (פרט או קבוצה) מצד פרט או קבוצה אחרים, וסיווגן של זכויות הרווחה כזכויות חיוביות, המחייבות פעולה ממשית מצד בעל החובה, כדי להבטיח את קיום הזכות. בספרו, **זכויות בסיסיות** (Basic Rights),¹⁰¹ מראה Shue כי ההבחנה בין המאפיינים השליליים והחיוביים רלוונטית אך ורק בנוגע לחובות הניצבות כנגד כל זכות ולא בנוגע לזכויות. לטענתו, לכל זכות, בין זכות רווחה ובין זכות חירות, יש מאפיינים חיוביים ושליליים כאחד. משמעות הדבר היא שכדי להגשים זכות כלשהי יש לקיים, בד בבד, חובות הימנעות מלהפריע להגשמתה וחובות התובעות פעולה ממשית להגשמתה. מכאן, שניתן להגדיר את החובות כחיוביות ושליליות, ואולם לעניין הזכויות ההבחנה אינה רלוונטית.¹⁰² אסביר ואפרט את הבחנתו של Shue תוך התייחסות לזכות למחיה בסוגיה העומדת לדיון לפנינו.

החובה המיוחסת בדרך כלל להגשמת הזכות למחיה היא החובה לעזור לנזקקים ולמקופחים, היינו חובת בעלי האמצעים לספק סחורות ואמצעים להעברה וחלוקה לאלו שאינם יכולים לספק אותם לעצמם. חובה זו היא אמנם חיובית, וככזו היא מעוררת את הצורך בהקמת מוסדות וגופים אשר יבטיחו את הגשמתה. דבר זה מתלה את הבטחת מילויה, מחד גיסא, בחווקם של לחצי הגופים הפוליטיים וביעילותם, ובהיעדר מחלוקות פוליטיות הנוגעות להכרה בחובה זו, מאידך גיסא. כך, למשל, חובת הכובש לשעבר לכבד את זכות הריבונות של המדינה הנכבשת אינה דורשת ממנו אלא לסגת מן השטח הכבוש ולהימנע מלהפריע לניהול ענייניה הפנימיים של המדינה ששוחררה.¹⁰³ לעומת זאת, הכרת הכובש בחובתו להבטיח לאזרחי המדינה הנכבשת זכות למחיה דורשת פעולה ממשית מצד הכובש.¹⁰⁴ פעולה זו צריכה להיותך בהסכמה מבית בנוגע לדרכי הגשמת החובה כמו גם

100. O'Neill (לעיל, הערה 47), בעמ' 113. כאמור לעיל, גם המשפט הבינלאומי מכיר בחשיבות הזכויות החברתיות ובחובת המדינה להבטיחן. ראו האמנה בדבר זכויות חברתיות (לעיל,

הערה 43).

101. Shue (לעיל, הערה 47).

102. שם, בעמ' 35-37.

103. ישראל עשתה אף יותר מכך, וסיפקה נשק לרשות הפלסטינית לאחר חתימת הסכם עזה ויריחו. עם זאת, פעולה זו אינה הכרחית לצורך קיום חובת הכובש לכבד את ריבונותו של הנכבש לשעבר.

104. יש לזכור כי חובה זו מנותקת, כאמור, מן החובה לפיצוי, ולפיכך נוצרת, כפי שנראה להלן, כאשר הכובש הוא בעל אמצעים והנכבש מחוסר אמצעים ותלוי בתשתית הכלכלית של המדינה הכובשת.

בהסכמת בעל הזכות, אשר מעוגנת לרוב במסמכים שעליהם חתומים שני הצדדים. לשם דוגמה, הסכם עזה ויריחו הטיל על ישראל חובות לספק לרשות הפלסטינית משאבים שונים באמצעות החברות הישראליות, כגון חשמל ומערכת תקשורת, עד אשר יוקמו מערכות פלסטיניות חלופיות.¹⁰⁵ כמובן שכינון ההסכמים הללו והפעלתם חייבו את אישורה של כנסת ישראל. מכל זאת עולה, כי מחסור במשאבים או מחלוקות פוליטיות עלולים לעכב את הגשמת החובה החיובית לספק אמצעי קיום ומחיה. זאת על אף הדרישה העקרונית להבטיח את הזכויות החברתיות, שמפנים גופים הלוחמים למען זכויות אדם כלפי הממסד. דרישה זו יכולה, במקרה הטוב, להביא לידי שינויים פוליטיים ולידי שינויים בהקצאת משאבים, אך במקרה הרע, היא רק תעורר ציפיות מוגזמות מצד בעלי הזכות, כי בעל החובה ישנה את סדר העדיפויות שלו.

עם זאת, לטענתו של Shue, הגשמת הזכות למחיה אינה מתמצה בחובה חיובית בלבד. זכות זו כרוכה גם במילוייה של חובה שלילית וחובה חיובית נוספת, אשר מחייבת נקיטת אמצעים חמורים פחות מאלו שחייבה החובה החיובית הקלאסית, ולכן אגדירה: "אמצעית".

החובה השלילית היא חובה להימנע משלילת הזכות – הכוונה לחובה שלא לשלול את אמצעי הקיום היחידים של בעל הזכות.

החובה ה"אמצעית" היא חובה להגן על בעל הזכות מפני שלילת זכות המחיה שלו – הכוונה לחובה למנוע מאנשים אחרים (הסרים למרותו של בעל החובה השלילית שציינתו לעיל), לפגוע באמצעי הקיום של בעל הזכות.¹⁰⁶

אדגים כל אחת מן החובות. מניעת אמצעי הקיום של הנזקק היא בדרך כלל תוצאה של שיקולי רווח ותועלת לבעל האמצעים. כך, למשל, בעל האמצעים עלול להפסיק לשכור כוח עבודה מן הצד הנזקק, אם מצא כוח עבודה זול יותר, ועל ידי כך לשלול את פרנסתו של מי שסמכו על קשרי העבודה הללו. באותו אופן עלול בעל האמצעים להפסיק ייצור סחורות שאינן כלכלי עוד עבורו, כאשר הסחורות הן חיוניות לצד הנזקק, שרכש אותן ממנו בעבר. דוגמאות אלה רלוונטיות גם למערכת היחסים המיוחדת של כובש ונכבש לשעבר. הכובש יכול לנקוט את האמצעים הללו, וכך לפגוע בזכותם למחיה של תושבי המדינה הנכבשת, שצמח קיים יחסי תלות כלכליים.

ואולם האפשרות למנוע את קיפוח זכותו של הנכבש (או הנזקק, בדוגמה הכללית) לאמצעי קיום טמונה בהטלת חובה להימנע מנקיטת האמצעים המקפחים האלה. אמנם הטלת חובה כזו פוגעת במידת מה בחירותו של הכובש לנהל את מדיניות הפנים שלו בייעילות ולשקול את השיקולים הכלכליים הראויים. אולי ניתן אף להרחיק לכת ולומר, כי בכך הוא מפר את חובתו כלפי אזרחי מדינתו שלו, שהיא החובה לנקוט את המדיניות המועילה ביותר לפריחת המדינה ולהצלחתה. על כן ניתן לומר, כי על הנכבש לשעבר מוטלת החובה לנסות לצמצם את טווח חובתו של הכובש לשעבר, היינו לנסות למצוא

105. סעיפים 24(ב), 29(6)(ב) לפרוטוקול בדבר עניינים אזרחיים, נספח II להסכם עזה ויריחו (לעיל, הערה 4).

106. Shue (לעיל, הערה 47), בעמ' 53.

מקורות מחיה אחרים, שאינם תלויים בכובש, ובכך לאפשר לו להתנתק בהדרגה מקשרי התלות ביניהם. עם זאת, ניתן בהחלט לקבוע, כי האיוון בין זכויות הנכבש והכובש נוטה לטובת זכות המחיה של הנכבש, שכן הכובש סובל אמנם נזק, אך נזקו של הנכבש בשלילת זכותו למחיה הוא גדול בהרבה. לכן לא ניתן להסיר את חובתו של הכובש עד שנמצאו לנכבש אמצעי מחיה אחרים.

החובה ה"אמצעית" היא החובה למנוע מאחרים את האפשרות לקפח את בעל הזכות לאמצעי קיום ומחיה. הכוונה למניעה מיחידים או מגופים מאורגנים (למשל, חברות) לקפח את זכות היחיד לאמצעים אלה. חובה זו מוטלת בדרך כלל על השלטון, שהוא בעל האמצעים לכך. היא מכונה חובה אמצעית, משום שמחד גיסא היא אינה שלילית, שכן לא ניתן למלאה רק באמצעות הימנעות מפעולה, אך מאידך גיסא ההשקעה באמצעי הפעולה שהיא מחייבת היא פחותה מזו הנדרשת למילוייה של החובה החיובית המובהקת לספק את אמצעי הקיום והמחיה. השלטון יכול לנקוט שתי דרכים: לחוקק חוקים שיאסרו קיפוח אמצעי המחיה של הנכבשים או לחוקק חוקים שיעודדו יחידים לקיים פעילות שתיטיב עמם, מחד גיסא, ומאידך גיסא תביא לידי הגשמת החובה שלא לקפח את אמצעי המחיה של האחרים. הוראות מהסוג הראשון עלולות כמובן לפגוע בקניינם של אזרחי המדינה הכובשת, אך, כפי שנראה, ישנם אמצעים להתמודד עם בעיה זו.

בהיותו בעל האמצעים לכך, יכול השלטון להטיל הגבלות על אפשרותם של יחידים למנוע מאחרים את הזכות לאמצעי קיום ומחיה. כך, למשל, ניתן לחייב מעסיקים המעוניינים בעובדים זרים לשכור אותם מן המדינה הנכבשת. דוגמה אחרת היא איסור לערוך עסקאות בשוק החופשי המביאות לידי שלילת אמצעי הקיום של אחרים. מדובר כמובן בהגבלות בעייתיות של חירות הפעולה של היחיד ובפגיעה בקניינו. ניתן להתמודד עם קושי זה בשני אופנים. מחד גיסא ניתן לומר, כי השיקולים המוסריים להבטיח את זכות היחיד לקיום צריכים לגבור על השיקולים המוסריים לטובת הבטחתה של זכות היחיד לשגשוג. זאת על פי ההשקפה שזכויות הקיום והמחיה הן התנאי לקיומן של שאר זכויות החופש הליברליות וביניהן גם הזכות לצמיחה ולשגשוג. מכאן, שעד שלא תושלם בנייתו של מצע (בדמות הזכות לקיום ולמחיה) המאפשר לצד אחד להגשים גם זכויות אחרות, חייבות זכויותיו של האחר לסגת, כל עוד הגשמתן מונעת או מעכבת את יצירת אותו מצע.¹⁰⁷ מאידך גיסא, ניתן להתמודד עם הבעיה גם באמצעות העמדה הקלאסית של מדינת הרווחה, ולפיה יש לאזן את הבטחת זכות המחיה של האחד עם הבטחת חירות הפעולה של האחר. כך, למשל, ניתן לקבוע חובת פיצוי למי שנמנעה מהם האפשרות לקפח אחרים, אך בה בעת הוגבלה גם זכותם להתפתח ולשגשג. שלטון המדינה הכובשת יכול, למשל,

107. לשם השוואה, במדינות שונות באירופה קיימת חקיקה המגבילה את חופש הקניין של המעביד ומחייבת מעבידים פרטיים לקיים תכניות העדפה מתקנת לצורך קידום אינטרס השוואת מעמדן של קבוצות שונות בחברה. כדי לצמצם את הפגיעה בחופש הבחירה של המעביד ניתנת ברירת קנס למי שאינם מעוניינים לקיים את התכניות. ראו הילי מודריק-אבן חן, העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"א), 44.

לפצות את מי שנשללה ממנו האפשרות להתקשר בעסקה שתועיל לרווחיו הפרטיים, אך תמנע מהנכבש את הזכות לקיום.

דרך אחרת שבאמצעותה יכול הכובש למלא את חובתו האמצעית היא לתת תמריצים, כגון מענקי עידוד והקלות מס, ליחידים שיימנעו מקיפוח הזכות למחיה של תושבי המדינה הנכבשת. דוגמה לכך היא תכנית להקמת אזור תעשייה משותף לישראלים ופלסטינים באזור יהודה ושומרון (בדומה לאזור התעשייה בארז ברצועת עזה) שבו יועסקו עובדים פלסטינים, כדי להקל את מצוקת התעסוקה ברשות הפלסטינית. לישראלים שיבחרו להקים שם מפעלים יוענקו הטבות.

יש לשים לב לכך שהזכות למחיה היא זכותו של היחיד, ובניגוד לזכות להשבה או לפיצוי על ניצול משאבים, לא ניתן להעניק אותה גם לקבוצה, או לנציגי הקבוצה, כלומר לשלטון במדינה הנכבשת. לעומת זאת, החובה להגשימה תהיה הן חובתו של השלטון, נציג הקבוצה, והן חובתם של יחידים. פיצול זה של החובה בין רבים ליחידים נעוץ בהבחנה שערכית בין החובות השליליות לחיוביות המגשימות את הזכות. החובה השלילית להימנע מפגיעה בזכות המחיה של היחידים יכולה להיות מוטלת על יחידים, כאשר השלטון מפקח על יישומה. כך, למשל, יחידים או חברות עסקיות (מההוות גם הן "יחיד" לצורך העניין), יכולים להיות מחויבים להימנע מביטול יחסי עבודה ומסחר שעלולים לקפח את זכותם של האחרים למחיה. השלטון במדינה הכובשת מתחייב, עם זאת, להבטיח כי כך ינהגו אזרחי מדינתו.

לעומת זאת, החובה החיובית לספק אמצעי קיום ומחיה ולא רק להימנע מלשלול את האמצעים להשגתם צריכה להיות מוטלת על השלטון במדינה הכובשת. הנימוק לכך הוא פרגמטי בעיקרו, ונשען על ההנחה, כי לשלטון אמצעים רבים יותר לקיים חובה זו, אשר מעצם היותה חיובית, דורשת משאבים רבים יותר מן החובות השליליות להימנע בלבד. לסיכום יש לשאול, אם הגשמת הזכות למחיה מחייבת את המדינה הכובשת לשעבר למלא את שלוש החובות שהזכרתי: החובה להימנע מלפגוע באמצעי הקיום, החובה למנוע מאחרים לפגוע באמצעי הקיום והחובה החיובית לספק את אמצעי הקיום. לטעמי, אין לחייבה בשלוש החובות, אם הגשמתה של אחת או יותר מהן מספקת לתושבי המדינה הנכבשת לשעבר אמצעי קיום ומחיה מינימליים. ייתכן שהמדינה הכובשת תנסה תחילה להימנע מלפגוע באמצעי הקיום של תושבי המדינה הנכבשת, באמצעות שימור יחסי העבודה והמסחר בין המדינות. עם זאת ייתכן ששיקולי תועלת כלשהם יביאו לידי כך, שהמדינה הכובשת תעדיף לקיים דווקא את חובתה החיובית ולא את החובה השלילית. כך, לדוגמה, יכולה המדינה הכובשת להפסיק את יחסי העבודה עם המדינה הנכבשת (כלומר מעבר עובדים בין המדינות), שכן היא מעדיפה לקיים יחסים כאלה עם מדינה אחרת, אך לתמוך כלכלית במדינה הנכבשת. לדעתי, שיקולים כאלה יכולים לבוא בחשבון כל עוד נשמרים אמצעי הקיום והמחיה המינימליים לתושבי המדינה הנכבשת.

המסקנה המעשית בנוגע להסדרי סיום הכיבוש הישראלי היא, כי על ישראל מוטלת חובה להבטיח את אמצעי הקיום והמחיה של האוכלוסייה הפלסטינית, כל עוד כלכלת המדינה הפלסטינית תלויה בו של ישראל. הסכם עזה ויריחו כולל נספח בדבר הסכמים כלכליים, המאפשרים המשך קיום יחסים מסחריים בין הרשות הפלסטינית לישראל ובכלל

זה העברת סחורות וכוח עבודה בין המדינות.¹⁰⁸ עם זאת, אין בו כדי לחייב יחסים כאלה, ואמנם הם אינם מתקיימים במלואם מאז תחילת האינתיפאדה בספטמבר 2000, כאשר ישראל מטילה סגרים על השטחים שבשליטתה ומפסיקה לסירוגין את יחסי המסחר והעבודה עם הרשות.¹⁰⁹ לפני ישראל עומדות כמה אפשרויות להגשמת החובה. היא יכולה למלא את חובתה השלילית להימנע מלפגוע באמצעי המחיה באמצעות שימור היחסים הכלכליים ויחסי העבודה בין המדינות ואת חובתה האמצעית להבטיח כי גופים פרטיים ימשיכו לקיים את היחסים הללו. אפשרות אחרת היא להעדיף למלא את החובה החיובית לספק בפועל את אמצעי הקיום והמחיה לאוכלוסייה הפלסטינית באמצעות תמיכה כלכלית ומתן מענקים לרשויות המדינה. עם זאת, על הממשלה הפלסטינית מוטלת החובה לנסות לאתר מקורות קיום ומחיה אחרים, שעשויים לצמצם את טווח החובה המוטלת על ישראל, באמצעות פיתוח יחסי מסחר עם מדינות אחרות (כמובן, בהנחה שישראל אינה שולטת במעברי הגבול או מגבילה יחסים כאלה), גיוס תרומות בקהילה הערבית והבינלאומית וכדומה.

הדיון בחובות השלמות הצביע על טעמים חלקיים, מעשיים בעיקרם, להעדפת שיח החובות על פני שיח הזכויות. ראינו כי החובות מאופיינות כחיוביות ושליליות, וכי חלוקה זו מטילה ציוויים שונים על הפועל המוסרי, כלומר ציוויים לפעול או להימנע מפעולה. נוסף על כך ניתן לראות כי בנוגע לחובות החיוביות, כגון חובת הפיצוי והחובה להבטיח אמצעי קיום ומחיה, יש חשיבות למיקוד תשומת הלב בבעל החובה, ובעיקר בשאלות מי יישא בחובה ואם נוצרו התנאים המאפשרים לו לעשות כן. על ידי כך ניתן להבטיח כי החובות שנקבעו ייצאו מן הכוח אל הפועל.¹¹⁰ ואולם טעם מהותי וחשוב יותר לבחירה בשיח החובות אינו מצוי בהיענות של הפועל לציוויים הנובעים מעקרונות הצדק (בהקשר הספציפי של דיוננו – מילוי חובת ההשבה, הפיצוי והבטחת הזכות למחיה), אלא באינטרס שלו לקיימם: האינטרס שלא לנצל ולא להותיר את תושבי המדינה הנכבשת בלא זכויותיהם הבסיסיות למשאבים, לשלמות גוף ונפש ולמחיה. כפי שנראה, אינטרס זה בא לידי ביטוי מוחשי ושלם יותר בקיום חובות בלתי שלמות, שאינן נאכפות באמצעות חוקים אלא נובעות מן האינטרס המוסרי בלבד.

108. פרוטוקול בדבר יחסים כלכליים בין ממשלת ישראל ובין אש"ף המייצג את העם הפלסטיני, נספח iv להסכם עזה ויריחו (לעיל, הערה 4), בעמ' 76-150.

109. בנוסף, ישראל מפרה את חובותיה על פי הסכם עזה ויריחו (לעיל, הערה 4) להעביר לרשות הפלסטינית כספי מסים ומכסים על סחורות המיועדות לרשות, ואשר עוברות דרך ישראל. ראו דיון בסוגיה זו להלן, בפרק ד.

110. עם זאת, אם מקבלים את המודל של Raz, הרי גם בכוחו של שיח הזכויות להתמודד עם בעיות מעשיות אלו, שכן הזכות קיימת רק במקום שמוצדק להטיל את החובה להבטיחה.

ד. עקרונות מידה טובה וחובותיו הבלתי שלמות של הכובש – דיון תיאורטי ויישומי

אחת הסיבות החשובות לבחירה בתיאוריית מוסר המבוססת על חובה היא העובדה שתיאוריית מוסר המבוססת על זכויות אינה מקיפה את כלל הסיבות לפעולה אנושית מוסרית. לעתים ראוי לצפות, כי אנשים ינהגו בדרך מסוימת, גם אם אף לאדם אחד אין עומדת הזכות לדרוש מהם לבצע את הפעולה. במאמר התוקף את הרעיון, שהבסיס לכל תיאוריית מוסר טמון בזכויות (right-based morality) טוען רז (Raz) כי החובה (duty) מטילה על האדם לעשות (ought) דברים כלשהם, אך ישנם גם דברים שאדם צריך לעשות בלי שמוטלת עליו חובה לעשות כן:

The common view is that one ought to do that which one has a duty to do but that one does not always have a duty to do that which one ought. Thus, while I ought to allow my neighbour who locked himself out of his house to use my phone, I have no duty to do so. On the other hand, since I have promised my neighbour to saw off this week a branch over-hanging a corner in his garden, I have a duty, and therefore I ought, to do so.¹¹¹

ניתן אפוא לראות כי החובה (duty) דורשת מן האדם לבצע פעולות כלשהן, כאשר לזולת יש זכות לדרוש זאת ממנו. לעומת זאת לעתים נדרשות מן האדם פעולות מסוימות כלפי הזולת, כאשר לזולת אין זכות לדרוש ממנו לעשות כן.

כיוון שתיאוריית זכויות אינה מחשיבה פעולה שאינה יכולה להידרש על ידי בעל זכות, אין היא כוללת התייחסות למושג המידה הטובה (virtue). המידה הטובה אינה מתמצה במילוייה של חובה מסוג "duty", אף שהיא יכולה להיות קשורה בה. למשל, כפי שמסביר Raz, המידה הטובה מסוג הגינות קשורה בחובה שלא לרמות.¹¹² O'Neill מתארת את המידה הטובה כתכונה או מאפיין אתי מסוג מיוחד, שניתן לייחסו למצבים, מערכות יחסים או קשרים שונים ובמובן זה היא אינה קשורה במילוי חובה מסוימת העומדת כנגד זכות מיוחדת.¹¹³ כאלו הן אמנם תכונות כגון מסירות ודאגה לזולת. גם המניעים של בעל המידה הטובה אינם מתמצים בהשלמת חובה מסוימת אלא נעוצים במאפיינים אישיים ובהשקפות מיוחדות המביאים אותו לבטא את המידה הטובה. ניתן לומר שאלו אותם מאפיינים והשקפות הדרושים לפועל הממלא משימה (שאינה חובה) מסוג "ought". כזו היא, למשל, חובת הכובש לספק בפועל את אמצעי הקיום והמחיה של תושבי המדינה הנכבשת ולא

111. Joseph Raz, "Right-Based Moralities", *Theories of Rights* (Jeremy Waldron — ed., 1984) 182, p. 184. Oxford University Press.

112. שם, בעמ' 185.

113. O'Neill (לעיל, הערה 8), בעמ' 148.

להסתפק בהימנעות משלילת האמצעים להשגתם. אם כן, המידה הטובה מאפשרת להתרכז בפועל המוסרי ובמניעיו; באמצעותה הוא ממלא את החובה המוטלת עליו, גם כאשר אין כנגדה תביעת זכות.

עמדנו לעיל על הטענה כי עקרונות הצדק, אשר מבססים חובות שלמות, אינם יכולים להקיף את כלל הטעמים והמוטיבציות לפעולה האנושית המוסרית. בכוחם לקבוע את החובות הנובעות ממסגרות אשר כופות זכויות ומחויבויות בין צדדים שונים. ואולם אין הם יכולים לבסס פעולות הנובעות מתוך מסירות, דאגה לזולת, הגינות וכדומה. טעמים מסוג זה הקרויים גם "מידות טובות" מתבטאים בדרך כלל באופיים של אנשים, במסורות ובאתוסים תרבותיים, ביחסים מסוימים, בדרכי חיים. העקרונות המבססים אותם נקראים עקרונות המידה הטובה. בטרם אפרט את מהות העקרונות הללו ברצוני להסב את תשומת הלב לעובדה, כי לטענתה של O'Neill, המידות הטובות מבססות למעשה חובות לכל דבר (גם אם בלתי שלמות, כפי שנראה להלן). הן אינן קונטינגנטיות, אלא תובעות התנהגות עקיבה ממי שמתחייב בהן.¹¹⁴ על כן ניתן לבסס אותן באמצעות עקרונות המציבים דרישות, בדומה לעקרונות הצדק. עם זאת, בניגוד לעקרונות הצדק, עקרונות המידה הטובה אינם יכולים להיות מתורגמים לחובות משפטיות אלא לחובות מוסריות בלבד. אחזור ואפרט טענה זו בהמשך.

העקרונות הקובעים מהן המידות הטובות המתחייבות (או "הנדרשות") הם אנלוגיים לעקרונות הצדק. כמו האחרונים, גם עקרונות המידה הטובה מנוסחים כהגבלה וקובעים חוקים שיש לדחות משום שלא ניתן לקבלם כחוקים אוניברסליים. העקרונות שמציעה אפוא O'Neill הם: דחיית אדישות ודחיית הזנחת האחר.¹¹⁵ ההצדקה לאימוצם נעוצה בעובדה שלא ניתן לקבל באופן אוניברסלי את האדישות והזנחת האחר כעקרונות מנחי פעולה. לו יתקבלו על ידי הכלל, הרי כל פעולה וכל קשר בין אנשים יהיו מועדים לכישלון.

יש לשים לב לכך שההנחה העומדת ביסוד הטענה שלעיל היא ההכרה בתלות האנושית ההדדית ובמגבלותיהן של יכולות אנושיות. ¹¹⁶ בלא הכרה בעקרון התלות ההדדית ניתן היה להסתפק בעקרון הצדק הקובע דחיית פגיעה. ואולם עקרון דחיית הפגיעה מספיק רק בהנחה שאנשים הם תמיד אוטונומיים, מספיקים לעצמם, לא נצרכים לעזרת הזולת כדי להגשים את תכניותיהם. בהנחה שאין זה כך ורובנו זקוקים בדרך כלל לתמיכת הזולת, לא ניתן להסתפק בעקרון דחיית הפגיעה. דוגמה רלוונטית לענייננו היא, למשל, העובדה שהימנעות הכובש מהכשלת התפתחות הרווחה והחינוך של תושבי המדינה הנכבשת לא תמיד מספיקה, ויש מקום לחיוב בחובה בלתי שלמה של סיוע ממשי לקידום של אינטרסים אלו.

114. שם, בעמ' 185. עם זאת המידות הטובות יכולות להיחפך לבלתי מחייבות, כאשר הן מתקיימות באדם במידה שמעל ומעבר לנדרש (supererogatory obligations). שם, בעמ' 206.

115. שם, בעמ' 193.

116. שם, בעמ' 194.

עקרונות המידה הטובה דומים אפוא לעקרונות הצדק במובן זה שהם אוניברסליים, כלומר כלליים ומחייבים. ואולם, הם שונים מהם בהיותם מגדירים **חובות בלתי שלמות**, לעומת עקרונות הצדק הקובעים, כזכור, חובות שלמות. החובות הבלתי שלמות הן חובות הקמות לפועל המוסרי בלי שניתן להציב כנגדן תביעת זכות כלשהי. מקורן אינו במוסדות מסוימים אלא בתכונות אופי של המבצעים אותן, כגון מסירות, דאגה לזולת, אומץ לב וכדומה. על כן ניתן לחשוב עליהן כעל מידות טובות של אותם מבצעים, שלא ניתן לאוכפן באמצעים חוקיים אלא אך ורק באמצעות דרישת הציווי המוסרי.¹¹⁷

משמעותה של כפיפות החובות הבלתי שלמות לציווי היא, שהחובות הבלתי שלמות הן חובות לכל דבר, ואינן אופציונליות. הדרישה שהן מקימות כלפי מי שמתחייב בהן היא שהתנהגותו לא תהיה מקרית וטריוויאלית אלא משמעותית ומבטאת דפוסי התנהגות מחייבים. עם זאת, מדובר בחובות הנקבעות בהתאם לנסיבות, לתחום הפעילות ולתפקידו של אותו אדם.¹¹⁸ כלומר מדובר בחובות סלקטיביות, המשאירות מקום לשיקול דעת, ולפיכך מחייבות הכרעות בשאלות האלה: (א) כלפי מי נרכז את המאמצים וכלפי מי נאלץ להישאר אדישים; (ב) איזו כמות של משאבים תוקצה ליישום העקרונות של דחיית אדישות ודחיית הזנחת האחר.¹¹⁹ אעסוק בשאלות אלו במהלך הדיון המעשי בחובות הבלתי שלמות של הכובש.

117. גם החובות הבלתי שלמות ניתנות לחלוקה לחובות אוניברסליות וחובות מיוחדות, אך ההבחנה ביניהן אינה כה מהותית. אמנם, החובות האוניברסליות נתבעות מן הכלל ואילו החובות המיוחדות נתבעות מפרטים מסוימים הנושאים בתפקידים ספציפיים או במערכות יחסים מסוימות. ואולם ניתן לחשוב על מצבים שבהם נהפכות חובות מיוחדות לאוניברסליות ולהפך. כך, למשל, ניתן לומר כי מסירות היא מידה טובה האופיינית ליחסים במשפחה, ועם זאת ניתן לחשוב עליה גם כעל מידה טובה (או חובה בלתי שלמה) אוניברסלית, האופיינית למערכות יחסים בין בני אדם כלשהם. ראו שם, בעמ' 147, 152.

118. שם, בעמ' 185-186.

119. שימו לב, שהמובן הקאנטיאני של המושג "חובות בלתי שלמות" הוא שלא ניתן לחייב בהן תמיד ואפשר רק למנוע את האיסור לבטאן. לדוגמה, לא ניתן לחייב כל אחד להיות נדיב, אך לא ניתן גם לרצות שהיעדר נדיבות ייהפך לחוק כללי, ולכן נקבל את הכלל **האוסר הפיכת היעדר נדיבות לחוק כללי**, ולא כלל המחייב להיות נדיב כל העת. להרחבה ראו: O'Neill (לעיל, הערה 34), בעמ' 134. עם זאת לדעתה של O'Neill, העובדה שאין הגדרה מדויקת כלפי מי צריכות להיות מופנות המידות הטובות ומהי מידתן, אינה צריכה ליצור את הרושם שמדובר בפעולה שרירותית. מצד אחר, O'Neill חושבת שניתן לנסח קריטריון מנחה בנוגע לשאלה, כלפי מי להפנות את המידות הטובות, ולפיו יש להפנותן קודם כול אל הקרובים לנו. עם זאת בנסיבות שבהן ניתן להציל או לתמוך גם בקרובים וגם ברחוקים, הרי בעל המידה הטובה הוא זה המקיים את שתי החובות כמובן. לטעמה של O'Neill, זהו למעשה האופן היחיד שבו ניתן להגביל את שיקול הדעת בנוגע לשאלה, מי חייב במידה טובה ומיהו הנמנע של חובה זו. ראו O'Neill (לעיל, הערה 8), בעמ' 198-199. אני חולקת על הטענה, כי זוהי ההגבלה היחידה שבאמצעותה נגדיר את החייבים במידה טובה (או חובה בלתי שלמה). אפרט טענה זו בהמשך.

החובות הבלתי שלמות הספציפיות שבהן אעסוק במאמר זה הן מידות טובות המכונות על ידי O'Neill "מידות טובות חברתיות".¹²⁰ הכוונה לחובות הדאגה והאכפתיות כלפי הזולת. חובות אלו מתפתחות בדרך כלל במסגרות שבהן נוצרים יחסי תלות, אשר יוצרות תנאים אידאליים לביטויים של תמיכה ומתן עזרה: יחסים אינטימיים, משפחתיים, קהילתיים וכדומה. עם זאת, הן יכולות להתפתח ולהתבטא גם בהקשרים רחבים יותר, במסגרות חברתיות מקיפות יותר כגון פעולות הצלה ותמיכה ברחבי העולם.¹²¹

ניתן להדגים את ביטוייה של חובת הדאגה לזולת במערכת היחסים שבין כובש לנכבש לאחר תום הכיבוש (ובהנחה שיחסי תלות עדיין קיימים ביניהם) באמצעות החובה לספק בפועל אמצעי קיום ומחיה לאוכלוסייה הנכבשת. חובתו השלמה של הכובש היא לספק את זכותו למחיה של הנכבש באמצעות הימנעות מלשלול את אמצעי הקיום שלו. ואולם לנכבש אין זכות לדרוש כי הכובש לשעבר יספק לו בפועל את אותם אמצעים, באמצעות תמיכה כלכלית במדינה הנכבשת, כאשר הכובש כבר הגשים את חובתו השלמה להימנע מלשלול את האפשרויות להשגתם. בתנאים אלה, החובה לספק בפועל את אמצעי המחיה היא חובה בלתי שלמה, שאינה יכולה להתבטא במונחי זכות. במובן זה מהוות החובות הבלתי שלמות את מותר שיח החובות על פני שיח הזכויות.

מפאת קוצר היריעה אדון אך ורק בחובה אחת, אך אין מדובר בחובה הבלתי שלמה היחידה שבה הכובש נושא. המשותף לכלל החובות הבלתי שלמות של הכובש הוא מעורבות בפיתוח מדיני וקהילתי של הנכבש, תוך נקיטת פעולות סיוע ממשיות, ובכללן: סיוע בפיתוח תרבותי-חינוכי, קידום רווחה כלכלית וכדומה. בפרק זה אתמקד בפיתוח הרווחה הכלכלית. עוד אעיר, כי הדיון יתייחס למקרה המעניין והמורכב יותר שבו יחסי הכיבוש כבר תמו, ואף על פי כן, לטענתי, החובה הבלתי שלמה ממשיכה לחול.

החובה לספק בפועל אמצעי קיום ומחיה לנכבש נהפכת לחובה בלתי שלמה רק אם הוגשמו החובה השלילית שלא למנוע את אמצעי הקיום והמחיה והחובה האמצעית להגן על הנוקמים מפני מניעה שכוז. במצב שבו הוגשמו החובות הללו, סיפוק אמצעי הקיום בפועל יהווה מידה טובה של נדיבות המונחית על ידי עקרון דחיית האדישות. מעצם היותה של החובה "בלתי שלמה" מתקיימים בה מאפיינים מיוחדים, השונים ממאפייניהן של החובות השלמות, והללו נוגעים הן לחובה עצמה והן לנושא או לנושאים בה. מדובר במידה סלקטיבית, היינו שלא ניתן לחייב בה תמיד, ואפשר רק למנוע את האיסור לבטאה. כלומר לא ניתן לחייב תמיד לעזור לזולת (שכן נסיבות הקיום מאלצות אותנו לעזור לאנשים מסוימים ולהשאיר אדישים כלפי אחרים), אך גם לא ניתן לרצות שהיעדר עזרה ייהפך לחוק

120. O'Neill מגדירה שלושה סוגים של מידות טובות: (1) מידות טובות של צדק - virtues of justice כגון הגינות, סובלנות, כבוד לזולת, נאמנות, אמינות, יושר; (2) מידות טובות ביצועיות - executive virtues - תכונות המאפשרות קבלתן של החלטות ראויות כגון כבוד עצמי, שליטה עצמית, החלטיות, כושר התמדה, ומאפיינים מעשיים כגון יעילות, זהירות, דיוק וכדומה; (3) מידות טובות חברתיות - social virtues - אלטרואיזם, סימפטיה, נדיבות ודאגה. ראו שם, בעמ' 187-188.

121. שם, בעמ' 195-197.

כללי. השאלה שאותה יש לברר אפוא היא, אילו תנאים צריכים להתקיים כדי שתיווצר החובה לספק אמצעי קיום ומחיה. הגדרתם תעניק משמעות לקביעתה של O'Neill, כי החובות הבלתי שלמות אינן אופציונליות או קונטינגנטיות אלא מחייבות.¹²² ישנם שלושה סוגי גורמים המשפיעים על טווח החובה הבלתי שלמה: (א) גורמים התלויים בנכבש; (ב) גורמים התלויים בכובש; (ג) גורמים אובייקטיביים. הדוגמה הבולטת ביותר בנוגע לגורמים התלויים בנכבש היא שאלת העזרה העצמית של הנכבש. במילים אחרות, הכוונה למידת שיתוף הפעולה של הנכבש והכובש בכל הנוגע למאמציו של האחרון למלא את חובתו לספק לראשון אמצעי קיום ומחיה. בפרק הקודם הראיתי, כי התנאי להיווצרותה של חובה שלמה לכובש לשעבר לספק את אמצעי הקיום והמחיה של הנכבש לשעבר, או לא למנוע ממנו זכות זו, הוא עזרה עצמית מצד הנכבש. משמעותה של העזרה העצמית היא, בין השאר, ניסיון להשיג את האמצעים הללו בדרכים אחרות, טרם הפנייה לכובש, שלמעשה עזב את השטח, ולכאורה הסיר את אחריותו מן הנכבש. נראה לי כי עיקרון זה יפה גם, ואולי בעיקר, כאשר מדובר בחובה בלתי שלמה. חובה מסוג זה יסודה בתכונות הנדיבות והמסירות. מאחר שמדובר במידות טובות הנדרשות מבחינה מוסרית (גם אם לא משפטית) שאינן אופציונליות (משום שניתן להכפיף אותן לכלל האוניברסליות של המידות הטובות), נראה לי בלתי סביר לדרוש את קיומן, כאשר מקבל הפעולה לא טרח לבצע אף את המינימום הנדרש ממנו.

גם גורמים התלויים בבעל החובה מגדירים את טווח חובתו הבלתי שלמה. כך, למשל, ההבחנה בין יכולתו בכוח (capacity) ליכולתו הממשית (capability) של הכובש עשויה להשפיע על מחויבותו בחובה בלתי שלמה לספק אמצעי מחיה לנכבש. לא נראה סביר לומר, כי כובש **חסר אמצעים** שעמד בחובותיו השלמות, חייב לעמוד גם בחובה הבלתי שלמה לספק בפועל את אמצעי הקיום והמחיה.¹²³ מסקנה זו מתחדדת באמצעות דוגמה נוספת, העוסקת במצב שבו המחיר שנדרש הכובש לשלם כולל פגיעה בטובת החברה והמדינה הכובשת, למשל, פגיעה בשגשוג הכלכלי. האם במצב זה יש לחייב את הכובש בחובה הבלתי שלמה לספק אמצעי קיום ומחיה? כאשר מדובר בחובה שלמה, היינו כאשר בלא עזרת הכובש תישלל זכותו של הנכבש לאמצעי קיום מינימליים, חייב הכובש לעמוד בחובה, גם במחיר של פגיעה בשגשוג הכלכלי. זאת משום שפריחה כלכלית נסוגה מפני זכותו הבסיסית של הצד הנזקק. ואולם כאשר זכותו הבסיסית של הנכבש אינה נפגעת, הדרישה לעזרה נוספת מן הכובש, כאשר הוא עצמו נפגע מכך, תהיה לפי כינויה של O'Neill "מידה טובה שמעבר לנדרש" (supererogation)¹²⁴ ולא מסוג המעשים המהווים

122. כאמור, לדעתי, אין די בתנאי שקובעת O'Neill בדבר קיומם של יחסי תלות וקרבה לצורך חיוב בחובות בלתי שלמות.

123. עמדנו כבר על הטענה הפוזיטיביסטית בדבר קיומו של קשר כזה גם בנוגע לחובות השלמות, המזכות את A בזכות ל-X רק במקרה שבו מוצדק להטיל חובה על B בנוגע ל-X. הבסיס לטענה זו נדחה על ידי בנוגע לחובות השלמות, אך יש לו מקום בנוגע ל**דרישה** לקיים את החובות הבלתי שלמות.

124. O'Neill (לעיל, הערה 8), בעמ' 207.

מידות טובות נדרשות. כלומר כובש שיבחר לפגוע בטובת מדינתו כדי לעזור למדינה שהייתה בעבר נתונה לחסותו, ינהג בדרך שבתנאים אחרים הייתה יכולה להיחשב מידה טובה, ואולם בתנאים הקיימים היא נהפכת לפעולה העוברת את גדר הנדרש ממנו.

לעומת זאת נראה לי כי גורמים אובייקטיביים אינם משנים את מידת מחויבותו של הכובש לבצע את שהמידה הטובה הנדרשת דורשת. כך, למשל, לא תהיה השפעה לכך שיחסי התלות בין הכובש לנכבש נוצרו עוד טרם הכיבוש, כך שהכובש לא היה אחראי ליצירתם. משנוצרת מערכת יחסים שכזו, ובהנחה שאין גורמים אחרים מצדו של הכובש או הנכבש המשנים אותה, הרי עצם קיומה מחייב את הכובש להגשים את המידה הטובה. זאת, כמובן, בהנחה שביכולתו לספק את אותם אמצעים.

לסיכום ניתן לקבוע כי החובה הבלתי שלמה של הכובש לעזור לנכבש לספק את אמצעי הקיום והמחיה שלו יוצאת מן הכוח אל הפועל ונהפכת מחייבת בהתקיים שלושה תנאים: (1) תנאי בסיסי של יחסי תלות או קרבה; (2) הנכבש עשה ככל שניתן לעזור לעצמו, ונשאר זקוק לעזרה, כך שאם תימנע ממנו עזרה כזו יהיה מצוי בתנאי השפלה; (3) הכובש נתון בתנאי שפע ויכול להקריב את העדפותיו בלי שיפגעו זכויותיו הבסיסיות ואף אלו שאינן בסיסיות.

החלת הדברים האמורים על הכיבוש הישראלי בשטחים מעלה, כי במצבה הכלכלי הנוכחי של ישראל, אין היא מחויבת בחובה הבלתי שלמה לתמוך תמיכה כלכלית ולתת מענקים לרשויות המדינה המתפתחת. ישראל מחויבת בחובה הבלתי שלמה כאשר מתקיימים שלושה תנאים: (א) יחסי תלות כלכלית בין המדינות; (ב) המדינה הפלסטינית מנסה למצוא מקורות תמיכה ופיתוח אחרים או לפתח מקורות כלכליים עצמאיים; (ג) ישראל מצויה בתנאים של פריחה כלכלית. מכיוון שלעת עתה התנאי השלישי אינו מתקיים, לא ניתן לחייב את ישראל בחובה זו. עם זאת אין הדבר פוטר את ישראל מחובתה השלמה שלא למנוע את אמצעי המחיה מן הפלסטינים, כאמור לעיל.

לכאורה, צמצום התנאים שבהם מתחייבת חובה בלתי שלמה מטשטש את האופי הנדיב שלה ועלול לערער את נחיצותה לצד החובות השלמות. ואולם חשיבות נוספת לחובות הבלתי שלמות באה לידי ביטוי באופיין המשלים את עקרונות הצדק והחובות השלמות הנובעות מהם. נסיבות החיים מלמדות על פגיעה יומיומית בעקרונות הצדק והפרת החובות השלמות אף במערכות פנים מדיניות ועל אחת כמה וכמה במערכות של כיבוש, המהוות מעצם הווייתן קרקע פורייה להפרות ממין זה. אלה המקרים שבהם מתבררת חשיבות המידה הטובה. ראשית, המידה הטובה יכולה לבוא לידי ביטוי בפעולות לא חקוקות של יחידים או קבוצות מאורגנות, המחפות על היעדרו של הצדק. לא מעטים הם המקרים שבהם דווקא התארגנויות בלתי ממוסדות כאלה הצליחו ליצור אפקט ציבורי של ממש, לעורר דעת קהל, ולעיתים להביא, בסופו של דבר, לידי תיקון חברתי חקוק.¹²⁵ שנית, וזוהי האפשרות

125. דוגמה מעניינת לכך היא פתרון הסכסוך שהתגלע לפני שלוש שנים בין חברות התרופות הגדולות בעולם לממשלת דרום אפריקה. הסכסוך פרץ ביניהן על רקע הטענה, כי הממשלה הפרה את זכויות הפטנט של החברות בתרופות לטיפול באיידס, כאשר איפשרה רכישת תחליפים גנריים זולים לתרופות הרשומות כפטנט. מחאתם של ארגונים וולונטריים על

המעניינת יותר, המידה הטובה יכולה לבוא לידי ביטוי גם במעשים של אחת מן הרשויות אשר יחפו על הפרת עקרונות צדק של רשות אחרת. דוגמה אקטואלית לכך היא פניית היועץ המשפטי לממשלה לבתי המשפט הישראליים בבקשה לחדול מהטלת צווי עיקול זמני על כספי הרשות הפלסטינית במהלך בירור תביעות נזיקין נגד הרשות הפלסטינית.¹²⁶ מאז אוקטובר 2000, עם התגברות פיגועי הטרור, מפרה ישראל את התחייבויותיה על פי הסכמי הביניים להעביר לרשות הפלסטינית את כל המכסים וההיטלים הנגבים במדינה בגין סחורות ושירותים שיעדם הוא הרשות (כ-150 מיליון שקלים מדי חודש).¹²⁷ מדובר אפוא בהפרת חובה שלמה שהתחייבה בה ישראל כלפי הרשות. לעומת זאת הטלת צווי עיקול על ידי בתי המשפט אינה הפרה של חובה שלמה, שכן אלה הם סעדים זמניים שבית המשפט מוסמך לפסוק בדיון בתיקי נזיקין,¹²⁸ ולרשות אין זכות לדרוש את ביטול הצווים. פניית היועץ המשפטי להפסיק את הטלת הצווים היא אפוא בקשה למלא חובה בלתי שלמה למנוע את לדולל הרשות ממקורותיה התקציביים. זאת, בגלל העובדה, שעיקול הכספים תרם למשבר התקציבי החמור ברשות ולהגדלת הגירעון בה.¹²⁹ אם ייענו בתי המשפט לבקשה, יקיימו בכך חובה בלתי שלמה אשר תחפה על אי-הקיום של החובה השלמה להעביר את כספי הרשות הפלסטינית לידיה.

התביעה שהגישו חברות התרופות נגד דרום אפריקה, תוך הפעלת לחץ ציבורי וגינוי העדפת רוחנים מחיי אדם, הביאה, בסופו של דבר, את חברות התרופות למשוך את תביעתן. כך, באמצעים התנדבותיים ותקשורתיים, שהונעו על ידי עקרון המידה הטובה הקובע דחיית אדישות והזנחת הזולת, הושגה הגנת זכותם לחיים של 25 מיליון נשאי גניף האיידס באפריקה, מיעוטי היכולת שאינם יכולים לרכוש את התרופות המקוריות והיקרות. ראו פרטוריה (רויטרס), "דרא"פ תמשיך לייבא תרופות זולות לאיידס", **הארץ** – חדשות החוץ (20.4.01) 9א. יתרה מזו, פעילות זו, שיצרה ברית בין ארגונים לא ממשלתיים לממשלות של מדינות מתפתחות, עשויה להביא לידי חקיקה אשר תבטיח את הזכות לחיים, באמצעות שינוי חוקי הסחר הבינלאומיים, כך שתשתפר גישתן של מדינות עניות לתרופות.

126. עמירה הס, "היועץ מזווג מגן על כספי הרשות: מבקש מהשופטים לא להטיל עליה עיקולים", **הארץ** (25.10.04) 1א.

127. בש"א (ת"א) 15844/03 שרתון ניהול בתי מלון (אילת) בע"מ נ' הרשות הפלשתינאית (טרם פורסם).

128. ראו הנמקת בית המשפט שם, בעמ' 4, ולפיה האינטרסים המדיניים של מדינת ישראל [קיום ההתחייבויות שניתנו לממשל האמריקני על פי מפת הדרכים – ח"מ] אינם יכולים להתגבר על זכותו של הפרט לממש פסק דין שניתן לטובתו.

129. הס (לעיל, הערה 126).

ה. סיכום ומסקנות

במאמר זה בחנתי את מערכת היחסים המיוחדת הנוצרת בין מדינה כובשת למדינה נכבשת בתום יחסי הכיבוש, מנקודת המבט של החובות המוסריות המוטלות על הכובש כלפי הנכבש. מטרת הייתה לקבוע מהן החובות המוטלות על הכובש במערכת יחסים זו. לצורך כך נדרשתי תחילה לברור השאלה התיאורטית בדבר טיבו של השיח המוסרי שיעמוד בבסיסה של מערכת היחסים הנידונה – שיח הזכויות או שיח החובות.

השיח המוסרי והמשפטי שבו בחרתי הוא שיח החובות, אף שבדרך כלל נהוג להשתית מערכת יחסים כגון זו שנידונה כאן דווקא על מושג הזכות. לבחירה בשיח החובות היו כמה טעמים וביניהם ההשקפה, כי פעולה מוסרית המבוססת על מושג החובה היא בעלת ערך אינטרניזי ולא אינסטרומנטלי, כלומר אין היא משמשת רק להבטחת זכויותיהם של אחרים אלא יש לה חשיבות לעצמה כפעולה בעלת אופי מיוחד. טעם עיקרי נוסף, בעל ממד פרקטי יותר מערכי, היה נעוץ בהעדפה להתמקד בפועל ולא בנפעל, מקבל הפעולה. טענתי כי התמקדות זו מבטיחה את נקיטת האמצעים הדרושים למילוייה של החובה, וביניהם הקמת המוסדות או הקצאת המשאבים הנחוצים להגשמתה.

ההכרעה התיאורטית בדבר מסגרת השיח שימשה כרקע לדיון העיקרי במאמר בשאלת החובות המוטלות על הכובש כלפי הנכבש בתום יחסי הכיבוש. הדיון התמקד בחובות מיוחדות, שלמות ובלתי שלמות. החובות המיוחדות הן אלה הקיימות רק במערכת היחסים הספציפית הנידונה. **החובות השלמות** הוגדרו כחובות שכנגדן ניתן, לפחות באופן תיאורטי, להציב תביעת זכות. על כן מהוות החובות השלמות מקור לתביעה חוקית ומשפטית, והאמצעים לאכיפתן הם בדרך כלל אמצעים חוקיים ומוסדיים.

במערכת היחסים שבין כובש לנכבש הצעתי להכיר בשלוש חובות שלמות: (א) החובה שלא לנצל את משאבי המדינה הנכבשת; (ב) החובה להימנע מלפגוע בשלמות החיים, הגוף והקניין של תושבי המדינה הנכבשת (והחובה הנגזרת של פיצוי כאשר השבה אינה אפשרית); (ג) החובה להבטיח אמצעי קיום ומחיה לאוכלוסייה הנכבשת. במהלך הדיון בשתי החובות הראשונות עסקתי בשתי שאלות: (א) מה הם התנאים המגדירים אותן? (ב) אילו נזקים שנגרמו לנכבש בעת הכיבוש הם בני השבה ופיצוי? בדיון בשאלה הראשונה הראיתי, כי מעמדו המוסרי של הכובש משפיע על התנאים המגדירים את החובות המוטלות עליו. הבחנתי בין כיבוש הגנתי לכיבוש התקפי, וטענתי כי בגין עצם פעולת כיבוש השטח (אך לא עצם ההחזקה בו), הכובש ההגנתי לא יישא בחובות כלפי הנכבש, שכן פעולתו הראשונית היא מותרת וגם מוצדקת, ואין הוא חייב לשאת בנזקיו של שלטון הנכבש. עם זאת במהלך ההחזקה בשטח מאבד הכובש ההגנתי את מעמדו ופעולותיו אינן מותרות או מוצדקות. על כן עליו לשאת בנזקיו של שלטון הנכבש.

הגדרת הנזקים שעליהם חב הכובש בחובת פיצוי כלפי הנכבש נסמכה בעיקר על הכללים שנקבעו במסגרת המשפט הבינלאומי. על פי כללים אלה הצעתי למנות שני סוגי נזקים: פגיעה בזכויות קיבוציות, המתבטאת בניצול משאביה הטבעיים, האנושיים, הכלכליים והתרבותיים של המדינה, ופגיעה בזכויות אישיות – הזכות לשלמות הגוף ונפש, הזכות לחיים והזכות לקניין פרטי. עם זאת הצעתי להוסיף חובה שהמשפט הבינלאומי אינו קובע:

חובת פיצוי על נזקים עקיפים כגון מניעת פיתוח כלכלי או תרבותי והתעשרות שלא כדין תוך ניצול משאבים השייכים לאוכלוסייה הנכבשת. דוגמה לכך היא הפקעת קרקעות לצורך בניית גדר ההפרדה ובניית התנחלויות.

המסקנות המשפטיות בעניין יישום החובות האלה על ידי ישראל הן, כי מאחר שברוב המקרים השבה אינה אפשרית, ישראל חייבת לפצות על נזקים גופניים, נפשיים וכלכליים שנגרמו לתושבי השטחים וכן לפצות את המדינה או הרשות הפלסטינית על ניצול משאבים טבעיים בגדה המערבית וברצועת עזה. עם זאת ניתן לקזז מן הסכומים המיועדים לפיצוי בגין ניצול משאבים את הסכומים שהושקעו בשטחים לצורך בניית תשתיות מים, חשמל, תקשורת ותחבורה, ובבתי המתנחלים שיפוננו, אם הללו יישארו על תלם לאחר סיום הכיבוש. זאת משום שלא ניתן לטעון להפרת זכות הקניין ובה בעת ליהנות מעצם ההפרה ולנצל את השקעתו של מפר הזכות, כלומר הכובש.

נוסף על כך הצעתי להבחין בין תקופת המלחמה ב-1967, שבה פעלה ישראל ככובש הגנתי, ובין תקופת הכיבוש, שהחלה עם סיום המלחמה ונמשכת עד היום, שבה איבדה ישראל את מעמד הכובש ההגנתי. על כן הצעתי להטיל את חובת הפיצוי על הנזקים שנגרמו עד סיום המלחמה על המדינות האחריות לפריצת המלחמה: ירדן, סוריה ומצרים. כן יש לחייבן לפצות את ישראל על עלות ההגנה שבה נשאה במהלך המלחמה.

כן הצעתי להבחין בין השלטון הנכבש לאוכלוסייה הנכבשת. טענתי כי אין להטיל על התושבים והאזרחים את האחריות לתוצאות פעולה בלתי מוסרית של שלטון המדינה. על כן הצעתי להטיל חובות השבה ופיצוי כלפי אזרחי המדינה הנכבשת ותושביה, בין בכיבוש הגנתי ובין בכיבוש התקפי. עם זאת כאשר מדובר בכיבוש הגנתי, הצעתי להטיל את החובות על שלטון המדינה הנכבשת ולא על השלטון הכובש.

החובה השלמה השלישית שהגדרתי היא החובה לספק אמצעי קיום ומחיה מינימליים לאוכלוסייה הנכבשת. חובה זו ממשיכה לחול גם כאשר הוסר הכיבוש, וזאת אם מתקיימת מערכת יחסים של תלות כלכלית בין הכובש לנכבש לשעבר. לחובה זו מאפיינים "חיוניים" ו"שלייליים". המאפיינים החיוניים באים לידי ביטוי בביצוע פעולות ממשיות והקצאת משאבים להקמת מוסדות אשר יבטיחו את הגשמת החובה. המאפיינים השלייליים מאפשרים לבעל החובה לממש רק באמצעות הימנעות מלשלול את אמצעי הקיום, ובלי שיתעורר הצורך כי בעל החובה יספק אותם בפועל. טענתי, כי הכובש יכול לקיים את חובתו השלילית לספק אמצעי קיום ומחיה לאוכלוסייה הנכבשת על ידי כך שימנע פעולות שלטוניות אשר שוללות את אמצעי הקיום והמחיה, וימשיך, למשל, את יחסי המסחר והעבודה עם אותה מדינה. כן הוא יכול לקיים חובה "אמצעית" על ידי כך שימנע מאזרחי מדינתו לשלול בעצמם את האמצעים הללו, ויאסור, למשל, ביצוע עסקאות פרטיות המביאות לידי התוצאה האמורה. אמנם אמצעים אלה צריכים להיות מוגבלים ומאוזנים עם חירות הפעולה של היחיד, ולפיכך יכול השלטון להחליט לשאת בעצמו בנזקים הנגרמים לפרטים אשר נאלצים לצמצם את חופש המסחר שלהם בשם השיקולים המוסריים.

החובה להבטיח את אמצעי הקיום והמחיה של האוכלוסייה הפלסטינית מוטלת על ישראל כל עוד כלכלתה של המדינה הפלסטינית תלויה בו של ישראל. לפני ישראל עומדות כמה אפשרויות להגשמת החובה. היא יכולה למלא את חובתה השלילית ולהימנע

מלפגוע באמצעי המחיה באמצעות שימור היחסים הכלכליים ויחסי העבודה בין המדינות. כמו כן היא יכולה להגשים את חובתה האמצעית ולהבטיח כי גופים פרטיים ימשיכו לקיים את היחסים הללו. זאת, הן באמצעות חקיקה אשר תכפה את המשך היחסים הכלכליים, תוך שקילת האפשרות לפצות את האזרחים הישראלים שיסבלו נזק כלכלי עקב כך, והן באמצעות חקיקה אשר תעודד את האזרחים הישראלים להמשיך ולקיים יחסי מסחר ועבודה עם אזרחי הרשות הפלסטינית. לעומת זאת יכולה ישראל להעדיף למלא את החובה החיובית ולספק בפועל את אמצעי הקיום והמחיה לאוכלוסייה הפלסטינית באמצעות תמיכה כלכלית ומתן מענקים לרשויות המדינה. ואולם על הממשלה הפלסטינית מוטלת החובה לנסות לאתר מקורות קיום ומחיה אחרים שעשויים לצמצם את טווח החובה המוטלת על ישראל. לצדן של החובות השלמות קיימות בכל מערכת מוסרית גם **חובות בלתי שלמות**. חובות אלה הוגדרו בחובות שכנגדן אינה ניצבת תביעת זכות, ואף על פי כן מדובר בתביעות מוסריות שיש לקיימן. מכיוון שהן מתגלמות בדרך כלל באופיים של אנשים יותר מבמוסדות ובחוקים, לא ניתן לאכוף אותן באמצעים חוקיים. הכוונה לחובות כגון מסירות, עזרה ודאגה לזולת.

החובה הבלתי שלמה שדנתי בה בנוגע ליחסי הכיבוש היא החובה לספק בפועל את אמצעי הקיום והמחיה של האוכלוסייה הנכבשת, באמצעות מתן מענקים ותמיכה כלכלית לרשויות המדינה הנכבשת. חובה זו היא חובה בלתי שלמה, כאשר הכובש כבר קיים את חובותיו השליליות להימנע מלשלול את אותם אמצעים. עמדתי על שלושה תנאים שבהם חובה זו מחייבת את הכובש: (1) יחסי תלות כלכלית; (2) הנכבש עשה ככל שניתן לעזור לעצמו, ונשאר זקוק לעזרה, כך שאם תמנע ממנו, יהיה מצוי בתנאי השפלה; (3) הכובש נתון בתנאי שפע ויכול להקריב את העדפותיו בלי שייפגעו זכויותיו הבסיסיות ואף אלו שאינן בסיסיות. לפיכך אם וכאשר יתקיימו שלושת התנאים הללו וכאשר ישראל תמלא את חובותיה השלמות לקיים יחסי מסחר ועבודה בינה ובין המדינה הפלסטינית, היא תהיה מחויבת בחובה בלתי שלמה לתמוך תמיכה כלכלית ולתת מענקים לרשויות המדינה המתפתחת.

הדיון בחובות הבלתי שלמות, שהן למעשה תכונות, המתגלות בסופו של דבר באופיים של בני אדם, מעלה את השאלה כיצד ניתן להטיל חובות מסוג זה וחובות בכלל על קבוצות. שאלה זו לא נידונה בפרוטרוט במאמר, אולם יש לה חשיבות מעשית רבה. לכאורה, השקפת העולם הקנטיאנית, שעליה התבסס המאמר, הגורסת שהחובה היא קטגוריה אתית המהווה מוטיבציה מוסרית לסובייקט, שהוא יצור חופשי ורציונלי, לציית לצו התבונה, מנוגדת לתפישה כי גם קבוצות יכולות לשאת חובות.¹³⁰ ואולם הנחתי כי הדבר אפשרי, הן כאשר מדובר בחובות הכובש כלפי המדינה הנכבשת והן בנוגע לחובותיו כלפי יחידים,

130. על פי גישה קאנטיאנית, הקבוצה אינה יכולה להיות נושאת של חובות בנפרד מן היחידים המרכיבים אותה, משום שרק הסובייקט יכול לשאת באחריות מוסרית. אחריות כזו אינה יכולה להיות נחלתו של גוף מופשט, ובסופו של דבר יש לאתר את האדם הנושא בה.

תושבי המדינה הנכבשת.¹³¹ הטעם להנחה הוא תפישת השלטון כבא כוחם ונציגם של כלל אזרחי המדינה, אשר נושא באחריות לפעולותיהם, כאשר הן נעשות בהתאם לחוק ובהרשאת השלטון.

חשיבות האפשרות להטיל חובות על קבוצות וגופים מאורגנים רלוונטית לעובדה שהדיון נערך במסגרת פילוסופית-פוליטית, המחויבת, בין השאר, לשיקולי יציבות. לעתים קרובות אין זה יעיל להטיל את מיליון של חובות אינדיבידואליות על אנשים בודדים אלא דווקא על גופים מוסדיים וחוקיים (ממשלות, חברות מסחריות גדולות וארגונים בינלאומיים), אשר יקבעו את ההסדרים המבטיחים שמחויבויות אלה יוגשמו. מבחינה מעשית, ניתן לנצל את כוחם של גופים אלה להקצות משאבים להגשמת החובות ואת השפעתם הפוליטית, הכלכלית והבינלאומית, לצורך הבטחת הגשמתן של חובות היחידים.¹³² נראה אפוא שלא זו בלבד שתיאוריה מוסרית המבוססת על חובת היחיד אינה מנתקת אותנו מן ההקשר הפוליטי אלא שקשר זה אף מתחייב. השאלה המוסרית אינה צריכה להישאל רק כשאלתו (הסוקרטית) של היחיד אשר בוחן את דרך החיים האופטימלית עבורו אלא חייבת להישאל תמיד כשאלתם של הרבים. דברים אלה נכונים גם בנוגע לחובות הבלתי שלמות. כמידות אופי, חובות אלה מוטלות קודם כול על יחידים, בני אדם. ואולם שיקולים פרגמטיים מביאים לכלל מסקנה, שגם הן ראויות להתממש באמצעות גופים מוסדיים ואף באמצעות השלטון ולא באמצעות יחידים. ידוע לנו כי מבצעי הצלה רבים ברחבי העולם, שהם למעשה ביטוי של המידה הטובה לספק אמצעי קיום ומחיה, מתבצעים באמצעות ארגונים וולונטריים בינלאומיים ואף באמצעות חברות מסחריות, וכי הפעולות שמבצעים יחידים הן מעטות יותר.¹³³

המסקנה שלעיל מעלה את השאלה, אם ניתן להטיל את החובה הבלתי שלמה לספק בפועל את אמצעי הקיום והמחיה של תושבי המדינה הנכבשת על שלטון הכובש או שיש להטילה רק על ארגונים וולונטריים. נראה, כי ישנם שיקולים לכאן ולכאן. מחד גיסא, המידה הטובה נועדה להבטיח כי זכויות לא תופרנה, אף אם עקרונות הצדק לא ייצאו מן הכוח אל הפועל. על כן סביר להניח, שמי שיעמוד בפרץ ויפצה על הפרת החובות השלמות באמצעות מילוי של חובות בלתי שלמות יהיו דווקא יחידים או ארגונים וולונטריים. מאידך גיסא, גם זרועות השלטון יכולות למלא חובות בלתי שלמות ואף בעילות גדולה יותר, והדוגמה שהבאתי בעניין פניית היועץ המשפטי לממשלה אל בתי המשפט הישראליים ממחישה טענה זו. לשלטון יש, בדרך כלל, יכולת הקצאת משאבים, ביצוע והשפעה גדולות לאין ערוך מזו של כל ארגון וולונטרי או חברה מסחרית, ומבחינה זו הייתה החובה המוסרית יוצאת נשכרת יותר לו מולאה על ידי השלטון. הפתרון הוא אפוא אמצעי. כדי שלא להטיל

131. זאת מבלי להתייחס בפרוטרוט לשאלות כגון: מה ההבדל בין חובות של קבוצות וחובות של יחידים, האם מקבלי הפעולה, שהם למעשה בעלי הזכות, הם יחידים או קבוצות ומה ההבדלים בין תביעת זכות של יחידים ושל קבוצות.

132. Shue (לעיל, הערה 40).

133. דוגמה לכך יכולים לשמש מבצעי ההצלה של יהודים מפני השלטון הנאצי במלחמת העולם השנייה.

על השלטון מעמסת יתר, לא רצוי להפקיד את מלוא החובה הבלתי שלמה בידיו, אלא בידי ארגונים עצמאיים. עם זאת ארגונים אלה יפעלו בשיתוף פעולה עם השלטון, ויוכלו, למשל, להיעזר בתקציבים ובקשרים ממשלתיים לפעולות מיוחדות.

לסיכומם של דברים, במאמר זה ייחדתי חלק ניכר מן הדיון לשאלה מהו יתרונו של שיח החובות במערכת היחסים שבין כובש לנכבש. נראה לי כי יתרונו העיקרי הוא ביכולתו ליצור תקווה לשינוי. בהתמקדותו במוטיבציה המוסרית של הסובייקט כיצור רציונלי, בעל מחויבות לציית לצו התבונה ולהוקיר את החוק המוסרי, מותיר שיח החובות מקום לשיח של סובייקטים, שיח אנושי, ולא רק כזה המבוסס על תביעות ועקרונות משפטיים וחוקיים. הנחה זו, יחד עם ההכרה בתלות האנושית ההדדית, מבססות את המסקנה כי בכל מערכת יחסים, ובכללה גם מערכת הכיבוש, יכולה להתקיים נכונות לעמוד על עקרונות הצדק ולמלא בתוכן גם את עקרונות המידה הטובה: לא לעמוד מנגד, לתמוך בזולת ולא להישאר אדישים כלפיו. לפיכך ניתן להניח, כי תמיד יימצאו מי שייאותו לשאת במחויבות מוסרית גם בלי שתוצב כנגדה תביעת זכות.