

כ"ג תמוז תשפ"ו
8 ליולי 2026

סמכות מדינת ישראל למניעת פגיעה באתרים ארכיאולוגיים בשטחי A ו-B

עו"ד אברהם שלי"ו

א. רקע

1. התבקשנו לחוות את דעתנו באשר לסמכות מדינת ישראל לפעול בשטחי A ו-B ביהודה ושומרון למניעת פגיעה באתרי עתיקות.
עמדה זו נכתבת בעקבות מידע שהוצג בדבר כוונתה של הרשות הפלסטינאית להקים מסגד על שטח האתר הארכיאולוגי "בריכות שלמה", אתר בעל חשיבות רבה עם ממצאים נדירים ביופיים ובעוצמתם. מובן מאליו כי משמעות בניית מסגד על שטח ארכיאולוגי משמעותו הוא הרס עתיקות מעל ומתחת לקרקע באופן בלתי ניתן לתיקון.
2. בחוות דעת קצרה זו נתייחס בתמצית לשאלה האם מדינת ישראל **מנועה** מלפעול להפסקת ההשחתה מחמת הסכמי אוסלו, ועל ישראל לעמוד מן הצד. בנוסף נציג את המקורות לקיומה של **חובה** על ישראל לפעול לשמירת האתר.
מסקנתנו היא כי פעולותיה ומחדליה של הרשות הפלסטינית מהווים הפרה חמורה של סעיפים ברורים בהסכמי אוסלו, ולפיכך מדינת ישראל אינה מוגבלת להסכמים בפעילותה בהקשר זה, והיא רשאית להפעיל את סמכויותיה כדי להגן ולשמור על האתר מפני השחתה. בנוסף, יש מקום לומר כי מוטלת אף חובה על מדינת ישראל לפעול להגנת האתר ושמירתו, כבעלת השליטה בשטח וכמחזיקה בזכויות הריבוניות.
3. חשוב להדגיש כי לשאלה ישנם היבטים דומיננטיים שלא יידונו בחוות דעת זו. בראש ובראשונה ישנה החובה המוסרית-ההיסטורית של מדינת ישראל לפעול ככל יכולתה לשימור הנכסים ההיסטוריים של העם היהודי, חובה הנובעת ממהותה וייעודה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. מהות וייעוד אלו מאפיינים את מדינת ישראל משחר ימיה, והם זכו לעיגון חוקתי מפורש לאחרונה בחוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, המצהיר על ההקשרים ההיסטוריים של העם היהודי בארץ ישראל כעקרון יסוד לזהותה של מדינת ישראל.

ב. מגבלות על פעולה ישראלית בשטח A ו-B לפי הסכמי אוסלו

4. מבלי להרחיב בסוגיה, נציין כי תוקפם של הסכמי אוסלו מוטל בספק משורה של טעמים. ראשית, הסכמי אוסלו נקבעו מראש כהסכמי ביניים לתקופה מוגבלת שחלפה זה מכבר. שנית, במהלך השנים הופרו הוראות ההסכם באופן יסודי על ידי הרשות הפלסטינית, ובתגובה גם על ידי ישראל. שלישית, לאורך השנים האחרונות הודיעו והבהירו גורמים רשמיים ברשות הפלסטינית כי מבחינתם הסכמי אוסלו בטלים, ובפרט חלוקת השטח לאזורי A, B ו-C. גורמי הרשות הודיעו כי יתעלמו מן החלוקה לאזורים ויפעלו כאילו כלל השטח נתון תחת סמכותם האזרחית, בניגוד גמור להסכמים.
- עם זאת, הצדדים ממשיכים להתייחס לרכיבים מסויימים בהסכם כאילו הם תקפים ולפעול לפיהם. לפיכך, לשם הזהירות, נבחן להלן את השאלה תחת ההנחה הכללית שהסעיפים הרלוונטיים בהסכמי אוסלו בני-תוקף.
5. סעיף XI (אדמות) בהסכם הביניים הישראלי פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועה עזה מיום 28.9.1995 קובע את חלוקת שטחי יהודה ושומרון לאזורי A, B, ו-C. סעיף-קטן 2 (ב) קובע כי כל האחריות והסמכויות האזרחיות, שבשטחי B, בהתאם לנספח III, יועברו לידי המועצה הפלסטינית.
6. נספח III מסדיר את העניינים האזרחיים. הוא קובע כי האחריות האזרחית של הממשל הצבאי הישראלי והמנהל האזרחי יועברו אל המועצה הפלסטינית. תוספת 1 לנספח מפרטת את מעבר האחריות בתחומים שונים. סעיפי התוספת מפרטים תחומים אזרחיים שונים.
7. סעיף 2 לתוספת 1 עוסק בארכיאולוגיה. סעיף 2 (1) קובע כי האחריות בתחום הארכיאולוגיה, הכולל בין היתר "הגנה על אתרים ארכיאולוגיים ושימורם, ניהול, פיקוח, רישוי וכל הפעילויות הארכיאולוגיות האחרות" יעבור לידי המועצה.
- בהמשך לכך קובע סעיף 2 (3) כי –
- "הצד הפלסטיני ישמור ויגן על כל האתרים הארכיאולוגיים, ינקוט בכל האמצעים הדרושים כדי להגן על האתרים האמורים ולמנוע נזק להם, וינקוט בכל אמצעי הזהירות בעת ביצוע פעילויות, לרבות פעילויות אחזקה ובנייה, העשויות להשפיע על האתרים האמורים".**
- הסעיף ממשיך וקובע חופש גישה לאתרים ארכיאולוגיים לכלל הציבור בלי הפליה ועוד כללים לשיתוף פעולה בין הצדדים. סעיף-קטן 4 קובע את הקמתה של ועדת מומחים משותפת לשני הצדדים כדי לטפל בנושאים ארכיאולוגיים שיש בהם עניין משותף.

כלומר, בהתאם להסכמים לא רק שאסור לרשות הפלסטינית לגרום נזק לאתרים ארכיאולוגיים או לנהוג בהם בחוסר זהירות – על הרשות הפלסטינית לפעול באופן אקטיבי ויזום ולנקוט אמצעים כדי להגן על האתרים ולמנוע מהם נזק.

8. לפי המידע שנמסר לנו ההפרה בעניין דנן היא כפולה:

- א. הרשות הפלסטינית **נמנעת מלפעול** כדי לשמור ולהגן על אתר ארכיאולוגי מובהק מפני נזק, בניגוד לחובתה הברורה לפי ההסכמים.
- ב. חמור מכך, הרשות הפלסטינית עצמה **יזמת** לפי הנטען השחתה של האתר ומוציאה את ההשחתה לפועל באופן מתוכנן.

9. לעניין תוצאותיה של ההפרה:

מדובר בהפרה יסודית וברורה של הפרק בהסכמים הנוגע לארכיאולוגיה. הפרה זו גורעת מן הרשות הפלסטינית את הפריבילגיה של אחריות על ניהול השטח הנדון, ומחזירה לידיה של ישראל את האחריות לפעולה לשמירתו והגנתו של האתר. לאור זאת ישראל רשאית לנקוט בכל אותן הפעולות שבהן היא נוקטת בשטחי C לשמירה והגנה על אתרים ארכיאולוגיים.

כאמור, הסכמי אוסלו הוכרזו בטלים על ידי הרשות הפלסטינית בשורה של אמירות רשמיות בחודשים האחרונים. הפרתם של הסעיפים הנוגעים לחובותיה של הרשות הפלסטינית בעניין אתרי הארכיאולוגיה, אגב פעולות השחתה מכוונות וגלויות של אתר בעל חשיבות מורשתית יהודית רבה, משקפת כי אין בדעתה לקיים את ההסכמים ואין היא רואה עצמה מחוייבת להם.

לאור זאת, חוזרת למקומה נקודת המוצא והיא **אחריות ישראלית הנובעת מן העובדה שישראל תפסה את השטח בשנת 1967, לפחות בכל הנוגע לאתר הנדון.**

למעשה, ההסכם מעיד על כך שישראל לא ראתה את עצמה נקייה מאחריות גם בתקופה שבה קויים ההסכם, ככל שהיתה תקופה כזו. על כך מעיד סעיף-קטן 4 לעיל, שבו הוסכם על הקמת ועדת מומחים משותפת לענייני ארכיאולוגיה, וכן סעיף-קטן 8 המחייב את הצדדים להודיע הדדית באמצעות הוועדה המשותפת על גילויים של אתרים חדשים.

מדינת ישראל אינה יכולה להתחמק מאחריותה לנעשה בשטח ומחובותיה הנובעות ממנה.

10. נקיטת פעולות להגנה ולשמירה על האתר על רקע ההפרה הפלסטינית איננה בהכרח הכרזה ישראלית על נסיגה גורפת מהסכמי אוסלו. משמעותה המיידית איננה חורגת מהשעיה נקודתית בלבד של הוראות הסכמי אוסלו ביחס למוקד שבו מתבצעת הפרה, בשל הנחיצת בפעולה דחופה למניעת נזק בלתי הפיך נטילת אחריות ישראלית.

אמנת וינה בדבר דיני אמנות¹ מתייחסת לאפשרות של השעיה חלקית של הסכם בין-לאומי בעקבות הפרה. האמנה איננה חלה על הסכמי אוסלו, באשר היא חלה על הסכמים בין מדינות בלבד, אולם לשם הזהירות ניתן לבחון את תוצאות ההפרה לפי האמנה.

סעיף 60 לאמנה קובע כי הפרה מהותית של הסכם מעניקה לצד הנפגע אפשרות להשעות את יישומו – כולו או חלקו. הפרשנות המקובלת היא שהיקף ועוצמת השעיה צריכה להלוט את עוצמת ההפרה, וההשעיה תשחרר את הצדדים באופן זמני מביצוע ההסכם עד שהצד המפר יחזור לקיים את התחייבויותיו. בדרך כלל, ישנו מנגנון של הודעה מראש בעניין השעיה עקב הפרה;² אולם כאשר מדובר בצורך לנקיטת פעולה מיידיית למניעת נזק בלתי הפיך ניתן להשעות מייד, לאחר הודעה לצד המפר,³ וכאמור אין מדובר בהכרח בביטול כללי של ההסכמים.

עם זאת, לשם הזהירות וככל שהדבר אפשרי, רצוי כי ישראל תודיע לרשות כי מדובר בהפרה וכתוצאה ממנה ישראל תפעל בעצמה למניעת ההשחתה אם הרשות לא תעשה כן באופן מיידי.

ג. חובתה של מדינת ישראל לשמירה על אתרי מורשת

1.1. כאמור במבוא, על מדינת ישראל ישנה חובה מוסרית והיסטורית לשמירת נכסיו ההיסטוריים של העם היהודי, הנובעת ממהותה כמדינת העם היהודי. מעבר לחובה זו, נבקש להפנות את תשומת הלב למקורות נורמטיביים נוספים שמכוחם מתבקש, רצוי, ואף הכרחי כי מדינת ישראל תנקוט פעולות למניעת הרס אתרי ארכיאולוגיה בשטחי B-1 A.

1.2. כפי שנראה להלן, המשפט הבין-לאומי מייחס חשיבות רבה לשמירה על המורשת התרבותית וההיסטורית של האנושות ושל עמים, ובכלל זה על אתרים ארכיאולוגיים והיסטוריים. לאור זאת, בשורה של אמנות נקבעו חובות ואיסורים על מדינות שמטרתם הגנה על נכסי המורשת מפני השחתה ואובדן, הן בימי מלחמה והן בימי שלום. מדינת ישראל חתומה על מספר אמנות בין-לאומיות בנושאים אלו. בעשורים האחרונים ההכרה בחובות ובאיסורים הללו מתרחבת וזוכה להכרה רחבה, כפי הנראה גם במסגרת המשפט הבין-לאומי המנהגי.

14. א. חובת ההגנה על אתרי מורשת ותרבות

ישראל חברה באמנת אונסקו למורשת עולמית⁴ משנת 1972. האמנה מגדירה כ"מורשת תרבותית", בין היתר, כל "אזורים הכוללים אתרים ארכיאולוגיים שהם בעלי ערך אוניברסלי יוצא מהכלל מבחינה היסטורית, אסתטית, אתנולוגית או אנתרופולוגית".⁵ מדינת ישראל הכירה במסגרת האמנה בכך שהחובה להגן, לשמור ולהעביר לדורות הבאים את המורשת התרבותית המצויה בשטחה מוטלת עליה, והתחייבה לעשות כל שביכולתה למען מטרה זו.⁶ אף שהאמנה קובעת פרוצדורה להכללת אתרים ברשימת המורשת

¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969

² שם, סעיפים 65-68.

³ Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (2009) P. 809-810

⁴ האמנה להגנה על המורשת התרבותית והטבעית של העולם (1972) - Convention For The Protection Of The World Cultural And Natural Heritage (כתבי אמנה 1303, כרך 44). ישראל הצטרפה לאמנה ב-6.10.1999 והיא נכנס לתוקף לגביה ביום 6.1.2000.

⁵ סעיף 1 לאמנה.

⁶ סעיף 4.

העולמית (World Heritage List), האמנה מדגישה כי אי-הכללתו של נכס השייך מורשת תרבותית לרשימה הזו איננה שוללת את היותו בעל ערך אוניברסלי, כלומר תחולת יתר סעיפי האמנה לגביו.⁷ לצד האמנה, יש הטוענים כי התפתח כלל מנהגי במשפט הבין-לאומי המחייב את כל המדינות לפעול להגנה על נכסי תרבות ומורשת.⁸ בין היתר, טענה זו נשענת על כך שלא ייתכן שההגנה על נכסים כאלו בעת מלחמה (ראו להלן) תהא רבה מן ההגנה הנתונה להם בעת שלום. ייתכן גם שהצהרת אונסקו משנת 2003 בדבר הרס מכוון של עתיקות משקפת את התגבשותו של כלל מנהגי.⁹ בהעדר גורם אחר אשר מקבל על עצמו אחריות להגנה על האתר, האחריות מוטלת על מדינת ישראל. מדינת ישראל היא בעלת האחריות העליונה על השטח מאז שתפסה אותו בשנת 1967. יתירה מכך, מדינת ישראל טוענת – ובצדק – לזכויות ריבוניות בשטח כולו. נוכח העבודות להשחתתו של האתר בידי מי שישראל השליכה עליו את יהבה כי יפעל להגנתו, על ישראל לפעול למניעת ההרס לאור מחויבויותיה באמנה.

15. ב. חובותיה של ישראל לפי דיני המלחמה:

אף שלעמדתנו דיני המלחמה אינם חלים de-jure על הסיטואציה, מדינת ישראל נוהגת de-facto כאילו חלים. ככל שאכן דנים דיני העימות המזויין על הסיטואציה, הרי שחלה אמנת האג להגנה על נכסי תרבות בעת עימות מזויין משנת 1954.¹⁰ אמנה זו מגדירה במפורש אתרים ארכיאולוגיים כינכסי תרבות, ומטילה חובה על מדינות בעת עימות או בעת כיבוש לנקוט אמצעים כדי למנוע גניבה או השחתה של נכסי תרבות שבשטחה שלה או בשטח הצד השני.¹¹ ישראל היא צד לאמנה, ויש גם בסיס לטענה כי היא משקפת משפט מנהגי.¹²

בנוסף לכך, סעיף 43 לתקנות האג קובע את חובתו של המחזיק לדאוג לביטחון ולסדר הציבוריים. בית המשפט העליון פירש חובה זו בהרחבה.¹³ חובתו של המחזיק היא גם לשמור על גוף המקרקעין ולנהוג בהם כנאמן.¹⁴ במסגרת זו, ככל שחלות ההוראות הללו על שליטתה של ישראל ביו"ש, הרי שהן אינן מתירות לישראל לעצום עיניים אל מול הרס והשחתה של נכסים היסטוריים בעלי חשיבות.

ד. סיכום

1. הכוונה לפגוע בעתיקות בבריכות שלמה ובאתרים נוספים מהווה הפרה ברורה וחמורה של הסכמי אוסלו מצד הרשות הפלסטינית, שבהם התחייבה הרשות לשמור ולהגן על אתרים ארכיאולוגיים.
2. ההפרה היא הן במעשה (השחתה מטעם הרשות) והן במחדל (הימנעות משמירה מפני משחיתים אחרים).
3. תוצאות ההפרה היא קיומה של אפשרות להשעות את ההסכם בהקשר האמור, ולהתייחס את השטח כשטח הנתון לאחריות ישראל מבחינת השמירה על העתיקות.

⁷ סעיף 12.

⁸ להרחבה ראו Ana Filipa Vrdoljak, Intentional Destruction of Cultural Heritage and International Law (2007).

⁹ UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage

October 2003 17

¹⁰ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention 1954

¹¹ סעיף 4(3).

¹² Prosecutor v. Pavle Strugar, Trial Judgment, No.IT-01-42-T, (31 January 2005), para. 229

¹³ ראו למשל בג"ץ 10356/02 חס נ' מפקד כוחות צה"ל (2004).¹⁴

תקנה 55 לתקנות האג.

4. לפיכך גם בהנחה שהסכמי אוסלו באופן כללי תקפים, ולמרות שמדובר בשטחי A-ו-B, מדינת ישראל רשאית לעשות כל פעולה נדרשת כדי להגן על האתר ולמנוע נזק.
 5. פעילות ישראלית כזו לא תעלה בהכרח כדי נסיגה כללית מהסכמי אוסלו. במידת האפשר, ניתן לשקול פנייה לרשות הפלסטינית בדרישה לתיקון ההפרה קודם נקיטת פעולות.
 6. מעבר למחויבות מוסרית והיסטורית, ישראל מחוייבת מכוח חברותה באמנת אונסקו להגן ולשמור על אתרי מורשת תרבותית, והאתר הנדון הוא ללא ספק אתר כזה. ישראל גם מחוייבת לפי דיני המלחמה, ככל שהם חלים, למנוע פגיעה באתרים, במסגרת חובתה לשמור על הסדר הציבורי וחובתה למנוע פגיעה בלתי הפיכה במקרקעין.
16. כאמור, עמדה זו נכתבה באופן ראשוני לאור דחיפות העניין, והיא נועדה להציג את עיקרי ההיבטים המשפטיים. ככל שיהיה צורך בכך, נשמח להוסיף ולבחון את הסוגיה.