

## ניצול החוק הדינמי של כיבוש מתמשך: בג"ץ והמחצבות הישראליות בשטחים הפלסטיניים הכבושים

ולנטינה אזרוב<sup>1</sup>

ב-26 בדצמבר 2011 פרסם בית הדין הגבוה לצדק (בג"ץ) את פסק דינו בעתירה נגד הפעלת מחצבות בשטחים הפלסטיניים הכבושים, שהגיש ארגון זכויות האדם הישראלי יש דין. העותרים דרשו להפסיק את הפעלת המחצבות, מכיוון שזו מנוגדת לחובתה של מדינת ישראל לנהל את השטחים הכבושים לטובת האוכלוסייה המקומית<sup>2</sup>. ישראל החלה להפעיל מחצבות בשטחים הכבושים בשנות ה-70; כיום יש שם עשר מחצבות, שמונה מהן פעילות. כמעט 75% מהתוצרים המופקים בהן מגיעים לשוק הבנייה הישראלי; חלק מהמחצבות מעבירות 94% ממוצריהן לשוק הבנייה בישראל.

באמצעות אימוץ פרשנות דינמית של עקרונות המשפט הבינלאומי המתייחסים לתפיסה לוחמתית, ובמיוחד את "כלל טובת ההנאה" (usufruct rule) הכלול בתקנה 55 של תקנות האג מ-1907, פסקת בג"ץ מעניקה ליש ראל את הזכות לנצל באופן נרחב את משאבי הטבע בשטחים הכבושים לטובת השוק הפרטי הישראלי<sup>3</sup>. בעקבות הפסיקה הגיש יש דין ב-10 בינואר 2012 בקשה לדין נוסף בהרכב מורחב. הארגון דורש כי הדיון הנוסף יעסוק בשאלות משפטיות עקרוניות שמעלה העתירה. לצד הבקשה הוגשה חוות דעת מטעם יד ידי בית המשפט, שחיברה קבוצה של מומחים ישראלים למשפט בינלאומי<sup>4</sup>.

הסכם הביניים בין ישראל לאש"ף, 1995: מחילה על הפרות של המשפט הבינלאומי

בראשית פסק הדין בוחן בג"ץ את הסכם הביניים שעליו חתמו ישראל ואש"ף ב-1995, שבו הסכימו הצדדים להעביר את הזכויות במחצבות לרשות הפלסטינית. בג"ץ מעיר על אופיים המדיני של ההסכמים, אבל כי הם מעניקים לישראל זכות (חוקית) להפעיל מחצבות בשטחים הכבושים (סעיף 6 לפסק הדין). בית המשפט מקבל את הטענה כי "המסגרת הראויה להכרעה בשאלת עתיד פעולתן של המחצבות הישראליות באזור הינה מסגרת של הסכם מדיניים ולענין זה אין העותרת בעלת הדברים עם המדינה" (שם). הקביעה כי סוגיית המחצבות היא סוגיה מדינית הופכת את העניין ל"בלתי שפוט".

בית המשפט מוסיף כי לפי הסכם הביניים, "האחריות על נושא המחצבות והמכרות בשטחי C – ובכלל זאת, סמכויות רישוי, פיקוח, הגדלה והפעלה שלהם – תועבר בהדרגה מהמינהל האזרחי לצד הפלסטיני" (שם). באופן ראוי לביקורת, בית המשפט אינו מציין כי סמכויות אלה לא הועברו מעולם לידי הרשות הפלסטינית. לפיכך, המחצבות הישראליות פועלות תוך חריגה מסמכותן של הרשויות המופקדות על תחום זה בהסכם<sup>5</sup>. בג"ץ קובע גם, כי טענות העותרת נשענו בסופו של יום על פגיעה כללית לכאורית בזכויות הפלסטינים, בניסיונות בהן הרשות עצמה היתה צד להסדר שהתייחס לפעילותן של המחצבות במסגרת הסכמי הביניים. (שם). נימוק זה עוקף כלל יסוד של דיני הכיבוש, המבטיח כי זכויותיהם של אנשים מוגנים לא ייפגעו, באמצעות איסור על האוכלוסייה הכבושה לוותר על זכויותיה המשפטיות<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> המחברת היא מרצה לזכויות אדם ולמשפט בינלאומי ויו"ר התוכנית לזכויות אדם באוניברסיטת אל-קודס, קולג' בארד, אוניברסיטת אל-קודס, פלסטין. בעבר עבדה כחוקרת משפטית באל-חאק ובמוקד להגנת הפרט.

<sup>2</sup> בג"ץ 2164/09, יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח, פסק דין מ-26 בדצמבר 2011.

ראו: <http://elyon2.court.gov.il/files/09/640/021/N14/09021640.N14.htm>

<sup>3</sup> מאמר של גרוס על הפסיקה מצביע על האופי התכליתי של הטענות שנקט בג"ץ ועל האופן שבו פסק הדין מנוגד לעקרונות דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי. אייל גרוס, "אבן מקיר תזעק", הארץ, 28.12.2011.

<http://www.haaretz.co.il/opinions/1.1602782>

<sup>4</sup> "מומחים ישראלים למשפט בינלאומי": בג"ץ טעה כשקבע שמוטר לישראל להפעיל מחצבות בשטחים

הכבושים, <http://www.yesh-din.org/he/infoitem.asp?infocaid=181>

<sup>5</sup> ראו חוות דעת שהוגשה לבית המשפט מטעם ידידי בית המשפט במסגרת הבקשה לדין נוסף.

<sup>6</sup> כולל זכות ההגדרה העצמית וסעיף 25 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מ-1966, שמקורו ב"כלל טובת ההנאה", בעוד הסעיפים הרלוונטיים של אמנת ז'נבה הרביעית מתייחסים לזכויות

ההנמקה לא רק מעניקה להסכם אופי מעין משפטי, אלא גם רומזת לכך שהוא עשוי לגבור על חובותיה של ישראל לפי המשפט הבינלאומי. הנימוק של בית המשפט מצדיק את הפרת דיני התפיסה הלוחמתית על ידי ישראל, בכך שהוא מאפשר לה לגייס את חוקיה כדי להצדיק את הפרות החוק הבינלאומי שהיא אחראית להן.<sup>7</sup>

שתי עוולות זכות יכולות לתקן את הטעות: הרחבה "דינמית" של הזכויות ארוכות הטווח של הכובש לפי "כלל טובת ההנאה"

"כלל טובת ההנאה" מנוסח בתקנה 55 לתקנות האג מ-1907, שבו נכתב:

"המדינה הכובשת תיחשב רק כמנהל וכבעל טובת הנאה בבניינים הציבוריים, נכסי דלא ניידי, יערות ונחלות חקלאיות השייכים למדינה האויבת והנמצאים בארץ הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת ההנאה".

אלה אכן הוראות לא ברורות. עם זאת, רוב הפרשנים מסכימים כי המעצמה הכובשת מנועה מעריכת שינויים קבועים בשטח הכבוש, ובכלל זה ניצול מכרה בקצב מהיר יותר מרמת ההפקה הקודמת או פתיחת מכרות שלא היו בשימוש קודם לכיבוש.<sup>8</sup> לכלל זה מתווספת התקנה שלפיה אין לנקוט פעולות הגורמות נזק לאוכלוסייה המקומית, או המעניקות העדפה לעניינים המקומיים של הכובש.<sup>9</sup>

בית המשפט בחן שתי סוגיות משפטיות עיקריות: (1) אם הניצול היה בהיקף המותר והכובש היה רשאי לפתוח מחצבות נוספות; (2) אם האינטרסים של האוכלוסייה המקומית נשמרים. בסוגיה הראשונה בג"ץ קובע כי החובה היחידה של הכובש היא להבטיח שמשאבי הטבע הקיימים בשטח הכבוש לא יידלדלו ולא ינוצלו יתר על המידה, בעוד שדבר אינו מונע ממנו לפתוח מחצבות חדשות (סעיף 8 לפסק הדין). בג"ץ מתעלם מהעובדה שבקצב הכרייה הנוכחי, כל המחצבות בשטח C עלולות להגיע למיצוי מוחלט בתוך 38 שנים.<sup>10</sup>

בהקדמה לניתוח השאלה השנייה, בית המשפט מזכיר כי עקב "הנסיבות המיוחדות באזור" ובגלל "הכיבוש הממושך" יש להביא בחשבון את ה"חובה למנוע את קריסת הכלכלה המקומית" (סעיף 8 לפסק הדין). בית המשפט מעיר שהפסקת פעילות החציבה "עלולה להביא לניוון התשתיות הקיימות והזנחת המפעל הכלכלי, באופן שיעמוד בסתירה לרציונלים שביסוד העיקרון ולחובות שמטיל המשפט הבינלאומי על הכובש". כתוצאה מכך בית המשפט קובע כי על המפקד הצבאי מוטל מגוון רחב של חובות:

"דיני הכיבוש המסורתיים מחייבים התאמה להתמשכות החזקה, להמשך החיים הסדירים באזור ולקיום היחסים הכלכליים בין שתי הרשויות – המחזיקה והמוחזקת... תפיסה זו קוראת לעבר אימוץ ראייה רחבה ודינמית של חובות המפקד הצבאי בשטח, המטילות עליו, בין היתר, אחריות להבטחת

"המובטחות להם באמנה הנוכחית", לא ברור לח לוטין אם ביניהן נכללות הזכויות המצוינות בתקנות האג הנוגעות לכיבוש.

<sup>7</sup> ראו סעיף 27 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות מ-1969.

<sup>8</sup> Yutaka Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law* (Martinus Nijhoff, The Hague, 2009).

<sup>9</sup> הגבלות אלה אוסרות במפורש על הכובש להתערב בפעילות הכלכלית בשטח הכבוש, מתוך כוונה להפיק הטבות כלכליות לעצמו. כך היה כאשר ישראל פיתחה שדות נפט בחצי האי סיני, פעולה שהיתה בה הפרה של סעיף 55 מכיוון שישראל השתמשה במוצר זה בעיקר בשוק המקומי שלה. ראו Antonio Cassese, 'Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources' in Emma Playfair ed., *International Law and the Administration of Occupied Territories* (Clarendon Press, Oxford, 1992).

<sup>10</sup> כפי שנמסר באופן רשמי על ידי המינהל האזרחי, שמצוטט בסעיף 24 של חוות הדעת מטעם יידי בית המשפט.

פיתוחו וצמיחתו של האזור בתחומים רבים ומגוונים, בכלל זה בתחום התשתית הכלכלית ופיתוחה" (סעיף 10 לפסק הדין. ההדגשות לא במקור).

בית המשפט קובע גם כי מכירת מוצרי המחצבות בשוק הישראלי הפרטי היא הליך חוקי וטוען כי מכירות כאלה תורמות לשמירת "יחסים בין הרשויות", היינו בין ישראל והרשות הפלסטינית (סעיף 10 לפסק הדין). באופן זה בג"ץ מפרש יחסים כלכליים, התורמים בראש ובראשונה לאינטרסים המקומיים של ישראל, בלי תשואה ממשית לכלכלה הפלסטינית, כאילו הם מיטיבים עם האוכלוסייה המקומית. נימוק זה לא רק סותר את הנחת היסוד שעליה מבוססת תקנה 43, אלא גם מקבל את ההיגיון שלפיו שתי עוולות יכולות לתקן את הטעות. במלים אחרות, הפרות מתמשכות של תקנה 55 מותרות, מכיון שהפסקתן נתפסת כאילו היא עלולה להביא להפרה של תקנה 43.

יתרה מזו, פסק הדין מזכיר את חובתו של המפקד הצבאי להבטיח את התפתחותה של האוכלוסייה הכבושה – הצהרה משפטית שנויה במחלוקת, מכיון שהצהרת אמון בין אויבים אינה מובטחת בתקופת מלחמה. אף על פי שבמובן מסוים הצהרה כזאת עשויה להתקבל בברכה, כל האמצעים בעלי ההשפעה המתמדת שנוקט הכובש צריכים לענות על האינטרסים של האוכלוסייה המקומית ועליהם לשקף באופן רציונלי את רצונה (סעיף 10 בחוות הדעת של ידידי בית המשפט). לפיכך, לכובש מוענקות אך סמכויות מוגבלות שבשיקול דעת, כדי למנוע ממנו להפוך לממשלה פוליטית במסווה.

התפיסה של "טובת האוכלוסייה המקומית" שמציג בג"ץ כוללת את טובתה של אוכלוסיית המתנחלים היהודים בשטחים, מכיון שהיא מתייחסת לשימוש בתוצרים שמפיקות המחצבות "בפרויקטים באזור יהודה ושומרון" (סעיף 12 לפסק הדין). מבחינת בית המשפט, המונח "אוכלוסייה מקומית" מתייחס גם למתנחלים הישראליים, שהועברו לשטח הכבוש על ידי ממשלת ישראל, שמשאירה אותם שם, תוך הפרה חמורה של המשפט הבינלאומי<sup>11</sup>. בדומה, בפסק הדין בנוגע להפקעת אדמות לצורך סלילת מסילת הרכבת בין תל אביב לירושלים קיבל בג"ץ את הפרשנות היצירתית של המדינה למושג "האינטרסים של האוכלוסייה המקומית". היינו, בית המשפט הסכים לתוכנית לא מוכחת למערכת רכבות שתקשר בעתיד קווי רכבת ישראליים עם קווי רכבת בגדה המערבית וברצועת עזה<sup>12</sup>.

בית המשפט קובע, לפיכך, שיש לדחות את העתירה. לפי תפיסתו של בג"ץ, התערבות שלו בענייניה של הרשות המבצעת אינה רק לא מעשית, אלא גם נוגדת את ההיגיון של אכיפת החוק (סעיף 13 לפסק הדין).

### בג"ץ והמינהל הישראלי בשטח הפלסטיני

האופן שבו מפרש בית המשפט את "כללת טובת ההנאה" עוטה גלימה של חוקיות על ניצול משאבי הטבע הפלסטיניים בידי ישראל. בכך הוא מציע פרשנות סלקטיבית של הכלל, מתוך התעלמות מהנחת יסוד בלתי מתפשרת של חוקי התפיסה הלוחמתית, הדורשים מהכוח הכובש לפעול לטובת האוכלוסייה המקומית. בהקשר זה פסק הדין בעניין המחצבות מזכיר את השקפותיה של בן-נפתלי בדבר אי-חוקיותו של המשטר הישראלי בשטחים הכבושים, המדגימות כיצד החוק מסובך כדי לשממר את הנהגה הישראלית של טשטוש גבולות באמצעות החלת זכויות ריבוניות בשטח שישראל אינה הריבון החוקי בו<sup>13</sup>.

בבואנו לבחון את האופן שבו מיישם בג"ץ את החוק הבינלאומי, אל לנו להזניח את ההקשר המוזר שבו מבצע בית המשפט את תפקידו. משרד החוץ הישראלי דחה באופן עקבי את העמדה שלפיה השטחים הפלסטיניים הם שטחים כבושים ואילו בג"ץ החיל על שטחים אלה רק את הסעיפים

<sup>11</sup> סעיף 49(6) לאמנת ז'נבה הרביעית. עמדה זאת אושררה על ידי הקהילה הבינלאומית באין-ספור החלטות של האו"ם ובחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בעניין חומת הפרדה מ-2004.

<sup>12</sup> בג"ץ 281/11, ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון ואח'. פסק דין מספטמבר 2011, סעיף 7. ראו <http://www.news1.co.il/ShowFiles.aspx?FileID=6250>

<sup>13</sup> Orna Ben-Naftali, 'PathoLAWgical Occupation: Normalizing the Exceptional Case of the Occupied Palestinian Territory (OPT) and Other Legal Pathologies', in Orna Ben-Naftali, ed., *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (Oxford University Press, Oxford, 2011).

ההומניטריים של אמנות ז'נבה, בניגוד להחלת חוקי התפיסה הלוחמתית כמקשה אחת. באופן זה, הביקורת השיפוטית של בג"ץ על פעולותיהן של הרשויות הישראליות כללה לא פעם מה שאפשר לכנות פרשנות "דינמית" של החוק, שבית המשפט מתאים ביעילות לצורכי המדינה / הכובש. בעשותו כן, בית המשפט נראה כמי שמיישם את המשפט הבינלאומי ההומניטרי, בעודו מפר עקרונות מהותיים וחותר תחתם. פסק הדין בעניין המחצבות הוא לפיכך דוגמה לאופן שבו בג"ץ נוהג להיכנע לרצונה של הרשות המבצעת ופועל כסניגורה.