

## המרכיב החסר בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי: אכיפה

מאת אן מסאג'י<sup>1</sup>

### חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בעניין החומה

ב-9 ביולי 2004, בדיוק לפני שנה, נקבעה נקודת ציון היסטורית כאשר בית הדין הבינלאומי בהאג הוציא חוות דעת מייעצת על ההשלכות המשפטיות של בניית החומה בשטחים הפלסטינים הכבושים, כולל מזרח ירושלים וסביבותיה.<sup>2</sup> המהלך שהוביל לחוות הדעת הזו הייתה הפניית העניין על-ידי העצרת הכללית של האו"ם לבית הדין הבינלאומי בדצמבר 2003, על מנת שיגיש בדחיפות חוות דעת מייעצת בנושא. אחרי ששקל 48 הצהרות כתובות, שמע טיעונים בעל פה במשך שלושה ימים ושקל את העניין במשך כמה חודשים, הוציא בית הדין הבינלאומי את חוות דעתו בה קבע, כי לבית הדין הייתה הסמכות השיפוטית לדון במקרה; כי המקרה ראוי להידון בפניו; וכי הקמת החומה בשטחים הפלסטינים הכבושים והמשטר הנלווה אליה מפרים את החוק הבינלאומי. בית הדין הבינלאומי קבע עוד שישראל מחוייבת בשלושה דברים, והם:

- להפסיק את בנייתה הבלתי-חוקית של החומה על שטחים פלסטינים כבושים ולפרק את אותם חלקים שכבר נבנו עד אז.
  - לבטל את כל החקיקה והתקנות הקשורות לבניית החומה בשטחים הפלסטינים הכבושים.
  - לפצות על כל נזק שנגרם בבניית החומה בשטחים הפלסטינים הכבושים.
- בית הדין הבינלאומי מצא גם שלקהילה הבינלאומית התחייבויות פרטניות וקולקטיביות בעניין זה:
- אֶל לקהילה הבינלאומית להכיר במצב הבלתי-חוקי שנובע מהקמת החומה בשטחים הפלסטינים הכבושים.
  - אל לקהילה הבינלאומית להושיט סיוע או עזרה לשמירת המצב שנוצר בעקבות הקמתה.
  - כל הצדדים החתומים על אמנת ג'נבה הרביעית חייבים לקיים את התחייבויותיהם לפי סעיף כללי מס' 1, כדי להבטיח את כיבוד האמנה.
  - על האו"ם לשקול איזו פעולה נוספת דרושה כדי להביא לסיום המצב הבלתי-חוקי הנובע מהקמת החומה בשטחים הפלסטינים הכבושים.

חוות הדעת המייעצת התקבלה בברכה בקהילת זכויות האדם, שרבים מחבריה חשו כי היא תקיפה הרבה יותר מכפי שציפו. חוות הדעת לא הותירה מקום לספק, לא רק באשר לאי-חוקיותה של החומה בשטחים הפלסטינים הכבושים, אלא גם לגבי סוגיות מפתח משפטיות שממשלות ישראל, בזו אחר זו, קראו עליהן תיגר במשך עשרות בשנים: היא אישרה את תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית

<sup>1</sup> חוקרת בתחום המשפט, אל-חק.

<sup>2</sup> International Court of Justice (ICJ), Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 9 July 2004, <[http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwp\\_advisory\\_opinion/imwp\\_advisory\\_opinion\\_20040709.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwp_advisory_opinion/imwp_advisory_opinion_20040709.pdf)>

על השטחים הפלסטינים הכבושים; את הגדרתה של ישראל כמעצמה כובשת בשטחים הפלסטינים הכבושים; את תחולת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות והסכמים בינלאומיים אחרים בדבר זכויות אדם על פעולות ישראל בשטחים הפלסטינים הכבושים; ואת האי-חוקיות של ההתנחלויות הישראליות בשטחים הפלסטינים הכבושים. לכל הדעות, חוות הדעת המייעצת הייתה קו פרשת מים במאבק על זכויות הפלסטינים, שהעניקה רוח גבית משפטית למאמצים לממש את הזכות הפלסטינית היסודית להגדרה עצמית ולסיום הכיבוש הלוחמני המתמשך של ישראל בשטחים הפלסטינים הכבושים.

### **התגובה הישראלית לחוות הדעת המייעצת**

על רקע קבלת הפנים הנלהבת שבה נתקבלה חוות הדעת המייעצת, הדומיה שבאה בעקבותיה, כמעט ללא יוצא מן הכלל, היתה משוועת אפילו יותר. כצפוי, שלטונות ישראל (שסירבו להשתתף בשימועים) גינו אותה מייד. עם הוצאת חוות הדעת המייעצת, הרחיק שגריר ישראל באו"ם לכת עד כדי לומר, כי "זהו יום שחור לבית הדין הבינלאומי ולמערכת המשפטית הבינלאומית".<sup>3</sup> ממשלת ישראל הבהירה שלא תשעה לחוות הדעת המייעצת, אלא תשתמש בפסיקת בית הדין הגבוה לצדק של ישראל בעניין בית סוריק<sup>4</sup> כאמת המדה המשפטית שלה. פסיקה זו מצאה אמנם ש-30 קילומטרים מתוך רצועת חומה בת 40 קילומטרים סמוך לירושלים השפיעה באופן לא פרופורציונלי על האוכלוסיה המקומית,<sup>5</sup> אך עם זאת קבעה שהמפקד הצבאי מוסמך לבנות חומה בשטחים הפלסטינים הכבושים. היא קבעה גם שרוב התוואי עומד במבחן הרציונאליות הצבאית, ועל כן הוא מגשים את היעד הצבאי של הקמת החומה.

אמנם בג"ץ המליץ לממשלה להגיב על חוות הדעת המייעצת, אולם ממצאיו העיקריים של הכרך בן 180 העמודים שנכתב בעקבותיה היו כי הבסיס העובדתי לחוות הדעת לוקה בחסר, לא מדויק ולא מעודכן, וגם לא רלוונטי, בשל שינויים שנעשו לאחר מכן בתוואי החומה ו"שיפורים" במתן מענה לצרכי הפלסטינים שנפגעו.<sup>6</sup> בסופו של דבר נקט משרד המשפטים את העמדה הגורסת כי אין חוות הדעת צריכה להשפיע על המקרים הנדונים בבתי המשפט בישראל.

כפי שהזדרזו שלטונות ישראל לציין, בפני בג"ץ הובאו כמה וכמה נימוקים משפטיים כנגד החומה. העתירות עוסקות בכל, מהיתרים, שערים ובידודם של פלסטינאים במובלעות על-ידי החומה ועד לעתירה עקרונית על חוקיותה של החומה ככלל.<sup>7</sup> למרות נסיונות אלה, נעשו בחומה רק שינויים מעטים - כולל שינוי התוואי שלה באופן המגדיל למעשה את אורכה ב-48 קילומטרים - ובנייתה בשטחים הפלסטינים הכבושים נמשכת באין מפריע. גם ההפרות הנובעות מבנייתה לא פסקו; במהלך

<sup>3</sup> ע"פ המצוטט אצל אלוף בן ואח', "Israel Firmly Rejects ICJ Fence Ruling", הארץ (המהדורה האנגלית), 11 ביולי 2004.

<sup>4</sup> בג"ץ 2056/04, מועצת הכפר בית סוריק נגד ממשלת ישראל ואחרים, 30 ביוני 2004.

<sup>5</sup> שם, פסקה 38.

<sup>6</sup> מחלקת ההסברה - משרד החוץ הישראלי, "סיכום לא רשמי של תגובת מדינת ישראל - גדר הביטחון", 28 בפברואר 2005.

<sup>7</sup> למידע נוסף על העתירות שהוגשו לבג"ץ, ראו באופן כללי: המוקד להגנת הפרט, בכתובת <<http://www.acri.org.il/english-2005>> וכן האגודה לזכויות האזרח בישראל, בכתובת <[http://www.hamoked.org.il/index\\_en.asp](http://www.hamoked.org.il/index_en.asp)> acri/engine/index.asp>

השנה האחרונה תיעדה סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם (אונר"א) לפליטים פלסטינים במזרח התיכון הגבלות נוספות שהחילו שלטונות ישראל על האפשרות של בעלי אדמות לקבל היתרי גישה לאדמתם באזור התפר (השטח שבין החומה לבין הקו הירוק).<sup>8</sup> מדאיגה במיוחד היא העובדה שמשרד החוץ הישראלי רמז לאחרונה שהוא נוקט צעדים להבטיח כי סוגיית החומה לא תשוב לעלות על סדר יומו של האו"ם.<sup>9</sup>

### **תגובתה של הקהילה הבינלאומית**

ברור - ואין זה מפתיע - ששלטונות ישראל לא ימלאו את חובותיהם על-פי החוק הבינלאומי כפי שמתואר בחוות הדעת המייעצת. המשימה מוטלת אפוא על הקהילה הבינלאומית, לנקוט פעולה כדי ליישם את החוק הבינלאומי בהתאם למחויבויותיה כמתואר בחוות הדעת. בסוף יולי 2004 קיבלה העצרת הכללית את החלטה ES-10/15, שהכירה בחוות הדעת המייעצת, תבעה שישראל תעמוד בהתחייבויות המשפטיות המצויינות בה, ביקשה ממזכ"ל האו"ם להקים גוף לרישום כל הנזקים שנגרמו לכל ישות טבעית או משפטית הנוגעת בדבר וקראה למדינות החברות באו"ם למלא את התחייבויותיהן המשפטיות כפי שצויין בחוות הדעת. העצרת הכללית גם קראה לכל הצדדים החתומים על אמנת ג'נבה הרביעית להבטיח שישראל תכבד את התחייבויותיה על-פי האמנה.

באוקטובר 2004, בעקבות החלטה זו, הודיעו גורמים רשמיים באו"ם שהמזכ"ל ישלח מכתב לנשיא העצרת הכללית ובו יתווה את מבנהו ואת פעולותיו המתוכננות של מרשם הנזקים האמור. הכוונה הייתה להקים גוף המסוגל לבחון בקשות וזכאות לרישום, וכן לאמת את העובדות ואת היקף הנזק ואת הקשר הנסיבתי בין הקמת החומה לבין הנזק שנגרם. מכתב זה הוגש בינואר 2005, הגם שלא ננקטו כל צעדים פומביים בעניין זה מאז הגשתו.

ואולם, למעט חריגים ראויים לציון אלה, הדממה שבה נתקלה חוות הדעת המייעצת מצד הקהילה הבינלאומית הפכה למחרישת אזניים כמעט. בשעה שגורמים ממשלתיים ובין-ממשלתיים למיניהם הכריזו בפומבי שפעולות ישראל חייבות לעלות בקנה אחד עם החוק הבינלאומי, לא הייתה כל התקדמות במתן משמעות מעשית לקביעות אלה. למעשה, במהלך המשא ומתן שקדם לקבלת ההחלטה ES-10/15, נתקלו הסעיפים האופרטיביים של הצעת ההחלטה בהתנגדות מצד כל מדינות האיחוד האירופי.<sup>10</sup> מושב החירום המיוחד העשירי של העצרת הכללית, שכינסו הוביל לבקשה לחוות הדעת המייעצת, לא כונס שוב מאז קבלת ההחלטה ES-10/15. ובכן, הדיון בעניין זה היה בעיקר דיון על עיקרון ולא על ביצוע. לאור ההיסטוריה הארוכה של הכרזות והחלטות מצד גורמים בין-ממשלתיים וממשלתיים כאחד, המלווה את העימות הישראלי-פלסטיני, הצהרות נבובות נוספות לא יביאו מזרז לעם הפלסטיני בשעה זו.

### **אכיפה - כעת ובעתיד**

<sup>8</sup> הרצאה של הנציבה הכללית של אונרו"א קארין אבו-זייד בפני משרד החוץ הפלסטיני בישיבה שנערכה במלאת שנה לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי, רמאללה, פלסטין, 11 ביולי 2005.

<sup>9</sup> משרד החוץ הישראלי, "שר החוץ שלום נפגש עם שליח האו"ם אלברו דה סוטו", 10 ביולי 2005, <<http://www.mfa.gov.il/MFA/About+the+Ministry/MFA+Spokesman/2005/FM+Shalom+meets+with+UN+envoy+Alvaro+de+Soto+10-Jul-2005.htm>>

<sup>10</sup> שלמה שמיר, "European Countries Divided Over UN Fence Vote", *הארץ* (המהדורה האנגלית), 21 ביולי 2004.

נותרת השאלה כיצד להקנות מממשות לממצאים שתוארו בחוות הדעת המייעצת. כרגע, המצב נראה עגום, שכן לא ננקט כמעט שום צעד מוחשי ורצון של כמה מן המדינות החברות הוא, כפי הנראה, להתעלם מחוות הדעת לחלוטין. הדבר נובע אולי, בחלקו, מן העובדה שההתייבויות המתוארות בחוות הדעת המייעצת רלוונטיות לא רק לישראל, אלא לקהילה הבינלאומית בכללותה. בית הדין הבינלאומי קבע בבירור שכמה מן הזכויות היסודיות של העם הפלסטיני שהופרו הן זכויות *erga omnes*, ועל כן נוגעות לכל המדינות. אף-על-פי שעל מדינות צד שלישי חלה החובה להבטיח שישראל תכבד את החוק הבינלאומי, הן היו מעדיפות להתעלם מן המטלה המונחת לפתחן.

כמה מדינות, ובהן נציין בעיקר את ישראל וארצות הברית, דבקו בתקיפות בעמדה שחוות הדעת אינה מחייבת, שכן היא מייעצת ואינה תביעה הנדונה בפני בית הדין הבינלאומי (*a contentious case*). מכל מקום, עמדה זו מתעלמת מ**טבען** של ההתייבויות המתוארות בה. הסוגיות המשפטיות המועלות בחוות הדעת המייעצת - כגון הזכות להגדרה עצמית, האי-חוקיות של הגבלות לא פרופורציוניות על חופש התנועה, האי-חוקיות של הרס או הפקעה של רכוש בלי צורך צבאי, האי-חוקיות של ההתנחלויות הישראליות בשטחים הפלסטינים הכבושים, ואי-הכרה בפעולות לא חוקיות - הן כשלעצמן הצהרה מחודשת על מחויבויות שקיימות על-פי הדין הבינלאומי, ועל כן הן מחייבות על שום הבסיס המשפטי הקיים שלהן. אין זה רלוונטי אפוא אם חוות הדעת המייעצת עצמה מחייבת אם לא. מה שחשוב מעל לכול הוא עניין יישומן של הוראות החוק הבינלאומי שאותן היא מבליטה.

לחץ מצד ארגונים של החברה האזרחית הביא תועלת מסויימת. סוכנויות בינלאומיות גילו חשש פן פעולותיהן מנוגדות לחוות הדעת המייעצת. הודות ללחץ מצד ארגוני החברה האזרחית הפלסטיניים, שתבעו עמידה בעקרונות החוק הבינלאומי כפי שהם מתוארים, בין השאר, בחוות הדעת המייעצת, כשלו מאמצים שעשו שלטונות ישראל לתקן למעשה את הסכם ההתקשרות בין האיחוד האירופי לבין ישראל באמצעות הסדר אולמרט (שהיה מאפשר לרשום מוצרים שמקורם בהתנחלויות כאילו מקורם בישראל). בנוסף לכך, ארגונים של החברה האזרחית השתמשו בחוות הדעת המייעצת כבסיס חשוב להתייחסות בהגברת תשומת הלב לשימוש בציד וחומרים של חברות כגון Cement Roadstone ו-Caterpillar Holdings (CRH) בבניית החומה.

מכל מקום, ההתקדמות בעניין זה עודנה מוגבלת, ועל כן יש לשים לב לצעדים הבאים שיש לנקוט. אמנם בלתי אפשרי להעריך במדויק מה עשוי לקרות בעתיד בעניין אכיפת חוות הדעת המייעצת, אך יש לקחת בחשבון כמה סוגיות מפתח. כינוסו מחדש של מושב החירום המיוחד העשירי של העצרת הכללית, כפי שהציע לאחרונה שר החוץ הפלסטיני נאצר אל-קידוה, יספק פורום מתאים שבו יוכלו מדינות לדון באמצעים ליישום ההתייבויות, כפי שהדגישה חוות הדעת, ולביצוע רישום הנזקים המוצע. אחד המנגנונים שניתן יהיה להקים במושב כזה יהיה דרישה מן המדינות לדווח על מילוי ההתייבויות. אלא שהעצרת הכללית תוצף עד מהרה בוויכוחים פנימיים לגבי הרפורמה באו"ם, ויש להמתין ולראות האם בחירתו של השגריר הישראלי באו"ם, דן גילרמן, כאחד מ-21 סגני הנשיא של העצרת הכללית תשמש כמכשול בפני האפשרות לכנס מחדש את המושב המיוחד.

מדינות צד שלישי חייבות להבטיח שהסכמים דו-צדדיים שהן כורתות לא יפרו כשלעצמם את התחייבויותיהן כפי שמתואר בחוות הדעת המייעצת. אמנם מדינות שכאלה בדרך-כלל מקפידות ביותר לעמוד בנורמות המשפטיות הלאומיות או האזוריות שלהן, אך חשוב שפעולותיהן יעלו בקנה אחד גם עם הנורמות הבינלאומיות. עמידה שכזו בנורמות חייבת להשתקף הן בהסכמים הדו-צדדיים עצמם והן במה שנוהגת המדינה. אמצעי חשוב אחד להבטיח היענות הוא הכללתם של סעיפי "ביטחון" בהסכמים שכאלה, בין השאר, סעיפים המציינים שכל הצדדים יפעלו בכל הקשור להסכם בהתאם לעקרונות החוק הבינלאומי, כולל משפטזכויות האדם והמשפט ההומניטרי.

למרבה הצער, הקהילה הבינלאומית הרחבה לא גילתה נכונות להפעיל לחץ על שלטונות ישראל, כתוצאה מן האמונה ש"המשא ומתן העדיף" בין ישראל לבין הרשות הלאומית הפלסטינית עלול לעמוד בסכנה. מדינות רבות מתמקדות בימים אלה בתכנית ההינתקות החד-צדדית של ישראל. ואולם, אי-נכונות שכזו מתעלמת מן המציאות, קרי, שלמעשה לא מתקיים כל משא ומתן, וכי אכיפת חוות הדעת הבינלאומית עשויה להוות תרומה משמעותית להגשמת פתרון צודק ובר-קיימא לסכסוך, שכן בלי כיבוד החוק הבינלאומי, לא ניתן יהיה להגיע לשום פתרון. בלי מאמצים מוחשיים מצד הקהילה הבינלאומית לאכוף על ישראל את מחויבויותיה על-פי חוות הדעת המייעצת, יתמידו שלטונות ישראל במאמציהם המתמשכים ליצור עוד עובדות בשטח באמצעות המשך הקמת החומה והמשטר הנלווה אליה. כפי שציין ג'ון דוגארד, שמונה ע"י האו"ם לדווח על מצב זכויות האדם בשטחים הפלסטיניים הכבושים :

"פריעת החוק הבינלאומי בידי ישראל מהווה איום לא רק על הסדר המשפטי הבינלאומי אלא גם על הסדר הבינלאומי עצמו. אין זה הזמן לפייסנות מצד הקהילה הבינלאומית".<sup>11</sup>

<sup>11</sup> John Dugard, "Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied by Israel Since 1967," A/59/256, 12 August 2004, para. 42.