

## חוות דעת מומחים

### בג"ץ 2164/09 "יש דין" – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (26.12.11)

אנו החתומים מטה, ד"ר גיא הרפז (שמקום עבודתו בפקולטה למשפטים והמחלקה ליחסים בינלאומיים באוניברסיטה העברית), פרופ' יובל שני (שמקום עבודתו בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית), פרופ' איל בנבנישתי (שמקום עבודתו הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב), ד"ר עמיחי כהן (שמקום עבודתו הקריה האקדמית אונו), ד"ר יעל רונן (שמקום עבודתה במכללת שערי משפט ובמרכז מינרבה לזכויות אדם בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית), פרופ' ברק מדינה (שמקום עבודתו הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית) ופרופ' ארנה בן-נפתלי (שמקום עבודתה בית הספר למשפטים במכללה למונהל), נותנים בזאת חוות דעת באשר לסוגיות העולות מפסק הדין שניתן ב-26 לדצמבר 2011 על ידי בית המשפט העליון בשיבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, במסגרת העתירה בבג"ץ 2164/09 (כב' הנשיאה ד' ביניש וכבוד השופטות מ' נאור וא' חיות) (להלן – "פסק הדין"), ככל שהן נופלות בתחום מומחיותנו במשפט הבינלאומי הפומבי והמשפט החוקתי של מדינת ישראל, לפי העניין, וכל זאת בתמיכה לבקשת העותרת לדיון נוסף בעניין זה. חוות דעתנו זאת נכתבה על בסיס עיון בעתירת העותרת, תגובת המשיבים, פסק הדין עצמו ובקשת העותרת לדיון נוסף.

חוות דעתנו זאת ניתנת במקום עדות בבית משפט, ואנו מצהירים כי ידוע לנו היטב שלעניין הוראות הדין הפלילי בדבר עדות שקר בשבועה, דין חוות דעתנו כשהיא חתומה בידנו כדין שבועה בבית משפט.

חוות הדעת ערוכה באופן הבא:

עמוד	מספר פסקאות	תוכן עניינים
3		<u>שער ראשון – מבוא</u>
3	1-3	א. מבוא
4	4-5	ב. תשתית עובדתית

5		<b>שער שני – חוות הדעת</b>
5	6-92	<b>א. הפרשנות הראויה של תקנה 43 לתקנות האג</b>
5	6-7	א.1. מבוא
6	8-14	א.2. אופייה המעין-החוקתי של תקנה 43 ותכליותיה ותכליות דיני הכיבוש
9	15-65	א.3. שמונה תכליות פוטנציאליות שונות הגלומות בהיתרי הכרייה והיחס ביניהן ובין תקנה 43 והלכת ג'מעית אסכאן
23	66-70	א.4. הסכמי הביניים אינם כובלים את שיקול הדעת של המפקד הצבאי מכוח תקנה 43
24	71-92	א.5. הפרשנות הראויה למימד הזמניות המתמשכת של הכיבוש באזור
34	94-159	<b>ב. הפרשנות הראויה של תקנה 55 לתקנות האג</b>
34	94-99	ב.1. מבוא
36	100-105	ב.2. פרשנות פסק הדין לתקנה 55 במישור הרחב – תכליות דיני הכיבוש
37	106-143	ב.3. פרשנות פסק הדין לתקנה 55 במישור הצר – המימד המילולי-תכליתי-קונטקסטואלית של התקנה
48	144-159	ב.4. עקרון המשכיות
54	160-161	<b>ג. סיכום</b>

**א. מבוא**

1. למיטב הבנתנו הפרשנות של המשפט הבינלאומי בכלל ושל דיני התפיסה הלוחמתית בפרט המובאת בפסק הדין אינה נכונה. פסק-הדין גם אינו עולה בקנה אחד עם פסיקתו העקרונית והעקבית של בית המשפט הגבוה לצדק בתחום דיני הכיבוש.
2. **בחוות הדעת נבקש לבסס את העמדות הללו:** (1) הפרשנות שניתנה בפסק הדין לתקנה 43 לתקנות האג אינה עולה בקנה אחד עם התכליות של דיני הכיבוש; (2) הפרשנות שניתנה בפסק הדין לתקנה 43 לתקנות האג סותרת את הלכת ג'מעית אסכאן עליה מושתת במידה רבה פסק הדין; (3) הפרשנות שניתנה בפסק הדין לנפקות הימשכותו של הכיבוש באזור עומדת בסתירה לנפקות שיש לדעתנו להעניק לגורם הזמן; (4) הפרשנות שניתנה בפסק הדין לתקנה 55 לתקנות האג אינה מתאימה ללשון הסעיף ולתכליתו; (5) כפועל יוצא, ההיתר שניתן לתאגידיים ישראלים לכרות מחצבי טבע מתכלים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מנוגד לדיני הכיבוש.
3. ליבת חוות הדעת הינה הקביעה כי הפרשנות הראויה של תקנות 43 ו-55 לתקנות האג הינה, בכל הכבוד, שונה מזו שנקבעה בפסק-הדין. פסק הדין מרחיב יתר על המידה את היקף האינטרסים המוגנים על ידי דיני הכיבוש ו-*ratione materiae* ו-*ratione personae*. מעבר לכך, פסק הדין אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של דיני הכיבוש כפי שפורשו על ידי בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין. פסק הדין אמנם נשען במפורש על הלכת ג'מעית אסכאן שהשתרשה בפסיקת בית המשפט העליון, אך למעשה סותר אותה. באופן ספציפי, פסק הדין אינו מתיישב עם פרשנות מקובלת לגבי מימד הזמניות של דיני הכיבוש והנפקות המשפטית של המשכיות הכיבוש, הוא אינו עולה בקנה אחד עם עקרון הנאמנות של הכובש לאוכלוסייה המוגנת, הוא סותר את ההגדרות המקובלות ביחס לקבוצות המוגנות על-ידי דיני הכיבוש וסוטה מהפרשנות המקובלת בעולם ובישראל ביחס למושג "טובת האוכלוסייה המוגנת".

## **ב. תשתית עובדתית**

4. כעולה מכתבי בית הדין השונים, החל מאמצע שנות ה-70 מבצעים תאגידים ישראלים, על פי היתר (זיכיון) שניתן על ידי מדינת ישראל (משיבים 1 ו-2), פעילות בקנה מידה מסחרי של כריית מחצבים במחצבות בשטחי יהודה ושומרון (להלן – "**האזור**"). במהלך שנות ה-80 וה-90 גדל היקף פעילותן של המחצבות וכן עלה שיעור תוצרי החציבה שהועברו לתחומי מדינת ישראל. כיום קיימות בשטח C עשר מחצבות בבעלות ישראלית, מתוכן שמונה פעילות, אשר הוקמו על "אדמות מדינה" (להלן "**המחצבות הישראליות**"). המחצבות הישראליות המופעלות ע"י המשיבים 3-12 לא היו קיימות וממילא לא היו פעילות עובר למועד תפיסת האזור על ידי מדינת ישראל. בנוסף פועלות בשטח C מחצבות בבעלות פלשתינאית וכן קיימות מחצבות פלשתינאיות בשטחי A ו-B.
5. פעילותן של המחצבות הישראליות מתבצעת תחת זיכיון שהוקצה לתאגידים הישראלים ע"י המנהל האזרחי. המנהל האזרחי גובה מבעלי המחצבות הישראליות תשלומים הכוללים דמי חכירה ותמלוגים. סך התמלוגים ששולמו בשנת 2009 בעבור השימוש במחצבות על ידי גורמים ישראלים עומד על כ-25 מליון ש"ח. כ-94% מתוצרת המחצבות הללו משוועים לתחומי מדינת ישראל. לפי תכנית המתאר הארצית לכרייה וחציבה, כלל המחצבות באזור מספקות כרבע מהיקף הצריכה של חומרי חציבה במשק הישראלי. לשיטת המדינה במחצבות הישראליות מועסקים כ-200 עובדים פלסטינים.

**א. הפרשנות הראויה לתקנה 43 לתקנות האג**

**א.1. מבוא**

6. תקנה 43 לתקנות האג קובעת כי:

"The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country".

ובנוסחה העברי (ראו בבג"ץ 202/81 סעיד מחמוד טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622, 629 (1981):

"בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".

7. **בפרק זה נבקש לבסס את עמדתנו לפיה:**

- (א) הפרשנות שניתנה בפסק הדין לתקנה 43 לתקנות האג באשר לסמכויות המפקד הצבאי סותרת את תכליות דיני הכיבוש ואת רוחם של דינים אלו.
- (ב) פסק הדין איננו מבחין בין שאלת הסמכות לבין אופן הפעלתה ומתעלם מהעובדה כי הכרייה נעשית בחריגה מסמכות. לפיכך, הקביעה כי הפגיעה הנגרמת מעבודות החציבה הינה שולית (ואינה מכלה את הקרן) איננה מעלה ואינה מורידה לעניינו.
- (ג) הקביעה בפסק הדין כי מתן היתר להמשך הפעלת המחצבות על ידי שלטונות ישראל הינו לטובת האוכלוסייה המוגנת מבוססת על פרשנות שגויה של היקף ההגנה שמעניקים דיני הכיבוש לאוכלוסייה המוגנת.

(ד) הקביעה בפסק הדין כי מתן היתר להמשך הפעלת המחצבות הינו לטובת האוכלוסייה המוגנת איננה מתיישבת עם פסיקת בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בנושא סמכויותיו של המפקד הצבאי, פסיקה המעוגנת בהלכת ג'מעית אסכאן ובפסקי דינים אחרים שנסמכו עליה.

(ה) פסק הדין מתעלם מההבחנה המעוגנת בפסיקת בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לגבי ההבדל בין שיקול דומיננטי לשיקול טפל בהפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי מכוח תקנה 43.

(ו) הפרשנות שניתנה בפסק הדין לגבי השפעת מימד הזמן (הימשכות הכיבוש) על שיקול הדעת של המפקד הצבאי סותרת את דיני הכיבוש ותכליותיהם.

(ז) הקביעה כי הסכמי הביניים עם הרשות הפלשתינית כובלים את היקף שיקול הדעת של המפקד הצבאי ואולי אף מייתרים את שיקול דעתו בסוגיה זאת סותרת את דיני הכיבוש וכן פסק דין אחר שנתן בית המשפט העליון יומיים לאחר פסק הדין נשוא חוות דעת זאת - בג"ץ 5324/10 מלכה ואח' נגד המנהל האזרחי ביהודה ושומרון (טרם פורסם; פסק הדין מיום 28.12.2011).

(ח) לסיכום, מתן היתר כרייה לשם שימוש בתוצרי הכרייה שלא לטובת האוכלוסייה הכבושה מהווה הפרה של תקנה 43 לתקנות האג, המחייבות שמירה על השטח, ומהווה הפרה של החובה לשמור על סדרי השלטון בשטחים.

## **2.א. אופייה המעין-חוקתי של תקנה 43 ותכלית דיני הכיבוש**

8. אין חולק כי תקנה 43 הינה בעלת אופי מעין-חוקתי וככזו היא חולשת על כל דיני הכיבוש. קביעה זאת זכתה להכרה בפסקי דין זרים, ובשורה ארוכה של פסקי דין של בית המשפט העליון לרבות בפסק הדין נשוא חוות הדעת:

"כידוע, תקנה 43 הוכרה בפסיקתנו כהוראת מסגרת מעין-חוקתית של דיני התפיסה הלוחמתית, הקובעת מסגרת כללית לאופן הפעלת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח הכבוש" (פסקה 8 לפסק הדין).

9. כפי שיפורט להלן, תקנה 43 בשילוב עם הוראות מרכזיות אחרות של דיני הכיבוש, כוללת חמישה מרכיבים המרכיבים יחדיו את ה-"DNA" של דיני הכיבוש:

(1) הכיבוש הינו זמני,<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> DORIS A. GRABBER, THE DEVELOPMENT OF THE LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 1863-1914-A HISTORICAL SURVEY, 37 (New York, Colombia University Press, 1949); GERHARD VON GLAHN, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY : A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION, 31-33 (Minneapolis : University Of Minnesota Press, 1957); ROBBIE SEIBEL, INTERNATIONAL LAW, 560 (Jerusalem: , 2<sup>nd</sup> ed., 2010) Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross And Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing The Occupied Palestinian Territory*, BERKELEY J. OF INT'L L. 23(2) 551, 555, 592-593, 599; Antonio Cassese, *Powers And Duties Of An Occupant In Relation To Land And Natural Resources*, In INTERNATIONAL LAW AND THE ADMINISTRATION OF OCCUPIED TERRITORIES 419, 420 (Emma Playfair Ed., 1992); EYAL

- (2) הכובש איננו הריבון אלא מנהל את השטח עבור הריבון החוקי במעמד דומה לזה של נאמן,
- (3) לשם מילוי תפקידו נכנס הכובש לנעליו של השלטון הנכבש, ממלא באופן זמני את תפקידיו ומפעיל את סמכויותיו,
- (4) בהפעילו סמכויותיו חייב הכובש לשמור, אלא אם קיימת מניעה מוחלטת לכך, על הסטאטוס קוו ששרר בשטח הכבוש ערב הכיבוש. עליו להימנע ככל האפשר משינוי הסטאטוס קוו באופן שיקבע עובדות בלתי-הפיכות בשטח הכבוש,<sup>2</sup>
- (5) על הכובש מוטלת החובה לקיים את דיני הכיבוש ולקדם את תכליות דיני הכיבוש לרבות על ידי הגנה על ענייניהן של הקבוצות המוגנות על-ידי דיני הכיבוש (הכוללות, בראש ובראשונה, על פי סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית, את האוכלוסייה המקומית המתגוררת בשטח שנכבש).

10. על פי הניתוח המשפטי שלנו, כמפורט להלן, הפירוש שניתן בפסק הדין לתקנה 43 (כמו גם לתקנה 55), אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות-על אלו של דיני הכיבוש.

11. פסק דין ג'מעית אסכאן, שפסק הדין נשוא חוות הדעת מפנה אליו מסביר את תכליות דיני הכיבוש ומתאר את הקבוצות שעליהן מגנים דיני הכיבוש. הלכת ג'מעית אסכאן יוצרת הבחנה דיכוטומית ברורה בין שיקול דעת רלבנטי (וככזה חוקי) של המפקד הצבאי בבואו להפעיל את סמכויותיו מכוח דיני הכיבוש, לבין שיקול דעת זר ופסול (וככזה בלתי חוקי). כדברי השופט ברק (כתוארו אז):

"תקנות האג סובבות סביב שני צירים מרכזיים: אחד – הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר – הבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... בין שני צירים אלה באות תקנות האג לקבוע איזון מסויים, תוך שבעניינים מסוימים הדגש הוא בצורך הצבאי, ואילו בעניינים אחרים הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסייה האזרחית..."

BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION, 6, 27, 145 (Princeton, N. J: Princeton University Press, 1993); ICTY *Prosecutor v. Naletilic et al* [trial chamber], para.214 (2003); Davis P. Goodman, *The Need for Fundamental Change in the Law of Belligerent Occupation*, Stanford Law Review, 37(6) 1573, 1580 (1985).

<sup>2</sup>Adam Roberts, *Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967*, The Am. J. of Int'l L., 84(1) 44, 46, 87 (1990); BENVENISTI, *ibid.*, p. 6; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C. J. Reports 2004*, p.136, Separate Opinion by Judge Koroma, para. 2; Guy Harpaz and Yuval Shany, *The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation Law*, Israel Law Review 43, p.514, 537 (2010).

דיני המלחמה יוצרים בדרך-כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטאריים מאידך גיסא, (י' דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים", **עיוני משפט** ב (תשל"ב – ל"ג) 505, 509).

בשני העניינים גם יחד – הן הצורך "הצבאי" והן הצורך "האזרחי" נקודת המוצא העקרונית היא, שהמפקד הצבאי אינו יורש את זכויותיו ומעמדו של השלטון שניגף...

...שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צרכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר.

(פרשת **אסכאן** עמ' 795-794).

12. כבוד הנשיאה מאמצת בפסק הדין את הלכת **אסכאן** ופוסקת כי פסק דינה מושתת עליו:

"כידוע, תקנה 43 הוכרה בפסיקתנו כהוראת מסגרת מעין-חוקתית של דיני התפיסה הלוחמתית, הקובעת מסגרת כללית לאופן הפעלת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח הכבוש. בהתאם לקביעה המרכזית העולה ממנה, על מפקד האזור להפעיל את סמכויותיו בכל מקרה רק לטובת האזור, תוך הפעלת שיקולים רלוונטיים בלבד - טובת התושבים המוגנים מזה וצורכי הצבא מזה. כך, בהפעילו את סמכויותיו "אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית" (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד לז(4) 785, 794-795 (1983) (להלן: ענין אסכאן))...עוד ברור הוא, ואף על כך לא חלקה המדינה, כי "אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר" (ענין אסכאן, שם) (פסקה 8 לפסק הדין).

13. ואולם, וכפי שיפורט להלן, פסק הדין סותר את הלכת **ג'מעית אסכאן**: לא רק שהוא אינו מבצע כהלכה את אותו "איזון עדין" בין שני "הקטבים המגנטיים" של דיני הכיבוש, כנדרש על ידי הלכת



ג'מעית אסכאן, דהיינו הצרכים אזרחיים של האוכלוסייה הנכבשת מול צרכי הביטחון, אלא שהוא מוסיף לנוסחת האיזון שיקולים ותכליות נוספים הגורמים לסטייה משמעותית מהלכת ג'מעית אסכאן ומגבשים פסק דין העומד בסתירה עם הלכה זאת, כמו גם עם תקנה 43 ועם תכליותיה המוכרות.

14. לאחר שקראנו בעיון רב את טענות המשיבים הגענו לכלל מסקנה כי מתן ההיתרים להמשך כרייה איננו יכול להתיישב עם תקנה 43 ועם תכליותיה. מהניתוח שביצענו עולה כי ישנן כמה תכליות פוטנציאליות שונות היכולות להיות גלומות במתן היתרי הכרייה אך אף אחד מהן לא מתיישבת, הלכה למעשה, עם הלכת ג'מעית אסכאן ועם התכליות של דיני הכיבוש:

### **3.א. שמונה תכליות פוטנציאליות שונות הגלומות בהיתרי הכרייה והיחס ביניהן ובין תקנה 43 והלכת ג'מעית אסכאן**

#### **תכלית ראשונה: אינטרס ביטחוני?**

15. האינטרס הביטחוני של הכובש הינה תכלית המוכרת על פי דיני הכיבוש בכלל ועל פי תקנה 43 בפרט. תכלית זאת שהוכרה על ידי הלכת ג'מעית אסכאן לא נטענה על ידי מדינת ישראל והיא ממילא אינה רלבנטית לענייננו.

#### **תכלית שנייה: קידום ענייניה הכלכליים של מדינת ישראל באמצעות אספקת חצי ואוצרות טבע אחרים מהשטח הכבוש לשם מילוי צרכיה**

16. אין חולק, ופסק הדין אינו מנסה לסתור הנחה זאת, כי הזיכיונות נועדו בראש ובראשונה לשרת את הכלכלה הישראלית. זאת הייתה העילה הראשונית להענקתם מלכתחילה, וזאת נותרה התכלית העיקרית המגולמת בהמשך הענקתם, עד עצם היום הזה. הנתון לפיו יותר מ-90% מתוצרי הכרייה מועברים למדינת ישראל מדבר בעד עצמו לעניין זה (ראו אף לעניין זה את מסמך ועדות העורכים, מסמך רשמי של משרד הפנים שהיווה את הבסיס לתמא 14א' המעיד באופן חד-משמעי כי הכרייה נועדה לספק את הצרכים של שוק הבנייה והסלילה הישראלי כיום ובעשורים הבאים). ראו גם את המסמך שפרסם משרד הפנים (משרד הפנים – מינהל התכנון: תמא 14ב' - תכנית מתאר ארצית לאתרי כרייה וחציבה למשק הבנייה והסלילה – והנמצא בידי כותבי חוות הדעת)<sup>3</sup>, בו נקבע כי אם המחצבות יעברו לשליטה פלסטינית יקטן היצוא לישראל. מהערכה ממשלתית זאת עולה כי האינטרס הפלשתינאי מחד, והאינטרס של מדינת ישראל (כפי שהאחרון מקודם על ידי המפקד הצבאי), אינם חופפים אלא מתנגשים זה בזה.

<sup>3</sup> המסמך ניתן לצפייה באתר משרד הפנים: <http://www.moin.gov.il/SubjectDocuments/Karka0702.pdf>

17. שיקול זה המתמקד בטובת הכלכלה הישראלית הינו **שיקול זר ובלתי חוקי** וככזה צובע את ההיתרים בצבעי אי-חוקיות עזים. ואכן, קידום אינטרס זה עומד בסתירה חזיתית, ובלתי ניתנת לגישור עם הלכת **ג'מעית אסכאן** ועם קביעותיו הבאות:

"...שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צרכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צרכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר." (פרשת **אסכאן עמ'** 795-794).

18. פסק הדין נשוא חוות הדעת מכיר בעובדה שהאינטרס הכלכלי הישראלי אינו יכול להצדיק את השימוש במחצבות בקובעו:

"...עוד ברור הוא, ואף על כך לא חלקה המדינה, כי "אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר" (ענין **אסכאן**, שם) (פסקה 8 לפסק הדין).

19. ואולם, נכונותו של פסק הדין להתיר פעילות שתכליתה העיקרית, ככל שהדבר עולה מכוונת המעורבים בה ומהשלכותיה המיידיות במישור התוצאתי, הינה ניצול אוצרות טבע כבוש לשם אספקת צרכיה הכלכליים של מדינת ישראל מכשירה את מה שנתפש בפרשת **ג'מעית אסכאן** כבלתי חוקי. אכן, פסק הדין, המכשיר כוונות ותוצאות בלתי חוקיות אלו, איננו מתיישב עם העמדה המשפטית הזוכה לתמיכה מקיר לקיר, לפיה כריית הקרן של אוצרות טבע לשם קידום ענינה של המעצמה הכובשת הינה הפרת דיני הכיבוש. ראו את כתיבתו בנושא של פרופ' בנבנישתי בנוגע לניצול משאבי טבע על-ידי כוחות הכיבוש בעיראק ולאיסור על ניצול משאבים אלו לטובת הכובש:

"The utilization of public immovable property is qualified by two conditions. The first condition relates to the purpose of the use. The occupant may use the different types of property to meet its security needs, to defray the occupation administration's costs, and to promote the needs of the local population. It may not use them for its own domestic purposes. The second condition applies to

public immovable property only. It stipulates that the occupant must maintain the principal, and use only its fruits".

Eyal Benvenisti, *Agora (Continued): Future Implication of the Iraq Conflict Water Conflicts During the Occupation of Iraq* 97 **A.J.I.L** 860, 869 (2003).

20. העובדה כי כריית מחצבים בשטח כבוש הינה בלתי חוקית זכתה להכרה מפורשת של בפסק הדין (במובחן מחוות דעת) של בית הדין הבינלאומי בהאג משנת 2005 בעניין הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו נ' אוגנדה. פסק הדין נדרש, בין שאר הסוגיות, לסוגיית חובות הכוח הכובש (במקרה ההוא – אוגנדה) ביחס למשאבי הטבע שהיו מצויים בחבל איתורי (Ituri), חבל ארץ שנכבש והוחזק בתפיסה לוחמתית על ידו. משאבי הטבע בפרשה זו (בין היתר יהלומים וזהב) נחצבו ע"י גורמים פרטיים לעיתים בשיתוף גורמי צבא, שמכרו אותם הלאה.

CASE CONCERNING ARMED ACTIVITIES ON THE TERRITORY OF THE CONGO, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda* [19 December 2005], para. 245, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>

21. בית הדין הבינלאומי לצדק פסק בלשון שאינה מותירה ספק כי המשפט הבינלאומי מטיל איסור מוחלט על שימוש במשאבי טבע המצויים בשטח כבוש לצרכי המעצמה הכובשת. למעשה איסור זה משתרע על כל שימוש שאיננו לטובת המדינה הכבושה ואזרחיה. אך פסק הדין לא עצר בקביעה משפטית זאת. בית הדין בחר להרחיב את ההלכה שקבע, באופן המקרין ישירות לענייננו: בית הדין נדרש לשאלת האחריות הבינלאומית המוטלת על אוגנדה בשל הפרת חובותיה ככוח כובש ובשל אחריותה לניצול משאבי הטבעיים שלקונגו. ניצול משאבים זה שלא כדין, קבע בית הדין, מהווה הפרה ישירה של תקנה 43 לתקנות האג, המחייב שמירה על הסדר הציבורי:

“250. The Court concludes that it is in possession of sufficient credible evidence to find that Uganda is internationally responsible for acts of looting, plundering and exploitation of the DRC’s natural resources committed by members of the UPDF in the territory of the DRC, for violating its obligation of vigilance in regard to these acts and for failing to comply with its obligations under Article 43 of the Hague Regulations of 1907 as an occupying Power in Ituri in respect of all acts of looting, plundering and exploitation of natural resources in the occupied territory.”

## תכלית שלישית: קידום ענייניהם הכלכליים של תאגידים הישראליים המחזיקים בהיתרי הכרייה

22. תכלית שלישית אפשרית הגלומה בהיתרים, שהוכרה בפסק הדין עצמו, היא עניינם של משיבות 3-12 שהינן תאגידים ישראלים המניבים רווחים כספיים מניצול אוצרות הטבע המצויים בשטח הכבוש. למעשה, פסק הדין לא רק שמכיר באינטרס זה, אלא נדמה כי הוא אף מרחיק לכת ומעניק לאינטרס זה בכירות נורמטיבית על פני ענייניה של האוכלוסייה המקומית המוגנת. בבואו לדחות את העתירה מטעמי שיהוי קובע פסק הדין קביעה שאינה מתיישבת עם פירמידת האינטרסים המוכרת על פי דיני הכיבוש: (גם אם קביעה זאת נוגעת במישרין לסוגיה המקדמית של שיהוי ולא לסוגיה המהותית של פירמידת האינטרסים המוגנים על פי דיני הכיבוש):

"במצב דברים זה, קבלת טענת העותרת היום טומנת בחובה נזק רב העולה לאין שיעור, לטעמנו...לבעלי המחצבות" (פסקה 6 לפסק הדין).

23. למותר לציין כי האינטרס הפרטי של תאגיד שהתאגד במדינה הכובשת לנצל משאבי טבע מתכלים המצויים בשטח הכבוש הינו אינטרס זר לחלוטין לדיני הכיבוש, וזאת על פי כל פרשנות מקובלת, מצמצמת או מרחיבה, של דיני הכיבוש ותכליותיו.

24. כמובן ששקילת אינטרס זה, וממילא הענקת בכירות נורמטיבית לו עומדות בסתירה להלכת ג'מעית אסקאן ("...שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור").

25. יפים לעניין זה דבריו של המלומד האמריקני פאוסט (Paust) בבואו להתייחס לשאלת חוקיות "הפרטת" חובת ניהול הרכוש הציבורי הכבוש (במקרה דנן בעיראק) על ידי המעצמה הכובשת:

"With respect to Iraqi oil and oil production and distribution facilities, the occupying power must safeguard the oil and must administer extraction processes like a trustee for the Iraqi state or people. Thus, an occupying power cannot engage or participate in "privatization" of Iraqi oil or the state-owned oil production and distribution industry and must not tolerate rates of extraction beyond prior "normal" rates of extraction or excessive fees or profits by others administering such properties. Similarly, the occupying power must not contract with private companies in such a manner as to allow them to engage in the same sorts of prohibition".

Jordan J. Paust, "The US as an occupying power portion of Iraq and special responsibilities under the law of war", 27 **Suffolk Transnational Law Review** 1, Winter, 2003, at pp. 12-13.

**תכלית רביעית: הידוק שיתוף הפעולה בין הכובש לנכבש**

26. פסק הדין משתית את הקביעה כי לכובש מותר להפעיל את שיקול דעתו המסור לו מכוח תקנה 43 תוך התחשבות ב:

"קיום היחסים הכלכליים בין שתי הרשויות – המחזיקה והמוחזקת". (פסקה 10).

27. פסק הדין קובע באותה רוח כי:

"...קשה אפוא לקבל את קביעתה הנחרצת של העותרת לפיה אין בפעילות החציבה כל היבט של קידום טובת האזור, במיוחד נוכח האינטרסים הכלכליים המשותפים של הצד הישראלי והפלסטיני..." (פסקה 13 לפסק הדין).

28. עמדתנו בעניין זה היא שתכלית של קידום היחסים בין הכובש לנכבש איננה מעוגנת באופן ישיר או עקיף, מפורש או משתמע, בדיני הכיבוש, בתקנה 43 לתקנות האג או בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית. תכלית זו אף אינה מופיעה בהלכת ג'מעית אסכאן (כפי שפסק הדין קובע, בטעות, בפסקה המצוטטת לעיל), ונראית מנוגדת להלכה זאת. יתר על כן, שינוי הסטאטוס קוו באופן היוצר תלות של השטח הכבוש בכובש והמשרת את האינטרסים הכלכליים של זה האחרון עומד בסתירה לעקרונות הזמניות והנאמנות המצויים בבסיס דיני הכיבוש.

29. יש להבחין בהקשר זה בין הפרשה דנן לבין פרשת אבו עיטה (בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד איו"ש, פ"ד לז(2) 197). פרשת אבו עיטה עסקה בהאחדה של היבטים מסוימים מדיניות המס בשטחים עם זו החלה בישראל במציאות כלכלית של סחר אינטנסיבי ותנועה חופשית בין השטחים לישראל: מצב דברים זה שונה מאד ממצב הדברים הנוכחי בו לא ניתן לראות בפעולת המחצבות רכיב משמעותי ביחסים כלכליים אינטגרטיביים המשרתים את האינטרסים של שני הצדדים. יתר על כן, בניגוד למציאות הפוליטית ששררה בראשית שנות ה-80, ישראל הכירה בהסכמי אוסלו ברשות הפלשתינית כגורם מדיני המופקד על קידום האינטרס הפלשתיני. בנסיבות אלו, קשה יותר לראות בפעילות ניצול משאבי טבע באופן חד-צדדי ישראלי, בלא הסכמת הרשות הפלשתינית, כעולה בקנה אחד עם האינטרס של האוכלוסייה המקומית בשטחים. ואכן, מעיון במסמך רשמי שפורסם על ידי

משרד הכלכלה הפלשתינאי בספטמבר 2011 עולה העדר הסכמה כזאת ( The Economic Costs of the Israeli Occupation for the Palestinian Occupied Territory ).

30. הכיבוש הוא כאמור זמני, והכובש חייב לשמור על הסטאטוס קוו בשטח שהופקד בידיו בנאמנות עם התגבשות הכיבוש (אלא אם הסטייה מהסטאטוס קוו הכרחית). אם אכן יפעל המפקד הצבאי לשם הידוק קשרי "המחזיקה והמוחזקת", כקבוע בפסק הדין, הדבר עלול למוטט את עוגני דיני הכיבוש (זמניות, נאמנות וסטאטוס קוו) על כל המשתמע מכך.

### **תכלית חמישית: אספקת תוצרי הכרייה למתיישבים הישראלים באזור**

31. פסק הדין משתית את הקביעה כי לכובש מותר להפעיל את שיקול הדעת המסור לו מכוח תקנה 43 תוך התחשבות באינטרסים של "המתיישבים הישראלים":

"אחוזים ניכרים מתוצרי החציבה שלהן משווקים בתחומי האזור לפלסטינים ולמתיישבים ישראלים כאחד (בשיעור משתנה בין מחצבה למחצבה) וכי מתן הסעד המבוקש בעתירה יגרום לפגיעה אנושה לא רק בהן...במצב דברים זה, קשה אפוא לקבל את קביעתה הנחרצת של העותרת לפיה אין בפעילות החציבה כל היבט של קידום טובת האזור..." (פסקה 13 לפסק הדין).

32. אמירות אלו אינן יכולות לדעתנו, בכל הכבוד, להצדיק את מתן ההיתרים על פי דיני הכיבוש ועל פי תקנה 43. בפסקה הקצרה שצוטטה לעיל גלומות מספר הנחות משפטיות בעייתיות.

33. **ראשית**, המתיישבים הישראלים באזור אינם מוזכרים באופן ישיר או עקיף כמוטבי הכיבוש על פי תקנה 43 לתקנות האג.

34. **שנית**, המתיישבים הישראלים באזור מוחרגים באופן מפורש מהגדרת ה- "protected persons" כמשמעות ביטוי זה על פי סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית. (אכן, פסיקת בית המשפט העליון קובעת באופן נחרץ כי המתיישבים הישראלים מוחרגים מרשימת מוטבי אמנת ג'נבה הרביעית העוסקת בהגנה על אוכלוסיה אזרחית במצב של כיבוש. ראו **בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ. כנסת ישראל ואח'**, פסקאות 4 ו-12: "...בצדק ציינה המדינה כי "העותרים ותושבי האזורים המפונים כלל אינם נכללים בגדר המושג 'מוגנים' לעניין אמנת ג'נבה הרביעית מיום 12.8.1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה... זאת בהתאם לסעיף 4 לאמנה, הקובע כי 'מוגנים על-ידי האמנה הזאת הם אלה

המוצאים את עצמם – באיזה זמן שהוא ובאיזו דרך שהיא – בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחים של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת'... המתישבים הם רובם ככולם אזרחים ישראליים. בשל כך אין הם נופלים לגדר "אנשים מוגנים" (protected persons), כמשמעות דיבור זה באמנת ג'נבה הרביעית (ראו סעיף 4 לאמנה))."

35. **שלישית**, בפסיקת בית המשפט העליון נקבע – בצדק לדעתנו – כי תקנה 43 מאפשרת ואף מחייבת את המפקד הצבאי להגן על חייהם של המתישבים הישראלים באזור (כל עוד הם שוהים באזור) בהיות הדבר הכרחי מבחינה ביטחונית. קביעה זאת שניתנה בהקשר של גדר ההפרדה נסמכה באופן ממוקד וספציפי על הצורך להגן על חייהם של המתישבים הישראלים נוכח התקפות טרור רצחניות. כלומר על פי פסיקת בית המשפט העליון (העומדת בסתירה לחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג בעניין גדר/חומת ההפרדה) מותר להפעיל את תקנה 43 לטובת המתישבים אם הדבר חיוני והכרחי מבחינה ביטחונית. (ראו בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פד"י ס(2), דברי הנשיא בפסקאות 18-20). עמדה זאת נתמכת בשורה של פסקי דין (ראו למשל ראו בג"ץ 9593/04 **מוראר נ' ראש מועצת הכפר יאנון ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח'**, סא (1) 844(2006) וכן בג"ץ 2150/07 **אבו צפייה נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 29.12.2009). ואולם, במקרה דנן ההיתרים אינם מגלמים כל כורח ביטחוני (או אחר) של המתישבים. ניתן לספק את צרכיהם על ידי מקורות אחרים מחוץ לאזור וזאת ללא כריית מחצבי האזור.

#### **התכלית השישית: קידום האינטרס הפלשתינאי הכולל – מודרניזציה והעסקת עובדים**

36. לשיטת פסק הדין המשך מתן היתרי כרייה ישרת את האינטרס הפלשתינאי בכללותו. כדברי הנשיאה:

"...המשיבות הדגישו כי הן תורמות בפעילותן לפיתוח כלכלי ולמודרניזציה של האזור באופנים רבים וביניהם הכשרת עובדים..." (פסקה 5 לפסק הדין)

וכן:

"המחצבות הפועלות היום מספקות פרנסה להיקף לא מבוטל של תושבים פלסטינים" (פסקה 13 לפסק הדין).

37. בכל הכבוד, אמירות אלו אינן יכולות להצדיק - לדעתנו - את מתן ההיתרים על פי דיני הכיבוש ועל פי תקנה 43, וזאת מן הטעמים הבאים:

38. **ראשית**, גם לשיטתו של בית המשפט מדובר בטענה ספקולטיבית: "קבלת טענת העותרת היום טומנת בחובה נזק רב העולה לאין שיעור, לטעמנו, על הפגיעה לה היא טוענת, הן לבעלי המחצבות ויכול שאף לאוכלוסיה הפלסטינית עצמה" (פסקה ). פסק הדין מציין כי:

"המדינה הודיעה שהוגשו לדרג המדיני המלצות לפיהן בין היתר, לא תוקמנה באיו"ש מחצבות חדשות אשר עיקר מטרתן הפקת חומרי חציבה לשם מכירתם לישראל. המלצות אלה מבטאות עמדה ראויה, הנותנת בהיבט מסוים מענה לסוגיה שבמחלוקת, ומביאה לקבלת הסעד השני שהתבקש בעתירה. ככל שכך יהיה, ממילא אין עוד צורך לדון בשאלת אפשרות הקמתן של מחצבות חדשות" (פסקה 12 לפסק הדין).

39. ודוק, אם אכן הכרייה מפתחת את הכלכלה באזור ומסייעת לעובדים מקומיים הרי היה מקום להרחיב את היקפי פעולתן של המחצבות! ואולם פסק הדין מדגיש כי מדינת ישראל החליטה על ביצוע מספר פעולות, שנועדו "להקפיד הקפדה יתרה על קצב הפקת המחצבים, ולוודא כי יישאר כזה העושה שימוש בחלק מזערי...שימוש סביר" (פסקה 2) וכי לא יוענקו רישיונות כרייה נוספים. כלומר בצד הטענה כי פעילות הכרייה תורמת לכלכלה הפלשתינאית מועלת הטענה המנוגדת כי יש להגביל באופן משמעותי את היקף הכרייה ולהגביל את מידת פגיעתה הרעה (ובכך להטיב עם אותה אוכלוסיה) - (פס' 6-7, 12).

40. **שנית**, עבודות הכרייה מתבצעות בשטחים זה כארבעים שנה וכפי שעולה מפסק הדין עצמו קיימות מחצבות פלשתינאיות רבות המתמחות זה כארבעים שנה בכרייה והפעולות בשטחי B ו-A. ניתן לפיכך להעלות את הטענה, שלא נסתרה על ידי מי מהמשיבות, כי הכלכלה הפלשתינאית פיתחה את המיומנויות הנדרשות לקידום ענף זה. לפיכך, האמירה לפיה המשך פעילות הכרייה של המחצבות הישראליות תוביל למודרניזציה של הענף הינה אמירה שאיננה בהכרח נכונה (ויוזגש גם אם היא נכונה אין בה כדי להתגבר על סוגית העדר-הסמכות כמפורט לעיל ולהן).

41. **שלישית**, אם אכן קיימת דאגה כנה לכלכלה הנכבשת, יכול היה הכובש להעניק את ההיתרים שבנדון לתאגידיים פלשתינאים ובכך לא רק לסייע ל"הכשרת עובדים" שהינם ממילא מוכשרים במקצוע זה עשרות שנים, אלא גם לגורמי יזום וניהול פלשתינאים. הדבר יכול גם ליצור מספר גדול יותר של מקומות עבודה לפלשתינאים מאלו הנוצרים עקב מתן היתר לתאגידיים ישראליים. מתן ההיתרים לתאגידיים ישראליים זרים במקום לתאגידיים מקומיים שהם בבחינת ה-"protected persons" על פי סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית מעמידה בספק את טענות המדינה אודות ההתחשבות באינטרסים של האוכלוסייה המקומית.



42. **רביעית**, אם אכן מדינת ישראל מעוניינת לפעול מתוך דאגה כנה לפיתוח אנושי של האוכלוסייה המקומית ולהרחבת הזדמנויות תעסוקתה, אזי שהיא יכולה לשתף פעולה עם הרשות הפלשתינאית ולאפשר לה להעניק זיכיונות לתאגידיים מקומיים, אפשרות המוכרת באופן ספציפי ומפורש בסעיף 31 לתוספת הראשונה לנספח השלישי (הנספח האזרחי) להסכם הביניים- ראו <http://www.knesset.gov.il/process/docs/heskemb.htm> (ראו פרק א-4 להלן).

43. **חמישית**, גם אם נניח שצומחת תועלת לאוכלוסייה המקומית ממתן ההיתרים לפעולת המחצבות, בשל המודרניזציה של שוק העבודה המקומי והעסקת עובדים פלשתינאים, אזי על פי הפסיקה העקבית של בית המשפט העליון עצמו, ביחס לתקנה 43, היה מקום ליישם את מבחן השיקול הדומיננטי/טפל לשם הפעלת ביקורת שיפוטית על ההחלטה לתת היתרים. מבחן זה הוכר באופן מפורש בפסק דין **דויקאת** ביחס לתקנה 43 עצמה, ויושם באותו פסק דין זה על דרך של קביעה כי האינטרס הנטען על ידי מדינת ישראל (ביטחוני) הינו שולי לאינטרס העיקרי והלא חוקי של מדינת ישראל (פוליטי) - בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(1), 1. מאז מלווה אותנו מבחן זה בפסקי דין רבים וביניהם בהלכת **ג'מעית אסכאן** עצמה.

44. ישום מבחן זה היה מוביל למסקנה החד-משמעית לפיה השיקול העיקרי במתן ההיתרים הינו שיקול כלכלי-ישראלי בעוד שהשיקול אודות האינטרס הפלשתינאי הינו, במקרה הטוב, אם בכלל, משני, זניח וטפל. מסקנה זאת הייתה צריכה להוביל את בית המשפט לקבוע כי הפעלת שיקול הדעת במקרה דנן הינה בלתי חוקית. בית המשפט לא יישם מבחן זה ובכך פסק באופן שאינו עולה בקנה אחד עם פסיקתו העקבית הכללית בנושא שיקול דעת מנהלי.

45. למעשה, פסק הדין מתעלם גם משאלת היחסיות של השיקולים הרלוונטיים. בפרשת **ג'מעית אסכאן** נקבע כי במבחן תוצאתי, הפקעת שטחים לטובת סלילת מערכת כבישים תיטיב עם האוכלוסייה המקומית המוגנת וככזו היא חוקית, אף אם ההפקעה והסלילה תיטיב, כפועל יוצא, גם עם אזרחי ישראל, שאינם אוכלוסייה מוגנת מכוח דיני הכיבוש. בכך יישמה הלכת **ג'מעית אסכאן** את מבחן העיקרי/טפל במימד התוצאתי של הפעלת הסמכות. אין חולק כי במישור התוצאתי של פסק הדין, הרווח הישיר, המוחשי והעיקרי הנובע מההיתרים הינו רווח כלכלי-ישראלי בעוד שהרווח לאינטרס הפלשתינאי הינו, במקרה הטוב, אם בכלל, משני, זניח וטפל. בכך הופך פסק הדין את **הלכת אסכאן** בהסתפקו בתוצאה מיטבית כלשהי, קטנה, עקיפה וספקולטיבית ככל שתהיה במקום הטבה משמעותית לאוכלוסייה המוגנת כדברי פסק הדין:

"במצב דברים זה, קשה אפוא לקבל את קביעתה הנחרצת של העותרת לפיה אין בפעילות החציבה כל היבט של קידום טובת האזור" (פסקה 13 לפסק הדין).

46. באמצו, במשתמע, הלכה חדשה לפיה סמכות ו/או הפעלת הסמכות תהא לא חוקית אך ורק בנסיבות בהן אין שום היבט של קידום האזור בפעילות החציבות הרי שפסק הדין רוקן מתוכן, הלכה למעשה, את תכליתה העיקרית של תקנה 43, שהיא ריסון סמכויותיו ושיקול דעתו של המפקד הצבאי ושימור הסטאטוס קוו, ככל שניתן.

47. **שישית**, גם לו היה רשאי בית המשפט לבצע איזון בין התועלות והעלויות השונות שומה היה עליו ליישם איזון זה על פי מבחן המידתיות על שלושת תת-מבחניו. יש לציין, כי מבחן המידתיות הוגדר על ידי בית המשפט העליון כעקרון כללי של המשפט הבינלאומי, והוא מופיע כחוט השני במאות פסקי דין של בית המשפט העליון אודות הפעלת סמכויות הכובש בשטחים. ראו לעניין זה את הניתוח של פרופ' יובל שני "השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבינלאומי" (**הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה**, תשס"ט).

48. **שביעית**, פסק הדין נסמך על האינטרס הפלשתינאי הכולל, אך הוא ככלל מתעלם מההשלכות הסביבתיות הבלתי הפיכות העלולות לנבוע מהמשך פעילות הכרייה (וזאת במיוחד בשים לב לכך שהרחבת אתרי הכרייה לא הוגבלה), מפגעי אוויר, מים, רעש ובעיקר פגיעה בלתי הפיכה בנוף האזורי וביכולת הדורות הבאים- של האוכלוסייה המוגנת- להנות ממנו. בעניין זה יש לציין כי המחצבות הישראליות מקבלות רישיונות ופועלות בלא שמכלול התחיקה הסביבתית הישראלית חלה עליהן ואף בלא מחויבות להעביר כספים לשיקום המחצבות. מבלי להיכנס בעניין זה לעומקם של דברים, יש לציין את העובדה כי המשפט הבינלאומי הסביבתי מטיל על מדינת ישראל חובות משפטיות שונות המושתתות על עקרונות כדוגמת פיתוח בר קיימא, "המזהם משלם", איסור על גרימת נזק חוצה גבולות וכו' (חובות החלות חלקן על מדינת ישראל באופן אקס טרה-טריטוריאלי ביחס לשטח הנמצא בתפיסה לוחמתית). תקנה 43 ושיקול הדעת הגלום בה מחייבים את המפקד הצבאי לשיקול שיקול זה ולייחס לו את המשקל הראוי. המשך מתן היתרים לפעילות כרייה הנמשכת זה כארבעים שנה ובמתן אפשרות להרחבת אתרי הכרייה של המחצבות הפעילות, מבלי להתנות את המשך פעולתם באימוץ סטנדרטים סביבתיים נוקשים מעיד, לכאורה, כי שיקול רלבנטי זה לא נלקח בחשבון באופן מלא על ידי המפקד הצבאי, או למצער כי לא יוחסה לו החשיבות הראויה.

#### **תכלית שביעית: קידום האינטרס הפלשתינאי על ידי העברת תוצרי הכרייה לתושבים פלשתינאים**

49. לפי פסק הדין המשך מתן היתרי כרייה ישרת את האינטרס הפלשתינאי בכללותו. כדברי הנשיאה:

"כן צוין כי אחוזים ניכרים מתוצרי החציבה שלהן משווקים בתחומי האזור לפלסטינים". (פסקה 13 לפסק הדין).

50. לדעתנו, קביעה זאת אינה מתיישבת עם פרשנות מקובלת של דיני הכיבוש ואף סותרת את פסקת בית המשפט העליון, לרבות את הלכת ג'מעית אסכאן. כאמור לעיל, יכול היה הכובש להעניק את ההיתרים לתאגידים פלשתינאים ובכך לאפשר לפלשתינאים לספק את צרכיהם. זאת במיוחד לאור העובדה שקיימות מחצבות פעילות ומנוסות בבעלות פלשתינאית שיכלו לפעול בתחום זה. לחלופין, יכלה ישראל לשתף פעולה עם הרשות הפלשתינית בעניין זה.

51. **שנית**, גם אם נניח שצומחת טובה לאוכלוסיה המקומית כתוצאה מפעולת המחצבות, בשל אספקת צרכיה אגב כך, שומה היה על בית המשפט העליון היה ליישם את מבחן השיקול הדומיננטי/טפל, כמפורט לעיל. יישום מבחן זה היה מוביל למסקנה החד-משמעית לפיה השיקול העיקרי במתן ההיתרים הינו אספקת התצרוכת הישראלית, בעוד שהשיקול בדבר צרכי האספקה של האוכלוסייה המקומית הפלשתינאית הינו במקרה הטוב, אם בכלל, משני, זניח וטפל. והראיה שחלק זניח העומד על מספר אחוזים בודדים מתוצרי הכרייה מועבר לאוכלוסייה המוגנת בעוד שהרוב המכריע של התצרוכת (למעלה מ-90%) מועבר לתושבי ישראל.

52. **שלישית**, פסק הדין מתעלם, פעם נוספת, משאלת יחסיות השיקולים. בפרשת ג'מעית אסכאן נקבע כי הפקעת שטחים לטובת סלילת מערכת כבישים תטיב, במבחן תוצאתי, עם האוכלוסייה המקומית המוגנת וככזו היא חוקית, אף אם ההפקעה והסלילה תטיב, כפועל יוצא, עם אזרחי ישראל. בכך יישמה הלכת ג'מעית אסכאן את מבחן העיקרי/טפל במימד התוצאתי של הפעלת הסמכות. אין חולק כי במישור התוצאתי של פסק הדין, הרווח הישיר, המוחשי והעיקרי הנובע מההיתרים הינו רווח כלכלי-ישראלי (אספקת תוצרת לתושבי ישראל) בעוד שהרווח לאינטרס הפלשתינאי (אספקת תוצרי הכרייה לאוכלוסיה המקומית הפלשתינאית) הינו, במקרה הטוב, אם בכלל, משני, זניח וטפל. בכך הופך פסק הדין את הלכת אסכאן בדורשו לא תוצאה מטיבה עיקרית לאוכלוסיה המוגנת אלא תוצאה מטיבה כלשהי, קטנה, עקיפה וספקולטיבית ככל שתהיה. באמצע, במשתמע, הלכה חדשה לפיה הפעלת הסמכות תהא לא חוקית אך ורק בנסיבות בהן אין שום היבט של קידום האזור בפעילות החציבות לא רק שפסק הדין הפך, פעם נוספת, את הלכת ג'מעית אסכאן אלא שהוא למעשה רוקן מתוכן את תכליתה העיקרית של תקנה 43 והיא ריסון סמכויותיו ושיקול דעתו של המפקד הצבאי.

53. **רביעית**, במסמך שפרסם משרד הפנים (משרד הפנים – מינהל התכנון: תמא 14ב'- תכנית מתאר ארצית לאתרי כרייה וחציבה למשק הבנייה והסלילה – והנמצא בידי כותבי חוות הדעת) נקבע כי אם המחצבות יעברו לשליטה פלסטינית יקטן היצוא לישראל (ובכך יגדל היקף אספקת תוצרי הכרייה לאוכלוסייה המקומית הפלשתינאית). מהערכה ממשלתית זאת עולה כי האינטרס הפלשתינאי מחד, והאינטרס של מדינת ישראל (כפי שהאחרון מקודם על ידי המפקד הצבאי), אינם חופפים אלא מתנגשים זה בזה.

## תכלית שמיינית: קידום האינטרס הפלשתינאי הכולל על ידי העברת תמלוגים למנהל האזרחי

54. לפי פסק הדין, המשך מתן היתרי כרייה ישרת את האינטרס הפלשתינאי בכללותו בכך שתמלוגי הכרייה יועברו למנהל האזרחי ובכך יטיבו עם האוכלוסייה המקומית על דרך של מתן אפשרות לכובש למלא את חובותיו על המשפט הבינלאומי בדאגה לטובת האזור. כדברי הנשיאה ביניש:

"...הדגישה המדינה כי השימוש שנעשה בכספי התמלוגים המשולמים על-ידי מפעילי המחצבות הינו לטובת האוכלוסייה המקומית. בהקשר זה חזרה המדינה וציינה כי לאחר הגשת העתירה הוחלט כי יערך רישום נפרד של הכנסות המינהל האזרחי באיו"ש, ובכלל זה הכנסותיו מתמלוגים מהמחצבות באזור, אשר יועדו ככלל לפעילות בתחומי האחריות של הממשל הצבאי באזור. בכך, על-פי הטענה, מאפשרים כספים אלה למינהל האזרחי למלא את חובותיו על-פי המשפט הבינלאומי בדאגה לטובת האזור" (פסקה 12 לפסק הדין).

55. ואולם גם קביעה זאת איננה מתיישבת עם תכליות דיני הכיבוש ועם הפרשנות המקובלת של תקנה 43.

56. ראשית, קיים יסוד סביר להניח שטענה זאת מועלת על ידי המדינה בחוסר תום לב משום שלאורך שנים רבות תמלוגים אלו הועברו ישירות לאוצר המדינה ורק לאחר הגשת העתירה הועלתה האפשרות של העברת הגמולוגים למינהל האזרחי.

57. שנית, ובהקשר של ניצול משאבי טבע על פי עקרון ההמשכיות, המפורט להלן, ניצול משאבי טבע מוכפף לחובה על פיה כל ההכנסות מניצול כאמור חייב להיות מושקע בצרכים ההומניטאריים של האוכלוסייה הנכבשת. ראו לעניין זה את המחקר שפורסם לפני חודשים הקובע כי:

"...we cautiously endorse the fiction that non-renewable resources can be exploited by an occupying army, provided that the money from these sales is spent exclusively on the humanitarian needs of the local population".

James G. Stewart, **Corporate War Crimes: Prosecuting the Pillage of Natural Resources**, (Open Society Institute, 2011). Available at: [http://www.soros.org/initiatives/justice/articles\\_publications/publications/pillage-manual-20101025/pillage-manual-2nd-edition-2011.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/articles_publications/publications/pillage-manual-20101025/pillage-manual-2nd-edition-2011.pdf)

58. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' איל בנבנישתי אודות כריית המשאבים והחובות הנגזרות של הכוחות הכובשים בעיראק. הכותב מפנה למכתבן של המעצמות הכובשות אל מועצת הביטחון, בו הן מתחייבות כי תפעול ענף הנפט העיראקי ייעשה באופן שישמור על האינטרסים של העם העיראקי וכי כל תקבולי המכירות ישמשו לטובת העם העיראקי ויישמרו בקרן שרק נציג מוכר של העם העיראקי יוכל לעשות בה שימוש:

“All export sales of petroleum, petroleum products, and natural gas from Iraq following the date of the adoption of this resolution shall be made consistent with prevailing international market best practices, to be audited by independent public accountants reporting to the International Advisory and Monitoring Board . . . in order to ensure transparency, [and that]\_all proceeds from such sales shall be deposited into the Development Fund for Iraq until such time as an internationally recognized, representative government of Iraq is properly constituted.”

(Quoted at Eyal Benvenisti, **“Agora (continued): Future implication of the Iraq conflict: Water Conflicts During the Occupation of Iraq”**, 97 American Journal of International Law 860, October 2003, at p. 864)

59. ויודגש, על פי מסמך רשמי שפורסם על ידי משרד הכלכלה הפלשתינאי, בספטמבר 2011, שווי התוצר של המחצבות מוערך בכ- 900 מליון דולר לשנה ( The Economic Costs of the Israeli Occupation for the Palestinian Occupied Territory). לשיטת מדינת ישראל, התמלוגים שיועברו למנהל יהיו בסך 25 מליון שקל בשנה. מהמידע שסיפקו המשיבות ו/או המדינה לא ניתן להבין כיצד מתחלקת תמורת החציבה. לפיכך ברי כי אם אכן שיעור התמלוגים המשולמים הינו זניח בעוד שמדינת ישראל מרוויחה רווח כספי משמעותי מפעילות החציבה (גם אם הסכום נמוך מזה הנטען על-ידי הרשות הפלשתינאית), ההסדר שנקבע לא עומד בדרישה זאת של דיני הכיבוש. ואכן, מטענות המדינה ומפסק הדין לא ניתן להסיק כי כל תמלוגי הכרייה יועברו לצרכים ההומניטאריים של האוכלוסייה הנכבשת. למעשה המדינה מצהירה על המלצה להגדלת שיעור התמלוגים המשולמים למנהל, כלומר כי כעת לא כל רווחי הכרייה מועברים אליו. המדינה אף לא מתחייבת להעביר את כלל התגמולים כנדרש על פי דיני הכיבוש:

“...בהקשר זה חזרה המדינה וציינה כי לאחר הגשת העתירה הוחלט כי יערך רישום נפרד של הכנסות המינהל האזרחי באיו"ש, ובכלל זה הכנסותיו מתמלוגים

מהמחצבות באזור, אשר ייועדו **ככלל** לפעילות בתחומי האחריות של הממשל הצבאי באזור. בכך, על-פי הטענה, מאפשרים כספים אלה למינהל האזרחי למלא את חובותיו על-פי המשפט הבינלאומי בדאגה לטובת האזור" (פסקה 12 לפסק הדין).

60. עיננו הרואות כי המדינה שומרת לעצמה את הזכות שלא להעביר את כל התגמולים למנהל האזרחי באזור, וזאת בניגוד למחויבותיה על פי דיני הכיבוש.

61. אך גם אם כל התמלוגים יועברו למינהל האזרחי, עדיין לא ברור כי כולם יועברו לצרכים הומניטאריים של האוכלוסייה המקומית, כנדרש על פי דיני הכיבוש. נהפוך הוא. קרוב לוודאי שחלק גדול מאותם תגמולים יועברו למימון המינהל עצמו (ולכל הפחות, יאפשרו למדינה להקטין את המימון שהיא מעבירה למינהל ממקורות אחרים) ובכך הם יטיבו, פעם נוספת, עם מדינת ישראל, בכך שהם יחסכו למדינה ולמשלם המיסים הישראלי סכום שקול לגובה התגמולים, ולא יטיבו עם האוכלוסייה המקומית. תוצאה זאת סותרת פעם נוספת את הלכת **ג'מעית אסכאן** בהשיתה את מימון הכיבוש על האוצר (המחצבי) של האוכלוסייה המקומית הנכבשת. במקום לדאוג לאותה אוכלוסייה.

62. **שלישית**, גם אם נניח שצומחת טובה לאוכלוסייה המקומית על דרך של מימון המנהל האזרחי, אזי על פי פסיקת בית המשפט העליון עצמו, ביחס לתקנה 43, על בית המשפט העליון היה ליישם את מבחן השיקול הדומיננטי/טפל (במימד שיקול הדעת הראשוני שהוביל להחלטה להמשיך ולהעניק את ההיתרים). פסק הדין לא ישם מבחן זה ובכך הוא סותר את פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון בכלל, ואת פסק דין **ג'מעית אסכאן** בפרט.

63. **רביעית**, בניגוד להלכת **אסכאן**, פסק הדין התעלם ממבחן העיקרי/טפל במימד התוצאתי של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 43, כמפורט לעיל.

64. **לסיכום**, אין חולק כי המשיב מס' 1 העניק את כל הזיכיונות לחברות ישראליות ולהן בלבד וכי כפועל יוצא תוצרי הכרייה, כמו גם רווחיה, עושים ברובם את דרכם אל מחוץ לאזור הנתון בתפיסה לוחמתית אל המדינה הכובשת. עמדתנו היא כי לא ניתן בכל פרשנות סבירה, גמישה ככל שתהא, לקבוע כי השיקול הדומיננטי שהנחה את נותן הזיכיון היה טובת האוכלוסייה המקומית (הפלסטינית) או שיקולי ביטחון. לפיכך פסק הדין סותר את דיני הכבוש כמו גם את הלכת **ג'מעית אסכאן**. הקביעה בפסק הדין לפיה מתן היתרי כרייה לתאגידים ישראלים יכול להיות מוכשר מבחינה משפטית של קיומו של "היבט" כלשהו "של קידום טובת האזור" (פסקה 13 לפסק הדין) איננה משנה את מסקנתנו. נהפוך הוא. אין בנמצא, לא בפסק הדין עצמו ולא מחוצה לו, כל אינטרס או תכלית חוקיים היכולים להצדיק הענקת היתרי כרייה מכוח תקנה 43.

65. לדעתנו, שני השיקולים הפרשניים הנוספים הנזכרים בפסק הדין אינם משנים את התוצאה לפי ההיתרים מנוגדים לדיני הכיבוש: השיקול הראשון הנזכר בפסק הדין הנו העובדה כי סוגיית המחצבות הוסדרה בהסכמי הביניים עם הרשות הפלשתינאית, הסדרה הכובלת את שיקול דעתו של המפקד הצבאי מכוח תקנה 43. השיקול השני הנו הקביעה כי בשל הימשכות הכיבוש, יש לפרש את תקנות 43 ו-55 באופן מרחיב. שתי טענות אלו אינן תומכות בקביעה כי מותר למפקד הצבאי להעניק את היתרי הכרייה מכוח תקנה 43, וזאת מן הטעמים הבאים:

#### 4.א. הסכמי הביניים אינם כובלים את שיקול הדעת של המפקד הצבאי מכוח

##### תקנה 43

66. פסק הדין קובע כי:

"בסעיף 31 לתוספת הראשונה לנספח 3 (הנספח האזרחי) להסכם הביניים, כי האחריות על נושא המחצבות והמכרות בשטחי C - ובכלל זאת, סמכויות רישוי, פיקוח, הגדלה והפעלה שלהם - תועבר בהדרגה מהמנהל האזרחי לצד הפלסטיני במסגרת תהליך כולל של העברת כוחות ואחריות בשטחים אלו. במסגרת זו, הוסכם בין הצדדים כי במהלך תקופת הביניים תוספנה המחצבות לפעול ואף נקבע כי שאלות שיתעוררו במהלך תהליכי העברת הזכויות על המחצבות תידונה על ידי ועדה משותפת שהצדדים התחייבו לכבד את המלצותיה, וכי "עד לקבלת החלטתה של הוועדה, הצד הפלסטיני לא ינקוט בכל אמצעי העלול להשפיע באופן שלילי על מחצבות אלו... הן הצד הישראלי והן הצד הפלסטיני מצאו להותיר באופן מפורש את המצב בעניין המחצבות הפועלות בשטח C על כנו, כך שיוכרע בעתיד במסגרת הדיון על הסדר הקבע..." (פסקה 6 לפסק הדין).

67. ברם, הסדרה של סוגיה כזאת או אחרת בהסכמי הביניים אין בה, בהכרח, כדי לכבול את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בבואו להפעיל את שיקול דעתו מכוח תקנה 43. יש לזכור בהקשר זה כי תקנה 43 הינה תקנה בת אופי מעין-חוקתי החולשת על כל דיני הכיבוש ואין בהסדרה טכנית של נושא ספציפי במסגרת הסכם מדיני כדי לגבור על הוראותיה או לרוקן אותה מתוכן.

68. יתרה מזאת, הקביעה כי הסדרי הביניים כובלים את שיקול דעתו של המפקד הצבאי סותרת את עמדתו המפורשת של בית המשפט העליון כפי שקיבלה ביטוי מפורט ומפורש בפסק דינו שניתן

יומיים בלבד לאחר מתן פסק הדין נשוא חוות דעת זאת. ראו לעניין זה בג"ץ 5324/10 מלכה נגד המנהל האזרחי ביהודה ושומרון, טרם פורסם; פסק הדין מיום 28.12.2011, הקובע כי אין בקביעות מפורשות בהסכמי הביניים לעניין הסדרת המיסוי באזור כדי לכבול את שיקול דעתו של המפקד הצבאי.

69. זאת ועוד, עיון מעמיק בסעיף 31 לתוספת הראשונה לנספח השלישי להסכם הביניים מוביל למסקנה הפוכה מזאת שהועלתה על ידי המדינה. סעיף זה יוצר למעשה הסדר החותר לא לשמירת הסטאטוס קוו, אלא להעברת האחריות בתחום המחצבות לרשות הפלשתינאית, לרבות בתחום הרישוי ולרבות באזור C (סעיף 31, סעיף קטן 1-2). סעיף 31 סעיף קטן 3 קובע מנגנון שבמסגרתו ניתן להעביר היתרי חציבה ביחס למחצבות פעילות מידיים ישראליות לפלשתינאיות; עד שהעברה תבוצע נקבע כי "הצד הפלסטיני לא ינקוט בכל אמצעי העלול להשפיע באופן שלילי על מחצבות אלה". עיננו הרואות כי הנספח האמור עליו הסתמכה המדינה מטיל על הפלשתינאים חובה שלא לפעול בצורה מסוימת במהלך התקופה שבמסגרתה יועברו ההיתרים לפלשתינאים. המדינה טענה בטענה כי הוראה זאת מטילה על המפקד הצבאי חובה שלא לשנות את הסטאטוס קוו לטובת הפלשתינאים. שהרי התחייבות הפלשתינאים שלא להזיק לאינטרס הישראלי בשלב המו"מ, או להשלים עם הסדר זמני לעניין המחצבות עד העברתן לידיהם, אין בהן כדי לאסור על המפקד הצבאי לנקוט בצעדים המטיבים עם האוכלוסייה המקומית או כדי לכבול את שיקול דעתו בבואו להטיב עמם. טענה זאת אינו מוצאת כל תימוכין בלשון הנספח או במכלול דיני הכיבוש.

70. למען השלמת התמונה נדגיש כי על פי אמנת ג'נבה, מוטבי דיני הכיבוש אינם רשאים, ככלל, לוותר על זכויות המוקנות להם מכוח אותם דינים. זאת ועוד, הסתמכות המדינה על הוראות בהסכמי הביניים על מנת להכשיר את הלא-חוקי ולהפכו לחוקי הינה משוללת כל יסוד משפטי. מעבר לכך, הסכם הביניים, כשמו כן הוא, הינו הסכם ביניים שנועד לשמש לתקופת מעבר בת מספר שנים (במקור, עד לשנת 1999). ההסתמכות עליו בשנת 2011 לצורך הכשרת היתרים לא חוקיים וזאת במבט צופה פני עתיד ולשנים רבות מעוררת בלשון עדינה קושי משפטי משמעותי.

## **5.א. הפרשנות הראויה למימד הזמניות המתמשכת של הכיבוש באזור**

71. לפי פסק הדין, בשל הימשכות הכיבוש, יש לפרש את תקנות 43 ו-55 באופן מרחיב ומכוח מציאות זו לאפשר שינויים בדין החל בשטח הכבוש. בתת-סעיף זה נבסס את עמדתנו כי פרשנות זאת של פסק הדין עומדת בסתירה לפרשנות הראויה והמקובלת של מימד הימשכות משך הכיבוש.

72. פסק הדין מסתמך כאמור על הימשכות הכיבוש באופן הבא:



"...התפיסה הלוחמתית של ישראל באזור היא בעלת מאפיינים ייחודיים, שהעיקרי בהם הוא משך תקופת ההחזקה המחייבת התאמת הדינים למציאות בשטח, המטילה על ישראל חובה לניהול חיים תקינים לתקופה שגם אם מבחינה משפטית היא זמנית, היא בוודאי ארוכת טווח. לפיכך, דיני הכיבוש המסורתיים מחייבים התאמה להתמשכות ההחזקה, 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 פיתוחו וצמיחתו של האזור בתחומים רבים ומגוונים, בכלל זה בתחום התשתית הכלכלית ופיתוחה....

תפיסה מקובלת זו אף בעלת השלכה העניין שלפנינו. לאחר שבחנו את עמדות הצדדים בהקשר זה, באנו לכלל מסקנה כי בשים לב לתשתית העובדתית שהציגה בפנינו המדינה, ותוך התחשבות בנסיבותיו הייחודיות של האזור, הפרשנות המוצעת על-ידי המדינה לאופן הפעלת סמכותה בהתאם לתקנה 55, סבירה וכרוכה בהתאמת דיני הכיבוש למציאות ההחזקה המתמשכת....

המשיבים אף הדגישו כי ראוי ליתן להוראות תקנות האג, ובכלל זה לתקנה 43, פרשנות המתיישבת עם ייחודיותה של התפיסה הלוחמתית באזור, שהינה תפיסה מתמשכת המטילה חובות פוזיטיביים למנוע את קפיאת השטח המוחזק על שמריו, גם בהיבט התפתחותו הכלכלית.

נראה כי מענה שלם להיבטים אלה לא יכול להינתן בלא התייחסות ראויה להיבטים הייחודיים של התפיסה הלוחמתית באזור בכלל ובסוגיית המחצבות בו בפרט. בשים לב לפרשנות המקובלת בפסיקתנו לדין הבינלאומי החל באזור, והמשקל שיש לייחס לעובדה כי הכיבוש באזור הינו כיבוש מתמשך, עולה חשש כי דווקא באימוץ גישתה הדווקנית של העותרת יהיה כדי להביא לתוצאה בה לא יעמוד המפקד הצבאי בחובותיו על-פי הדין הבינלאומי. כך למשל, אימוץ העמדה לפיה בנסיבות העת הזאת על המפקד הצבאי להפסיק את פעילות המחצבות, עלול להביא לפגיעה בתשתיות הקיימות ולהשתקת הענף, ויכול ובכך יהיה דווקא כדי לפגוע בטובת האוכלוסייה המקומית....

במצב דברים זה, קשה אפוא לקבל את קביעתה הנחרצת של העותרת לפיה אין בפעילות החציבה כל היבט של קידום טובת האזור, במיוחד נוכח... תקופת ההחזקה הממושכת".

73. לשיטתו של בית המשפט, יש בהימשכות הכיבוש כדי להרחיב את היקף שיקול הדעת הניתן למפקד הצבאי מכוח תקנה 43 באופן המרחיב את סמכויותיו וחובותיו לפתח את האזור וכי הרחבה זאת משליכה על הפרשנות הראויה של תקנה 55.

74. לשיטת פסק הדין, קו פרשני זה נתמך בפסיקתו של הנשיא שמגר בפסק דין **אבו עיטה** (בג"ץ 69/81 **באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(2) 197, 313 (1983)) וכן בהלכת ג'מעית אסכאן עצמה:

"על כן, משתרעת סמכותו של ממשל צבאי לנקיטת כל האמצעים הנחוצים כדי להבטיח צמיחה, שינוי והתפתחות. מכאן המסקנה, כי ממשל צבאי רשאי לפתח תעשייה, מסחר, חקלאות, חינוך, בריאות וסעד וכיוצא באלה עניינים הנוגעים לממשל תקין, והדרושים להבטחת צרכיה המשתנים של אוכלוסייה בשטח נתון לתפיסה לוחמתית" (ענין אסכאן, בעמ' 804) (פסקה 10 לפסק הדין).

75. קו פרשני זה, המהווה מרכיב מרכזי של פסק הדין, הינו שגוי. לדעתנו, הוא סותר את דיני הכיבוש ואת תכליותיהם הבסיסיות, כמו גם את הלכת ג'מעית אסכאן.

76. יודגש כי (1) הכיבוש הינו מצב זמני, (2) זמניות זאת נועדה לקדם את ענייניה של האוכלוסייה המוגנת בהבטיחה כי בתום הכיבוש הזמני, השליטה תוחזר למי שהשטח מצוי בריבונותו, (3) הימשכות הכיבוש לזמן רב פוגעת באוכלוסייה המוגנת משום שבמשך כל זמן הכיבוש אין היא תחת שלטון ריבוני נבחר אלא כפופה היא לשלטון צבאי-זמני. לפיכך, (4) התמשכות הכיבוש מטילה חובה מוגברת ומורחבת על הכובש,<sup>4</sup> (5) לדאוג לענייני האוכלוסייה המוגנת<sup>5</sup> וכן (6) הדבר מחדד ומחזק את האיסור להשתמש בסמכויות המפקד הצבאי לטובת אינטרסים זרים של נתיניו הוא.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> YORAM DINSTEIN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION, 49 (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 120, (henceforth; DINSTEIN 2009); Davis P. Goodman, *The Need for Fundamental Change in the Law of Belligerent Occupation*, Stanford Law Review, 37(6) 1573; Adam Roberts, *Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967*, The Am. J. of Int'l L., 84(1) 44, 52; Dinstein, *The Dilemmas Relating to Legislation under Article 43 of The Hague Regulations and Peace Building* 1, 5-7 (paper submitted to the informal high-level expert meeting on current challenges to International Humanitarian Law, Cambridge, June 25-27, 2004) available at <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/dinstein.pdf>. (henceforth: Dinstein 2004).

77. לפיכך, הימשכות הכיבוש, הפוגע באוכלוסייה הנכבשת, מחייב התאמת "דיני הכיבוש המסורתיים", כדברי פסק הדין, באופן שייטיב עם האוכלוסייה המוגנת ולא יפגע בה. אין בהתמשכות זאת כדי להגביר את ההטבות והרווחים הנובעים מן הכיבוש לאזרחי המדינה הכובשת. מסקנה פשוטה זאת זכתה להכרה ברורה ומפורשת על ידי בית המשפט העליון עצמו בשורה של פסקי דין. כך למשל בהלכת **אבו עיטה** המצוטטת להלן ושעליה פסק הדין שבנדון מסתמך קבע על ידי הנשיא שמגר כי:

"צרכיו של כל שטח, בין זה הנתון לשלטון צבאי ובין אחר, משתנים בדרך הטבע עם חלוף הזמן וההתפתחויות הכלכליות המתלוות לכך. כמבואר לעיל, לא ראו מנסחי התקנות להסתפק בהגדרתה של חובה, המתמצית בהחזרת המצב לקדמותו. משך הזמן של קיום השלטון הצבאי עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים וההכרח בביצוע התאמות והערכות חדשה עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר.... אלמנט הזמן הוא גורם משפיע על מרווח הסמכויות, בין אם שוקלים את צורכי הצבא ובין אם שוקלים את צורכי השטח, או כאשר מעצבים את האיזון בין השניים" (בג"ץ 69/81 באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, 213 (1983)).

וכמו כן:

"את הוראותיה של אמנת האג יש להחיל באזור, תוך התאמה לנסיבות שנוצרו בשטח כתוצאה מן ההחזקה הממושכת בו... ותוך התחשבות מרבית בצורכי האזור". (אבו עיטה, שם, עמ' 209).

---

<sup>5</sup> Roberts, *Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967*, The Am. J. of Int'l L., 84(1) 44, 96; YORAM DINSTEIN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION, 49 (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 116-117; EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION, 6, 27, 145 (Princeton, N. J: Princeton University Press, 1993), 147; GERHARD VON GLAHN, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY : A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION, 31-33 (Minneapolis: University Of Minnesota Press, 1957), 97.

<sup>6</sup> Davis P. Goodman, *The Need for Fundamental Change in the Law of Belligerent Occupation*, Stanford Law Review, 37(6) 1573, 1586; EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION, 6, 27, 145 (Princeton, N. J: Princeton University Press, 1993), 147; Roberts, *Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967*, The Am. J. of Int'l L., 84(1) 44, p. 87; Antonio Cassese, *Powers And Duties Of An Occupant In Relation To Land And Natural Resources*, In INTERNATIONAL LAW AND THE ADMINISTRATION OF OCCUPIED TERRITORIES 419, 420 (Emma Playfair Ed., 1992), 420.

78. עיננו הרואות כי הימשכות הכיבוש מקרין על צורכי הצבא או צרכי השטח כאשר צורכה כולל את הצורך בהתחשבות מרבית באכלוסיה המקומית המוגנת.

79. כפי שנקבע בהלכת ג'מעית אסכאן על ידי השופט ברק (כתוארו אז), השלטון הצבאי איננו ריבון אלא שליט זמני על השטח הכבוש:

"סמכויות אלה הן, מבחינה משפטית, זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה... זמניות זו יכול שתהיה ארוכת מועד... אין המשפט הבינלאומי קוצב לה זמן, והיא נמשכת, כל עוד הממשל הצבאי שולט באופן יעיל באזור... שאינו יונק חיותו מבחירתם של בני האזור, שאינו ריבון מכוח עצמו, והשואב את כוחו מדיני המלחמה עצמה. זהו שלטון זמני מעצם מהותו, גם אם זמניות זו נמשכת תקופה ארוכה" (שם, עמ' 794 ו-802).

80. האופי הלא ריבוני והזמני של שלטונו של המפקד הצבאי "להחזיר ולהבטיח במידת האפשר אתה הסדר והחיים הציבוריים" מחייבת לשיטת בית המשפט העליון איזון המדגיש את צרכיהם של האזרחים. כפי שנקבע בהלכת חוף עזה:

"...לאזן בין צורכי הביטחון לבין צרכיהם של האנשים המוגנים על ידי דיני התפיסה הלוחמתית. ככל שהממשל הצבאי מתארך ומתקיים מעבר מממשל צבאי קצר טווח לממשל צבאי ארוך טווח, כך גוברים צרכיה ה"אזרחיים" של האוכלוסיה האזרחית, וסמכותו ה"אזרחית" של המפקד הצבאי מתפרשת על רקע צרכים אלה (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ. כנסת ישראל ואח', פסקה 9).

81. ראו גם את דברי השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת ג'מעית אסכאן:

"בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסיה המקומית מקבלי יתר תוקף... על-כן אמצעים חקיקתיים אשר עשויים להיות בלתי ראויים בממשל צבאי קצר מועד, עשויים להפוך לראויים בממשל צבאי ארוך מועד." (שם, עמ' 801-800)

82. ויודגש, בפסק דין חוף עזה הדגיש בית המשפט העליון כי הימשכות הכיבוש חייבת לפעול לטובת האוכלוסיה המוגנת. על מנת למנוע את ניצול הימשכות הכיבוש לשם קידום

האינטרס של הכובש הדגיש בית המשפט כי אין בהימשכות זאת כדי לשלול או לטשטש את אופיו הצבאי-זמני-לא ריבוני של השליט הצבאי:

"עם זאת, אין בהתפתחויות אלה כדי לשלול מהמשל הצבאי את אופיו זה (ראו בג"ץ 500/72 מרים הליל סאלם אבו אל-טין נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 481, 484). אין בהן כדי להביא לטישטוש "השוני הקיים שבין ממשל צבאי לבין ממשל רגיל" (פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 803). אין בהם כדי להביא להחלת המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל על אזורים אלה. זמניות התפיסה הלוחמתית וקשייה, הלכה למעשה, אין בהם כדי להביא לביטולה של התפיסה הלוחמתית. בצדק ציין מ"מ הנשיא מ' שמגר בפרשת אבו עיטה כי זמניות סמכותו של המושל הצבאי משמעותה כי "משכה וכוחה כמשכה וכזמן קיומה של השליטה היעילה על השטח וכאורך קיומו של השלטון הצבאי שכוונן בשטח" (עמ' 230) (שם, פסקה 9 לפסק הדין).

83. ראו גם את דבריו של פרופ' בנבנישתי הקובע כי אל להימשכות הכיבוש להיות מנוצל לשם הרחבת סמכויות הכובש באופן המטשטש את ההבחנה בין ריבון לשליט-כובש:

"...in a prolonged occupation the maintenance of the status quo ante could prove insupportable to the local population. Indeed, it would be wrong, and even at times illegal, to freeze the legal situation and prevent adaptations when an occupation is extended. But this does not mean that it is the occupant who is entitled to assume the duty to update the law. In prolonged occupations conditions change quite regularly, partly because of the occupant's own policies; to recognize the occupants widening powers to react to these changes or even to initiate new ones would effectively grant the occupant almost all the powers a modern sovereign government would wield. In modern times, the occupant's interests encompass not only the safety of its troops but also a wide variety of economic concerns, and not only temporary benefits but also long-term advantages. Politicians and soldiers are not saints, and one must expect the occupant to be prejudiced in favor of its own country's interests at the expense of the indigenous community. Therefore, instead of allowing the occupant to extend its powers as

new circumstances require, the aim of the law of occupation should be to encourage the participation of the indigenous community and of the ousted government, all subject to the occupant's safety concerns" ..

EYAL BENVENISTI, **THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION**  
146-148 (1993) .

84. חשוב לחזור ולהדגיש את העקרונות הבאים: הימשכות הכיבוש יש בה אכן כדי להשפיע באופן מרחיב על הפרשנות הראויה של תקנה 43 וכפועל יוצא על כל סמכויות המפקד הצבאי מכוח מכלול דיני הכיבוש אך השפעה מרחיבה זאת כפופה לשתי מגבלות חמורות ועקרוניות: הראשונה כי אין בהרחבה זאת כדי לאפשר למפקד הצבאי לשקול שיקולים שאינם מותרים לפי תקנה 43 או להרוג מההוראות האחרות החלות על סמכויותיו והשנייה כי הרחבה זאת חייבת להיות מופעלת לטובת האוכלוסייה המקומית ולא כנגדה.

85. שתי מגבלות אלו מוצאת ביטוי בשורה ארוכה של פסקי דין של בית המשפט העליון עצמו. ראו לעניין זה, למשל, את דברי בית המשפט העליון בבג"ץ 351/80 **חברת החשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתית**, פ"ד לה(2) 673:

"בהעדר טעמים מיוחדים אין מפקד האזור צריך, בדרך כלל, ליזום שינויים כאלה באזור, שאפילו אם אינם משנים את הדין הקיים, הרי תהיה להם השפעה מרחיקת לכת ולאורך ימים על המצב באזור, מעבר לתקופה, שבה ההחזקה כאזור צבאי תסתיים בדרך זו או אחרת, אלא אם מדובר בפעולות, שהן לטובת תושבי האזור." (שם, עמ' 690).

86. בעלי חשיבות מיוחדת לענייננו אנו הינם דברי בית המשפט העליון בענין **בית סוריק**:

"בית המשפט העליון חזר והדגיש כי סמכויותיו של המפקד הצבאי הן זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה. הסדרי הקבע אינם מעניינו של המפקד הצבאי. אמת, התפיסה הלוחמתית באזור היא ארוכת שנים. לדבר זה השפעה על היקף סמכותו של המפקד הצבאי... אין בעבור הזמן כדי להרחיב את סמכותו של המפקד הצבאי ולאפשר לו לשקול שיקולים שמעבר לעצם ניהולו הראוי של האזור הנתון לתפיסה לוחמתית (בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5), 807, 830, פסקה 23).

87. איסור זה על שימוש לרעה על ידי הכובש במימד הזמניות המתמשכת לשם הרחבה לא חוקית של שיקול דעתו או של סמכויותיו מצאה ביטוי מפורש בפסק דין **ולירו** שדן באופן מפורש בתקנות 43 ו-55 בהקשר של פעולות חציבה. לקביעה בפסק הדין זה חשיבות רבה לענייננו:

"בהפעלת סמכויותיו בשטח התפוס בתפיסה לוחמתית, נדרש, אפוא, המפקד הצבאי למצוא איזון בין צורכי הצבא לבין צורכי התושבים המקומיים (תקנה 43 לתקנות האג; ענין בית סוריק, בעמ' 830; ענין הס, בעמ' 455-456; ענין מראעבה, בעמ' 506). עקרון-על זה נכון גם בהתייחס להפעלת סמכותו של המפקד על פי תקנה 55 לתקנות האג. יש להדגיש – אף שהתפיסה הלוחמתית של זה"ל באזור היא ארוכת שנים, "אין בעבור הזמן כדי להרחיב את סמכותו של המפקד הצבאי ולאפשר לו לשיקול שיקולים שמעבר לעצם ניהולו הראוי של האזור הנתון לתפיסה לוחמתית" (ענין בית סוריק, בעמ' 830). בהפעילו את סמכות הניהול והפקת ההנאה מן המקרקעין הציבוריים שתפס, חייב המפקד הצבאי, אפוא, לפעול לטובת האזור, תוך שהוא מפעיל שיקולים רלבנטיים בלבד – טובת התושבים המוגנים, וצורכי הצבא (ענין בית סוריק, בעמ' 836-833). בפרט, "אל לו לשים לנגד עיניו את שיקוליה של המדינה שמכוח תפיסתה הצבאית את השטח הוא מפעיל את סמכויותיו (ענין הס, בעמ' 456)" (ראו: בג"ץ 3103/06 **שלמה ולירו נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.2.2011), פסקה ).

88. פסק הדין נשוא חוות הדעת עומד בסתירה חזיתית ובלתי ניתנת ליישוב עם הלכות **ולירו ובית סוריק**. אמנם, פסק הדין קובע כי הוא נשען על הלכת ג'מעית אסכאן בבואו לפרש את תקנה 43 בפרשנות מרחיבה. ואולם, הלכת ג'מעית אסכאן קובעת דברים שונים מקביעותיו:

"בקביעת היקף סמכויותיו של הממשל הצבאי על-פי הנוסחה בדבר "הסדר והחיים הציבוריים" מן הראוי להתחשב בהבחנה בין ממשל צבאי קצר מועד לבין ממשל צבאי ארוך מועד... הבחנה זו בין ממשל צבאי קצר מועד לבין ממשל צבאי ארוך מועד היא בעלת השפעה ניכרת על התוכן שיש ליתן להבטחת "הסדר והחיים הציבוריים" (**שם**, עמ' 801-800).

זאת ועוד:

"בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסיה המקומית מקבלי יתר תוקף...על-כן אמצעים חקיקתיים אשר עשויים להיות בלתי ראויים בממשל צבאי קצר מועד, עשויים להפוך לראויים בממשל צבאי ארוך מועד." (**שם**, עמ' 801-800).

וכן:

"חיייה של אוכלוסייה, כחייו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה... על-כן משתרעת סמכותו של ממשל צבאי לנקיטת כל האמצעים הנחוצים כדי להבטיח צמיחה, שינוי והתפתחות... וכיוצא באלה עניינים, הנוגעים לממשל תקין, והדרושים להבטחת צרכיה המשתנים של אוכלוסייה בשטח נתון לתפיסה מלחמתית..." (שם, עמ' 806-804).

כמו גם:

"השקעות יסוד ארוכות טווח, שיש בהן להביא לשינויי קבע, העשויים להימשך כבר לאחר סיום הממשל הצבאי, מותרות הן, אם הן דרושות לטובת האוכלוסייה המקומית, ובלבד שאין בהן כדי להביא לשינוי מהותי במוסדות היסוד של האזור." (שם, 811, 801).

89. עיון בפסק הדין בעניין **ג'מעית אסכאן** מוביל למסקנה חד-משמעית והיא כאשר פונה בית המשפט לדון באינטרס של האוכלוסייה המקומית, הפניה מכוונת לאוכלוסייה המוגנת, דהיינו הפלשתינאית.

90. ויודגש, אין מדובר בהלכה שאבד עליה הכלח. נהפוך הוא. ראו למשל את דבריה של הנשיאה ביניש בבג"צ 2690/09 "יש דין" – **ארגון מתנדבים למען זכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'** (פורסם בנבו; פסק הדין מיום 28.3.2010), לפיהם הימשכות הכיבוש מחייב:

"...בראש ובראשונה משקל רב לזכויותיה של האוכלוסייה המוגנת..."  
(פסקה 7).

91. ואולם פסק הדין נשוא חוות דעת זאת, למרות שהוא קובע במפורש כי הוא נשען על הלכת **ג'מעית אסכאן**, קובע קביעות הפוכות. פסק הדין מתיר: (1) המשך כריית מחצבי טבע מתכלים, (2) וזאת לאחר כארבעים שנות כרייה, (3) כאשר הכרייה נעשית על ידי תאגידי ישראלים ולרווחתם הכלכלית, (4) הכרייה מכלה באופן הדרגתי את קרן המשאבים, תוך כדי (5) היתר הרחבת אתרי המחצבות הפועלות, ובכך היא (6) גורמת לנזקים סביבתיים בלתי הפיכים בשטח הכבוש, וזאת כאשר (7) הרוב המכריע של תוצרי הכרייה מועברים לשטחה של המדינה הכובשת (לשיטת המדינה – 94%), בנסיבות בהן (8) 6% הנותרים המשווקים בשטח הכבוש מועברים לצבא הכובש



ולמתיישבים הישראלים בשטח הכבוש – לשם הרחבת אותם ישובים תוך פגיעה באינטרס האוכלוסייה המקומית, ולפיכך (9) רק שברירי אחוזים, אם בכלל, משווקים מאוצרות טבע אלו של האוכלוסייה המקומית לאותה אוכלוסייה.

92. עיננו הרואות כי בבואו להרחיב את הוראות תקנות 43 ו-55 דומה כי פסק הדין מתאים את ההוראות כדי שיהלמו את המציאות בשטח במקום להכפיף את אותה המציאות לשלטון החוק, ולהגביל את סמכויות המפקד הצבאי על מנת שיתאמו את הוראות דיני הכיבוש. התאמה זאת על דרך של פרשנות מרחיבה סותרת סתירה חזיתית את שתי המגבלות שהטילה הפסיקה על הפרשנות המרחיבה של תקנה 43 לשם התאמתה עם הימשכות הכיבוש: (1) כי אין בהרחבה זאת כדי לאפשר למפקד הצבאי לשקול שיקולים שאינם רלבנטיים מכוח הפרשנות המסורתית והמקובלת של תקנה 43, וכי (2) הרחבה זאת חייבת להיות מופעלת לטובת האוכלוסייה המקומית ולא כנגדה.

## ב. הפרשנות הראויה לתקנה 55 לתקנות האג

### ב.1. מבוא

94. בפרק זה נבקש לבסס את עמדתנו לפיה:

- (1) הפרשנות שניתנה בפסק הדין על פיה המעצמה הכובשת רשאית, הלכה למעשה, להשתמש "שימוש סביר" בקרן (במובחן מפירות) של מחצבי הטבע המצויים בשטח הכבוש סותרת את תכליות דיני הכיבוש ואת הוראת תקנה 55 לתקנות האג.
- (2) הפרשנות שניתנה על ידי פסק הדין על פיה ניתן לאפשר פעילות חציבה על ידי מחצבות שלא היו פעילות עובר לכיבוש סותרת את תכליות דיני הכיבוש ואת תקנה 55 לתקנות האג.

95. תקנה 55 קובעת את ההסדר המשפטי הבא:

"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 country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct".

96. ובנוסחה בעברית כפי שהובא על ידי בית המשפט העליון בעניין חוף עזה (שם, בעמ' 584):

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

97. על פי כללי פרשנות אמנות בינלאומיות המעוגנים בסעיף 31 לאמנת וינה בדבר אמנות יש לפרש אמנות באופן הבא:

*"1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*

*2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:*

*(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;*

*(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.*

*3. There shall be taken into account, together with the context:*

*(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;*

*(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;*

*(c) (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.*

*4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended".*

98. על פי סעיף 32 לאמנת וינה ניתן להסתמך על אמצעי פרשנות נוספים בנסיבות הבאות:

"Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable....".

99. הפרשנות שניתנה בפסק הדין לתקנה 55 עומדת לדעתנו בסתירה לפרשנות הנכונה לתקנה לאור כללי פרשנות אלו. לטעות הפרשנית שנפלה בפסק הדין שני מישורים. הראשון, המישור הרחב של תכליות

דיני הכיבוש בכללותם, והשני, המישור הצר, המילולי-תכליתי-קונטקסטואלי של התקנה עצמה. בפרק זה ינותחו הפגמים שנפלו בפסק הדין בשני מישורים אלו.

## **ב. פרשנות פסק הדין לתקנה 55 במישור הרחב - תכליות דיני הכיבוש**

100. מבחינה מתודולוגית טעה, בכל הכבוד, בית המשפט שפירש בראש ובראשונה את תקנה 55 ורק לאחר מכן, בחן את הפרשנות שהעניק לתקנה זאת לאור תקנה 43. כפי שבית המשפט הכיר בעצמו בפסק הדין, תקנה 43 היא התקנה המרכזית ביותר בתקנות האג והיא נהנית בהקשר של דיני הכיבוש ממעמד מעין-חוקתי:

"כידוע, תקנה 43 הוכרה בפסיקתנו כהוראת מסגרת מעין-חוקתית של דיני התפיסה הלוחמתית, הקובעת מסגרת כללית לאופן הפעלת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח הכבוש" (פסקה 8 לפסק הדין).

101. לפיכך, כל הוראה מקרב דיני הכיבוש המצויה בתקנות האג יונקת מתקנה 43 ופרשנותה צריכה להיות כפופה לתקנה זאת. כך במקרה דנן, תקנה 43 היא התקנה העיקרית והבסיסית ביותר בחלק השלישי של תקנות האג (העוסק בדיני כיבוש) ותחולתה היא עליונה, עקרונית וכוללת בעוד שתקנה 55 היא הוראה אחת, ספציפית ונקודתית, אחת מיני רבות במכלול דיני הכיבוש. לפיכך פרשנות ראויה הייתה צריכה להתחיל מחילוף מדויק של תכליות ועקרונות דיני הכיבוש כפי שהם מעוגנים בתקנה 43 ורק לאחר מכן לפרש את תקנה 55 לאור תכליות ועקרונות אלו. כפי שיבואר להלן, מתווה פרשני מתחייב וראוי זה היה מוביל לתוצאות פרשניות שונות מאלו שהסיק בית המשפט ביחס לתקנה 55.

102. ואלו עיקרי עקרונות דיני הכיבוש:

- (1) הכיבוש הינו תמיד זמני,
- (2) הכובש איננו הריבון אלא מנהל את השטח כמעין נאמן של הריבון החוקי,
- (3) לשם מילוי תפקידו זה, נכנס הכובש לנעליו של השלטון הנכבש וממלא באופן זמני את תפקידיו ומפעיל את סמכויותיו של האחרון,
- (4) בהפעילו סמכויות אלו, חייב הכובש לשמור, אלא אם קיימת מניעה מוחלטת לכך, על הסטאטוס קוו ששרר בשטח הכבוש ערב הכיבוש, וזאת לשם
- (5) קידום תכליות דיני הכיבוש והגנה על ענייניהם של מוגני הכיבוש, המוגדרים על פי סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית כאוכלוסיה הנכבשת, כאשר,

(6) מגבלות על טובת האוכלוסייה המוגנת תוכלנה להיות מוטלות על ידי הכובש רק מטעמי ביטחון הכרחיים.

103. לפיכך, הלשון של תקנה 55 כמו גם תכליתה המפורטות להלן, הנתמכת בפרשנות תכליתית של מכלול דיני הכיבוש, מוביל למסקנה החד משמעית, כי הכוח הכובש זכאי להנאת שימוש (usufruct) בפירות הקרן אך לא מעבר לכך.

104. יש לבחון ולהנגיד עקרונות אלו כנגד פסק הדין שפירש את תקנה 55 באופן המאשר (1) את חוקיות המשך כריית מחצבי טבע מתכלים, (2) וזאת לאחר כארבעים שנות כרייתם, (3) כאשר הכרייה מתבצעת על ידי תאגידים ישראליים ולרווחתם הכלכלית, וזאת למרות (4) שהכרייה מכלה באופן הדרגתי את קרן המשאבים, תוך כדי (5) הרחבת מוקדי אתרי המחצבות הפועלות, ובכך היא (6) גורמת לנזקים סביבתיים בלתי הפיכים בשטח הכבוש, וזאת כאשר (7) הרוב המכריע של תוצרי הכרייה מועבר לשטחה של המדינה הכובשת (לשיטת המדינה – 94%), בנסיבות בהן (8) 6% הנותרים המשווקים בשטח הכבוש מועברים לצבא הכובש ולמתיישבים הישראליים בשטח הכבוש – לשם הרחבת אותם ישובים תוך פגיעה באינטרס האוכלוסייה המקומית, ולפיכך (9) רק שברירי אחוזים, אם בכלל, משווקים מאוצרות טבע אלו של האוכלוסייה המקומית לאותה אוכלוסיה, כאשר (10) אין מידע אם הרווח המופק מפעולות הכרייה מועבר לאוכלוסיה המוגנת או נשאר בידי המפקד הצבאי.

105. פירוש זה שניתן לתקנה 55 סותר את עקרונות העל ותכליות העל של דיני הכיבוש, כפי שפורטו לעיל: (1) אין לראות בפעולת הכרייה פעולה שתוצאותיה זמניות אלא ככזו המשנה את הסטאטוס קוו בשטח הכבוש וגורמת לשינויים בלתי הפיכים בו, (2) הכובש במקרה דנן איננו פועל כשליט-נאמן-מטיב של האוכלוסייה המקומית, אלא כמי שפוגע בענייניה של אותה אוכלוסיה, המוגדרת כאוכלוסיה המוגנת על פי דיני הכיבוש, וזאת (3) ללא כל עילה ביטחונית הכרחית שיכלה להצדיק פגיעה זאת.

### **3.ב. פרשנות פסק הדין לתקנה 55 במישור הצר – המימד המילולי-תכליתי-**

#### **קונטקסטואלי של התקנה**

106. הפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט איננה מתיישבת עם פרשנות מילולית של סעיף 55, פרשנות המתחייבת מכוח סעיף 31 לאמנת וינה המצוטט לעיל.

107. תקנה 55 מטילה על הכובש את תפקיד administrator (כלומר "מנהלן" - ולא "מנהל" כפי תורגמה ההוראה בפרשת **חוף עזה**). תפקידו של המינהלן הוא מוגבל – אין מדובר בתפקיד יזם, מפתח או מושל אלא בתפקיד אדמיניסטרטיבי המוגבל במהותו ובטבעו. זאת ועוד, תפקידו של הכובש-המנהלן הינו בלשון הסעיף "usufructuary" הפועל בהתאם לכללי ה-"usufruct". משמעות ביטויים משפטיים אלה, שמקורם בדיניה של רומי, והמוכרים אף בדין האמריקאי, עולה מעיון במילונים משפטיים. כך למשל במילון של CURZON נקבע כי משמעות הביטוי הראשון הינה: "one having a usufruct" בעוד שהמשמעות של הביטוי השני היא: "rights of using and enjoying profits or fruits from something belonging to another" ראו, כמו כן את ההגדרה המילונית המשפטית הבאה עליה נשען פסק הדין:

"A right to use and enjoy the fruits of another's property for a period without damaging or diminishing it, although the property might naturally deteriorate over time"  
(Bryan A. Garner, **Black's Law Dictionary** 1580 (2004)).

108. על פי הוראות התקנה, על המינהלן לשמור על "קרן הנכסים". כלומר עליו למלא תפקיד מנהלי זמני לשם שמירה על "קרן הנכסים" המצויים בשטח הכבוש. לא ניתן לדעתנו בשום פרשנות משפטית-מילולית מקובלת לסווג חציץ הנכרה מהאדמה, כפירות האדמה או כרווחיה. החציץ בהקשר זה איננו "פירות". הוא איננו "רווחים". החציץ הוא חלק מהאדמה וככזה עליה להיות מסווגת כמשאב מתכלה ולא כפירותיו או כרווחיו של משאב מתחדש.

109. ויודגש כי חובה משפטית זאת להגן על קרן הרכוש הינה בעלת שורשים היסטוריים עתיקי יומין. כך למשל נקבע בסעיף 7 להכרזת בריסל בדבר דיניה ונהגיה של המלחמה משנת 1874 כי הכובש הינו נאמן של הרכוש הציבורי ועליו לנהוג בו על פי כללי ההנאה:

"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 country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct"

110. ההתייחסות בתקנה 55 למושג "קרן" והביטוי "טובת ההנאה" יוצרים לפיכך הבחנה משפטית בין השימוש (המותר בתנאים מסוימים) בפירות הקרן (שימוש השומר על הקרן עצמה), לבין שימוש (האסור) בקרן עצמה.

111. הביטויים "לשמור" על "קרן הנכסים" משמעו לשמור, כלומר להגן, על הקרן וכמובן שפרשנות מילולית זאת איננה יכולה לדור בכפיפה אחת עם פרשנות המאפשרת לנגוס ו/או לשחוק ו/או לכלות, אף באופן "סביר", את הקרן עצמה. לסיכום, האפשרות המשתמעת העולה מלשון התקנה לפיה ניתן להשתמש בפירות הקרן איננה יכולה להתפרש באופן המתיר לכובש לעשות שימוש בקרן עצמה.

112. לפיכך כולל סעיף 55 שלושה מרכיבים עיקריים: (1) הכובש-מינהלן, (2) פועל כנאמן, לשם (3) ניהול הנכסים באופן זמני לשימור הקרן, זאת אף אם מותר לו לעשות שימוש חוקי בפירות אותם הנכסים.

113. מסקנתנו נתמכת במילים "SHALL" ו-"MUST" המופיעות בתקנה. מילים אלו מטילות, בלשון ציווי, חובה על הכובש לשמור על הקרן. חובה מפורשת זאת מקפלת בתוכה חובה (שלילית) להימנע מפגיעה בהם, כמו גם חובה (חיובית) לנקוט באמצעים יזומים לשמור. חובה זאת איננה מתיישבת עם פרשנות המתירה לכובש לנקוט באמצעים אקטיביים, כבמקרה דנן, הפוגעים בקרן.

114. ויודגש, אף פסק הדין עצמו מכיר בקרקע הנחצבת כמשאב טבע או בקרן הנכס. פסק הדין אף מסווגה כ"אוצרות הטבע של האזור" (פסקה 7 לפסק הדין) ואין הוא מנסה לסווג את האדמה הנכרת כפירות המשאב. פרשנות מילולית של תקנה 55 מובילה אפוא למסקנה חד-משמעית לפיה יש לשמור ולא להרוס, לכלות, לבזבז או לכרסם בקרן משאבי הטבע, או בלשון פסק הדין בקרן של "אוצרות הטבע של האזור".

115. פרשנות זאת חלה ביתר שאת במקרה דנן בהקשר של מחצבים קרקעיים וכרייתם בהשוואה לשאר המחצבים המוזכרים במפורש בתקנה, כדוגמת "יערות" או "נהרות". אם הקרקע מצמיחה "פירות" מכל סוג שהוא (למשל יבולים), היא הכובש רשאי לעשות שימוש בהם אך אסור יהיה לו, בתכלית האיסור, לעשות שימוש בקרן המחצב – דהיינו בקרקע עצמה, על ידי, למשל כרייתה. הקרקע עצמה הינה משאב מתכלה והתכלותה הינה בלתי הפיכה. לעומת זאת, "היערות" או "הנהרות" יכולים, בנסיבות מסוימות, להתחדש לאחר השימוש ב"קרן" שלהם. לפיכך האבחנה הקבועה בתקנה בין שימוש מותר בפירות המשאב לבין השימוש האסור בקרן שלו ישימה, על דרך של קל וחומר, לגבי המחצב נשוא פסק הדין.

116. הפרשנות המתירה שימוש "סביר" בקרן הנכסים איננה מתיישבת עם פרשנות מילולית זאת של תקנה 55. כפי שיפורט להלן, פרשנות מילולית זאת אוסרת איסור מוחלט על השימוש בקרן משאבי הטבע ואין היא מכירה לפיכך במבחן "סבירות" או מידתיות" לצורך כך.

117. פרשנות מילולית זאת של תקנה 55 מתיישבת עם פרשנות תכליתית שלה.

118. תכליתה של תקנה 55 היא, בדיוק כמו תכלית העל של מכלול דיני הכיבוש, להטיל מגבלות המורות על הכובש הזמני, באופן שלא יאפשרו לו, ככלל, לבצע פעולות במחצבי הטבע המשנות את הסטאטוס קוו באופן קבוע, וזאת במיוחד אם שינוי זה פועל לרעת האוכלוסייה הנכבשת-מוגנת. תכלית זאת מוגשמת באבחנה המשתמעת בין קרן המשאבים לבין פירותיה ובין השימוש האסור בראשונה והשימוש המותר בשנייה.

119. עמדה פרשנית זאת זוכה לתימוכין בעמדתו של משרד החוץ האמריקאי לפיה שימוש במשאבי טבע בשטח כבוש אסור לחלוטין. בחוות הדעת שעסקה בחוקיות הניצול של שדות הנפט של סיני על ידי מדינת ישראל קבעו המשפטנים האמריקאים כי:

"[r]esources such as oil deposits, which are irreplaceable and have value only as they are consumed, cannot be used without impairing the capital of the oil bearing land".

Department of State Memorandum of Law on Israel's Right to Develop New Oil Fields in Sinai and the Gulf of Suez, 16 **International Legal Materials** 733, 740 (1977)

120. הכרייה מושא עתירה זו מבוצעת באדמות מדינה ועניינה שימוש בנכסי טבע או כפי שפסק הדין עצמו מכיר ב"אוצרות הטבע של האזור" (פסקה 7 לפסק הדין). כריית אותם מחצבים או "אוצרות טבע", כפי שבחר פסק הדין להגדירם, הינה כרייה של מחצבים לא מתחדשים וככזו היא מכלה אוצרות טבע מתכלים ומוגבלים המהווים את רכושה הקולקטיבי של האוכלוסייה הנכבשת. כריית קרן אוצר הטבע הינה לפיכך בלתי חוקית, וזאת לאור תכליתה של תקנה 55.

121. עמדה זאת נתמכת באופן ישיר וממוקד בכתיבתו של דבריו של Laurant אודות הכרזת בריסל על הכיבוש כמשטר נאמנות:

"[t]he products of mines and quarries are certainly not a fruit, but a part of the ground. It is therefore the substance of the thing which the exploiter successively depletes; how can the usufructuary have the right to exploit the mines and quarries when he must conserve the substance?"

F. Laurant, **principales De Droit Civil**, 563-564 (1887).



122. כך גם פסק הטריבונל הצבאי בנירנברג בפסק-הדין – *The United States of America* vs. *Ernst von Weizsäcker, et al* ("The Ministries Case") (case #11), שם הורשע יו"ר חברה שקיבלה רישיון להפעיל מחצבים ברוסיה הכבושה. הטריבונל קבע כי החציבה מנוגדת לכללי הנאמנות (עמ' 747 לפסק-הדין).

123. פסק הדין מושא חוות דעתנו מכיר בעצמו בפרשנות זאת המחייבת את הכובש לשמור על המחצבים. הוא אף מתייחס למחצבים כ"אוצרות טבע" הטעונים הגנה, בהסתמכו על הלכת ולירו שקבעה כי "מוטלת על המדינה החובה לשמור על הנכס ולהימנע מפגיעה בו" (ראו: בג"ץ 3103/06 **שלמה ולירו נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.2.2011).

124. זאת ועוד, פסק הדין מכיר גם במפורש באיסור המשפטי על פגיעה בקרן הנכסים בקובעו כי "תקנה זו, מכילה על-פי לשונה היתר מוגבל המאפשר למדינה המחזיקה בתפיסה לוחמתית בשטח אחר לנהל ולהפיק פירות (administrator and usufruct) מבניינים ציבוריים, מקרקעין, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינת האויב ונמצאים באותו שטח, מבלי לפגוע בקרן של הנכסים".

125. ראו אף את דבריה של הנשיאה בפסקה 7 לפסק הדין לפיהם:

"ניהול הרכוש יעשה בהתאם לכללי הפקת טובת ההנאה, לפיהם לא תוכל המדינה הכובשת למכור את הנכס או להפעילו באופן שיביא לחיסולו או ריקונו (ראו יורם דינשטיין דיני מלחמה 230 (1983) (להלן: דינשטיין), Michael A. Lundberg, *The plunder of Natural Resources During War: A War Crime* (?), 39 GEO. J. INT'L L. 495, 515 (2008))."

126. פסק הדין חוזר ומקבל את האיסור המשפטי על שימוש הלא-הפירותי בנכסים, כך למשל בהסתמכו על המלומד Von Glahn הקובע כי:

"It would seem reasonable to assume, however, that an occupant in principle ought to be free to grant concessions for the exploitation of the usufruct of public real or immovable property, with the obvious reservation that no such concession could exceed the duration of the belligerent occupation"

(GERHALD VON GLAHN, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY- A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT (OCCUPATION 209 (1957) Von Glahn. (להלן: 209 (1957) Von Glahn.)

127. ואולם, על אף קיומה של חובה זאת קובע פסק הדין מושא חוות הדעת כי מותר לכובש לפגוע באופן סביר בקרן אוצרות הטבע של הנכבש. דא עקא, פרשנות זאת איננה מתיישבת, כאמור, עם פרשנות מילולית או תכליתית של התקנה.

128. זאת ועוד, קביעה זאת סותרת את הקביעה של פסק הדין בפרשת ולירו:

"39. הכלל לפיו מדינה כובשת נדרשת לנהל רכוש ציבורי שתפסה בהתאם לכללי

טובת ההנאה מהווה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי....

40. הכח הכובש רשאי, אפוא, על פי כללי המשפט הבינלאומי, להחזיק בנכסי דלא-ניידי שהינם רכוש ממשלתי השייך למדינת האויב, ולהפיק מהם טובת הנאה, אולם עליו החובה לשמור עליהם ולהימנע מפגיעה... מחובתה של המדינה לשמור על קרן הנכסים ולנהלם בהתאם לכללי הפקת טובת ההנאה. היא איננה רוכשת בעלות בנכסים אלה ועל כן היא מנועה, בהתאם לכך, מלמכור אותם או מלפעול באופן שירוקן את הזכויות בהם מתוכן, שהרי כתוצאה מכך תפגע קרן הרכוש...

41. חובת הכח התופס לשמור על נכסי הדלא-ניידי השייכים לאויב משתקפת גם באיסור החל עליה להורסם (תקנה 23(g) לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית; Commentary: IV Geneva Convention 301 (Jean S. Pictet, ed., 1958) (להלן: פיקטה); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 458-456 (2004) (להלן: ענין הס)).

42. המדינה הכובשת נדרשת, אפוא, להגן על הרכוש הציבורי בשטח התפוס, ונאסר עליה לפגוע ברכוש. גרימת הרס נרחב או החרמתו של רכוש בקנה מידה נרחב תיחשבנה להפרה חמורה של האמנה, אלא אם נעשו עקב צורך צבאי (סעיף 147 לאמנת ז'נבה הרביעית; פיקטה, בעמ' 601). עם זאת, כפי שהעיר המלומד פיקטה, מטרתה של אמנת ז'נבה הרביעית הינה לדאוג לאזרחים המוגנים עצמם, ולא לרכוש, ועל כן הטיפול ברכוש אויב וברכוש פרטי בשטח כבוש מוסדר, בעיקר, בתקנות האג (פיקטה, בעמ' 271). מכל מקום, אין בהוראות האוסרות על הרס או החרמת רכוש האויב כדי לפגוע בזכותו של הכוח התופס לנהל רכוש ציבורי של האויב ולהפיק ממנו טובת הנאה. עמד על כך פיקטה....

43. בהפעלת סמכויותיו בשטח התפוס בתפיסה לוחמתית, נדרש, אפוא, המפקד הצבאי למצוא איזון בין צורכי הצבא לבין צורכי התושבים המקומיים (תקנה 43

לתקנות האג; ענין בית סוריק, בעמ' 830; ענין הס, בעמ' 455-456; ענין מראעבה, בעמ' 506). עקרון-על זה נכון גם בהתייחס להפעלת סמכותו של המפקד על פי תקנה 55 לתקנות האג. יש להדגיש – אף שהתפיסה הלוחמתית של צה"ל באזור היא ארוכת שנים, "אין בעבור הזמן כדי להרחיב את סמכותו של המפקד הצבאי ולאפשר לו לשקול שיקולים שמעבר לעצם ניהולו הראוי של האזור הנתון לתפיסה לוחמתית" (ענין בית סוריק, בעמ' 830). בהפעילו את סמכות הניהול והפקת ההנאה מן המקרקעין הציבוריים שתפס, חייב המפקד הצבאי, אפוא, לפעול לטובת האזור, תוך שהוא מפעיל שיקולים רלבנטיים בלבד – טובת התושבים המוגנים, וצורכי הצבא (ענין בית סוריק, בעמ' 836-833). בפרט, "אל לו לשים לנגד עיניו את שיקוליה של המדינה שמכוח תפיסתה הצבאית את השטח הוא מפעיל את סמכויותיו (ענין הס, בעמ' 456)".

129. ופסק הדין נסמך על עמדת המדינה על פיה גם אם תימשך החציבה והכרייה באזור במשך השלושים השנים הקרובות באותו ההיקף, המשמעות תהיה ניצול של "רק חצי אחוז מסך פוטנציאל הכרייה באזור". לאור תחזית זאת של המדינה קובע פסק הדין כי מדובר למעשה בפגיעה מידתית וסבירה ולא בניצול של ממש של משאבים טבעיים מתכלים או בשימוש מכלה של הקרן.

130. ואולם, ההבחנה בין שימוש בקרן לבין שימוש בפירותיה מכוח תקנה 55 היא הבחנה עקרונית ולא כמותית. היא מוחלטת ולא יחסית. על פי לשונה (כמו גם רוחה ותכליתה) של תקנה 55, אסור לכרסם בקרן. למעשה, על הכובש לשמור עליה. על הכובש להשתמש ולהנות אך ורק מפירות הנכס וכל ניצול של הקרן הינו אסור. כשדיני הכיבוש, כמו גם דינים אחרים, כדוגמת המשפט הסביבתי ועקרון הריבונות הקבועה על משאבי הטבע, אוסרים ככלל על ניצול המשאבים הטבעיים שבשטח הכבוש, אזי גם כרייה וחציבה של חצי אחוז מסך הפוטנציאל היא אסורה.

131. מעבר לנדרש חשוב מאוד להדגיש כי ממסמך שפרסם משרד הפנים (משרד הפנים – מינהל התכנון: תמא 14ב' - תכנית מתאר ארצית לאתרי כרייה וחציבה למשק הבנייה והסליה – והנמצא בידי כותבי חוות הדעת)<sup>7</sup> עולה כי כלל מחצבי הכרייה בשטח C יתכלו בעוד 38 שנים וזאת בהסתמך על קצב הכרייה הנוכחי ובשים לב לתוכניות הפיתוח של המחצבות הקיימות (עמ' 71 למסמך). כלומר, ההנחה על פיה הכרייה הינה חוקית בנסיבות דנן משום שהיא כרוכה בשימוש סביר בקרן המשאבים הינה הנחה שגויה ופירכתה שומטת את הבסיס עליו נשען פסק הדין.

<sup>7</sup> המסמך ניתן לצפייה באתר משרד הפנים: <http://www.moin.gov.il/SubjectDocuments/Karka0702.pdf>

132. אך גם אם אכן השימוש באוצרות הטבע הינו סביר, אין בכך להכשיר את ההיתרים. על פי המשפט הבינלאומי בכלל, ועל פי פרשנותו לאורך השנים של בית המשפט העליון עצמו בפרט, כאשר פעולה מסוימת בשטח הכבוש אסורה והרשות איננה מוסמכת לפיכך לבצעה, הביצוע הינו בטל מעיקרו וזאת במנותק מהיקף הביצוע בפועל. לשון אחר, שאלת הסמכות או היעדרה הינה שאלה עקרונית ולא שאלה של מידה. החובה המוטלת על הכובש לשמור על הקרן, ולפיכך האיסור הנגזר שלא לכלותה, הינו איסור מוחלט שאיננו כפוף, לא במפורש ולא במשתמע, למבחן סבירות או מידתיות. לפיכך השימוש, המפורש או המשתמע, שעושה פסק הדין בעקרונות הסבירות או המידתיות ו/או זוטי דברים על מנת להכשיר את השימוש בקרן אינו יכול למצוא כל בסיס לשוני או תכליתי בתקנה 55 וככזה הוא, בכל הכבוד, שגוי, ולפיכך הפרשנות שניתנה על ידו על פיה המעצמה הכובשת רשאית, הלכה למעשה, להשתמש "שימוש סביר" בקרן (במובחן מפירות) של מחצבי הטבע המצויים בשטח הכבוש סותרת את לשונה של תקנה 55, כמו גם את רוחה ותכליתה. עמדתנו הנחרצת הזאת נתמכת גם בהגדרה המילונית-משפטית עליה מסתמך בית המשפט עצמו בפסק הדין:

"A right to use and enjoy the fruits of another's property for a period without damaging or diminishing it, although the property might naturally deteriorate over time"  
(Bryan A. Garner, **Black's Law Dictionary** 1580 (2004)).

133. עיננו הרואות כי ההגדרה המילונית-משפטית אוסרת על פגיעה או הפחתה. פגיעה או הפחתה. לא פגיעה לא מידתית. לא הפחתה לא מידתית. לא פגיעה לא סבירה. לא הפחתה לא סבירה. פשוטו כמשמעו: איסור על פגיעה או הפחתה של הקרן.

134. ניסונו של בית המשפט להיתלות בכתיבתו של פרופסור בנבנישתי הינה מוטעית ולמעשה סותרת את מסקנות פסק הדין לפיהן ניתן לעשות שימוש בקרן הנכסים. כדברי בנבנישתי עצמו:

"The utilization of public immovable property is qualified by two conditions. The first condition relates to the purpose of the use. The occupant may use the different types of property to meet its security needs, to defray the occupation administration's costs, and to promote the needs of the local population. It may not use them for its own domestic purposes. The second condition applies to public immovable property only. It stipulates that the occupant must maintain the principal, and use only its fruits".

Eyal Benvenisti, *Agora (Continued): Future Implication of the Iraq Conflict Water Conflicts During the Occupation of Iraq* 97 **A.J.I.L.** 860, 869,

135. מן המקובץ עולה כי הפגיעה בקרן אוצר הטבע, המצוי בשטח הכבוש מנוגדת לדיני הכיבוש. ודוק, בית המשפט נשען לשם תמיכה בעמדה לפיה פגיעה סבירה בקרן אינה בלתי חוקית באמור בספרו של רובי סיבל **משפט בינלאומי** 461 (מהדורה ראשונה, 2003), בו נכתב כדלקמן:

"המדינה הכובשת אינה נעשית לבעלים של אוצרות טבע ציבוריים בשטח הכבוש אך היא זכאית לנצלם (usufructuary rights). הניצול חייב להיות רק באותה מידה שבעלים סבירים היו מנצלים את האוצרות, דהיינו אין לעשות ניצול יתר. זכות זו כוללת גם הזכות לנצל אוצרות שדות נפט קיימים".

136. ואולם, האסמכתא המובאת איננה תומכת בקביעה כי מותר לעשות שימוש בקרן. נהפוך הוא. האסמכתא דנה בשימוש הפירותי, במובחן מהשימוש בקרן, וקובעת לפיכך כי השימוש הפירותי אסור שיעלה לכלל ניצול יתר. לפיכך שגה בית המשפט בהסתמכו על אסמכתא התומכת בקביעה המשפטית ההפוכה מזאת שפסק הדין אימץ.

137. פסק הדין מנסה לתמוך את קביעתו אף במדריך הצבא הקנדי, אך גם מדריך זה קובע באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי אין האיסור כפוף למבחן מידתיות או סבירות אלא מדובר באיסור על כל שימוש הגורם לבזבוז הקרן (ההדגשות שלנו):

#### "Section B. Immovable public property in occupied territory

##### III. Military Manuals

Canada's LOAC Manual (1999) provides that, in occupied territory:

Enemy public immovable property may be administered and used but it may not be confiscated.

...

Real property belonging to the State which is essentially of a civil or non-military character, such as public buildings and offices, land, forests, parks, farms, and mines, may not be damaged unless their destruction is imperatively demanded by the exigencies of

war. The occupant becomes the administrator of the property and is liable to use the property, but must not exercise its rights in such a wasteful or negligent way as will decrease its value. The occupant has no right of disposal or sale. Public real property which is of an essentially military nature such as airfields and arsenals remain at the absolute disposal of the occupant".

138. זאת ועוד, הפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט העליון על פיה ניתן לאפשר פעילות הציבה על ידי מחצבות שלא היו פעילות עובר לכיבוש סותרת את לשון תקנה ואת תכליתה. כאמור הסעיף מטיל על הכובש את תפקיד administrator - תפקיד אדמיניסטרטיבי המוגבל במהותו ובטבעו בניהול הקיים.

139. מסקנה פרשנית מילולית ותכלית זאת של תקנה 55 נתמכת אף בקריאה קונטקסטואלית של התקנה (פרשנות המתחייבת מכוה סעיף 31 לאמנת וינה) לאור הוראות אחרות של דיני הכיבוש המגינות על אינטרסים קנייניים ועל רכוש ציבורי ואחר המצוי בשטח הכבוש. כך למשל קובעת תקנה 53 לתקנות האג כי כללי הנאת שימוש מאפשרים שימוש שאינו מכלה ואינו פוגע בנכס:

"צבא כיבוש שטח-ארץ יהיה רשאי לקבל לרשותו רק את המזומנים, הקרנות וניירות-הערך הניתנים למימוש והשייכים בהחלט למדינה, וכן את מחסני הנשק, אמצעי התובלה, מחסנים ואספקה ובדרך כלל כל נכסי דניידי של המדינה הניתנים לשימוש לצרכי פעולות המלחמה."

140. כך גם קובעת תקנה 23 לתקנות האג:

"In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden

[...]

(g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war".

141. יש לקרוא תקנות אלו בשילוב עם סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית הקובע כי:

"Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State,

or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations".

142. פרשנות קונטקסטואלית של תקנה 55, המציבה אותה בהקשר הרחב של תקנות אלו, מצביעה באופן מובהק על המגבלות המחמירות המוטלות מכוה דיני הכיבוש בכלל ומכוה תקנה 55 בפרט על שימוש של הכובש בנכסי-ציבור של הנכבש. ויודגש לעניין זה כי תקנות אלו יוצרות במקובץ כלל בעל מעמד מנהגי מחייב לפיו נכסי ציבור דלא-ניידי בשטח כבוש ינוהלו ע"פ דיני הנאמנות למעט אם שימוש מכלה שלהם או פגיעה בהם בכל דרך אחרת נדרשת והכרחית ל"צורך מלחמתי הכרחי". ראו לעניין זה את כלל מספר 51 לכללי המחקר של הצלב האדום הבינלאומי בדבר הדינים המנהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי:

"In occupied territory:

1. movable public property that can be used for military operations may be confiscated;
2. immovable public property must be administered according to the rule of usufruct; and
3. private property must be respected and may not be confiscated;

Except where destruction or seizure of such property is required by imperative military necessity."

J.M Henckaerts and L. Doswald-Beck, **CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Vol. I: Rules** (Cambridge, 2005), at pp.178-179.

143. לסיכום ביניים, תקנה 55 מטילה איסור מוחלט על שימוש בקרן המחצבים והפרשנות המנוגדת של פסק הדין אינה נתמכת להבנתנו בכל פרשנות מילולית או תכליתית או קונטקסטואלית סבירה.

## 4.ב עקרון ההמשכיות

144. אך גם אם מסקנתנו זאת הינה שגויה ולפיכך ניתן בנסיבות מסוימות לעשות שימוש מוגבל בקרן אזי ששימוש זה יוכל לחול רק ביחס לשימוש שהיה קיים ערב הכיבוש ("עקרון ההמשכיות"). כך למשל, מציע דאפרזון (Dufresne) כי (ההדגשות שלנו):

“[U]sufructuary powers are patrimonial powers of a limited ambit: They usually entail the power to use and to collect the fruits generated by the property, and the correlative obligation to preserve the capital thereof. This is an impossible combination in relation to non-renewable resources. The ability to use the proceeds of exploitation inevitably entails the consumption of the capital. In such a situation, it seems most reasonable to apply a principle of continuity and allow for exploitation to continue at the pre-occupation level.”

Robert Dufresne, “Reflections and Extrapolations on the ICJ’s Approach to Illegal Resource Exploitation in the Armed Activities Case”, 40 **N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.** 171, Special Issue, 2008, at p. 200.

145. לתמיכה בעקרון ההמשכיות ראו גם:

Edward R. Cummings, "Oil resources in occupied Arab territories under the law of belligerent occupation", **Journal of International Law and Economics**, vol. 9 (1974), pp. 533-593;

Antonio Crivellaro, "Oil operations by a belligerent occupant: the Israel-Egypt dispute", **The Italian Yearbook of International Law**, vol. 3 (1977), pp. 171-187;

Brice M. Clagett and O. Thomas Johnson, "May Israel as a Belligerent Occupant Lawfully Exploit Previously Unexploited Oil Resources of the Gulf of Suez?", 72 **The American Journal of International Law**, 558-585, 574

**United States Army Field Manual** (F. M. 27-10) para. 402;

**United Kingdom Manual of Military Law**, para. 610;



146. ואולם, גם אם נקבל פרשנות מרחיבה זאת, המתירה על פי עקרון ההמשכיות שימוש לא מכלה בקרן הנכסים, שימוש זה, שהינו כאמור מרחיב ונוגד את תכליות דיני הכיבוש, כפוף למספר מגבלות משפטיות מחמירות: הכובש מוגבל למדיניות וקצב הניצול בפועל של משאבי השטח הכבוש כפי שהם יושמו עובר לכיבוש ולפיכך אסור לו להרחיב את פעולות הכרייה ולפתח תוכניות שלא היו קיימות טרם כניסתו לשטח הכבוש. מגבלות אלה אכן מצמצמות את יכולתו של הכובש לפתח את השטח ולכלות את הפוטנציאל הכלכלי הטמון בו.

147. כך למשל קובע המלומד גרהרד פון גלאן, שעליו מסתמך פסק הדין כאילו הוא תומך בחוקיות הענקת זיכיונות בשטח כבוש (פסקה 7 סיפא לפסק-הדין), מכיר באופן מפורש במגבלות מחמירות אלו:

"[the occupant] may not cut more timber than was done in pre-occupation days"

Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory*, 177.

148. יפים לעניין זה דבריו של Dufresne:

“While empowering in the sense that it goes beyond mere preservation and non-alienation, a principle of continuity is simultaneously restrictive in two ways. First, an occupant is thereby limited in its exploitation prerogatives by the de facto or regulatory pre-occupation exploitation pace. In corporate parlance, business-as-usual sets an upper limit to exploitation. The second limit is that the principle of continuity covers exploitation schemes existing at the beginning of the usufruct, thus limiting the occupier's capacity to develop the full potential of the territory.”

Dufresne, “Reflections and Extrapolations on the ICJ’s Approach to Illegal Resource Exploitation in the Armed Activities Case”, *Ibid*, at p. 200.

149. העמדה המכירה בחוקיות שימוש בקרן אך מגבילה שימוש זה לעקרון ההמשכיות מוצאת ביטוי בחוות הדעת של משרד החוץ האמריקאי בנוגע להפעלתם ופתיחתם של שדות הנפט בסיני:

"[a]n occupant may not open wells in areas where none existed at the time the occupation began, since the prior or normal rate of exploitation was zero".

150. באמצע את הגישה ההפוכה הקובעת כי הכובש רשאי להעניק זיכיונות לחציבה ביחס למכרות שלא פעלו ככאלו עובר לכיבוש, אימץ בית המשפט גישה פרשנית שאינה זוכה לתימוכין בספרות הרלוונטית.

151. יפים לעניין זה דבריו של המלומד האמריקני פאוסט (Paust) בבואו להתייחס לשאלת חוקיות "הפרטת" חובת ניהול הרכוש הציבורי הכבוש (במקרה דנן בעיראק) על ידי המעצמה הכובשת :

"With respect to Iraqi oil and oil production and distribution facilities, the occupying power must safeguard the oil and must administer extraction processes like a trustee for the Iraqi state or people. Thus, an occupying power cannot engage or participate in "privatization" of Iraqi oil or the state-owned oil production and distribution industry and must not tolerate rates of extraction beyond prior "normal" rates of extraction or excessive fees or profits by others administering such properties. Similarly, the occupying power must not contract with private companies in such a manner as to allow them to engage in the same sorts of prohibition".

Jordan J. Paust, "The US as an occupying power portion of Iraq and special responsibilities under the law of war", 27 **Suffolk Transnational Law Review** 1, Winter, 2003, at pp. 12-13.

152. האסמכתא המובאת על ידי בית המשפט בפסק הדין על מנת לתמוך בכריה במחצבות שלא פעלו ערב הכיבוש סותרת את מסקנתו של בית המשפט עצמו משום שהיא עוסקת במכרות מסוימים שהיו קיימים ופעילים עובר לכיבוש ולא בכל מכרה באשר הוא, עובדה העולה בבירור מהשימוש במובאות אלו בדיבור "the mines" ולא "mines": כך למשל בספר ההוראות הצבאי האמריקאי נקבע כי: FM 27-10 The law of Land Warfare, American Military Manual:

"402. Occupant's Disposition of Real Property of a State

...As administrator or usufructuary he should not exercise his rights in such a wasteful and negligent manner as seriously to impair its value. He may, however, lease or utilize public lands or buildings, sell the crops, cut and sell timber, and work the mines. The term of a lease or contract should not extend beyond the conclusion of the war".

153. פרשנותנו זאת נתמכת בכתיבה עניפה. כך למשל קובעת אדלר בספרו של סיבל, כמו גם פרופ' דינשטיין, כי לא ניתן להתיר הקמת מכרות לכריית מחצבים חדשים (ראו עוד אדלר, שם, בעמ' 576).

154. ניסיונו של פסק הדין להצדיק את העמדה המשפטית שהינה כה שגויה נתמך בפסק הדין בכתיבתו של פרופ' בנבנישתי. ואולם עיון מדוקדק בדבריו מלמד כי כתיבתו אינה מתיישבת עם המסקנה אותה הסיק בית המשפט:

"...in a prolonged occupation the maintenance of the status quo ante could prove insupportable to the local population. Indeed, it would be wrong, and even at times illegal, to freeze the legal situation and prevent adaptations when an occupation is extended. But this does not mean that it is the occupant who is entitled to assume the duty to update the law. In prolonged occupations conditions change quite regularly, partly because of the occupant's own policies; to recognize the occupants widening powers to react to these changes or even to initiate new ones would effectively grant the occupant almost all the powers a modern sovereign government would wield. In modern times, the occupant's interests encompass not only the safety of its troops but also a wide variety of economic concerns, and not only temporary benefits but also long-term advantages. Politicians and soldiers are not saints, and one must expect the occupant to be prejudiced in favor of its own country's interests at the expense of the indigenous community. Therefore, instead of allowing the occupant to extend its powers as new circumstances require, the aim of the law of occupation should be to encourage the participation of the indigenous community and of the ousted government, all subject to the occupant's safety concerns" ..

155. ניסיונו של בית המשפט להיתלות בדבריו של פרופ' דינשטיין להצדקת קביעתו בנוגע לעקרון ההמשכיות אף היא איננה משכנעת. ראשית משום שדבריו של דינשטיין אינם מייצגים את העמדה הפרשנית המקובלת. שנית דינשטיין עצמו מסביר את ההצדקה לכך, בין השאר, בצורך להבטיח שהמתקנים יישמרו ולא ייפגעו עקב אי שימוש (שם, בעמ' 215), הסבר הישים בהקשר של מכרות פחם אך לא בהקשר של מחצבות:

"There is, however, a good practical reason for allowing the Occupying Power to work mines: non-maintenance is liable to lead to long-term system decline, thereby endangering resumption of operations under the restored sovereign".

YORAM DINSTEIN, **THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION** 215 (2009)

156. פרשנותו של בית המשפט בדבר קיומה של סמכות משפטית להתיר פעילות מחצבות שלא היו קיימות עובר לכיבוש מוסברת אף היא על ידי בית המשפט בהפניה, בהסכמה לעמדת המדינה: "מעבר לכך, טוענת המדינה כי יתכן והרציונאל העומד ביסוד עקרון ההמשכיות, המטיל על המדינה - כנאמן על הרכוש הציבורי בשטח התפוס - חובה למנוע את קריסת הכלכלה המקומית, יכול להצדיק את פעילות המחצבה. זאת, נוכח החשש שדווקא החלטה להפסיק את פעילות החציבה בעת הזאת עלולה להביא לניוון התשתיות הקיימות והזנחת המפעל הכלכלי, באופן שיעמוד בסתירה לרציונלים שביסוד העיקרון ולחובות שמטיל המשפט הבינלאומי על הכובש". (פסקה 8)

157. ואולם ההנחה שלא הוכחה לפיה סגירת המחצבות תגרום ללא פחות "מקריסת הכלכלה המקומית" הינה, בכל הכבוד, מרחיקת לכת. כפי שפורט בסעיף א' לחוות הדעת, קרוב לוודאי כי הכלכלה הפלשתינית לא תקום ולא תיפול על עשר מחצבות הכורות לשיטת בית המשפט כמויות סבירות של מחצבים.

158. יתר על כן, העובדה שהפסקת המחצבות תגרום, כנטען, לנזק כלכלי כזה או אחר, אין לה דבר וחצי דבר עם שאלת הסמכות המשפטית ושאלת החוקיות מכוח המשפט הבינלאומי להתיר חציבה של מחצבות שלא היו פעילות עובר לכיבוש. אם המשפט

הבינלאומי אוסר על כריית מחצבות שלא היו פעילות כאמור, אזי האיסור חל במנותק מהשאלה אם הפסקת הפעולה האסורה תסב נזק כזה או אחר.

159. מעבר לנדרש, וגם אם אכן יש בנזק שייגרם לאוכלוסיה המקומית המוגנת מאי-הענקת ההיתרים כדי להצדיק את ההכשרה בדיעבד של פעילות לא חוקית ולא מוסמכת, אזי פסק הדין נפל לטעות עובדתית שהרי גם אם אין ברירה אלא להמשיך להעניק זיכיונות כרייה, אזי ניתן היה, כמפורט בסעיף א' לחוות הדעת, להעניקם לתאגידיים פלשתינים המתמחים בכרייה. העובדה שמדינת ישראל לא עשתה זאת צובעת באור בעייתי את טענתה זאת בדבר חוקיות היתרים לכריית מחצבות שלא היו קיימות ערב הכיבוש כאמצעי להצלת הכלכלה של האוכלוסייה הנכבשת.

## ג. סיכום

160. הפרשנות שניתנה על ידי פסק הדין לתקנות 43 ו-55 לתקנות מאשרת (1) את חוקיות המשך כריית מחצבי טבע מתכלים, (2) וזאת לאחר כארבעים שנות כרייתם, (3) כאשר הכרייה מתבצעת על ידי תאגידים ישראליים ולרווחתם הכלכלית, וזאת למרות (4) שהכרייה מכלה באופן הדרגתי את קרן המשאבים, תוך כדי (5) הרחבת מוקדי אתרי המחצבות הפועלות, ובכך היא (6) גורמת לנזקים סביבתיים בלתי הפיכים בשטח הכבוש, וזאת כאשר (7) הרוב המכריע של תוצרי הכרייה מועבר לשטחה של המדינה הכובשת (לשיטת המדינה – 94%), בנסיבות בהן (8) 6% הנותרים מתומרי הכרייה המשווקים בשטח הכבוש מועברים לצבא הכובש ולמתיישבים הישראליים בשטח הכבוש – לשם הרחבת אותם ישובים תוך פגיעה באינטרס האוכלוסייה המקומית, ולפיכך (9) רק שברירי אחוזים, אם בכלל, משווקים מאוצרות טבע אלו של השטח הכבוש ושל האוכלוסייה המקומית לאותה אוכלוסייה, כאשר (10) אין מידע אם רווחי הכרייה, כולם או חלקם, מועברים לאוכלוסייה המוגנת, או נשארים בידי המפקד הצבאי.

161. בחוות דעת זאת ביססנו את עמדתנו לפיה פרשנות זאת הינה שגויה ועומדת בסתירה

חזיתית, עם דיני הכיבוש, לאור לשונם, רוחם ותכליתם. זאת ועוד:

1. הפרשנות שניתנה בפסק הדין לתקנה 43 לתקנות האג הינה שגויה,
2. הפרשנות שניתנה בפסק הדין לתקנה 43 לתקנות האג סותרת את הלכת ג'מעית אסכאן עליה מנסה בית המשפט להשתית את פסק דינו,
3. הפרשנות שניתנה בפסק הדין לנפקות הימשכותו של הכיבוש באזור הינה פרשנות שגויה הסותרת את הפרשנות המקובלת ביחס לנפקות זאת,
4. הפרשנות שניתנה בפסק הדין לתקנה 55 לתקנות האג הינה פרשנות שגויה,
5. כפועל יוצא, ההיתר שניתן לתאגידים ישראליים לכרות מחצבי טבע מתכלים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית אינו חוקי.

ירושלים, ינואר 2012

פרופ' איל בנבנישתי

פרופ' יובל שני

ד"ר גיא הרפז

פרופ' ארנה בן-נפתלי

פרופ' ברק מדינה

ד"ר יעל רונן

ד"ר עמיחי כהן