

המבקשת

"יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע.ר. 58-0442622)
באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או אבישר לב ו/או
אמילי שפר ו/או עידו תמרי ו/או כרמל פומרנץ, כולם מרחי יהודה
הלוי 45, תל-אביב 65157; טל: 03-6206947/8/9, פקס: 03-6206950

-- נגד --

1. **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית – אלוף גדי שמני**
2. **ראש המנהל האזרחי ביהודה ושומרון - תא"ל יואב מרדכי**
באמצעות ב"כ עו"ד הילה גורני מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רחי סלאח א-דין, ירושלים, פקס': 02.6467011
3. **מחצבת הנסן "נחל רבה" (ח.פ. 51-020554-5)**, באמצעות
עו"ד יניר הראל ואחי, ממשרד פירון ושות' מרחי אבא הילל
סילבר 16, ר"ג 52506, ת.ד. 3381 ר"ג 52136 טל': 03-7540000;
פקס: 03-7540011
4. **מחצבת ברקן – חברת בני השרון (ח.פ. 51-321725-7)**, ע"י
ב"כ עוה"ד שפרה גב ו/או שרונה בנדק מרחי ז'בוטינסקי 33, ר"ג
51511, טל': 03-5753614; פקס: 03-7511405
5. **מחצבת כוכב השחר – כוכב השחר תפעול (ח.פ. 51-1859076)**,
ע"י ב"כ עו"ד אילן מדוויר מרחי הארבעה 10, ת"א
61205, טל: 03-5620563, פקס: 03-5620565
6. **מחצבת נטוף – שפיר הנדסה (ח.פ. 51-050024-2)**, ע"י ב"כ
עוה"ד מ. זליגמן ושות' מרחי דרך מנחם בגין 23, ת.ד. 36090
טל': 03-7101616, פקס: 03-7101617
7. **מחצבת מיתרים בע"מ (ח.פ. 51-343634-5)**, ע"י ב"כ לירון
סגל מרחי מנחם בגין 12, ר"ג 52521, טל': 03-7538252 פקס:
03-7538253
8. **מחצבות כפר גלעדי (שותפות מוגבלת מס' 57-003639-2)**
ע"י ב"כ עו"ד אילן מדוויר מרחי הארבעה 10, ת"א 61205, טל:

9. בית חג"י – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית
בע"מ, ע"י ב"כ עו"ד ברוך חייקין ואח' משדרות שאול המלך 8,
ת"א 64733, טל : 03-6091101, פקס : 03-6951533

10. מדרן קבלנות כללית עפר, כבישים ומחצבות (1964) בע"מ,
(ח.פ. 0-039829-51), ע"י ב"כ עו"ד יסמין רובין ואח' מרח'
היצירה 3, ר"ג 52521 טל' : 03-6143310 פקס : 03-6134420

11. אליקים בן ארי בע"מ (ח.פ. 7-053256-51), ע"י ב"כ עו"ד
אילן מדוויר מרח' הארבעה 10, ת"א 61205, טל : 03-5620563,
פקס : 03-5620565

12. סלעית אדומים מחצבה ומפעל בע"מ (ח.פ. 7-001498-56)
ע"י ב"כ עו"ד אסף שפירא ואח' מרח' בית הדפוס 20, י-ם 95483,
טל : 02-6519191, פקס : 02-6519197

המשיבים

בקשה לדיון נוסף

זוהי בקשה לדיון נוסף בפסק-דינו של בית המשפט העליון בשיבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, שניתן במסגרת העתירה בבג"ץ 2164/09 (פסק הדין ניתן ביום 26.12.2011 בשעה 18:30 על ידי כב' הנשיאה ד' ביניש והשופטות מ' נאור וא' חיות).

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קיום דיון נוסף בעתירה זו, בהרכב מורחב, בשאלות הבאות:

א. מהן גדרי סמכותה של מדינת ישראל בנוגע לניהול אוצרות הטבע של השטחים המוחזקים על-ידי בתפיסה לוחמתית, ובהקשר זה מה היחס בין תקנה 55 ותקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיניה ונהגיה של המלחמה ביבשה, 1907?

ב. באופן ספציפי: האם יש למעצמה כובשת בכיבוש ארוך טווח הסמכות ליתן לאזרחיה ולתאגידים בבעלות אזרחיה ו/או כאלה הרשומים אצל המעצמה

הכובשת, זיכיונות כרייה של אוצרות טבע בשטח הכבוש בכלל, ובמחצבות שלא היו קיימות טרם תחילת הכיבוש בפרט?

ג. ככל שמותר למעצמה הכובשת ליתן זיכיונות כרייה של אוצרות טבע בשטח כבוש, האם סמכות זו כפופה לעקרון ה"המשכיות" או לעקרון ה"סבירות"?

ד. האם העובדה שמחצבות ישראליות מספקות מקומות עבודה לפלסטינים ומשלמות תמלוגים לקופת המינהל האזרחי הופכת את מתן הזיכיונות לפעולה שיש לראות בה מהבחינה המשפטית כפעולה שהיא "לטובת האוכלוסייה המקומית"?

עותק של פסק-הדין נשוא בקשה זו, מצ"ב ומסומן נספח 1.

א. פתח דבר

"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 האוכלוסיה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר"

כבי השופט (כתוארו אז), א' ברק, בבג"ץ 393/32 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון פד"יי לז(4) 785 (1983), בעמ' 794-795 (ההדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.).

"תקנה 55 מעניקה למחזיק בתפיסה לוחמתית זכות לניצול משאבי טבע באופן סביר..."

דיני הכיבוש המסורתיים מחייבים התאמה להתמשכות ההחזקה, להמשך החיים הסדירים באזור ולקיום היחסים הכלכליים בין שתי הרשויות – המחזיקה והמוחזקת..."

יש לזכור כי... המחצבות הפועלות היום מספקות פרנסה להיקף לא מבוטל של תושבים פלסטינים... קשה אפוא לקבל את קביעתה הנחרצת של העותרת לפיה אין בפעילות החציבה כל היבט של קידום טובת האזור..."

כבי הנשיאה ד' ביניש, בג"צ 2164/09 יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל ואח' (ניתן ביום 26.12.2011, טרם פורסם; הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.) – פסק-הדין נשוא בקשה זו לדין נוסף.

1. ביום 26.12.2011 (ב-30:18 בערב) פרסם בית המשפט הנכבד את פסק-דינו בעתירת העותרת (להלן: "עתירת יש-דין") אשר תקפה את חוקיות המחצבות הישראליות באזור C של הגדה המערבית.

2. פסק-דינו של בית המשפט הנכבד בעתירת יש-דין יוצר מהפכה של ממש בדיני התפיסה הלוחמתית בקבעו כי למדינת ישראל, כמעצמה כובשת שכיבושה מתארך, הסמכות ליתן זיכיונות כרייה של אוצרות טבע, גם במחצבות שלא היו קיימות טרם הכיבוש, לישראלים ולתאגידים ישראלים – וכל זאת אך ורק במגבלת סבירות השימוש במשאב הטבע.

3. בכך יצר בית המשפט חריג רחב למדי לעקרון הקבוע בתקנה 55 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר נהגיה וכלליה של המלחמה ביבשה, 1907 (להלן: "תקנות האג"). תקנה 55 קובעת כי המעצמה הכובשת "נחשבת רק לנאמן ולנהנה של הבניינים הציבוריים, נכסי דלא נייד, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת

והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה. " (ההדגשה שלנו).

4. בית המשפט קבע כי לנוכח חובת המעצמה הכובשת "לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על-מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים", הקבועה בתקנה 43 לתקנות האג, ולאור היותו של הכיבוש הישראלי בגדה המערבית "כיבוש ארוך טווח" המחייב פרשנות דינמית של החובות והאיסורים המוטלים על הכובש, יש לפרש את סעיף 55 כמאפשר ניצול ע"י המעצמה הכובשת של משאבי טבע של השטח הכבוש "באופן סביר", היינו שימוש שאינו מכלה את הקרן (אבל מתיר גריעה ממנה). במסגרת זו, קבע בית המשפט הנכבד, גם פתיחה של מחצבות שלא היו קיימות טרם הכיבוש, הינה אפשרית – כאמור בגבולות ה"שימוש הסביר".

5. העותרת סבורה כי הגמשת הכלל האוסר על פגיעה בקרן הרכוש של השטח הכבוש מניח בסיס משפטי לניצול כלכלי בלתי הפיך של שטח כבוש ע"י המעצמה הכובשת, למרות שהאיסור על ניצול כזה הוא ממטרות העל (ולפיכך מעקרונות העל) של דיני הכיבוש הבינלאומיים. החריג החדש – שאין לו זכר בפסיקת בתי משפט בינלאומיים או זרים וגם מכתיבת מלומדים הוא נעדר - מאפשר לכאורה לכובש (בכיבוש ארוך טווח) לעשות שימוש לצרכיו בשלל אובייקטים המצויים בשטח הכבוש: לשאוב ממקורות המים המצויים בו, להעביר ממצאים ארכיאולוגיים אל מחוץ לו, לנצל מרחבים בו לצורך הטמנת פסולת, למכור נדל"ן ציבורי וכד' פעולות בלתי הפיכות הפוגעות או משנות את קרן הרכוש הציבורי.

זו ללא ספק סיבה טובה ועילה לקיומו של דיון נוסף בהרכב מורחב בהלכה שניתנה בעתירת יש דין.

6. עמדתה של העותרת הינה כי משמעות פסק-הדין נשוא בקשה זו היא הפיכת משטר בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן, ממנו ציטטנו בפתח בקשה זו (להלן: "פרשת אסכאן"), אשר קבע באופן ברור וחד משמעי כי גם בכיבוש ארוך טווח לא ניתן לבצע פעולות אשר אינן לטובת האוכלוסיה המקומית (הכבושה) ובוודאי כאלו אשר נועדו לטובת הכלכלה של המעצמה הכובשת. אמנם, בפסק-הדין נשוא בקשתנו זו צוטטו בהסכמה קביעות מפרשת אסכאן, אולם לאמיתו של דבר תקדים מרכזי זה שהתווה את ההלכות בנושאים הנוגעים לתפיסה הלוחמתית במשך שלושה עשורים – צומצם באופן משמעותי, שלא לומר בוטל.

גם זו סיבה ועילה לקיום דיון נוסף בהרכב מורחב.

7. העותרת סבורה כי בשל העובדה שפסק-הדין מתיר פעילות שקיים קונצנזוס משפטי רחב בקרב מלומדים בעולם כי היא מהווה הפרה של איסור חד משמעי הקבוע במשפט הבינלאומי, קיים חשש שככל שפסק-הדין יישאר על כנו ייווצר חוסר תואם בין עמדתה המשפטית של מדינת ישראל והעמדה המשפטית של הקהילייה הבינלאומית. במצב דברים זה עלול פסק-הדין להביא לכך שישראל תנקוט בפעולות שיתפסו בעולם כבלתי חוקיות, וייתכן אף פליליות מבחינת המשפט הפלילי הבינלאומי.

8. בקשה זו, אם-כן –

א. עניינה בהלכה **חדשה וחדשנית** המעוררת שאלה **חשובה** מאוד בכל הנוגע לסמכויות המדינה בשטח המוחזק על-ידה בתפיסה לוחמתית;

ב. עניינה בפסק-הדין אשר אם יישאר על כנו, יביא לשינוי עצום במגבלות המוטלות על הצבא והמינהל האזרחי בניהול השטח הכבוש;

ג. עניינה בביטול (או לכל הפחות: צמצום משמעותי) של תקדים מרכזי שניתן לפני שלושים שנה והתווה את דיני התפיסה הלוחמתית במשפט הישראלי (תקדים אסכאן);

ד. עניינה בפסק-דין המאיים לסבך את ישראל בפעילות אשר קיים קונצנזוס משפטי חובק עולם כי היא הפרה של המשפט ההומניטארי הבינלאומי;

9. לאור האמור, העותרת סבורה כי פסק-הדין נשוא בקשה זו מחייב דיון נוסף בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט הנכבד, וזאת בהתאם לכל אחת מהחלופות שבגיין הדין מאפשר דיון נוסף – "ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף" (סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד – 1984).

10. מכל הטעמים האלו, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון נוסף בהרכב שופטים מורחב בעתירתה של העותרת ובממוקד בשאלות שהוגדרו בפתח הבקשה.

11. בטרם נפנה לפירוט הרקע העובדתי והטיעון המשפטי התומך בבקשה זו, נבקש גם לומר זאת: **בתיק נשוא בקשה זו התקיים דיון אחד בלבד (בחודש דצמבר 2009) שעסק בטענות הסף שהעלו המשיבים. לאחר דיון זה ביקשו המשיבים 1-2 שהות נוספת להגיש עמדתם ביחס לעתירה זו, וזו הוגשה בחודש מאי 2010. פסק-הדין ניתן מבלי שהתקיים דיון בטענות הצדדים בשאלת חוקיות המחצבות, ולמרות זאת פסק-הדין כולל דיון והכרעה בטענות לגופו של עניין. גם מטעם זה אנו סבורים כי יש מקום לקיים דיון נוסף שבו תשמענה טענות העותרת ויתקיים דיון בשאלות המשפטיות הקרדינאליות שעתירת יש דין מעלה.**

ב. הרקע העובדתי

I. הצדדים לבקשה

12. המבקשת, "יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם" הינה עמותה ציבורית הרשומה כדין, אשר הוקמה בחודש מרץ 2005 (להלן: "המבקשת" או "הארגון"). הארגון עוסק במגוון סוגיות הנוגעות לזכויות האדם בשטחים הכבושים. הארגון מפעיל מספר פרויקטים שעניינם העצמה של הליכי אכיפת חוק בגדה המערבית. בין היתר הארגון פעיל בתחום הנוגע לשימושים הבלתי חוקיים שנעשים באדמות הגדה המערבית.
13. המשיב מס' 1 הינו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית אשר בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי המנהגי ודיני התפיסה הלוחמתית הינו המחזיק בסמכויות הניהול והמינהל של השטח הכבוש על-ידי כוחותינו, וזאת בכובעו כחליף הריבון בשטח הכבוש. ככזה, המשיב מס' 1 הינו האחראי העליון לכל הפעילות השלטונית המתבצעת בגדה המערבית.
14. המשיב מס' 2, ראש המנהל האזרחי ביהודה ושומרון, הוא הגורם לו אצל המשיב מס' 1 את סמכויות הניהול של החיים האזרחיים בגדה המערבית. מכוח זאת, המשיב מס' 2 הוא אשר מנפיק את רשיונות ו/או זכויות הכרייה במחצבות בגדה המערבית ומאריך מעת לעת, וזאת לרוב באמצעות הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש.
15. המשיבים 12-3 הינם חברות ותאגידי שונים המפעילים מחצבות והם בעלי רישיונות ו/או זכויות מהמינהל האזרחי לכרייה של אוצרות טבע באדמות בגדה המערבית.

II. פעולות הכרייה בגדה המערבית

16. החל משנת 1967 נמצאת הגדה המערבית תחת כיבוש כוחות צה"ל, ונתונה לתפיסה לוחמתית, ולדינים הנובעים ממשטר זה.
17. במסגרת דיני הכיבוש החלים באזור, הוצאו צווים שונים על ידי מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אשר מכוח דיני הכיבוש הבינלאומיים רכש סמכויות זמניות של ניהול ומינהל כחליפו הזמני של הריבון. אחד מצווים אלו הינו הצו בדבר רכוש ממשלתי (אזור הגדה המערבית) (מס' 59), תשכ"ז-1969. בצו זה, הסמיך מפקד האזור את הממונה על הרכוש הממשלתי ליטול את החזקה ברכוש הממשלתי (ראו סעיפים 1-2 לצו זה).
18. ודוק: אין הצו מקנה לממונה על הרכוש הממשלתי את הבעלות על הרכוש, אלא רק מסמיך אותו ליטול את החזקה ברכוש ולנהלו. בהתאם לפילוסופיה של דיני הכיבוש הבינלאומיים – שהם ענף של המשפט ההומניטארי הבינלאומי – כוחות הכיבוש מחזיקים בשטח הכבוש זמנית ונאמנות ועד לפתרון קבע מוסכם. לפיכך, הכובש איננו ריבון אלא נאמן שהמשפט הבינלאומי העניק לו סמכויות ניהול ומינהל זמניים בלבד

Orna Ben-Naftali, Aeyal Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: The Framing of the Occupied Palestinian Territory* 23(3) (Berkeley Int'l. Law Journal 551-614 (2005)).

19. ככל שהדבר ידוע למבקשת, החל משנות השבעים, מעניקים המשיבים 1-2, על דרך של זכיינות, היתרי כרייה בגדה המערבית לתאגידים ישראלים. עבור זכות הכרייה, אמורים רוכשי הזיכיונות לשלם שני סוגים של תשלומים: הראשון, מתייחס לתשלום קבוע של דמי שימוש בקרקע על ידי הגורם המבצע את הכרייה. הסוג השני של התשלומים, מתייחס לתמלוגים המתקבלים כשיעור יחסי מסך הכמות הנכרית בתא-השטח לגביו ניתנה ההרשאה. שיעורי התשלומים ו/או היחס בין שני סוגי התשלומים אינם ידועים למבקשת. למעלה מן הצורך, יצוין כי לא ידוע למבקשת כיצד נבחרים על ידי המשיב מס' 2 אותם זוכים מאושרים המקבלים זיכיונות אלו והאם נערך מכרז עבור הזכות להוציא אוצרות טבע מהקרקע.

20. כפי שמראה מכתבו של נציג יועמ"ש איו"ש, סרן מאור פישמן, אשר נשלח כשנה לאחר הגשת העתירה, לפחות בשני מקרים של המשיבות במקרה זה, ידוע כי לא התקיים מכרז כלל ביחס להקצאת השטח עבורן.

העתק ממכתבו זה של סרן פישמן מיום 16.2.2010 מצ"ב ומסומן נספח 2

21. יצוין, כי על פי האמור בדו"ח מבקר המדינה מס' 56 משנת 2005, נמצא כי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש נכשל באופן גורף בכל הנוגע לגביית התשלומים המגיעים לו, וכי נמצא כי חובן של המחצבות באזור מסתכם בסכום של 4,500,000 ₪. וכך קובעים ממצאיו החמורים של דו"ח מבקר המדינה:

"ג. אי-גביית חובות על ידי הממונה

ממסמכי הממונה עולה, כי גופים ממשלתיים ופרטיים הפועלים באיו"ש חייבים לממונה זה שנים סכומי כסף בגין דמי הרשאה לשימוש בקרקעות המדינה, המסתכמים, על פי אומדן שערך הממונה בנובמבר 2003, בכ-32 מליון ₪, וחלקם לא כלל ריבית והצמדה כנדרש על פי נהלי ממו"י. עיקר החוב היה, כאמור, של משרד הביטחון -16 מליון ₪, ושל ההסתדרות הציונית – כ-10 מליון ₪; ויתרתו התפלגה בין מחצבות – כ-4.5 מליון ₪; תחנות דלק – כ-1.7 מליון ₪; וכמאה חייבים פרטיים – בין 2,000 ₪ ל-8,000 ₪ כל אחד. בעת עריכת הביקורת לא נמצאו ברשות הממונה מסמכים המעידים על מועד היווצרות מרבית החובות האמורים, וכן על פעולות שנקטו כדי לגבות חובות אלו."

מבקר המדינה, דוח שנתי 56א, (2005), בעמ' 218.

22. המשיבים 12-3 חוצבים, אם-כן, ע"פ זיכיון שניתן להם באדמת הגדה המערבית. חלקם הארי של תוצרי החציבה מועבר לתחומי מדינת ישראל ומשמש את ענף הבנייה

הישראלי. ע"פ דיווחי המחצבות עצמן, חלקן מעבירות למעלה מ-90% מתוצרתן לישראל, לצרכי שוק הבנייה הישראלי.

23. כדי להבין עד כמה הוטמע השימוש בתוצרי החציבה המבוצעת בגדה המערבית אל תוך הכלכלה הישראלית, נבקש להפנות למסמך שחובר מטעם ועבור משרד הפנים, לקראת דיון בוועדה פנימית של המשרד העוסקת בתכניות מתאר עתידיות ("ועדת העורכים"). המסמך שהוכן לקראת הדיון בוועדת העורכים בחודש ינואר 2008, מנתח את העתודה של מכרות מהן ניתן להפיק חומרי גלם לבנייה וסלילה בישראל (שמו המלא של המסמך: משרד הפנים – מנהל התכנון, "תמ"א 14ב – תכנית מתאר ארצית לאתרי כרייה וחציבה למשק הבנייה והסלילה" (הערכת פוטנציאל חומרי הגלם הקיים) - דו"ח שלבים א'1-א'4 בתכנית העבודה; המסמך הוכן על ידי "לרמן אדריכלים ומתכנני ערים בע"מ" ו- "אביב ניהול הנדסה ומערכות מידע בע"מ, ויכונה להלן "מסמך ועדות העורכים"). הפרק השלישי במסמך מוקדש להערכה של פוטנציאל הכרייה והחציבה של חומרי גלם לבנייה ולסלילה בתחומי הגדה המערבית. מצויין בו כי בשטח C, הוא המרחב בגדה המערבית הנתון לשליטה אזרחית ובטחונות ישראלית, פועלות בעיקר מחצבות בניהולן של חברות ישראליות, כאשר התכנון והרישוי ניתן על ידי המשיב מס' 2.

העתק מהפרק השלישי במסמך וועדות העורכים (עמ' 72-80 למסמך) מצ"ב

ומסומן כנספח 3

24. בעמוד 75 למסמך וועדת העורכים, המתייחס לתפוקה על פי אזורים בשטחי הגדה המערבית, נמסרים הנתונים הבאים:

"ג. התפוקה לפי אזורים:

המחצבות באזור C מפיקות את הכמות הגדולה ביותר של חומר חציבה וכרייה, בדגש על חצץ.

רוב המחצבות בבעלות של חברות ישראליות והן פועלות ברישוי ופיקוח של הרשויות המוסמכות במנהל האזרחי ביהודה ושומרון.

תפוקת החצץ באזור זה מוערכת על ידי קמ"ט מכרות במנהל האזרחי בכ- 12 מיליון טון בשנה, המשווקת ברובה לישראל (כ-9 מיליון טון בשנה), והיתרה לשוק המקומי.

המחצבות באזורי A+B, כולן בבעלות פלסטינית והן פועלות ברישוי ופיקוח של הרשות הפלסטינית. כ-60% מהמחצבות פרוסות באזור חברון ובית לחם. מחצבות אלו מספקות הצריכה המקומית של חצץ, ומעבירות לישראל, בנוסף, כמות של כ-0.8 מיליון טון בשנה.

ובעמוד 78, בתת-הפרק העוסק ב- "תחזית עתודות חומרי הכרייה והחציבה", נכתבו הדברים הבאים:

”א. באזור C באיו”ש:

תפוקת החצץ השנתית של המחצבות באזור זה, מוערכת על ידי קמ”ט מסחר, תעשייה ומכרות במנהל האזרחי באיו”ש, בכמות כוללת של כ-12 מליון טון בשנה.

רוב המחצבות בבעלות של חברות ישראליות עם מגמת שיווק לישראל (כ-74% מהתפוקה). ההערכה שמגמה זו תמשיך גם בעתיד.

אומדן העתודות (מחצבות פעילות ותכניות מוצעות) – כ-360 טון.

עתודות אלו, ברמת התפוקה הנוכחית, תספקנה לעוד 30 שנה לערך, בהנחה שלא יחולו שינויים מדיניים בגבולות שטח C.”

ובעמוד 79, בסיכום ובהערכה של פרק ג' העוסק בכרייה בגדה המערבית:

”המחצב העיקרי המשווק לישראל הינו החצץ (בעיקר מאזור C) ובסדר גודל של קרוב ל-10 מליון טונות בשנה. ההערכה היא שכמות זו תמשיך לעבור לישראל בשנים הקרובות. אומדון עתודות החצץ (מחצבות פעילות ותכניות מוצעות) – כ-360 מליון טון.

”במידה ויחולו שינויים בהסדרים עם הפלסטינים ובעיקר במעמד ובמרחב אזרו C, יש חשש שכמות החצץ הכוללת תקטן, אבל להערכתנו, לא יהיה מצב של הפסקה מוחלטת בשיווק החומר לישראל.”

25. הנה כי כן, ע”פ מסמך ועדת העורכים, שלושה רבעים מתפוקת החציבה באיזור C מועבר לישראל. נציין ש”השוק המקומי”, אליו מועבר אליבא דמחברי המסמך הרבע הנותר של תוצרי החציבה, כולל ברובו את ההתנחלויות הישראליות. ברי, שהמשפט הבינלאומי האוסר הקמת התנחלויות אינו מקבל גישה זו.

26. למיטב ידיעת העותרת ולהשלמת התמונה, נציין כי כל המחצבות המופעלות ע”י המשיבים 3-12 הינן חדשות, כלומר, לא היו קיימות טרם כיבוש הגדה המערבית בשנת 1967.

III. עתירת יש דין

27. בעתירת יש דין התבקש צו הצהרתי אשר יכריז כי פעולות החציבה והכרייה של אוצרות טבע בגדה המערבית לצרכיה ו/או לשימושה של מדינת ישראל ו/או אוכלוסייתה, וכן כרייה של אוצרות טבע בגדה המערבית לצרכי ענף הבנייה הישראלי, הינו מעשה בלתי חוקי. בנוסף התבקשו צווים להפסקת פעילות החציבה ע”י משיבות 3-12 ומניעת הנפקת

זיכיונות חציבה ו/או הארכת תוקפן למעט כאלו המיועדים לצרכים הישירים של האזרחים המוגנים של השטחים הכבושים ועל-ידם או מי מטעמם.

28. העתירה התבססה על שלושה קווי טיעון:

א. הטיעון בדבר איסור הפגיעה בקרן הרכוש הציבורי: דיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש הבינלאומיים) אוסרים שימוש בנכסי ציבור ע"י הכובש בדרך הפוגעת בקרן הנכסים, למעט ככל שהשימוש הוא המשכו של השימוש שנעשה ע"י הריבון ממנו נכבש השטח. **מכאן שחציבת אוצרות טבע שלא הייתה קיימת קודם לכניסת כוחות צה"ל - אינה חוקית.**

ב. הטיעון בדבר איסור שימוש בנכסי שטח כבוש לטובת המעצמה הכובשת: דיני התפיסה הלוחמתית אוסרים **באופן מוחלט** על שימוש בנכסי ציבור לטובתה של המעצמה הכובשת ולצרכים שאינם ביטחוניים. **מכאן שזיכיונות הניתנים לחברות ישראליות ובמיוחד כשרוב התוצרת של חציבתם מועבר לשירות הכלכלה הישראלית – אינם חוקיים**;

ג. הטיעון בדבר חציבה כפשע ביזה: המשפט הפלילי הבינלאומי רואה במעשה של שימוש באוצרות טבע של שטח כבוש שלא לצרכי ביטחון ושלא למענה של האוכלוסיה הכבושה כפשע בינלאומי מסוג ביזה;

ד. טיעון הריבונות הקבועה: עקרון "הריבונות הקבועה" על אוצרות טבע, הקבוע במשפט זכויות האדם הבינלאומי, מכיר בזכות קיבוצית של עמים לשימוש בלעדי במשאבי הטבע שלהם ואוסר על שולטים זרים להפר אותה.

29. בבקשה זו נתמקד בשני קווי הטיעון הראשוניים (א' + ב' לעיל) שכן בפסק-הדין התייחס בית המשפט אך ורק אליהם. העותרת שומרת לעצמה להרחיב בנוגע לשני קווי הטיעון הנוספים (ג' + ד') ככל שבית המשפט יחליט להידרש לסוגיה זו במסגרת הדיון הנוסף בעתירה זו.

30. הלך הטיעון בדבר איסור הפגיעה בקרן הרכוש הציבורי (קו הטיעון הראשון לעיל) בעתירת יש דין היה זה:

- דיני הכיבוש הבינלאומיים קובעים כי הכובש הינו **נאמן של הרכוש הציבורי** בטח הנתון לתפיסה לוחמתית, ועל-כן הוא חייב לנהלו על-פי כללי טובת ההנאה;
- היות שכך מותר לכובש לעשות שימוש בפירות הרכוש לטובת האוכלוסייה הכבושה בלבד ולא לטובת כלכלתו שלו;
- בנוסף חל על הכובש, שהוא כאמור נאמן של השטח, **איסור לפגוע בקרן הרכוש** – ומכאן שנאסר עליו לבצע כרייה של אוצרות טבע;

- ככל שפגיעה בקרן הרכוש הכרחית כדי לקיים את חובות הכובש לקיים סדר ציבורי וחיים אזרחיים, הרי שזו אפשרית אך ורק במגבלות עקרון ההמשכיות, כלומר, להמשיך פעילות הפוגעת בקרן שהחלה ע"י הריבון טרם הכיבוש – בלבד.
- בכל מקרה, כריית אוצרות טבע מאדמת הגדה המערבית ע"י חברות ישראליות והעברתן לישראל אינה יכולה להיחשב כפעילות שנועדה לטובת האוכלוסייה המקומית הכבושה.

31. אשר לטיעון בדבר איסור שימוש בנכסים ציבוריים של שטח כבוש לצרכים הלא-ביטחוניים של המעצמה הכובשת (קוו הטיעון השני לעיל), הלך הטיעון בעתירת יש דין היה כדלהלן:

- דיני התפיסה הלוחמתית קובעת כי המעצמה הכובשת היא נאמן של השטח הכבוש;
- דיני התפיסה הלוחמתית מעניקים לכוח הכובש כוחות ניהול ומינהל בשטח הכבוש ומסייגים את שיקול הדעת שלו באופן שייגזר אך ורק משיקולי ביטחון ומשיקולי טובתה של האוכלוסייה הנכבשת;
- מתן זיכיונות לחציבת אוצרות טבע לחברות ישראליות אינה נובעת מצרכי ביטחון או משיקולים שעניינם טובתה של האוכלוסייה הנכבשת;
- מסקנה אחרונה זו מתחזקת לנוכח העובדה שמרבית התוצרת של המחצבות הישראליות בגדה המערבית מועברת לישראל לשימוש הכלכלה הישראלית;

32. עתירת יש דין הוגשה ביום 9.3.2009. בעקבות הגשת העתירה הודיעה המדינה כי מתקיימת "עבודת מטה" משפטית לבחון את האספקטים השונים של טיעוני העותרת.

33. בשל העובדה כי מדינת ישראל לא הצליחה לגבש את עמדתה ביחס לשאלות המשפטיות העומדות בבסיס עתירת יש דין, ביקשו נציגי פעמיים לדחות את מועד הדיון שנקבע לעתירה ולבסוף התקיים דיון בחודש דצמבר 2009 – שמונה חודשים לאחר הגשת העתירה – ומבלי שעמדת המדינה לגופה של הסוגיה הנדונה הוגשה לבית המשפט הנכבד.

34. בין לבין הודיעה המדינה כי עד לגיבוש עמדתה כאמור, יוקפאו הליכי מתן זיכיונות חדשים וכי גם היתר לחפירה חדשה באתר קיים יינתן אך ורק באישור ראש המינהל האזרחי.

35. עוד התברר כי עד להגשת העתירה לא נערך רישום נפרד של ההכנסות מתמלוגים ומדמי חכירה שמשלמות המחצבות (ככל שאלה נגבו כלל על ידי המשיב מס' 2, כפי שמצביע על כך גם דו"ח מבקר המדינה). גביית התמלוגים עצמה הועברה לאוצר המדינה, היא מדינת ישראל. לפיכך – כך העותרת הבינה את הדברים – בהחלט ייתכן שהשימוש בכספים אלו לא היה לטובת האוכלוסייה הפלסטינית הנכבשת.

36. רק בחודש מאי 2010, כחצי שנה לאחר הדיון בעתירה, הגישה המדינה את עמדתה המשפטית ובמסגרתה אף עדכנה כי ראש המינהל האזרחי גיבש שורה של המלצות שהועברו לדרג המקצועי ושבמסגרתן הומלץ שככלל לא תאושר הקמת מחצבות חדשות באיו"ש שעיקר מטרתן הפקת חומרי חציבה לצורך שיווקם בישראל. עם זאת הומלץ שלא לסגור את המחצבות הקיימות ואף לאפשר פתיחת מוקדי חציבה חדשים בתוך מחצבות פועלות. כמו-כן הומלץ להעלות את גובה התמלוגים המשולמים ע"י בעלי הזיכיונות למינהל האזרחי.

37. עד היום לא ידוע האם המלצת ראש המינהל האזרחי נתקבלה ע"י הדרג המדיני אם לאו.

38. בין לבין, ולאור פסק דין שניתן על ידי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 3103/06 **שלמה ולירו ואח' נגד מדינת ישראל ואח'** [טרם פורסם; פסק הדין ניתן ביום 6.2.2011], ביקשה העותרת מתן החלטה בעתירה. הקביעות של פסק הדין בעניין **ולירו**, היו, לשיטת העותרת, בעלות השלכות ישירות לנושאים המועלים על ידי העותרת בעתירה, לרבות ובייחוד היחסים שבין תקנה 55 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907 והצו בדבר רכוש ממשלתי (מס' 59).

39. כך למשל, נקבעו הדברים הבאים בפסק הדין (הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.), אשר מחדדים עוד יותר, להבנת העותרת, את החובות של המשיבים 1-2 ביחס לנכסי ורכוש המצוי בשטח הכבוש:

"39. הכלל לפיו מדינה כובשת נדרשת לנהל רכוש ציבורי שתפסה בהתאם לכללי טובת ההנאה מהווה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי (Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, (Vol. I: Rules 178-179 (2009).

"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 בהם (הילה אדלר "דיני כיבוש" רובי סיבל משפט בינלאומי 575 (מהדורה שניה, 2010); Georg Schwarzenberger, *International Law, Vol II: The Law of Armed Conflict* 248, 311-315 (1968)). 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 (ענין חוף עזה, בעמ' 584-585; Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* 213-218 (2009); UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*; (2009) Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory* 176-; 303 (2004) (1957) 178; ענין אעירייב, בעמ' 67; ענין אל נאזר, בעמ' 704; זמיר ובנבנשתי, בעמ' 120).

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

"It should be noted that the prohibition only refers to "destruction". Under international law the occupying authorities have a recognized right... to administer and enjoy the use of real property belonging to the occupied State" (301 בעמ', 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' 833-836). בפרט, "אל לו לשים לנגד עיניו את שיקוליה של המדינה שמכוח תפיסתה הצבאית את השטח הוא מפעיל את סמכויותיו" (ענין הס, בעמ' 456).

40. פסק הדין בעניין ולירו, אם כן, חיזק את הפרשנות המסורתית של בית משפט נכבד זה לתקנה 55 לתקנות האג, פרשנות לה טענה המבקשת במסגרת עתירתה נשוא בקשה זו. להבנת המבקשת פס"ד ולירו החליש את עמדת המשיבים שביקשו להביא לשינוי פרשנות תקנה 55, כפי שיפורט להלן.

IV. פסק-הדין נשוא הבקשה

41. כאמור, בית המשפט הנכבד קיים דיון אחד בעתירה (ביום 9.12.2009). אשר התמקד בטענות סף שהעלו המשיבים, וזאת לנוכח העובדה שטרם עמדה בפני בית המשפט עמדה משפטית מגובשת של המדינה.
42. לאחר שבחודש מאי 2010 הוגשה עמדת המדינה, וחרף בקשת העותרת מיום 28.2.2011 למתן הוראות ולקביעת מועד לדיון, עד למתן פסק-הדין לא התקיים דיון שני בעתירה.
43. ביום 26.12.2011, בשעה 18:30 בערב, פרסם בית המשפט הנכבד את פסק-דינו בעתירת יש דין – הוא פסק-הדין נשוא בקשה זו.
44. פסק-הדין כלל דיון בטענות הסף וכן דיון ארוך "לגופם של דברים".

I – פסק-הדין: טענות הסף

45. בית המשפט הנכבד קבע כי מתקיימות הנסיבות המצדיקות דחייה על הסף של העתירה בשל שיהוי, בשל היותו של הנושא שמעלה העתירה מדיני, ובשל היותה עתירה כללית.
46. למבקשת טענות כבדות משקל נגד טענות הסף שהועלו כלפיה. כך למשל המבקשת סבורה כי בית המשפט הנכבד שגה בקביעתו כי מדובר בעניין מדיני רק משום שסוגיית המחצבות נדונה במסגרת הסכמי הביניים – והרי יש סוגיות רבות שנדונו בין ישראל והרשות הפלסטינית במו"מ שהתנהל ביניהם, והם אינם חסומים מהתדיינות בבית המשפט; כך למשל שטענת השיהוי אינה חלה על זיכיונות חדשים ועל אישור חפירות חדשות במחצבות קיימות – שלגבי שניהם לא מתקיים התנאי שמאן דהוא שינה מצבו לרעה בשל השיהוי; וכך שאין כל חשיבות להבדלים שבין המחצבות שכן מדובר במקרים שמבחינה משפטית מעלים כולם את אותה השאלה (ראו: בג"ץ 3721/09 חסין דאוד אחמד מחיסן ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2011(2), 2176 (2011)).
47. מכל מקום, בית המשפט הנכבד קבע בתום החלק העוסק בטענות הסף בפסק-דינו כי **"לכאורה** די בכל הטעמים האמורים כדי להביא לדחיית העתירה על הסף".
48. אלא שבית המשפט לא דחה את העתירה על הסף אלא הקדיש את מירב פסק-דינו לדיון בטענות הצדדים בשאלה המרכזית שהעלתה עתירת יש דין: חוקיותן של המחצבות הישראליות בגדה המערבית.

II – פסק-הדין: לגופם של דברים

49. כאמור, בית המשפט הנכבד נכנס בפסק-הדין נשוא בקשה זו לעובי הקורה, והכריע בטענות הצדדים.

50. וכך קבע בית המשפט בכל הנוגע לשני קווי הטיעון של המבקשת שפורטו לעיל וסומנו א' ו-ב':

א. לגבי הטיעון בדבר איסור הפגיעה בקרן הרכוש הציבורי בשטח כבוש נקבע כך:

- "דיני הכיבוש המסורתיים מחייבים התאמה להתמשכות ההחזקה, להמשך החיים הסדירים באזור ולקיום היחסים הכלכליים בין שתי הרשויות – המחזיקה והמוחזקת" (פסקה 10);

- הפרשנות הנכונה, לפי פסיקת בית המשפט, לתקנה 55 לתקנות הנספחות לאמנת האג, היא הפרשנות לפיה התקנה "מעניקה למחזיק בתפיסה לוחמתית זכות לניצול משאבי טבע באופן סביר" (פסקה 4 סיפא + 10 סיפא);

ב. לגבי הטיעון לפיו מתן זיכיונות לחברות ישראליות והעברת תוצרי החציבה לישראל מפרים את האיסור על שימוש בנכסי ציבור של שטח כבוש לטובת המעצמה הכובשת, נקבע כי:

- "יש לזכור עוד כי כאמור בנתונים שהוצגו בפנינו, המחצבות הפועלות היום מספקות פרנסה להיקף לא מבוטל של תושבים פלסטינים" (פסקה 13);

- "כאמור בהודעת המדינה התמלוגים המשולמים למינהל האזרחי ע"י מפעילי המחצבות משמשים למימון פעילותו של הממשל הצבאי, הפועל לקידום פרויקטים כאלה ואחרים לטובת האזור" (שם);

- "במצב דברים זה קשה אפוא לקבל את קביעתה הנחרצת של העותרת לפיה אין בפעילות החציבה כל היבט של קידום טובת האזור" (שם);

51. פסק-הדין, אם כן, יוצר מספר הלכות חשובות בדיני התפיסה הלוחמתית הנוהגים בישראל. לראשונה נקבע כי למפקד הצבאי סמכות להורות על ניצול משאבי טבע בשטח הכבוש. בנוסף, פסק-הדין משנה את מערך השיקולים שאמור להנחות מפקד צבאי וקבע כי די בתרומה נלווית לאזור התפוס (ובמקרה זה – כפי גם מכיר בכך פסק הדין – תרומה שולית עד מזערית) בכדי שגם החלטה המונעת משיקולי טובת הכלכלה של המעצמה הכובשת תהיה חוקית.

52. להבנתנו, הדיון לגופם של דברים, והקביעות המשפטיות שנכללו בו ושפורטו לעיל, מהווים הלכה מחייבת של בית המשפט העליון. כך גם סבר בית המשפט הנכבד, אשר הפנה להלכת עתירת יש דין פחות מיומיים לאחר שפורסמה (וראו לעניין זה בג"ץ 5324/10 מושיקו מלכה ואח' נגד המנהל האזרחי ביהודה ושומרון) (טרם פורסם); פסק הדין מיום 28.12.2011. ראו לעניין זה האמור בפסקה 15 לפסק דינו של כב' השופט

פוגלמן). לאור זאת, ועל-אף הקבלה (לכאורה בלבד) של טענות הסף, יש מקום לבחון קיום דיון נוסף על ההלכה שנקבעה.

ג. הטיעון המשפטי

א. "מפאת... קשיותה או חידושה"

53. ההלכה החדשה שיצאה תחת ידי בית המשפט הנכבד היא חדשה ומנוגדת לפרשנות המקובלת לתקנה 55 לתקנות האג ולפי בדיקת הח"מ אין כל מקור משפטי אשר תומך בפרשנות שהוצעה ע"י המדינה והתקבלה ע"י בית המשפט הנכבד, לפיה למחזיק בשטח הנתון לפיסה לוחמתית "זכות לניצול משאבי הטבע באופן סביר". **למעשה גם בית המשפט לא מצא תימוכין לדוטריות "השימוש הסביר" במשאבי טבע בשטח כבוש ולפיכך אין פסק-הדין מפנה למקור משפטי כלשהו למעט עמדת המדינה.**

54. **המשמעות של הותרת ההלכה על כנה היא מרחיקת לכת: אם אכן צודקת המבקשת, והפרשנות שמאפשרת "ניצול סביר" של משאבי הטבע בשטח כבוש היא חדשנות בלתי מקובלת בקרב חכמי המשפט הבינלאומי, אזי פרקטיקה שתסמוך על פרשנות זו עלולה להיחשב להפרה חמורה של הדין ההומניטארי ולגרור את מדינת ישראל להתנגשות קשה עם הקהילייה הבינלאומית וליצור סיכונים משפטיים ממשיים לישראל ולישראלים.**

55. להלן נפרט את כל המקורות הרבים אשר מפרשים את הוראת תקנה 55 כאוסרת ניצול של משאבי הטבע של שטח כבוש (כשחלקם אוסרים זאת באופן קטגורי וחלקם מסייגים את האיסור בהתאם לעקרון "ההמשכיות" המאפשר המשך ניצול בקצב ובהיקף שהריבון שניגף ניצל, קרי – המשך חציבה **במחצבות שהיו קיימות** טרם הכיבוש). המסקנה מניתוח משפטי זה הינה שהפרשנות שניתנה בפסק-הדין נשוא בקשה זו היא **חדשנית** לא רק על רקע הפסיקה הישראלית (כפי שיראה להלן) אלא גם על רקע המקורות הזרים והבינלאומיים שבידינו בסוגיה.

56. בנוסף, תטען המבקשת, כי בשים לב למשמעויות מרחיקות הלכת של ההלכה נשוא בקשה זו, המאפשרת פעילות כלכלית בשטח כבוש שעלולה להיתפס בעיני הקהילייה הבינלאומית כעבירה על משפט העמים – מדובר בהלכה **קשה** ביותר.

57. להלן ניתוח של סטיית הפרשנות לתקנה 55, במסגרת עתירת יש דין, מהפרשנות המקובלת בעולם ומהפרשנות שנהגה במשפט הישראלי. נפתח בסקירה של הסעיפים הרלבנטיים של אמנות דיני הכיבוש ולאחר-מכן נפנה לפרשנות תקנה 55.

58. כידוע, המעצמה הכובשת מקבלת מדיני הכיבוש את כל סמכויות הניהול והמינהל ועל-כן יש בידה הכוח – ואף החובה – לנהל את נכסי הציבור של השטח הכבוש. יחד עם זאת, המעצמה הכובשת אינה מהווה את הריבון בשטח, אלא מהווה, לכל היותר, את חליפו הארעי של הריבון, כל זמן שהשטח נותר כבוש.

59. אחד העקרונות הנגזרים מהאמור, הוא ששלטון הכיבוש רשאי לעשות שימוש בנכסי-ציבור אותם הוא מנהל, ואף בפירותיהם, כדי לקיים את חובותיו ע"פ דיני הכיבוש, אך הוא אינו רשאי להחריב נכסים אלה, להעביר בעלות בהם לאחרים או לכלותם. עקרון זה נגזר מ"חוקת הכיבוש" היא תקנה 43 המתווה כאמור את גבולות הכוח של הכובש, אך גם מתקנות ספציפיות העוסקות בסמכויות הכובש ביחס לנכסי ציבור.

60. תקנה מס' 55 לתקנות האג (להלן: "תקנה 55") קובעת במפורש את הדברים הבאים:

"תקנה 55"

המדינה הכובשת נחשבת רק לנאמן ולנהנה של הבניינים הציבוריים, נכסי דלא נידי, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה."

ובנסח המקורי באנגלית –

"Art. 55.

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." (הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז., א.ל.)

61. תקנה 55 מבטאת את הפילוסופיה הזמנית של דיני הכיבוש לפיה המעצמה הכובשת אינה אלא נאמן של השטח המצוי בידיה כפיקדון **באופן זמני בלבד**, ולו הנאת שימוש (usufruct) בלבד בנכס. למען הסר ספק, כללי הנאת שימוש מאפשרים שימוש שאינו מכלה ואינו פוגע בנכס –

"Usufract – A right to use another's property for a time without damaging or diminishing it, although the property might naturally deteriorate over time"

(Black's Law Dictionary (7th Edition) P.1542)

62. הואיל ונוכחותו של המפקד הצבאי בשטח היא זמנית, עליו להימנע מביצוע שינויים ארוכי טווח, וכמו כל חובת נאמנות המופקדת בידי של הנאמן, עליו לנהל את הקרן על פי כללי טובת ההנאה. מכאן נובע כי ניהול נכסי הציבור ושימוש בפירותיו ע"י שלטון הכיבוש- מותר, אך פגיעה בקרן הנכסים – אסור.

63. במקביל לאיסור על פגיעה בקרן הנכסים, תקנות האג מציינות במפורש מהו השימוש שרשאית המעצמה הכובשת לעשות ברכוש ממשלתי ולאילו צרכים. הרישא לתקנה 53 לתקנות האג, קובע את הדברים הבאים:

”סעיף 53

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

64. כפי שניתן לראות גם תקנה 53, המתירה שימוש מסוים בנכסי מדינה ע"י הכובש לצרכיו, מגבילה שימוש שכזה לנכסים שעשויים לסייע במאמץ המלחמתי בלבד, ולמטרה זו בלבד.

65. גם תקנה 23 לתקנות האג משנת 1907 אוסרת על שימוש ברכוש המצוי בשטח הנכבש על ידי הכובש, אלא אם הדבר דרוש למטרות הצבאיות באופן הכרחי:

Art. 23.

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;

66. ולא רק תקנות האג הולכות במתווה האמור, האוסר פגיעה ברכוש אלא בחריג המצומצם של צרכי צבא הכרחיים, גם אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 כוללת כלל דומה:

Art. 53.

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.

67. התוצאה של שילוב כל הסעיפים שהוזכרו לעיל והעוסקים בשימוש בנכסי-ציבור ע"י כוח כובש, היא שנוצר כלל מינהגי בנושא. המחקר של הצלב האדום הבינלאומי בדבר הדינים המנהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי שיצא זה לא מכבר, אישר כי אכן קיים כלל במעמד של משפט בינלאומי מנהגי, הקובע כי נכסי ציבור דלא-ניידי בשטח כבוש ינוהלו ע"פ דיני הנאמנות למעט אם שימוש מכלה שלהם או פגיעה בהם בכל דרך אחרת נדרשת בשל "צורך מלחמתי הכרחי". המדובר בכלל מס' 51:

Rule 51. In occupied territory:

(a) *movable public property that can be used for military operations may be confiscated;*

(b) *immovable public property must be administered according to the rule of usufruct; and*

(c) *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.

68. האוגדן של הצלב-האדום לעקרונות המינהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי מוסיף ומפרט כי מדובר בעקרון עתיק שמקורו בעת החדשה עוד בקוד ליבר משנת 1863

(הוראות ללחימה של הנשיא לינקולן לחיילי צבא ארה"ב בימי מלחמת האזרחים האמריקאית, סעיף 31).

69. על עקרון זה חזרו בכל מסמך שריכז את הוראות המשפט ההומניטארי. כך, בהכרזת בריסל בדבר חוקיה ונהגיה של המלחמה משנת 1874, אחת ההכרזות הותיקות של המשפט ההומניטארי המודרני, נקבע העיקרון כי הכובש הינו נאמן של הרכוש הציבורי ועליו לנהוג בו ע"פ כללי ההנאה (סעיף 7; הדגשות שלנו, מ.ס., ש.ז., א.ל.):

"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"

70. ובכן, הוראות כלל זה עתיק יומין זה ברורות כשמש: היכן שאין מדובר בנכסים ניידים, נכסים אלו חייבים להיות מנוהלים על פי **דיני הנאמנות**, קרי באופן המאפשר ניהולם והפקת פירות מהם ע"י הכובש אשר מחויב לעשות בהם שימוש לטובת הנהנה (אזרחי השטח הכבוש), או לצרכים הביטחוניים של הכוח הכובש (במובן הצר), ובכל מקרה תוך שמירה על קרן הנכסים ובאופן שאינו מכלה אותם.

71. סיכומו של דבר: נכסי הציבור, הנכסים הממשלתיים, אדמות המדינה והרכוש הממשלתי האחר, מצוי בניהול שלטונות הכיבוש אשר רשאים לקבל לגביהם החלטות אשר על-פי מיטב שיקולם יסייעו במימוש החובה המוטלת עליהם ל"החזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים" בשטח הכבוש, ועל-פי כללי הנאת שימוש. **אסור שימוש הפוגע בקרן הנכסים ובוודאי שאסור באיסור מוחלט שימוש בנכסי ציבור לטובתה של המעצמה הכובשת ולצרכיה הלא-ביטחוניים.**

ניצול משאבי טבע בשטח כבוש

72. עתה, משהנחנו את הבסיס הנורמטיבי הרחב (דיני תפיסה לוחמתית, או: דיני כיבוש), ואבחנו את הבסיס הנורמטיבי היותר מצומצם (דיני שימוש בנכסי ציבור בשטח כבוש), הגיע העת לבחון בהתאם לעקרונות שהותוו, את העקרונות הנוגעים באופן קונקרטי לשימוש במשאבי טבע של שטח כבוש ע"י הכוח הכובש.

73. בעניינינו, השימוש שנעשה במחצבות הגדה המערבית שבניהול המשיבות 12-3, אינו שימוש רגיל אשר נעשה בנכסי דלא-ניידי, כגון השכרה או התכרה, המפיקים פירות. מחצבות הם, כידוע, משאב מתכלה ועל-כן כרייה איננה בגדר הפקת פירות אלא גדיעת העץ – פגיעה בקרן.

74. לפיכך, פעילות הכרייה מעלה שתי בעיות: ראשית, האם מותר כלל לאפשר כרייה של אוצרות טבע בשטח כבוש שהרי מדובר כאמור בשימוש מכלה בקרן ומכאן פגיעה בנכס ולא שימוש בפירות. שנית, המדובר בכרייה שתוצרתה איננו מיועד לאוכלוסייה המקומית, אלא כמעט בלעדית לאוכלוסיית המעצמה הכובשת ובכל מקרה חברות ישראליות הן המוטבות של כל עסקת מכירה גם במקרים המעטים שהן נעשות מול קונה פלסטיני.

75. נבחן להלן כל אחת מהסוגיות האמורות.

א. ניצול משאבי טבע – פגיעה בקרן ועקרון ההמשכיות

76. הכרייה נשוא עתירה זו מבוצעת באדמות מדינה וגם אילו היו מבוצעות באדמות פרטיות אוצרות טבע הינו רכוש ציבורי ע"פ דיני הקניין החלים באזור. לא יכולה להיות לפיכך מחלוקת כי הכרייה הנרחבת סופה שהיא תכלה את המאגר המוגבל של אוצרות טבע שהן רכוש ציבורי משותף של האוכלוסייה הפלסטינית הכבושה.

77. כפי שראינו, קיים איסור על פגיעה בקרן נכסי הציבור ודיני הכיבוש רק מתירים שימוש בפירות, במגבלות שתוארו. האם המשמעות היא שקיים איסור מוחלט על כריית אוצרות טבע בשטח כבוש?

78. אכן, יש רבים שסבורים כך וטוענים שאופיו הזמני של הכיבוש ועקרון שימור הקיים המעוגן בו, מחייבים הטלת מגבלות נוקשות על פעילות כגון שימוש במשאבי טבע מוגבלים העלולים להביא לשינויים קבועים בשטח הכבוש ופגיעה בלתי הפיכה בנכסי-הציבור הטבעיים. למעשה עד לאחרונה זו הייתה העמדה המקובלת:

כך כתב אחד הפרשנים המשפטיים מיד לאחר קבלת הכרזת בריסל על הכיבוש כמשטר נאמנו:

"[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, **principles De Droit Civil**, 563-564 (1887)

גם משרד החוץ האמריקאי היה שותף לסברה כי שימוש במשאבי טבע בשטח כבוש אסור לחלוטין. בחו"ד שעסקה בחוקיות הניצול של שדות הנפט של סיני ע"י ישראל (להלן: "חוות הדעת של משרד החוץ האמריקאי"), 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)

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

לדיון בנושא ראו גם: Stone, **Legal Controls of International Conflict** (1954), p. 714.

79. יחד עם-זאת קיימות פרשנויות "גמישות" יותר, בוודאי בהקשר של כיבוש ארוך-טווח, המכירות באפשרות לשימוש חוקי **מוגבל** במשאבים הטבעיים של השטח הכבוש. גם דעות אלו מתנות את השימוש בכללים הנוקשים והחד-משמעיים של דיני הכיבוש, קרי שמירה על חובת הנאמנות ועמידה בכללי טובת ההנאה. דאפרון (Dufresne) למשל, עומד על הפער בין ההיתר הקיים בדיני הכיבוש לשימוש בפירות נכסי-ציבור לבין האיסור על שימוש במשאבים מתכלים, ומציע פתרון (ההדגשות שלנו):

"[U]sfructuary 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.

80. הפתרון, על פי המחבר, נעוץ בעקרון ההמשכיות (continuity), שעיקרו המשך של המדיניות והפרקטיקה שהייתה קיימת טרם-הכיבוש ואיסור פתיחה של מחצבות חדשות.

81. תמיכה בעקרון ההמשכיות ניתן למצוא בכתבי מלומדים ובפרקטיקה של מדינות:

- 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;

82. אגב, שלושה המקורות האחרונים (המדריכים הצבאיים) נזכרו בפסק-הדין נשוא בקשה זו (פסקה 8) כמאפשרות פעולות כרייה ובלבד שפעולות אלה "אינן מבוצעות באופן רשלני". בכל הכבוד הראוי, זוהי שגיאה של בית המשפט הנכבד. בכל המדריכים נאמר כי הכובש רשאי:

"[to] work the mines"

ברור שאמרה זו, שנעשית בלשון הווה, מכוונת לעיקרון ההמשכיות, קרי – שלכובש מותר "להפעיל את המחצבות" – המחצבות הקיימות.

83. בל נשכח שגם עקרון ההמשכיות אמור לחול בהתאם לדיני הכיבוש הכלליים, ובהתאם להגבלות החלות תחת משטר משפטי זה, בראש ובראשונה משטר הנאמנות.

84. ההגבלות על עקרון ההמשכיות על רקע דיני התפיסה הלוחמתית, באות לידי ביטוי בכמה אופנים: ראשית, הכוח הכובש מוגבל למדיניות וקצב הניצול דה-פקטו של משאבי השטח הכבוש כפי שהיו טרם כניסתו. שנית, הכוח הכובש מוגבל תחת עקרון ההמשכיות באופן שנאסר עליו להרחיב את פעולות הכרייה ולפתח תכניות שלא היו קיימות טרם כניסתו

לשטח הכבוש. מגבלות אלה אכן מצמצמות את יכולתו של הכובש לפתח את השטח ולמצות את הפוטנציאל הכלכלי הטמון בו. וכך מציג את הדברים 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.

85. אגב, המלומד גרהרד וון גלן, שצוטט בפסק הדין נשוא בקשה זו כמסכים לחוקיות הענקת זיכיונות בשטח כבוש (פסקה 7 סיפא לפסק-הדין), אומר בספרו את הדברים הברורים הבאים:

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

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

86. וזוהי גם העמדה המוצגת 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"

87. סיכומו של דבר: קיים ויכוח בשאלה האם רשאית מעצמה כובשת לאפשר פעילות כרייה של אוצרות טבע בשטח הכבוש. המצמצמים יאמרו שאופיו הזמני של הכיבוש ועקרון שימור הקיים מחייבים את המסקנה שאין לאפשר כרייה שכמוה כחיסולו של הנכס. לעומתם, המרחיבים סבורים כי שימוש במשאבי טבע בשטח כבוש אפשרי אולם במגבלות של עקרון ההמשכיות – קרי: באופן שממשיך את מדיניות וקצב ניצול המשאבים טרם הכיבוש וללא הרחבה של אזורי הכרייה וסוגם, ובכל מקרה לטובת האוכלוסייה הכבושה בלבד.

ב. ניצול משאבי טבע – שלא לצרכי השטח הכבוש והאוכלוסייה הנכבשת

89. כמפורט בחלק העובדתי, אוצרות הטבע שנכרים במחצבות נשוא עתירה זו, לא נועדו לצרכים צבאיים של מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית או לצרכי האוכלוסייה המוגנת, אלא בראש ובראשונה לצרכיה הכלכליים של מדינת ישראל ולצרכים של תאגידים פרטיים ישראלים שהתמזל מזלם וקיבלו רישיונות כרייה מטעמו של המשיב מס' 2. כך הדבר לגבי רוב רובה של תוצרת הכרייה ולעיתים לגבי כולה.

90. מסמך וועדות העורכים מוכיח כי הכרייה נועדה לספק את הצרכים של שוק הבנייה והסלילה הישראלי, ובייחוד לעשורים הבאים. שיקולים אלה הנוגעים לצרכים של ענף כלכלי ישראלי הינו **שיקול זר ובלתי חוקי** המטיל על פעילות הכרייה כולה כתם של אי-חוקיות.

91. שלא כמו בשאלה האם כלל מותרת כרייה של אוצרות טבע בשטח כבוש, בעניין זה – כרייה של אוצרות טבע לשימוש המעצמה הכובשת עצמה - אין מחלוקת בין מלומדים: הכל מסכימים כי לא רק שמדובר בהפרה של המשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש, אלא שחלקם הגדול אף סבור כי בתנאים מסוימים מדובר בפשע מלחמה של ביזה.

92. החלטת לונדון של הכינוס הבינלאומי למשפט בינלאומי מ-1943 קובעת את הדברים בצורה ברורה:

"The rights of the occupant do not include any rights to dispose of property, rights or interests for purposes other than the maintenance of public order and safety in the occupied territory. In particular, the occupant is not, in international law, vested with any power to transfer a title which will be valid outside that territory to any property rights or interests which he purports to acquire or create or dispose of; this applies whether such property, rights or interests are those of the State or of private persons or bodies. This status of the occupant is not changed by the fact that he annexes by unilateral action the territory occupied by him"

(A resolution of the London International Law Conference of 1943, quoted in full in Von Glahn, The Occupation of Enemy Territory (1957), pp. 194-195).

93. כלומר: לכובש אין הכוח לעשות שימוש ברכוש וזכויות שהוא מנהל בשטח הכבוש לכל מטרה שאיננה שימור הסדר הציבורי והביטחון של השטח הכבוש עצמו.

94. על קביעה זו חזר גם הטריבונל הצבאי לשפיטת פושעי המלחמה הנאצים בנירנברג:

"... Articles 53, 55 and 56 [of the Hague Regulations, M.S., S.Z.] dealing with public property, make it clear that under the rules of war, the economy of an occupied country can only be required to bear the expenses of the occupation, and these should not be greater than the economy of the country can reasonably be expected to bear."

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, vol. 1 (1974), pp. 238-239, 6 F. R. D. 69, 120. **Annual Digest and Reports of International Law Cases**, vol. 13 (1946), p. 203 at pp. 214-215

95. לאחרונה נדרשו מלומדים רבים לשאלת הניצול של אוצרות טבע בשטח כבוש, בהקשר לפעולות הכלכליות הכוללות כריית מחצבים וקידוחי נפט בשטח הכבוש בעירק. עיון בספרות הקיימת בנושא זה מעלה כי שוררת הסכמה מקיר אל קיר כי הפרת חובת הנאמנות וניצול כלכלי של השטח על ידי המעצמה הכובשת הינה אסורה ומנוגדת לדין הבינלאומי.

96. כך למשל, אחד המומחים הגדולים בעולם לדיני הכיבוש, פרופ' אייל בנבנישתי, התייחס במאמרו בכתב העת החשוב והמוביל בחקר המשפט הבינלאומי, American Journal of International Law, לסוגיית כריית המשאבים והחובות הנגזרות של הכוחות הכובשים בעירק מתוקף תקנה 55. במאמר זה הפנה המחבר למכתבן של המעצמות הכובשות אל מועצת הביטחון, בו הן מתחייבות כי תפעול ענף הנפט העיראקי יעשה 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 Benevenisti, “**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)

97. ושימו-לב שע"פ ההתחייבות המעצמות הכובשות בעיראק, תפוקת הנפט ומכירתו נעשית בפיקוח גורמים חיצוניים המדווחים לוועדת ביקורת בינלאומית. והכל כדי להבטיח שלא להפר את משטר הנאמנות של דיני הכיבוש (וראו לעניין זה גם החלטת מועצת הביטחון של האו"ם מס' 1483 – S/Res/1483 (2003) מצויה באתר האינטרנט של האומות המאוחדות : <http://www.uncc.ch/resolutio/res1483.pdf>).

98. פרופ' בנבנישתי סבור כי התחייבות חד-צדדית של המעצמות הכובשות בערק עולה בקנה אחד עם החובות המשפטיות המונחות לפתחן של אלו, המחויבות לפעול בנאמנות לטובת העם העיראקי. וכך מוסיף פרופ' בנבנישתי לעניין זה במאמרו :

“This paragraph implies that the occupant is fully entitled to utilize public resources provided such use benefits the lawful owner; namely, the people of Iraq. This is consonant with the traditional reading of Article 55 of the Hague Regulations, and ends the debate over whether oil could be exploited by the occupant and, if so, for what purposes.”

Benveisti, *Ibid*, at pp. 863-864.

99. המחויבות של הכוח הכובש כלפי האוכלוסייה הנכבשת וכלפי נכסי אוכלוסייה זו, אינה מסתכמת רק בחובות כלפי הרכוש המצוי בבעלות פרטית, אלא גם ולעיתים אף ביתר שאת, כלפי הרכוש הציבורי המצוי בידי הכוח הכובש, כאמור, תחת משטר הנאמנות.

100. המלומד האמריקני ג'ורדן פאוסט (Paust) התייחס לאחרונה לאיסור ל"הפריט" את חובת ניהול הרכוש הציבורי על ידי המעצמה הכובשת. במסגרת זו גם הוא הצטרף לעמדה הרואה בעקרון ההמשכיות כמכתיב את קצב הכרייה (והקידוח) של המשאב הטבעי :

“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.

101. גם בית הדין הבינלאומי לצדק שמושב בו בהאג נדרש לאחרונה לסוגיה זו, של שימוש בתוצרי כרייה של שטח כבוש שלא לצרכי השטח הכבוש ואזרחיו, בפסק הדין בעניין הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו נ' אוגנדה. פסק הדין עסק, בין היתר, בשאלות של חובות הכוח הכובש (במקרה זה – אוגנדה) ביחס לניצול משאבי הטבע שהיו בחבל איתורי (Ituri), חבל ארץ שנכבש והוחזק בתפיסה לוחמתית על ידי אוגנדה. 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], available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>

כמו כן, ראו גם המאמר הבא המתייחס לפסיקת בית המשפט הבינלאומי לצדק בעניין זה ובעניינים דומים:

Phoebe N. Okowa, "Natural Resources in Situations of Armed Conflict: Is there a Coherent Framework for Protection?", **International Community Law Review** 9 (2007) 237–262

102. פסיקת בית הדין הבינלאומי אינה מותירה מקום לפרשנות בנוגע לשימוש מותר ושימוש אסור במשאבי טבע של שטח כבוש: קיים איסור מוחלט על שימוש במשאבי טבע של שטח כבוש לצרכי המעצמה הכובשת. למעשה האיסור משתרע על כל שימוש שאינו לטובת המדינה הכבושה ואזרחיה.

103. בפסק-דינו הרחיב בית הדין בכל הנוגע לאחריות הבינלאומית, הכללית והנזיקית, הצומחת לאוגנדה כיוון שהפרה את חובותיה ככוח כובש ובשל אחריותה לניצול משאביה הטבעיים של קונגו. ניצול משאבים זה שלא כדין, קבע בית הדין, אף מהווה הפרה ישירה של תקנה 43 לתקנות האג, המחייב שמירה על הסדר הציבורי. וכך מורה אותנו ה-ICJ:

“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.”

104. כך אנו למדים, כי מתן היתר, במפורש או במשתמע, לכרייה של משאבי טבע, לשימוש בהם או לניצולם בכל דרך אחרת, שלא לטובת האוכלוסייה הכבושה, מהווה הפרה של תקנה 43 לתקנות האג, המחייבות שמירה על השטח, ומהווה הפרה של הסדר והשלטון הציבוריים.

105. יוער, כי אוגנדה נמצאה אחראית להפרות האמורות במחדל, על כך שלא עשתה די כדי למנוע את ניצול המשאבים הטבעיים של האזור הקונגולזי הכבוש. במקרה שלפנינו אחריות המשיבים היא אחריות ישירה, במעשה ולא במחדל.

106. תמיכה לעקרון שניצול של משאבי טבע במגבלה של עקרון ההמשכיות כפוף לכלל המוחלט שכל ההכנסות מניצול כאמור חייב להיות מושקע בצרכים ההומניטאריים של האוכלוסייה הנכבשת ניתן למצוא במחקר מקיף שפורסם לאחרונה על תביעת חברות בגין עבירת הביזה. הסקירה של הכתיבה והפרקטיקה בתחום הביאה את עורך המחקר למסקנה הבאה (ההדגשות שלנו):

"...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)

107. סיכומו של דבר: בעוד שיש ויכוח מסוים בשאלה האם לשלטון כיבוש מותר בכלל לאפשר פעילות של כרייה של אוצרות טבע בשטח הכבוש, והמרחיבים אומרים שהדבר אפשרי במגבלות עקרון ההמשכיות, אין כל ויכוח שאסור באיסור מוחלט לעשות שימוש במשאבי טבע של שטח כבוש לטובת המעצמה הכובשת או לטובת כל גורם שאיננו העם הנכבש.

108. לא מצאנו שום מקור משפטי המתיר שימוש במשאבי שטח כבוש או ברווחים מהם, שלא באופן אקסקלוסיבי לטובת האוכלוסייה הנכבשת. מקל וחומר שאין בנמצא מקור משפטי כלשהו המתיר שימוש במשאביו של השטח הכבוש או ברווחים באופן שמשרת ברובו המוחלט (מעל 90%) את האוכלוסייה הכובשת, את צרכיה הכלכליים והאחרים, ולרווחת חברות בבעלות אזרחיה.

109. לאור כל האמור, ההלכה שנפסקה בעתירת יש-דין **מחדשת** ומשנה באופן מהותי את המצב המשפטי בכל הנוגע לסמכויות כובש בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, והיא גם הלכה שמעוררת **קושי** רב לנוכח העמדה הברורה של המקורות הרבים של המשפט הבינלאומי בנושא.

110. מכל הטעמים האלו, יש מקום לדיון נוסף בהרכב מורחב בהלכה שנפסקה.

II. "ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון"

111. פסק-הדין בבג"צ ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון פד"י לז(4) 785 (1983), הינו פסק-הדין המנחה שקבע את מסגרת שיקול דעתו של המפקד הצבאי בהפעלת סמכויות שלטוניות בשטח הכבוש. הלכת אסכאן משמשת בישראל כנייר הלקמוס לבחינת חוקיות פעילות צה"ל בגדה המערבית (ובעבר גם בעזה) מזה שלושה עשורים.

112. עיקרה של הלכת אסכאן בקביעה הבאה:

"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 מסויים הדגש הוא בצורך הצבאי, ואילו בעניינים אחרים הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסייה האזרחית:

דיני המלחמה יוצרים בדרך-כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטאריים מאידך גיסא, (ני' 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 צרכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר. "

(פרשת אסכאן עמ' 795-794, ההדגשה שלנו)

113. אם-כן, משטר אסכאן שחלש על פעילות הממשל הצבאי בגדה שנות דור, תחם את גבולות הסמכות של המחזיק בתפיסה לוחמתית אלא פעולות שנועדו לקיים את הוראות תקנה 43 לתקנות האג, קרי: להחזיר את הסדר והביטחון או לדאוג לטובת האוכלוסייה המקומית – היא האוכלוסייה הנכבשת שהמשפט ההומניטארי רואה בחבריה "אזרחים מוגנים".

114. פסק-הדין בעתירת יש דין אמנם מפנה בהסכמה לקביעת בג"צ אסכאן כי "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" ו-"אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר" (סיפא לפסקה 8 לפסק-הדין וכן ראו בפסקה 10). אלא שבפועל בית המשפט הנכבד סוטה מהלכת אסכאן באופן משמעותי ביותר בהתירו פעילות חציבה נרחבת לצרכים ישראלים בלבד ומבלי שיש טענה כלשהי כי השיקול להקמת ענף ישראלי זה בגדה הוא ביטחוני או טובת האוכלוסייה המקומית, השיקולים שנקבעו כמנחים את המפקד הצבאי בבג"צ אסכאן.

115. תחת הדרישה האולטימטיבית של משטר אסכאן כי הפעלת כוחות וסמכויות ריבון ע"י המפקד הצבאי תיעשנה לאור שיקולים ביטחוניים או שיקולי טובת האוכלוסייה המקומית, כפי שנקבע בהלכת אסכאן, פסק-הדין בעתירת יש-דין הוריד את הרף ובית המשפט שם הסתפק בקיומו של "היבט" כלשהו "של קידום טובת האזור" (פסקה 13 לפסק הדין).

116. במילים אחרות, הלכת "יש דין" היא כי המפקד הצבאי רשאי לבצע פעולות שלא נועדו לטובת האוכלוסייה המקומית או לצרכי ביטחון, ובלבד שיש בצידן "הטבה נלווית" או "הטבה היקפית" לכלכלת האזור. לא עוד דרישה שהשיקול המרכזי של המפקד הצבאי יהיה טובת האוכלוסייה המקומית. מעתה די בהיבט נילוה של קידום האזור כמבחן תוצאתי, גם אם קידום זה הינו שולי ומזערי.

117. וכך, בהתאם למבחן מקל זה, הגיע בית המשפט למסקנה שדי בכך שענף המחצבות יוצר מקומות עבודה לפלסטינים או מעשיר את קופת הממשל הצבאי (שלא בהכרח משקיע את הכספים באוכלוסייה המקומית, שהרי רוב נתיני המינהל האזרחי הם דווקא המתנחלים

הישראליים) – כדי להפוך את מתן הזיכיונות לחברות הישראליות לפעולה שמצויה במתחם הסמכות של המפקד הצבאי.

118. ויודגש: אין שום דרך, ע"פ מבחני הלכת אסכאן להכשיר את מתן הזיכיונות לחציבה לחברות ישראליות. אין אפשרות משפטית רצינית לטעון כי השיקול שהנחה את נותן הזיכיון היה טובת האוכלוסייה המקומית (הפלסטינית) או שיקולי ביטחון. אילו שיקולי טובת האוכלוסייה המקומית היו לנגד עיניו (ובהתעלם משאלת האיסור שקובעת תקנה 55), מן הסתם היו ניתנים זיכיונות לחברות פלסטיניות וזאת בכדי לקדם את הכלכלה של הציבור הנכבש. העובדה שאינה במחלוקת היא שהמשיב מס' 1 חילק את כל הזיכיונות לחברות ישראליות בלבד וכי לפיכך העושר המופק מפעילות החציבה עושה את דרכו אל מחוץ לאזור הנתון בתפיסה לוחמתית.

119. תפיסת בית המשפט הנכבד בפסק-דינו נשוא בקשה זו כי יצירת מקומות עבודה הנלווים לפעילות החציבה, די בה כדי להכשיר חוקית את מתן הזיכיונות, מצביעה על דלות המבחן שנבחר ועל מרחקו העצום ממבחני אסכאן. בית המשפט בפסק-הדין נשוא בקשה זו אינו טורח אף לדחות את הטענה שמתן הזיכיונות נועד **בראש ובראשונה** לשרת את הכלכלה הישראלית (מה שמתנגש חזיתית עם ההוראה החד משמעית בבג"ץ אסכאן שהפכה להיות ההלכה המרכזית של פסק הדין, כי " אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים... של מדינתו שלו". בית המשפט בוחן האם **בפועל** אין שום היבט של קידום האזור בפעילות החציבות.

120. המדובר אם-כן בפסק-דין אשר הופך הלכה מושרשת וחשובה שהנחתה שנים רבות את הביקורת השיפוטית על החלטות מפקדים צבאיים בשטח הכבוש.

121. גם מטעם זה מתבקש דיון נוסף בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט הנכבד בעתירת יש דין.

II. "מפאת חשיבותה" – הסיכון החמור שפעולת המחצבות הישראליות היא בזיה

122. המבקשת היא עמותה ישראלית המאגדת אזרחים ישראלים המעורבים (רובם בהתנדבות) בפעילות שמטרתה להביא לשינויים שלראייתם טובים למדינת ישראל. עתירה זו הוגשה מתוך חרדה לכך שמדינת ישראל מעורבת, במישרן או בעקיפין, במעשים לא חוקיים על פי הדין ההומניטארי הבינלאומי ולא מוסריים ושהיא אף מסכנת את אנשיה בביצוע עבירות על משפט העמים

123. בחלק זה נבקש להראות כי הסוגיה שבמוקד עתירת יש דין ופסק-הדין שניתן בה (ולפיכך גם במוקד בקשה זו) היא **חשובה ביותר** שכן פסיקה מוטעית בה עלולה לסבך את מדינת ישראל, את חייליה ומדינאיה במה שהמשפט הבינלאומי רואה כביזה של אוצרות שטח כבוש.

124. עבירת הביזה היא עבירה עתיקת יומין ואין קודקס משפטי העוסק בדיני לחימה שאינו אוסר אותו. איסור הביזה כלול בקוד ליבר (1863), בהכרזת בריסל (1874), באמנת האג (1907), באמנת גינבה (1949), בחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי (1998) ומהווה עקרון יסוד של דיני הלחימה.

125. עבירת הביזה הייתה בסיס למשפט פלילי עוד במסגרת משפטי נירנברג (ואין צורך לומר שאין, חלילה, כל מקום להשוואה בין הפרקטיקה נשוא עתירה זו ומעשי הנאשמים שם והדברים מובאים רק לצורך הדיון בכלל המשפטי). במשפט הידוע כמשפטי קרופ (The Krupp Trails), הועמדו לדין תעשיינים שהיו חלק ממכונת המלחמה הגרמנית, בגין חלקם בפשעי המלחמה והפשעים נגד האנושות של המשטר הנאצי. אחד האישומים שנכלל בכתב האישום עסק בחלקם בביזה של משאבי הטבע שהיו מצויים בשטחים שנכבשו ע"י הנאצים. התובע בנירנברג האשים את התעשיינים כי ניצול המשאבים נעשה על-ידם לצרכים של גורמים פרטיים, וללא שום קשר למאמץ המלחמתי. פשע הביזה הוגדר אז כפשע בקטגוריה של פשעים נגד האנושות, ושישה מתוך עשרת הנאשמים הורשעו בו.

126. בהכרעתו, משנת 1949, קבע הטריבונל כי שימוש באוצרות הטבע של שטח כבוש שלא לצרכי ביטחון ושלא למען האוכלוסייה הכבושה מהווה פשע נגד האנושות (בחוקת רומא מסווג פשע הביזה כפשע מלחמה). הכרעת הטריבונל נשענה על הוראות המשפט ההומניטארי בנוגע ליחס לרכוש ציבורי בשטח כבוש, אשר באותה עת כלל את תקנות האג בלבד. וכך מורה אותנו הכרעת הדין (ההדגשה שלנו):

"[h]aving exploited, as principals or as accessories, in consequence of a deliberate design and policy, territories occupied by German armed forces in a ruthless way, far beyond the needs of the army of occupation and in disregard of the needs of the local economy."

[...]

"just as the inhabitants of the occupied territory must not be forced to help the enemy in waging the war against their own country or their own country's allies, so must the economic assets of the occupied territory not be used in such a manner."

127. אכן, העמדה המשפטית המקובלת כיום הינה כי הפרה משולבת של תקנות 23(ז), 43 ו-55, עשויה להקים אחריות פלילית בינלאומית אישית, מסוג פשע מלחמה של ביזה. כך טוען למשל, המלומד לונדברג במאמרו:

“Three other articles of the Hague Convention also support the argument that resource plunder violates the laws of war and is thus prosecutable as a criminal offense under the ICC. First, Article 23(g) limits the justification of military necessity. Second, Article 43 requires an occupying power to enforce pre-existing local laws, which reasonably includes natural resource exploitation regulations and laws protecting private property rights. Third, Article 55 employs the principle of usufruct to severely restrict an occupying force's ability to exploit a territory's natural resources. Taken together, these three articles help define the crime of resource plunder and set the stage for its prosecution in later tribunals.”(הדגשות הוספו, מ.ס, ש.ז, א.ל.)

Michael A. Lundberg, “The Plunder of Natural Resources During War: a War Crime (?)”, 39 *Georgetown Journal of International Law* 495, Spring, 2008, at pp.513-514.

128. בחוקת בית הדין לפשעי יגוסלביה לשעבר (ICTY), הוגדרה עבירת הביזה בסעיף 3(E) והיא פורשה כ"הרס או שלילה של נכס פרטי או ציבורי השייך למוסדות או אנשים הקשורים לצד השני של הסכסוך".

129. ראו את הדברים הברורים שנקבעו ע"י בית הדין הבינלאומי ה-ICTY:

"In this connection, it is to be observed that the prohibition against the unjustified appropriation of public and private enemy property is general in scope, and extends both to acts of looting committed by individual soldiers for their private gain, and to the organized seizure of property undertaken within the framework of a systematic economic exploitation of occupied territory"

(ICTY Judgment, *The Prosecutor v. Zeinil Delalic and Others*, IT-96-21-T, para 588)

130. חוקת רומא, המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי, כללה את הרס הרכוש של האויב כחלק ממארג פשעי המלחמה הבינלאומיים, בסעיף 8(B)(2), הקובע כדלקמן:

(xiii) Destroying or seizing the enemy's property unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war; (ICC)

131. כמו-כן כוללת חוקת רומא את עבירת הביזה בסעיף 8(XVI)(B).

132. מכל אלו אנו למדים, כי האיסור בדין הבינלאומי על השימוש במשאבים הטבעיים של השטח הכבוש על ידי הכובש, מעבר להיותו איסור המקיים אחריות בינלאומית, מהווה גם עבירה פלילית בינלאומית, כזו העשויה להוות פשע מלחמה.

ד. סוף דבר

133. ההלכה שיצאה תחת ידו של בית המשפט הנכבד בעתירת המבקשת הינה הלכה חדשה, קשה וחשובה והיא גם סותרת הלכה מושרשת קודמת של בית המשפט העליון בסוגיית המגבלות החלות על כובש המחזיק בשטח בתפיסה לוחמתית.

134. הראנו שאם תישאר ההלכה על כנה עלול הדבר להוביל להתנגשות בין עמדתה המשפטית של מדינת ישראל לעמדה המשפטית המקובלת של הקהילייה הבינלאומית. עוד הראנו שאין מקור משפטי התומך בהלכה שיצאה תחת ידיו של בית המשפט הנכבד ולפיכך מדובר בחידוש "עולמי". לבסוף הראנו כי ההשלכות של הלכה חדשה זו רחבות ומשמעותיות לפעילות כוחות צה"ל בגדה המערבית הכבושה. לבסוף עוד נזכור כי לא התקיים דיון לגופו של עניין בטענות הצדדים בטרם ניתן פסק-הדין המחדש נשוא בקשה זו.

135. מכל הטעמים האלו – אין מתאים ממקרה זה להרחבת הרכב וקיום דיון נוסף וממצה בסוגיה הנכבדה שמעלה עתירת המבקשת.

136. לנוכח לוח הזמנים הצפוף שקבוע בדין להגשת בקשה לדיון נוסף המבקשת שומרת על זכותה להוסיף טיעון אם תתקבל בקשתה לדיון נוסף ו/או אם יערך דיון בעל-פה בבקשה.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון נוסף בעתירת יש דין ובייחוד בשאלות שהוגדרו בכותרת הבקשה.

תאריך: 10.1.2012

אבישר לב, עו"ד

שלומי זכריה, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים