

גילוי דעת

אנו מרצות ומרצים המלמדים משפט בינלאומי במספר מוסדות להשכלה גבוהה בארץ ובעולם ומקדישים את מירב זמננו לחקר תחום המשפט הבינלאומי. אנו מבקשים להביע בזה את עמדתנו המקצועית ביחס למספר קביעות משפטיות בפסק דינו של כבוד השופט מינץ בבג"ץ 413/13 אבו עראם נ' שר הביטחון (פרשת מסאפר יטא) (להלן- פסק הדין) שהתפרסם ביום 4 למאי 2022.

בגילוי דעת זה אנו מבקשים להתמקד באותן קביעות בפסק הדין העוסקות במשפט בינלאומי, וביחסים בינו לבין המשפט הישראלי, קביעות המצויות בתחום מומחיותנו. לדעתנו, מדובר בקביעות המבוססות על ניתוח שגוי של המשפט הבינלאומי.

1. בפסק הדין נקבע כי רשויות הצבא רשאיות לפנות את העותרים ובני משפחותיהם המתגוררים במסאפר יטא בשל ההכרזה על האזור כשטח אש לצורכי אימונים (שטח אש 918).

2. לפי המשפט הבינלאומי (דיני התפיסה הלוחמתית), הצבא הכובש רשאי להשתמש במקרקעין בשטח הכבוש לצרכים צבאיים, אך סמכות זו כפופה לאיזונים כנגד זכויותיהם של התושבים המקומיים (השוו: בג"ץ 2056/04 בית סוריק). במקרה נשוא פסק הדין, הרף לשימוש במקרקעין גבוה במיוחד הואיל וחלק משמעותי של המקרקעין נשוא ההליכים הוא קרקע פרטית (השוו: בג"ץ 1308/17 סלואד). קשה לראות כיצד השימוש במקרקעין כשטח אימונים צבאי יכול להצדיק לפי מבחנים אלה פגיעה קשה ומתמשכת בזכויות בסיסיות של מספר גדול של תושבים מקומיים, וזדאי שלא להצדיק סילוקם מאדמתם שלהם, למנוע מניעה קבועה של זכותם לקבל היתר לבנות מבני קבע על אדמתם ולחסום את אפשרותם להמשיך לקיים את אורח חייהם החקלאי המסורתי בשטח.

3. בפסק הדין נקבע כי המפקד הצבאי מוסמך להכריז על שטח כשטח סגור (פסקה 30), אך המדינה לא סיפקה הוכחות נחרצות בדבר הנחיצות והמידתיות של הצו, בהינתן פגיעתו הקשה בזכויותיהם של התושבים המקומיים, ובהינתן קיומם של שטחים חלופיים, לרבות שטחים בתוך מדינת ישראל, בהם ניתן לבצע אימונים מבלי לפגוע פגיעה קשה בתושבי האזור. בנסיבות אלה, קיים חשש, אותו פסק הדין לא ביטל, כי הגבלת גישתם של העותרים אל האזור היתה תכליתו האמיתית של הצו הותקן. למעשה, פסק הדין אינו עוסק כלל בשאלה העקרונית בעניין חוקיות הכרזה על שטח אש בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, וזאת למרות שהכרזה כזו, על פניה, אינה מתיישבת עם דיני התפיסה הלוחמתית, שכן היא אינה תורמת לרווחת תושבי האזור, ואינה נובעת במישרין מצורכי הביטחון של האזור.

4. פסק הדין גם קובע – ללא דיון וללא ביסוס – כי סעיף 149(1) לאמנת ג'נבה הרביעית אינו מסייע לעותרים בתקיפת הצו בשל מעמדו ההסכמי ובשל תחולתו על גירושים המוניים בלבד. בכל הכבוד, אנו סבורים כי מדובר בפרשנות מוטעית של המשפט הבינלאומי. ראשית, העמדה שהובעה בעבר בפסיקה לפיה אמנת ג'נבה הרביעית אינה אמנה מנהגית (השוו: בג"ץ 785/87 עפו) אינה מקובלת במשפט הבינלאומי, לאור חלוף הזמן הרב מאז כריתתה של האמנה, הצטרפות כל מדינות העולם לאמנה והתגבשות פרקטיקה התומכת בהוראותיה (השוו: Jean-Marie Henckaerts, *The Grave Breaches Regime as Customary International Law*, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 7, Issue 4, September 2009, Pages 683). יש לציין, כי העמדה אשר בית המשפט אימץ בשעתו בדבר מעמדה ההסכמי אמנת ג'נבה היתה חריגה ביותר גם באותה העת בה היא נתקבלה. בכל מקרה, אף אם אמנת ג'נבה הרביעית כולה אינה בעלת מעמד מנהגי, הרי שהאיסור על גירוש או פינוי הקבוע בסעיף 49 הוא בוודאי איסור מנהגי (השוו: מדריך הצלב האדום למשפט בינלאומי מנהגי, כלל 129). שנית, האמנה מחייבת בכל מקרה את מדינת ישראל במישור הבינלאומי, ועל כן יש לפרש חקיקה ישראלית, לרבות את החוקים והצווים המסמיכים את המפקד הצבאי לפעול בשטחים לאור הוראותיה (השוו: בג"ץ 7015/02 עג'ור). שלישית, הפרשנות בדבר תחולת סעיף 149(1) רק על גירושים המוניים אינה מתיישבת עם לשון האמנה ועם הפרשנות המקובלת שניתנה לה (השוו: פרשנות הצלב האדום). יש לציין, שהפרשנות בפסק הדין מרחיקת לכת עוד יותר מעמדתו של הנשיא שמגר בפרשת עפו, שכן שם דובר על גירוש פרטים שנחשדו בסיכון ביטחון האזור, ולא בגירוש של תושבים מוגנים שאין כל חשד ביטחוני נגדם.

5. יתר על כן, הדיון בפסק הדין מתעלם מתת-סעיף רלוונטי במישור לענינו - סעיף 49(2) לאמנת ג'נבה הרביעית, המהווה חריג יחיד לכלל הקבוע בסעיף 49(1) והעוסק בפינוי זמני של תושבים ממקום אחד בתוך השטח הכבוש למקום אחר בתוך השטח הכבוש מטעמים ביטחוניים. תת-הסעיף מציב רף גבוה ביותר לפינוי תושבים ממגוריהם מטעמים של צורכי הצבא (imperative military reasons), וברור כי הוא לא מתקיים במקרה זה, וזאת גם בהינתן משך הזמן הארוך בו הצו בתוקף.

6. פסק הדין מציע גם כי ניתן להסתמך על חקיקה ישראלית על מנת לגבור על הוראות המשפט הבינלאומי (פסקה 31). אנו סבורים כי ככל שבית המשפט התכוון לכלול את הצווים הצבאיים בגדר חקיקה הגוברת על הדין הבינלאומי, הרי שמדובר בשגגה. פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון קבעה כי סמכותו של המפקד הצבאי לקבוע את הצווים כפופה להגבלות המוטלות עליו במשפט הבינלאומי (השוו: בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן; בג"צ 69/81, אבו עיטא). לפיכך, ברור כי צווים אלו אינם יכולים לעמוד בסתירה למשפט הבינלאומי, ממנו הם יונקים את כוחם, ושומה על בית המשפט לבדוק את התאמתם לו. ככל שכוונת בית המשפט בפסק הדין היתה לתקנות ההגנה כי אז, הפעלת סמכויות מכוחה צריכה להתבצע, כאמור, אף היא בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי המחייבות את ישראל.

7. מכל הטעמים האלה, אנו בדעה כי פסק הדין מבוסס על שגיאות בניתוח המשפט הבינלאומי, ובניתוח תחולתו במשפט הישראלי, שגיאות עקרוניות העומדות בניגוד לפסיקת עבר של בית המשפט העליון עצמו. התבססות עליו על מנת לפנות את תושבי מסאפר יטא ממקומם תוביל להפרה חמורה של התחייבויות מדינת ישראל מכוח המשפט הבינלאומי, לרבות סעיף 49 של אמנת ג'נבה הרביעית (השוו: סעיף 147 לאמנה הרביעית).

8. לאור האמור לעיל, אנו מבקשים להדגיש את חובתו של המפקד הצבאי לחזור ולבחון את הצורך הצבאי בהכרזה על שטח האש מעת לעת, ובמיוחד לאור הזמן הרב שחלף מאז ההכרזה. לכך ככל הנראה כיון כבוד השופט גרוסקופף שהצביע על חובתן של הרשויות לבחון מחדש את הצרכים הצבאיים ואת הצרכים והאינטרסים של התושבים המקומיים. בחינה זו צריכה להוביל לתוצאה העולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל.

על החתום:

פרופ' ארנה בן-נפתלי (המכללה למנהל)	ד"ר דורין לוסטיג (אוניברסיטת תל אביב)
ד"ר זיו בורר (אוניברסיטת בר-אילן)	פרופ' אליאב ליבליך (אוניברסיטת תל אביב)
פרופ' איל בנבנישתי (אוניברסיטת קיימברידג')	ד"ר תמר מגידו (המרכז האקדמי למשפט ועסקים)
פרופ' תומר ברודי (האוניברסיטה העברית)	פרופ' איתמר מן (אוניברסיטת חיפה)
פרופ' אייל גרוס (אוניברסיטת תל אביב)	ד"ר מיכל סליטרניק (המכללה האקדמית נתניה)
ד"ר נטלי דודזון (אוניברסיטת תל אביב)	פרופ' דוד קרצמר (האוניברסיטה העברית)
ד"ר תמר הוסטובסקי ברנדס (הקריה האקדמית אונו)	פרופ' יעל רונן (מרכז האקדמי שערי מדע ומשפט והאוניברסיטה העברית)
פרופ' משה הירש (האוניברסיטה העברית)	פרופ' יובל שני (האוניברסיטה העברית)
פרופ' גיא הרפז (האוניברסיטה העברית)	ד"ר יהלי שרשבסקי (אוניברסיטת חיפה)
פרופ' עמיחי כהן (הקריה האקדמית אונו)	