

## גילוי אי-דעת: פסק הדין בעניין שטח אש 918

אריאל ארליך\*

### רקע

ביום 4.5.2022 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין שטח אש 918;<sup>1</sup> ביום 8.5.22 פורסם "גילוי דעת" אודות פסק הדין מטעם קבוצת מרצי וחוקרי משפט בין-לאומי. רשימה זו מבקשת להאיר כמה היבטים, הן בפסק הדין והן ב"גילוי הדעת".

פסק הדין עסק בצווי פינני שהוצאו למבנים שבנו ערביי אזור העיירה יטה בשטח אש 918 – שטח אימונים שבדרום מדבר יהודה – ודחה את העתירות שהוגשו בשנת 2013 נגד מימוש צווי הפינוי. שטח האש הוכרז בשנת 1980 והורחב ב-1982. בניית ההיאחזויות החלה, לפי ממצאי פסק הדין, בשנות התשעים, בניגוד לצווי ההכרזה וללא היתר. פסק הדין גם ביטל את צווי הביניים שמנעו מאז שנת 2013 את פינני ההיאחזויות.

ההכרעה בפסק הדין נסמכת בראש ובראשונה על עילות סף. העתירות הוגשו שנים ארוכות לאחר שהוצא הצו הסוגר את השטח לטובת אימוני צה"ל ובית המשפט סבר שדי בכך כדי לדחותן. גם חוסר ניקיון הכפיים של העותרים נמצא כמצדיק את דחיית עתירתם על הסף. הללו הוסיפו לבנות מבנים בלתי מורשים בתוך השטח בתקופת צווי הביניים, בניגוד לצווי ובניגוד להסכמות הדיוניות.

אולם השופט דוד מינץ, שכתב את חוות הדעת המרכזית, לא הסתפק בעילות הסף והבהיר כי ממילא היה דוחה את העתירות לגופן. לשם כך הציג בפירוט רב את ממצאיו העובדתיים, המובילים למסקנה כי צווי סגירת השטח הוצאו כדין ולא היתה הצדקה להפרתם. גם שני שופטי ההרכב שהצטרפו לחוות הדעת של מינץ לא התייחסו כלל לעילות הסף והקדישו את חוות דעתם הקצרות להדגשת הממצאים העובדתיים השוללים את הבסיס לטענות העותרים.

### הממצא העובדתי – שלילת טענת העברת אוכלוסין

הבסיס המשפטי המרכזי שעליו עמדו העתירות הוא הטענה העובדתית כי הצוויים שסגרו את השטח לטובת אימונים צבאיים נישלו וגירשו את העותרים מנחלתם. העותרים טענו כי זו "העברה כפויה" שלהם ממקום מושבם, בניגוד לסעיף 49(1) באמנת ג'נבה הרביעית האוסר על העברה כפויה של אוכלוסייה מתוך השטח הכבוש.<sup>2</sup> לפיכך טענו העותרים כי גם מימוש הצוויים כעת יהיה בלתי חוקי.

זו אפוא היתה השאלה העובדתית שעליה סבה העתירה: האם ישבו העותרים או אבותיהם ישיבה של קבע בכפרים בתוך השטח עוד קודם ההכרזה, או שמא החלה ההתיישבות הקבועה רק לאחר שנסגר השטח כשטח אימונים, והיא איננה אלא פלישה שנעשתה בניגוד לצו. הטענה המשפטית של העותרים הסתמכה על הטענה העובדתית כי הייתה התיישבות קבועה קודם ההכרזה על סגירת השטח, שהרי רק כך ניתן לטעון על "העברת אוכלוסייה".

\* עו"ד אריאל ארליך הוא ראש מחלקת הליטיגציה של פורום קהלת למדיניות.

<sup>1</sup> בג"ץ 413/13 אבו עראם נ' שר הביטחון (2022).

<sup>2</sup> האיסור אינו תלוי מניע, והוא חל למעט בנסיבות המפורטות בסעיף 49(2), העוסקות בהעברה זמנית של אוכלוסייה למען ביטחונה או מסיבות צבאיות הכרחיות.<sup>3</sup> פסקה 31 לחוות דעתו של השופט מינץ.

בית המשפט התייחס באריכות ובפירוט לשלל הראיות שהובאו בפניו – עשרות תצלומי אוויר ממועדים שונים לאורך ששה עשורים; עדויות של פקחים מתקופות שונות; ראיות על אימונים של חיל האוויר; ספרות מחקרית וחוות דעת של חוקרים ואנשי מקצוע – ועל סמך כל אלו הגיע למסקנה ברורה: קודם שנת 1980, מועד הוצאת הצו הראשון שסגר את השטח כשטח אימונים, לא היו התיישבויות קבע בשטח האמור ולא מבני קבע. הנוכחות בשטח היתה עונתית, לכל היותר, ללא מגורים, לצורכי עיבוד חקלאי ורעייה. אשר על כן סבר בית המשפט שאין מדובר בהעברת אוכלוסייה שהתגוררה בשטח, כי אם בהטלת מגבלות על גישתה לשטח לעיבוד עונתי או רעייה לאחר שיועד לשמש שטח אימונים של צה"ל.

### ההתייחסויות הנוספות למשפט הבין-לאומי ושאלת הסמכות

פסק הדין רואה בשלילת הבסיס העובדתי לטענת ה"העברה הכפויה" סיבה משפטית מספקת לדחיית טענת העותרים לגופו של עניין. לקביעה זו הקדים השופט מינץ דיון קצר בשאלת הסמכות להוצאת צווי סגירת השטח וחוקיות השימוש בסמכות זו במקרה דנן. הדברים נכתבו תחת ההנחה – לצורך הדיון – כי המפקד הצבאי ביו"ש כפוף להוראות המנהגיות שבאמנת ג'נבה הרביעית העוסקות בדיני הכיבוש.<sup>3</sup>

השופט מינץ הבהיר כי יש סמכות לשלטונות ביו"ש לסגור שטחים לצורך שטחי אימונים לצבא מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום). התקנה חלה גם בישראל שבתוך הקו הירוק וגם ביו"ש, יש לה מעמד כשל חוק,<sup>4</sup> וסגירת שטח מכוח התקנה עשויה לאסור כניסה אליו גם לבעלי זכויות קנייניות בו. מקור סמכות נוסף הוא סעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון, שהוא צו צבאי שחל ביו"ש בלבד.

השופט מינץ הוסיף כי הוראות המשפט הבינלאומי שנקלטו במשפט הישראלי, ובפרט אמנת ג'נבה הרביעית, אינן מונעות את הפעלת הסמכות הזו. הטענה בעתירות היתה כי גם במישור הסמכות סעיף 149(1) לאמנת ג'נבה הרביעית רלוונטי, משום שהוא שולל את הסמכות להוצאת צווי הסגירה.

השופט מינץ דחה את הטענה, שכן בדין הישראלי הוראה מפורשת בחוק גוברת על הוראות אמנת ג'נבה הרביעית, גם אלו בהן שהתקבלו כמנהגיות. מינץ מפנה לפסק הדין בעניין סג'דיה,<sup>5</sup> שם הסביר השופט שמגר בפירוט כי הוראת חוק פנים-ישראלית גוברת על הוראה הסכמית באמנת ג'נבה, ואפילו אם מדובר בהוראה שהפכה מנהגית. ראוי לציין כי גם בעניין סג'דיה הסעיף מאמנת ג'נבה שנדון הוא סעיף 149(1). על קביעה זו בענין סג'דיה חזר בית המשפט העליון גם בפסק דין בשנת 2010.<sup>6</sup> אשר על כן, גם אם תתקבל ההנחה שסעיף 149(1) משקף דין מנהגי וכי הוא חל על שלטונות ישראל ביו"ש, ואפילו אם נניח שנגזר ממנו איסור על סגירת שטח לצרכי הצבא אם יש בו זכויות קנייניות לתושבים, הרי שהחוק המקומי היה גובר עליו. הדברים קל וחומר, הוסיף מינץ, נוכח פסיקתו הוותיקה של בית המשפט העליון כי סעיף 149(1) הוא הוראה הסכמית שאינה משקפת משפט בינלאומי מנהגי.<sup>7</sup> כך בייחוד, מוסיף מינץ, כשתכליתו של הסעיף היא למנוע מעשי גירוש המוניים

<sup>3</sup> פסיקה 31 לחוות דעתו של השופט מינץ.

<sup>4</sup> על מעמדן כחלק מן המשפט הישראלי ראו, למשל דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן (2019).

<sup>5</sup> בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801 (1988).

<sup>6</sup> בג"ץ 2690/09 יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל (2010).

<sup>7</sup> סעיף 32 בחוות דעתו של השופט מינץ, המפנה לפסיקת בג"ץ בעניין.

של אוכלוסייה בשטח כבוש לשם השמדתה, עניין שאין בינו ובין סגירת שטח לצרכי אימון צבאיים דבר.

השופט מינץ לא הרחיב בעניין פרשנות זו של סעיף 49. היא מהדהדת את פרשנותו המסורתית של בית המשפט העליון לסעיף זה, אולם יש לציין כי בעבר נאמרו הדברים בהקשר של כליאת פושעים או מחבלים בטריטוריה אחרת,<sup>8</sup> או גירוש מטעמים ביטחוניים של ראשי הטרור,<sup>9</sup> עניינים שונים מן הסוגיה דנן. נוכח הממצא החד-משמעי בענייננו כי אין מדובר בגירוש אנשים מנחלתם אלא בסילוק של פולשים שזה מקרוב באו, במסגרת אכיפת צווים חוקיים מתחום התכנון והבנייה – הערה זו לא היתה הכרחית למסקנת פסק הדין, ועל כן ברור שהיא בגדר אמרת אגב.

### **"גילוי הדעת" של חוקרי ומרצי המשפט הבין-לאומי**

ימים אחדים לאחר פרסום פסק הדין, ביום 8.5.2022, פורסם מסמך "גילוי דעת" מטעם קבוצת אקדמאיים מתחום המשפט הבינלאומי. במסמך קצר זה מבקשים הכותבים "להתמקד באותן קביעות בפסק הדין העוסקות במשפט בינלאומי, וביחסים בינו לבין המשפט הישראלי... המבוססות על ניתוח שגוי של המשפט הבינלאומי". אקדים ואומר כי ראוי לבקר פסקי דין, וראוי להביע דעה מנומקת באשר לקביעות משפטיות שגויות. ניתן בהחלט גם לבקר ממצאים עובדתיים של בתי משפט, וברור שגם המדיניות שמאמצות הרשויות או בית המשפט עצמו ראוייה לביקורת. אלא שהחתומים על המסמך מצהירים בראשו כי עניינם הוא במשפט בינלאומי בלבד. דא עקא, את ביקורתם זו מעבירים הכותבים תוך הצגת הדברים באופן שעלול להטעות את הקוראים באשר לאמור בפסק הדין ובאשר לממצאיו העובדתיים והמשפטיים של בית המשפט.

ראשית, מסמך "גילוי הדעת" מתעלם מן הממצא המרכזי שבו עוסק פסק הדין – העדר המגורים בשטח קודם הוצאת הצו. המסמך אף מניח כמה הנחות עובדתיות ומשפטיות שסותרות את האמור בפסק הדין. הכותבים יוצאים מנקודת הנחה כי "חלק משמעותי" מן השטח הוא קרקע פרטית, כי מדובר ב"סילוקם" של העותרים מ"אדמתם", כי לעותרים ישנה "זכות" לבנות מבני קבע על אדמה זו, וכי פסק הדין "חוסם" את אפשרותם להמשיך לקיים אורח חיים חקלאי מסורתי. לקביעות הללו של כותבי המסמך אין כל בסיס בפסק הדין, אשר כאמור מצא שטענותיהם העובדתיות של העותרים אינן אמת. אין גם כל בסיס בפסק הדין לקיומן של זכויות קנייניות לעותרים בשטח. אדרבה, פסק הדין מציין כי העותרים "לא צירפו מסמך כלשהו על פיו יש להם זכויות קנייניות באדמות שבשטח האש".<sup>10</sup> יתירה מכך, לא מוכרת "זכות" לבנות מבני קבע אף אילו היו בקרקע זכויות קנייניות, שכן כידוע בנייה תלויה גם בחוקי התכנון והבניה. באשר לקיום אורח החיים, פסק הדין מפרט באריכות עד כמה הלכו רשויות צה"ל לטובת העותרים וביקשו לאפשר להם תקופות ארוכות של רעייה בשטח ועיבוד חקלאי בתוכו, בהתאם לעונות החקלאיות.

אם כוונת הכותבים היתה לבקר את ממצאיו העובדתיים של בית המשפט רצוי היה לומר זאת ולדון בממצא העובדתי גופו; כאמור, ממצאים עובדתיים של בתי משפט אינם חסינים מביקורת. אולם הכותבים לא עשו כן. הם בחרו להכניס אל תודעתו של הקורא שורה של הנחות עובדתיות בלי לספר

<sup>8</sup> כפי שקבעה דעת הרוב בעניין סג'דיה הנ"ל, וראו גם עניין יש דין הנ"ל.  
<sup>9</sup> בג"ץ 785/87 עפ"ו נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(2) 4, 35 (1988).  
<sup>10</sup> פיסקה 26 לחוות דעתו של השופט מינץ.

לו כי הן סותרות לחלוטין את ממצאי פסק הדין. אין ב"גילוי הדעת" כל דיון בטענות העובדתיות הללו לגופן. אפילו לא צויין כי הן שנויות במחלוקת.

בנוסף לכך, תמוה על שום מה ראו הכותבים להביע את דעתם כי "הגבלת גישתם של העותרים אל האזור היתה תכליתו האמיתית של הצו הותקן". האשמה חריפה זו, כאילו בשנת 1980 הותקן צו המכריז על השטח כשטח אימונים רק מתוך כוונה לגרש את העותרים מנחלתם – דומה שאפילו העותרים עצמם לא העזו להעלות. לא ברור על מה מתבססים הכותבים בפסק הדין שאותו הם מתיימרים לבקר כדי להעלות האשמה כזו. אדרבה, פסק הדין עצמו מלמד באופן ברור כי לאורך כל השנים התקיים שיח בין שלטונות הצבא לבין העותרים (בגלגוליהם השונים), בניסיונות לאפשר להם גישה מירבית אל השטח ולצמצם את הפגיעה בפרנסתם. לא אחת הגיעו הצדדים להסכמות בעניין זה, שבית המשפט מכנה אותן במפורש "לפנים משורת הדין". השופט עמית אינו חוסך את שבטו דווקא מן העותרים (או אלו שייצגו אותם): ניסיונות הפשרה מאז שנות השמונים, שבהם הועלו הצעות מעשיות שיאפשרו לעותרים לשהות בשטח כמה שניתן, "נדחו פעם אחר פעם על ידי העותרים, ותמיהה היא, האם שיקולים מעשיים של הקטנת הנזק מנחים את העותרים, או תפיסה של 'הכל או לא כלום'".<sup>11</sup>

הכותבים קובעים כי הצבא הכובש רשאי להשתמש במקרקעין בשטח כבוש לצרכים צבאיים אך רק בכפוף לאיזון אל מול זכויות התושבים. פסק הדין (שכאמור מוכן לצורך הדיון להניח את תחולת הדינים הללו בהקשר זה), חוזר ומדגיש כי איזון כזה נעשה, וצה"ל צמצם את אימוניו כדי לאפשר רעייה ועיבוד בשטח ככל האפשר ואף מעבר לכך.<sup>12</sup> ביקורת על טיבו של האיזון אפשרית, וכידוע במשפט המינהלי הישראלי התפתחה גם דוקטרינה מרחיבה של בקורת שיפוטית על איזונים וסבירותם. הכותבים יכולים להחזיק בדעה שונה מזו של השופטים לגבי סבירות האיזון, אך קשה לראות ביקורת זו היא משתלבת בטיעון בדבר "ניתוח שגוי של המשפט הבינלאומי". הכותבים מוסיפים ותוקפים את מתן הצו משום ש"המדינה לא סיפקה הוכחות נחרצות בדבר הנחיצות והמידתיות של הצו". גם זו הצגת דברים שאינה מהימנה, שכן פסק הדין מציין במפורש כי סוגיית הנחיצות נבחנה להנחת דעתו של בית המשפט.<sup>13</sup>

יותר מכל מצערת העובדה שכותבי גילוי הדעת מתעלמים מן הממצא העובדתי המרכזי והחד-משמעי: לא היו מגורי קבע בשטח קודם הוצאת הצו. מגורי העותרים בשטח החלו לאחר שיצא הצו, ואף הרבה אחריו, ונעשו בניגוד לו, באופן לא חוקי ותוך הפרת ההסכמות שהיו מעת-לעת. הכותבים מתעלמים מכך. חרף הצהרתם על כוונתם להתמקד ב"קביעות משפטיות" הם שבים וקובעים כי מדובר בענייננו ב"פינוי תושבים ממגוריהם מטעמים של צרכי הצבא", תוך חיזוק המיצג העובדתי של העותרים שאותו דחה בית המשפט לאחר בחינת הראיות. ההימנעות מהצגת דברים כהווייתם נובעת ככל הנראה מן הרצון לטעון כי מדובר בהפרה של סעיף 49(1) לאמנת ג'נבה הרביעית, טענה שלא ניתן לטעון ביחס לפינוי פולשים שהתיישבו בשטח לאחר שהוצא לו צו סגירה. הלהיטות הזו קלקלה את השורה.

<sup>11</sup> פסקה 2 לחוות דעתו של השופט עמית.

<sup>12</sup> ראו למשל פסקה 47 לחוות דעתו של השופט מינץ, וכן דבריו הנ"ל של השופט עמית.

<sup>13</sup> ראו פסקאות 23 ו-46 לחוות דעתו של השופט מינץ.

אפילו היו העובדות וממצאי פסק הדין תואמות למצג שיוצרים הכותבים, עצם הביקורת המשפטית שב"גילוי הדעת" לוקה בכמה וכמה אי-דיוקים. ניגע במקצתם. הכותבים מבקשים לדחות את קביעת בית המשפט כי חקיקה ישראלית גוברת על הוראות המשפט הבין-לאומי, וטוענים בהרחבה מדוע חקיקת ביטחון של המפקד הצבאי כפופה למגבלות שמטיל הדין הבינלאומי. אלא שבית המשפט הכיר בסמכות להכריז על שטחים כשטחי אימונים בהתבסס על תקנות ההגנה (שעת חירום), שהן במעמד של חוק הן בדין הישראלי והן בדין המקומי ביו"ש. הן אינן יציר כפיו של המפקד הצבאי. אשר על כן התקנות הן בבחינת חוק מקומי ביו"ש, וצדק בית המשפט בקובעו כי הן משמשות מקור סמכות איתן להכרזה.

בנוסף לכך, ב"גילוי הדעת" נכתב כי כל הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית הפכו מנהגיות לאור הזמן הרב שחלף מאז כריתתה, הצטרפות כל מדינות העולם אליה והתגבשות פרקטיקה התומכת בהוראותיה. מבלי להיכנס לשאלה לגופה, ניתן היה לצפות מן המרצים לדייק בהצגת העמדה הקלאסית הרווחת במשפט הבינלאומי באשר למתודולוגיה לבחינת ההכרה במנהג. פרקטיקה מוכרת כמנהג (כלומר כדין בינלאומי מחייב) כאשר מדינות נוהגות בו בפועל תוך הבעת דעה כי התנהגותן זו נובעת מחובה משפטית.<sup>14</sup> אין הסכמה על כך שפופולריות או ותק של אמנה הופכים את הוראותיה למנהגיות, וניתן להביא לכך דוגמאות.<sup>15</sup>

#### סיכום

פסק הדין אינו ארוך – כעשרים וארבעה עמודים כולל חוות הדעת של כל השופטים. חזקה על המרצים והחוקרים החתומים על "גילוי הדעת" כי קראו אותו היטב קודם ניסוח המסמך וחתימה עליו, כפי שבוודאי הם מצפים מתלמידיהם, והבחינו בממצא העובדתי המנחה אותו מתחילתו ועד סופו: לא היו מגורים בשטח האש עד שנים רבות לאחר שנחתמו צווי ההכרזה. אשר על כן תמוה כיצד לא השגיחו בשיבוש החמור שיש ב"גילוי הדעת". אולי מוטב, בעתיד (ובייחוד קודם הוצאת גירסה באנגלית), להניח בצד את הלהט לתמוך בעותרים בכל מחיר, את הנטייה להציג את צה"ל כצבא בלתי מוסרי, ואת הפיתוי האופנתי להציג את ישראל כמדינה המפרה בזדון את הדין הבינלאומי.

ציטוט מוצע: אריאל ארליך "גילוי אי-דעת: פסק הדין בעניין שטח אש 918" **בלוג רשות הרבים** (19.5.2022).

<sup>14</sup> ראו למשל Hanckaerts and Doswald-Beck *Customary International Humanitarian Law* (2005), P. XXXVIII (להלן – מדריך הצלב האדום למשפט בינלאומי הומניטרי מנהגי).

<sup>15</sup> מדריך הצלב האדום למשפט בינלאומי הומניטרי מנהגי, שכותבי "גילוי הדעת" מסתמכים עליו, אינו טוען טענה כזו על מנהגיותם כלל סעיפי אמנת ג'נבה הרביעית. ראו עמודים XXV-XXXVI בחלק המבוא. המחקר הזה עצמו גם מציין את עמדתו של בג"ץ בדבר אי-מנהגיותו של סעיף 49 לאמנה, עניין שהכותבים בחרו להצניע (ראו כלל 129, עמ' 459).