



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2164/09

לפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות

העותרת : יש דין - ארגון מתנדבים למען זכויות אדם

נגד

- המשיבים :
1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
 2. ראש המנהל האזרחי ביהודה ושומרון
 3. מחצבת הנסן "נחל רבה"
 4. מחצבת ברקן - חברת בני השרון
 5. מחצבת כוכב השחר - כוכב השחר תפעול
 6. מחצבות נטוף - שפיר הנדסה
 7. מחצבות מיתרים בע"מ
 8. מחצבות כפר גלעדי
 9. בית חג"י - אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ
 10. מדן קבלנות כללית עפר כבישים ומחצבות
 11. אליקים בן ארי בע"מ
 12. סלעית אדומים מחצבה ומפעל בע"מ

המבקשת להצטרף כמשיבה : עמותת איגוד יצרני חומרי המחצבה

עתיירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : כ"ב בכסלו התשי"ע (09.12.2009)

בשם העותרת : עו"ד מיכאל ספרד ; עו"ד אבישר לב ;
עו"ד שלומי זכריה

בשם המשיבים 1 ו-2 : עו"ד הילה גורני

בשם המשיבה 3 : עו"ד ינר הראל

בשם המשיבה 4 : עו"ד שפרה גב ; עו"ד שרונה בנדק

בשם המשיבות 5, 8 ו-11, והמבקשת להצטרף כמשיבה : עו"ד דורון טישמן

בשם המשיבה 6 :	עו"ד אלי זהר ; עו"ד יואב פרוכטמן ; עו"ד אלעד ברדוגו
בשם המשיבה 7 :	עו"ד לירון סגל
בשם המשיבה 9 :	עו"ד ברוך חייקין
בשם המשיבה 10 :	עו"ד ישראל שלו ; עו"ד טל בירגר
בשם המשיבה 12 :	עו"ד אסף שפירא

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

בעתירה זו מבקשת העותרת, עמותת "יש דין", כי נורה למשיבים להפסיק כל פעולת חציבה במחצבות בבעלות ישראלית הפועלות בשטחי C באזור יהודה ושומרון (להלן: האזור). עוד מבקשת העותרת כי נורה למשיבים להקפיד הליכי רישוי והקצאת מקרקעין להקמת מחצבות חדשות והרחבת המחצבות הקיימות.

תמצית הרקע העובדתי הרלוונטי - פעילות מחצבות באיו"ש

1. בטרם נדון בטענות הצדדים, נעמוד בקצרה על הרקע העובדתי לעתירה כפי שנפרש בפנינו בתגובת המשיבים 1-2 (להלן: המדינה) אשר תיארה את המציאות השוררת באזור בנוגע לרישוי המחצבות ולפעילותן. כעולה מתגובה זו, פעילותן של מחצבות בקנה מידה מסחרי באזור החלה באמצע שנות השבעים של המאה הקודמת, לאחר שהונהג הממשל הצבאי בשטח זה. במהלך שני העשורים הבאים גדל היקף פעילותן של המחצבות באזור וכן עלה שיעור תוצרי החציבה שהועברו לתחומי מדינת ישראל. על פי נתוני המנהל האזרחי, כיום משונעים לתחומי מדינת ישראל כ-94% מתוצרת המחצבות הישראליות וכ-80% מתוצרת המחצבות הפלסטיניות הפועלות באזור (כאשר לא שוררת אחידות בעניין זה בין המחצבות השונות). עוד עולה מנתוני המנהל האזרחי כי כיום קיימות בשטח C עשר מחצבות בבעלות ישראלית, מתוכן שמונה פעילות. מחצבות אלו הוקמו על אדמות מדינה אשר הוקצו למטרה זו על ידי המנהל האזרחי על בסיס תוכניות מתאר שקיבלו את אישורם של מוסדות התכנון הרלוונטיים. הליכי ההקמה של המחצבות באזור כללו בדיקה של הבעלות בקרקע, הליכי תכנון סטטוטוריים מלאים וכן הליכי רישוי חציבה לפי הדין החל באזור (חוק

תכנון ערים, כפרים ובנינים הירדני מספר 79 לשנת 1966). בכלל המחצבות הישראליות בשטח C מועסקים כ-200 עובדים פלסטינים. מטענות המשיבות 3-12 (להלן: המחצבות) עולה כי מספר התושבים הפלסטינים המעורבים בפעילות הקשורה במחצבות אף גדול יותר. יצוין, כי המנהל האזרחי גובה ממפעילות המחצבות תשלומים הכוללים דמי חכירה ותמלוגים. סך התמלוגים ששולמו בשנת 2009 בעבור השימוש במחצבות על ידי גורמים ישראלים עומד על כ-25 מליון ש"ח. יצוין עוד, כי בנוסף לאמור לעיל, פועלות בשטחי C תשע מחצבות וכעשרים מנסרות ומפעלי אבן מורשים בבעלות של פלסטינים תושבי האזור, ובשטחי A ו-B פועלות מחצבות ומנסרות נוספות בבעלות פלסטינית.

לפי נתוני תוכנית המתאר הארצית לכרייה וחציבה למשק הבניה והסלילה (תמ"א 14ב), כלל המחצבות באזור מספקות כרבע מהיקף הצריכה של חומרי חציבה מהסוג הרלוונטי במשק הישראלי. להערכת המדינה, המבוססת על תחזית הבסיס המפורטת עבור תמ"א 14ב, גם אם ימשיך המשק הישראלי לצרוך חומרי כרייה וחציבה שמקורם באזור, ואפילו במשך שלושים השנים הבאות בהיקף המשוער (שמוערך בכ-7.2 מיליון טון בממוצע מדי שנה במשך חמש-עשרה השנים הקרובות, ובכ-11.2 מיליון טון בממוצע מדי שנה בחמש-עשרה השנים שלאחריהן), סך הצריכה הכולל לאורך כל התקופה האמורה יכלה כחצי אחוז מתוך פוטנציאל הכרייה הכולל באזור אשר עומד על כ-65.1 מיליארד טון.

העתירה והתפתחויות שחלו לאחר הגשתה

2. העתירה שלפנינו הוגשה ביום 9.3.2009, ובמסגרתה התבקש כאמור בית המשפט להורות על הפסקת פעילות החציבה של מחצבות בבעלות ישראלית הנמצאות באיו"ש. העתירה נקבעה לדיון, ותגובתה המקדמית הראשונה של המדינה הוגשה ביום 19.5.2009, עובר למועד הדיון. כבר בתגובה זו, הודיעה המדינה כי "המשיבים מתייחסים ברצינות רבה לפניית העותרת". בהתאם, הודיעה המדינה כי הוחלט לערוך עבודת מטה בשיתוף משרדי ממשלה שונים לבחינת מדיניות המשיבים ביחס לסוגיה שמעלה העתירה. לפיכך, התבקש בית המשפט לדחות את מועד הדיון. בקשה זו נענתה, וכמוה בקשה נוספת שהוגשה בשלב מאוחר יותר. הדיון נדחה פעמיים אפוא ונקבע מחדש ליום 9.12.2009. בתום הדיון, הורינו למדינה לשוב ולעדכן באשר לעמדתה ביחס לסוגיה המשפטית המתעוררת בעתירה, וזאת בתוך ארבעה חודשים. המדינה הגישה את עמדתה ביום 20.5.2010 וממנה עלה כי בעקבות עבודת המטה שנערכה נקבע כי יערך רישום נפרד של ההכנסות המתקבלות מתמלוגים ומדמי חכירה

שמשלמות המחצבות באזור וכי כספים אלו יוקדשו למימון פעילותו של המנהל האזרחי לטובת תושבי האזור.

כן עלה כי ראש המינהל האזרחי גיבש שורת המלצות שבשל אופייה הרחב של הסוגיה הועברו לאישור הדרג המדיני. במסגרת המלצות אלה הוצע ראשית, כי מחצבות הפועלות כיום מתוקף היתרים שהוענקו להם על-ידי המינהל האזרחי ימשיכו בפעולתן במתווה בו הן פועלות היום. בכל הנוגע לפתיחת מוקדי חציבה חדשים במחצבות הקיימות, הוצע לאשר ככלל פתיחת מוקדים כאמור, וזאת בהישען על העובדה כי סירוב לבקשות אלה כמוהו כסגירת המחצבה. עם זאת, הומלץ ש**ככלל** לא תאושר הקמת מחצבות חדשות באיו"ש שעיקר מטרתן הפקת חומרי חציבה לצורך שיווקם בישראל. שנית, הומלץ ליתן דגש על שיקומן של מחצבות נטושות שהחציבה בהן הסתיימה, תוך תיקון הפגיעה בנוף, הכשרת השטח לקראת השבתו לייעודו המקורי וכיוצא בזאת. שלישית, הומלץ לשקול את האפשרות להעלות שיעור התשלום לקופת האזור ביחס לתוצרי חציבה המוצאים לישראל. המדינה סבורה כי "צעדים אלה יאפשרו להקפיד הקפדה יתרה על קצב הפקת המחצבים באזור, ולוודא כי יישאר כזה העושה שימוש בחלק מזערי מפוטנציאל החציבה... כלומר יהא שימוש סביר, שאינו בזבזני במשאבי האזור, ואשר לא יביא לכילויים".

תמצית טענות הצדדים

3. העותרת היא עמותה אשר כעותרת ציבורית מעלה בפנינו טענות עקרוניות מתחום המשפט הבינלאומי ומתייחסת לשאלה הנוגעת למדיניות ישראל בכל הנוגע לפעילות המחצבות של ישראלים באיו"ש. הטענה המרכזית של העותרת נסובה על פרשנות תקנה 55 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחת להסכם האג הרביעי משנת 1907 (להלן: תקנה 55 לתקנות האג או התקנה), הקובעת כדלקמן:

"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".

ובנוסחה בעברית, כפי שהובא בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: עניין חוף עזה):

”המדינה הכובשת תיחשב רק כמנהל וכבעל טובת-הנאה בבנינים הציבוריים, נכסי דלא נידי, יערות ונחלות חקלאיות השייכים למדינה האויבת והנמצאים בארץ הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה” (ענין חוף עזה, עמ’ 584).

לטענת העותרת, אופייה המכלה של פעולת החציבה אינה עולה בקנה אחד עם המגבלות הקבועות בתקנה. כן נטען, כי פעילות המחצבות אינה מתיישבת עם עקרון העל של דיני התפיסה הלוחמתית, הקבוע בתקנה 43 לתקנות האג, ואשר לפיו חייב המפקד הצבאי לפעול לטובת האזור בלבד תוך איסור מוחלט לעשות שימוש בנכסי הציבור לטובת המעצמה הכובשת וצרכיה שאינם ביטחוניים. לשיטת העותרת, תוצרי הכרייה מן המחצבות אינם משרתים את צורכי האוכלוסייה המקומית או את צרכיה הביטחוניים של המעצמה הכובשת, כי אם את צרכיה הכלכליים של ישראל ותאגידיים פרטיים שקיבלו רישיונות חציבה, ומכאן שאף בשל כך יש להורות על הפסקת פעילות המחצבות.

4. המדינה מצידה טוענת לדחיית העתירה, הן מטעמי סף והן לגופם של דברים. כבר בפתח טיעוניה הבהירה המדינה, כי סוגיית פעילותן של מחצבות ישראליות באזור הינה מורכבת בהרבה מכפי שהיא מוצגת על ידי העותרת. כך, הדגישה המדינה כי מדובר בסוגיה מדינית שהוסדרה בהסכם הביניים אודות הגדה המערבית ורצועת עזה בין ישראל לבין ארגון אש”ף משנת 1995 (להלן: ההסכם או הסכם הביניים) באופן המאפשר את המשך פעולתן של המחצבות בעת הזו, וכי על-פי ההסכם הנושא יהווה חלק מכל משא-ומתן עתידי שיערך בין מדינת ישראל לבין הפלסטינים. בנסיבות אלו, ובהתחשב בכך שהעתירה אינה מעלה טענה בדבר פגיעה בזכויות הפרט של תושבים מוגנים באזור, נטען על-ידי המדינה כי מתן הסעד המבוקש בעתירה יהווה התערבות בלתי מוצדקת בנושאים מדיניים, ומכאן שדינה להדחות על הסף. המדינה הוסיפה וטענה כי מדובר בעתירה כוללנית הכורכת יחד את עניינן של כל המחצבות הישראליות הפועלות באזור מבלי לערוך כל הבחנה ביניהן ומבלי לפרוש תשתית עובדתית הנדרשת לצורך הכרעה, כגון כמות התוצרת שכל אחת מהמחצבות מייצאת אל מחוץ לשטח האזור וההשלכות הצפויות כתוצאה מסגירתה של כל מחצבה. כמו כן, נטען כי המחצבות עברו הליכי הקצאה ותכנון פומביים בהם ניתנה אפשרות להגיש התנגדויות ורובן פועלות מזה שנים רבות, ומכאן שהעתירה לוקה בשיהוי אובייקטיבי וסובייקטיבי כבד.

לגופה של העתירה, השיבה המדינה כי לצד הפרשנות שמעניקה העותרת לתקנה 55 לתקנות האג, קיימות בספרות גישות אחרות המעניקות פרשנות מרחיבה יותר לתקנה. בהתאם לגישות אלה, תקנה 55 מעניקה למחזיק בתפיסה לוחמתית זכות לניצול משאבי טבע באופן סביר, היינו שימוש שאינו מכלה את הקרן. המדינה הציגה נתונים שונים התומכים לשיטתה בטענה כי השימוש שנעשה בתוצרי הכרייה הינו נמוך ביותר ביחס לפוטנציאל הטמון בהם, ולפיכך אין בו כדי לכלות את הקרן. כן נטען כי פעילות המחצבות משרתת את טובת האזור. מכל מקום, נטען עוד על-ידי המדינה, כי פרשנות העותרת אינה עולה בקנה אחד עם הפרקטיקה המדינתית ועל כן אינה משקפת את הדין המצוי.

5. המשיבות 3-12, שהינן המפעילות המורשות של מחצבות הפועלות באזור, הצטרפו לטענות שהוצגו בתגובת המדינה וכן ראו להוסיף עליהן. מתגובותיהן של המשיבות עולה כי לא דומה מחצבה אחת לרעותה מבחינת היקף הפעילות, סוג התוצרים, משך השנים בהן היא פועלת, אחוז תושבי האזור בקרב עובדיה, אחוז תוצרי החציבה אותם היא משווקת בתחומי מדינת ישראל, אחוז תוצרי החציבה המשווקים על ידה בתחומי האזור וזהות הצרכנים של תוצרי החציבה באזור (מתיישבים ישראלים, פלסטינים או רשויות הצבא). מתגובות המשיבות מסתמן כי הנתונים העובדתיים מכילים גיוון שאינו מאפשר לדון בהן כבמקשה אחת. עם זאת, מספר טיעונים עוברים כחוט השני בתגובותיהן של כל המשיבות: המשיבות הדגישו כי הן תורמות בפעילותן לפיתוח כלכלי ולמודרניזציה של האזור באופנים רבים וביניהם הכשרת עובדים, תשלום תמלוגים והספקת תוצרי חציבה הנדרשים לצורך בנייה. בהקשר זה ציינו המשיבות כי 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, אלא גם בעובדיהן ובספקי שירותים שונים מקרב האוכלוסייה המקומית אשר המחצבות מהוות את מטה לחמם.

דיון

6. העתירה שלפנינו הוגשה על-ידי עותרת ציבורית, והיא מבקשת להביא להפסקת פעילותן ארוכת השנים של המחצבות הישראליות הפועלות באזור, בהישען על טענות שעניינן בהגנה על האינטרס של כלל האוכלוסייה הפלסטינית המוגנת בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. בעתירה לא הוצגו עותרים קונקרטיים הטוענים לפגיעה הנגרמת להם מן הפעילות האמורה, ומתבקש במסגרתה סעד כללי וגורף שעניינו

בהפסקת פעילות המחצבות באשר הן. ברם, נראה כי נשתכח מליבה של העותרת כי על האינטרסים של האוכלוסייה המוגנת – בוודאי באופן בו הוצגו בעתירה – אמונה בין היתר הרשות הפלסטינית, השותפה אף להסכמים מדיניים עם מדינת ישראל. כך בכלל, וכך במיוחד בנסיבות העניין שלפנינו, שכן הסוגיה הנוגעת להסדרת פעולתן של המחצבות בשטח C עלתה במפורש על שולחן המשא-ומתן בין ישראל לפלסטינים במסגרת הסכם הביניים, ועוגנה במסגרתו. כך, נקבע 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".

מכאן עולה, כי 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. נסיבות אלה, לא רק שמעוררות שאלות באשר למקומה של העותרת כמי שבאה לטעון בשם זכויות האוכלוסייה הפלסטינית בהקשר זה, אלא שהן צובעות את הסוגיה שביקשה העותרת לעורר בצבעים מדיניים עזים, ומשליכות על היקף התערבותנו בפעולות המדינה בסוגיה, שכמוה למעשה כהתערבות במתווה שגובש בהסדר הביניים. כידוע, הלכה היא כי בית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא יזדקק ככלל לעתירות שההיבט הדומיננטי שלהן הוא שיקול מדיני-ביטחוני-לאומי, בהיות הנושא נתון לסמכותה של רשות אחרת (בג"ץ 4354/92 תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 10.1.1993); בג"ץ 4877/93 ארגון נפגעי הטרור הערבי הבינלאומי (נטע) נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.9.1993); עניין חוף עזה, בעמ' 556). בנסיבות אלו, נראה לנו גם כאן כי המסגרת הראויה להכרעה בשאלת עתיד פעולתן של המחצבות הישראליות באזור הינה מסגרת של הסכמים מדיניים ולעניין זה אין העותרת בעלת הדברים עם המדינה. כך במיוחד נוכח העובדה כי כאמור טענות העותרת נשענו בסופו של יום על פגיעה כללית לכאורית בזכויות הפלסטינים, בנסיבות בהן הרשות עצמה הייתה צד להסדר שהתייחס לפעילותן של המחצבות במסגרת הסכמי הביניים.

מעבר לכך, מצאנו ממש אף ביתר טענות הסף של המדינה. ראשית, צודקת המדינה בטענתה לפיה עסקינן בעתירה כללית וכוללנית, אשר התשתית העובדתית המונחת ביסודה מתעלמת מהנתונים הפרטניים הצריכים לעניין, מקשה על הענות לסעד המבוקש במסגרתה, ומצדיקה את דחייתה. כך למשל, ונראה כי הדברים עולים אף מטענות העותרת עצמה, יכול והבדלים בין מחצבות שונות ישליכו על הפרשנות הרלוונטית לתקנה 55, בכל הנוגע להיקף החציבה או לתרומת הפעילות לטובתה של האוכלוסייה המקומית. בית משפט זה עמד בעבר על חשיבות הספציפיות והקונקרטיות של הסכסוך המובא בפניו, אשר בהיעדרם לא יידרש לעניין שלפניו אלא בנסיבות חריגות שבחריגות (ראו: בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31, 47-48 (2003); בג"ץ 240/98 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 180 - 183 (1998); בג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403, 411 (1994)). הלכה היא כי "כאשר מובא לפנינו נושא כללי וכוללני, יהיה חשוב ככל שיהיה, שאינו אלא הצגת המדיניות הכוללת הרצויה, הא ותו לא, אין אנו רואים את הנושא בתחומנו" (בג"ץ 2926/90 בן-חיים נ' שר החקלאות, פ"ד מו(4) 622, 626 (1992); בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 25.8.1993)). לפיכך, בהעדר הצגה של תשתית עובדתית רלוונטית לטענה המשפטית, ספציפית וקונקרטית כנדרש, לא מצאנו כי הונח בסיס מספיק להתערבותנו.

כך הם הדברים אף ביחס לטענת המשיבים בכל הנוגע לשיהוי בו לוקה העתירה. כידוע, שלושה יסודות מרכיבים את השיהוי: שיהוי סובייקטיבי, שיהוי אובייקטיבי ומידת הפגיעה בעיקרון שלטון החוק, באם תתקבל טענה השיהוי (בג"ץ 940/04 עבד אלרחמן אברהים אבו טיר נ' המפקד הצבאי באזור יהודה והשומרון, פ"ד נט(2) 320, 332 (2004) (להלן: עניין אבו טיר); עע"ם 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673 (2002)). עיקרו של היסוד הסובייקטיבי בהתנהגות העותר, ובשאלה האם חלוף הזמן יכול להעיד על כך שויתר על זכויותיו. עיקרו של היסוד האובייקטיבי בשאלה האם השיהוי שנפל בהגשת העתירה הביא לפגיעה בזכויות או אינטרסים ראויים של הרשות המנהלית או של צדדים שלישיים. עניינו של היסוד השלישי בחומרת הפגיעה בשלטון החוק המתגלה במעשה המנהלי שהוא נושא העתירה, ובמסגרתו נדרש איזון בין הנזק שנגרם בעקבות חלוף הזמן לאינטרס הציבורי בשמיעת העתירה. בית המשפט, בבואו להכריע בשאלת השיהוי, יבחן ויאזן את היחס בין שלושת היסודות, ובעיקר את היחס בין מידת הפגיעה באינטרסים ראויים של היחיד או של הרבים, לבין מידת הפגיעה בחוק ובערכי שלטון

החוק (עניין אבו טיר, עמ' 332; בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח-תקווה פ"ד מח(5) 630, 640-643 (1994)).

בנסיבות העניין שלפנינו, רכיב השיהוי האובייקטיבי הינו רב משקל ויש בו כדי להטות את הכף לטובת קבלת טענת המשיבים, ובוודאי כך נוכח מצבן של המשיבות 3-12 לעתירה זו. כאמור לעיל, המחצבות באזור פועלות, בהיקפים שונים, למעלה מארבעים שנה. הקמתן לוותה בהליכי תכנון ורישוי ארוכים, ופעילותן אף הוסדרה בהיבטיה המדיניים בשנת 1995 במסגרת הסדר הביניים. רק בשנת 2008 פנתה העותרת לראשונה אל המדינה ובפיה בקשה להפסיק באופן גורף את פעילות המחצבות – אשר כאמור הן הצד הישראלי והן הצד הפלסטיני מצאו להותירה במתכונתה הנוכחית עד להסדר קבע. פנייתה של העותרת לא נעשתה בשם עותר פרטני כלשהוא הטוען לפגיעה בזכויותיו, כי אם בשם עקרונות כלליים, תוך התעלמות מוחלטת מההסתמכות רבת השנים של בעלי המחצבות על המדיניות שהתירה את פעילותם והזכויות הנגזרות ממנה (והשוו: ענין אבו טיר, עמ' 334). במצב דברים זה, 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, שיש בקרבה המועסקים במחצבות אלה, ויש אף בעניין זה קשרים כלכליים המתקיימים עם תושבי האזור, כפי שפרטו בהרחבה המשיבות 3-12 בתגובותיהן. מסקנה זו אף מתחזקת נוכח השינוי שחל בעמדת המדינה לאחר הגשת העתירה, המצמצמת לכאורה את הפגיעה הנטענת; ההחלטה שלא להעניק רישיונות חדשים, העברת כספי התמלוגים ישירות לקופת המינהל האזרחי, והסדרת הטיפול הכולל בהרחבת שטחי החציבה של מחצבות קיימות.

לכאורה די בכל הטעמים האמורים כדי להביא לדחיית העתירה על הסף.

לגופם של דברים

7. למעלה מן הצורך, ובהתחשב בכך שטענת העותרת המעלה שאלה מרכזית הנוגעת להחזקת המדינה באוצרות הטבע של האזור, הביאה לעיון ובדיקה מחודשת ואף לגיבוש עמדתה של המדינה ביחס לפעילות המחצבות באזור, רואה אני להוסיף באשר לעמדה שהוצגה לפנינו כעמדה לגופה של העתירה. העותרת והמשיבים הפנו אותנו בטיעוניהם לתקנה 55 ולפרשנות שניתנה לה על-ידי מומחים שונים מתחום המשפט הבינלאומי. מאותם מקורות, וממקורות נוספים, עולה כי שאלת פרשנותה של תקנה 55 מצויה במחלוקת בקרב המומחים.

למען הנוחות, נפנה שוב ללשונה של תקנה 55 הקובעת כדלקמן:

"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".

ובנוסחה בעברית, כפי שהובא בעניין חוף עזה):

"המדינה הכובשת תיחשב רק כמנהל וכבעל טובת-הנאה בבנינים הציבוריים, נכסי דלא נידי, יערות ונחלות חקלאיות השייכים למדינה האויבת והנמצאים בארץ הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה" (ענין חוף עזה, בעמ' 584).

וכך מוגדר המושג "usufruct":

"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)).

תקנה זו, מכילה על-פי לשונה היתר מוגבל המאפשר למדינה המחזיקה בתפיסה לוחמתית בשטח אחר לנהל ולהפיק פירות (administrator and usufruct) מבנינים ציבוריים, מקרקעין, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינת האויב ונמצאים באותו שטח, מבלי לפגוע בקרן של הנכסים. מכאן, שהמדינה המחזיקה בשטח רשאית לנהל את הרכוש השייך למדינת האויב ונמצא בשטח הכבוש, וכן ליהנות מפירותיו. לצד זאת, מוטלת על המדינה החובה לשמור על הנכס ולהימנע מפגיעה בו (ראו: בג"ץ 3103/06 שלמה ולידו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 6.2.2011) (להלן: ענין ולידו); בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה והשומרון, פ"ד לו(1) 701, 704 (1982); הילה אדלר "דיני כיבוש" רובי סיבל משפט בינלאומי 575 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: אדלר)). 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)).

מעיון בספרו של Dinstein עולה עוד, כי יש הסוברים כי השימוש הפירוטי יכול לשרת את המחזיק אף מחוץ לשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, ואף ניתן למכירה על-ידו (ראו YORAM DINSTEIN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 215 (2009) (להלן: Dinstein). מוסיף ומציין בספרו כי המחזיק בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית אף רשאי להעניק זיכיונות לשימוש בטובה ההנאה, בכפוף לכך שזיכיונות אלה יוגבלו לתקופת הכיבוש, כדלקמן:

"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) (להלן: Von Glahn)).

8. יישומן של הוראות התקנה בעניין כריית מחצבים על-ידי הכוח המחזיק בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית מעורר מספר שאלות.

השאלה האחת הינה האם ככלל ניתן לומר שכריית מחצבים עולה כדי פגיעה בקרן, ולפיכך אסורה בהתאם להוראות תקנה 55. זוהי למעשה טענת היסוד של העותרת הרואה בכל פעילות חציבה כפעילות מכלה שאינה עומדת בהוראות תקנה 55. אם וככל שמוכנה העותרת לראות בתקנה כמאפשרת פעולות כאמור, הרי שלשיטתה הדין הבינלאומי מתיר לעשות זאת רק בהישען על חריג צר המוכר כ"עקרון ההמשכיות", היינו רק מקרים בהם המחצבים הנכרים היו פעילים בתקופה שקדמה לתפיסה הלוחמתית. המדינה, ועימה המשיבות 3-12 (להלן יקראו ביחד: המשיבים), הציגו פרשנות אחרת, לפיה שימוש כאמור במחצבים מותר בכפוף לעקרון הסבירות, היינו רק שימוש בהיקף שלא יביא לניצול יתר. עמדה דומה לזו שהציגה המדינה עולה אף מספרו של רובי סייבל 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”.

ראו גם אדלר, בעמ' 576; Dinstein, בעמ' 215.

בהיבט הקונקרטי של המחצבות, ניתן למצוא סימוכין לעמדה לפיה כריית מחצבים לעצמה אינה עומדת בסתירה להוראות תקנה 55 במקורות שונים נוספים. כך למשל, עולה מספרו הנזכר של דינשטיין כי “מוסכם, שהפקת מחצבים - כגון כריית פחם ממכרות קיימים בבעלות ממשלתית - מותרת, אף על פי שיש בה כמובן לגרוע מן הכמות הנותרת בקרן” (שם, שם. ההדגשה הוספה - ד.ב.). גם בסקירתו המשפטית של איל זמיר בעניין אדמות המדינה באיו”ש, צוין כי “...מקובל, שמותר לכובש להפיק מחצבים ממכרות קיימים. אולם ישנם חילוקי דעות האם ועד כמה מותר לו לפתח מיכרות חדשים...” (אייל זמיר אדמות המדינה ביהודה ושומרון - סקירה משפטית 11 (מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל מספר 12, תשמ”ה), ההדגשה הוספה - ד.ב. (להלן: זמיר)).

נראה כי פעילות כרייה נהוגה ומקובלת גם בקרב מדינות נוספות, ובלבד שפעולות שנעשות ברכוש אינן מבוצעות באופן רשלני, המזיק לאוצרות הטבע או מכלה אותן. כך, למשל, נקבע בספר ההוראות הצבאי האמריקאי FM 27-10 The law of Land Warfare, American Military Manual

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

Real property of the enemy State which is essentially of a nonmilitary nature, such as public buildings and offices, land, forests, parks, farms, and mines, may not be damaged or destroyed unless such destruction is rendered absolutely necessary by military operations (see Art. 53, GC; par. 393 herein). The occupant does not have the right of sale or unqualified use of such property. 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. [ההדגשה הוספה - ד.ב.]

ניתן לצפייה ב: <http://www.globalsecurity.org/military/library/policy/army/fm/27-10/Ch6.htm#s5>

קביעה דומה עולה גם מהוראות המדריך הבריטי הצבאי, ולפיה:

"The occupying power is the administrator, user, and, in a sense, guardian of the property. It must not waste, neglect, or abusively exploit these assets so as to decrease their value. The occupying power has no right of disposal or sale but may let or use public land and buildings, sell crops, cut and sell timber, and work mines. It must not enter into commitments extending beyond the conclusion of the occupation and the cutting or mining must not exceed what is necessary or usual". [ההדגשה הוספה - ד.ב.]

U.K. Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 303 (2004).

מסקירה באתר האינטרנט של הצלב האדום עולה כי תפיסה דומה נהוגה אף בקנדה:

"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.

[ההדגשה הוספה - ד.ב.]

ניתן לצפייה ב: http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ca_rule51

מכל האמור לעיל, עולה כי עצם כרייתם של מחצבים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית על-ידי הכח המחזיק (או מי שהוענקו להם זיכיונות על-ידו) מקובל ואינו עומד בסתירה לדין הבינלאומי.

עם זאת, וכעולה מדבריהם של דינשטיין וזמיר, סוגיית כריית המחצבים מעלה לדיון שאלה נוספת, לפיה גם אם נקבל את ההנחה כי המשפט הבינלאומי מתיר כריית מחצבים בהתאם להוראות תקנה 55 חרף הפגיעה הנגרמת בקרן, יש הסבורים כי קביעה זו מכוונת רק כלפי מחצבים שהיו קיימים טרם הכניסה לשטח, ואין בה כדי להתיר הקמת מחצבים חדשים (ראו עוד אדלר, בעמ' 576, Dinstein, עמ' 215-216). זוהי למעשה עמדת העותרת הנשענת כאמור על עקרון ההמשכיות. המדינה סבורה כי פרשנות זו של תקנה 55, המכפיפה את סמכות הפקת טובת ההנאה לעקרון ההמשכיות, הינה פרשנות צרה שלא רק שאינה הכרחית, אלא עלולה אף להביא לקיפאון כלכלי ולפגיעה בטובת האזור. זאת, במיוחד בנסיבות העניין המיוחדות לאזור, עת עסקינן בתפיסה לוחמתית מתמשכת. 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.

אך בכך לא די. לצד הסוגיות הפנימיות שמעוררת הסמכות הקבועה בתקנה 55, עולה לדיון גם שאלה שיסודותיה נטועים בתקנה 43 לתקנות האג, הקובעת כדלקמן:

"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 כפי שאומץ בבג"ץ 202/81 סעיד מחמוד טביב נ' שר הבטחון, 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".

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)). ראו עוד: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 870, 833-836 (2004), ענין ולידו, בפסקה 43). עוד ברור הוא, ואף על כך לא חלקה המדינה, כי "אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר" (ענין אסכאן, שם).

בהיבט הנוגע לזיקה שבין הפעלת הסמכות הקבועה בתקנה 55 להוראות תקנה

43 ראו גם:

Eyal Benvenisti, *Agora (Continued): Future Implication of the Iraq Conflict Water Conflicts During the Occupation of Iraq* 97 A.J.I.L 860, 864; 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, 428-432 (Emma Playfair ed., 1992).

9. לשיטת העותרת, פעילות המחצבות באזור עומדת בניגוד להוראות התקנה האמורה, שכן אחוזים ניכרים מן המחצבים הנכרים בהן מיועדים לשימוש שוק הבניה והסלילה הישראלי, והרווחים ממכירתם מועברים לידי בעליהם הפרטיים של המחצבות. לפיכך, על-פי הטענה, השימוש במחצבים לא נועד לשרת את צרכיה של האוכלוסייה המקומית ואף לא את צרכיו הצבאיים של הריבון. המשיבים סבורים אחרת. לשיטתם, מעניקה העותרת לכלל הקבוע בתקנה 43 פירוש מצמצם שאינו מתיישב עם הנסיבות הייחודיות של תפיסה לוחמתית ממושכת, הרלוונטית למצב השורר באזור. כך, לשיטת המשיבים, עלול הפירוש שמציעה העותרת להביא להקפאת הכלכלה באזור במצב בו הייתה עם תחילת התפיסה הלוחמתית, ואף בכך יש כדי לעמוד בניגוד לחובות שמטילה תקנה 43. כן צוין כי לעיתים מצב של תפיסה ממושכת מחייב התאמה פרשנית של הוראות המשפט הבינלאומי. אף לגופם של דברים, וכפי שiorחב בהמשך, נטען על-ידי המשיבים כי פעילות המחצבות משרתת את טובת האזור.

10. כפי שכבר נקבע פעמים רבות בפסיקתנו, 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 (עניין אטכאן, בעמ' 800-802), ענין נעלה, בעמ' 103-104, בג"ץ 337/71 אלג'מעיה נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 574, 582 (1972), בג"ץ 2690/09 "יש דין" - ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם, 28.3.2010), עניין חוף עזה, בעמ' 522). וכך נקבע עוד לפני שלושה עשורים על ידי הנשיא מ' שמגר:

"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 מירווח הסמכויות, בין אם שוקלים את צורכי הצבא ובין אם שוקלים את צורכי השטח, או כאשר מעצבים את האיזון בין השניים" (בג"ץ 69/81 באטיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, 313 (1983)).

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. בהקשר זה נקבע במסגרת ענין אטכאן כי:

"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 אוכלוסיה בשטח נתון לתפיסה לוחמתית" (ענין אטכאן, בעמ' 804).

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

11. בהתאם לכך יש לבחון ראשית את היקף החציבה ואת השפעתה על מאגר המחצבים של האזור. מן הנתונים שהציגה המדינה בהקשר זה עולה כי השימוש הנעשה במחצבי האזור הינו אכן מצומצם באופן יחסי, ונופל לגדר שימוש פירוטי שאינו עולה כדי הריסת הקרן. לפיכך, על-פניו נראה כי פעולת החציבה, בהיקף בו היא מתבצעת, אינה עומדת בניגוד ללשון תקנה 55.

12. לכך יש להוסיף כאמור לעיל, 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.

מצב הדברים שונה במקצת בכל הנוגע לפעילותן של המחצבות הקיימות היום, אשר נראה כי רובן, אם לא כולן, הינן תוצר של תנופת הפיתוח לו זכה הענף באמצע שנות השבעים, לאחר תחילת עידן התפיסה הלוחמתית. בהתאם לעמדות שהציגה העותרת, פעילות זו עומדת בניגוד לעקרון ההמשכיות ולפיכך לכאורה מנוגדת לדין הבינלאומי. כפי העולה מן החומר שהניחו הצדדים בפנינו, גם מלומדים הסבורים כי במסגרת תקנה 55 אין מניעה לעשות שימוש פירוטי במחצבי השטח הנתון לתפיסה לוחמתית, מכירים בכך שקיימת מחלוקת בשאלה האם ניתן לכלול במסגרת השימוש המותר על-פי תקנה 55 גם מקורות חציבה חדשים שלא נמצאו בעידן שקודם התפיסה. מענה לסוגיה זו בנסיבות העניין שלפנינו כרוך בטבורו בשאלה הנוגעת להלימתן של פעילות המחצבות עם תקנה 43 לתקנות האג. העותרת כאמור סבורה כי גם בהיבט זה לוקה פעילות המחצבות. המשיבים סבורים אחרת. לשיטתם, פעילות המחצבות הינה לטובת האוכלוסייה המקומית. את עמדתם זו מבססים המשיבים ראשית על פסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 9717/03 נעלה נ' המינהל האזרחי ואח', פ"ד נח(6) 97 (2004) (להלן: עניין נעלה). במסגרת עניין נעלה נדונה שאלת פעילותה של מחצבה באזור הישובים נעלה וניל"י, ונקבע בין היתר כי פעילותה אינה סותרת את הוראות המשפט

הבינלאומי נוכח העובדה כי חלק מתוצריה שימשו אף לעבודות בתחומי יהודה ושומרון ובכך היוו פעולה לתועלת האוכלוסייה המקומית או צרכים מקומיים. לטענת המדינה, אף בנסיבות העניין שלפנינו חלק מתוצרי החציבה משמשים לעבודות בתחומי הרשות הפלסטינית, כולל רצועת עזה. שנית, 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 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. 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.

13. 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. וכך למשל מציין Dinstein בהקשר זה:

"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" (Dinstein, p. 215).

Von Glahn-1 בספרו נותן דעתו למחלוקת הנוגעת להתרת פעילותן של מחצבות חדשות אך מוסיף ומציין כי:

"However, considerable disagreement still prevails about the right of an occupant to grant new concessions in enemy territory. Normally only the legitimate sovereign would seem to have the power to grant concessions, yet conditions in the territory make

it desirable to have the occupant grant new concessions in the interest of the native population"
[Von Glahn, p. 209, ד.ב.].

השוו גם : EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 146-148 ((1993)).

מעבר לכך, יש לזכור עוד כי כאמור בנתונים שהוצגו בפנינו, המחצבות הפועלות היום מספקות פרנסה להיקף לא מבוטל של תושבים פלסטינים, וכאמור בהודעת המדינה התמלוגים המשולמים למינהל האזרחי על-ידי מפעילי המחצבות משמשים למימון פעילותו של הממשל הצבאי, הפועל לקידום פרויקטים כאלה ואחרים לטובת האזור. גם בתגובת המשיבות (המחצבות) לעתירה הודגש כי הן תורמות בפעילותן לפיתוח כלכלי ולמודרניזציה של האזור באופנים רבים וביניהם הכשרת עובדים, תשלום תמלוגים והספקת תוצרי חציבה הנדרשים לצורך בנייה. כן צוין כי 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, אלא גם בעובדיהן ובספקי שירותים שונים מקרב האוכלוסייה המקומית אשר המחצבות מהוות את מטה לחמם.

במצב דברים זה, 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 ותקופת החזקה הממושכת. בהקשר זה יצוין, כי נוכח השיהוי הרב העומד ביסוד העתירה, נוכח השנים הרבות בהן פועלות המחצבות במתכונת הנוכחית והנזק שעלול להיגרם מקום בו יוענק הסעד המבוקש, הוטל על העותרת נטל כבד במיוחד בהוכחת טיעוניה. ברם, נראה לנו, כי מכלול ההיבטים שהוזכרו לעיל מציגים תמונת מציאות מורכבת יותר מזו שהציגה העותרת, ומעמדתה הפרשנית הדווקנית.

נוכח כל האמור לעיל, ראינו לדחות את העתירה על הסף, ואף לגופם של דברים מצאנו כי עמדתה הערכנית של המדינה בכל הנוגע להפעלת המחצבות באזור אינה מקימה עילה להתערבותנו. העתירה נדחת אפוא, בלא צו להוצאות.

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

שופטת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, ל' בכסלו התשע"ב (26.12.2011).

שופטת

שופטת

הנשיאה