

סקירה: חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין חוקיות המדיניות והפעולות של ישראל ב"שטחים הפלסטינים הכבושים"

ב-19 ביולי 2024 פרסם בית הדין הבינלאומי לצדק (ה-ICJ) שבהאג חוות דעת בעניין "ההשלכות המשפטיות הנובעות מהמדיניות והפרקטיקות של מדינת ישראל בשטחים הפלסטינים הכבושים, לרבות מזרח ירושלים". מה קבע בית הדין? מה ההשלכות האפשריות מבחינת ישראל? מה יכולה ישראל לעשות עתה?

עו"ד מירית לביא, ד"ר ערן שמיר-בורר

ביום 19 ביולי 2024, פרסם בית הדין הבינלאומי לצדק (ה-ICJ) שבהאג, בעקבות בקשה של העצרת הכללית של האו"ם, "חוות דעת מייעצת" (advisory opinion) במסגרתה בחן את חוקיות המדיניות והפעולות של ישראל ב"שטחים הפלסטינים הכבושים, לרבות מזרח ירושלים" (OPT – Occupied Palestinian Territory). חוות הדעת כוללת קביעות משפטיות עקרוניות ביחס לנוכחות ולפעילות הישראלית באזור יהודה ושומרון (להלן: איו"ש) ובמזרח ירושלים, למדיניות ההתנחלויות ולזכויות הפלסטינים בשטחים אלו.

במסמך זה נסביר בתמצית מה קבע בית הדין ומהן ההנחיות האופרטיביות שגזר מקביעות נורמטיביות אלה ביחס לחובות המשפטיות של ישראל, של מדינות אחרות ושל האו"ם וארגונים בינלאומיים אחרים. כן נציע תובנות כלליות לגבי הגישה שנקט בית הדין, ונבחן את ההשלכות של חוות הדעת מבחינת ישראל. נציע גם מחשבות ראשונות ביחס לדרכי הפעולה האפשריות מבחינת ישראל.

להרחבה על הרקע לחוות הדעת המייעצת של בית הדין, על המנגנון של "חוות דעת מייעצת", על ההליך שקדם למתן חוות הדעת במקרה הנוכחי, על הטענות שהועלו נגד ישראל במסגרת ההליך ועל טענותיה של ישראל, ראו מסבירון קודם [כאן](#).

בתמצית - עיקרי חוות הדעת:

- א. הנוכחות המתמשכת של ישראל באיו"ש ובמזרח ירושלים – בלתי חוקית וישראל מחויבת לסיימה "מהר ככל שניתן". זאת, על רקע המדיניות והפעולות שמחילה ישראל באזורים אלו, העולות כדי סיפוח של חלקים מהשטח, ופוגעות בזכות של הפלסטינים להגדרה עצמית;
- ב. מדיניות ההתנחלויות של ישראל – בלתי חוקית, וישראל מחויבת לחדול באופן מיידי מכל פעילות הקשורה בהתנחלויות ולפנות את כל המתנחלים מאיו"ש וממזרח ירושלים;
- ג. ישראל מחויבת לפצות על הנזק שגרמה באיו"ש ובמזרח ירושלים;
- ד. מדינות וארגונים בינלאומיים מחויבים שלא להכיר במצב הנובע מהנוכחות הבלתי-חוקית של ישראל באיו"ש ובמזרח ירושלים, לא לסייע להמשך הנוכחות הישראלית שם, ובהתנהלות שלהם מול ישראל להבחין בין ישראל לבין "השטחים הפלסטינים הכבושים", להימנע מקשרים

אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין

יו"ר של כבוד

יוחנן פלסנר

נשיא

ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

עו"ד ליאת אהרונוסון
אלי גרוני
פרופ' ורד וניצקי-סרוסי
ד"ר חן ליכטנשטיין
מול מועלים
שגריר לשעבר סלי מרידור
פרופ' מאריה נאסר אבו-אלהיג'א
עו"ד אבי פישר
ד"ר מיכל צור
יוסי קוצ'יק

המועצה הבינלאומית

פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר
השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה
שגריר לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב
אן אפלבוים, ארה"ב
פרופ' ורנון בוגדנור, בריטניה
השופטת דורית ביניש, ישראל
השופט סטיבן ברייד, ארה"ב
ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה
פרופ' משה הלברטל, ישראל
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
פרופ' רוברט מונקי, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקוסי, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
ברט סטפנס, ארה"ב
פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
פרופ' גרהרד קספר, ארה"ב
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

פרופ' סוזי נבות, מחקר
פרופ' קרית פלוג, מחקר
ד"ר ישי [ג'סי] פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

פרופ' איתי אטר
פרופ' תמר הרמן
פרופ' נתן זוסמן (אורח)
פרופ' עמית כהן
מר תומר לוטן (אורח)
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' דניאל סטמן
פרופ' בני פורת
פרופ' מרדכי קרמניצר
פרופ' גדעון רהט
ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר
פרופ' יובל שני

מייסדים

ד"ר אריק כרמון
מוכיר המדינה ג'ורג' שולץ (1920-2021)

כלכליים ביחס לשטחים אלה ולנקוט בצעדים שימנעו קשרי סחר או השקעות שיכולים לסייע בשימור המצב הבלתי חוקי שיצרה ישראל.

בתוך כך, קובע בית הדין, בין היתר, כי היבטי המדיניות והפעולות הבאים באיו"ש ובמזרח ירושלים מנוגדים למשפט הבינלאומי, כאשר חלקם לפחות נועדו לבסס עובדות בלתי הפיכות כדי לספח חלקים מאיו"ש ומזרח ירושלים ולפגוע (impede) בזכות הפלסטינים להגדרה עצמית:

- א. תפיסה, הפקעה והקצאה של קרקע;
- ב. שימוש במשאבי הטבע;
- ג. אי-הגנה על פלסטינים מפני אלימות מתנחלים;
- ד. יחס מפלה באופן שיטתי נגד פלסטינים בהתבסס על הבדלי דת, גזע ומוצא אתני.

I. מהן השאלות שהופנו לבית הדין?

מגילת האו"ם מסמיכה את בית הדין הבינלאומי לצדק לתת "חוות דעת מייעצת" בשאלות משפטיות שהופנו אליו על-ידי גופים מסוימים של האו"ם. ב-30 לדצמבר 2022, קיבלה העצרת הכללית של האו"ם החלטה ([A/RES/77/247](#)) לבקש מבית הדין חוות דעת מייעצת בנוגע לחוקיות ולהשלכות המשפטיות של מדיניות ישראל ביחס ל"שטחים הפלסטינים הכבושים":

"18. [העצרת הכללית] מחליטה ... לבקש מבית הדין הבינלאומי לצדק ... ליתן חוות דעת מייעצת ביחס לשאלות הבאות, בהתחשב בכללים ובעקרונות המשפט הבינלאומי, לרבות מגילת האו"ם, המשפט ההומניטרי הבינלאומי, דיני זכויות האדם הבינלאומיים, החלטות רלוונטיות של מועצת הביטחון, העצרת הכללית ומועצת זכויות האדם, וחוות הדעת המייעצת של בית המשפט מיום 9 ביולי 2004 [בעניין "החומה" – המכשול הביטחוני בין ישראל לאיו"ש, המכונה גם "גדר הפרדה"]:

- (a) מהן ההשלכות המשפטיות הנובעות מההפרה המתמשכת של ישראל של זכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית, מהכיבוש הממושך (prolonged occupation), מההתנחלויות ומהסיפוח של השטח הפלסטיני שנכבש מאז 1967, לרבות צעדים שננקטים במטרה לשנות את ההרכב הדמוגרפי, אופייה ומעמדה של העיר הקדושה ירושלים, ומאימוץ חקיקה ואמצעים מפלים הנוגעים לכך?
- (b) כיצד משפיעות המדיניות והפעולות (practices) של ישראל הנזכרות בסעיף 18(a) לעיל על מעמדו המשפטי של הכיבוש, ומהן ההשלכות המשפטיות הנובעות ממעמד זה לכל המדינות ולאיו"ם?"

במסגרת ההליך, הזמין בית הדין מדינות וארגונים בינלאומיים להגיש לו את עמדותיהם. 57 מדינות (ובהם "מדינת פלסטין") וארגונים בינלאומיים (ובהם הליגה הערבית וארגון המדינות האסלאמיות) עשו כן. כמו כן, בחודש פברואר 2024 הקדיש בית הדין שבוע לטיעונים בעל-פה, במהלכו נציגים של 49 מדינות ושל שלושה ארגונים בינלאומיים הציגו את עמדותיהם בפני בית הדין. מדינת ישראל הגישה לבית הדין ביום 24 ביולי 2023 נייר עמדה קצר (כאן), שבו טענה מדוע בית הדין צריך לדחות את הבקשה ליתן חוות דעת מייעצת במקרה הנוכחי, מבלי להידרש לגופן של הטענות שהועלו נגדה.

II. הגישה שנקט בית הדין בבואו לדון בשאלות שהופנו אליו

כאמור, ביום 19 ביולי 2024, פרסם בית הדין את חוות דעתו (כאן). בטרם נפנה לפרט את ההכרעות אליהן הגיע בית הדין לגופן של השאלות המהותיות שהונחו לפתחו, נצביע באופן ראשוני על כמה תובנות כלליות ביחס לגישתו של בית הדין בבואו לדון ולהכריע בשאלות אלה:

1. כבמקרים קודמים, בית הדין נקט גישה מרחיבה באשר לסמכותו ולשיקול דעתו לדון ולהכריע בשאלות שהובאו בפניו – לאחר שביית הדין הכריע, פה אחד, כי יש לו סמכות לדון בשאלות שהפנתה אליו העצרת הכללית בהיותן "שאלות משפטיות" במובנו של מונח זה במגילת האו"ם ובחוקת בית הדין, הוא פנה לבחון אם קיימים טעמים מיוחדים (compelling reasons) המצדיקים שיפעיל שיקול דעתו ויימנע ממתן הכרעה בשאלות אלה. ישראל, לצד שורה של מדינות נוספות, טענו לקיומם של טעמים מסוג זה, בין היתר: העובדה שהפניה לבית הדין מהווה למעשה ניסיון להביא אותו להכריע בסכסוך בילטרלי בין ישראל לפלסטינים בכסות של חוות דעת מייעצת, כאשר ישראל לא נתנה הסכמתה להליך יישוב הסכסוך בפני בית הדין; החשש שמעורבות בית הדין תפגע במשא ומתן המדיני בין ישראל לפלסטינים; העובדה שמדובר בנושא השמור למועצת הביטחון של האו"ם; העובדה שאין לבית הדין מידע מספק כדי להכריע בשאלות; הניסוח המוטא של השאלות שהופנו לבית הדין המניח מראש שישראל אחראית להפרות של המשפט הבינלאומי. **בית הדין הכריע בדעת רוב (14 שופטים מול סגנית הנשיא סבוטינדה (אוגנדה)), כי אין טעמים מיוחדים לכך שיימנע מלהכריע בשאלות שהפנתה אליו העצרת הכללית.**

2. בית הדין חתר להסכמות רחבות בין שופטיו, לעתים בדרך של הכרעות עמומות או בחירה בעמדות של פשרה – ניכר כי בית הדין חתר לגבש הסכמות ברוב גדול בין שופטיו. מתוך 15 שופטי בית הדין, מרבית ההכרעות התקבלו ברוב גדול יחסית של 11 עד 14 שופטים (ובכללם השופטים קליבלנד (ארצות הברית), נולטה (גרמניה), צ'רלסוורת' (אוסטרליה) ו-איווסאוה (יפן)). ביחס למרבית ההכרעות נותרה בעמדת מיעוט סגנית נשיא בית הדין השופטת סבוטינדה (אוגנדה), וביחס לחלק מההכרעות התנגדו השופט אברהם (צרפת), השופט אורסקו (רומניה) וגם השופט טומקה (סלובקיה), שנתנו חוות דעת מיעוט. רבים משופטי הרוב פרסמו גם חוות דעת או הצהרות יחיד, בהן חידדו עמדות שלא מצאו דרכן לחוות דעת הרוב או פירשו את הכרעת הרוב לפי גישתם. למרות שמדובר בעמדות חיצוניות

לחוות הדעת המייעצת, הן שופכות אור פרשני על הקביעות שבחוות הדעת וחושפות את המחלוקות המשפטיות שבין השופטים.

נראה כי על-מנת להכריע ברוב משמעותי, בסוגיות מסוימות נקט בית הדין לשון עמומה. כך למשל, בהתייחס לשאלה אם ישראל מחילה מדיניות של אפרטהייד, בית הדין קובע כי ישראל מפרה את הסעיף באמנה לביעור הפליה גזעית (CERD) האוסר על הפרדה גזעית ועל אפרטהייד, אך לא מחדד אילו רכיבים של הסעיף מפרה ישראל (פסקה 229). בהצהרות נפרדות, חלק משופטי הרוב קובעים באופן מפורש כי ישראל מחילה מדיניות של אפרטהייד (סלאם, פסקה 29; טלאדי, פסקה 41), בעוד אחרים קובעים שבית הדין לא קבע כך או כי אין בסיס לקביעה כזו (איווסאוה, פסקה 13; נולטה, פסקה 15).

3. בית הדין מתייחס למדיניות ארוכת השנים של ישראל ביחס לאיו"ש, אבל ניכר שלמדיניות הממשלה הנוכחית הייתה השפעה לא-מבוטלת על חוות הדעת – ההיבטים במדיניות ישראל שבית הדין נדרש אליהם הם ארוכי שנים, דוגמת החלת הדין הישראלי במזרח ירושלים והמדיניות שחלה ביחס לשטח זה, והתחולה של מסגרות חקיקתיות שונות על פלסטינים ועל ישראלים. עם זאת, ניכר שמדיניות הממשלה הנוכחית תופסת נפח משמעותי בחוות הדעת, ובית הדין מפנה אליה כדי לבסס את קביעותיו ביחס לכוונות ישראל בנוגע לסיפוח ולפגיעה בזכות הפלסטינים להגדרה עצמית. כך לדוגמה, בית הדין מציין מספר פעמים כי מאז סוף שנת 2022 ישראל העבירה את סמכות קבלת ההחלטות ביחס לסוגיות אזרחיות בשטחי C מהצבא לדרג הפוליטי - לשר במשרד הביטחון (בצלאל סמוטריץ'). בית הדין מתייחס מספר פעמים גם לפעילות של הממשלה הנוכחית להכשרה רטרואקטיבית של מאחזים באזור C באיו"ש ולקידום מדיניות ההתנחלויות, בפרט לאור מינויו של השר במשרד הביטחון, מה שמאפשר לו להחיל סמכויות ניהול באיו"ש, לרבות בתחום הקצאת קרקעות תכנון ותיאום של הריסת בתים, דבר שמאיץ את תהליך אישור ההקמה של התנחלויות ישראליות. בית הדין אף מביע דאגה מהקצב המשמעותי של הרחבת גודלן של התנחלויות קיימות בתקופת הממשלה הנוכחית. בנוסף, כדי לבסס את קביעתו כי ישראל מספחת את השטחים, בית הדין מפנה להסכמים הקואליציוניים של הממשלה הנוכחית, הכוללים הסכמות על הקמה וקידום של מדיניות להחלת ריבונות על איו"ש (פסקה 170).

4. בית הדין מתעלם כמעט כליל מן התביעות הנוגדות של ישראל לריבונות באיו"ש ומשיקולי הביטחון שלה – בית הדין כמעט ואינו מתייחס לתביעות הנוגדות של ישראל לריבונות באיו"ש, וככל שמתייחס אליהן נראה שהוא שולל אותן (פסקה 254). בית הדין מציין כי לא הוגש לו מידע לגבי תביעות אלה (בהתייחסות מרומזת לכך שמדינת ישראל לא טענה לגופם של דברים בפני בית הדין), וכי בכל מקרה יש איסור על רכישת טריטוריה בכוח על-מנת לפתור תביעות כאלה (פסקה 178).

בדומה, בית הדין אינו מייחס משקל של ממש לשיקולי הביטחון של ישראל. זאת, הגם שהחלטת מועצת הביטחון 242, שבית הדין מזכיר, מדגישה את הזכות לחיים בגבולות בטוחים ומוכרים, וכי שיקולי

ביטחון עומדים בבסיס חלק מהיבטי המדיניות של ישראל באיו"ש. בית הדין מציין כי שיקולי הביטחון של ישראל לא יכולים לגבור על האיסור של רכישת שטח בכוח (פסקה 254). בהמשך, הוא מתייחס באופן נקודתי לחששות הביטחוניים של ישראל כאשר בחן את ההצדקה להגביל את חופש התנועה של הפלסטינים. עם זאת, הוא קובע כי ככל שחששות אלו קשורים לביטחונם של התנחלויות ומתנחלים, הרי שהנוכחות שלהם ב"שטחים הפלסטיניים הכבושים" מנוגדת למשפט הבינלאומי, ולא ניתן להתבסס על כך כדי להצדיק יחס שונה לפלסטינים. בחוות הדעת הנפרדת שלו, השופט נולטה מצר על כך שחוות הדעת הרוב והדוחות עליהם התבססה לא התכתבו יותר עם החששות הביטחוניים שישראל הביעה עד כה, בין היתר בפסיקת בג"ץ ובהגשות של ישראל בהליכים בפני בג"ץ (פסקה 7). שופטי הרוב קליבלנד ונולטה, בחוות דעת היחיד שלהם, מצרים על כך שישראל לא שיתפה פעולה באופן משמעותי יותר עם ההליך על-מנת לטעון לשיקולי ביטחון (קליבלנד, פסקה 4; נולטה, פסקה 6). בהצהרה משותפת של השניים, הם מציינים כי שיקולי ביטחון עשויים להיות רלוונטיים, אבל רק ככל שהם סבירים ומהימנים (פסקות 6, 8), ואפשר שבכך הם מביעים ספק אם זה אכן המצב ביחס להיבטים שונים של המדיניות והפעולות של ישראל באיו"ש. בהקשר זה, הם מדגישים כי כאשר נוכחות של כוח כובש משמשת ככלי לסיפוח, הכוח הכובש מאבד כל הצדקה לנוכחות כוחותיו בשטח הכבוש, לרבות בהתבסס על הזכות להגנה עצמית.

לעומת דעת הרוב, סגנית הנשיא סבוטינדה, בחוות דעת המיעוט שלה, הרחיבה על ההקשר ההיסטורי של הסכסוך, וקבעה, בין היתר, כי חוות הדעת מתעלמת מסוגיות חשובות, לרבות זכויות ישראל ביחס לשטחים מסוימים, עד כדי ביטולן, והתעלמות מהחששות הביטחוניים של ישראל (פסקה 59). בדומה, שלושת שופטי המיעוט האחרים הביעו ביקורת על ההתעלמות המוחלטת מזכותה של ישראל לביטחון, שהיא אחד מההיבטים העיקריים שיש לקחת בחשבון במסגרת הדיון על קביעת חוקיות הכיבוש המתמשך.

בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, יצוין כי ההתייחסויות הנ"ל של שופטי הרוב והמיעוט לשיקולי הביטחון של ישראל מעוררות באופן מיוחד את התהייה, אם מדינת ישראל יכלה לצמצם את נזקה של חוות הדעת לו לקחה חלק משמעותי יותר בהליך לפני בית הדין ומציגה בפניו באופן מלא את טיעוניה, גם לגופן של הסוגיות המהותיות.

5. בית הדין מכיר ברלוונטיות של הסכמי אוסלו, אבל אינו עקבי בנפקות שהוא נותן להם, ואינו מהסס לחוות דעתו בסוגיות שהן בליבת המשא ומתן המדיני בין ישראל לפלסטינים – למרות שבית הדין מכיר ברלוונטיות של הסכמי אוסלו לדיון בשאלות שהועלו בפניו, המשמעות שהוא מייחס להם אינה אחידה. מצד אחד, בית הדין נעזר, בין היתר, בהסכמי אוסלו כאחד המקורות לביסוס טענותיו, בפרט כדי לטעון שמבחינה משפטית "השטחים הפלסטיניים הכבושים" מהווים יחידה טריטוריאלית אחת (פסקה 78). מצד שני, בהקשרים אחרים בית הדין לא מהסס להכריע באופן שאינו מתיישב עם הסכמי אוסלו. כך למשל, אגב הדיון בניצול הישראלי של משאבי

הטבע באיו"ש, קובע בית הדין כי למרות שהסכמי אוסלו מסדירים את סוגיית המים והביוב, ההסכם לא יכולים להפחית מחובתה של ישראל לפי דיני הכיבוש לספק מים לפלסטינים בשטחים בכמות ובאיכות מספקת (פסקה 133). זאת, לאור האיסור בדיני הכיבוש לפיו לא ניתן לשלול מהאוכלוסייה המוגנת את זכויותיה באמצעות הסכם בינה לבין המדינה הכובשת. יתרה מכך, הקביעות הנורמטיביות המרכזיות של חוות הדעת והמשמעות האופרטיבית שבית הדין גוזר מהן – לגבי סיום הנוכחות הישראלית באיו"ש ופירוק ההתנחלויות – עומדות גם הן במתח ישיר עם העולה מהסכמי אוסלו. בפרט, הסכמי אוסלו מכירים בהמשך הנוכחות של ההתנחלויות במהלך תקופת הביניים ויעדו את סוגיית ההתנחלויות למשא ומתן על הסדר הקבע יחד עם סוגיות רלוונטיות נוספות כמו ביטחון וגבולות. אפשר שברקע הדברים עומד הקיפאון המדיני וההבנה של בית הדין כי אין צפי לסיומה של תקופת הביניים שקבעו הסכמי אוסלו (שאמורה הייתה להסתיים, במקור, בשנת 1999), וכי המדיניות והפעולות של ישראל מאיימות לשנות את המציאות באופן בלתי הפיך באופן שישלול את זכות הפלסטינים להגדרה עצמית. השופטים אף מתייחסים בביקורתיות ליישום הלוקה בחסר של הסכמי אוסלו על-ידי ישראל, בציינם כי למרות שההסכמים דורשים מישראל להעביר לרשות הפלסטינית חלק מהסמכויות באזורי A ו-B, הדבר נעשה באופן מוגבל (פסקה 66).

נראה שהגישה של בית הדין להסכמי אוסלו היא ביטוי פרטני של גישתו הכוללת להקשר המדיני של חוות הדעת. ככלל, בית הדין אינו מייחס משקל של ממש לכך שהסוגיות שהוא מכריע לגביהן הן חלק ממרקם מדיני רחב יותר, מורכב וארוך שנים, של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, ושדרך המלך לפתרון הסכסוך היא באמצעות משא ומתן מדיני ולא בהליך משפטי. מספר שופטים הביעו ביקורת על כך בחוות הדעת ובהצהרות הנפרדות שנתנו.

6. בית הדין נזהר שלא להעביר ביקורת ישירה על בית המשפט העליון ועל מערכת המשפט הישראלית – חלק מן הסוגיות שבוחן בית הדין נידונו בעבר על-ידי בג"ץ. כך למשל בהקשר של המעמד של רצועת עזה כשטח כבוש ושל החוקיות של העברת משאבי טבע מאיו"ש לישראל. בית הדין מגיע למסקנות משפטיות שונות מאלה של בג"ץ.

עם זאת, בית הדין נמנע מלהטיל דופי במעמדו של בית המשפט העליון או מלהעביר עליו ביקורת. ביחס לחלק מן הסוגיות, כמו אלה הנזכרות לעיל, בית הדין אינו מזכיר כלל שהן נידונו בבג"ץ, ובמקרים אחרים הוא מזכיר זאת אך נמנע מהתייחסות לעומתית. כך למשל, בית הדין מציין כי הוא לא נקרא להשיב על השאלה בעניינה הכריע בג"ץ בעבר – החקיקה שמאפשרת הריסת בתים כאמצעי ענישה. בית הדין ציין כי אמנם מדובר בשאלה שבמחלוקת, אך הוא לא ידון בה אלא יתמקד בשאלה אם החלת מדיניות הריסת הבתים יוצרת אפליה נגד פלסטינים (פסקה 209). בהקשר אחר, בית הדין הזכיר את החלטת בית המשפט העליון ממאי 2022 שדחתה עתירה שהוגשה נגד צווי פינוי של כאלף פלסטינים מאזור שהוגדר כשטח אש כדוגמה ללחץ שמופעל על האוכלוסייה הפלסטינית לעזוב חלקים מהשטחים הכבושים (פסקה 143).

חשוב לציין, כי שאלות משפטיות שעמדו במרכז חוות הדעת של בית הדין – ובראשן חוקיות ההתנחלויות והחלת המשפט הישראלי במזרח ירושלים – כלל לא נבחנו בעבר בבג"ץ משום ששופטי בית המשפט קבעו שמדובר בנושא בלתי-שפיט.

בית הדין גם נמנע מלהעביר ביקורת על גורמים אחרים במערכת המשפט הישראלית, דוגמת הייעוץ המשפטי לממשלה. בהצהרת יחיד הנשיא סלאם מזכיר ארוכות את חוות הדעת של היועץ המשפטי של משרד החוץ בסמוך לאחר מלחמת ששת הימים, לפיה הקמת התנחלויות בשטחים שנכבשו במלחמה אינה חוקית. זאת, כדי לבסס את הקביעה שאי-החוקיות של מדיניות ההתנחלויות הייתה ידועה למדינת ישראל מראשיתה (פסקות 8-9, 11). כך גם לגבי אי-החוקיות של גירושים והריסות בתים בשטח הכבוש (פסקה 10). גם השופט טומקה מזכיר מסיבה זו את חוות דעת של היועץ המשפטי של משרד החוץ, שבמקור סווגה "סודי-ביותר" (ה"ש 1).

III. הקביעות המשפטיות בחוות הדעת – כיצד הכריע בית הדין בשאלות שהובאו בפניו ומה החובות שגזר מכך לישראל?

1. הנוכחות המתמשכת של ישראל באיו"ש ובמזרח ירושלים היא בלתי חוקית, וישראל מחויבת לסגת מהם "מהר ככל שניתן" – בית הדין קובע בדעת רוב (11 שופטים מול ארבעה) (סגנית הנשיא סבוטינדה והשופטים טומקה, אברהם ואורסקו) כי **הנוכחות המתמשכת של ישראל ("Israel's continued presence") באיו"ש ובמזרח ירושלים היא בלתי חוקית לפי המשפט הבינלאומי, וכפועל יוצא מכך ישראל נדרשת לסיים נוכחותה בשטחים אלה "מהר ככל שניתן" (as rapidly as possible)**.

בית הדין מדגיש כי כיבוש הוא מצב זמני שנובע מצורך צבאי. למדינה הכובשת יש חובות כלפי האוכלוסייה המקומית, והוא אינה רשאית לנצל את מצב הכיבוש כדי לרכוש ריבונות על השטח הכבוש. ככלל, עצם ההתמשכות של כיבוש לאורך זמן אינה משנה את המצב המשפטי והופכת אותו לבלתי חוקי. עם זאת, כאשר המדינה הכובשת נוקטת פעולות (דה יורה או דה פקטו) המבטאות כוונה להחיל שליטה קבועה על השטח הכבוש, הדבר עשוי לעלות כדי סיפוח המנוגד לאיסור על איום או שימוש בכוח, ועשוי בתורו להפוך את המשך הכיבוש לבלתי חוקי. כך גם כאשר המדינה הכובשת נוקטת פעולות אשר פוגעות פגיעה קשה בזכות להגדרה עצמית.

בחינה של מדיניות ופעולות ישראל מביאה את בית הדין למסקנה כי ישראל פועלת להחיל שליטה קבועה בשטח הכבוש, ומדיניות ופעולות אלה עולות כדי סיפוח. בין היתר, מתייחס בית הדין לבנייה ולהרחבה של התנחלויות; להחלה המלאה של החקיקה הישראלית על מזרח ירושלים ולהחלתה החלקית על ההתנחלויות והמתנחלים באיו"ש; לניצול של משאבי הטבע; לפריסה הקבועה בשטחים של תשתיות, כמו כבישים, וחיבורן עם התשתיות בישראל. בהתייחס להתפתחויות מן העת האחרונה, בית הדין מזכיר את מינוי חה"כ בצלאל סמוטריץ' לתפקיד שר במשרד הביטחון שעוסק בתכנון ובנייה באיו"ש, ואת ההסכמים הקואליציוניים של הממשלה הנוכחית שם נכתב כי תקודם מדיניות של החלת ריבונות על שטחי איו"ש. לפי שופטי דעת

הרוב, מדיניות ופעולות אלו מעידים על כוונת ישראל לבסס שליטה קבועה במזרח ירושלים ובאיו"ש, בדגש על אזור C, ללא הגבלת זמן, וליצור אפקט בלתי-הפיך בשטח, ומשכך הן עולות כדי סיפוח של חלקים גדולים מהשטחים המהווה ניסיון אסור לרכוש טריטוריה בכוח. פעולות אלה גם פוגעות בזכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית (ראו בהמשך להרחבה בעניין זה). יודגש, כי בית הדין אינו קובע כי הנוכחות הישראלית באיו"ש הייתה בלתי-חוקית מראשיתה, או מתי הפכה בלתי-חוקית.

חשוב לציין, כי בהנחיה האופרטיבית שלו כי על ישראל לסיים את נוכחותה בשטח "מהר ככל שניתן" (נוסחה שבה נקט בית הדין בחוות הדעת שלו מ-2019 בעניין השליטה של בריטניה באיי צ'אגוס), בית הדין בחר בנוסחה שהיא מסויגת יותר מן הנוסחה שבה נקט בחוות הדעת שלו משנת 1971 בעניין השליטה של דרום אפריקה בנמיביה – "immediately", וזאת למרות הבקשה הפלסטינית כי יורה על כך שישראל צריכה לסיים את הכיבוש באופן מיידי וללא תנאים ("an immediate, unconditional, and total end"). כמה משופטי הרוב סיגנו עוד את הכרעת בית הדין בחוות דעת והצהרות היחיד שלהם. כך, השופט איווסאוה כתב כי ישראל אינה נדרשת להסיג את כל כוחותיה באופן מיידי וללא תנאי (פסקה 20); השופטים קליבלנד ונולטה כתבו כי ניתן ליישם חובה זו באופן שונה באזורים שונים של השטח בהתאם למצב השורר בהם (הצהרה משותפת, פסקה 16; נולטה, פסקה 6).

שופטי המיעוט חלקו באופן חריף על המסקנה של דעת הרוב, לפיה ההפרה של חובותיה של ישראל כמדינה כובשת הפכו את עצם נוכחותה בשטח לבלתי חוקית (ראו הצהרה משותפת של טומקה, אברהם ואורסקו, והצהרה של טומקה). עמדתם של שופטי המיעוט היא שקיים קושי לקבוע כי הכיבוש עצמו הפך לבלתי חוקי.

2. מדיניות ההתנחלויות של ישראל הינה בלתי חוקית, וישראל מחויבת לחדול באופן מיידי מהקמה של התנחלויות חדשות ולפנות את כל המתנחלים מאיו"ש – בית הדין קובע כי מדיניות ההתנחלויות של ישראל באיו"ש ובמזרח ירושלים – הן ההקמה והתמיכה בהן, והן המשטר הסובב סביבן – מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי. מבחינה אופרטיבית, קובע בית הדין בדעת רוב (14 שופטים מול סגנית הנשיא סבוטינדה) כי ישראל מחויבת לחדול באופן מיידי מכל פעילות הקשורה בהתנחלויות ("cease immediately all new settlement activities"), וכן לפנות את כל המתנחלים. בהגיעו למסקנה הנ"ל, מתייחס בית הדין, בין היתר, להיבטים הבאים:

2.1. הקמה של התנחלויות ועידוד מעבר ישראלים לשטח הכבוש בניגוד לאיסור על העברה של אוכלוסייה של המדינה הכובשת לשטח הכבוש – בית הדין חזר על קביעתו בחוות הדעת המייעצת שנגעה למכשול הביטחוני משנת 2004, כי מדיניות ההתנחלויות מפרה את האיסור להעביר חלקים מהאוכלוסייה האזרחית של המדינה הכובשת לתוך השטח הכבוש. בחוות הדעת הנוכחית התייחס בית הדין בהרחבה למגוון האמצעים שנקטים על-ידי ממשלות ישראל כדי לעודד מעבר של אזרחיה ושל עסקים ישראלים לשטחי איו"ש ולמזרח ירושלים, למשל

הקמת תשתיות אזרחיות שמשלבות את ההתנחלויות לתוך שטחי ישראל והכשרה רטרואקטיבית של מאחזים. בית הדין מציין כי מאז פרסום חוות הדעת המייעצת בשנת 2004 גדל מספר ההתנחלויות והתרחב גודלן, ובמיוחד מאז סוף שנת 2022, לאחר שח"כ סמוטריץ' מונה לתפקיד שר נוסף במשרד הביטחון, מקודם אישור התנחלויות חדשות.

2.2. הפקעה ותפיסה אסורות של קרקע לטובת התנחלויות – בית

הדין מציין כי התרחבות ההתנחלויות מתבססת על הפקעה ותפיסה של שטחים גדולים שחלק משמעותי מהם הוא רכוש פרטי. לפי בית הדין, מאז 1967 הופקעו יותר משליש משטחי איו"ש, לרבות שטחים שהיו מוכרזים כרכוש פרטי אלמלא ישראל החילה פרשנות סלקטיבית של הדין ששרר בעת שכבשה את האזור. השופטים מדגישים כי לפי הנציב העליון לזכויות אדם של האו"ם, כמעט כל השטחים שהגדירה ישראל כ"אדמות מדינה" (אדמות שאינן בבעלות פרטית מוכחת) הוקצו לטובת התנחלויות ישראליות. הדבר בולט עוד יותר במזרח ירושלים, שם מחילה ישראל ישירות את החקיקה הישראלית (חוק נכסי נפקדים משנת 1950) באופן שמאפשר לה להפקיע נכסים שבעליהם היו מחוץ לשטח לאחר 1947. בחוות הדעת המייעצת משנת 2004 כבר קבע בית הדין כי הפקעה ותפיסה של קרקע למטרות בניית המכשול הביטחוני היא אסורה. בחוות הדעת הנוכחית מרחיב בית הדין את קביעתו ומבהיר כי האיסור חל על כל מטרה שתומכת במדיניות ההתנחלויות הישראלית.

2.3. שימוש אסור במשאבי הטבע של השטח הכבוש – בית הדין

מציין כי בהתאם לדיני הכיבוש, השימוש של המדינה הכובשת במשאבים טבעיים מותר רק לצורך מטרות הכרחיות של הכיבוש, והיא מחויבת להבטיח שלאוכלוסייה המקומית יש אספקה מספקת של מזון ומים. בית הדין קובע כי ישראל מפרה חובות אלה, בכך שמעבירה נתח משמעותי מהמשאבים הטבעיים בשטחי איו"ש לשימוש האוכלוסייה הישראלית, לרבות המתנחלים. כך למשל, השופטים מפנים לדוחות או"ם לפיהם בשל פעולות ישראל קהילות פלסטיניות סובלות ממחסור במים ונאלצות לרכוש כמויות גדולות של מים מישראל במחיר גבוה, וכן לכך שישראל מאפשרת לחברות ישראליות לכרות משאבים טבעיים באזור C (דוגמת מים ומחצבים) ואינה מאפשרת לחברות פלסטיניות לעשות זאת.

2.4. חקיקה ישראלית בניגוד לאיסור על שינוי החקיקה בשטח

הכבוש – בהקשר זה, בית הדין מנתח את מדיניות החקיקה של ישראל באיו"ש ובמזרח ירושלים. בהתאם למשפט הבינלאומי, המדינה הכובשת רשאית לשנות את הדין הקיים בשטח הכבוש במקרים יוצאי דופן ומטעמים נקודתיים. בית הדין קובע כי ישראל פועלת באופן שנוגד את חובותיה בעניין זה. כך למשל, בית הדין מתייחס לפרקטיקה של החלה חוץ-טריטוריאלית של חקיקה ישראלית על המתנחלים (בעוד הפלסטינים נתונים לדין צבאי), ולהעברת סמכויות קבלת ההחלטות על אזור C מהצבא

לשר במשרד הביטחון. במזרח ירושלים, החקיקה הישראלית חלה באופן מלא מאז שנת 1967.

2.5. עקירה כפויה של פלסטינים מאזור C – בית הדין קובע כי מדיניות ההתנחלויות מובילה לעקירת הפלסטינים המתגוררים באזור C, בין היתר בדרך של הריסת בתים והגבלת חופש המגורים והתנועה שלהם. זאת, בניגוד לחובותיה לאיסור על העברה כפויה וגירוש שאינו זמני של אנשים מוגנים בתוך השטח הכבוש.

2.6. אלימות שמופעלת כלפי פלסטינים – בית הדין מתאר את האלימות שמפעילים גורמים ישראלים כלפי פלסטינים בשטחים, תוך הפרה של חובתה של ישראל כמדינה כובשת להגן עליהם. בית הדין מתאר כי מדיניות ההתנחלויות הישראלית הובילה לעלייה באלימות של מתנחלים ושל גורמי ביטחון נגד פלסטינים, כאשר הרשויות בישראל אינן מונעות זאת או ממצות את הדין עם האשמים, וכוחות צה"ל לעתים עומדים מנגד. עוד מוזכר כי כוחות הביטחון באיו"ש מיישמים טקטיקות צבאיות בהקשר של פעילות אכיפת חוק באיו"ש, והדבר החרף במיוחד בשנת 2022 – שנה בה נהרגו יותר פלסטינים באיו"ש ומזרח ירושלים מאשר בכל שנה מאז שנת 2005.

3. ישראל נוקטת מדיניות שיטתית של הפליה אסורה, בין היתר כדי לקדם את הסיפוח של השטחים, אך לא בהכרח מפרה את האיסור על אפרטהייד – בית הדין מסיק כי ישראל מיישמת חקיקה ומחילה אמצעים מפלים באופן שיטתי ובהתבסס על הבדלי דת, גזע או מוצא אתני כלפי הפלסטינים בשטחי איו"ש ומזרח ירושלים. זאת, ללא הצדקה לגיטימית, לעתים למטרת קידום הסיפוח של חלק מהשטחים. בכך ישראל מפרה שורה של איסורים של המשפט הבינלאומי הקבועים באמנות זכויות אדם.

בין הביטויים ליחס מפלה זה שמתאר בית הדין: מתן זכות לכל יהודי להתגורר באזור במזרח ירושלים תוך הגבלת הזכות של פלסטינים לכך וניהול מדיניות היתרים שמאפשרת לשר הפנים לבטל ממגוון סיבות אשרות שהייה של פלסטינים, וכן הטלת מגבלות על היכולת של משפחות פלסטיניות להתגורר יחד במזרח ירושלים כאשר בן משפחה הוא פלסטיני תושב איו"ש. בנוסף, הגבלת חופש התנועה של פלסטינים, לרבות בין עזה לבין איו"ש ומזרח ירושלים וכן הגבלת תנועה של פלסטינים בשטחי C (למשל, איסור נסיעה של פלסטינים ב-29 כבישים ומקטעי כבישים באיו"ש והצבת מאות מחסומים לאורך הכבישים). בית הדין מתייחס גם להריסת אלפי בתים של פלסטינים באיו"ש ובמזרח ירושלים מטעמי ענישה (כאשר אמצעי זה אינו מוחל באופן דומה על אזרחים ישראלים) ומטעמים של היעדר היתרי בנייה, על אף שתהליך אישורי הבנייה הוא ארוך, מסובך, יקר, ועם אחוזי אישור נמוכים מאד עבור הפלסטינים (כאשר בתי מתנחלים שנבנו ללא היתר בנייה מועדים פחות להריסה ואף מאושרים רטרואקטיבית).

בית הדין מזכיר כי הפלסטינים ומדינות נוספות טענו כי המדיניות והפרקטיקות של ישראל עולים כדי הפרדה גזעית או אפרטהייד. בית הדין קובע כי ישראל מיישמת הפרדה בין הפלסטינים ובין הישראלים באיו"ש ובמזרח ירושלים. הפרדה זו היא בראש ובראשונה פיזית: מדיניות ההתנחלויות יוצרת מובלעות מקוטעות של קהילות פלסטיניות, פלסטינים נדרשים להיתרים על-מנת להתגורר במקומות מסוימים, וקיימות מערכות כבישים נפרדות שגורמות לקהילות פלסטיניות להישאר מופרדות באופן פיזי אחת מהשנייה ונפרדות מקהילות המתנחלים. בנוסף, הפרדה זו היא גם משפטית, לאור החלה ישראלית של מערכת משפט שונה על פלסטינים באיו"ש ובמזרח ירושלים ועל ישראלים.

לאור האמור, בית הדין מסיק כי ישראל מיישמת הפרדה כמעט מוחלטת ("near complete separation") בין הפלסטינים לישראלים, וקובע כי בכך ישראל מפרה את סעיף 3 לאמנה לביעור הפליה גזעית (CERD) האוסר על הפרדה גזעית ועל אפרטהייד, מבלי להבהיר אילו מן הרכיבים בסעיף מפרה ישראל.

כאמור לעיל, עמדות והצהרות היחיד של השופטים חושפות שהלשון העמומה שנקט בה בית הדין נועדה לגשר על המחלוקות שנתגלו בין השופטים. כך למשל, הנשיא סלאם הצהיר כי לעמדתו מדיניות ישראל מהווה אפרטהייד. גם השופט טלאדי (דרום אפריקה) מביע עמדה דומה. לעומתם, השופט איווסאוה סבור כי החלת התפיסה של אפרטהייד על המדיניות והפעולות של ישראל היא לא משימה פשוטה, וחיידד כי חוות הדעת נמנעת מלהגדיר את המדיניות הישראלית כאפרטהייד. השופט נולטה מציין כי בפני בית הדין לא היה מספיק מידע כדי לקבוע שישראל הפרה את האיסור על הפרדה גזעית או אפרטהייד.

4. ישראל פוגעת בזכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית – בית הדין מבהיר כי הזכות להגדרה עצמית היא אחד מהעקרונות הבסיסיים והמהותיים במשפט הבינלאומי, והיא כוללת במקרה דנן את הזכות לשלמות טריטוריאלית ולמדינה עצמאית וריבונית ביחס לכל "השטחים הפלסטינים הכבושים". כמו כן, זכות זו כוללת את ההגנה מפני מעשים שמטרתם לפזר את האוכלוסייה ולערער את השלמות של העם הפלסטיני; את הזכות של הפלסטינים להחיל ריבונות קבועה על משאבי טבע ואת הזכות של הפלסטינים לקבוע באופן חופשי את המעמד הפוליטי שלהם ולקדם את הפיתוח הכלכלי והחברתי שלהם. לאחר בחינת מדיניות ישראל בהיבטים האמורים, בית הדין קובע כי ישראל מחילה לאורך זמן רב מדיניות ופרקטיקה שמחמירה את הפרתה את זכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית.

כאמור לעיל, בית הדין פוסק כי הפגיעה המשמעותית בזכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית, בשילוב יצירת מצב של שליטה ישראלית קבועה בשטח הכבוש (כמתואר לעיל), הופכת את הנוכחות המתמשכת של ישראל בשטחים לבלתי חוקית.

5. ישראל מחויבת לפצות את הפלסטינים על הנוק שנגרם להם – בית הדין קובע בדעת רוב (14 מול סגנית הנשיא סבוטינדה), כי **ישראל מחויבת לפצות על הנוק שנגרם לכל האנשים והארגונים** (natural or)

(legal persons) ב"שטחים הפלסטינים הכבושים". ככלל, פיצוי זה צריך להיעשות בראש ובראשונה בדרך של השבה, כלומר, באמצעות החזרת המצב לקדמותו: השבת השטחים והרכוש שנתפס מאז שנת 1967, פינוי המתנחלים ופירוק המכשול הביטחוני ומתן אפשרות לכל הפלסטינים שנעקרו במהלך הכיבוש לחזור למקום המגורים המקורי שלהם. אם הדבר בלתי אפשרי מבחינה מהותית, ישראל מחויבת לפצות על הנזק שנגרם.

6. רצועת עזה – על ישראל מוטלות חובות מכוח דיני הכיבוש בהלימה למידת השליטה שלה – ההתייחסות של בית הדין לרצועת עזה מעוררת שאלות רבות. בית הדין קובע שבקשת העצרת הכללית לחוות דעת מייעצת מחודש דצמבר 2022 לא התייחסה לאירועים עתידיים, ולכן החליט שלא לבחון את פעולות ישראל במסגרת מלחמת "חרבות ברזל" בעזה (פסקה 81). עם זאת, למרות שהסוגיות המהותיות אשר במרכז חוות הדעת – ובהן מדיניות ההתנחלויות ופעולות הסיפוח – אינן רלוונטיות לרצועת עזה, ודאי לא מאז מימוש תוכנית ההתנתקות בשנת 2005, בית הדין לא החריג שטח זה מקביעותיו הנורמטיביות והאופרטיביות המתייחסות באופן כולל ל"שטחים הפלסטינים הכבושים".

בנוסף, בית הדין קובע כי למרות שישראל הסיגה בשנת 2005 באופן מלא את נוכחותה הצבאית והאזרחית מרצועת עזה, היא אינה פטורה באופן מלא מחובותיה מכוח דיני הכיבוש. בית הדין מצטט שורה של דוחות או"ם המתארים שליטה ישראל בהיבטים שונים הנוגעים לרצועת עזה (כמו שליטה במרחב האווירי והימי שלה, גביית מסי ייצוא וייבוא ושליטה במרשם האוכלוסין), וקובע כי **ישראל נושאת בחובות מכוחות דיני הכיבוש שהן בהלימה למידת השליטה האפקטיבית של ישראל ברצועה** (commensurate with the degree of its effective control over the Gaza Strip) (פסקה 94). בכך סוטה בית הדין מן הכללים המסורתיים של המשפט הבינלאומי הקובעים מתי קיים כיבוש, כמו גם מפסיקתו שלו. בהתאם לכללים ופסיקה אלה, תנאי לכיבוש הוא נוכחות פיזית של המדינה הכובשת בשטח המדובר וכי לה הסמכות הבלעדית להפעלת סמכויות בשטח הכבוש. בית הדין גם מתעלם מכך שאת ההצדקות המשפטיות להיבטי השליטה השונים של ישראל ביחס לרצועת עזה ניתן למצוא במסגרות נורמטיביות אחרות, ובעיקר דיני הלחימה והסכמי אוסלו. גישה זו של בית הדין תמוהה במיוחד לאחר אירוע השבעה באוקטובר 2023 אשר הדגימו את היקף חוסר השליטה של ישראל על הנעשה בעזה.

השופטת קליבלנד בחוות דעת היחיד שלה מבקרת בחריפות את הגישה בה נקט בית הדין. כך גם השופטים טומקה, אברהם ואורסקו בחוות הדעת המשותפת שלהם.

בה בעת, חשוב לציין כי בעוד שבית הדין קובע שישראל ממשיכה לשאת בחובות מסוימות מכוח דיני הכיבוש (מבלי לפרט באילו חובות מדובר), הוא אינו קובע, פורמלית, כי רצועת עזה נותרה כבושה על-ידי ישראל לאחר מימוש תוכנית ההתנתקות (השופט איווסאווה מחדד נקודה זו בחוות דעת היחיד שלו, פסקה 8).

IV. מהן החובות שגוזר בית הדין על מדינות אחרות וארגונים בינלאומיים מתוך קביעותיו המשפטיות?

1. מדינות אחרות –

בית הדין קובע בדעת רוב (12 שופטים למול שלושה (סגנית הנשיא סבוטינדה, והשופטים אברהם ואורסקו), כי כלל המדינות מחויבות שלא להכיר במצב הנובע מהנוכחות הבלתי-חוקית של מדינת ישראל ב"שטחים הפלסטיניים הכבושים" כמצב חוקי, וכן לא לסייע בהמשך קיום המצב הנוצר מהנוכחות המתמשכת של ישראל בשטחים אלו.

כמו כן, כלל המדינות מחויבות להבטיח שכל פגיעה במימוש הזכות להגדרה עצמית של הפלסטינים תבוא לכדי סיום.

בתוך כך, בית הדין סבור שהמדינות החברות באו"ם מחויבות שלא להכיר בשינויים באופי הפיזי או בהרכב הדמוגרפי, במבנה המוסדי או בסטטוס של הטריטוריה שנכבשה על-ידי ישראל בשנת 1967, כולל מזרח ירושלים, אלא אם ישראל והפלסטינים הסכימו אחרת באמצעות משא ומתן (פסקה 278).

יתרה מכך, לפי בית הדין, המדינות החברות באו"ם נדרשות להפריד בהתנהלותן מול ישראל ("distinguish in their dealings with Israel") בין השטח של מדינת ישראל, לבין השטחים הפלסטיניים שנכבשו ב-1967. לפי בית הדין, המשמעות האופרטיבית של הפרדה זו היא שהמדינות מחויבות להימנע מלקיים קשרי אמנה עם ישראל בכל המקרים בהם היא מבקשת לפעול בשם ה"שטחים הפלסטיניים הכבושים" בסוגיות שקשורות לשטחים אלו; להימנע מליצור קשרי סחר או קשרים כלכליים עם ישראל ביחס ל"שטחים הפלסטיניים הכבושים" שעלולים לבסס את הנוכחות הישראלית בשטחים אלו; להימנע מלהכיר בשטחים אלו בעת ההקמה או הקיום של נוכחות דיפלומטית בשטחים אלו ולנקוט בצעדים שימנעו קשרי סחר או השקעות שיכולים לסייע בשימור המצב הבלתי חוקי שנוצר על-ידי ישראל ב"שטחים הפלסטיניים הכבושים" (פסקה 278).

לבסוף, בית הדין סבור כי כל המדינות החברות באמנת ז'נווה הרביעית מחויבות להבטיח כי ישראל עומדת בחובותיה לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי (פסקה 279).

בהצהרה נפרדת שפרסם נשיא בית הדין סלאם הוא הציג פרשנות מרחיבה לחובה המוטלת על מדינות ואף טען, כי סיוע ללא תנאי מצד מדינות לישראל בתחומים הפיננסיים, הכלכליים, הצבאיים או הטכנולוגיים יפר את חובתן של המדינות (פסקה 45).

2. האו"ם וארגונים בינלאומיים אחרים –

בית הדין קובע בדעת רוב (12 שופטים למול שלושה (סגנית הנשיא סבוטינדה והשופטים אברהם ואורסקו), כי מוסדות בינלאומיים, לרבות האו"ם, מחויבים שלא להכיר במצב הנובע מהנוכחות הבלתי חוקית של ישראל ב"שטחים הפלסטיניים הכבושים" כמצב חוקי.

כמו כן, בית הדין קובע כי האו"ם, ובפרט העצרת הכללית של האו"ם ומועצת הביטחון, צריכים לשקול את האופן שבו הנוכחות הישראלית בשטחים אלו תובא במהירות האפשרית לסיום.

ניתן לראות את קביעת בית הדין בעניין זה כקריאה לארגונים בינלאומיים לקחת אחריות רבה יותר לפתרון הסכסוך הישראלי-פלסטיני.

V. ההשלכות האפשריות של חוות הדעת

כאמור, חוות דעת של בית הדין איננה מחייבת מבחינה משפטית את ישראל או מדינות אחרות. עם זאת, מעצם מעמדו של בית הדין כמוסד השיפוטי הבכיר של האו"ם, ולאור המוניטין המקצועי הגבוה של חלק משופטיו, הקביעות של בית הדין נתפסות במקרים רבים כמשקפות פרשנות מקובלת של המשפט הבינלאומי, וככאלה עשויה להיות להן השפעה על העמדות המשפטיות של מדינות ושל גורמים נוספים. הדברים נכונים ביתר שאת כאשר קביעות בית הדין התקבלו ברוב גדול. בה בעת, ההשפעה של קביעות בית הדין עשויה להיגזר גם מן השאלה עד כמה הן מבוססות ומשכנעות. כך למשל, במקרה שלפנינו, בעוד שהקביעה של בית הדין ביחס לאי-חוקיות ההתנחלויות התקבלה ברוב גדול (14-1), ומשקפת עמדה רווחת במשפט הבינלאומי, קביעתו לגבי התחולה של דיני הכיבוש בהקשר של רצועת עזה סוטה מן הפרשנות המשפטית המקובלת ונראה שהכוח המשכנע שלה (persuasiveness) פחות.

1. השלכות במישור היחסים עם מדינות אחרות – כאמור, בית הדין גוזר מההכרעות הנורמטיביות שלו חובות אופרטיביות למדינות אחרות שלא לסייע להמשך ההפרה של ישראל מעצם נוכחותה ב"שטחים הפלסטיניים הכבושים". קיימת אפשרות שבעקבות חוות הדעת מדינות יקיימו הערכה מחדש של מכלול היחסים שלהן עם ישראל בהתאם להנחיות האופרטיביות של בית הדין, כדי לוודא שהן אינן נותנות יד להמשך השליטה של ישראל באיו"ש ולקיום מדיניות ההתנחלויות. כך למשל, מדינות עשויות לפעול כדי להבטיח ש:

- לא יעשה שימוש באמצעי לחימה שהן מאשרות את מכירתם למדינת ישראל באיו"ש, במזרח ירושלים או ברצועת עזה;
- מענקי מחקר ותרבות לא יגיעו למוסדות הפועלים באיו"ש ובמזרח ירושלים ושיתופי פעולה אקדמאיים יותנו בכך שלמוסדות הישראלים לא יהיו זיקות לשטחים;
- פריטי יבוא מישראל יסומנו כך שניתן יהיה לעמוד על מקורם ולא יאושר יבוא תוצרת מאיו"ש וממזרח ירושלים;
- חברות וארגונים שרשומים אצלן לא יסחרו עם חברות באיו"ש ובמזרח ירושלים ולא ישקיעו בחברות כאלה;
- לא יתקיים שיתוף פעולה צבאי וביטחוני עם יחידות וארגונים הפועלים באיו"ש;

- יינקטו **סנקציות** נגד מי שמעורב בהרחבת ההתנחלויות.

חלק מן הצעדים הנ"ל ננקטים כבר היום, למשל באיחוד האירופי בהיבטים מסוימים, וחוות הדעת עשויה לזרז את הרחבתם וההקפדה על יישומם, לרבות בהקשר של מזרח ירושלים. קיימת גם אפשרות כי מדינות יקראו את חוות הדעת כמעודדת אותם להטיל סנקציות על מדינת ישראל, עד אשר תשנה את מדיניותה בשטחים בהתאם לחוות הדעת.

בזמן הקצר שחלף מאז ניתנה חוות הדעת, מספר מדינות פרסמו תגובות ראשוניות, ובהן כמה מבעלות בריתה של ישראל. בתגובות אלה הן נמנעו מביקורת חריפה על בית הדין, ואף ציינו כי הכרעת בית הדין באשר לחוקיות ההתנחלויות עולה בקנה אחד עם עמדתן. כך למשל, [בריטניה](#) פרסמה כי היא "מכבדת את עצמאותו של בית הדין", וכבר הבהירה באחרונה כי היא "מתנגדת באופן ברור להרחבת ההתנחלויות הבלתי חוקיות והעלייה באלימות מתנחלים". עם זאת, היא עדיין בוחנת בזהירות את ההחלטה לפני שתגיב עליה. באופן דומה, [אוסטרליה](#) אמרה כי היא סבורה שפעילות ההתנחלויות מפרה את המשפט הבינלאומי וכי היא מקווה לראות צעדים ממשיים מצד ישראל להפסקת הרחבת ההתנחלויות ומתן תגובה לפעילות המתנחלים הקיצונית. [ארצות הברית](#) ביקרה את היקף חוות הדעת ואת הקביעה כי ישראל חייבת לסגת מהר ככל הניתן מ"השטחים הפלסטיניים", אך חזרה על עמדתה שתמיכת הממשלה בהתנחלויות היא בלתי חוקית. [האיחוד האירופי](#) פרסם הצהרה לפיה מסקנות בית הדין האופרטיביות עומדות ככלל בקנה אחד עם עמדת האיחוד, ומדינות כמו [ספרד](#) ו-[סלובניה](#) בירכו על ההחלטה. הונגריה, לעומת זאת, אמרה כי היא מתנגדת לכתוב בחוות הדעת.

חוות הדעת עשויה להשפיע גם על ההכרעות של **בתי משפט מדינתיים** בתיקים הקשורים בישראל, למשל בעתירות המתנהלות במדינות שונות נגד מכירת אמצעי לחימה לישראל.

2. השלכות על בית הדין הפלילי הבינלאומי – קביעות משפטיות של בית הדין עשויות להשפיע על העמדות המשפטיות של בתי דין בינלאומיים אחרים (לדוגמאות מן העבר ראו [כאן](#)), ובראשם בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC). כך למשל, בהחלטה משנת 2021 אשר קבעה כי יש לבית דין זה סמכות ביחס לסכסוך הישראלי-פלסטיני, שופטי ה-ICC ציטטו מתוך חוות הדעת המייעצת לעניין המכשול הביטחוני משנת 2004, בין היתר ביחס לשאלת זכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית. בהקשר זה יש להזכיר כי אחד ממוקדי החקירה הפלילית שמנהל תובע ה-ICC הוא ההתנחלויות ופעילות הנוגעת להן. חוות הדעת הנוכחית של בית הדין עשויה להשפיע על קבלת ההחלטות של התובע כמו גם על השופטים.

3. השלכות במישור היחסים עם ארגונים בינלאומיים – ארגונים בינלאומיים שונים עשויים לבחון מחדש אם בהתנהלות שלהם מול ישראל ולהקפיד על ההבחנה בין השטח של ישראל לבין "השטחים הפלסטיניים הכבושים". למשל, בהקשר של הרגולציה של תעופה אווירית.

4. השלכות על הפעילות של חברות מסחריות וגופים אחרים – גם בהיעדר רגולציה משפטית מחייבת, חוות הדעת עשויה לתמרץ חברות מסחריות וגופים ציבוריים ופרטיים אחרים לגלות זהירות רבה יותר, עד כדי הימנעות, ביחסיהם עם מדינת ישראל. זאת, בין אם מיוזמתן ("אפקט מצנן"), ובין אם בתגובה ללחץ של גורמי חברה אזרחית (גופי BDS ואחרים) שחוות הדעת צפויה לתת רוח גבית לפעולתם והם וודאי ירתמו את חוות הדעת לקידום מטרותיהם.

5. השלכות על יחסי ישראל והפלסטינים – ההליך בפני בית הדין מהווה חוליה נוספת בתהליך ה"משפטיזציה" והבינאום של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, אותו מקדמים הפלסטינים במישור הבינלאומי כבר שנים לא מעטות. חוות הדעת וההשפעות הרחבות שתחולל, עלולים בתורם להשליך גם על יחסי ישראל והפלסטינים, ולהגביר עוד יותר את המתח הפוליטי בין הצדדים.

ניתן להעריך כי היקף ואופי ההשלכות הנ"ל לא יתבררו באחת אלא באופן הדרגתי.

VI. מה יכולה לעשות מדינת ישראל כדי להתמודד עם ההשלכות השליליות של חוות הדעת?

חוות הדעת של בית הדין היא התפתחות משמעותית ומדאיגה מאוד מבחינת מדינת ישראל, בעיקר לאור ההשלכות שעשויות להיות לה. בבחינה ראשונית, אפשר להצביע על מספר צעדים שניתן לשקול:

א. למידה של חוות הדעת, כמו גם של עמדות היחיד והמיעוט, לטובת הבנה מעמיקה של הקביעות שיש בחוות הדעת ומרחב הפרשנות שהיא מותירה, וכן מיפוי הקביעות המשפטיות שבה שאינן נסמכות על אדנים מוצקים או שלא נהנו מתמיכה רחבה של שופטי בית הדין.

ב. ניסיון לקעקע, בשיח עם בעלות ברית ובשיח אקדמי, את אותן קביעות משפטיות שאינן משכנעות או שלא נהנו מתמיכה רחבה.

ג. לבטא ביקורת עניינית לגופה של חוות הדעת, ולהימנע מביקורת לגופו של בית הדין (יש לזכור כי בית הדין נהנה ככלל מתמיכה רחבה בקרב בעלות בריתה של ישראל).

ד. קידום "דיאלוג" בין בג"ץ לבין חוות דעת בית הדין, כפי שכבר החל בהקשר של העתירה המתבררת בימים אלה בפני בית המשפט בעניין מדיניות הסיוע ההומניטרי ברצועת עזה בהקשר של המלחמה. דיאלוג מסוג זה שהתקיים לפני שני עשורים בהקשר של חוקיות המכשול הביטחוני באיו"ש סייע לישראל להכיל את ההשלכות השליליות של חוות הדעת המייעצת משנת 2004.

ה. מיפוי מדוקדק של ההשלכות השליליות שעלולות להיות לחוות הדעת במישורים שונים, וניסיון להיערך למניעה או להתמודדות עם השלכות אלה.

ו. לבסוף, ויותר מכל, ככל שמדינת ישראל תבקש לצמצם את ההשלכות השליליות של חוות הדעת, נראה שיש מקום לבחינה מחדש של

היבטים שונים במדיניותה ביחס לאיו"ש (וביחס לתוכניות אפשריות ביחס לעזה).

התגובות של המערכת הפוליטית בישראל עד כה מעידות שפניה של הממשלה לעת עתה לכיוון אחר. תגובות אלה נעות בין הטחת האשמות בבית הדין לבין דחייה רבתי של קביעותיו והצהרה על כוונה לפעול בסתירה גמורה אליהן. כך למשל, ראש הממשלה נתניהו כתב כי "העם היהודי אינו כובש בארצו - לא בבירתנו הנצחית ירושלים ולא בנחלת אבותינו ביהודה ושומרון" (כאן). הוא הוסיף כי "שום החלטה שקרית בהאג לא תעוות אמת היסטורית זאת וכך גם לא ניתן לערער על חוקיות ההתיישבות הישראלית בכל שטחי מולדתנו". יו"ר ועדת החוץ והביטחון ח"כ יולי אדלשטיין כתב כי "מדובר בהחלטה הזויה ובזויה" וכי "מדינת ישראל אינה מדינה כובשת. לא היתה ולא תהיה. למדינת ישראל יש זכות חוקית מלאה על שטחיה" (כאן). שרים וחברי כנסת מהימין אף קראו להחיל ריבונות לאור החלטה (ראו, למשל, כאן).

תגובת משרד החוץ נקטה קו ענייני ומתון יותר: "ישראל דוחה את חוות הדעת המייעצת", והגדירו אותה "שגויה מן היסוד. מערבת בין פוליטיקה למשפט", בין היתר על רקע ההתעלמות בחוות הדעת משיקולי הביטחון של ישראל וההקרנות השליליות שלה על התהליך המדיני בין ישראל לפלסטינים. חותמת את התגובה המחויבות של ישראל לפעול בהתאם למשפט הבינלאומי (כאן). כך גם תגובת הנשיא הרצוג, שכתב כי הוא "דוחה על הסף את חוות הדעת המייעצת החד-צדדית והשגויה", אשר "מתעלמת באופן בוטה מהקשר ההיסטורי של העם היהודי לארץ ישראל", וחותרת תחת הרעיון של תהליך המו"מ בין ישראל והפלסטינים (כאן), וכן תגובת שר החוץ ישראל כ"ץ (כאן).

אם ישראל תטמון ראשה בחול ולא תפנים את גודל האתגר שמציבה לה חוות הדעת, האתגרים עמם מתמודדת ישראל כבר כיום במישור הבינלאומי צפויים לגבור.