

בג"צ 4825/04

בג"צ 4938/04

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

מחמד חאלד עליאן ואח'

העותרים בבג"צ 4825/04:

ע"י ב"כ עוה"ד רונית רובינסון
מטעם האגודה לזכויות האזרח בישראל
משד' רוטשילד 129 תל אביב 65272
טל: 03-6850091 פקס: 03-6869828

ו/או עוה"ד לימור יהודה ו/או דן יקיר ו/או דנה
אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק
ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או פאטמה
אלעגיו ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון
אברהם-ויס ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

ת"ד 34510, ירושלים 91000
טל: 02-6521218 פקס: 02-6521219

מועצת הכפר שוקבא ואח'

העותרים בבג"צ 4938/04:

ע"י ב"כ עוה"ד מוחמד דחלה ו/או מואייד מיעארי
מרחוב אבן בטוטה 4, ירושלים
טל: 02-6274090 פקס: 02-6274060

נ ג ד

1. ראש הממשלה

המשיבים בבג"צ 4825/04:

2. שר הביטחון

3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

1. ממשלת ישראל

המשיבים בבג"צ 4938/04:

2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה, רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים

תגובת העותרים לתשובת המשיבים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.8.04 ולהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 30.3.05, מתכבדים העותרים בזאת להגיש את תגובתם לתצהיר התשובה מטעם המשיבים.

תוכן עניינים

4		פתיח
5	ניתוח חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג	
5		מבוא
10	חלק ראשון - ה"שורה התחתונה" של חוות הדעת	
10	א. שאלת חוקיות הגדר	
12	ב. ההשלכות המשפטיות שיש לבניית הגדר מבחינת ישראל	
12	ג. השלכות של הקביעה כי בניית הגדר הינה מעשה בלתי חוקי – על צדדים שלישיים	
13	חלק שני - מעמד בית הדין, מעמד חוות הדעת וקביעותיה	
14	א. נפקויותיה המשפטיות של חוות הדעת	
17	ב. סמכות בית הדין ונאותות מתן חוות הדעת	
18	ג. השלכות חוות הדעת על רקע פסיקת בית המשפט העליון	
20	חלק שלישי – התשתית העובדתית של חוות הדעת	
20	א. טענות המשיבים ביחס לתשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין	
24	ב. טענות המשיבים לחוסר איזון בחוות הדעת	
30	ג. שינויים בתשתית העובדתית מאז ניתנה חוות הדעת	
33	ד. היעדר נתונים המתייחסים לצורך הצבאי שבתוואי הגדר	
36	חלק רביעי – התשתית הנורמטיבית	
36	א. על קצה המזלג - על ההבדלים בין הלכת בית סוריק לפסיקת בית הדין הבינלאומי	
39	ב. התשתית הנורמטיבית הנגזרת ממעמד השטחים ככבושים	
41	ג. תחולת המשפט הבינלאומי ההומניטרי – תקנות האג ואמנת ג'נבה	
43	ד. תחולה מקבילה של אמנות זכויות האדם הבינלאומיות	
46	חלק חמישי – אי חוקיות תוואי הגדר על פי המשפט הבינלאומי	
46	א. פתיח - העברת נטל ההוכחה והשכנוע למשיבים	
48	ב. הפרת האיסור על סיפוח טריטוריה והיות תוואי הגדר תוואי מדיני ולא ביטחוני	
55	ג. אי-חוקיות תוואי הגדר שנועד ליצירת רצף טריטוריאלי בין ההתנחלויות לישראל	
56	1ג. ההתנחלויות – הפרה של המשפט הבינלאומי וחריגה מסמכות המפקד הצבאי	
57	2ג. השלכות אי-חוקיות ההתנחלויות על חוקיות הגדר	
60	3ג. זכותה של המדינה וחובתה להגן על המתנחלים לפי המשפט הבינלאומי	
64	4ג. אי-התקיימות תנאי הצורך הצבאי והמידתיות בתוואי המקיף התנחלויות	
70	5ג. המשיבים אינם זכאים להסתמך על טענה של צורך צבאי ביחס להתנחלויות	
71	6ג. תוואי הגדר המקיף את ההתנחלויות איננו בגדר הסמכות ל"שמירת הסדר הציבורי"	

72	הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי הרלבנטיות	ד.
73	פגיעה ברכוש בניגוד למשפט הבינלאומי ההומניטרי	1.ד
76	הפרת החובה והאיסור שבסעיף 46 לתקנות האג	2.ד
77	הפרת האיסור שבסעיף 52 לתקנות האג	3.ד
83	הסתמכות המשיבים על סעיף 23(g) לתקנות האג	4.ד
85	הריסה בלתי חוקית של רכוש פרטי וציבורי – סעיף 53 לאמנת ג'נבה	5.ד
90	פגיעה בלתי חוקית בזכויות מוגנות על פי אמנות זכויות האדם הבינלאומיות	ה.
98	דחיית טענת ההגנה העצמית	ו.
101	דחיית טענה אפשרית להגנת הצורך	ז.
102	מידתיות	ח.
107		סיכום

108	עתירות בודרוס ושוקבא	
108	עתירת הכפר בודרוס	א.
113	עתירת הכפר שוקבא	ב.
115	השלכת חוות דעת בית הדין הבינלאומי על בחירת התואי בכפרים בודרוס ושוקבא	ג.
121	בחירת התואי לאור מבחני המידתיות	ד.

פתיח

עניינן של העתירות הוא התוואי המתוכנן של גדר ההפרדה בכפר בודרוס ובכפר שוקבא, העובר על אדמות הכפרים, באופן הפוגע קשה וללא הצדקה בזכויות העותרים לקנין, לפרנסה, לקיום בכבוד ולחופש תנועה.

עמדת העותרים בקליפת אגוז היא, כי בבניית גדר ההפרדה על אדמות הכפרים בודרוס ושוקבא, מפרים המשיבים את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם. המשיבים לא הרימו את הנטל להוכיח, כי בחירת התוואי המתוכנן בכפרים בודרוס ושוקבא מהווה צורך צבאי הכרחי ומחייב לחלוטין (להבדיל מכך שיש אולי בבחירתו עדיפות ביטחונית), כזה המאפשר על פי המשפט הבינלאומי בניית הגדר על אדמות הכפרים. לפיכך, אין למשיבים סמכות לבנות הגדר על אדמות הכפרים, ובאם חפצים הם, יכולים המשיבים להזיז את תוואי הגדר ולהציבו לאורך הקו הירוק, בסמוך לכפר בודרוס, במרחק של 40 מ' בלבד מן התוואי המתוכנן, וסמוך לכפר שוקבא, במרחק של 200 מ' מהתוואי המתוכנן.

עמדת העותרים נתמכת ונסמכת על חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג, אשר ניתנה ביום 9.7.04, ואף עומדת בקנה אחד עם ההלכה שניתנה על ידי בית משפט נכבד זה בבג"צ 2056/04, מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' תק' על 2004 (2) 3035 (להלן: "בג"צ בית סוריק").

בתשובתם לעתירות התייחסו המשיבים בהרחבה לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג (להלן: "חוות הדעת"), בהתאם לצו על תנאי שהוצא בעתירות. להלן תובא עמדת העותרים בנוגע לחוות הדעת וניתוחה הכללי. לאחר מכן תובא התייחסות העותרים להשלכות חוות הדעת על העתירות דנן.

ניתוח חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג

מבוא

1. ביום 9 ביולי, 2004 נתן בית הדין הבינלאומי לצדק שבהאג את חוות דעתו, לבקשתה של העצרת הכללית של האומות המאוחדות. וזו השאלה שהוצגה לבית הדין, ושבה התבקש ליתן את חוות דעתו:

“What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?”

(ההדגשות הוספו)

2. לשם מתן תשובה לשאלה זו נדרש בית הדין, ראשית, לשאלה – האם בניית הגדר על ידי ישראל בשטחי הגדה המערבית תואמת או סותרת את המשפט הבינלאומי. לאחר בחינת מכלול החומר והטענות שבפניו, הגיע בית הדין למסקנה, כי בניית הגדר בתוואי שהוצג בפניו, והמשטר הנלווה לה, עומדים בסתירה למשפט הבינלאומי. את מסקנתו זו מבסס בית הדין על שורה ארוכה של קביעות בדבר הפרות של המשפט הבינלאומי, להן הוא מוצא, כי ישראל אחראית כתוצאה מבניית הגדר.
3. כפועל יוצא הכרחי ממסקנה זו קובע בית הדין, כי ישראל מחוייבת: לחדול מיידי מכל בנייה שכזו, לפרק את חלקי הגדר, שנבנו תוך הפרת המשפט הבינלאומי, ולפעול לתיקון מיידי של כל הנזקים שכבר נגרמו.
4. בחוות הדעת קובע בית הדין, כי ההפרות להן נמצאה ישראל אחראית, נמנות על ההפרות החמורות ביותר של המשפט הבינלאומי. קביעה זו מובילה אותו למסקנה, כי כל המדינות, וכפועל יוצא מכך אף מוסדות האו"ם, מחוייבים לפעול על מנת להבטיח, כי ישראל תחדל מהפרות אלה.
5. המדובר אומנם בחוות דעת מייעצת, שניתנה על ידי בית הדין לעצרת הכללית של האו"ם. לכאורה, משאין המדובר בפסק דין, שניתן בהליך לו ישראל הייתה צד, אין מדובר בפסק דין, המחייב את ישראל באופן ישיר. ואולם, מדובר בחוות דעת של הערכאה השיפוטית הבינלאומית הבכירה ביותר, ערכאה, המשמשת כגוף, המוסמך לפרש ולקבוע מהו המשפט הבינלאומי. מכאן מעמדן של קביעותיה כקביעות מוסמכות בדבר המשפט הבינלאומי.

6. מכאן גם חשיבותה של חוות הדעת לענייננו, ולהשלכות שצריכות להיות לה על פסיקתו של בית משפט זה. ענייננו בפעולות, שעושים המשיבים להקמתה של גדר הפרדה. את חלקה המכריע של גדר זו החליטו המשיבים להקים בשטח, הנמצא מחוץ לגבולותיה הריבוניים של מדינת ישראל, והמוחזק על ידם בתפיסה לוחמתית. מעמדם וסמכויותיהם של המשיבים בשטח זה יונקים מהמשפט הבינלאומי ונסמכים עליו.
- לפיכך, המסגרת הנורמטיבית, על פיה יש לבחון את פעולות המשיבים, והחולשת על עניינן של העתירות דנו, היא בראש ובראשונה המשפט הבינלאומי. מכאן, שקביעה כי פעולה של המשיבים, הנעשית בשטחים הכבושים, מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי, שווה למעשה לקביעה, כי מדובר בפעולה בלתי חוקית.
7. בתגובתם מכירים המשיבים במעמדו של בית הדין ובחשיבות הנודעת לקביעותיו. עיקר טענותיהם של המשיבים מופנה לקביעותיו העובדתיות של בית הדין. לטענתם, מאז ניתנה חוות הדעת החליטה ממשלת ישראל על שינוי תוואי הגדר באופן מהותי, ולפיכך, התשתית העובדתית, שעמדה בפני בית הדין, שונתה באופן משמעותי. כן נטען, כי בפני בית הדין לא עמדה תשתית עובדתית מספקת כדי לבחון את שאלת קיומו של צורך צבאי.
8. בה בעת, ולמרות שהמשיבים מכירים במעמדו של בית הדין ובמעמד קביעותיו, בחינה של תגובת המשיבים לחוות הדעת מלמדת, כי המשיבים דוחים הלכה למעשה את כל קביעותיו של בית הדין, ומסרבים להכיר ולו בקביעה משפטית אחת, שקבע בית הדין בחוות הדעת. בעשותם כן, אין הם מייחסים כל נפקות לכך שמדובר בקביעות של הערכאה הבינלאומית המוסמכת ביותר.
9. מאז ניתנה חוות הדעת קיבלה ממשלת ישראל החלטה על תיקון תוואי הגדר (להלן - התוואי החדש). ואולם, עיון בתוואי הגדר החדש והשוואתו לתוואי הישן מלמדים, כי לא חל בתוואי שינוי מהותי. כפי שניתן לראות בבירור ממפת תוואי הגדר המעודכנת, אף לאחר החלטת הממשלה **רובו של תוואי הגדר ממשיך לעבור בתוך תחומי הגדה המערבית** (ראו סעיף 6 לכתב התשובה, שהגישו המשיבים ביום 23.2.2005, להלן - תשובת המשיבים). כתוצאה מכך, ממשיכה הגדר לפגוע במאות אלפים של תושבים מוגנים.
- מפה שהוציא ארגון "בצלם" של תוואי הגדר עליו הוחלט בהחלטת הממשלה מחודש פברואר, 2005 והשוואתו לתוואי הישן מצורפת **כנספח ע/1**.
- מפה עדכנית של תוואי הגדר, שהוצאה על ידי UCHA (המשרד לתיאום עניינים הומניטריים של האו"ם) מצורפת **כנספח ע/2**.
10. על פי תוואי הגדר החדש שאושר, כ-9.5% (שהם 536,191 דונם) משטח הגדה המערבית יופרדו מיתר שטחי הגדה, ויימצאו מערבית לגדר. מדובר באדמות, שהן מהפוריות בגדה המערבית. רבבות חקלאים יופרדו איפוא מאדמותיהם החקלאיות. כ-24,000 פלסטינים יימצאו במרחב התפר, השטח הסגור שממערב לגדר. כ-230,000 פלסטינים יימצאו בישובים, המוקפים בגדר משלושה עברים לפחות. כ-220,000 תושבים פלסטינים של ירושלים המזרחית ינותקו משטחי הגדה המערבית, תוך הפרדתם הכפויה מהחברה האורגנית, לה הם שייכים. נוסף על כך

כוללת הקמת הגדר פגיעות קשות ונרחבות ברכוש הפרט, לרבות הפקעה של עשרות אלפי דונמים של אדמות, והרס של מטעים, אדמות חקלאיות, מבנים, בארות מים ועוד.

יצוין, כי קיימים מספר מקורות, המפרסמים נתונים על השלכותיה של הגדר. בחינה השוואתית של הנתונים, לרבות אלו שסופקו על ידי המשיבים, מלמדת, כי התמונה הכללית דומה למדי. הנתונים שפורטו לעיל מתבססים על נתוני המחקר של ארגון בצלם. עם זאת, על מנת לאפשר בחינה של הנתונים מהמקורות השונים, מצורפת טבלה השוואתית של נתוני ארגון בצלם, נתוני UCHA ואלו מהנתונים, שנמסרו על ידי המשיבים במסגרת כתב התשובה.

ראו נתונים על מכשול ההפרדה מתוך אתר בצלם, מצ"ב כנספח ע/3.

ראו טבלה השוואתית של נתוני בצלם, האו"ם והמשיבים מצ"ב כנספח ע/4.

11. בנוסף למבט הכולל על פגיעותיה של גדר ההפרדה בתוואי הנוכחי שלה, הובאו בכל אחת מהעתירות מידע ונתונים מפורטים באשר לנזקים ולפגיעות, להן גורמת הגדר במקטע מסויים שלה. מפירוט זה ניכר, כי סוגי הפגיעות, להן גורמת הגדר, היקפן וחומרתן משתנים ממקום למקום, בהתאם למכלול נסיבותיו. נתונים אלה מאפשרים בחינה דקדקנית של הפגיעות, להן גורמת הגדר מחד גיסא, אל מול השיקולים הנטענים על ידי המשיבים מאידך גיסא.

12. ואולם, בחינה ממצה של חוקיותו של תוואי הגדר, אותה מבקשים המשיבים להקים בשטחי הגדה המערבית, חייבת לכלול בחינה משולבת של שתי נקודות המבט האמורות – הכללית והפרטנית כאחת.

13. בחינתו של תוואי הגדר החדש על פי העקרונות והכללים, שהותוו הן בחוות דעתו של בית הדין הבינלאומי לצדק שבהאג, והן על ידי בית משפט נכבד זה בבג"ץ בית סוריק, מלמדת כי אף תוואי זה, ככל שהוא עובר בתוך שטחי הגדה המערבית, וככל שהוא קוטע ומפריד קהילות, גורם להפרות חמורות וקשות של המשפט הבינלאומי.

הפלישה של תוואי הגדר לתוך שטחי הגדה המערבית נובעת ממספר טעמים עיקריים. הטעם הראשון והעיקרי היה ונשאר – הרצון להעביר את הגדר סביב התנחלויות ישראליות ותוך הכללת מרביתם של המתנחלים בצד ה"ישראלי" של הגדר. בחינת הנתונים, המתייחסים גם לתוואי הנוכחי, מאשרת מסקנה זו.

ואכן, בכתב התשובה הנוכחי מודים המשיבים במפורש, כי זהו הטעם הראשון והעיקרי, העומד ביסוד פלישתו של תוואי הגדר לתוך שטחי הגדה (סעיף 64 לתשובת המשיבים). לעניין זה רלבנטית ושרירה קביעתו החד-משמעית של בית הדין, אשר ניתנה על דעת כל חמישה-עשר שופטיו – **כי תוואי הגדר, ככל שהוא נועד להגן על התנחלויות ישראליות בשטחים, ו/או לקבע סיפוח בלתי חוקי, מהווה הפרה ברורה של המשפט הבינלאומי. הפרה זו, מוסיף בית הדין וקובע, לא יכולה להיות מוצדקת בשום תנאי.**

באשר לחלקי תוואי הגדר, הפולשים לשטחים מטעמים אחרים - נוכח הקביעה, שבניית הגדר בתוך שטחי הגדה המערבית בכללותה פוגעת בהוראות שונות במשפט הבינלאומי, הרי ששאלת חוקיותה של הגדר תלויה בהתקיימותן של הוראות, המתירות ומצדיקות פגיעות אלה. להוראות המשפט הבינלאומי השונות קיימות "פיסקות הגבלה" שונות. **משנקבע, כי**

הגדר פוגעת באיסור זה או אחר במשפט הבינלאומי, הרי שתוואי זה של הגדר ייחשב כבלתי חוקי, אלא אם כן יעלה בידי המשיבים להוכיח, כי תנאי פיסקת ההגבלה הרלבנטית אכן מתקיימת, ובנוסף לכך, כי התוואי הינו מידתי.

14. בטיעונם של המשיבים כעת מבקשים הם לקעקע את כל קביעותיה של חוות הדעת, העובדתיות והמשפטיות. לטענת המשיבים, אחד הפגמים העיקריים בחוות הדעת נובע מכך, שלא הובאו בפני בית הדין מכלול הטיעונים והנתונים, הנוגעים ל"צורך הביטחוני בהקמת המכשול בתוואי הנתון שבו הוקם" (סעיף 367 לתשובה, וכן פרק ב.5.ג.2). הגם שטעם זה הוא שעמד ביסוד החלטתו של שופט המיעוט היחיד, השופט בורגנטל, שלא להצטרף לחוות הדעת של בית הדין, מושתקים המשיבים מלהישמע בטיעון זה כעת. טיעון זה של המשיבים שקול לניסיון להיבנות כעת מבחירתם שלהם, וממחדלם מהמצאת עובדות לבית הדין, והוא נגוע בחוסר תום לב.

15. מכל מקום, כפי שנראה להלן, לצורך פסיקת בית הדין הבינלאומי, בפניו הונחה השאלה של חוקיות גדר ההפרדה **כמכלול**, די היה בתשתית העובדתית שעמדה בפניו. כך, שכן על מרביתן של העובדות הבסיסיות, ובכללן - חדירות מחבלים מתאבדים לתחום ישראל, וקיומם של פיגועים נגד אוכלוסיה אזרחית; הקמתה של גדר על ידי ישראל בתוואי העובר בעומק שטחי הגדה המערבית, והמקיף התנחלויות רבות ומכניסן לצד הישראלי של הגדר; והיות הגדר גורמת לפגיעות הומניטריות קשות, בחומרות שונות, לאוכלוסיה הפלסטינית בשטחים - אין מחלוקת מהותית. ככל שיש מחלוקת, היא נוגעת להיקפה של הפגיעה. ואולם, על עצם קיומן של פגיעות הומניטריות קשות, הנגרמות לאוכלוסיה הפלסטינית המקומית – גם המשיבים אינם חולקים, גם לא כיום, לאחר שינוי תוואי הגדר.

יש לזכור, כי ארבעה-עשר שופטי בית הדין הבינלאומי לצדק סברו, כי בפני בית הדין עומדת תשתית עובדתית מספקת על מנת ליתן את חוות הדעת שהתבקשה.

16. זאת ועוד, כפי שנראה להלן, אין בטיעונים ובנתונים, המוצגים על ידי המשיבים, כדי להרים את הנטל הכבד הרובץ עליהם להראות, כי מתקיים צורך צבאי הכרחי לבניית הגדר **בתוואי שנבחר דווקא**. במיוחד אין בהם דבר, אשר יבסס את הטיעון, כי לא ניתן באמצעות הזזת התוואי ובנייתו לאורך הקו הירוק, ובתוך שטח מדינת ישראל, כדי להשיג את התכלית הראויה – קרי, הגנתם של תושבי מדינת ישראל.

17. ישראל, כמדינה המבקשת להקפיד על כיבוד המשפט הבינלאומי, וכמי שמבקשת להמשיך ולהיות "חברה לגיטימית" ובעלת זכויות בחברה הבינלאומית, מחוייבת לכיבוד ולציות לקביעות, שבחוות הדעת שניתנה על ידי בית הדין, בהיותן משקפות, הלכה למעשה, את המשפט הבינלאומי כהווייתו.

18. בנסיבות אלה ניתן היה לקוות, כי נוכח פסיקתו של בית הדין תפעל ישראל בשום שכל, ותתקן את תוואי הגדר כך שיעלה בקנה אחד עם חובותיה על פי המשפט הבינלאומי. אף מצופה היה מהמשיבים, כי ככל שלהערכתם הקמתה של גדר הפרדה בין שטחי הגדה המערבית לשטח מדינת ישראל הינו אמצעי הכרחי לביטחונה של מדינת ישראל וביטחון תושביה, יעשו כן תוך הקמתה של הגדר לאורך קו שביתת הנשק, ובכך יימנעו מכל אותן הפרות של המשפט

הבינלאומי, הנמנות על ידי בית הדין בחוות דעתו. יפים בהקשר זה דבריו של בית משפט נכבד זה בבג"ץ בית סוריק:

"רק גדר הפרדה הנבנית על אדני המשפט תעניק ביטחון למדינה ולאזרחיה. רק תוואי הפרדה המתבסס על דרך המשפט, יוביל את המדינה אל הביטחון הנכסף"

(סעיף 86 לפסק הדין)

19. ואולם, כאמור, וכפי שיובא ביתר פירוט להלן, החלטת הממשלה מיום 20 בפברואר, 2005 מצביעה על כך, כי הצהרות לחוד ומעשים לחוד. בעוד המשיבים מצהירים על מחוייבותה של ישראל לכיבוד ולקיום המשפט הבינלאומי, פועלים הם באופן ישיר וברור בניגוד לו. בהחלטה זו, כמו גם בתשובה שהוגשה לבית משפט זה, **כופרים המשיבים, הלכה למעשה ובריש גלי, בכל קביעותיו של בית הדין הבינלאומי**, מבלי שבאפשרותם לקבל, ולו אחת מקביעותיו המשפטיות. כתוצאה מכך ממשיכה ישראל להיות אחראית, כפי שאף פסק בית הדין הבינלאומי, **להפרות חמורות** ביותר של המשפט הבינלאומי בכלל, ושל המשפט ההומניטרי בפרט.

חלק ראשון - ה"שורה התחתונה" של חוות הדעת

א. שאלת חוקיות הגדר

20. בסעיף 163 מסכם בית הדין את קביעותיו והכרעותיו במקרה דנן, לגוף השאלה שהוצבה בפניו על ידי העצרת הכללית של האו"ם. הקביעה בעלת החשיבות הגדולה ביותר לענייננו מצויה בסעיף 3(A) לסיכום מסקנותיו של בית הדין:

“(3) Replies in the following manner to the question put by the General Assembly:

A. By fourteen votes to one,

The construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, and its associated régime, are contrary to international law;”

(ההדגשות הוספו)

21. מסקנתו זו מבוססת על המסקנות, המפורטות בסעיפים 137, 141 ו-142. בית הדין מציין, כי גם, שנוכח ההתקפות האלימות, הרבות והחמורות נגד אוכלוסייתה האזרחית, עומדת לישראל זכות, ולמעשה חובה, להגיב במטרה להגן על חייהם של אזרחיה, עדיין מוגבלת היא לפעול בהתאם למשפט הבינלאומי הרלבנטי. לאחר בחינת הטענות והעובדות, שהובאו בפניו, קובע בית הדין, כי **תוואי הגדר, שבונה ישראל בתוך שטחי הגדה המערבית, והמשטר הנלווה לה, מנוגדים למשפט הבינלאומי:**

“137. To sum up, the Court, from the material available to it, **is not convinced that the specific course Israel has chosen for the wall was necessary to attain its security objectives.** The wall, along the route chosen, and its associated régime **gravely infringe** a number of rights of Palestinians residing in the territory occupied by Israel, and **the infringements resulting from that route cannot be justified by military exigencies or by the requirements of national security or public order.** The construction of such a wall accordingly constitutes breaches by Israel of various of its obligations under the applicable international humanitarian law and human rights instruments.

...

141. The fact remains that Israel has to face numerous indiscriminate and deadly acts of violence against its civilian population. **It has the right, and indeed the duty, to respond in order to protect the life of its citizens.** The measures taken are

bound nonetheless to remain in conformity with applicable international law.

142. In conclusion, the Court considers that Israel cannot rely on a right of self-defence or on a state of necessity in order to preclude the wrongfulness of the construction of the wall resulting from the considerations mentioned in paragraphs 122 and 137 above. **The Court accordingly finds that the construction of the wall, and its associated régime, are contrary to international law**".

(ההדגשות הוספו)

22. כל חלקיה של חוות הדעת, למעט הקביעה, המופיעה בסעיף D(3) ל-*dispositif* העוסקת בחובות צדדים שלישיים, אשר ניתנה על דעתם של שלושה-עשר שופטים, ניתנו על דעתם של ארבע-עשר שופטי ההרכב, כנגד דעתו החולקת של השופט Buerghenthal.

23. חלק מן השופטים, שהסכימו עם חוות הדעת המרכזית, בחרו להוסיף לה הערות נפרדות. בחלקן עוזרות הן בהבהרה וחיידוד של נקודות, שהובאו בפסיקתו המרכזית של בית הדין. בחלקן, ובמיוחד בחוות דעתה של השופטת Higgins, נכללות הסתייגויות ממספר קביעות, שנכללו בחוות הדעת המרכזית. ואכן, רבות מהערות הביקורת של המשיבים נגד חוות הדעת מסתמכות על טענות, המופיעות בחוות דעתה של שופטת זו. ואולם, הנקודה החשובה ביותר לענייננו היא דווקא העובדה, כי **למרות ביקורתה, מצטרפת השופטת היגנס לחוות דעתו המרכזית של בית הדין, באומרה כך :**

"I have nonetheless voted in favour of subparagraph (3) (A) of the *dispositif* because there is undoubtedly a significant negative impact upon portions of the population of the West Bank, **that cannot be excused on the grounds of military necessity allowed by those Conventions**; and nor has Israel explained to the United Nations or to this Court **why its legitimate security needs can be met only by the route selected.**"

(סעיף 40 לחוות דעתה, ההדגשות הוספו)

24. לא זו אף זו, קריאת דעתו החולקת של שופט המיעוט היחיד, השופט בורגנטל, מלמדת, כי **במרבית הנקודות המרכזיות, ובעלות ההשלכות המשמעותיות להכרעה, העומדת בפני בית משפט זה כיום, מסכים הוא עם הקביעות שבחוות הדעת המרכזית.**

25. התוצאה היא אם כן - שבנקודות המרכזיות בחוות הדעת, ולגבי מרבית הקביעות המשפטיות הכלולות בה, ואשר עליהן מושתתת המסקנה בדבר אי-חוקיות הגדר, הנבנית בשטחי הגדה המערבית - קיימת הסכמה **פה אחד** של כל שופטי בית הדין הבינלאומי.

ב. ההשלכות המשפטיות שיש לבניית הגדר מבחינת ישראל

26. משהגיע בית הדין למסקנה, כי בניית הגדר מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי, מסקנותיו הקונקרטיות באשר למחוייבויותיה של ישראל ברורות ונובעות מאליהן. לפיכך בית הדין קובע, כי על ישראל:

- א. להפסיק את בניית הגדר בשטחים הכבושים, לרבות בירושלים וסביב לה;
- ב. לפרק את כל חלקי הגדר, שכבר נבנו בתוך שטחי הגדה המערבית;
- ג. לבטל את כל החקיקה שהתקבלה ביחס לבניית הגדר והמשטר הנלווה לה;
- ד. לפצות על הנזקים, שנגרמו עקב בניית הגדר. הפיצוי צריך שייעשה ככל שניתן בעין, ורק כאשר הדבר איננו אפשרי, בפיצוי כספי.

ג. השלכתה של הקביעה כי בניית הגדר הינה מעשה בלתי חוקי – על צדדים שלישיים

27. ההפרות, שמבצעת ישראל, הן הפרות חמורות ביותר של המשפט הבינלאומי, ובכללן הפרות של חובות מסוג *erga omnes* (חובות כלפי כולי עלמא). החובות מסוג *erga omnes* המופרות הן החובה לכבד את זכות הפלסטינים להגדרה עצמית, וכן מספר חובות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

28. כתוצאה מאופיין ומחשיבותן של הזכויות והחובות, המופרות על ידי ישראל, קובע בית הדין, כי כל המדינות מצויות תחת החובה:

- א. לא להכיר במצב הבלתי-חוקי, שנוצר בעקבות בנייתה של החומה בשטחים הכבושים, לרבות במזרח ירושלים וסביבה;
- ב. לא לסייע בשימור המצב שנוצר בעקבות זאת;
- ג. לשים קץ לפגיעה בזכות להגדרה עצמית;
- ד. כל המדינות החתומות על אמנת ג'נבה מחוייבות להבטיח ציות של ישראל למשפט הבינלאומי ההומניטרי כפי שמגולם באמנת ג'נבה הרביעית.

29. חומרת ההפרות מביאה את בית הדין להמליץ לאומות המאוחדות – לעצרת הכללית ולמועצת הביטחון – לשקול באלו צעדים נוספים עליהן לנקוט על מנת להביא לידי סיום את המצב הבלתי חוקי, הנובע מבנייתה של הגדר ומהמשטר הנלווה לה.

חלק שני - מעמד בית הדין, מעמד חוות הדעת וקביעותיה

30. בפני בית משפט נכבד זה תלויות ועומדות כיום עשרות עתירות, שעניינן אי-חוקיות תוואי הגדר, שבונה ישראל בשטחי הגדה המערבית. בעתירות אלה מתעוררת שאלת חוקיותם של קטעים שונים. מדובר באותה סוגיה ממש בה פסק בית הדין הבינלאומי לצדק, ואשר לגביה נתן את חוות דעתו ביום 9 ביולי, 2004.
31. מסקנתו של בית הדין בדבר אי-חוקיות תוואי הגדר נתמכה ונבעה משורה ארוכה של קביעות משפטיות, באשר למעמדם של השטחים כשטחים כבושים על פי המשפט הבינלאומי, באשר לדין החל בהם, ובדבר הוראות המשפט הבינלאומי הרלבנטיות. אף שופט המיעוט, השופט בורגנטל, הסכים למעשה, עם מרבית הקביעות המשפטיות, בעלות הנפקות לענייננו, הכלולות בחוות הדעת.
32. על בסיס קביעות משפטיות אלה, ועל יסוד החומר העובדתי שהיה בפניו, קבע בית הדין: ראשית, כי בניית הגדר בתוואי הנבחר גוררת שורה של פגיעות והפרות של חובות וזכויות על פי המשפט הבינלאומי; שנית, כי לא מתקיימות הצדקות (או "פסקות הגבלה") המוכרות במשפט הבינלאומי, העשויות להכשיר ולאייץ את אי-החוקיות של ההפרות האמורות.
33. נוכח מעמד ביה"ד ומעמד קביעותיו המשפטיות, המתקבלות כהכרזה מוסמכת של המשפט הבינלאומי – שומה היה על המשיבים, המכירים במחויבותם לכבד את המשפט הבינלאומי, לפעול כמתחייב מכך.
34. המשיבים בתשובתם, מכירים בחובתם זו:

"בית הדין הבין לאומי הוא ערכאה בין לאומית רבת חשיבות. לכן, למרות הביקורת של מדינת ישראל לגבי תוכן חוות הדעת המייעצת וההליכים שהוליכו אליה, לא ניתן לפטור את חוות הדעת בהתמודדות עם ההיבט הפורמלי בלבד. ישראל אינה אי בודד. אין היא יכולה להתעלם מחוות הדעת. לכן נדרשת התייחסות עניינית למשמעות המשפטית של חוות הדעת, ולבחינת השפעותיה, אף שכאמור אין מדובר בחוות דעת מחייבת" (סעיף 17 לתשובת המשיבים).

ומוסיפים המשיבים:

"... מעמדו של בית הדין מקנה לו משקל לא מבוטל בפרשנות המשפט הבין לאומי. ישראל מקפידה על כיבוד המשפט הבין לאומי. לפיכך, גם אם חוות הדעת המייעצת אינה מחייבת, יש לבחון מהו מעמדן של הקביעות המשפטיות המופיעות בה, מבחינת פרשנות המשפט הבין לאומי". (סעיף 266 לתשובת המשיבים, ההדגשה הוספה).

35. לאחר כל ההצהרות האלה, ולמרות ההצהרות, כופרים המשיבים בכל קביעותיו של בית הדין:

"לפיכך, עמדת המשיבים היא כי לחוות הדעת המייעצת אין השלכה על העתירות..." (סעיף 552 לתשובת המשיבים).

להלן נתייחס לטענותיהם השונות של המשיבים, ונבהיר מדוע דינן להידחות.

36. יחד עם זאת, ועוד בטרם נכנס לפרטי הטענות, קשה להשתחרר מהתחושה הקשה הנובעת מ"שורה תחתונה" זו של עמדת המשיבים. ברי, כי תשובה זו איננה מתיישבת, לא עם ההצהרה בדבר מחויבותה של ישראל לכיבוד המשפט הבינלאומי, ולא עם כיבודו של בית הדין. המדובר בעמדה המבטלת לחלוטין ואיננה נותנת משקל כלשהו לפסיקתה של הערכאה השיפוטית הנחשבת כערכאה השיפוטית הבכירה ביותר במשפט הבינלאומי, והמוסמכת ביותר להצהיר מהו הדין הבינלאומי.

37. בסקירת הקביעות של בית הדין, שיובאו להלן, נתייחס לטענות המשיבים נגד קביעותיו המשפטיות של בית הדין. נפרט מדוע יש לדחות טענות אלה. מכל מקום, אין בטענות המשיבים כדי לפגוע במעמד קביעותיו של בית הדין, כמשקפות את המשפט הבינלאומי הנוהג, וכדי לגרוע מתוקפן בענייננו.

א. נפקויותיה המשפטיות של חוות הדעת

38. בית הדין הבינלאומי לצדק היושב בהאג הינו בית המשפט הבינלאומי הבכיר והחשוב ביותר מבין הגופים השיפוטיים הבינלאומיים. זאת, הן מבחינת היוקרה והן מבחינת סמכות השיפוט (M. Shaw **International Law** (5th ed., 2003) 960).

39. בשל מעמדו, מקצועיותו והיותו הגוף השיפוטי הבינלאומי היחיד, המפעיל את סמכותו מבלי שזו תוגבל למערכת מסויימת של אמנות או לתחום מסויים במשפט הבינלאומי, **נחשב בית הדין לאחד הגופים המרכזיים בעיצובו של המשפט הבינלאומי, הן באמצעות פסיקותיו והן באמצעות חוות הדעת המייעצות, הניתנות על ידו. עמד על כך פרופ' שבתאי רוזן :**

"[The Court has] rendered important services in the evolution of international law through the United Nations and in the peaceful settlement of disputes, more in the last decade than in the first thirty years of its existence....it has performed a major service to the international community as a whole because the need to bring international law into line with present-day requirements is real and urgent."

S. Rosenne, **"The World Court: What It Is And How It Works"**, T. D. Gill ed. (Leiden; Boston : M. Nijhoff Publishers, 2003), p.

ראו גם :

B. Simma **The Charter of The United Nations** (Oxford University Press, 1994) p. 979.

Shaw, *Ibid*, p. 1005.

40. קביעותיו ועמדותיו של בית הדין באשר למשפט הבינלאומי הן בעלות הסמכות הגבוהה ביותר (Shaw, *ibid*, at 967). בעניין זה קיימת הסכמה בין המומחים למשפט בינלאומי באשר

למעמדו של בית הדין הבינלאומי כפרשן המוסמך של המשפט הבינלאומי. ככזה, הצהרותיו וקביעותיו של בית הדין הינן בגדר הצהרה מחייבת אודות מהותו ופרשנותו של הדין הבינלאומי. בהתאם, בית הדין **נחשב כגוף המוסמך להצהיר מהו הדין הבינלאומי** :

“Judicial decisions as such are not a source of law, but the dicta by the international court of justice are unanimously considered **as the best formulation of the content of international law in force.**”

V. Chetail, “The Contribution of International Court of Justice to International Humanitarian Law”, International Review of the Red Cross, 2003, vol. 85, n° 4, pp. 235-269.

41. בתגובתם מנסים המשיבים להיתלות ולהיבנות משמו הפורמלי של ההליך, במסגרתו ניתנה פסיקתו של בית הדין בענייננו. לטענתם “חוות הדעת אינה מחייבת, אף לא את האורגן שביקש אותה, לא בקביעות העובדתיות שבה ולא בקביעות המשפטיות שבה. ככל עצה משפטית, האורגן המבקש את חוות הדעת, חופשי לאמצה, במלואה או בחלקה, או לדחותה. גם אם האורגן של האו"ם מאמץ את חוות הדעת אין הדבר הופך את חוות הדעת למחייבת.” (סעיף 244 לכתב התשובה, וכן סעיפים 265-262)
42. אומנם, חוות הדעת איננה יוצרת מעשה בית-דין, המחייב את מדינת ישראל. כמו כן, העצרת הכללית או מועצת הבטחון אינן **מחוייבות** לפעול ליישום חוות הדעת בדרך אחת מסוימת. ואולם עיון בספרות מלומדים, כמו גם בפסיקתו של בית הדין הבינלאומי, מלמדים, כי לטיעון המשיבים, כאילו מדובר ב“עצה” בלבד, או כי הקביעות המשפטיות, שנכללו בחוות הדעת, אינן מחייבות, אין על מה שיסמוך.
43. העמדה, כי יש להתייחס לקביעותיו כאל הצהרה מוסמכת של הדין שרירה, בין כאשר קביעותיו נכללות בפסק דין בהליך אדברסרי, ובין שניתנו במסגרת חוות דעת מייעצת :

“Thus, although an advisory opinion has no binding force under Article 59 of the Statute, **it is as authoritative a statement of the law as a judgment rendered in contentious proceedings.** From this point of view it is possible to understand the argument advanced by counsel for India before the ICAO: ‘**if the International Court of Justice expresses an opinion, it lays down the law and I call it in that sense a judgment**’. Advisory opinions are treated on the same plane as judgments.”

(ההדגשה הוספה)

M. Shahabuddeen **Precedent in the World Court** (Cambridge University Press, 1996) p.171

ראו גם :

Shaw, *ibid*, p.967

Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, ICJ Rep 1950, p.101, Judge Zoričić.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), Notwithstanding Security Council Resolution 276, ICJ Rep 1971, p.173., Judge de Castro.

Western Sahara, ICJ Rep 1975, p. 73, Judge Gros.

44. עינינו הרואות, כי אף שחוות דעת מייעצות של בית הדין אינן מחייבות בתוצאותיהן האופרטיביות את הגוף שביקש את חוות הדעת או את המדינות אליהן הן מתייחסות, **הרי שהקביעות המשפטיות שבהן הינן הצהרה מוסמכת ובגדר הפרשנות המוסמכת של המשפט הבינלאומי.**

45. אשר על כן, ככל שהמשיבים סבורים, כי שגה בית הדין באיזו מקביעותיו, רובץ עליהם נטל כבד ביותר להוכיח זאת. נראה, כי סטייה מקביעותיו המשפטיות של בית הדין עשויה להיות מוצדקת אך בהתקיים טעמים משכנעים וכבדי משקל לעשות כן. עמדה שכזו מתיישבת עם מחוייבותה של ישראל לכיבוד המשפט הבינלאומי, עם השאיפה להתאמה של המשפט הישראלי למשפט הבינלאומי, ועם גישה ראויה של כבוד הדדי בין ערכאות.

ראו:

Y. Shany, *Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases* ILR (forthcoming June 2005) p. 17

השוו גם:

אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (2004), 29-30

אהרן ברק, **פרשנות החקיקה**, 576

ע"פ 131/67 קמ"א נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 112; ע"פ 3112/94 סופיאן אבו-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, 430; דנ"פ 7048/97 פלוניס נגד שר הביטחון, פ"ד נד(1) 127, 142; ע"פ 6182/98 שינביין נ' היועץ המשפטי לממשלה,

46. ענינו בפעולות שנוקטים המשיבים בשטחים המוחזקים על ידם בתפיסה לוחמתית. סמכויותיהם של המשיבים בשטחים אלה יונקים בראש ובראשונה מהמשפט הבינלאומי ונסמכים עליו:

"מבחינה משפטית המקור לסמכותו וכוחו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית הוא בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית....

הפארמטר השני, המשפיע על מסגרת סמכויותיו של הממשל הצבאי, קשור באופיו של השלטון הצבאי, **שלטון שאינו יונק חיותו מבחירתם של בני האזור, שאינו ריבון מכוח עצמו, והשואב את כוחו מדיני המלחמה עצמה"**

(בג"צ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יו"ש, פ"ד לז(4) 785, 793-794)

(ראו גם: בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 12; בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד איו"ש, פ"ד לז(2) 197, 230; בג"צ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352; בג"צ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45, 52; בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פסקה 23; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, 1996) כרך ב', 1174-1175.

47. החלטת המשיבים לפעול על פי פרשנות משלהם למשפט הבינלאומי, השונה מזו עליה הכריז בית הדין, יוצרת את הסכנה, כי מדינת ישראל תיתפס כמי שמפרה ברגל גסה את המשפט הבינלאומי. משקביעותיו של בית הדין כוללות אף קביעות בדבר הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הרי שפעולה שלא בהתאם לקביעות בית הדין, לא רק שעשויה להעמיד את ישראל כאחראית לפעולות בלתי חוקיות על פי המשפט הבינלאומי, אלא עשויה אף להביא לנשיאה באחריות פלילית אינדיבידואלית (ראו סעיף 147 לאמנת ג'נבה, וסעיף 8(2)(ב)(VIII) ל-The Rome Statute of the International Criminal Court 1998).

48. אשר על כן, אף שהקביעות האופרטיביות שבחוות הדעת המייעצת, שנתן בית הדין בענייננו, אינן מחייבות באופן פורמלי וישיר את ישראל, הרי שלא ניתן להמעיט במעמדן, בהיותן קביעותיה של הערכאה הבכירה והמוסמכת ביותר למשפט בינלאומי. כך במיוחד ביחס לקביעות המשפטיות שבה, המהוות פרשנות מוסמכת של המשפט הבינלאומי, ולפיכך כמשפט הבינלאומי, לו מחוייבת ישראל לציית.

ב. סמכות בית הדין ונאותות מתן חוות הדעת

49. סמכותו של בית הדין הבינלאומי ליתן חוות דעת בכל שאלה משפטית מעוגנת בסעיף 96(1) לצ'רטר ובסעיף 65 לחוקת בית הדין. הסמכות לבקש חוות דעת ניתנה למועצת הבטחון ולעצרת הכללית, וכן למספר אורגנים וארגונים נוספים (ראו: Simma, *ibid*, 1010-1012). בקשות למתן חוות דעת קבילות, גם כאשר הן נוגעות למחלוקת בין מדינות (Simma, *ibid*, 1014, 1009). בענייננו הוגשה הבקשה למתן חוות דעת על ידי העצרת הכללית של האו"ם. בפני בית הדין הועלתה הטענה, כי עליו להימנע מליתן את חוות הדעת המבוקשת.

50. בהתאם לפסיקתו של בית הדין הבינלאומי, לא יימנע בית הדין מליתן חוות דעת מייעצת לבקשתו של אורגן המוסמך לבקשה, אלא בהתקיים "compelling reasons":

"Given its responsibilities as the "principal judicial organ of the United Nations" (Article 92 of the Charter), the Court should in principle not decline to give an advisory opinion. In accordance with its consistent jurisprudence, only "compelling reasons" should lead the Court to refuse its opinion"

(סעיף 44 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

51. בית הדין עומד על כך, שבית הדין הבינלאומי הנוכחי מעולם לא סירב לבקשה ליתן חוות דעת מייעצת, וכי ההחלטה היחידה, שלא ליתן חוות דעת בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני, התבססה על היעדר סמכות, ולא על שיקולים של נאותות (סעיף 44 פסקה שלישית לחוות הדעת).

52. משהחליט בית הדין, כי בידו הסמכות לדון בעניין, וכי לא מתקיימת סיבה, המחייבת הימנעות מליתן את חוות הדעת המבוקשת (ראו סעיף 42 לחוות הדעת), אין עוד למעשה כל טעם להידרש לשאלה זו, שהפכה לתיאורטית.

ג. השלכות חוות הדעת על רקע פסיקת בית המשפט העליון

53. ברי, כי בבחינת קביעותיו של בית הדין לא ניתן להתעלם מפסיקתו העניפה של בית משפט זה, שניתנה במהלך כל השנים הארוכות מאז תחילתו של הכיבוש הישראלי בשנת 1967. נראה, כי היחס, עליו נעמוד להלן, בין פסיקתו של בית הדין לבג"ץ בית סוריק, שריר אף ביחס למכלול פסיקתו של בית משפט זה עד כה. נראה, כי חשיבותה של חוות הדעת היא מעל הכל, בתוספות שהיא מביאה ובדגשים שהיא מכניסה לפסיקתו של בית משפט זה עד היום, ובהידרשותה לנושאים, שעד כה נמנע בית משפט זה, מטעמים שונים, לדון בהם לגופם כמו עניין ההתנחלויות.

54. מצויים אנו בנקודת מפנה בכל הנוגע לפעולות ישראל בשטחים הכבושים – הגדר הנבנית בעומק שטחי הגדה המערבית, ובכללה החומה, החוצה בברוטליות את שכונות ירושלים המזרחית, גורמת לפגיעה הומניטרית בעלת היקף חסר תקדים. היעדר התקדים למצב זה נובע משורה של פרמטרים מצטברים – החל בהיקף האוכלוסיה הנפגעת, ובמגוון הפגיעות, הניחתות על האוכלוסיות השונות, וחומרת פגיעתן. אין המדובר רק בפגיעות כלכליות שונות. בחלקים נרחבים ביותר שלה פוגעת הגדר בצורה אנושה במרקם החיים של האוכלוסיה המוגנת.

55. ואולם פרמטר חשוב נוסף נוגע לאורך הזמן, בו פגיעה זו צפויה להמשך. הגם שהמשיבים חוזרים ומדגישים כי מדובר באמצעי זמני, ברור לכל, כי אין המדובר בפרויקט קצר מועד. החלטת הממשלה הראשונה, בה הוחלט על הקמת המכשול, באה, כך מצהירים המשיבים, בעקבות גל הפיגועים של חודש מרץ 2002. במועד זה החליטה הממשלה על הקמת הגדר, **כאמצעי בטחוני זמני לבלימת המתקפה**. מצויים אנו כעת שלוש שנים לאחר מועד זה. בינתיים חלו שינויים מהותיים ביותר במצב הדברים. מזה זמן מה, שאין ישראל מצוייה עוד תחת מתקפת טרור. כך הדבר ביתר שאת מאז חודשו המגעים ושיתוף הפעולה בין ישראל לרשות הפלסטינית ומאז קיבלו על עצמם הארגונים הפלסטינים הפסקת אש. אין בכך כדי לומר, שאיום הטרור הוסר מעל תושבי מדינת ישראל. ואכן, לא ניתן לשלול, שאפשרות לחידוש מעשי הטרור, בהיקף כזה או אחר, קיימת.

56. ואולם, דווקא מצב דברים זה מחדד את העובדה – כי אין המדובר בפרויקט זמני קצר מועד. ההיפך הוא הנכון – מרבית האינדיקציות מצביעות על כך, שמדובר באמצעי ארוך מועד, שסופו אינו נראה באופק. אינדיקציה ברורה לכך ניתן למצוא דווקא בדברי המשיבים באשר ליעדיו של התוואי הנוכחי. לדבריהם, תוואי זה "בא לתת מענה לאיומי הטרור הקיימים ולאיומי טרור עתידיים, **עד אשר ניתן יהיה להגיע להסדר מדיני יציב ואמין**" (סעיף 55 לכתב התשובה). בנסיבות אלה לא ניתן כלל לשער מהי תקופת השנים, אשר תחלוף עד אשר תחליט ישראל על הסרתה של הגדר האמורה. יש שיאמרו, שמהיכרותם את מציאות הדברים

באזורנו, מצב זה לא יגיע לעולם. זמניות, או יותר נכון היעדר זמניות זו, מחזקת את ההכרח לבחינה מחודשת של הלכותיו של בית משפט זה בכל הנוגע לסמכויותיהם של המשיבים ואופן הפעלתן.

לנוכח מכלול שיקולים אלה יש לבחון את ההשלכות, שיש לקביעותיו של בית הדין הבינלאומי על ענייננו.

חלק שלישי – התשתית העובדתית של חוות הדעת

א. טענות המשיבים ביחס לתשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין

57. למשיבים טענות נגד התשתית העובדתית, שעמדה ביסוד חוות הדעת. לטענתם, בפני בית הדין הועמד מידע חסר, לעיתים לא מדויק, כוללני וחד-צדדי. עוד טוענים המשיבים, כי על מנת להגיע למסקנה הגורפת של בית הדין היה צורך בתשתית עובדתית רחבה בהרבה, שכלל איננה אפשרית במסגרת מתן חוות דעת מייעצת (סעיף 345 לתשובת המשיבים).

58. טענות אלה הושמעו אף בפני בית הדין, ונדחו על ידו:

“In the present instance, the Court has at its disposal the report of the Secretary-General, as well as a voluminous dossier submitted by him to the Court, comprising not only detailed information on the route of the wall but also on its humanitarian and socio-economic impact on the Palestinian population. The dossier includes several reports based on on-site visits by special rapporteurs and competent organs of the United Nations. The Secretary-General has further submitted to the Court a written statement updating his report, which supplemented the information contained therein. Moreover, numerous other participants have submitted to the Court written statements which contain information relevant to a response to the question put by the General Assembly. The Court notes in particular that Israel’s Written Statement, although limited to issues of jurisdiction and judicial propriety, contained observations on other matters, including Israel’s concerns in terms of security, and was accompanied by corresponding annexes; many other documents issued by the Israeli Government on those matters are in the public domain.”

(סעיף 57 לחוות הדעת)

59. לא בכדי מציין בית הדין, בהקשר זה, כי הגם שטענותיה של ישראל הצטמצמו לשאלת סמכותו של בית הדין, והפעלתה במקרה זה, הרי שהמידע שהובא במסמכים שהגישה חרג בהרבה מכך, וכלל מידע וחומר רב ביותר. תיק המסמכים, שהוגש לבית הדין על ידי מזכ"ל האו"ם, שהיקפו למעלה מ-1,100 עמודים, כלל בין השאר, דוחות רלבנטיים של המזכיר הכללי של האו"ם (החל משנת 1967), דוחות אורגנים של האו"ם ודוחים מיוחדים (פריטים 53 עד 56 בתיק המסמכים), וכן דוחות נוספים באשר להשלכותיה ההומניטריות של הגדר על האוכלוסייה האזרחית בגדה המערבית, שהוכנו על ידי The Mission to the Humanitarian and Emergency Policy Group (HEPG) of the Local Aid Coordination Committee (LACC) (פריטים 85 עד 88).

העתק מפירוט המסמכים, הכלולים בתיק המסמכים שהוגש לבית הדין, צורף כנספח מש/29 לתגובת המשיבים.

60. ואכן, טענתם של המשיבים אינה, כי בפני בית הדין לא היה מידע רב, שכן ישראל כמו גם מדינות רבות אחרות הביאו בפני בית הדין חומר רב, אלא על כך, שבפועל חוות הדעת המייעצת מבוססת בעיקרה על החומר, שהביא בפני בית הדין מזכ"ל האו"ם. לפיכך בוחנים המשיבים בהרחבה את הכלול בדוחות אלה (ראו סעיף 348 לתשובת המשיבים). בין היתר נטען על ידם, כי דוחות מזכ"ל האו"ם אינם מאוזנים, משום שאינם כוללים את השיקולים הביטחוניים, שהנחו את ישראל בתכנון התוואי, וכי הם אינם מפורטים ומקיפים, שכן אין בהם התייחסות לניתוח הפגיעה הקונקרטיית בתוואי כזה או אחר. כן נטען, כי הם אינם עדכניים עוד.

61. כאמור, מדובר בדוחות, שהוכנו על ידי נציגים ואורגנים מוסמכים של האו"ם. ככאלה, מדובר בדוחות שהוכנו על ידי צד נייטרלי, שאינו נמנה על אף אחד מהצדדים המעוניינים, והנעדר נגיעה או אינטרס בעניין. בנסיבות אלה, על פניו, מידת האובייקטיביות שיש ושניתן לייחס לדיווחים אלה, עולה על זו שניתן לייחס לדיווח, הנעשה על ידי צד מעוניין.

62. ואכן, אף בחינה של המסמך המרכזי, הוא דו"ח מזכ"ל האו"ם, מלמדת, כי הקפדה על דיוק ואובייקטיביות אלה אכן נשמרים. דו"ח זה הוכן לבקשת העצרת הכללית בעקבות החלטתה מיום 21 באוקטובר 2003, בה דרשה מישראל להפסיק את בניית החומה ולנטרל את הבנייה, שנעשתה בשטחים הכבושים. בדו"ח מצוין, כי הוא מתייחס לתקופה החל מ-14 לאפריל, 2002, המועד בו ממשלת ישראל החליטה לראשונה לבנות מערכת גדרות, חומות, תעלות ומכשולים בגדה המערבית, ועד ל-20 בנובמבר, 2003. כן מפורטים המקורות, עליהם מסתמך האמור בדו"ח, ובכללם מידע, שנאסף על ידי נציגויות האו"ם בשטח, חומר, המצוי ברשות הכלל, ומידע שסופק על ידי ממשלת ישראל והרשות הפלסטינית.

63. מרבית הדו"ח עוסק בתיאור תוואי הגדר. פירוט זה מתחיל בתיאור של הרקע, שקדם להחלטה לבניית הגדר:

"The Government of Israel has since 1996 considered plans to halt infiltration into Israel from the central and northern West Bank, with the first Cabinet approval of such a plan in July 2001. **After a sharp rise in Palestinian terror attacks in the spring of 2002**, the Cabinet approved Government Decision 64/B on 14 April 2002, which called for construction of 80 kilometers of the Barrier in the three areas of the West Bank..."

(סעיף 4 לדו"ח המזכ"ל, ההדגשה הוספה)

דו"ח מזכ"ל האו"ם צורף כנספח מש/21 לתגובת המשיבים.

64. התיאור ממשיך בתיאור תוואי הגדר בכללותו, בתיאור המערך ההגנתי (של גדרות, חפירות, דרכים וכו'), המרכיב את "המכשול", בתיאור קטעי הגדר שכבר נבנו, אלה שנמצאים בבנייה,

ואלה המתוכננים להיבנות, תהליך תפיסת הקרקע (לרבות ציון האפשרות להגשת עררים ולהגשת עתירות לבית משפט זה, ותוך פירוט מספר העררים והעתירות שהוגשו), והסדרת האזורים הסגורים של מרחב התפר. כל הנתונים הללו מבוססים, בעיקרם, על מידע, שפורסם על ידי ישראל.

65. הדו"ח מתייחס לתוואי הרשמי, שפורסם על ידי ישראל בזמנו, והכולל שני מכשולי עומק. על פי הדו"ח, 975 קמ"ר, או 16.6 אחוז משטח הגדה המערבית, ייכלאו בין הגדר לקו הירוק. באזור זה, נאמר, מתגוררים 17,000 פלסטינים בגדה המערבית, ו-220,000 במזרח ירושלים. עוד צויין, כי אם התוואי יושלם, 160,000 פלסטינים אחרים יתגוררו במובלעות, אזורים שיכותרו כמעט במלואם על ידי הגדר (נתון זה אינו כולל 72,000 פלסטינים, שאמורים היו להמצא בין הגדר ומכשול עומק). כמו כן, התוואי מכליל בצידו המערבי 320,000 מתנחלים (בכללם כ-142,000 מתנחלים בגדה המערבית וכ-178,000 המתגוררים במזרח ירושלים).

66. לטענת המשיבים נתונים אלה, אשר גם נכללו על ידי בית הדין בחוות דעתו, אינם תואמים את המצב על פי החלטת הממשלה על תוואי הגדר הקודם (החלטת הממשלה מיום 1.10.2003, אשר על בסיס התוואי שהוחלט בה ניתנה חוות הדעת) (סעיף 418 לתשובת המשיבים). מן הראוי לציין, אם כן, כי נתונים אלה דומים לנתונים, המצויים בידי העותרים, והמתייחסים להשפעותיו של תוואי הגדר כפי שפורסם בשנת 2003. יש לציין, כי בנוגע לנתונים, המתייחסים למספרי התושבים, הדמיון אף רב יותר בין נתוני האו"ם לנתוני המשיבים.

טבלה, ובה פירוט השוואתי של הנתונים לפי ארגון "בצלם", דו"ח מזכ"ל האו"ם ונתוני המשיבים ביחס לתוואי הגדר הישן מצורפת כנספח ע/5.

67. חלק אחד של הדו"ח עוסק בהשלכות ההומניטריות והסוציו-אקונומיות שיש לבניית הגדר, בתוואי האמור, על האוכלוסיה הפלסטינית בשטחים. בתיאור זה מקפיד הדו"ח להפנות למקורות, עליהם מתבססים הנתונים והדוגמאות, המובאות בו. הדוגמאות כוללות את ההשפעות, הנגרמות לקהילות הסמוכות לגדר, ובכללן לקלקיליה ולנזלת עיסא, הפגיעות בחקלאים, שאדמותיהם נמצאות במתחם הגדר והתפר, והפגיעות בתושבי מזרח ירושלים וסביבתה. כנספחים לדו"ח מובאות עמדותיהם המשפטיות של ישראל ושל הרשות הפלסטינית.

68. כאמור, הדו"ח הוכן בעקבות החלטת העצרת הכללית, הקוראת לישראל להפסיק את בניית הגדר. משזה עניינה של ההחלטה, אין להתפלא איפוא שהדו"ח עוסק בפירוט בנושא זה, ולא למשל, בנושא הפרות של המשפט הבינלאומי, הגלומות בפעולות ההתאבדות והטרור הפלסטיני. יחד עם זאת יש לציין, כי בנספח, המתאר את עמדתה המשפטית של ישראל, מובאים דבריהם של נציגים ישראלים, על כך שבניית הגדר הביאה לירידה משמעותית במספר ההתקפות בתוך ישראל, ומובאים נתונים, שנמסרו על ידי משרד החוץ בעניין זה (ראו סעיף 6 לנספח I לדו"ח).

69. המשיבים קובלים אף על הדרך, בה הוצגה עמדתה של ישראל. ברי, כי עמוד אחד אינו יכול להקיף את כל הטיעונים שהעלתה ישראל. ואולם יש בו הבאה תמציתית של עיקר עמדתה של ישראל בשאלות מרכזיות, ובהן: הדין הרלבנטי (תחולת תקנות האג, אמנת ג'נבה ואמנות

זכויות האדם); מעמד השטחים כנתון במחלוקת; תכלית הגדר, כצעד הננקט בהתאם לזכותה של ישראל להגנה עצמית (תוך פירוט הטענות לתרומתה של הגדר להפחתת הפיגועים בישראל), ובהתאם למשפט הבינלאומי והלאומי הרלבנטי; דרך תפיסת הקרקעות (כתפיסה ולא כהפקעה); אי-פגיעה במעמד התושבים בשטח הסגור; השלכות שיהיו להשלמת הגדר על התנאים ההומניטריים בשטחים (הפחתת נוכחות צה"ל בשטחים, והסרת חסימות ומחסומים); מנגנון ההיתרים במתחם התפר.

70. אכן, הדו"ח עוסק בתיאור פרוייקט הגדר כולו, ואינו נדרש לפרטי פרטים, הנוגעים לכל קטע וקטע של התוואי. לצרכים לשמם הוכן הדו"ח נראה, כי נותן הוא תיאור ראוי בהחלט. נראה שלמשיבים אינטרס ב"פירוק" הדיון, תוך בחינתו של כל קטע גדר בנפרד. ככל שיש חשיבות לעמוד על הטעמים, בגינם הוחלט להעביר קטע קונקרטי של תוואי הגדר על גבעה אחת ולא אחרת וכדומה, יש קודם לכן להשקיף על תכליותיו, "מעשיו" ותוצאותיו של הפרוייקט בכללותו. בה בעת, שהסתכלות פרטנית מאפשרת בחינה של שיקולים קונקרטיים כאלה ואחרים (אי-פגיעה באתר עתיקות, התחשבות במבנה הטופוגרפי של השטח וכד'), אין היא מאפשרת בחינה של שיקולים רבים אחרים, ואין היא נותנת מענה לשאלות רבות ומכריעות אחרות, שאלות העומדות ביסודו של הפרוייקט כולו. כשם שבבחינת הקמתו של בית, אין כל דרך להעריך את הגיונו התכנוני ונאותותו התכנונית של עמוד אחד בלא לבחון את פרוייקט הקמת הבית בכללותו, כך לא ניתן לומר שבחינת קטע של הגדר היא העיקר, ואילו בחינת המכלול איננה חשובה.

71. ואכן, אף המשיבים נוקטים באותה דרך ממש, של תיאור התכליות הכלליות של הפרוייקט, והבאת טיעונים באשר להישגיו, בפתיח לתשובתם (סעיפים 51 עד 82 לתשובת המשיבים).

72. המשיבים עומדים בעיקר על כך, שבפני בית הדין לא עמדו השיקולים הביטחוניים, שהביאו את ישראל לבחירת התוואי המסוים, וכי לפיכך נעדר הוא מידע חשוב להכרעתו. אף טענה זו, כאמור, הועלתה בפני בית הדין ונדחתה. עמד על כך השופט Kooijmans :

"The Court has to respect Israel's choice not to address the merits, but it is the Court's own responsibility to assess whether the available information is sufficient to enable it to give the requested opinion. And, although it is a matter for sincere regret that Israel has decided not to address the merits, the Court is right when it concludes that the available material allows it to give the opinion"

(סעיף 38 לחוות דעתו)

73. עם זאת ברי, שככל שמובאים כעת על ידי המשיבים נתונים עובדתיים חדשים ואו נוספים, שלא הובאו בפני בית הדין, חשוב להתייחס אף אליהם. נתונים אלה צריכים להיבחן לאור העקרונות שהותוו הן על ידי בית הדין הבינלאומי והן על ידי בית משפט נכבד זה בבג"ץ בית סוריק.

74. ראינו אם כן, כי בפני בית הדין עמדה תשתית עובדתית רחבה, שתאמה במבט כולל את השלכותיה החזויות של בניית גדר בתוואי שנקבע. תשתית עובדתית זו הסתמכה במידה רבה על נתונים, שפורסמו על ידי גופים רשמיים של מדינת ישראל, וכן על ביקורים בשטח ונתונים, שנאספו על ידי נציגים ואורגנים מוסמכים של האו"ם.

ב. טענות המשיבים לחוסר איזון בחוות הדעת

75. מעבר לטענות בדבר חוסר האיזון בתשתית העובדתית, שעמדה בפני בית הדין, קובלים המשיבים אף על חוסר האיזון בחוות הדעת עצמה. עיקר התשתית העובדתית שבחוות הדעת, והכוללת נתונים על תוואי הגדר ובנייתה, מצויים בסעיפים 79 עד 86 לחוות הדעת. נתונים אלה, כאמור בחוות הדעת, מבוססים על דו"ח מזכ"ל האו"ם, ועל הדו"ח המשלים, המביא התפתחויות, שארעו לאחר פרסום הדו"ח. נתונים נוספים מובאים בסעיף 133.

76. כאמור, לגבי הנתונים הכוללים באשר לפגיעות, הנגרמות לאוכלוסיה הפלסטינית בשטחי הגדה המערבית - בין זו הנמצאת ממערב לגדר, בין זו שתימצא כמעט מוקפת בגדר, ובין זו הנותרת ממזרח לגדר, אך מנותקת משירותים או מאדמות - אין למעשה מחלוקת. ככל שניתן למצוא הבדלים בין הנתונים, הנמסרים על ידי המשיבים, לנתונים, שסופקו על ידי סוכנויות האו"ם ובין הנתונים שבידי העותרים, מדובר בהבדלי "כמות" שאינם גדולים. אין בהם כדי לשנות את התמונה ואת הפגיעות הנגרמות בכללותן. ואכן, המשיבים אינם מצביעים על ליקויים או טעויות מהותיות בנתונים אלה. למעשה, מכירים הם בפגיעתה של הגדר באוכלוסיה הפלסטינית:

"תושבים פלסטינים נפגעים עקב הקמת המכשול. הפגיעה נוצרת בשל תפיסת קרקעות, פגיעה בגידולים חקלאיים, ופגיעה בשגרת החיים של הפלסטינים הנותרים מעבר למכשול."

ובהמשך:

"אכן, העברת המכשול בעומק איו"ש עלולה להביא לפגיעה בתושבים פלסטינים. העברתו בעומק איו"ש משמעה הותרת שטחים רבים בבעלות פרטית פלסטינית ממערב למכשול, הותרת תושבים פלסטינים רבים מעבר למכשול, וכן פגיעה רבה יותר בקרקעות באזור."

(סעיפים 62 ו-65 לתשובת המשיבים)

לא זו אף זו, המשיבים מכירים בכך, כי בניית השלבים הראשונים של הגדר, אשר בוצעו "בסערת הקרב" בשנים 2002 ו-2003, נעשתה מבלי שהוערכה מראש השפעתו המלאה של התוואי על תושבי האזור (ראו סעיפים 83 ו-84 לתשובת המשיבים).

77. זו הסיבה כנראה בגינה מנסים המשיבים להיבנות מאי-דיוק כזה או אחר בחוות הדעת. המשיבים מרחיבים כמוצאי שלל רב באשר לאי-הדיוק, שנפל בנוגע לנתון מסויים, המתייחס לעיר קלקיליה (ראו סעיף 394 לתשובת המשיבים). בחוות הדעת מובא ציטוט מתוך דו"ח דוגארד. המשיבים מצביעים על כך שבדו"ח המשלים של מזכ"ל האו"ם הובא עדכון אליו בית הדין אינו מתייחס. ואולם במה דברים אמורים? באיזה הבדל מדובר? אין חולק על כך, כי עיר

בת 40,000 תושבים מצאה עצמה מוקפת כולה חומה, כאשר אך פתח צר אחד נותר בה, כפתח חיים אחד לכל תושביה. בתחילה, ובמשך תקופה ארוכה ביותר, פתח זה נשלט על ידי מחסום צבאי קבוע, אשר היה פתוח אך בין השעות 7 בבוקר ל-7 בערב. על כך המשיבים אינם חולקים. בדו"ח המשלים צויין, כי המחסום הקבוע מזרחית לעיר הוסר, ואולם מחסומים ניידיים עדיין חוסמים את התנועה לעיר ומהעיר החוצה. כן צוין בו, כי החלו עבודות לסלילת כביש בין מובלעת חבלה לקלקיליה. אכן, חוות הדעת אינה מציינת עדכונים אלה. ואולם, בין כך ובין אחרת, הפגיעה בחופש התנועה ובמרקם החיים כולו של תושבי העיר והישובים סביבה הינה ברורה וחד-משמעית. ככל שיש חשיבות לשעות המדוייקות ולאמצעים המגבילים המדוייקים השולטים על תנועתם של התושבים, ויש חשיבות, אין בכך כדי לשנות את הפגיעה הקשה המהותית, הנגרמת בעקבות כיתורה של עיר שלמה בחומה, ואשר ככלל היציאה והכניסה אליה נתונה לשליטתם ולהכרעתם של חיילי צה"ל.

78. זאת ועוד, בהקשר זה לא למותר לעמוד על ההצגה המגמתית של הנתונים על ידי המשיבים, בנושא זה עצמו. בסעיף 419 לתשובתם טוענים המשיבים: "כבר כיום, קיימות שתי דרכי גישה חופשיות לעיר, האחת מכיוון מזרח והשנייה מכיוון דרום. הדרך מכיוון דרום נסללה עוד לפני המועד בו ניתנה חוות הדעת, בעלות של כ-11 מליון ₪, במטרה לאפשר גישה לקלקיליה מכיוון הכפרים השוכנים דרומית לעיר". ואולם, בפועל, מדובר במנהרה, שמאפשרת גישה לשני כפרים בלבד (חבלה וראס עטיה), הכלואים במובלעת, ואילו באשר לגישה שבין קלקיליה ליתר הכפרים, המצויים מדרומה, מצב הגישה לעיר נותר כשהיה. למותר לציין, כי אף כיום מוצבים לא אחת על הדרכים, המחברות את העיר עם סביבותיה, מחסומים ניידיים, ולעיתים נחסמות הדרכים לחלוטין.

העתק מן הדיווח השבועי האחרון בין התאריכים 26.4.2005 – 20.4.2005 של משרד OCHA (Office for the coordination of humanitarian affairs מטעם האו"ם), מצורף **כנספח ע/6**.

79. המשיבים טוענים, כי הנתון המוזכר בחוות הדעת המתייחס להיקף האדמות, שנתפסו ונהרסו לצורך הקמת הגדר בשלב הראשון, הינו מוגזם (סעיף 395 לכתב התשובה). אכן נראה שנפלה טעות בדו"ח עליו הסתמך בית הדין. לא ברור מקורה של הטעות, האם מדובר בטעות קולמוס, או בבלבול בין היקף האדמות, שנתפסו לצורך הקמת הגדר, לבין היקף האדמות, שנתפסו מערבית לגדר.

80. עוד טוענים המשיבים, כי לנתונים, המתייחסים להפרדת קהילות פלסטיניות משירותים שונים "אין כל שחר". לטענתם, בשלבים א' וב', אליהם מתייחס הדו"ח, "מצויות בסך הכל 11 "קהילות" פלסטיניות, באזור ברטעה וח'רבת ג'ברה, ובאזור אלפי מנשה" (סעיף 398 לתשובת המשיבים). כנראה שהמשיבים אינם מייחסים כל חשיבות לניתוקן של קהילות, שנתרו מזרחית למכשול, אך נותקו ממרכזי החיים שלהם (כמו מהעיר קלקיליה).

81. המשיבים כופרים גם בטענה לניתוקם של התושבים ממקורות מים עליהם נסמכו למחיתם, ומתייחסים במפורט לכפר ג'יוס (סעיף 401 לתשובת המשיבים). דא עקא, שבנוגע לכפר זה מודים המשיבים, כי תושבי הכפר נותקו מהבארות, ואומרים כי "התבקש מהנדס הכפר להכין תכנית להנחת צינורות להובלת המים. תכנית זו אמורה להידון בוועדת המים

המשותפת". ואכן, מועצת הכפר הגישה תוכניות כבר בחודש אפריל 2003 למנהל האזרחי. למרות זאת, עד היום לא ארע דבר. התוצאה, אותה מאשרים אף המשיבים בתשובתם היא, כי עד היום מנותקים תושבי הכפר ממקורות המים, עליהם נסמכו למחייתם עד להקמת הגדר. מנתונים עדכניים עולה, כי כתוצאה מכך, כחמישית מהכנסותיה של משפחה, המתגוררת בכפר זה (בממוצע), מוצאת כיום על רכישת מים מכפרים סמוכים. עקב העובדה, שאף הכפרים הסמוכים סובלים ממצוקת מים, מחירי המים הולכים ומאמירים.

82. עוד כופרים המשיבים בקביעה, שהקמת הגדר מנתקת את תושבי מרחב התפר ממקומות העבודה, מבתי הספר, ממוסדות בריאות ושאר שירותים סוציאליים (סעיפים 399, 400 ו-403 לתשובת המשיבים). טענת המשיבים לחוסר איזון בחוות הדעת בהקשר זה מתבססת על כך, שאומנם המכשול "יוצר קשיים לחלק מתושבי מרחב התפר, אולם תושבי מרחב התפר יכולים לצאת ממרחב התפר ולהיכנס אליו דרך מעברים מיוחדים במכשול, והדבר אכן מתרחש בפועל" (סעיף 403 לתשובת המשיבים). דא עקא, שהאפשרויות המוגבלות והקשות, העומדות לתושבים לצורך חציית הגדר באמצעות המעברים, אין בהן כדי לרפא את הפגיעה הבסיסית שבעצם הקמתה של גדר היוצרת חיץ, מקום שכזה לא היה קודם לכן, על כל ההשלכות הקשות שיש לכך על חייו של אדם. סוגיה זו נדונה בהרחבה בעתירה אחרת התלויה ועומדת בפני בית משפט זה (בג"ץ 11344/03 פאיז סלים ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון). למותר לציין, שלמרות הבחינה הממושכת והקפדנית המתבצעת תחת פיקוחו של בית משפט זה, ביחס ליכולת המעבר של תושבי ארבעת הכפרים העותרים, המצב בשטח מאשר חד-משמעית, כי בניית הגדר גורמת לניתוק מאדמות ומשירותים ולבעיות יום יומיות קשות ביותר בשל הצורך בחצייתה.

83. על כך, שאין באפשרות המעבר הלכאורית כדי לבטל את הפגיעה והניתוק, הנגרמים על ידי הגדר, עמד בית משפט זה בהלכת בית סוריק:

"משטר הרישוי שהמפקד הצבאי מבקש לקבוע ואשר הוחל על שטחי קרקע רבים, אין בכוחו למנוע או להפחית באופן משמעותי את ממדיה של הפגיעה הקשה בחקלאים המקומיים".

(סעיף 82 לפסק הדין)

84. מספר שופטים התייחסו לסוגיה של האיזון בחוות הדעת, והמשיבים מצטטים מדבריהם אלה בהרחבה (ראו סעיפים 382 עד 387 לתשובת המשיבים). שופטים אלה כוללים את השופטים Buergethal, Higgins, Kooijmans, ו-Owada. יחד עם זאת, ולמרות הערותיהם בדבר חסרים שבחוות הדעת, כל השופטים, למעט השופט Buergethal, שנתר בדעת מיעוט יחידה, היו בדעה, כי אין בחסר זה בחוות הדעת כדי לפגום בתקפותן ובכוננותן של מסקנותיה של חוות הדעת, גם אם לדעתם עשוי הדבר לפגום באופן בו חוות הדעת תתקבל. במובן זה, מדובר בביקורת פנים-מערכתית, הדואגת למידת הלגיטימיות, שבה תתקבל חוות הדעת, ואולם אין בה למעשה דבר מבחינת אי-הסכמה עם תקפותן של מסקנותיה לגופן.

85. כך למשל, עמדה השופטת היגנס על החסר, הקיים בחוות הדעת בכל הנוגע לתיאור מלא ומקיף של הרקע וההקשר, בהם נטועה השאלה, שהוצגה בפני בית הדין:

“There is a further aspect that has been of concern to me so far as the issue of propriety is concerned. The law, history and politics of the Israel-Palestine dispute is immensely complex. It is inherently awkward for a court of law to be asked to pronounce upon one element within a multifaceted dispute, the other elements being excluded from its view.”

(סעיף 14 לחוות דעתה של השופטת היגנס)

86. ואולם, ממשיתה השופטת היגנס ומציינת, כי הגם שהקשר ורקע הם ככלל חשובים בהכרעה שיפוטית, הרי שלא להאילן השלכה ממשית, ככל שמדובר בהפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, העומדות כחובות עצמאיות, שאינן תלויות בהתנהגותו של הצד השני:

“Context is usually important in legal determinations. **So far as the request of the Assembly envisages an opinion on humanitarian law, however, the obligations thereby imposed are (save for their own qualifying provisions) absolute.** That is the bedrock of humanitarian law, and those engaged in conflict have always known that it is the price of our hopes for the future that they must, whatever the provocation, fight “with one hand behind their back” and act in accordance with international law.”

(סעיף 14 לחוות דעתה של השופטת היגנס, ההדגשה הוספה)

87. כאמור, אף השופט Owada כלל בחוות דעתו הנפרדת ביקורת, באשר לאופן בו הוצגו הדברים בחוות הדעת המרכזית. יחד עם זאת, מדגיש הוא, כי בפני בית הדין עמד חומר רב, שיש בו כדי לבסס את המסקנות העובדתיות והמשפטיות, הנכללות בחוות הדעת. כמו כן:

“22. On this point of facts and information relating to the present case, it is undoubtedly true, as the present Opinion states, that

“the Court has at its disposal the report of the Secretary-General, as well as a voluminous dossier submitted by him to the Court, comprising not only detailed information on the route of the wall but also on its humanitarian and socio-economic impact on the Palestinian population” (Advisory Opinion, para. 57).

Indeed, there is ample material, in particular, about the humanitarian and socio-economic impacts of the construction of the wall. Their authenticity and reliability is not in doubt....

...

24. **In raising this point, it is not my purpose to dispute the factual accuracy of these assertions, or to question the conclusions arrived at on the basis of the documents and the material available to the Court.** In fact it would seem reasonable to conclude on balance that the political, social, economic and humanitarian impacts of the construction of the wall, **as substantiated by ample evidence supplied** and documented in the course of the present proceedings, is such that the construction of the wall would constitute a violation of international obligations under various international instruments to which Israel is a party. **Furthermore, these impacts are so overwhelming that I am ready to accept that no justification based on the “military exigencies”, even if fortified by substantiated facts, could conceivably constitute a valid basis for precluding the wrongfulness of the act on the basis of the stringent conditions of proportionality “**

25. However, that is not the point. What is crucial is that the above samples of quotations from the present Opinion testify to my point that the Court, once deciding to exercise jurisdiction in this case, should be extremely careful not only in ensuring the objective fairness in the result, but in seeing to it that the Court is **seen** to maintain fairness throughout the proceedings, whatever the final conclusion that we come to may be in the end.”

(קטעים מסעיפים 22-25 לחוות דעתו הנפרדת, ההדגשה הוספה)

88. נוכח טענותיהם המרובות של המשיבים נגד אי-דיוק וחוסר האיזון שבחוות הדעת, קשה שלא להתייחס לאופן הצגת הדברים על ידי המשיבים בתשובתם. כך, למשל, בטענותיהם בדבר האפקטיביות של המכשול טוענים המשיבים: “עתה, עם הירידה בכמות הפיגועים ועם תחילת החזרה לשגרת חיים נורמאלית, **בשל הקמת המכשול**, מופנה הזרקור אל הפגיעה בתושבים הפלסטינים. הפניית הזרקור באה, לעיתים, תוך הימנעות מבחינת התועלת שבמכשול. בעת הזאת שבה ועולה הדרישה לפירוק המכשול.” (סעיף 82 לתשובת המשיבים, ההדגשה במקור). **ראשית**, בהצגת הדברים באופן זה מעוותים המשיבים את הביקורת, הנמתחת כלפי הקמת הגדר – הביקורת איננה מופנית נגד החלטתה של ישראל להקים גדר, אשר תגן עליה מפני חדירות מחבלים, כי אם **נגד תוואי הגדר שנבחר**. בבסיסה של ביקורת זו לא עומדת קביעה או הנחה, כי הגדר הנבנית על ידי ישראל איננה אפקטיבית. ההיפך הוא הנכון. בבסיסה עומדת הקביעה, כי אף אם הגדר הינה אפקטיבית, מחוייבת היא לעמוד בהוראותיו של המשפט הבינלאומי, משפט הנותן משקל מלא לזכותן של מדינות להגן על עצמן ועל אזרחיהן. מכאן,

שבבסיסה של הביקורת עומדת ההנחה, שבאפשרותה של ישראל לפעול להגנתה ולהגנת אזרחיה באמצעים אחרים, חוקיים. שנית, בהצגת הדברים בהקשר זה מצניעים המשיבים עד מאוד את כל הפעולות הנוספות, בהן נקטו במהלך אותה תקופה ממש, אף הן בטענה, כי כולן נדרשות לצורך עצירת מתקפת הטרור (ובכללן, פלישת כוחות הצבא לשטחי A, אשר כללה הרס מסיבי של תשתיות ומבנים, שיתוק כמעט מוחלט של התנועה בגדה המערבית על ידי הטלת כתרים והצבת מאות חסימות ועשרות מחסומים, החיסולים ועוד). עוד הם מתעלמים מכל המגעים וההישגים הדיפלומטיים, ובכללם הפסקות האש שהושגו בין ישראל והפלסטינים, ומיחסים את כל השינוי שחל במצב, ולמצער, את עיקרו, להקמת הגדר (ואף זאת, למרות שעד כה נבנה חלק קטן בלבד מהתוואי המתוכנן כולו).

89. לא זו אף זו, טיעוני המשיבים כוללים טיעונים עובדתיים בלא שמובאות העובדות שיתמכו בהן. המשיבים טוענים למשל לכך, שהקמת הגדר תביא לשיפור מצבם ההומניטרי של התושבים הפלסטינים בשטחים (ראו למשל סעיף 188 לתשובת המשיבים). טענה זו מובאת באופן סתמי, בלא פירוט באשר לשינויים הקונקרטיים שנעשו, ובכלל זאת, בהתייחס לחסימות, ולמחסומים שהוסרו **בעקבות הקמת הגדר**. למותר לציין, שגם בטענה זו אין כדי לשמש הצדקה כלשהי לתוואי הגדר שנבחר, וזאת להבדיל מעצם הקמתה של גדר, שכן גם גדר, שהייתה מוקמת על הקו הירוק, הייתה יכולה להשיג אותה תוצאה עצמה.

90. עוד טענה המושמעת על ידי המשיבים ללא התייחסות לתשתית עובדתית כלשהי, היא טענתם לכך שהגדר אינה עומדת בסתירה לחובות המחזיק בשטח כבוש, הקבועות בדין ההומניטרי, באשר לצורכי המזון, הרפואה והחינוך של התושבים בשטח. לצורך ביסוס טענה זו, כל שמובא על ידי המשיבים הוא הטענה הבאה "המשיבים נקטו צעדים רבים במטרה לעמוד בחובה זו, ולשמור על מרקם החיים של האוכלוסייה המקומית, ככל הניתן" (סעיף 199 לתשובת המשיבים). לא רק שטענה זו נטענת בחלל הריק, אלא שהיא אף מתעלמת מהנתונים הקיימים, ואשר מן הסתם ידועים היטב למשיבים, בדבר הפגיעות הכלכליות והאחרות, שהגדר גרמה לכפרים הסמוכים לה, ובעיקר לאלה שכלכלתם התבססה על חקלאות (ראו סעיפים 397-399 להלן).

91. בין כך ובין אחרת, על מהותם של הדברים אין מחלוקת – גדר הולכת ונבנית בתוך שטחי הגדה המערבית וגורמת לפגיעות רבות ושונות לאוכלוסייה הפלסטינית המקומית. מדובר בפגיעות קשות למרקם החיים הכולל של האוכלוסייה. היא פוגעת הן בחייהם של אלה, המוצאים עצמם מערבית למכשול, הן בחייהם של אלה, המוצאים עצמם מזרחית למכשול, אך אדמותיהם, שירותים להם הם זקוקים או משאבים אחרים, נותרים מערבית לו, הן בחייהם של אלה, שהגדר מקיפה אותם כמעט מכל עבריהם, והן באלה, שהיא קוטעת את קהילותיהם באמצען. במשטר הרישוי והשערים, שמבקשים המשיבים להנהיג, אין כדי לרפא פגיעות אלה. עמד על כך בית משפט נכבד זה בבג"ץ בית סוריק:

"82... משטר הרישוי שהמפקד הצבאי מבדקש לקבוע ואשר הוחל על שטחי קרקע רבים, אין בכוחו למנוע או להפחית באופן משמעותי את ממדיה של הפגיעה הקשה בחקלאים המקומיים. האפשרות להגיע לאדמות תלויה באפשרות לחצות שערים, שהמרחק ביניהם רב ושאינם

פתוחים כל העת. בשערים ייערכו בדיקות ביטחוניות, דבר שעלול למנוע מעבר כלי רכב, ואשר ייצור מטבע הדברים תורים ארוכים ושעות המתנה רבות. כל אלה אינם עולים בקנה אחד עם יכולתו של חקלאי לעבד את אדמתו. יהיו בוודאי מקומות, שבהם לא יהא מנוס מכך שגדר ההפרדה תחצוץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם. באותם מקומות יש להבטיח מעבר שיקטין ככל האפשר את הפגיעה בחקלאים.

...
84. פגיעתה של גדר ההפרדה אינה מצטמצמת אך בפגיעה באדמות התושבים ובגישתם אליה. הפגיעה היא רחבה יותר. היא משתרעת על מירקם החיים של האוכלוסיה כולה. בחלקים רבים גדר ההפרדה עוברת סמוך לבתיהם. במקומות מסויימים (כגון בית סוריק) גדר ההפרדה עוטפת את הכפר ממערב מדרום וממזרח. הגדר משפיעה במישרין על הקשר בין התושבים המקומיים לבין המרכזים העירוניים (ביר נבאלה ורמאללה). קשר זה הוא קשה גם בלא גדר ההפרדה. קשר זה יהא קשה שבעתיים עם הקמתה של הגדר.

(ההדגשה הוספה)

ג. שינויים בתשתית העובדתית מאז ניתנה חוות הדעת

92. מוסיפים המשיבים וטוענים, כי מאז ניתנה חוות הדעת חל שינוי משמעותי ביותר בתוואי הגדר הקיים, בתוואי המתוכנן ובהסדרים, החלים ממערב לגדר.
93. ואכן, אין להתעלם משינויים שחלו בתשתית העובדתית. מאז ניתנה חוות הדעת חלפו כאמור כעשרה חודשים. בינתיים קיבלה הממשלה החלטה על שינוי תוואי הגדר. כמו כן הוכנסו שינויים בהסדרים הפרטניים שהונהגו על ידי המשיבים ב"מרחב התפר". פירוט השינויים, שחלו במצב העובדתי, מובא בסעיפים 413 עד 437 לתשובת המשיבים.
94. הגם שמהנתונים שפורסמו על ידי המשיבים עולה, כי חל שינוי בתוואי המתוכנן של הגדר, הרי שכפי שיובהר להלן, אין בשינויים שהוכנסו כדי ליצור שינוי מהותי-עקרוני, שיש בו כדי לנטרל את עיקר הפגמים, עליהם עמד בית הדין.
95. ראשית, חלקים נכבדים ביותר של הגדר נותרו בעינם בלא כל שינוי (ולמצער, כמעט בלא שינוי) מאז ניתנה חוות הדעת. בחלקם אלה קטעי גדר, שנבנו והושלמו עוד בטרם ניתנה חוות הדעת, ובחלקם האחר אלה קטעים, שהעבודות להשלמתם עמדו בעיצומן בעת שחוות הדעת ניתנה. בנוגע לחלקים אלה, הרי שהתשתית העובדתית, שעמדה ביסוד מתן חוות הדעת - שרירה וקיימת. לא זו אף זו, למרות שהמשיבים מודים ששלב א' של הגדר הוקם במהירות, ובלא הערכה ראויה של תוצאות הגדר על האוכלוסייה הפלסטינית, ולמרות שכעת הפגיעות, הנגרמות בשל התוואי של שלב א' במקומות שונים הינן ברורות, המשיבים לא החליטו על תיקונים משמעותיים בתוואי הקיים (ראו סעיף 88 לתשובת המשיבים).
96. כך, למשל, לא הוחלט על תיקון התוואי הפוגעני להחריד במובלעת אלפי מנשה, היוצרת מכלאה, פשוטו כמשמעו, עבור התושבים הפלסטינים המתגוררים בה. עתירה בעניין התוואי

באזור זה תלויה ועומדת בפני בית משפט נכבד זה (בג"ץ 7957/04 זהראן מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח'). כך גם לא הוחלט על תיקון התוואי באזור ריחן.

97. אף התכנון, עליו מדווחים המשיבים לתיקון התוואי באזור ח'רבת ג'בארה, אין בו כדי לרפא את הפגמים הקשים שנפלו בו. לפי הנתונים שבידי העותרים, הגם שבעקבות התיקון יימצאו תושבי הכפר מזרחית לגדר, תמשיך הגדר לחצוץ בינם לבין אדמותיהם, בכך שתותיר חלק ניכר מאדמותיו של הכפר ממערב לגדר (בעקבות שינוי התוואי עתידיים להיוותר כ-1,700 דונם מאדמות הכפר ג'ברה בצד המערבי של הגדר לעומת כ-3,000 דונם, המנותקים מהכפר בתוואי הקיים. כמו כן, תוואי הגדר ימשיך לפגוע באלפי דונמים של אדמות חקלאיות של כפרים שכנים, ובהם הכפר א-ראס והכפר פרעון).

98. אי-תיקון הקיים בולט במיוחד בהסדרים, המוטלים במרחב התפר: בה בשעה שלגבי אזור גוש עציון מודיעים המשיבים, כי אין בכוונתם לסגור את מרחב התפר ולהחיל עליו את משטר ההיתרים, אין הם מודיעים על ביטול המשטר, השורר ביתר האזורים של מרחב התפר הקיים (ראו סעיף 426 לתשובת המשיבים).

99. לאי-ביטולו של המשטר, שהוחל על מרחב התפר, לא נלווה כל הסבר. לעומת זאת, מרחיבים המשיבים באשר לבעיות שונות, שהתגלו להם, מהן סובלים תושבי מרחב התפר. למרות הודאתם בקיומן של בעיות קשות, מצויות ההמלצות, שאמורות לכאורה להביא לתיקון, "בשלב יישום" בלבד (סעיפים 434 ו-435 לתשובת המשיבים). ואולם ההסדרים, שעליהם עמלים המשיבים, אינם מרפאים את הפגם החוקי, שבעצם סגירת השטח והתניית הכניסה אליו בהיתר. משטר ההיתרים מנתק דה-יורה את השטח הסגור של "מתחם התפר" מיתר האזור, לאחר שהגדר ניתקה אותו דה-פקטו, וסיפחה אותו, הלכה למעשה, לשטח מדינת ישראל (ראו סעיפים 195-197 להלן).

100. לא זו אף זו, השיפורים, שמבטיחים המשיבים להכניס, לא ישנו להלכה, וגם לא למעשה, את ניתוקם של תושבי השטח הסגור מיתר התושבים המוגנים באזור, מבני משפחתם, בני קהילתם, ומחספתקת השירותים המגוונים, שלהם הם נזקקים. רשימת ה"בעיות", שאותרו על ידי המשיבים, הנוגעות לתושבי מרחב התפר ולאלה שצריכים להגיע אליו, רחוקה מלהיות ממצה. כך, למשל, אין התייחסות לצורך בהשגת היתרים לכניסה למרחב התפר לא רק עבור נותני שירותים אלא גם לשם קיום קשרים משפחתיים וחברתיים. מכלול בעיות אלה נדון בהרחבה בעתירות אחרות, התלויות ועומדות בפני בית משפט זה (בג"ץ 11344/03 פאיז סלים ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, בעניין המעברים בגדר, ובג"ץ 639/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, בעניין מרחב התפר).

101. שנית, המשיבים בחרו להביא את הנתונים העדכניים בדבר השינויים, שחלו מאז מתן חוות הדעת, בנפרד ביחס לכל מקטע ומקטע. הצגת הנתונים הינה חלקית בלבד, ואינה כוללת את כל הנתונים הרלבנטיים. בשל כך, אין היא נותנת תמונה כוללת ומלאה של כל הנתונים, כך שתתאפשר השוואה עם הנתונים, אליהם התייחס בית הדין, ובכללם:

א. היקף השטח הכולל, שנתפס לצורך הקמת הגדר (הן השטח שייתפס באופן קבוע בסיום העבודות, והן השטח הנוסף הנדרש במהלך העבודות);

- ב. היקף השטח הכולל, שיוותר ממערב לגדר ;
- ג. מספר התושבים הפלסטינים ממערב לגדר (בשטחי הגדה המערבית ובמזרח ירושלים) ;
- ד. מספר התושבים הפלסטינים, המוקפים גדר באופן מלא או חלקי ;
- ה. מספר המתנחלים בגדה המערבית ממערב לגדר ;
- ו. מספר המתנחלים בגדה המערבית ממזרח לגדר.
102. מאופן הצגת השינויים על ידי המשיבים לא ניתן להעריך האם השינויים, אותם הם מפרטים, הביאו לשינוי מהותי ומשמעותי בתוואי הגדר. מהפיסקה המסכמת (סעיף 428 לתשובת המשיבים) מתקבל הרושם, שחל שינוי דרמטי ורדיקלי בתוואי הגדר. ואולם, בחינה של הדברים לאשורם מגלה תמונה אחרת. כפי שנראה, אין בשינויים, שהוכנסו בתוואי הגדר, כדי לבטל את פגיעותיו של תוואי הגדר, עליהן עמד בית הדין.
103. עיקר השינוי שהוכנס הוא בצמצום השטח, שיופרד על ידי הגדר מיתר שטחי הגדה המערבית. לפי נתוני העותרים, היקף השטח, שאמור היה להיוותר ממערב לגדר על פי התכנון הקודם, עמד על 809,582 דונם, בעוד שעל פי התוואי הנוכחי שטח זה עומד על 536,191 דונם. ההפרש עומד על 273,401 דונם.
- טבלה של ארגון "בצלם" המרכזת נתונים השוואתיים בין תוואי הגדר הישן והתוואי החדש אלו מצורפת **כנספח ע/7**.
- ראו גם: טבלאות המרכזות את ההבדלים בין נתוני העותרים לנתוני המשיבים ביחס לתוואי משנת 2003 וביחס לתוואי החדש נספחים ע/5, ע/4 בהתאמה.
- ואולם, השוואת תוואי הגדר החדש עם התוואי הישן מראה, כי השפעת השינוי מבחינת האוכלוסיה הפלסטינית בשטחים, הנפגעת מתוואי הגדר הינה קטנה. את עיקר השינוי מבחינת השטח יש ליחס להזזת תוואי הגדר המתוכנן באזור דרום הגדה המערבית בשיפולי אזור דרום הר-חברון (המהווה חלק משלב ד', ראו סעיפים 425 עד 427 לטענות המשיבים) – היקף השינוי באזור זה הוא 170,000 דונם, המהווים כ-62% מההפרש בין התוואי החדש לישן.
104. עם זאת, עיון בנתונים אחרים אף מדגיש עוד יותר את היעדרו של שינוי מהותי, ואף החמרה. כך למשל, בעוד שלפי התוואי הקודם 104,760 דונם היו אמורים להיות מוקפים באופן מלא או חלקי בגדר, עלה שטח זה בתוואי הנוכחי ל-160,478 דונם. כך, שבעוד שעל פי התוואי הקודם אמורים היו 914,352 דונם קרקע להפגע באופן ישיר מבנית הגדר (שהם 16.27% משטח הגדה המערבית), על פי התוואי הנוכחי כ-696,669 דונם ייפגעו באופן ישיר (שהם כ-12.4% משטח הגדה המערבית).
105. לעומת זאת, כמעט ולא חלו שינויים, ובוודאי שלא שינויים משמעותיים, באזורים הצפוני והמרכזי של תוואי הגדר. כך, למשל, בשלב א' היקפו של השינוי הוא "העברתם" של 3 קמ"ר וכ-400 פלסטינים לצידה המזרחי של הגדר. 87 קמ"ר ו-5,600 פלסטינים יוותרו מצידה המערבי של הגדר (סעיף 419 לתשובת המשיבים). לגבי שלב ב' לא חל שינוי, אך חלק מהתוואי, שהיה מתוכנן, בוטל (סעיף 420 לתשובת המשיבים). לגבי שלב ג' וחלקיו של שלב ד' באזור ירושלים (שהם השלבים עם הפגיעות הקשות ביותר) לא נמסרו נתונים השוואתיים

מלאים, ולכן לא ניתן לאמוד מנתוני המשיבים את היקף השינוי, שחל בהם (סעיפים 421 עד 427 לתשובת המשיבים).

106. אחת מפגיעותיה הקשות של הגדר הינה הפגיעה, שהיא גורמת למאות אלפי דונמים של אדמות חקלאיות, הנחשבות לאדמות הפוריות בגדה המערבית. לשינוי התוואי, שהתקבל בהחלטת הממשלה החדשה, נראה שתהיה אך השפעה מועטה בלבד על היקפה של פגיעה זו.

107. בחינה של התוואי החדש והשוואתו לתוואי הישן מלמדת אם כן, כי גם תוואי זה ממשיך להתפתל לפי אותו עקרון של עיקוף ההתנחלויות, והכללת מרבית המתנחלים בצד ה"מערבי" וה"ישראלי" של הגדר.

108. היעדר השינוי בולט עוד יותר בנוגע להיקפה של האוכלוסיה המושפעת. על פי התוואי החדש, מתוכננים להיכלל בצד הישראלי של הגדר בין כ-140,000 ל-170,000 מתושבי ההתנחלויות בגדה המערבית, כ-180,000 תושבים יהודים במזרח ירושלים. בנוסף, יימצאו עצמם פלסטינים רבים בצד ה"ישראלי" של הגדר, ובכללם כ-24,000 פלסטינים, המתגוררים ב-14 יישובים, יימצאו במרחב התפר, וכ-220,000 תושבים פלסטינים במזרח ירושלים. בנוסף, כ-230,000 פלסטינים, המתגוררים בכ-53 יישובים, יהיו מוקפים בגדר משלושה עברים לפחות.

נתונים אלה דומים עד מאוד לנתונים המתייחסים לתוואי הגדר הישן, כפי שניתן לראות בבירור מטבלת הנתונים ההשוואתית המצורפת כנספח ע/7.

109. מהאמור עולה, כי בניגוד לטענות המשיבים, לא חל שינוי איכותי-עקרוני בתוואי הגדר שנבחר להיבנות על ידם בשטחי הגדה המערבית. רואים אנו, כי תכונותיו העיקריות של התוואי – היותו פולש לעומק השטחים, ומפריד שטח קרקע עצום בהיקפו מיתר שטחי הגדה המערבית, על מנת לכלול את מרבית המתנחלים ואת מרבית שטחי ההתנחלויות בצד הישראלי של הגדר, תוך פגיעה באוכלוסיה פלסטינית המונה מאות אלפי אנשים – לא השתנו.

ד. היעדר נתונים המתייחסים לצורך הצבאי שבתוואי הגדר

110. טענה מרכזית נוספת של המשיבים במישור העובדתי נוגעת לשאלת הוכחתו של הצורך הצבאי של ישראל בבניית הגדר בתוואי שנבחר. כאמור, לטענתם, לא עמד בפני בית הדין די חומר בעניין זה, ולפיכך מסקנתו, כי תנאי הצורך הצבאי אינו מתקיים, פגומה. מכאן עולה השאלה, האם יש בנתונים, שהובאו על ידי המשיבים בפני בית משפט זה, כדי לשנות ממסקנה זו? עיון בנתונים, המובאים על ידי המשיבים לכל אורך כתב התשובה, מלמד, כי המשיבים אינם מביאים נתונים המוכיחים, כי תוואי הגדר שנבחר על ידם נובע משיקולים של צורך צבאי הכרחי, וזאת להבדיל משיקולים ביטחוניים, התומכים בהקמתה של גדר ביטחון כלשהי.

111. המשיבים מציינים שלושה טעמים עיקריים לפלישתו של תוואי הגדר לשטח הגדה המערבית: לצורך הגנת ההתנחלויות, בשל המבנה הטופוגרפי של השטח בו עובר הקו הירוק, וסמיכות של יישובים ישראליים ואתרים אחרים לקו זה (סעיף 64 לתשובת המשיבים).

112. עיון בתוואי הגדר מלמד, כי עיקר פלישתו נובע בשל הטעם הראשון – ההתנחלויות. המשיבים אינם מפרטים מדוע הגנתם של תושבי ההתנחלויות יכולה להיעשות אך ורק באמצעות הכללתם בצד הישראלי של הגדר.

באשר לטעם השני, ה"טופוגרפי" – לטענת המשיבים, תוואי גדר שהיה עובר ממש על הקו הירוק לא היה מאפשר להגן על החיילים, המסיירים לאורכה, ולא היה מאפשר תצפית לכיוון הגדה. ראשית, המשיבים כלל אינם מציינים אלו הם קטעי הגדר, שהיה הכרחי לבנותם בתוך שטח הגדה המערבית בשל שיקול זה. שנית, מעבר להצבעה על העדפה מבצעית כללית, אין בטיעון זה דבר, שיכול לבסס הכרח צבאי. לחסרונות אלה, שמציינים המשיבים, ניתן למצוא שלל פתרונות, שיכולים ליתן מענה, ושאינם כרוכים בהקמת גדר דווקא בתוך שטחי הגדה המערבית, ובכללם האפשרות להקמתם של מגדלי תצפית.

אף בטעם השלישי – קיומם של ישובים ישראליים, הנמצאים בסמוך לקו הירוק, אין בו כדי לבסס צורך צבאי הכרחי. לצורך הגנתם של תושבי ישובים אלו יכולים היו המשיבים, למשל, לנקוט באמצעים דומים לאלו, בהם נקטו באיזורים מאוכלסים הצמודים לקו הירוק (הקמת חומת בטון, למשל, בסמוך לקלקיליה ולטול כרם).

כפי שהמשיבים עצמם מודים, אין בהקמת הגדר כדי ליתן פתרון מושלם (סעיף 59 לתשובת המשיבים). העובדה כי קיים שיקול בטחוני, שעמד ביסוד בחירתו של תוואי כזה או אחר, אין משמעה, כי לא קיים תוואי אחר, שעשוי היה להשיג את אותה התכלית עצמה, ולמצער, את מרביתה.

113. אם כן, המשיבים מרחיבים אומנם את הדיבור על כך, ש"המכשול מציל חיים". דא עקא, שלכל אורך התשובה לא מובאים נתונים משכנעים, שיש בהם להוכיח, כי יתרונות בטחוניים אלה הושגו אך ורק בשל תוואי הגדר שנבחר, וכי יתרונות אלה לא היו מושגים, לו הייתה נבנית הגדר על הקו הירוק. כעולה מחוות דעתו של בית הדין, זו אמת המידה בה היה על המשיבים לעמוד:

"To sum up, the Court, from the material available to it, is not convinced that the **specific course** Israel has chosen for the wall **was necessary** to attain its security objectives"

(סעיף 137 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

על גישה זו חזר אף בסעיף 140 לחוות הדעת:

In the light of the material before it, the Court is not convinced that the construction of the wall **along the route chosen was the only means to safeguard the interests of Israel** against the peril which it has invoked as justification for that construction".

114. עמדה על כך אף השופטת Higgins בחוות דעתה הנפרדת:

"While the wall does seem to have resulted in a diminution on attacks on Israeli civilians, the

necessity and proportionality for the particular route selected, with its attendant hardships for Palestinians uninvolved in these attacks, has not been explained”

(סעיף 35 לחוות דעתה)

115. אם כן, העובדה, כי הקמת גדר בתוואי שנבחר יש בה כדי לשרת אינטרסים ביטחוניים, אין בה די. על המשיבים להראות, כי רק בתוואי זה, ולא בתוואי אחר, העובר על הקו הירוק, יש כדי להשיג מטרות אלה, ולמצער, כי ההבדל מבחינה צבאית וביטחונית בין השניים הוא כזה, אשר מצדיק את הפגיעות האנושות, הנגרמות לאוכלוסיה האזרחית הפלסטינית בשטחים. ודוק, העברת הגדר על הקו הירוק היתה מונעת כמעט לחלוטין את הפגיעות, הנגרמות לאוכלוסיה הפלסטינית. על כן נראה, כי רק אם היה עולה בידי המשיבים להוכיח קיומו של הבדל מהותי וקריטי מבחינת הגנתם של תושבי מדינת ישראל, וכי העברת תוואי גדר על הקו הירוק ימשיך להעמיד את תושבי מדינת ישראל בסכנה מפני מתקפת טרור, עשוי היה הדבר לבסס קיומו של צורך צבאי בתוואי הנבחר.
116. כאמור, המשיבים לא הביאו נתונים אלה, ולפיכך אין בכל טיעוניהם כדי לבסס תשתית עובדתית שונה מזו שעמדה בפני בית הדין, ואשר הובילה אותו למסקנה, כי תוואי הגדר איננו יכול להיות מוצדק מטעמים של צורך צבאי הכרחי.

חלק רביעי – התשתית הנורמטיבית

א. על קצה המזלג - על ההבדלים בין הלכת בית סוריק לפסיקת בית הדין הבינלאומי

117. בכתב התשובה טוענים המשיבים, כי התשתית הנורמטיבית הרלבנטית לענייננו נקבעה בבג"ץ בית סוריק, וכי לחוות הדעת, שניתנה על ידי בית הדין הבינלאומי בהאג, אין כל השלכות רלבנטיות לענייננו (סעיף 552 לכתב התשובה).
118. ואולם, כפי שאף בית משפט זה הבהיר הבהר היטב כבר בעת נתינתה של הלכת בית סוריק, אין בה כדי למצות את הדיון בסוגיית הסמכות (ראו סעיף 25 לפסק הדין). בוודאי שאין בה כדי למצות את הדיון בסוגיות אחרות, שלא נדונו והוכרעו על ידו.
119. בבג"ץ בית סוריק, התמקדה בחינתו של בית משפט זה בשתי סוגיות עיקריות (ראו סעיף 25 לפסק הדין): הסוגיה העיקרית האחת עסקה בסמכותו העקרונית של המפקד הצבאי לבניית גדר בשטחי הגדה המערבית (סעיפים 26-32 לפסק הדין). באשר לסוגיה זו קבע בית המשפט, כי אכן המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים, וכי הגדר איננה יכולה לבוא מטעמים של "סיפוח" שטחים למדינת ישראל. עם זאת קבע, כי ככל שבניית הגדר נובעת מטעמים ומצרכים צבאיים עומדת לו למפקד הצבאי סמכות עקרונית לבנייתה, אף תוך תפיסת חזקה במקרקעי הפרט. משקבע, כי לא הורם הנטל להראות, על פי החומר העובדתי שהונח לפניו באותו מקרה, כי השיקולים להקמת הגדר ולקביעת התוואי שלה הינם מדיניים ולא ביטחוניים, עבר בית המשפט לבחון את הסוגיה העיקרית השניה, שנדונה באותו הליך, והיא חוקיותו של תוואי הגדר, זאת תוך בחינתו במבחן המידתיות, כמשקף את המבחן הנאות לאיזון בין צרכי הביטחון מחד גיסא לבין שיקולים הומניטריים של האוכלוסיה המקומית מאידך גיסא (סעיף 36 ואילך לפסק הדין).
120. באשר לסוגיית הסמכות, אין למעשה סתירה בין פסיקתו של בית משפט זה לבין פסיקתו של בית הדין הבינלאומי. בעניין זה שותף בית הדין הבינלאומי לעמדתו של בית משפט זה, כי פעולה של הכוח הכובש, היוצרת סיפוח של שטח כבוש, סותרת את המשפט הבינלאומי המנהגי. ככל שיש שוני בקביעות נעוץ שוני זה בעמדה בדבר ההוכחה, הנדרשת לקיומה של תכלית מדינית (האם נדרשת הוכחת כוונה דווקא, או שניתן ללמוד על כך אף מהפעולות המבוצעות הלכה למעשה).
121. מעבר לכך, בית הדין לא דן למעשה בשאלה, האם קיימת למפקד הצבאי סמכות עקרונית להקים גדר בשטחים הכבושים. בהתאם, אף אין קביעה גורפת של בית הדין, כי בשום מצב, ובשום נסיבות, לא יהיה רשאי הכוח הכובש להקים מערך הגנה כלשהו בשטח הכבוש.
122. בחינתו של בית הדין, איפוא, הייתה – האם הגדר בתוואי הספציפי הינה חוקית על פי המשפט הבינלאומי. קרי, האם קיימת סמכות חוקית לביצוע הפעולה הספציפית, שהמשיבים ביצעו ומתכננים לבצע, וזאת להבדיל מאפשרות עקרונית לקיומה של סמכות.
123. בבג"ץ בית סוריק, משקבע בית המשפט, כי מתקיימת סמכות עקרונית להקמת גדר ביטחונית, וכי קיימות הוראות במשפט הבינלאומי, המאפשרות פגיעה בזכויות מוגנות

בהתקיים צורך צבאי, עבר הוא לבחון את חוקיות הגדר במבחן המידתיות. קביעתו היא, כי מרביתו של התוואי שנבחן באותו מקרה אינו עומד במבחן, נוכח חוסר הפרופורציונליות בין היתרונות הביטחוניים שהוא משרת לפגיעות ההומניטריות, שהוא גורם (מידתיות במובן הצר).

124. בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי נכללים מספר נדבכים נוספים חדשים וחשובים, שלא נדונו על ידי בית משפט זה. נדבכים אלה נוגעים בראש ובראשונה לבחינה מקיפה של הוראות המשפט הבינלאומי החלות בסיטואציה, ושל ההפרות, הן ברמה הכללית, והן ברמה הקונקרטית, להן גורמת הגדר, ולהיקף סמכותו של המפקד הצבאי לפגוע בזכויות אלה מטעמים של צורך צבאי. כמו כן, סוגיה מהותית לשאלת חוקיות תוואי הגדר, אשר לא נבחנה על ידי בית משפט זה במסגרת בג"ץ בית סוריק, ואשר נדונה על ידי בית הדין בהרחבה, הינה הקשר שבין שאלת חוקיות ההתנחלויות לחוקיות תוואי הגדר.

125. את ההוראות, שהגדר גורמת להפרתן, ניתן לחלק לשני סוגים: על הסוג האחד נמנות חובות מוחלטות, קרי נורמות, שכל פגיעה בהן איננה חוקית, ואיננה יכולה להיות מוצדקת בשום מצב (*ius strictum*). בין אלה נמנים האיסור על סיפוח טריטוריה בכוח, האיסור על העברת אוכלוסייה לשטח הכבוש (סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה), והאיסור על החרמה של רכוש פרטי (סעיף 46 לתקנות האג). חשיבותן של הפרות אלה היא, שבמידה שהן מוכחות, שוב לא ניתן להצדיק את הפעולה בשום תנאי שהוא.

126. על הסוג השני נמנות חובות "גמישות" או איסורים, שבצידם "פיסקת הגבלה". כאלה הם, למשל, האיסורים, הנוגעים לתפיסה או להרס של רכוש פרטי, ולפגיעות בזכויות אדם מוגנות אחרות.

ביחס לסוג הוראות זה, חשובה לענייננו הבחינה המפורטת, שעורך בית הדין באשר להוראות השונות של המשפט הבינלאומי (המשפט ההומניטרי ומשפט זכויות האדם) ושל "פסקות ההגבלה" הקונקרטיות, שיכולות להכשיר כל אחת מההפרות. **מחוות הדעת של בית הדין ברור, כי אין די בבחינתו של מבחן המידתיות על מנת להפוך את הפגיעות בזכויות ובאיסורים האמורים לחוקיות על פי המשפט הבינלאומי.** בית הדין עומד על ההוראות ועל הסייגים המיוחדים, שנקבעו ביחס לכל אחת מההוראות הרלבנטיות. הבחנה זו חשובה במיוחד, בהתייחס להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר "פיסקת ההגבלה", שנקבעה בכל אחת מהן, משקפת מבחן ואיזון ייחודיים.

127. דרך בחינה זו מדגישה את הנטל המיוחד, המוטל על המשיבים להוכיח, ביחס לפגיעה בכל אחת מהחובות המוטלות על הכוח הכובש, כי מתקיימת בעניינה הוראה מיוחדת, שיש בה כדי להכשיר את הפגיעה האמורה. עמידה קפדנית על דרישות מובחנות אלה מוסיפה הדגש מיוחד וחשוב לצורך הגנתה של אוכלוסייה אזרחית, המצויה תחת שלטון של כוח כובש.

128. אומנם מבחן המידתיות, שנבחן ויושם על ידי בית משפט זה בבג"ץ בית סוריק, מהווה נדבך חשוב ומשמעותי בשמירה על זכויות אדם. ואכן, מקובל לראות את דרישת המידתיות כסטנדרט מרכזי להכרעה משפטית בהתנגשויות שבין ערכים ואינטרסים נוגדים במשפט הציבורי של מדינות דמוקרטיות רבות (ראו: מ' כהן-אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי

של מבחני המידתיות בפסיקת בג"צ בעניין גדר הביטחון" (המשפט, יפורסם בקרוב) עמ' 2 וההפניות שם). על חשיבותו של מבחן זה עמדו אף מספר משופטי בית הדין (ראו סעיפים 433-435 להלן).

129. ואולם, בה בעת שמבחן זה הינו מבחן אחיד, החל בין שמדובר בשטח מדינה ריבונית ובין בשטח כבוש, נקבעו במשפט ההומניטרי הסדרים מיוחדים, ולא בכדי.

במהותו עוסק המשפט הבינלאומי ההומניטרי בכלל, ובשטחים כבושים בפרט, במצב עניינים, השונה בצורה מהותית מזה הקיים בתוך מדינה ריבונית. עניינו באיזון מיוחד ורגיש בין צרכיו הביטחוניים של הכובש לבין שיקולים הומניטריים של התושבים, הנתונים תחת שליטתו. ההגבלות, הקבועות בדין זה על סמכויותיה של המעצמה הכובשת, הן חיוניות לצורך הגנתה של אוכלוסייה כבושה, שאין לה חלק בשלטון או השפעה על מוסדותיו, ושהיא פגיעה במיוחד להפרת זכויותיה בשל צרכיו של הכובש.

130. בעתירות דן עוסקים אנו במצב עניינים ייחודי, שבו המעצמה הכובשת, המחזיקה בשטח בתפיסה לוחמתית, מבקשת להשתמש בכוחה ובסמכותה בשטח זה על מנת לקדם ולהגן על אינטרסים שלה. מדובר במצב מובנה של ניגוד עניינים.

131. במצב עניינים רגיש ומיוחד זה – אין די במבחן המידתיות הכללי. במצב דברים זה, יש הכרח כפול ומכופל להיזקק להגנות ולמגבלות הקשוחות והדוקניות יותר, שנקבעו במשפט הבינלאומי, ובמיוחד במשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר נולדו מתוך איזון מחושב בין האינטרסים, העומדים למעצמה הכובשת, לבין האינטרס ההומניטרי של האוכלוסייה האזרחית המוגנת. כפי שמציין פרופ' דינשטיין בספרו, המצוטט על ידי המשיבים בתשובתם (סעיף 221):

"LOIAC [Law of International Armed Conflict] in its entirety is predicated on a subtle equilibrium between two diametrically opposed impulses: military necessity and humanitarian considerations...

Every single norm of LOIAC is moulded by a parallelogram of forces: it confronts a built-in tension between the relentless demands of military necessity and humanitarian considerations, working out a compromise formula. **The outlines of the compromise vary from one LOIAC norm to another.** Still, in general terms, it can be stated categorically that no part of LOIAC overlooks military requirements, just as no part of LOIAC loses sight of humanitarian considerations. All segments of this body of law are stimulated by a realistic (as distinct from a purely idealistic) approach to armed conflict."

Yoram Dinstein, **The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict** (2004) 16-17.

132. בדיוק מטעמים אלה, אותם מזכיר פרופ' דינשטיין, לא ניתן להסתפק בבחינת פעולותיהם של המשיבים במבחן המידתיות, כפי שמנסים לטעון המשיבים (ראו סעיף 222 לתשובתם). מבחן המידתיות הינו מבחן, התקף בכל מצב, והמהווה, כאמור, מכשיר מרכזי לבחינת פעולותיהן של רשויות השלטון במדינות דמוקרטיות. ואולם, כאמור, ענייננו אינו נוגע לפעולת רשויות המדינה בתוך שטחה הריבוני, וביחס לפעולות, המשפיעות על אוכלוסייתה האזרחית ופוגעות בה. בנסיבות אלה אין במבחן זה כדי ליתן ביטוי למצב המיוחד של תפיסה לוחמתית, של העדר accountability של השלטון כלפי האוכלוסייה, ובפרט לחולשה המובנית של האוכלוסייה המוגנת, שכוחותיה מול השלטון הצבאי נחותים אינהרנטית. בנסיבות אלה, קיימת חשיבות ראשונה במעלה לעמוד תחילה בקפידה על היקף סמכויותיו של המפקד הצבאי, תוך מתן תוקף מלא למגבלות המוטלות עליו. כפי שנראה, במסגרת השאלה אם פעולה נופלת במסגרת סמכויותיו של המפקד הצבאי כפי שהוגדרו ועוצבו על ידי המשפט הבינלאומי, נדרשת אף בדיקה אם פעולה זו עומדת גם במבחן המידתיות.
133. במכלול הנסיבות ברור, כי לפסיקתו של בית דין בינלאומי, וכך במיוחד לפסיקתו של בית הדין הבינלאומי לצדק היושב בהאג, הנחשב לערכאה השיפוטית הבכירה והמוסמכת ביותר להכרעה בסוגיות של משפט בינלאומי, תפקיד מרכזי בהבטחת יישומו הנאמן של המשפט הבינלאומי על הסיטואציה בה עסקין. ראו מאמרו של Shany, בעמ' 16.

ב. התשתית הנורמטיבית הנגזרת ממעמד השטחים כבושים

134. ענייננו בפעולות, שעושים המשיבים להקמתה של גדר הפרדה. את חלקה המכריע של גדר זו החליטו המשיבים להקים בשטח, אשר נכבש על ידי ישראל בשנת 1967, ואילו אך מיעוט התוואי עובר בתוך שטחה הריבוני של מדינת ישראל.
135. לגבי מעמדם של השטחים, שנכבשו על ידי ישראל בשנת 1967, למעט שטחי ירושלים המזרחית, אין למעשה חולק. מיד לאחר ששטחים אלו נתפסו על ידי צה"ל הנהיגה בהם ישראל ממשל צבאי (מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (מנשר מס' 1), 11 באוגוסט 1967). אף המשיבים מכירים בכך, שהחל מכיבושם מחזיקה ישראל בשטחים אלה בתפיסה לוחמתית (ראו סעיף 154 לתשובת המשיבים).
136. עמדנו על כך, שבנוגע לשטחים אלה, סמכויותיהם של המשיבים יונקים ונסמכים, בראש ובראשונה, על המשפט הבינלאומי (ראו: בג"צ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יו"ש, פ"ד לז(4) 785, 794-793, ואסמכתאות נוספות בסעיף 46 לעיל).
137. לעומת זאת, עמדתם של המשיבים ביחס לשטחי ירושלים המזרחית שונה. להבדיל מיתר השטחים, שנכבשו במהלך המלחמה, החילה ישראל על שטח מזרח-ירושלים את "המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה" (סעיף 1 לצו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967, שהוצא מכוח סעיף 11ב' לפקודת סדרי השלטון והמשפט; כן ראו סעיף 5 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל). כתוצאה מכך, בשטח זה טוענת ישראל לסמכויות של ריבון, ולא לסמכויותיו של ממשל צבאי.

בין השאר, נוכח נסיבות אלה, נדרש בית הדין לבירור מעמדם המשפטי של שטחים אלה (ראו סעיפים 70-78 לחוות הדעת).

138. מתוך הסקירה הקצרה שמביא בית הדין בהקשר זה חשוב ליתן את הדעת להפנייתו של בית הדין לכך, שמדובר בשטחים שנכללו במסגרת המנדט שניתן לבריטניה, ולעקרונות העומדים ביסודו של שלטון המנדטים:

The Court recalls that in its Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa*, speaking of mandates in general, it observed that **“The Mandate was created, in the interest of the inhabitants of the territory, and of humanity in general, as an international institution with an international object - a sacred trust of civilization.”** (I.C.J. Reports 1950, p. 132.) The Court also held in this regard that **“two principles were considered to be of paramount importance: the principle of non-annexation and the principle that the well-being and development of... peoples [not yet able to govern themselves] form[ed] ‘a sacred trust of civilization’** (ibid., p. 131)

(סעיף 70 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

139. בית הדין קובע, שעל פי המשפט הבינלאומי המנהגי כפי שמשקף בסעיף 42 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית:

“territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army, and the occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.”

(סעיף 78 לחוות הדעת)

140. בהינתן העובדה, שהשטחים, הממוקמים בין הקו הירוק והגבול המזרחי הקודם של פלסטין המנדטורית, נכבשו על ידי ישראל בשנת 1967, במהלך העימות המזוין שפרץ בין ישראל לירדן, קובע בית הדין, כי על פי המשפט הבינלאומי המנהגי, המדובר הוא בשטחים כבושים, אשר בהם לישראל יש מעמד של כוח כובש.

141. בית הדין מוסיף וקובע, כי אין בשינויים, שחלו בשטחים אלו מאז נכבשו בשנת 1967, ובכללם הצעדים, בהם נקטה ישראל ביחס לסיפוח ירושלים המזרחית, וההסכמים שנחתמו בין ישראל לאש"ף, כדי לשנות ממעמדם זה של השטחים, לרבות מזרח ירושלים, כשטחים כבושים, וממעמדה של ישראל בשטחים אלה ככוח כובש.

142. בית הדין עומד על הכלל, המהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, האוסר על רכישת טריטוריה כתוצאה מאיום או משימוש בכוח (סעיף 2(4) לצ'רטר, החלטת העצרת הכללית מס' 2625 (XXV) ופסיקתו של בית הדין בעניין, *Nicaragua v. United States of America*,

187-190 paras. (I.C.J. Reports 1986, pp. 98-101). בפסק דין זה נקבע, כי העקרונות, הנוגעים לשימוש בכוח אשר נכללו בצ'רטר, משקפים משפט בינלאומי מינהגי. מכאן, שאין להכיר בסיפוחה של מזרח ירושלים על ידי ישראל.

143. נמצאנו, אם כן, כי סיפוח ירושלים והחלת משפטה של מדינת ישראל בו, נעשו בסתירה ותוך הפרה של המשפט הבינלאומי. פעולותיה של ישראל כריבון בשטח זה מנוגדות, למעשה, להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שעל פי המשפט הבינלאומי ממשיכות לחול בו. מכאן, שבכל הנוגע לדין, החל בשטח ירושלים המזרחית, קיימת סתירה בין המשפט הבינלאומי לבין המצב המשפטי על פי דיני מדינת ישראל.

ג. תחולת המשפט הבינלאומי ההומניטרי – תקנות האג ואמנת ג'נבה

144. בחוות דעתו של בית הדין הבינלאומי, קובעים כל חמישה-עשר שופטיו פה אחד, כי תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית חלות דה-יורה בשטחים הכבושים, המוחזקים על ידי ישראל. עמדה זו עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה, אשר הכיר בתחולתן של תקנות האג ואמנת ג'נבה כמסגרת הנורמטיבית לבחינת פעולותיהם של המשיבים בשטחים:

"הפעילות הלחימתית של הצבא ברפיח נשלטת, בכל הנוגע לתושבים המקומיים, על ידי אמנת האג (הרביעית) בדבר הדינים והמינהגים של מלחמה ביבשה, 1907 (ה-), Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land 1907 (ה-), אמנת האג ואמנת ג'נבה (הרביעית) בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה 1949 (ה-), Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949 (ה-), אמנת ג'נבה הרביעית)".

בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 393.

145. בה בעת, שלגבי תחולתן של תקנות האג לא היה כל חולק, חלקה ישראל על תחולתה של אמנת ג'נבה דה-יורה. נוכח עמדה זו, בחן בית הדין את טענותיה של ישראל בעניין (סעיפים 89-101 לחוות הדעת).

146. בתגובתם, נמנעים המשיבים מלנקוט עמדה בשאלה זו. לטענתם, "עיון בחוות הדעת מראה, כי אין צורך להכריע בשאלה זו לצורך הכרעה בעתירות" (סעיף 479 לתשובת המשיבים). זאת, משום שישראל רואה עצמה מחוייבת לקיים את הוראות האמנה, ומשום שאין הבדל בין הוראות האמנה, אליהן התייחס בית הדין, לבין ההוראות, אליהן התייחס פסק הדין בבג"ץ בית סוריק.

147. עמדתה הרשמית של ישראל היא, כי לאור ניסוחו של סעיף 2 לאמנה אין היא חלה על שטחים, שלא היו בריבונותן של ישראל, ושלא מצרים בשעה שנתפשו על ידי צה"ל בשנת 1967. טענה זו הובאה אף בפני בית הדין הבינלאומי. טענה נוספת, שהועלתה על ידי ישראל, ואשר התקבלה בעבר בפסיקתו של בית משפט זה, היא, כי אמנת ג'נבה הינה בגדר משפט בינלאומי הסכמי,

ולא מנהגי. בית הדין מתייחס לסוגיות אלה בחוות דעתו, תוך שהוא דוחה את טענותיה של ישראל בעניין.

148. באשר למעמדה של האמנה - קובע בית הדין, כי אמנת ג'נבה, כאמנת האג על תקנותיה, משקפות משפט בינלאומי מינהגי. בית הדין מפנה לפסיקה הבינלאומית, לרבות פסיקה קודמת שלו, אשר הכירה בתקנות האג כמשפט בינלאומי מינהגי. ואכן, אף אחד מהמשתתפים בהליכים בפני בית הדין, לרבות ישראל, לא חלק על עובדה זו. והנה, סעיף 154 לאמנת ג'נבה קובע, כי האמנה הינה נספחת לחלקים השני והשלישי של תקנות האג. המסקנה היא, קובע בית הדין, שאף אמנת ג'נבה מהווה, הלכה למעשה, חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי (סעיף 89 לחוות הדעת).

על מעמדו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ולפיכך על מעמדן הן של תקנות האג והן של אמנת ג'נבה, כמשפט מינהגי, עמדה אף השופטת היגניס בחוות דעתה הנפרדת:

“These intransgressible principles [humanitarian law – l.y.] are generally binding **because they are customary international law, no more and no less.**”

(סעיף 39 לחוות דעתה של השופטת היגניס)

149. בית הדין קובע, שאמנת ג'נבה הרביעית חלה דה-יורה בכל השטחים, אשר לפני הסכסוך בשנת 1967 נמצאו מזרחית לקו הירוק, ואשר במהלך העימות המזוין, שפרץ בשנת 1967 בין ירדן לישראל, נכבשו על ידי ישראל.

150. כאמור, אף השופט בורגנטל, מסכים עם מסקנתו זו של בית הדין:

“I share the Court’s conclusion that international humanitarian law, including the Fourth Geneva Convention, and international human rights law are applicable to the Occupied Palestinian Territory and must there be faithfully complied with by Israel.”

(סעיף 2 לחוות דעתו של השופט בורגנטל)

לא למותר לציין, כי מסקנה זו בדבר תחולתה של אמנת ג'נבה בשטחים מבוססת היטב ותואמת, למעשה, את עמדתה של הקהילה הבינלאומית כולה, כמו גם את עמדתם של מרבית המומחים למשפט בינלאומי.

ראו:

D. Kretzmer, “The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law”, 99 AJIL (2005), pp. 63, 65

151. היא תואמת כאמור, אף את פסיקתו העניפה ורבת השנים של בית משפט נכבד זה, במסגרתה נבחנה חוקיות פעולותיו של המפקד הצבאי הן נוכח הוראות תקנות האג והן בהתייחס להוראותיה של אמנת ג'נבה (ראו: בג"צ 253/88 סגדיה נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 801; בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור

הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385 ; בג"צ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 ; בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349 ; בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385.

152. מהאמור עולה, כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה, כי הנה מהווה חלק מהותי מהתשתית הנורמטיבית ממנה שואב המפקד הצבאי את כוחו ואשר על פיה נבחנת חוקיות פעולותיו.

ד. תחולה מקבילה של אמנות זכויות האדם הבינלאומיות

153. בית הדין הבינלאומי קובע, כי שלוש אמנות, שעניינן הגנה על זכויות האדם – האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966, האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966 והאמנה לזכויות הילד, 1989, אשר אושררו על ידי ישראל בשנת 1991 - חלות בשטחים. למסקנה זו מגיע בית הדין לאחר שהוא דן בטענות, שהשמיעה ישראל בעניין בפני הגופים, האמונים על בחינתן של אמנות אלה, ועל יסוד בחינה של הוראות התחולה, המצויות באמנות עצמן (ראו סעיפים 102 עד 113 לחוות הדעת). קביעה דומה, ביחס להמשך תחולתה של האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות גם בזמן מלחמה, נכללה בחוות דעתו של בית הדין שניתנה בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, para. 25).

154. קביעות אלה עולות בקנה אחד עם ההתפתחויות, שחלו במשפט הבינלאומי מאז נכתבו תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית. עומד על כך פרופ' איל בנבנישתי בהקדמה למהדורה החדשה של ספרו :

“International law has evolved significantly since the time these two instruments were drafted. The fundamental concepts of human rights and self-determination of peoples, which had transformed international law in the latter half of the twentieth century, have not been duly reflected in the constituting documents of the law of occupation...

...When the Security Council announced the applicability of the law of occupation to 2003 Iraq, it had to adapt a law that initially reflected the premise that kings were the sovereigns and that international law should protect their possessions during wartime, to a new philosophy—the **philosophy of international humanitarian law—which posited that peoples were the true sovereigns and that human rights had to be respected**. These fundamental changes in international law required the law of occupation to revise its approach toward the consequences of the downfall of the domestic

regime and take into due account the relevancy of human rights law....

...the Resolution recognizes in principle the continued applicability of international human rights law in occupied territories in tandem with the law of occupation.”

E. Benvenisti, **The International Law of Occupation** (Princeton University Press, 2004) 5-6.

155. המשיבים בתשובתם מזכירים את הטענות, שהעלתה ישראל בפני הגופים הבינלאומיים, אותן דחה כאמור בית הדין. בה בעת, שהם אינם כופרים בקביעתו זו של בית הדין, טוענים הם, כי לא נדרשת בנדון הכרעה בענייננו. לצורך ביסוס טענתם זו נדרשים המשיבים, אגב אורחא, לטיעון מפורט ביחס להוראות האמנות השונות, על מנת להוכיח, כי לא מתקיימות בנסיבות המקרה הפרות של הוראות אלה. משזהו מהלך הטיעון, נדרש אליו בהמשך, עת נדון בשאלת ההפרות של ההוראות, המעוגנות באמנות זכויות האדם, להן אחראית ישראל עקב בניית הגדר. כמו כן, משזהו מהלך הטיעון ברור, כי יש צורך בביצוע בדיקה ובחינה אלו בכל מקרה לגופו. מטיעון זה משתמע, כי המשיבים אינם חוזרים בפני בית משפט נכבד זה על הטענות, שהעלתה ישראל בפני פורומים אחרים.

156. על אף זאת, יש חשיבות לעמוד על הטעמים המבוססים, בגינם דחה בית הדין את טיעוניה של ישראל בנדון: כי האמנות חלות רק בתחום הריבוני של ישראל, ולחלופין, כי מדובר בשטחים, בהם מתנהלת לחימה, לגביהם הדין הרלבנטי הוא המשפט הבינלאומי ההומניטרי, בעוד האמנות נועדו בעיקר לתחולה בעת שלום, וכן משום שמרבית הסמכויות, הקשורות לאמנות, הועברו לרשות הפלסטינית (ראו סעיפים 497-498 לתשובת המשיבים).

בית הדין דחה את טענות ישראל. הוא קובע, שההגנה, שנקבעה באמנות אלה, איננה חדלה להתקיים בזמן של עימות מזוין, אלא בהתאם להוראות שנקבעו באמנות עצמן, המאפשרות הפחתה או השעיה של חלק מהזכויות, המוגנות על ידן. כן הוא קובע, כי מנסחי האמנות לא כיוונו לאפשר למדינות להתחמק מחובותיהן כאשר הן מפעילות סמכותן מחוץ לגבולות ריבוניתן.

157. באשר לטיעון השלישי שהועלה, יוער, כי בנסיבות שבהן ישראל, השולטת בשטחים אלה הלכה למעשה, גורמת לפגיעות בזכויות אדם, תמוהה הטענה, כי רשות אחרת (הרשות הפלסטינית) היא האחראית לשמירתן של זכויות אדם אלה. כך במיוחד, כאשר לרשות אחרת זו, ובענייננו, הרשות הפלסטינית, אין כל סמכות ביחס לרשויות הישראליות.

באשר לתחולתן של אמנות זכויות האדם בזמן עימות מזוין בכלל, ובשטחים בפרט ראו:

Orna Ben Naftali & Yuval Shani, “Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories”, 37 *ILR* (2003-2004) p. 17

158. בית המשפט עומד על כך, שבנוגע ליחס בין המשפט הבינלאומי ההומניטרי למשפט זכויות האדם, קיימות שלוש סיטואציות אפשריות: חלק מהזכויות עשויות להיות מוסדרות אך

במשפט ההומניטרי, אחרות עשויות להיות אך עניין של משפט זכויות האדם, ואחרות עשויות להשתייך לשני הענפים של משפט בינלאומי.

159. על מנת לבחון את המצב המשפטי בשטחים, קובע בית הדין, כי עליו להתחשב בשני ענפי המשפט האמורים, בעוד שיש לראות את המשפט הבינלאומי ההומניטרי כבא בגדר דין מיוחד (*lex specialis*).

160. לסיכום בית הדין קובע, כי שלוש האמנות חלות בשטחים הכבושים. גם בעניין זה, כל שופטי בית הדין, לרבות שופט המיעוט (ראו סעיף 2 להצהרתו, שצוטט לעיל), תמימי דעים. אף קביעה זו תואמת ועולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט נכבד זה, בה בחן את חוקיות פעולותיו של המפקד הצבאי אף לנוכח הוראות אמנות זכויות אדם בינלאומיות (ראו: בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349).

חלק חמישי – אי חוקיות תוואי הגדר על פי המשפט הבינלאומי

א. פתיח - העברת נטל ההוכחה והשכנוע למשיבים

161. בחוות דעתו קובע בית הדין, כי תוואי הגדר, שבונה ישראל בתוך שטחי הגדה המערבית, מביא לשורה של פגיעות והפרות של הוראות שונות במשפט הבינלאומי, ובכללן להפרות חמורות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. מסקנות אלה, בדבר ההפרות, להן גורמת הגדר, נסמכות על בחינה משולבת, אשר כללה הסתכלות על פרויקט הגדר בכללותו, כמו גם הסתכלות על הנתונים הפרטניים ביחס לקטעי גדר שונים על פגיעותיהם הפרטניות.
162. בין החובות המופרות, על פי בית הדין נמנים הכלל, האוסר על סיפוח של טריטוריה בכוח; חובות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי לכבד רכוש פרטי וציבורי ולהימנע מהריסתו; והאיסור על העברת אוכלוסייה של הכוח הכובש לשטח הכבוש. כן מוצא בית הדין, כי ישראל מפרה שורה של זכויות אדם מוגנות נוספות, ובהן הזכות לחופש תנועה, הזכות לעבודה, לבריאות, לחינוך ולבחירת מקום מגורים.
163. ראינו לעיל (סעיפים 103-105 לעיל), כי בחינת השינויים, שהוכנסו בתוואי הגדר מאז ניתנה חוות הדעת, מלמדת, כי ככלל, אין בשינויים שהוכנסו כדי לרפא את הפגמים, עליהם עמד בית הדין.
164. למעשה, **אין מחלוקת אמיתית ומשמעותית** הן באשר לתשתית העובדתית והן באשר לקביעתו של בית הדין, **כי הגדר, ככל שהיא עוברת בתוך שטחי הגדה המערבית, פוגעת בזכויות מוגנים**. התשתית העובדתית המהותית העומדת ביסוד קביעות אלה – ובכלל זאת, היות הגדר עוברת בשטחי הגדה המערבית, תוך הקפתן של התנחלויות רבות, תוך הפרדתם של שטחים רבים משטח הגדה והכללתם בצד הישראלי של הגדר, ותוך גרימת פגיעות שונות לאוכלוסייה המקומית – אינה שנויה במחלוקת. הפגיעות העומדות ביסודה של הפרה זו עולות ומוכחות מכל המקורות כולם – מחוות דעתו של בית הדין הבינלאומי, מפסיקתו של בית משפט זה, מהפירוט שהובא בכל אחת מהעתירות הרבות שהוגשו לבית משפט זה ביחס לתוואי הגדר, ואף מתשובותיהם של המשיבים, הן לעתירה דנן והן לעתירות האחרות.
165. המשיבים מכירים אף בכך, כי בתכנון ובבניית החלקים הראשונים של הגדר לא נלקחו בחשבון ההשפעות המלאות של התוואי, וכי מאז נמצאים הם בתהליך של הפקת לקחים, ובבחינה מחודשת של התוואי (סעיפים 22, ו-85-83 לתשובת המשיבים). יש בהצהרות אלה יותר מראשית הודיה, בדבר פסלותם של חלקים שונים בתוואי הקיים.
- ככל שקיימת מחלוקת, נוגעת היא, בעיקרו של דבר, להיקפה ולעוצמתה של הפגיעה בזכויות מוגנים. כן היא נוגעת לשאלה – האם בניית הגדר בתוואי שנבחר הינו **אמצעי הכרחי**, העומד למשיבים לצורך התמודדות עם הסכנות, להן הם טוענים (ראו סעיף 140 לחוות הדעת).
166. בנסיבות אלה, משהוכחה פגיעה בזכויות התושבים הפלסטינים, ותהא זו פגיעה קשה ועצומה או מצומצמת יותר, מוטל על המשיבים נטל כבד עד מאוד להוכיח ולשכנע, כי למרות הפגיעה,

שגורמת הגדר לזכויות מוגנים, ולמרות שמדובר בפעולות לגביהן פסק בין הדין הבינלאומי כי הן מהוות הפרה של שורה של הוראות במשפט הבינלאומי, בנייתה הנה חוקית.

Y. Shany, *Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases* (forthcoming June 2005) p. 17

167. כפי שציין בית הדין, וכפי שמדגישים המשיבים בתשובתם, בהליך, שהתקיים בפני בית הדין לא הייתה ישראל צד. על כן, לא חלה עליה חובה משפטית לספק את כל התשתית העובדתית, ולהרים את נטל ההוכחה. כפי שמציין השופט בורגנטל, בהליך של חוות דעת, אין מדינה חייבת לספק את החומר העובדתי, ומשימה זו מוטלת על בית הדין להבטיח, כי בידו מצוי חומר עובדתי מקיף ומספיק לצורך מתן חוות דעתו. ואולם, שונה המצב בהליך אדברסרי, בו על כל צד מוטל הנטל להוכחת טענותיו (ראו למשל, סעיף 10 לחוות דעתו של השופט בורגנטל).

168. להבדיל מההליך, שהתנהל בפני בית הדין, הרי שבעתירות דן, מדינת ישראל, באמצעות המשיבים, מהווה צד להליך. ענייננו במצב, שבו פעולותיהם של המשיבים מביאות לפגיעה בזכויות יסוד מוגנות. גם מטעם זה עובר הנטל ורובץ על המשיבים להביא את כל הראיות הנחוצות לטעמם, על מנת לבסס את טענתם בדבר התקיימותה של הצדקה, ובענייננו, הוכחתו של צורך צבאי, שיש בה כדי להכשיר את הפגיעות הנגרמות עקב בניית הגדר, ואשר לגבי קיומן אין למעשה חולק. ראו:

A.Imseis, *Critical Reflections on the International Humanitarian law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion*, 99 *AJIL*, 102, 111

169. על הסוגייה של העברת הנטל ניתן ללמוד לענייננו אף מהכלל, המקובל במשפט חוקתי:

"משהוכיח הטוען – והנטל, כאמור, עליו – כי דבר החקיקה פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד, עובר הנטל אל הטוען לחוקתיות הפגיעה. ההנחה הינה כי פגיעה בזכות אדם אינה חוקתית אלא אם כן הטוען אחרת מצליח להראות כי מתקיימים תנאיה של פסקת ההגבלה. מן הדין הוא כי הנטל להוכיח טיעון זה יוטל עליו."

אהרון ברק *פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית* (תשמ"ד) 478.

170. אשר על כן, משענייננו בעתירה, התוקפת את חוקיותו של תוואי גדר, העובר בתוך שטחי הגדה המערבית, מוטל הנטל על המשיבים להוכיח, כי סטייתו של התוואי מקו שביתת הנשק הינה מוצדקת כעניין של משפט בינלאומי. לשם כך יהיה על המשיבים להביא את הנתונים והראיות הדרושים על מנת לשכנע, כי לגבי כל אחת מההפרות השונות, הנגרמות בעקבות בניית הגדר בתוואי הנדון, מתקיימת "פיסקת ההגבלה" הרלבנטית, שיש בה כדי לאיין את אי-החוקיות שבמעשה.

171. קיים מכנה משותף למבחינים, אותם קובע בית הדין, והוא - כי רק אם ישראל תוכיח, שאין באפשרותה להגן על ביטחונה בלא לפגוע בזכויות המוקנות למוגנים, אז ורק אז, עשוי המשפט הבינלאומי להתיר פגיעה בזכויות מוגנים לצורך זה. על מנת להרים נטל זה על המשיבים

להוכיח, כי הקמת גדר בשטח הריבוני של ישראל או על ה"קו הירוק" לא תשרת את המטרה של הגנת ישראל גופה.

172. כעת נעבור לבדיקת יישומן של קביעותיו של בית הדין לענייננו. במסגרת זו נבהיר מדוע יש לדחות את טענותיהם של המשיבים לסטייה מקביעותיו המשפטיות של בית הדין בחוות דעתו. כן נראה, כי אין בנתונים העובדתיים, שהובאו על ידי המשיבים כדי לתמוך בטענותיהם, כי הפגיעות בזכויות המוגנים ובחובות המוטלות עליהם מכוח המשפט הבינלאומי הינן כדין בנסיבות העניין.

173. תחילה נבחן את ההוראות, הנמנות על האיסורים המוחלטים שבמשפט הבינלאומי, ואשר בניית הגדר בתוואי הנוכחי שלה גורמת להפרתם, ובכללן: האיסור על סיפוחו של שטח כבוש, האיסור על העברת אוכלוסייה של מדינת הכוח הכובש לשטח הכבוש והאיסור בדבר החרמתו של רכוש פרטי. במסגרת זו נעמוד על אי-חוקיותו של התוואי שנועד להכללתן של התנחלויות בצידה הישראלי של הגדר.

174. נמשיך ונפנה לבחינת הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המופרות כתוצאה מהקמת הגדר בתוואי שנבחר. ביחס לכל הוראה נראה מדוע לא עלה בידי המשיבים להוכיח, כי מתקיימים בענייננו, גם לא כיום לאחר שינוי התשתית העובדתית, החריגים, שעשויים היו להכשיר פגיעות אלה.

175. לאחר מכן נפנה לבחינת הוראותיהן של אמנות זכויות האדם בענייננו.

176. לבסוף נפנה ונבהיר מדוע טענות ההגנה העצמית והגנת הצורך אינן עומדות למשיבים בענייננו.

ב. הפרת האיסור על סיפוח טריטוריה והיות תוואי הגדר תוואי מדיני ולא ביטחוני

177. בחוות הדעת עומד בית הדין על שורה של חובות במשפט הבינלאומי, המופרות על ידי ישראל עקב בניית הגדר. על חובות אלה נמנות חובות מוחלטות (*jus strictum*), ואיסורים שחריג בצידם. האיסורים המוחלטים, המופרים על ידי ישראל על פי קביעת בין הדין, כוללים את האיסור על סיפוח טריטוריה בכוח, והאיסור על העברת אוכלוסייה לשטח הכבוש. לאלה נפנה עתה.

178. בית הדין הבינלאומי דן בטענה, כי בניית הגדר בתוואי שנבחר מהווה, למעשה, מכשיר של סיפוח, המנוגד למשפט הבינלאומי, האוסר על רכישת טריטוריה בכוח (ראו פירוט הנתונים, עליהם הסתמך בית הדין בסעיפים 84, 85, 119 ו-122 לחוות הדעת).

179. בסעיף 87 לחוות הדעת עומד בית הדין על הכלל שבמשפט הבינלאומי המנהגי, האוסר על סיפוחה של טריטוריה בכוח:

“The Court first recalls that, pursuant to Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter:

“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial

integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

On 24 October 1970, the General Assembly adopted resolution 2625 (XXV), entitled “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States” (hereinafter “resolution 2625 (XXV)”), in which it emphasized that “No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal.” As the Court stated in its Judgment in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), **the principles as to the use of force incorporated in the Charter reflect customary international law** (see I.C.J. Reports 1986, pp. 98-101, paras. 187-190); **the same is true of its corollary entailing the illegality of territorial acquisition resulting from the threat or use of force”**.

(ההדגשה הוספה)

180. תוקפה של תפיסה זו כשלעצמה, הוכר על ידי בית משפט זה בבג”ץ בית סוריק:

אכן, מקובל עלינו כי המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים. גדר ההפרדה אינה יכולה לבוא מטעמים של “סיפוח” שטחים מהאזור למדינת ישראל. מטרתה של גדר ההפרדה אינה יכולה להיות התוויית גבול מדיני.

(פיסקה 27 לפסק הדין)

בית המשפט הוסיף וקבע, כי:

בחנו את טענתם של העותרים. הגענו לכלל מסקנה כי **על פי התשתית העובדתית שהונחה לפנינו הטעם להקמת הגדר הוא ביטחוני**. כפי שראינו, בהחלטות הממשלה השונות שדנו בהקמת הגדר, חזרה הממשלה והדגישה כי “הגדר, כמו המכשולים האחרים, הינה אמצעי ביטחון. הקמתה אינה מבטאת גבול מדיני או אחר” (החלטה מיום 23.6.2002) “המכשול שיוקם על פי החלטה זו, כמו קטעיו האחרים ב’מרחב התפר’, הינו אמצעי ביטחון למניעת פיגועי טרור ואינו מבטא גבול מדיני או אחר” (החלטה מיום 1.10.2003).

(פיסקה 28 לפסק הדין, ההדגשה הוספה)

181. כעולה מהציטוט לעיל, קביעתו של בית המשפט, הדוחה את הטענה, כי מדובר בתוואי מדיני ולא ביטחוני, מבוססת על התשתית העובדתית שהייתה בפניו בפרשת בית סוריק. בית המשפט מוסיף וקובע, כי העותרים לא הרימו את הנטל ולא שכנעו, כי השיקולים עליהם

מבוססות ההחלטות על הקמת גדר ההפרדה באזור בית סוריק ועל קביעת תוואי הגדר, הם שיקולים מדיניים ולא ביטחוניים.

182. בית הדין דן בטענה זו, שהועלתה בין השאר על ידי פרופ' ג'ון דוגארד, הדווח המיוחד מטעם הוועדה לזכויות האדם של האו"ם, ואולם נמנע מלהכריע בה. ככל הנראה, בשל היעדר תשתית עובדתית מספקת לדחות את הצהרותיה הרשמיות של ישראל בעניין, נמנע בית הדין מלקבוע, כי המטרה האמיתית של תוואי הגדר היא סיפוחו של השטח דה-פקטו. מכאן, שאין יסוד לטענת המשיבים, לפיה קבע בית הדין בעניין זה ממצא עובדתי סותר לקביעת בית המשפט בבג"ץ בית סוריק (ראו סעיפים 464 ו-465 לתשובת המשיבים). מה שעשה בית הדין הוא לבחון את מעשיה של ישראל תחת בחינת הצהרותיה והסתפקות בהן:

“Whilst the Court notes the assurance given by Israel that the construction of the wall does not amount to annexation and that the wall is of a temporary nature (see paragraph 116 above), it nevertheless cannot remain indifferent to certain fears expressed to it that the route of the wall will prejudice the future frontier between Israel and Palestine, and the fear that Israel may integrate the settlements and their means of access. **The Court considers that the construction of the wall and its associated régime create a “fait accompli” on the ground that could well become permanent**, in which case, and notwithstanding the formal characterization of the wall by Israel, it would be tantamount to *de facto* annexation.”

(סעיף 121 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

183. עמד על כך אף השופט Kooijmans:

“The Court has refrained from taking a position with regard to territorial rights and the question of permanent status. **It has taken note of statements, made by Israeli authorities on various occasions**, that the “fence” is a temporary measure, that it is not a border and that it does not change the legal status of the territory. **I welcome these assurances** which may be seen as the recognition of legal commitments on the side of Israel **but share the Court’s concern that the construction of the wall creates a fait accompli.**”

(סעיף 30 לחוות דעתו, ההדגשה הוספה)

184. בית הדין בחר, איפוא, שלא להתמקד במניעיהם של המשיבים ובכנות דבריהם, אלא להתמקד בבחינה “תוצאתית” של מעשיהם של המשיבים. בנסיבות אלה אין המדובר בקביעת ממצאים של מהימנות או קביעה בדבר כוונה להפרה צפויה או חוסר תום לב, כטענת המשיבים (סעיפים 465-467 לתשובת המשיבים). יוער, כי הגם, שאין חולק שמן הראוי לייחס

משקל להצהרותיהם של בעלי תפקיד בכירים במדינה באשר לפעולותיה כלפי עתיד, הרי שהפרקטיקה, המקובלת בבית הדין, היא ליתן משקל להצהרותיהם של בעלי תפקיד מטעם מדינות, כאשר מדובר בהצהרות, הנוגדות את האינטרס של אותה מדינה.

ראו:

M. Shaw **International Law** (5th ed., 2003) 985-986

The Nicaragua Case, ICJ Reports, 1986, p. 14, 41

זאת, בדומה לכלל, המנחה דיני הראיות הכלליים, המייחסים משקל לאימרתו של בעל דין כאשר היא בניגוד לאינטרס שלו, להבדיל מאימרתו, התומכות בטענותיו.

185. ויוער, כי יש לעשות הבחנה בהקשר זה, בין שטחי הגדה המערבית לבין מזרח ירושלים. בה בעת, שלגבי שטחי הגדה המערבית לא טענה ישראל לסיפוח, הרי שלגבי ירושלים המזרחית נקטה ישראל בפעולות חד-משמעיות לסיפוחה.

186. החשש, שמעלה בית הדין בדבר יצירת סיפוח דה-פקטו באמצעות תוואי הגדר, מתבסס על נתונים בדבר האחוזים משטח הגדה המערבית, שאותם "גוזרת" הגדר, ובדבר מספר המתנחלים שיימצאו בשטח זה.

187. תוואי הגדר החדש הכניס שינויים בנתונים אלה. ואולם גם עכשיו, לאחר השינויים, ממשיך התוואי החדש להתפתל לפי אותו עקרון של הכללת ההתנחלויות ומרבית המתנחלים בצד ה"מערבי" וה"ישראלי" של הגדר.

על פי תוואי זה, מתוכננים להיכלל בצד הישראלי של הגדר: כ-536,000 דונם, המהווים כ-9.5% משטח הגדה המערבית; בין כ-140,000 ל-170,000 מתושבי ההתנחלויות בגדה המערבית, המהווים כ-62% עד 68% מתושבי ההתנחלויות בגדה המערבית; כל התושבים היהודים במזרח ירושלים, המונים כ-180,000. בנוסף ימצאו עצמם פלסטינים רבים בצד ה"ישראלי" של הגדר, ובכללם כ-24,000 פלסטינים המתגוררים ב-14 יישובים, ימצאו במרחב התפר, וכ-220,000 תושבים פלסטינים במזרח ירושלים. בנוסף, כ-230,000 פלסטינים המתגוררים ב-53 יישובים, יהיו מוקפים בגדר משלושה עברים לפחות.

גם הנתונים, שפורטו על ידי המשיבים בתשובתם, אינם שונים באופן מהותי מנתונים אלה, כפי שניתן לראות מהטבלה המרכזת הבאה:

השוואת נתוני בצלם UCHA ונתוני המשיבים ביחס להשפעות תוואי הגדר החדש, 2005

<u>נתון</u>	<u>בצלם*</u>	<u>UCHA</u>	<u>משיבים**</u>
שטח	536,191 דונם	570,560 דונם	445,000 דונם (445 קמ"ר)
שטח באחוזים	9.5%	10.1%	8%

26,800	38) 49,400 (קהילות)	24,194	תושבים פלסטיניים ממערב לגדר
170,000	170,123	139,076	תושבי התנחלויות ממערב לגדר
אין נתונים	אין נתונים	230,623	תושבים פלסטיניים ביישובים שיוקפו משלושה עברים לפחות
אין נתונים	230,000 (כרבע מזרחית לגדר)	220,000	תושבים פלסטיניים בירושלים
אין נתונים	170,000	183,823	תושבי שכונות יהודיות בירושלים

* שטח הייחוס לפי בצלם (שטח הגדה המערבית) – 5,642,000 דונם
** שטח הייחוס לפי המשיבים (שטח איו"ש, ללא מזרח ירושלים ושטח ההפקר) – 5,540,000 דונם

188. טענת המשיבים, אין ללמוד על כוונות מדיניות מעיון בתוואי הגדר, המקיף גם התנחלויות, שכן הוא נועד לצורך הגנתם של התושבים ביישובים אלה.

189. יש להפריד בין שני סוגי טיעון של המשיבים בהקשר זה – האחד, כי אין לראות בתוואי, שנועד להגן על התנחלויות, כמשקף כוונות סיפוח של ישראל. השני, כי ישראל זכאית להקים גדר בשטחים הכבושים, לרבות תוך פגיעה בזכויות יסוד של מוגנים, על מנת להגן על אזרחיה, המבקשים להתגורר בשטחים אלה.

190. מבין שני אלה נתייחס בשלב זה אך לפן הראשון, ואילו לפן השני נתייחס בהמשך, עת נבחן את השאלה, האם עומדת למשיבים טענת צורך צבאי על מנת להכשיר בניית גדר, שנועדה להגנה על ההתנחלויות.

191. טיעון זה של המשיבים, כי אין לגזור מתוואי הגדר, הפולש לעומק השטחים לצורך הגנת ההתנחלויות, כוונות מדיניות, איננו עומד במבחן המציאות. בחינת תוואי, הגדר שנקבע על ידי המשיבים, והשוואתו עם תוכניות מדיניות שונות, מלמדות, כי קיימת התאמה ודימיון רב ביותר בין תוואי הגדר שנקבע לבין תוכניותיה של ישראל להסדר הקבע, כפי שמפרט בהרחבה אל"מ (מיל') שאול אריאלי, ראש מינהלת השלום בתקופת ממשלת ברק, במאמר, וכפי שעולה בצורה ברורה מהמפות, המצורפות אליו. קשה לחלוק על הדימיון, ויש לומר אולי הזהות, שיש בין תוכניות מדיניות אלה לבין תוואי הגדר, שנבחר על ידי המשיבים.

העתק מהמאמר "המרחק בין הגדר להסדר הקבע" מיום 13.3.2005 מצורף **כנספח ע/8**.

העתק המפות מצורף **כנספח ע/9**.

192. ראוי לציין, כי תוואי זה כולל בתוכו לא רק את השטחים המאוכלסים והמבונים של התנחלויות, אלא ככלל גם את כל שטחי השיפוט שלהן. החשד הכבד, כי תוואי הגדר איננו תוצר של שיקולים ביטחוניים אלא של שיקולים מסדר אחר מתחזק אף נוכח פעולות המשיבים בימים אלה להמשך מפעל ההתנחלות באזורים, שהופרדו ו/או יופרדו מהשטחים ויוצמדו למדינת ישראל באמצעות הגדר.

193. כך, למשל, מסתבר שתוואי הגדר באדמותיו הדרומיות של הכפר נעלין תוכנן בין היתר לאור תוכניות להרחבות עתידיות של ההתנחלות חשמונאים. עובדות אלה עולות ברורות מהתכתובת בין עוזר יועמ"ש איו"ש לבין ב"כ העותרים בבג"ץ 2577/04.

העתק מהתכתובת בין עוזר יועמ"ש איו"ש לבין עו"ד אבנר פינצ'וק מהאגודה לזכויות האזרח, ב"כ העותרים בבג"ץ 2577/04 מצ"ב, ומסומן **נספח ע/10**.

194. **שיקולים דומים, של הכללת קרקעות להרחבות עתידיות של ההתנחלויות**, הכתיבו את תוואי הגדר באזורים נוספים, ובכלל זאת, במובלעת אלפי מנשה ובאזור צופין, כעולה מהעובדות המפורטות בעתירות שהוגשו בעניינם של קטעי גדר אלו (בג"ץ 7957/04 בעניין מובלעת אלפי מנשה, ובג"ץ 2732/05 בעניין אזור צופין).

העתק מהקטעים הרלבנטיים בעתירות מצ"ב ומסומנים **כנספחים ע/11, ע/12** בהתאמה.

195. זאת ועוד, הקמת הגדר בעומק השטחים מלווה בהטלתו של משטר משפטי חדש על שטחים, שנכללו בצד המערבי של הגדר. משטר זה, שפרטיו והשפעותיו השונים נדונים בהרחבה במסגרת עתירה אחרת, התלויה ועומדת בפני בית משפט זה (בג"ץ 639/04 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**), הגם שאיננו מספח את השטח פורמלית למדינת ישראל, יוצר הוא משטר משפטי חדש. על פי משטר זה מנותק שטח "מרחב התפר", דה-יורה ודה-פקטו, מיתר שטחי הגדה המערבית, בה בעת שזיקותיו למדינת ישראל הולכות וגדלות. רק פלסטינים, שעולה בידם להוכיח, כי הינם תושבי קבע בישובים שבשטח הסגור, מורשים להשאר בו. פלסטינים אחרים חייבים להוכיח צורך קונקרטי על מנת לזכות בקבלת היתר כניסה לשטח זה (לאחר הליכים בירוקרטיים ארוכים ומתישים, וגם זאת, לא תמיד). תושבים פלסטינים אינם מורשים לעבור להתגורר באזורים אלה. לעומת זאת, אזרחים ישראלים רשאים ויכולים להיכנס לאזור זה ללא הגבלה, ואף מורשים לעבור ולהעתיק את מקום מגוריהם אליו. לאלה, כאמור, יש להוסיף את מעורבותה הישירה והפעילה של מדינת ישראל בעידוד המעבר של אוכלוסייה חדשה משיטחה לאזורים אלה, במטרה "לעבות" את ההתנחלות היהודית-ישראלית באזורים אלה.

196. כתוצאה ממשטר זה, שהוטל על שטח מרחב התפר, ומקשיי הגישה אליו, המוטלים על תושבי השטחים הפלסטינים, קיים חשש ממשי, כי בעלי אדמות יאבדו את הזכויות באדמתם עקב כשלונם מלהגיע ולעבדן (ראו: יחזקאל לייך, **גזל הקרקעות – מדיניות ההתנחלות בגדה המערבית** (בצלם, מאי 2002), עמ' 35-38). על חשש זה ניתן ללמוד אף מפעולותיהם של המשיבים בהקשרים אחרים, ובכלל זה, מעמדתם, שנוכח מעמדן של הקרקעות כקרקעות לא מוסדרות, עשויים התושבים המקומיים, שלא עיבדו את אדמתם משך מספר שנים (מכל סיבה שהיא, ובכלל זאת, אף כאשר הסיבה נעוצה באי-יכולתם לעבד את הקרקע עקב קשיי גישה, שהטיל הצבא, או עקב מניעת העיבוד על ידי מתנחלים), לאבד את זכויותיהם בקרקע.

העתק מתכתובת בעניין זה מצורף **כנספח ע/13**.

אכן, גדר ההפרדה מתוארת על ידי המשיבים כאמצעי "זמני" – זמני עד לקביעת הסדר מדיני קבוע בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית. ואולם על רקע צעדים "זמניים", שננקטו בעבר בשטחים, ובראשם מפעל ההתנחלות של מאות אלפי ישראלים, קשה שלא לראות בצעדים

"הזמניים" דכאן קביעת מצב דברים בלתי הפיך, וסיפוח השטח הסגור למדינת ישראל. בהקשר זה **מסתמן "מתחם התפר" יותר ויותר כתפירת מתחם למדינת ישראל**, תוך שגדר ההפרדה מפרידה בינו לבין יתרת השטחים שבתפיסה לוחמתית. רק כך ניתן להבין את דבריו של האלוף עוזי דיין בדבר עיצוב מתחם הגדר מתוך "מחשבה לטווח ארוך", או את דבריו של ראש מינהלת קו התפר במשרד הביטחון, מר נצח משיח, ש"הפוליטיקאים מצאו נוסחה, אבל אני מעריך שהגדר תהיה הגבול" (מתוך כתבה "ובליבם חומה" – נספח ע/14), או את הדברים, שאמר לאחרונה ראש ממשלת ישראל, ולפיהם: "הפלשתינאים כבר היו צריכים להבין שמה שלא קיבלו היום, ייתכן ואי אפשר לתת להם מחר. אילו לא היו מתחילים בגל הטרור, יתכן ולא היה צורך בגדר, והיום אנו ממריצים את הגדר ולא נפסיק" (אלוף בן, "ראש הממשלה מזהיר את הפלשתינאים: מה שתוכלו לקבל היום - לא תקבלו מחר", הארץ 28.11.2003).

העתק מהכתבות, מצורף **נספח ע/14**.

197. מכלול העובדות לעיל מעורר לפחות חשד כבד ומשמעותי בדבר תכליתו האמיתית של תוואי הגדר, ומחייב לבחון בשבע עיניים את הטעמים הבטחוניים, הנטענים על ידי המשיבים להצדקת התוואי.

198. יפה לענייננו המבחן, שאומץ בפסיקתו ארוכת השנים של בית משפט זה ביחס להוכחת קיומה של הפליה, על פיו הבחינה של כשרות המעשה השלטוני נעשית לאור תוצאתה, ובלא תלות בקיומה של כוונה להפלות. לפיכך נקבע, כי לצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שזו מצטיירת במציאות. ראו:

בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 759; בג"צ 1/88, 953/77 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333-334; בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 241-242.

199. מבחן זה, של בחינת המעשים ותוצאותיהם בשטח, הינו מבחן מתאים לבחינת כשרותן של פעולות כפעולות נשוא הליכים אלה. משמדובר בהחלטות מורכבות של גופים רבי משתתפים, הפועלים מאינטרסים שונים ומגוונים, אין מקום ליתן את הדגש על שאלת כנות הכוונות של בעל תפקיד זה או אחר.

200. זו אף עמדתו של המשפט הבינלאומי:

"As in international law in general, and the law of war in particular, what matters is not the appearance, but the reality of a situation".

G. Schwarzenberger, International Law (London, 1968) p. 284

בחינה זו כוללת שלושה נדבכים: האחד, התמקדות בעובדות להבדיל מאיך שהדברים מוצגים; השני, בחינת המהות תחת צורת הדברים; השלישי, בחינת התוצאה תחת בחינת הכוונה (Schwarzenberger, שם, בעמ' 365).

201. על היות הצעדים, שנקטה ישראל ביחס להתנחלויות, צעדים העולים כדי סיפוח דה-פקטו ראו גם:

Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory", 23 Berkeley Journal of International Law (forthcoming, 2005), p. 44-45

E. Benvenisti, The International Law of Occupation, (Princeton University Press, 1993), p. 141.

202. בנסיבות אלה גישתו של בית הדין, אשר בוחנת את תוצאות מעשיהם של המשיבים תחת להסתפק בבבחנית הצהרותיהם, לא רק שמשקפת את המבחן המשפטי הנוהג במשפט הבינלאומי, אלא אף את המבחן המשפטי הראוי לענייננו.

ג. אי-חוקיות תוואי הגדר שנועד ליצירת רצף טריטוריאלי בין ההתנחלויות לישראל

203. העמדה, כי הקמתן של התנחלויות ישראליות בשטחים מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי, התקבלה על ידי מועצת הביטחון של האו"ם, הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום, המדינות החברות לאמנות ג'נבה, ממשלות זרות, וכותבים אקדמיים רבים. ראו:

D. Kretzmer, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", 99 AJIL (2005), pp. 63, 64.

204. למרות עמדה ברורה זו של הקהילה הבינלאומית כולה בדבר הוראתו של המשפט הבינלאומי, נמנע בית משפט זה עד היום, מטעמים שונים, מלהכריע בשאלת חוקיותן של ההתנחלויות לפי סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה (ראו: בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113; בג"ץ 390/79 דוויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1; בג"ץ 277/84 אערייב נ' ועדת העררים, פ"ד מ(2) 57; בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210).

205. עיון בתוואי הגדר מלמד, כי הטעם המרכזי, בגינו פולש התוואי לעומק השטחים, נעוץ בקיומן של התנחלויות ישראליות באזורים אלה. המשיבים מאשרים זאת בתשובתם לבית משפט זה (ראו סעיפים 64, 186, 469 לתשובת המשיבים). ואולם, לא רק שתוואי הגדר נגזר בחלקים נכבדים שלו משיקולים, הנובעים וכרוכים בקיומן של התנחלויות, אלא שגם הפגיעות הקשות ביותר, הנגרמות לאוכלוסייה הפלסטינית כתוצאה מבניית הגדר, נגרמות בעקבות בנייתם של קטעים אלה. כך הדבר בקטעי הגדר שכבר נבנו, ובכללם מובלעות ריחן, סלעית, צופין, אלפי מנשה ואלקנה. כך הוא גם בקטעי הגדר שטרם נבנו, ואשר עתידים ליצור את ה"אצבעות" הגדולות ובעלות השלכות האכזריות ביותר על האוכלוסייה המקומית. בין אלה נכללות חדירות הגדר לצורך הכללתן של ההתנחלויות: קדומים, אריאל, גבעת זאב, מעלה אדומים, גוש עציון ועוד.

206. מצב דברים זה, והקשר הבלתי ניתן להפרדה בין תוואי הגדר, שנקבע על ידי המשיבים, לבין ההתנחלויות בשטחים, מחייב התייחסות לשתי סוגיות: האחת, מעמדן של ההתנחלויות והשלכותן על חוקיות הגדר; השנייה, שאלת הפעולות והאמצעים הלגיטימיים, העומדים לכוף על מנת להגן על אזרחי מדינתנו בתוך השטח הכבוש.

11. ההתנחלויות – הפרה של המשפט הבינלאומי וחריגה מסמכות המפקד הצבאי

207. בחוות דעתו קובע בית הדין הבינלאומי, כי ההתנחלויות הישראליות בשטחים מהוות הפרה של סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה. בית הדין מבהיר, כי סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר על העברת אוכלוסיה של הכוח הכובש לשטח הכבוש - אוסר לא רק על ביצועם של גירושים או העברות בכפיה של אוכלוסיה, כפי שנעשו במהלך מלחמת העולם השנייה, אלא אף על נקיטתם של אמצעים על ידי המעצמה הכובשת, במטרה לארגן או לעודד העברות של חלקים מאוכלוסייתה לשטח הכבוש.

208. ואכן, מסקנה זו נובעת ועולה בקנה אחד גם עם תכליתה של אמנת ג'נבה הרביעית – להגן על אזרחים בשטח הכבוש, ולא על אוכלוסיית המעצמה הכובשת. על תכלית זו ניתן ללמוד, בין השאר, מהגדרת מוגנים, המופיעה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה, על פיה, אזרחים של המעצמה הכובשת אינם נחשבים כאנשים מוגנים על פי האמנה. מבחינת אוכלוסיית השטח הכבוש, השאלה האם העברת האוכלוסייה הזרה לשטחם נעשתה בכפיה או שלא בכפיה, איננה רלבנטית. ראו:

D. Kretzmer, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", *99 AJIL* (2005), pp. 63, 66.

209. מהמידע, שהובא בפני בית הדין, מידע עליו אין חולק, עולה, כי מאז 1977 נקטה מדינת ישראל במדיניות ופיתחה פרקטיקות, הכוללות הקמתן של התנחלויות בשטחים הכבושים, מעשים העומדים כאמור בניגוד לאיסור הקבוע בסעיף 49(6) הנ"ל (ראו גם סעיף 13 לתגובת המשיבים במסגרת בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת ואח', להלן: עתירת חוף עזה).

העתק מהעמודים הרלבנטיים מתגובת המשיבים לעתירת חוף עזה מצורף **כנספח ע/15**.

210. מכאן קובע בית הדין, שההתנחלויות הישראליות בשטחים הכבושים, לרבות מזרח ירושלים, הוקמו תוך הפרה של המשפט הבינלאומי.

211. בית הדין עומד על כך, שלהוראה זו באמנת ג'נבה לא נקבע כל חריג. מכאן נובעת אי-החוקיות *per se* של ההתנחלויות (סעיפים 119-120 לחוות הדעת).

212. בנוסף, מהווה מפעל ההתנחלות גם חריגה מהסמכויות, המוקנות למפקד הצבאי. כך הדבר, שכן אין באפשרותם של המשיבים להצביע על כל מקור סמכות, על פיו מוסמך המפקד הצבאי לפעול לקידומו של מפעל התנחלות מסיבי כמו זה, אותו תכננה וקידמה ישראל בשטחים הכבושים. ראו:

E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, (Princeton University Press, 1993), p. 140.

213. מפעל ההתנחלות אף חורג מסמכויותיו וסותר את חובותיו של המפקד הצבאי על פי סעיף 43 לתקנות האג, ואת חובת הנאמנות הבסיסית שהוא חב לאוכלוסיית השטח הכבוש, שכן לא ניתן לראות מדיניות זו כעניין של ביטחון כוחות הכיבוש, ובוודאי שלא ניתן לטעון כי היא תורמת ל"public order and civil life".

Benvenisti, *ibid*, p. 140-141

David Kretzmer, *The Occupation of Justice – The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (N.Y Press, 2002) 187.

214. לסיכום, מדיניות ההתנחלות, בה נקטו המשיבים, מהווה הפרה של חובותיהם על פי המשפט הבינלאומי, ונעשתה תוך חריגה מסמכויותיו של המפקד הצבאי.

ג. השלכות אי-חוקיות ההתנחלויות על חוקיות הגדר

215. בית הדין קובע בעניין זה, כי :

“In other terms, the route chosen for the wall gives expression *in loco* to the illegal measures taken by Israel with regard to Jerusalem and the settlements, as deplored by the Security Council (see paragraphs 75 and 120 above)...”

(סעיף 122 לחוות הדעת)

216. כמעשה הנותן גושפנקא, והמחזק ומקבע את ההתנחלויות, המוקפות על-ידי הגדר, מהווה אף בניית הגדר, בקטעים, בהם היא מקיפה את ההתנחלויות הישראליות בשטחים, פעולה בלתי חוקית על פי המשפט הבינלאומי. מכאן, שאי-חוקיותם של קטעי הגדר, שנועדו ליצור רצף טריטוריאלי בין ההתנחלויות למדינת ישראל, נגזרת ונובעת מאי החוקיות הבסיסית של ההתנחלויות עצמן, ומהווה אף היא הפרה של סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה.

217. זאת ועוד, בניית הגדר בתוואי שעוקף וכולל את ההתנחלויות בצידה הישראלי של הגדר, לא רק שנותנת גושפנקא, אלא מחזקת ומעצימה את ההפרה, הגלומה במעשה ההתנחלות, בכך שהיא תורמת לשינוי המצב בשטח הכבוש כתוצאה מהעברתה של אוכלוסייה ישראלית, ולרעת האוכלוסייה הפלסטינית המקומית. המדובר בשינוי דמוגרפי מסיבי, הנעשה תוך ניצולם של עתודות קרקע, שינוי המאזן הסביבתי (כדוגמת יצירת עומס אנושי על משאבי טבע, וכו'), דברים אשר בדיוק להם כוון האיסור שבסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה, ואשר אותם נועד למנוע.

218. המדובר באי-חוקיות שלא ניתן להכשירה, שכן לאיסור זה שבמשפט הבינלאומי ההומניטרי לא נקבע כל חריג :

“The Court would observe, however, that the applicable international humanitarian law contains provisions enabling account to be taken of military exigencies in certain circumstances.

Neither Article 46 of the Hague Regulations of 1907 nor Article 47 of the Fourth Geneva Convention contain any qualifying provision of this type. **With regard to forcible transfers of population and deportations**, which are prohibited under Article 49, paragraph 1, of the Convention, paragraph 2 of that

Article provides for an exception in those cases in which “the security of the population or imperative military reasons so demand”. **This exception however does not apply to paragraph 6 of that Article, which prohibits the occupying Power from deporting or transferring parts of its own civilian population into the territories it occupies.** ...”.

(סעיף 135 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

219. היטיב להבהיר זאת השופט בורגנטל:

“Paragraph 6 of Article 49 of the Fourth Geneva Convention also does not admit for exceptions on grounds of military or security exigencies. It provides that “the Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies”. I agree that this provision applies to the Israeli settlements in the West Bank and that their existence violates Article 49, paragraph 6. It follows that the segments of the wall being built by Israel to protect the settlements are ipso facto in violation of international humanitarian law.”

(סעיף 9 לחוות דעתו של השופט בורגנטל, ההדגשה הוספה)

220. הנה כי כן, למרות התנגדותו למתן חוות הדעת, מצטרף השופט בורגנטל, גם בעניין זה, לקביעתו של בית הדין. כזכור, הסתייגותו של השופט בורגנטל מחוות הדעת נעוצה הייתה בעמדתו, כי לא עמדה בפני בית הדין תשתית עובדתית מספקת ביחס לצרכים הביטחוניים של ישראל בנוגע לכל קטע וקטע של הגדר. בשל כך נמנע מלהצטרף לקביעה, כי כל תוואי הגדר הינו בלתי חוקי. לעומת זאת, בכל הנוגע לכל חלקי הגדר שנועדו להגן על התנחלויות, חורג השופט בורגנטל מעמדתו זו. זאת מהטעם, שקביעה זו הינה מסקנה משפטית הכרחית, שאיננה נגזרת ואיננה תלויה בתשתית עובדתית קונקרטית כלשהי, המתייחסת לצורך צבאי.

221. יוצא, כי עמדתו של בית הדין, המקובלת פה-אחד על כל השופטים, היא, כי כל אותם קטעים של הגדר, הנבנים לצורך הגנת ההתנחלויות, ולרבות מזרח ירושלים, הינם, מניה וביה, הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

222. העובדה, כי הקמת הגדר מהווה חלק בלתי נפרד ממפעל ההתנחלות עצמו, עולה מטענת המשיבים, לפיה בניית הגדר בקטעים אלה נדרשת לצורך הגנה על ההתנחלויות הישראליות בשטחים. משמעותו האמיתית של טיעון זה הינה, כי בניית הגדר נדרשת על מנת לאפשר לאזרחי ישראל להמשיך ולהתגורר בבטחון וברווחה בהתנחלויות, הממוקמות בשטחים הכבושים.

223. ודוקו, אין המדובר בהגנת חייהם של המתנחלים גרידא. כך, שכן לצורך הבטחת חייהם של אזרחים אלה, יכולים המשיבים לנקוט במספר אפשרויות נוספות – ובראשן, באמצעות

- הקפתן של ההתנחלויות בגדר בטחון, כפי שנעשה במשך כל השנים מאז הוקמו ההתנחלויות, וכפי שהמשיבים מתכננים להמשיך ולעשות לגבי ההתנחלויות שלא יוכלו בתוך תוואי הגדר.
224. מהעובדה, שהמשיבים לא בחרו באפשרות זו, הפתוחה בפניהם, עולה המטרה העיקרית, העומדת ביסוד קביעתו של תוואי הגדר והיא – לא הגנה על חיי המתנחלים, כי אם מטרה של יצירת רצף טריטוריאלי בין גושי התנחלות גדולים והתנחלויות אחרות, הקרובות יחסית לקו הירוק, לשטח ישראל.
225. במידה שיימצא, שהקפת התנחלויות בגדר בטחון אין בה די, לאור למשל "עוצמת הלחימה", הרי שאז עומדת בפני המשיבים האפשרות להשיב את תושביהן לגבולותיה הריבוניים של המדינה (ראו להלן ההתייחסות לתשובת המדינה בעתירת חוף עזה). אפשרות זו רלבנטית במיוחד נוכח טענותיהם של המשיבים לקיומו של מצב לחימה בשטחי הגדה המערבית, גם בימים אלה (ושהעותרים, יש לציין, חולקים עליהן). למעשה, בנסיבות אלה, להן טוענים המשיבים, התגובה הצפויה ביותר מצד המדינה היא לפעול להרחקתם של אזרחיה מאזור הלחימה או מאזור, בו הם נתונים בסכנה, תוך השבתם לגבולות מדינתם הריבונית.
- הימנעותם של המשיבים מלנקוט באמצעים חלופיים העומדים לרשותם מלמדת, כי מבקשים הם לשרת אינטרסים אחרים, ולא דווקא את האינטרס של שמירה על ביטחון תושבי ההתנחלויות.
226. בנסיבות אלה מהווה הגדר חלק בלתי נפרד מהמשך מפעל ההתנחלות. בהיות הגדר אמצעי, שנועד לקבע ולהבטיח את מגוריהם של אזרחי ישראל דווקא בהתנחלויות שבגדה המערבית, מהווה היא את המשכו הישיר והבלתי נפרד של מעשה ההתנחלות הבלתי חוקי.
227. ככזו נפסלת אף היא כמעשה אסור על פי סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה. משלא נקבע לאיסור זה שבדין ההומניטרי כל חריג, לא ייתכנו נסיבות, לרבות צורך צבאי, בהן פעולות אלה עשויות היו להיחשב כלגיטימיות.
228. בתשובת המשיבים אין למעשה מענה לקביעות אלה של בית הדין, וזאת למרות שהם מכירים בכך, שאחת הסיבות, העיקריות לכניסתה של הגדר לשטחי הגדה המערבית היא בשל ההתנחלויות (סעיף 64 פסקה ראשונה, סעיף 186, וסעיף 469 לתשובת המשיבים).
229. מעניין לציין, שבאף אחת מהחלטות הממשלה, לרבות החלטת הממשלה האחרונה, לא נאמר, שהגדר נועדה להגן על התנחלויות. כל שנאמר שוב ושוב הוא, כי הגדר נבנית לשם הגנת מדינת ישראל ותושביה מפני פיגועי טרור.
230. לטענת המשיבים, לא נפל פסול בפעולותיהם להקמת הגדר. זאת נוכח העובדה, שהאחריות לביטחונם של תושבי ההתנחלויות מוטלת על ישראל, הן מכוח הסכם הביניים והן מכוח העקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי. לטענתם, הגנה על מתנחלים נופלת במסגרת סמכותו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר והביטחון באזור, וכי הגדר היא אחד המרכיבים ההכרחיים להגנה זו, כל עוד מדובר בתוואי מידתי. המשיבים טוענים, כי בית הדין התעלם מחובתה זו של ישראל (סעיפים 186, 469-470 לכתב התשובה). להתייחסות לטענות אלה נעבור להלן.

ג3. זכותה של המדינה וחובתה להגן על המתנחלים לפי המשפט הבינלאומי

231. לטענת המשיבים, בית הדין לא התייחס להשפעת הסכם הביניים על אחריותה של ישראל כלפי המתנחלים. לטענתם, גם אם ההתנחלות בשטחים נוגדת את הוראות אמנת ג'נבה, אין בכך כדי לגרוע מחובתה של ישראל להגן על אזרחיה מכוח העקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי, ומכוח הסכם הביניים.
232. עסקינן בפגיעות שגורמת הגדר לשלל זכויות של מוגנים, ובכללן זכויות, המעוגנות באמנת ג'נבה הרביעית. והנה, באמנת ג'נבה הרביעית נקבע מפורשות, כי לא יהיה **בשום הסכם**, כל עוד מצב הכיבוש עומד בתוקפו, כדי לפגוע או לצמצם איזו מהזכויות, המוקנות למוגנים על פי אמנה זו.
233. כך, למשל, קובע סעיף 47 לאמנת ג'נבה:

“Protected persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present Convention by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of the said territory, nor by any agreement concluded between the authorities of the occupied territories and the Occupying Power, nor by any annexation by the latter of the whole or part of the occupied territory.”

וראו גם סעיפים 7 ו-8 לאמנה.

234. אשר על כן, זכויותיהם של מוגנים לפי האמנה, וחובות הכוח הכובש המקבילות להן, הינן הוראות קוגנטיות, שאינן ניתנות להתניה או ויתור, אף לא במסגרת הסכמים, כל עוד מצב הכיבוש לא הגיע לקיצו.
235. לא זו אף זו, קשה לקבל ניסיון של המשיבים להסתמך על הסכם זה, אשר המועדים לקיומו חלפו זה מכבר. קשה במיוחד לקבל הסתמכות של המשיבים על הסכם זה, בכל הנוגע לנושא ההתנחלויות, בו אחראית ישראל להפרות גסות של התחייבויותיה על פיו, ובראשן המשך מפעל ההתנחלות, ובכלל זאת, הקמתן של התנחלויות חדשות (ראו פרק שני לחוות הדעת בנושא מאחזים בלתי מורשים, שהוכנה על ידי עו"ד טליה ששון והוגשה לראש הממשלה ביום 9 במרץ, 2005, והסוקרת את מעורבותן של רשויות שונות בהמשך מפעל ההתנחלות בשטחי הגדה המערבית).
- חוות הדעת בנושא מאחזים בלתי מורשים שהוגשה לראש הממשלה, ותקציר חוות הדעת, ניתנות לעיון באינטרנט, באתר משרד ראש הממשלה, בקישורית: [http://www.pmo.gov.il/PMO/Communication/Spokesman/2005/03/spokemes0903\(05.htm](http://www.pmo.gov.il/PMO/Communication/Spokesman/2005/03/spokemes0903(05.htm)
236. אשר על כן, אין בכוחו של הסכם הביניים כדי לבטל או לצמצם זכויות כלשהן מהזכויות, המוקנות למוגנים לפי אמנת ג'נבה, ואין באפשרות המשיבים להיאחז בהוראות כלשהן

מהוראותיו ככל שמבקשים הם להכשיר באמצעותן פגיעה או הפחתה באלו מהזכויות, המוקנות לתושבים הפלסטינים בשטחים מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

237. עוד טוענים המשיבים, כי בגדר סמכויותיו של המפקד הצבאי מוסמך הוא לנקוט בצעדים הדרושים להגנת שלומם ורווחתם של הישראלים, המתגוררים בשטחים, בדומה לסמכויותיו ביחס לאוכלוסיה הפלסטינית (סעיף 186 לכתב התשובה).

המשיבים מפנים בעניין זה לפסיקה קודמת של בית משפט זה. סבורים אנו, כי פסיקה זו צריכה להיבחן מחדש בענייננו. על ההצדקות לבחינה חדשה זו עמדנו לעיל (ראו סעיפים 53-56 לעיל). זאת ועוד, קשה לראות את פסיקתו של בית משפט זה בבג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועה עזה (פ"ד נו(4) 608) כאסמכתא לטענתם הגורפת של המשיבים, כי "מפקד האזור מוסמך לנקוט בצעדים הדרושים להגן על שלומה ורווחתה של האוכלוסיה בשטח המוחזק, פלסטינית וישראלית כאחד". ולא היא. כל שנאמר בפסק דין קצר זה הוא, ש"מעמדן של ההתנחלויות ייקבע בהסכם השלום. עד אז מוטלת החובה על המשיב להגן על האוכלוסיה (הערבית והיהודית) שבשטח המצוי בשליטתו הצבאית". פסק דין זה ניתן בעיצומה של פעילות, שאופיינה כפעילות לחימתית, שהתבצעה באזור רצועת עזה. אין ללמוד ממנו, כי ישראלים ופלסטינים המתגוררים באזור היינו הך הם, וכי חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי כלפיהם זהות.

238. ההיפך הוא הנכון. המשיבים עצמם עמדו במסגרת תשובתם לעתירת חוף עזה על ההבחנה המהותית, הקיימת בין תושבים מוגנים של השטח הכבוש. לבין תושבי ההתנחלויות:

"נוסיף ונציין, כי העותרים ותושבי האזורים המפונים כלל אינם נכללים בגדר המושג "מוגנים" לעניין אמנת ג'נבה הרביעית מיום 12.8.1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (מבלי להידרש לשאלת תחולת האמנה, בנסיבות המקרה דנן).

זאת, בהתאם לסעיף 4 לאמנה, הקובע, כי "מוגנים על-ידי האמנה הזאת הם אלה המוצאים את עצמם – באיזה זמן שהוא ובאיזה דרך שהיא – בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, **והם אינם אזרחיו של אותם בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת**".

סעיף 36 לתשובת המשיבים לעתירת חוף עזה, נספח ע/15.

239. להבחנה זו, קרי לעובדה, שאזרחים ישראלים אינם יכולים לבוא בגדר "מוגנים" על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, השלכות שונות מבחינת הזכויות, הנתונות להם בשטח הכבוש, ומבחינת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי ביחס אליהם. כך בכלל, וכך בפרט כאשר הם באים בהתנגשות עם זכויות של תושבים מוגנים. ישנם סעיפים במשפט ההומניטרי החלים על כל סוגי האנשים בשטח כבוש, מוגנים ולא מוגנים כאחד (ראו סעיפים 13 עד 26 לאמנת ג'נבה). ואולם, תכליתו המרכזית של המשפט ההומניטרי מכוונת להגנתם של מוגנים מפני פגעי המלחמה, ובענייננו מפני פגעי מצב התפיסה הלוחמתית.

240. ההבחנה המהותית בין אזרחי ישראל, המתגוררים בשטחים, לבין התושבים המקומיים, מופיעה החל מראשית פסיקתו של בית משפט זה.

עוד בפרשת בית אל (בג"ץ 606/78, 610/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 119) עמד בית משפט זה על כך, שאזרחים ישראלים, העוברים להתגורר בשטחים, "נמצאים שם בזכות **וברשות הצבא**". כן נפסק:

"הוא הדין באשר לטענת העותרים כי הופלו לרעה ביחס לתושבים המקומיים. הפליה, נזכור, עניינה ביחס בלתי שווה לשוויים, ומתוך שהעותרים אינם דומים לתושבים המקומיים – **ומכל בחינה שהיא**, בוודאי כך לעניין הקמתם של המאחזים הבלתי-מורשים – שוב אין מקום לטענת ההפליה."

(דנג"ץ 2309/04, 2273/04 אמנה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם), סעיף 7, ההדגשה הוספה).

ראו גם: בג"ץ 4400/92 המועצה המקומית קרית ארבע נ' ראש הממשלה, פ"ד מח(5) 597, 606-608; בג"ץ 548/04 אמנה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם).

241. הבחנה מהותית זו בין זכויותיהם של תושבים מוגנים בשטח כבוש, על ההגנות המיוחדות שנקבעו לגביהם במשפט הבינלאומי ההומניטרי, וחובותיו של המפקד הצבאי כלפיהם, לבין מעמדם של אזרחי המעצמה הכובשת בשטח הכבוש, אכן נעדרת מפסק הדין, שניתן בבג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פ"ד נח(3) 443). בכל הכבוד, פסק דין זה איננו מתיישב עם הוראותיו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי או עם ההבחנה המהותית הקיימת בו לגבי הגנתם של מוגנים וזכויותיהם. הגם שפסק דין זה כולל ניתוח מקיף של השיקולים והזכויות המתנגשות, חסר בו ביטוי למצב המיוחד השורר בשטחים – מצב של תפיסה לוחמתית, על כל השלכות הנגזרות ממנו (וראו: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) 147-148). כמו כן פסק הדין אינו מסביר, כיצד ניתן לשאוב וליישם במצב של תפיסה לוחמתית את המבחנים, הנוהגים באיזון חוקתי רגיל בחברה דמוקרטית, המתבסס על היותם של הצדדים לו חלק מחברה אחת. נדמה, כי לא יכול להיות ספק שלא ניתן לראות את התושבים הפלסטינים של השטח הכבוש ואת האזרחים הישראלים המתגוררים בו כחברים בחברה אחת (ובוודאי שלא דמוקרטית), הנחה ממנה נשאבת ההצדקה המוסרית-עקרונית לפגיעה בזכויות האחד לטובת האחר. תפיסה המבקשת לגרוע מזכויות מוגנים לצורך רווחתם של תושבי המעצמה הכובשת בשטח הכבוש, סותרת את התפיסות הבסיסיות העומדות ביסוד דיני הכיבוש.

242. עניינם של דיני הכיבוש הוא בהסדרת היחסים שבין הכוח הכובש לתושבי השטח הכבוש (לרבות פליטים ואנשים מחוסרי אזרחות) ולזרים, הנמצאים בשטח זה. כאמור, במסגרת מוגנים על פי דינים אלה לא נכללים אזרחי המעצמה הכובשת וזרים אחרים. הגנתם של אלה, אשר איננה מוסדרת ככלל במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי, מוסדרת על פי הדין, החל על זרים בשטחה של מדינה אחרת. המדינה רשאית, אם הדבר נחוץ, לנקוט בצעדים על מנת להגן על אזרחיה, הנמצאים מחוץ לתחומה. כמו כן סעיפים 13-26 לאמנת ג'נבה כוללים מספר הוראות, המתייחסות לכל האנשים הנמצאים בשטח כבוש, ובעיקרם עוסקים סעיפים אלה בהסדרתם של שירותי רפואה דחופה לאוכלוסיה (הקמת בתי חולים, הבטחתם מפגעי המלחמה וכו').

243. מצב של כיבוש, על פי המשפט הבינלאומי, הינו מצב, שהוא במהותו מצב של נאמנות. משפט זה רואה בכוח הכובש כמי שמחזיק ומפעיל את סמכויות השלטון בשטח הכבוש **בנאמנות**

עבור אוכלוסיית השטח הכבוש (ראו, למשל, סעיפים 43, 48, 49, 55 לתקנות האג, וכן סעיף 88 לחוות הדעת של בית הדין). כן ראו:

E. Benvenisti, **The International Law of Occupation** (Princeton University Press, 1993) p. 6

Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory", 23 Berkeley Journal of International Law (forthcoming, 2005), p. 21-36

Adam Roberts, What Is a Military Occupation? 55 Brit. Y.B. INT'L. L. (1984) 249, 293-295;

Arnold Wilson, The Laws of War in Occupied Territories 18 TRANSACTIONS GROTIUS SOC'Y (1933) 17, 38.

244. הגדר אינה נופלת לגדר סמכויותיו של הכובש. תוואי הגדר שנבחר נועד לשרת אינטרסים מדיניים-פוליטיים של מדינת ישראל ואינטרסים שונים של אזרחי מדינת ישראל, המתגוררים בהתנחלויות. ענייננו הוא אם כן במצב, בו המפקד הצבאי פוגע בזכויותיהם ובאורחות חייהם של מוגנים, על מנת לשרת אינטרסים של מדינתו ושל אזרחי מדינתו שלו. עמדנו על כך, כי שיקולים אלה חורגים מהשיקולים הלגיטימיים, אותם מוסמך המפקד הצבאי לשקול. **משאין מדובר בצרכים, הנוגעים להגנת כוחות הצבא הכובש, או לצורך הכרחי של הגנת מדינת ישראל גופה, מהווה פעולתו של המפקד הצבאי חריגה מסמכות.**

245. לא למותר לציין, כי מצב הדברים בו עסקינן הינו מצב של ניגוד עניינים מובנה בין חובתו של המפקד הצבאי מכוח המשפט הבינלאומי לפעול כנאמן של המוגנים בשטח הכבוש לבין זיקתו הטבעית למדינתו ולאזרחיה. בזיקת שייכות זו טמונה יותר מאפשרות ממשית של משוא פנים, שבדיוק מפניה צריכים כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי להגן. בהינתן מצב זה, עובר נטל כפול ומכופל אל המשיבים להוכיח את כשרות פעולתם על פי המשפט הבינלאומי.

246. כאמור, טוענים המשיבים, כי אף אם ההתנחלות בשטחים נוגדת את הוראות אמנת ג'נבה, אין בכך כדי לגרוע מחובתה של ישראל להגן על אזרחיה מכוח העקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי (סעיפים 186, 470-469 לכתב התשובה).

247. על חובתה של ישראל להגן על חיי אזרחיה לא יכול להיות חולק. עמד על כך בית הדין בחוות דעתו באומרו:

"The fact remains that Israel has to face numerous indiscriminate and deadly acts of violence against its civilian population. **It has the right, and indeed the duty, to respond in order to protect the life of its citizens. The measures taken are bound nonetheless to remain in conformity with applicable international law.**"

(סעיף 141 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

248. ואולם, גם מטלה נכבדה זו איננה מכשירה את כל האמצעים. גם כשפועלת מדינת ישראל להגנתם של אזרחיה, רשאית היא לנקוט אך ורק באותם אמצעים, העולים בקנה אחד עם

הוראות המשפט הבינלאומי הרבנטינות. בנסיבות דנן, בהן בניית הגדר בתוואי הספציפי שנבחר על ידי המשיבים גורמת לפגיעות בזכויות מוגנות של תושבים מוגנים לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי ולפי משפט זכויות האדם הבינלאומי, פעולותיהם של המשיבים יהיו חוקיות - אם ורק אם יעלה בידם להוכיח, כי הגדר היא האמצעי ההכרחי והמידתי (necessary and proportionate) להשגתה של תכלית זו. לסוגייה זו נפנה עתה.

ג. אי-התקיימות תנאי הצורך הצבאי והמידתיות בתוואי המקיף התנחלויות

249. הדרישה, כי האמצעים, בהם נוקט צד לוחם, יהיו בגדר **האמצעים, המותרים על פי דיני המלחמה**, היא דרישה העומדת ביסודם של דיני המלחמה. פרופ' דינשטיין מבהיר מדוע אין לקבל טיעון, על פיו קיומו של צורך צבאי יכול להצדיק סטיה מההוראות המפורשות של דיני המלחמה:

“If invoking the plea of military necessity were sufficient to justify a violation of the laws of war, the observation of these laws would have been left largely to the discretion of belligerents. The laws of war would then in effect cease to be legally binding;

...

The hallmark of legal norms is that they cannot be disregarded at will. They have to be observed not only when it is expedient to do so, but even when compliance runs counter to the interests of the party concerned. Being legal norms, the laws of war must be obeyed irrespective of needs and interests”.

(Y. Dinstein, “Military Necessity “, **Encyclopedia of Public international law**, (1981), p. 396)

צורך צבאי, אם כן, אינו יכול להצדיק סטיה או הפרה של דיני המלחמה. בכך אין פסיקתו של בית הדין הבינלאומי שונה, בעקרון הכללי המנחה, מפסיקתו הענפה של בית משפט זה.

250. מבחן הצורך הצבאי מורכב מחמישה מבחני משנה מצטברים, **כאשר נטל ההוכחה מוטל על זה הטוען לקיומו**.

ראו:

A. Imseis, *Critical Reflections on the International Humanitarian law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion*, 99 AJIL, 102, 111

251. על פי מבחן המשנה הראשון יש לבחון, אם האמצעים הננקטים אינם מפריס איסור מוחלט במשפט הבינלאומי ההומניטרי. ניתן להסתמך על טענת צורך צבאי, אך כאשר הדין מאפשר מפורשות הסתמכות עליה כחריג לכלל הנדון. עמדנו על כך, שהאיסור שבסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הינו איסור מוחלט. משאין הדין ההומניטרי כולל חריג כלשהו, המאפשר התחשבות בשיקולים של צורך צבאי ביחס לאיסור, הכלול בהוראת סעיף 49(6) לאמנה, אין באפשרות

המשיבים להסתמך על טענה לקיומו של "צורך צבאי" כדי להכשיר את מעשיהם ביחס לבניית קטעי הגדר, הנובעים מקיומן של ההתנחלויות.

252. יוער בהקשר זה, כי גם הגנת הצורך הכללית, המוכרת במשפט הבינלאומי, איננה יכולה לסייע למשיבים בעניין זה. כך הדבר, שכן עסקינן באיסור הקבוע בדיני המלחמה, הכוללים כבר בתוכם הם את ההתחשבות בשיקולים של צורך צבאי:

"As embodied in article 25, the plea of necessity is not intended to cover conduct which is in principle regulated by the primary obligations.

This has a particular importance in relation to the rules relating to the use of force in international relations and to the question of "military necessity"

(ההדגשה הוספה)

Draft Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts, art. 25, 32, UN G.A.O.R. 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/56/10, Ch. IV.E.1 (2001), p.205-206

מצוי באתר האינטרנט של הוועדה בכתובת:

http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm

253. עמדנו על כך, שעניינו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי הוא באיזון שבין שיקולים של צורך צבאי מחד גיסא, לבין שיקולים ההומניטריים מאידך גיסא. בהתאם לאיזון המיוחד והמחייב שנקבע, כולל הדין ההומניטרי הוראות מסוגים שונים: חלקן קובעות חובות מוחלטות, חלקן קובעות איסורים שבצידם חריג, וחלקן קובעות חובות "גמישות".

254. עניינו הוא במצב בו פעולות של המשיבים גורמות לפגיעות באוכלוסייה המקומית, ובאינטרסים מוגנים על פי המשפט ההומניטרי. על כך אין מחלוקת. מכאן, שפעולותיהם של המשיבים הינן חוקיות, ככל שהפגיעות, הנגרמות במעשיהם, אינן באיסורים מוחלטים, הקבועים במשפט הבינלאומי, וככל שעלה בידם להוכיח התקיימותו של "צורך צבאי" לגיטימי ומוכר. כאמור, בית הדין קבע ובדין, שתואי הגדר, המקיף את ההתנחלויות, מהווה הפרה של איסור מוחלט במשפט הבינלאומי. ואולם הוא אף פוגע באיסורים נוספים של המשפט הבינלאומי, איסורים שחריג בצידם. לפיכך, נמשיך לדרישה השניה למבחן הצורך הצבאי.

255. מבחן המשנה השני דורש, כי בפני הכוח הכובש אכן עומד מצב של צורך. מצב הצורך עשוי להשתנות בהתאם לנסיבות, וכולל מצב, בו הכוח ניצב בפני סכנות קרובות (כדוגמת התקפות שעומדות להתרחש) או זקוק למצרכים לכוחותיו (מזון, מים, ציוד רפואי וכד'). מכל מקום, מצב צורך מתייחס אך ורק למצבים המתקיימים בתוך השטח הכבוש, ואשר בפניהם עומד הכוח הכובש במסגרת תפיסתו את השטח. כמו כן, מצב של צורך צבאי עשוי להתקיים אך לצורך הגנת האינטרסים הביטחוניים של כוחות הצבא הכובש, וגם אז רק בהתייחס לשטח הכבוש עצמו.

ראו:

Imseis, *ibid*, at p. 111

J. S. Pictet, **Commentary on the IV Geneva Convention for the Treatment of Civilians During Armed Conflict**, (Geneva, 1952) 335

E. Benvenisti, **The International Law of Occupation** (Princeton University Press, 1993) p. 101-102

256. לא כל אינטרס או מטרה של המדינה, שניתן להשיגם באמצעים צבאיים, עשויים להיחשב כמטרות, המקימות "צורך צבאי" לפי המשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי מפרש את מושג ה"צורך הצבאי" תוך אימוץ המטרות הלגיטימיות של שימוש בכח, הקבועות במגילת האו"ם:

"The changes in the *jus ad bellum* brought about by the UN Charter have added a new dimension to this principle of **military necessity**. Prior to 1945, once a state was justified in going to war it was invariably entitled to seek the complete submission of its adversary and to employ all force, subject only to constraints of humanitarian law, to achieve that goal. That is no longer permissible. Under the UN charter, a state which is entitled to exercise the right to self-defense is justified **only in seeking to achieve the goals of defending itself and guaranteeing its future security**. It may therefore use whatever force is necessary (within the limits of humanitarian law) to recover any part of its territory, which has been occupied as the result of its adversary's attack, to put an end to that attack, and to remove the threat, which the attack poses.

...

The prohibition on the use of force contained in Art. 2(4) of the Charter is the cornerstone of modern international law and has the status of *ius cogens*, i.e. a peremptory rule from which states may not derogate."

(ההדגשה הוספה)

C. Greenwood, "Historical Developments and Legal Basis", in D. Fleck (ed.), **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts**, (Oxford, Oxford University Press, 1995), p. 1 at pp. 30

257. הגם שמשתייכים הם ל-*jus ad bellum* יש לכללים אלה השלכה אף על דרכי ניהול המלחמה:

"...the principle of necessity operates as an **additional level of restraint** by prohibiting acts which are not otherwise illegal, as long as they are

not necessary for the achievement of legitimate goals..."

(ההדגשה הוספה)

(Greenwood, שם, בעמ' 33)

258. מכאן, שדיני המלחמה המודרניים מגבילים את המטרות הלגיטימיות, שניתן להצדיקן כנכללות ב"צורך צבאי" להגנת המדינה ולהגנת אזרחיה.
259. לא יכול להיות עוד כל ספק (והמשיבים אכן לא טוענים אחרת), שיישובם של מתנחלים, אזרחי מדינת ישראל, בהתנחלויות ברחבי הגדה המערבית אינה נובעת ואינה משרתת צרכים צבאיים של הכוח הכובש. ההתנחלויות אינן קשורות ואינן מסייעות לצבא בהצלחת פעילותו המבצעית או הצבאית או בהכנתו של ה"אויב". ההיפך הוא הנכון: מן המפורסמות הוא, כי הצורך בשמירה על אוכלוסיה אזרחית זו מקשה עד מאוד על פעולות הצבא בשטח, מאלץ אותו להחריף את העימות עם האוכלוסייה המקומית ומצריך אותו לרתק להגנתו כוחות רבים.
260. ואכן, מאז ניתן פסק הדין בעניין אלון מורה (בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1), 1) שוב לא הוצדקה הקמתן של ההתנחלויות בשטחים הכבושים בטענות של צורך צבאי.
261. מכאן, שההתנחלויות אינן כלולות אף במובן הרחב ביותר של מה שעשוי להיחשב כצרכים של הצבא הכובש.
262. ואכן, אף עיון בפסיקתו של בית משפט זה שעסקה בסמכויותיו של המפקד הצבאי לתפוס רכוש הפרט מטעמים של צורך צבאי מלמדת, כי רובה ככולה עסקה בצרכים של הצבא הכובש עצמו, בשטח הכבוש עצמו, וכי אין למצוא בה אסמכתא לפעולותיהם של המשיבים כעת ביחס לבניית הגדר ולשם ההגנה על התנחלויות. כך, פסיקה זו עסקה בתפיסה לצורך הקמת **מתקנים צבאיים** (בג"ץ 834/78 סלאמה נ' שר הביטחון, פ"ד לג (1) 471); בבניית גדרות סביב **מאחזים צבאיים** (בג"ץ 24/91 תימרו נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מה (2) 325); **בשיכון זמני של חיילים** (בג"ץ 290/89 ג'ורא נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מג (2) 116); הקמת **נציגויות של המינהל האזרחי** (בג"ץ 1987/90 שדיד נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם)); תפיסת מבנים לשם **הצבת כוח צבאי** (בג"ץ 8286/00 האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (לא פורסם)); בהבטחת **תנועה צבאית ואזרחית** תקינה בדרכי התחבורה שבאזור (בג"ץ 401/88 אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב (2) 767). אף הפסיקה שעסקה בסלילתם של כבישים עוקפים עמדה על כך שמדובר בכבישים שנועדו לשרת תנועה צבאית ואזרחית בשטחים (בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו (2) 622; בג"ץ 2727/96 וופא נ' שר הביטחון, פ"ד נ (2) 848). אומנם, לטעמנו אף פסקי דין אחרונים אלה חרגו בכל הכבוד מהאופן, בו ראוי לפרש את הסמכויות הנתונות למפקד הצבאי בשטח כבוש. דא עקא, שאף הפרשנות שנקטה בהם, כמו גם זו שאומצה בבג"ץ **בית סוריק**, לא התירה שימוש בסמכויות אלה כאשר כל כולן נועדו לצורך פגיעה ברכוש הפרט לצורך המשך מפעל ההתנחלות כלשעצמו.

263. אשר על כן, משטענה זו כאמור שמורה, ואף זאת בפרשנות רחבה של מונח זה, לכוחות הצבא הכובש ביחס לצרכיהם שלהם בפעולותיהם בשטח הכבוש, או לצרכי הגנתה של המדינה – המסקנה היא, כי לא ניתן לטעון לקיומו של מצב צורך ביחס להתנחלויות.

264. מבחן המשנה השלישי של מבחן הצורך הצבאי דורש, כי האמצעים שנבחרו הינם האמצעים המתאימים והיעילים ביותר על מנת להתגונן מפני הסכנה, נגדה מבקשים לפעול. דרישה זו היא במהותה דרישת ההכרחיות, וליבתה - שאלת האמצעים הלגיטימיים, העומדים למשיבים, ככוח הכובש, על מנת להגן על חיי המתנחלים. ענייננו בהגנתם של אזרחיה של המעצמה הכובשת, הנמצאים מחוץ לגבולותיה הריבוניים של המדינה. אין ללמוד מסמכויותיה של מדינה, המוקנות לה לצורך הגנה על שטחה הריבוני, ואין לגזור מהן גזירה שווה לעניין זה (ראו, למשל, מטרותיה הלגיטימיות של טענת ההגנה העצמית, סעיפים 256-257 לעיל, וכן סעיף 54(5) לפרוטוקול הנספח ה-I משנת 1977 לאמנת ג'נבה, הקובע הוראה מיוחדת, המתייחסת להגנה על שטחה הריבוני של מדינה מפני פלישה). כך גם אין לגזור גזירה שווה מסמכויותיו של הכוח הכובש לצורך הגנתו שלו ושל כוחותיו.

265. הבחנה זו עולה אף מדבריו של השופט בורגנטל בהתייחסותו לטענת ההגנה העצמית:

“Whether Israel’s right of self-defence is in play in the instant case depends, in my opinion, on an examination of the nature and scope of the deadly terrorist attacks to which **Israel proper** is being subjected from across the Green Line...”

(סעיף 5 לחוות דעתו של השופט בורגנטל, ההדגשה הוספה)

266. על מנת להכשיר את תוואי הגדר כתוואי, הנובע מצורך צבאי, על המשיבים להוכיח, כי מדובר **בתוואי הכרחי** לצורך השגת מטרה לגיטימית. מטרה כזו עשויה להיות הגנתה של מדינת ישראל והגנת אזרחיה.

267. לצורך הגנתם של המתנחלים אין הכרח להכנסתן של ההתנחלויות לצידה הישראלי של הגדר. באפשרותו של המפקד הצבאי לנקוט באמצעים אחרים להגנת המתנחלים, שאינם כרוכים בפגיעה בזכויות מוגנות של מוגנים. כך, למשל, הקמת גדר סביב התנחלות לצורך הגנת תושבי ההתנחלות עשויה להיות לגיטימית, ובלבד שלא תהיה כרוכה בפגיעה נוספת בקנין הפרט, שאינה יכולה להיות מוצדקת, בנסיבות העניין.

268. על העובדה, שהכנסתן של ההתנחלויות לתוך צידה הישראלי של הגדר איננה בגדר **אמצעי יחיד**, העומד לרשות המשיבים על מנת לדאוג להגנתן, ניתן ללמוד אף מפעולותיהם של המשיבים ביחס להתנחלויות אחרות בשטחי הגדה המערבית, אשר לא הוכנסו לתוך תוואי הגדר. עד כה לא נשמע מפי המשיבים, שאין באפשרותם להגן על התנחלויות אלה.

269. העובדה, כי **גם** הגדר עשויה לספק הגנה להתנחלויות, אין די בה. כאמור, על המשיבים להוכיח, כי האמצעי שנבחר על ידם, בהיותו פוגע בזכויות של תושבים מוגנים, הוא האמצעי היחיד, המאפשר את השגת התכלית האמורה (ובהקשר של מבחן המידתיות, עליהם להוכיח,

כי מדובר באמצעי הפוגע פחות). זאת לא שמענו מפי המשיבים. כמו כן, לא הובאו על ידם נתונים כלשהם, שיהיה בהם כדי לבסס טיעון זה.

270. זאת ועוד, ככל שמדובר באזרחים ישראלים, להבדיל מתושבי המקום המוגנים, עומדת למשיבים הסמכות למנוע את כניסתם לשטח שבתפיסה לוחמתית, ו/או להחזירם אל התחום הריבוני של מדינת ישראל. עמדו על כך המשיבים בהרחבה בתשובתם לעתירת חוף עזה (ראו למשל, סעיפים 17-12). כך, למשל, טוענים המשיבים בסעיף 16 לתשובה האמורה:

"מעמדו של השטח, ומעמדם של היישובים הישראליים המצויים בו, חייב את העותרים, ואת יתר התושבים, לצפות את אפשרות פינויים, ביום מן הימים. טענתם של העותרים, כי יכלו לצפות שהתיישבותם תהא התיישבות של קבע, אין לה על מה שתסמוך".

ואילו בסעיף 37 להודעה נטען:

"מבחינת כללי המשפט הבינלאומי ומבחינת הדין הפנימי הישראלי, לא היה כל הכרח או חובה לעגן את פינוי היישובים הישראליים ואת איסור הכניסה לאזורים בדבר חקיקה ראשי של הכנסת. ניתן היה להסדיר סוגיות משפטיות אלו בחקיקת הביטחון שתותקן באמצעות צווים שיוצאו על-ידי מפקדי האזורים...".

ראו נספח ע/15.

271. בנסיבות אלה לא ניתן לומר, כי בניית הגדר, שנועדה להכניס את ההתנחלויות לצידה הישראלי, הינה **האמצעי היחיד** ההכרחי להגנת המתנחלים. לפיכך, אין היא עומדת במבחן הצורך (ההכרחיות), המהווה תנאי הן במסגרת מבחן הצורך הצבאי, והן במסגרת מבחן המידתיות השני בפרשנותו המהותית (ראו: משה כהן-אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"צ בעניין גדר הביטחון" המשפט (יוני, 2005) לפרסום בקרוב). העובדה, כי בפני המשיבים עומדות אופציות חלופיות להגנתם של התושבים, המתגוררים בהתנחלויות, מהווה אינדיקציה נוספת לכך שהשיקול המנחה, ולמצער, שיקול מרכזי בקביעת תוואי הגדר בקטעים אלה שלה, היה שיקול מדיני-פוליטי של יצירת רצף טריטוריאלי ולא שיקול בטחוני צבאי.

272. **לסיכום, מכל האמור לעיל עולה, כי פגיעה בזכויות מוגנים כדי לקבע התנחלויות, המהוות הפרה של המשפט הבינלאומי, וכדי להבטיח בהן איכות חיים, חופש תנועה מלא וצמידות מלאה למדינת ישראל, איננה יכולה להיחשב פגיעה מוצדקת ואיננה נמנית על אמצעים, המותרים על פי המשפט הבינלאומי.**

273. מבחן המשנה הרביעי דורש, כי היתרון הצבאי אשר שואפים להשיג באמצעות הפעולה, עולה על הנזקים, הנגרמים לאוכלוסייה. ובמילים אחרות, האם עומד האמצעי שנבחר במבחן המידתיות. על פי מבחן זה, אף אם הכוח הכובש יכול להצביע על קיומו של צורך צבאי, ועל כך שהאמצעי, שעומד להינקט על ידו, הוא המענה המתאים והיעיל ביותר להתמודדות עם הסכנה, הרי שאם הוא גורם לפגיעה בלתי-מידתית באוכלוסייה האזרחית, הרי שעל הכוח הכובש לפנות לאמצעי חלופי, שאף אם יהא פחות יעיל, יגן באופן טוב יותר על האינטרסים

של האוכלוסייה. זהו למעשה המבחן שנקבע ושימוש על ידי בית משפט נכבד זה בבג"ץ בית סוריק, ליישום נתייחס בהמשך.

274. מבחן המשנה החמישי בוחן, האם האמצעי יושם לאחר שקילתם של כל האינטרסים הרלבנטיים, ועל ידי הרשות המוסמכת.

275. יישום של מבחני משנה אלה מובילה למסקנה, כי לפחות ארבעה מתוך חמישה מבחני המשנה אינם מתקיימים בענייננו. ודוקו, די בכך שאחד מהמבחנים לא יתקיים על מנת שלא תתקבל טענת הצורך הצבאי: הגדר בתוואי שנבחר מפרה איסור מוחלט במשפט הבינלאומי; היא לא נועדה לשרת את צרכיו הביטחוניים של הצבא הכובש, שכן רובה ככולה נועד להקפתן של ההתנחלויות וחיבורן ברצף טריטוריאלי לשטח מדינת ישראל, ואיננה מקדמת לא פני סכנות, האורבות לכוח הכובש עצמו בשטח הכבוש, ולא סכנות האורבות למדינתו; לא ניתן לראות בתוואי הגדר שנבחר כאמצעי המתאים והיעיל או ההכרחי לקידום פני הסכנה, שכן בפני המשיבים עומדות אפשרויות אחרות לצורך הגנתה של מדינת ישראל ואזרחיה, לרבות אלה המתגוררים בהתנחלויות. אף מבחן המשנה הרביעי אינו מתקיים, שכן הפגיעות הקשות והעצומות, להן גורמת הגדר, אינן עומדות בשום יחס ליתרון הצבאי או הביטחוני, לו טוענים המשיבים.

ג. המשיבים אינם זכאים להסתמך על טענה של צורך צבאי ביחס להתנחלויות

276. ואולם אף לו ניתן היה לראות במצב כמצב המקיס צורך צבאי, המשיבים מושתקים מלהעלות טיעון זה לצורך פגיעה בזכויות מוגנים. ישראל, כמי שיזמה והקימה את ההתנחלויות בהן מדובר, וכמי שתרמה לפיכך, להיווצרותו של מצב ה"צורך", איננה רשאית להסתמך על טענה של "צורך צבאי" על מנת להכשיר פגיעות בזכויות מוגנות. כך, בהיקש מהתנאים להעלאתה של טענת הצורך במשפט הבינלאומי:

"...necessity may not be relied on if the responsible state has contributed to the situation of necessity."

Draft Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts, art. 25(1)(a), 32, UN G.A.O.R. 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/56/10, Ch. IV.E.1 (2001)

ראו גם:

Y. Shany, *Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases* (forthcoming June 2005) p. 15 n53

277. כך הדבר מקל וחומר בענייננו, כאשר עצם יצירת המצב נעשתה תוך הפרה של הוראות קוגנטיות במשפט הבינלאומי ההומניטרי. כך, שכן כפי שהראנו לעיל, בפעולותיהם להקמת ההתנחלויות הפרו המשיבים את חובותיהם וחרגו מסמכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי. על עקרון כללי זה ועל הנגזר ממנו עמדה אף ישראל בעמדה שהגישה לבית הדין:

"It cannot be open to a party to seek a remedy from a court in circumstances in which it has committed the wrong that has brought about the very situation which is under examination. This follows from the

principle . . . no one can be allowed to reap
advantage from his own wrong."

מתוך העמדה שהגישה מדינת ישראל לבית הדין, סעיף 9.4, עמודים 113-114. העתק העמודים
הרלוונטים מצורף ומסומן נספח ע/16.

278. טענת הצורך הצבאי המועלית על ידי המשיבים הינה טענה המבקשת להצדיק מעשה, הפוגע באיסורים, הקבועים במשפט הבינלאומי ההומניטרי (האיסור על הריסת רכוש ועל פגיעה ברכוש פרטי). מתן פטור למדינה מאחריותה למעשה, המהווה הפרתו של איסור, ואשר נעשה כתוצאה ישירה ממעשה בלתי חוקי קודם שביצעה, שקול למתן הרשאה למדינה להרוויח מעולתה שלה.

6ג. תוואי הגדר המקיף את ההתנחלויות איננו בגדר הסמכות ל"שמירת הסדר הציבורי"

279. לטענת המשיבים, מוסמך המפקד הצבאי להקים את הגדר בתוך שטחי הגדה המערבית, ולרבות הקטעים הנועדים להקיף את ההתנחלויות, מכוח סמכותו לשמירה על הסדר הציבורי בשטח שבתפיסה לוחמתית (ראו סעיף 186 לתשובת המשיבים). ואולם, אין כל מקום לראות את בניית הגדר בתוואי שנקבע והמתפתל לצורך חיבורן של התנחלויות לשטח מדינת ישראל, כבאה במסגרת סמכותו של המפקד הצבאי לפי סעיף 43 ל"שמירה על סדר ציבורי".

280. המשפט הבינלאומי, המתייחס לשטח כבוש, סב סביב שני צירים מרכזיים: הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח, הנתון בתפיסה לוחמתית מחד גיסא, והבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מאידך גיסא (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(4) 785, 794, להלן: בג"ץ ג'מעית אסכאן). ראינו לעיל, כי ההתנחלויות והכרוך בהן אינו נכלל בגדר "האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס" ואינן בגדר צורך צבאי. ואולם, הקמת הגדר בתוואי, המקיף את ההתנחלויות, אף אינה עשויה להיחשב כפעולה, הנופלת בגדר סמכותו של המפקד הצבאי לשמירת "public order and civil life" (סעיף 43 לתקנות האג). בהקשר זה חשוב לזכור את מעמדו של הכוח הכובש על פי הדין ההומניטרי כמעמד של נאמן לטובת התושבים המוגנים של השטח הכבוש. בהקשר זה חשוב להדגיש, כי מוטביה של הנאמנות, העומדת ביסוד סמכויותיו של המפקד בשטח הכבוש, אינם כוללים את אזרחיה של המעצמה הכובשת, אשר הוצאו במפורש מהגדרת "מוגנים" על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. זהו אם כן הרקע לבחינת סמכויותיו של המפקד הצבאי לשמירת הסדר הציבורי, סמכויות הנמנות במסגרת הכללית יותר של סמכויותיו וחובותיו להבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח.

281. בהינתן קווים מנחים אלה, העומדים ביסוד בחינת פעולותיו של המפקד הצבאי בשטח הכבוש, לא ניתן לראות את פעולותיהם של המשיבים כנופלות בגדר סמכותם לשמירת "הסדר הציבורי".

282. סמכויותיו של המפקד הצבאי אינן כוללות סמכות להקמת ההתנחלויות. כפי שראינו לעיל, פעולותיו של המפקד הצבאי ביחס להתנחלויות מהוות הפרה של חובתו לשמור על הסדר הציבורי בשטחים (ראו סעיף 213 לעיל). כאמור, עצם הקמתן של התנחלויות ישראליות בשטחים עמדה בסתירה לחובתו של המפקד הצבאי לשמירת הסדר הציבורי ואורחות החיים באזור, ונעשתה בחריגה מסמכויותיו. אין המדובר בהפרה שהסתיימה, שכן אף פעולותיו הנמשכות להרחבתן של ההתנחלויות ולעיבויין מוסיפות וגורמות להפרתו של הסדר הציבורי באזור.

283. מכאן גם, שחובתו של המפקד הצבאי לשמירת הסדר הציבורי איננה כוללת בחובה את **ההגנה על מפעל ההתנחלות**, ובכללה שמירה על שטחי השיפוט של ההתנחלויות, שמירה על אורחות החיים ורווחת החיים הנהוגות בהן (כשלא למותר לציין בהקשר זה את העובדה, כי מדובר בשמירה על תנאים, השונים עד מאוד מתנאי החיים של התושבים הפלסטינים בשטחים). ואולם, שמירת הסדר הציבורי בוודאי שאיננה כוללת בחובה את הסמכות לפעול לחיבורן למדינת ישראל. כפי שעמדנו לעיל, תכליתו של תוואי הגדר המקיף התנחלויות היא שמירתו של רצף טריטוריאלי בין לבין מדינת ישראל, ולפיכך אינו יכול להיחשב כפעולה, הנגזרת מחובתו להשבת הסדר הציבורי והביטחון בשטח הכבוש על כנו, ואינו יכול לשמש מקור סמכות לפגיעה בזכויותיהם של מוגנים.

284. זאת ועוד, לא ניתן לראות בפעולה של הקמת הגדר בתוואי שנבחר, על כל השלכותיה הקשות על האוכלוסיה האזרחית בשטחים, כמעשה הנכלל בגדר מעשה המבטיח ומקדם את הביטחון והסדר הציבורי באזור. ההיפך הוא הנכון. בחינתו של המעשה מלמדת, כי עיקר השפעתו היא פגיעה קשה ב"public order and civil life". בנסיבות אלה, נוכח היעדרו של כל יחס סביר בין ההטבות כביכול לסדר הציבורי בשטחים מהקמת הגדר, לבין הפרת הסדר הציבורי והפגיעה האנושה במרקם החיים הנגרמת בגינה, חורגת הפעולה מגדרי סמכותו של המפקד הצבאי לפי סעיף 43 לתקנות האג, ואף מהווה הפרה של חובותיו על פיו.

285. בנסיבות אלה, פעולותיו של המפקד הצבאי להגנה על ההתנחלויות ועל שטחי השיפוט הנלווים להן מגלמות הפרה של החובה לשמירת הסדר, ובוודאי שאינן יכולות להיחשב כמילוי שלה. מכאן, שאין כל יסוד לנסיגה של המשיבים להיתלות בטעם זה על מנת להצדיק פגיעות נוספות בתושבים מוגנים, פגיעות, הנגרמות כתוצאה ממעילה בחובותיהם של המשיבים כלפיהם.

ד. הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי הרלבנטיות

286. לאחר סקירת התשתית הנורמטיבית הרלבנטית, ועל סמך החומר שבפניו, מגיע בית הדין למסקנה, **שבניית החומה הביאה להרס או לתפיסה של רכוש בתנאים, הסותרים את הדרישות, הקבועות באמנות האג וג'נבה.**

287. בית הדין מוצא, כי רק החלק השלישי לתקנות האג, העוסק בשטחים כבושים, חל כיום בשטחים, וכי לפיכך סעיף 23(g) לתקנות האג (הקובע כי אסור באיסור חמור: "להשמיד או

להחרים את רכוש האויב, חוץ אם השמדה או החרמה כזו נדרשת במפגיע על ידי צרכי המלחמה"), איננו רלבנטי.

288. בחלק השלישי לתקנות האג, מפנה בית הדין לסעיפים 43, 46 ו-52 כרלבנטיים לענייננו.
289. **סעיף 43** מטיל חובה על הכובש "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". **סעיף 46** קובע את חובתו של הכוח הכובש "לכבד" רכוש פרטי, ומוסיף וקובע, כי לא ניתן "להחרים". **סעיף 52** מסמך, בגבולות מסויימים, רכישות בעין ושל שירותים עבור צרכיו של צבא הכיבוש.
290. באשר להוראות אמנת ג'נבה הרלבנטיות לענייננו, קובע בית הדין, כי נוכח הוראת סעיף 6 לאמנה, ומאחר שהפעולות הצבאיות שהובילו לכיבוש הגדה המערבית בשנת 1967 הסתיימו לפני זמן רב, ממשיכים לחול בשטחים רק אותם סעיפים של אמנת ג'נבה הרביעית, המנויים, בסעיף 6 לה. לפיכך, בית הדין קובע, כי הסעיפים, שנותרו בעלי תחולה לענייננו, הם סעיפים: 47, 49, 52, 53 ו-59.
291. **סעיף 53** לאמנת ג'נבה קובע, כי לכוח הכובש מותר לנקוט בצעד החמור של הריסת רכוש, אך ורק כאשר "היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה".

1ד. פגיעה ברכוש בניגוד למשפט הבינלאומי ההומניטרי

292. לאחר בחינה זו קובע בית הדין בסעיף 132 לחוות הדעת:
- "From the information submitted to the Court, particularly the report of the Secretary-General, it appears that **the construction of the wall has led to the destruction or requisition of properties under conditions which contravene the requirements of Articles 46 and 52 of the Hague Regulations of 1907 and of Article 53 of the Fourth Geneva Convention**"
- (ההדגשה הוספה)
293. **בית הדין מוצא אם כן, כי ישראל מפרה את הוראותיהם של סעיפים 46 ו-52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה.**
294. משנדרשים אנו כעת לבחינתן של הוראות מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי חשוב לשוב ולעמוד על אופיו המיוחד של זה:

"The laws of war are all based on a subtle balance between two opposing considerations: military necessity, on the one hand, and humanitarian sentiments on the other...."

Each one of the laws of war discloses a balance between military necessity and humanitarian sentiments, as produced by the framers of international conventions or as crystallized in the practice of States. The equilibrium may be imperfect, **but it is legally binding in the very form that it is constructed”.**

(ההדגשה הוספה)

Y.Dinstein, “Military Necessity“, **Encyclopedia of Public international law**, (1981), p. 395.

295. בית הדין עומד על כך, שהמשפט הבינלאומי ההומניטרי כולל הוראות, המאפשרות התחשבות בצרכים צבאיים בהתקיים נסיבות מסוימות. השאלה, אליה נדרש בית הדין בשלב זה, היא אם כן – האומנם יש בהוראות הקבועות בדין זה כדי להכשיר את הפעולות לבניית החומה בתואי שנבחר.

296. סעיף 46 לתקנות האג קובע:

“Family honour and rights, the lives of persons, and **private property**, as well as religious convictions and practice, **must be respected.**

Private property cannot be confiscated.”

(ההדגשה הוספה)

297. בנוגע להפרת סעיף 49(6) לאמנת גינבה עמדנו כבר על כך, שהיא איננה כוללת הוראה מסוג זה, המאפשרת לסטות מן האיסור הכללי הנקוב בה. כך הוא הדבר אף ביחס לסעיף 46 לתקנות האג, האוסר על החרמתו של רכוש הפרט:

“The Court would observe, however, that the applicable international humanitarian law contains provisions enabling account to be taken of military exigencies in certain circumstances.

Neither Article 46 of the Hague Regulations of 1907 nor Article 47 of the Fourth Geneva Convention contain any qualifying provision of this type.”

(סעיף 135 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

298. האיסור על החרמת רכוש פרטי, הקבוע בסעיף 46 לתקנות האג, הוא אכן איסור מוחלט, ועם זאת רכוש הפרט איננו חסין לחלוטין מפגעי המלחמה. סעיפים אחרים במשפט ההומניטרי כוללים חריגים, המתירים לכוח הכובש, בנסיבות של צורך צבאי מיוחד, תפיסה זמנית של רכוש ואף הריסת רכוש, בהתקיים הדרישות הקונקרטריות, המופיעות בהוראות האמנות.

299. עם זאת, ובטרם נפנה לבחינת החריגים, הנקובים בסעיפים אלה, יש לעמוד על מספר נקודות חשובות.

300. ענייננו הוא בחובה, המוטלת על הכוח הכובש, ובאיסורים, הנקובים בדין ההומניטרי, שמטרתם הגנה על זכויות יסוד בסיסיות של אוכלוסייה מוגנת. ככל שמוקנית סמכות למשיבים לפגוע בקניין הפרט, סמכות זו הינה בגדר החריג.

301. לקביעה זו שתי השלכות לענייננו:

האחת, משמדובר בפגיעה בזכויות יסוד מוגנות, ובחריגים לכלל, האוסר על פגיעה בהן, מועבר הנטל אל המשיבים להוכיח ולשכנע, כי פעולותיהם חוקיות, ונפלות בדל"ת אמותיהם של החריגים הספציפיים, המוגדרים בדין (ראו סעיפים 166-170 בענין נטל).

השניה, משמדובר לענייננו **בחריג** לאיסור כללי שבדין ההומניטרי, יש לנקוט **בפרשנות מצמצמת** אשר תיתן את ההגנה המירבית לזכויות המוגנים (ראו: G. Schwarzenberger, *International Law* (London, 1968) p. 270; ; א' ברק **פרשנות במשפט – כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית**, עמ' 131).

302. מחוות דעתו של בית הדין הבינלאומי בהאג עולה נקודה חשובה נוספת. אין די בכך, שבאפשרות המשיבים להצביע על שיקולים ו/או אינטרסים צבאיים, התומכים בהקמתה של גדר. על מנת לבסס סמכות ורשות לפגיעה ברכוש, על פי כל אחד מהסעיפים האמורים, על המשיבים להראות, כי הפגיעות הנגרמות הן פגיעות **הכרחיות** לצורך מתן מענה לצרכים הביטחוניים ו/או הצבאיים של ישראל.

303. עמדנו לעיל על דרישת ההכרחיות, המהווה חלק בלתי נפרד מהתנאים להקמתה של טענת צורך צבאי קבילה (ראו סעיפים 264-272 לעיל). עמד על כך אף בית הדין בחוות דעתו:

“To sum up, the Court, from the material available to it, is not convinced that **the specific course Israel has chosen for the wall was necessary to attain its security objectives**”

(סעיף 137 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

304. אשר על כן, על מנת שניתן יהיה לראות בפגיעות, הנגרמות לזכויות מוגנים, כפגיעות ה"מוצדקות" משיקולים של "צורך צבאי", על פגיעות אלה לעמוד, בין היתר, במבחן ההכרחיות. על מנת לעמוד במבחן זה שומה על המשיבים להוכיח, כי הייתה זו הדרך היחידה, ובענייננו התוואי היחיד, על מנת להשיג את התכלית הלגיטימית של הגנת מדינת ישראל והגנת אזרחיה. עמדה על כך השופטת היגנס באומרה:

“...there is undoubtedly a significant negative impact upon portions of the population of the West Bank, **that cannot be excused on the grounds of military necessity allowed by those Conventions** (the Hague Rules or the Fourth Geneva Convention – I.y); and nor has Israel explained to the United Nations or to this Court **why its legitimate security needs can be met only by the route selected.**”

(סעיף 40 לחוות דעתה של השופטת היגיס, ההדגשה הוספה)

305. כפי שנראה להלן, בחינת ההוראות בדין ההומניטרי לאשורן מובילה למסקנה החד-משמעית, כי המשיבים אינם מוסמכים לעשות את שהם עושים – קרי, להשתמש בקרקעות פרטיות ולהרוס רכושם של מוגנים לצורך הקמת הגדר. לא כל שכן, שאין הם מוסמכים לעשות כן כאשר התפיסות וההריסות נדרשות לצורך הקפת ההתנחלויות וחיבורן לשטח ישראל, וכאשר על נקלה ניתן לראות, כי את ביטחון מדינת ישראל ניתן היה להשיג בתוואי אחר, ובעיקרו, תוואי העובר בתוך שטחה הריבוני של ישראל.

לפיכך, ומשאין פעולות המשיבים נכללות במסגרת ה"חריגים" של סעיף 52 להאג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה, מהוות פעולותיהם הפרתם של האיסורים הכלולים בסעיפים אלה, כמו גם של הוראת סעיף 46 לתקנות האג. לא זו אף זו, נוכח העובדה, כי תפיסת הקרקע עשויה בהחלט להפוך לקבועה, מדובר אף בהפרתו של האיסור המוחלט שבסעיף 46 לתקנות האג.

2ד. הפרת החובה והאיסור שבסעיף 46 לתקנות האג

306. המשיבים מכירים בכך, כי נוכח הוראת סעיף 46, אין המפקד הצבאי מוסמך להחרים את הקרקע לצורך הקמת הגדר. בשל כך, אומרים המשיבים, אין הם מחרימים את הקרקע לצמיתות, אלא תופסים אותה באופן זמני, בלא לשלול את הזכויות בקרקע מבעלי הזכויות, ותמורת דמי שימוש ופיצויים (סעיף 191 לתש"ב). דא עקא, שנראה כי בית הדין הבינלאומי לא שוכנע, שיש בהצהרות אלה כדי להוציא את השימוש, שעושים המשיבים בקרקע הפרטית, מגדר החרמה אסורה. עומד על כך פרופ' קרצמר:

"It therefore seems that the Court refused to regard taking land for the barrier as temporary requisition and saw it as a form of confiscation."

D. Kretzmer, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", *99 AJIL* (2005), pp. 63, 73

ואכן, בחינת העובדות לאשורן מעלה, כי תפיסת המקרקעין לצורכי הקמת הגדר איננה עומדת בשני התנאים – היא איננה זמנית, והיא בהחלט יכולה להביא לשלילת זכויות בקרקע.

307. ראשית, לא ניתן להשקיף על תפיסתן של הקרקעות, הנלקחות לצורך הקמת הגדר, כ"תפיסה זמנית" ("זמנית" על פי מילון אבן שושן הוא – "ארעי, בלתי-קבוע, עשוי לזמן מסוים"): לתפיסת הקרקעות לא ננקב על ידי המשיבים שום מועד סיום, ולא בכדי. המדובר בענייננו בפרויקט, הכולל בנייתם של מבנים, והקמתו של מערך הגנה מורכב ביותר, בעלות מרקיעת שחקים. פרויקט הגדר הינו פרויקט ארוך-טווח, שאין המשיבים קוצבים מועד משוער לסיומו. לנוכח היעד שמציבים המשיבים עצמם – הסדר מדיני יציב – יש להניח, כי מדובר בתפיסת מקרקעין לתקופת שנים ארוכה ביותר. מכל מקום, אין המשיבים קוצבים כל מועד לסיומה. בנסיבות אלה לא ניתן עוד לומר, כי מדובר בתפיסה זמנית, כפי שיש להבין מושג זה:

“A temporary situation definitely has an end. An indefinite situation may, or may not, have an end. The two situations are very different.”

Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, “Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory”, 23 Berkeley Journal of International Law (forthcoming, 2005), p. 41

308. ענייננו הוא כאמור באיסור מוחלט, שקובע הדין ההומניטרי. קבלת פרשנות, המאפשרת תפיסה “זמנית” של נכסים ללא קץ, כפי שמבקשים המשיבים לעשות בענייננו, איננה עולה בקנה אחד עם עקרונות הפרשנות המקובלים, ויש בה כדי לאיין איסור זה ולרוקנו מתוכו.

309. שנית, בנסיבות המיוחדות השוררות בשטחים, ובראשן העובדה, כי רובן המכריע של הקרקעות באזור זה לא עברו הליכי הסדרה ורישום, עלול להיווצר מצב, שבתוך מספר שנים יאבדו רבים מבעלי הזכויות במקרקעין אלה את זכויותיהם. אובדן זכויות זה, למרות שאינו נעשה באופן רשמי מראש, עשוי להיעשות בדיעבד. מן הראוי לציין, כי סימנים לדרך פעולה זו קיימים כבר כיום, לגבי אדמות חקלאיות שאינן מוסדרות. טענות לאובדן הזכויות במקרקעין נשמעות בעיקר לגבי שטחים שבסביבת התנחלויות, לגביהם נתקלו ונתקלים תושבים פלסטינים בקשיים להגיע ולעבדן, קשיים שהתעצמו במהלך השנים האחרונות. ראו נספח ע/13.

אשר על כן, למרות שהמשיבים אינם מכנים את תפיסת הקרקע לצורך הקמת הגדר כהחרמה, אלא כתפיסה “זמנית”, הרי שבחינת העובדות מלמדת כי הלכה למעשה מדובר בתפיסת קרקעות העולה כדי החרמה, ולמצער, עלולה לעלות בעתיד לכדי החרמה של הקרקע לצמיתות.

3ד. הפרת האיסור שבסעיף 52 לתקנות האג

310. לטענת המשיבים, תקנה 52 לתקנות האג, המאפשרת תפיסה “לצרכי הצבא הכובש”, וסעיף 53 לאמנת ג'נבה, המאפשר הרס רכוש כאשר הרס זה “נחוץ באופן מוחלט מפעולות צבאיות”, מהווים מעין פסקות הגבלה של הוראת סעיף 46 לתקנות האג, וכי רק פגיעה בקניין שאינה עומדת בתנאי הוראות אלה, היא הוראה המפרה את הוראת סעיף 46 (סעיף 192 לתשובת המשיבים).

311. ככלל, העותרים אינם חולקים על עמדה זו של המשיבים. אומנם, האיסור על החרמת רכוש פרטי, הקבוע בסעיף 46 הינו מוחלט וללא חריגים. ואולם אם התנאים, הנקובים בסעיף 52 לתקנות האג מתקיימים, הרי שהשימוש ברכוש הפרט לא ייחשב כשימוש אסור, וכהפרת החובה לכיבוד רכוש הפרט. בהתאם, היה שהתנאים הנקובים בסעיף 53 לאמנת ג'נבה מתקיימים, לא יהווה ההרס הפרה של האיסור על הריסת רכוש, הקבוע באותו סעיף, והוא לא ייראה כהפרת החובה לכיבוד רכוש הפרט, הקבועה בסעיף 46 להאג.

312. באשר לפרשנותו של סעיף 52 טוענים המשיבים – כי תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים מותרת כאשר היא נדרשת לצרכי הצבא הכובש, וכי פעולות הדרושות להבטחת הסדר והביטחון לפי סעיף 43 לתקנות האג, נכללות בצרכים אלה. לטענתם, סעיף זה "אינו אוסר על תפיסת מקרקעין לצורך הקמת המכשול", שכן מדובר בצורך צבאי, שהינו פועל יוצא של המציאות הביטחונית השוררת בשטח, ובכללה פעולות לחימה וטרור, לרבות ניסיונות להוצאת פיגועים (סעיף 194, לתשובת המשיבים).

313. דא עקא, שלא עלה בידי המשיבים להוכיח, כי תפיסת הקרקעות והריסת הרכוש, הנדרשים לצורך בניית הגדר, על מערך ההגנה המרחבי שלה, נופלות בגדר החריגים המוגדרים, הקבועים בתקנה 52 או בסעיף 53 לאמנת ג'נבה. בוודאי שאין בהם, כפי שהובהר לעיל, כדי לעמוד בתנאי ההכרחיות, המהווה רכיב בלתי נפרד מחריגים אלה.

314. סעיף 52 לתקנות האג קובע:

“52. Requisitions in kind and services shall not be demanded from municipalities or inhabitants except for the needs of the army of occupation. They shall be in proportion to the resources of the country, and of such a nature as not to involve the inhabitants in the obligation of taking part in military operations against their own country.
Such requisitions and services shall only be demanded on the authority of the commander in the locality occupied.
Contributions in kind shall as far as possible be paid for in cash; if not, a receipt shall be given and the payment of the amount due shall be made as soon as possible.”

(ההדגשה הוספה)

315. סעיף זה שבתקנות האג בא לעגן את ההתפתחות, שחלה בדיני הכיבוש, על פיה אין עוד רכוש הארץ הנכבשת ותושביה עומד כשלל לרשותו של הכובש, וכי אין להטיל את עלויות המלחמה על פרטים, כי אם על הכלל. מכאן תכליתו של סעיף זה – להסדיר את הדרך, שבה רשאים כוחות הצבא הכובש להשתמש ברכוש הפרט לצרכיהם:

“Requisition is the name for the demand for the supply for all kinds of articles necessary for an army, such as provisions for men and horses, clothing, or means of transport... requisitions may be made, from municipalities as well as from the inhabitants, but so far only as they are really necessary for the army of occupation; they must not be made in order to supply the belligerent's general needs”

(ההדגשה הוספה)

L. Oppenheim, **International Law, A Treatise, Volume II: Disputes, War and Neutrality**, Edited by H. Lauterpacht, (7th Edition, 1963), 409-410

316. על מנת להכשיר תפיסה חוקית של רכוש הפרט על פי סעיף 52 לתקנות האג, צריכים להתקיים **חמישה תנאים מצטברים** – עליה לעמוד ביחס סביר למקורותיה ויכולותיה של הארץ; אל לה לערב את התושבים באופן כלשהו בפעולות צבאיות נגד ארצם שלהם; עליה להיעשות על פי הוראתו של המפקד המקומי; היא מוגבלת אך לצרכיו של צבא הכיבוש; ויש לשלם תמורתה בהקדם האפשרי.

ראו: Oppenheim, שם, בעמ' 410-412; וכן G. Schwarzenberger, **International Law** (London, 1968) p. 269-270

די בכך שאחד מתנאים אלה לא יתקיים על מנת להפוך את התפיסה לפגיעה בלתי חוקית ברכוש פרטי.

317. זאת ועוד, ההיתר לשימוש ברכוש הפרט לצורכי הצבא הינו חריג לכלל, הקובע איסור על תפיסה ושימוש ברכוש הפרט. משמדובר בחריג, ובמיוחד בחריג הפוגע בזכויות אדם, יש לפרשו בצמצום כך שזכות האדם המוגנת באיסור הכללי תזכה למלוא ההגנה הראויה (ראו: Schwarzenberger, שם, בעמ' 273 ובעמ' 275; א' ברק, **פרשנות במשפט – כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית**, עמ' 131).

318. ראשית, מתעוררת שאלה אם יש בסעיף זה לשמש מקור סמכות עבור המשיבים לצורך תפיסתם של מקרקעין פרטיים. כך שכן סעיף 52 נוקט בביטוי **requisitions in kind**, אשר לפי משמעותו הרגילה מתייחס לנכסי דניידי בלבד. כך למשל, במילון אוקספורד נכתב:

“in kind, (of payment) in goods or natural produce, not in money,…”

319. כבר בפרשת בית אל עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט לנדוי, אך יחד עם זאת ציין: "אבל הפרשנות המקובלת כוללת כפי הנראה גם מקרקעין בגדר סעיף 52, ו"החרמה" (requisition) גם תפיסת הקרקע במשמע" (בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 130). בחינה של המשפט הבינלאומי מראה, כי הנסיבות, בהן הותרה תפיסתם של מקרקעין פרטיים לצורכי הצבא, כוללות מקרים מיוחדים, בהם צורכי הצבא וצורכי המלחמה הכתיבו הכרח של שימוש זמני בנכסים פרטיים. כך, למשל, למרות היעדרה של התייחסות מפורשת בסעיף, תפיסתם של מבנים לצורך שיכונם של חיילים הוכרה כשימוש ברכוש פרטי, המותר על פי סעיף 52 לתקנות האג (ראו Oppenheim, שם בעמ' 411). כך גם הוכרה תפיסתם הזמנית של מבנים לצורך שיכונם של בתי חולים. כבר בפרשנות זו יש משום פרשנות מרחיבה של הסעיף בהתחשב בתכליתו המקורית. בוודאי שאין מקום להוסיף, להרחיבה ולהרחיקה, כך שתתיר אף תפיסת קרקע כדוגמת זו הנדרשת בענייננו לצורכי הקמת הגדר.

ראו גם:

D. Kretzmer, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", 99 AJIL (2005), pp. 63, 72

320. תפיסת הקרקעות לשם הקמת הגדר איננה נופלת בגדר המותר על פי הסעיף אף משום שהיא איננה נדרשת - **for the needs of the army of occupation**. ודוקו, לא בכדי נבחר מינוח זה, ולא הביטוי הכללי של "צורך צבאי". עמד על כך Schwarzenberger בספרו:

"Like the requisition of services, the requisition of supplies in kind under Article 52 of the Hague Regulations may be demanded only for the "needs of the army of occupation". **This formulation was intentionally chosen as being narrower than necessities of war or military necessities**".

(ההדגשה במקור)

(Schwarzenberger, שם, בעמ' 245).

321. בענייננו אין תפיסת הקרקעות יכולה להיכלל במסגרת דל"ת אמות הרשות, הניתנת "לצרכי הצבא הכובש", על פי סעיף 52 לתקנות האג, ממספר טעמים.

322. ראשית, התפיסה איננה מיועדת **לצרכיו** של צבא הכיבוש, שכן:

"Requisition for purposes of destruction falls outside the scope of requisition under Article 52 of the Hague Regulations; for this is limited to requisition for the *needs* of the army of occupation"

(ההדגשה במקור)

(Schwarzenberger, שם, בעמ' 271).

323. בענייננו, התפיסה לא נועדה לצורך שימוש בקרקעות במצבן דהיום (קרי, לצורך שימוש באדמות כאדמות חקלאיות, ולצורך לקיחת יבול). ומכאן, שגם מטעם זה לא ניתן לראות את תפיסת האדמות, הנדרשת לצורך פרוייקט הגדר, כנכללת במסגרת "צרכי הצבא הכובש".

324. שנית, התפיסה נועדה על מנת לשרת את צרכיה ואינטרסיה של "מדינת האס" (הן בהגנת מדינת ישראל עצמה, והן בהגנת מפעל ההתנחלות) ולא את צרכיו של הצבא הכובש עצמו. בפסיקה הבינלאומית נקבע, כי הרכישה חייבת להיות מוגבלת לצרכיו של צבא הכיבוש, להבדיל מצרכיה של מדינתו:

"According to Article 52 of the Hague Regulations, requisitions may be made from municipalities as well as from the inhabitants, but so far only as they really necessary for the army of occupation. **They must not be made in order to supply the belligerent's general needs.**"

L. Oppenheim, *International Law, A Treatise, Volume II: Disputes, War and Neutrality*, Edited by H. Lauterpacht, (7th Edition, 1963), 403-404

325. ואכן הסמכות, המעוגנת בסעיף 52 לתקנות האג, היא לתפיסה של רכוש פרטי, הדרושה לצרכיו של הכוח הכובש באופן ישיר (Schwarzenberger, שם, בעמ' 270).

326. תכליתו המוצהרת ה**עיקרית** של פרויקט הקמת הגדר, כנטען על ידי המשיבים עצמם, נועדה לשרת את הגנתה של מדינת ישראל והגנת ההתנחלויות. מהתנאים הנקובים בסעיף עולה, כי אין הסעיף מסמיך את הצבא הכובש לעשות **שימוש** ברכושם של פרטים מוגנים למטרה זו. מכאן, שאין המשיבים יכולים להסתמך על סעיף זה כמקור סמכות לתפיסת קרקעות לצרכים אלה.

327. אף בפסקי הדין של בית משפט זה אין למצוא אסמכתא לטיעונם של המשיבים. כך הדבר, שכן הן בבג"ץ חילו (בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169) והן בבג"ץ בית אל התכלית העיקרית עסקה בשמירת הסדר והביטחון בתוך השטח הכבוש, ואילו בבג"ץ עמירה (בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90), לא הועלתה שאלה זו לדיון, תוך שעיקר הדיון נסב על שאלת כנותם של הטעמים הבטחוניים, עליהם הסתמכו המשיבים. לא זו אף זו, פסקי דין אלה ניתנו על רקע סירובו של בית המשפט לדון ולבחון את חוקיות פעולות המשיבים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי (בעניין חילו סירב בית המשפט לדון אף לפי אמנת האג, ובעניין בית אל ועמירה לא נדונו השלכותיה של אמנת ג'נבה). לא זו אף זו, בפסק דינו בבג"ץ ג'מעית אסכאן הבהיר בית משפט זה, כי:

"אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסיה המקומית.

(בג"ץ 393/83 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(3) 785, 794)

כך גם נפסלו "שיקולי ביטחון" המבוססים על תפיסת עולם פוליטית רחבה (בג"ץ אלון מורה, בעמ' 422).

328. המשיבים טוענים, כי תפיסת הקרקעות לצורך הקמת הגדר נופלת בגדר סמכויותיהם לשמירת הביטחון והסדר הציבורי בשטחים, הכוללות את הסמכות למנוע איומים הנשקפים מתוך האזור למדינת ישראל (ראו סעיפים 186-180 לתשובת המשיבים). לטענתם, מאחר שתקנה 43 מטילה על התופס את החובה לנקוט אמצעים על מנת להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים, הרי שפעולות, הדרושות להבטחת הסדר והביטחון הציבוריים, תחשבנה לחלק מ"צרכי הצבא הכובש", בגינם ניתן לתפוס רכוש פרטי (סעיף 194 לתשובת המשיבים). לטענתם, יש בכך כדי להכשיר את תפיסת הקרקעות הפרטיות בענייננו. טענה זו יש לדחות מכל וכל.

329. מעבר לטעמים, עליהם עמדנו לעיל, לפיהם לא ניתן לראות בתפיסת הקרקעות לצורך הקמת הגדר ככנסת במסגרת החריג של סעיף 52 לתקנות האג, דינה של טענה זו להידחות אף מטעמים נוספים.

330. ראשית, לא ניתן לראות בפעולה של הקמת הגדר בתוואי שנבחר, על כל השלכותיה הקשות על האוכלוסיה האזרחית בשטחים, כמעשה הנכלל בגדר הבטחת הביטחון והסדר הציבורי באזור. ההיפך הוא הנכון. בחינתו של המעשה מלמדת, כי עיקר השפעתו היא פגיעה קשה ב"public order and civil life". בנסיבות אלה נוכח היעדרו של כל יחס סביר שבין ההטבות

כביכול לסדר הציבורי בשטחים מהקמת הגדר, לבין הפרת הסדר הציבורי והפגיעה האנושה במרקם החיים הנגרמת בגינה, חורגת הפעולה מגדרי סמכותו של המפקד הצבאי לפי סעיף 43 לתקנות האג, ואף מהווה הפרה של חובותיו על פיו.

331. שנית, חלק ניכר מהאדמות הנתפסות בשטחים נדרש לצורך הקמתה של הגדר, שנועדה להקיף התנחלויות על מנת לחברן עם שטחה של מדינת ישראל. הבהרנו לעיל, מדוע לא ניתן לראות בהקמת קטעי גדר אלה כצורך לגיטימי במסגרת "שמירת הסדר והביטחון, בין היתר, נוכח זאת שעצם מפעל ההתנחלות והמשכו עומד בניגוד ומהווה הפרה של חובותו של המפקד הצבאי לפי סעיף 43 לתקנות האג, ומכאן שגם אמצעים הננקטים לצורך חיזוקו והמשכו של מפעל זה אינם יכולים להיחשב כאמצעים הנדרשים לצורך החזרת הסדר ושמירתו (ראו סעיפים 282-285 לעיל).

332. שלישית, אין די בטענה כי התפיסה "משרתת" את שמירת הסדר והביטחון או "תורמת" להם כאמור, על מנת להצדיק שימוש ברכוש הפרט, שומה על התפיסה להיות **הכרחית**. מכאן, שאף לו היינו רואים בשמירת הסדר והביטחון לצורך מניעת סכנות מהשטח הכבוש למעצמה הכובשת מטרה, הנכנסת בגדר "צרכי הצבא הכובש" כמובנם בסעיף 52 לתקנות האג, אין בנתונים, שמציגים המשיבים כדי לבסס את הטענה, כי מדובר **באמצעי הכרחי** להשגת מטרה זו. זאת ביחס **לתוואי הגדר** שנבחר על ידם, ולהבדיל מעצם ההחלטה על הקמת גדר בין מדינת ישראל לשטחים. ככלל עומדות למשיבים אפשרויות חלופיות לשמירת הביטחון והסדר הציבורי. כך בנוגע לתוואי, הנגזר מקיומן של התנחלויות (ראו סעיפים 267-271 לעיל). כך גם בנוגע לתוואי, הפולש לתוך שטחי הגדה המערבית מטעמים אחרים. והנה, המשיבים לא הבהירו, מדוע אין בהקמתה של גדר בשטחה של מדינת ישראל, וזאת כפי שנהוג ומקובל לצורך הגנת גבולותיה של מדינה, כדי לספק ולהשיג מטרות הגנה אלה. מכאן, שאין בטענה זו כדי לבסס הצדקה לתפיסת מקרקעין לצורך הקמת הגדר בתוך השטח הכבוש, ובתוואי שנבחר, וזאת כאשר אף גדר שהייתה מוקמת על הקו הירוק, הייתה משיגה אותן הטבות לכאורה בסדר הציבורי בשטחים, אך ללא הפגיעות, הנגרמות בגין בנייתה בתוואי הנוכחי.

333. מוסיפים המשיבים וטוענים, כי להקמת הגדר קיימות גם השלכות שונות על אופן תפקודם של כוחות הצבא בשטחים (ראו סעיפים 187 ו-197 לתשובת המשיבים). גם בטענות אלה אין כדי לבסס סמכות לפגיעה ברכוש הפרט על פי הסעיף הנוכחי. מעבר לכך שהמשיבים אינם מביאים נתונים קונקרטיים כלשהם, להבדיל מטענות כלליות, לביסוסה של טענה זו, ברי, כי לא זו תכליתו של פרויקט הגדר, אלא לכל היותר תוצאת לוואי שלו. מכל מקום, ככל שהיתה לשיקול זה איזושהי השפעה, הרי שמדובר בהשפעה זניחה.

334. לא זו אף זו, בנסיבותינו נראה, כי אף התנאי הראשון – כי ההחרמה צריכה לעמוד ביחס למקורותיה של הארץ – איננו מתקיים. כאמור, מדובר בפרויקט אדיר מימדים, המצריך תפיסתם של אלפי דונמים רבים של אדמות פרטיות, המשמשות לחקלאות ולפרנסת תושבי השטחים. לתפיסות עצומות אלה צפויות השלכות קשות מנשוא על האוכלוסייה האזרחית כולה בשטחים. אומנם, על פי רוב, ניתן להעריך דברים אלה אך בדיעבד (ראו Schwarzenberger, שם, בעמ' 269), ואולם, משבעניינינו הפרויקט כולו עומד לבחינה בפני

בית משפט זה, קיימת אפשרות לביצועה של הערכה בעת ביצוען של התפיסות ולא רק *post mortem*. לא למותר לציין, כי תפיסות אלה מתווספות לקרקעות, בהן כבר נשלל זכויותיהם של תושבים רבים, בין בטענות של הכרזתן כ"אדמות מדינה", ובין בשל הפקעתן לצורך סלילתם של כבישים עוקפים, שאינם משרתים את האוכלוסייה המקומית אלא את אזרחי ישראל, המתגוררים בהתנחלויות.

335. מהאמור עולה, שאין למצוא בספרות הבינלאומית אסמכתא להכשרתה של תפיסת מקרקעין פרטיים בנסיבות דומות לענייננו, וזאת במיוחד בהתחשב בעובדה, שמדובר בתפיסה לזמן ארוך ביותר, שאין איש יודע מתי יסתיים, אם בכלל.

336. מכאן, שתפיסת הקרקעות, בהן נוקטים המשיבים, חורגות בצורה ניכרת מהמותר על פי הוראת סעיף 52 לתקנות האג. מכאן גם, שאין לקבל את הפרשנות, לה טוענים המשיבים, העומדת, כאמור, בניגוד להוראת הסעיף, בניגוד לאופן פרשנותו המקובל, ובניגוד לכלל הפרשני, עליו עמדנו לעיל, על פיו שומה לנקוט, בפרשנות הנותנת את המשקל הנאות לזכות המוגנת והמצמצמת את היקפו של החריג.

4ד. הסתמכות המשיבים על סעיף 23(g) לתקנות האג

337. בתשובתם מבקשים המשיבים לבסס סמכותם לתפיסת הקרקעות ולהריסת רכוש אף על הוראת סעיף 23(g) לתקנות האג, הקובע אף הוא איסור על הריסה או החרמה של רכוש האויב, אלא אם כן הריסה או החרמה כאלה נדרשים באופן הכרחי על ידי צרכי המלחמה.

338. כאמור בית הדין קבע, כי חלק זה של תקנות האג איננו רלבנטי משענייננו בתפיסה לוחמתית ולא במצב מלחמה (סעיף 124 לחוות הדעת). למרות זאת טוענים המשיבים, כי גם הסעיפים, המתייחסים לדיני הלחימה במובן הצר (ובכללם החלק השני של תקנות האג), חלים. לטעמנו, דין טענה זו להידחות, הן במישור העובדתי, והן במישור המשפטי.

339. באשר למישור העובדתי, מפנים המשיבים לשורה של עתירות, בהן קבע בית משפט נכבד זה, כי באזור מתחוללים אירועי לחימה. ואולם, מאז ניתנו פסקי דין אלה חל שינוי משמעותי במצב הדברים בשטח. מרביתם ניתנו במהלך השנתיים הראשונות לאינתיפאדה השנייה, ובעיצומן של פעולות, בהן צה"ל פלש לערים הפלסטיניות בגדה המערבית וברצועת עזה. ואולם, מאז נאמרו דברים אלה חל שינוי משמעותי מבחינת היקף פעילותו המבצעית של הצבא בשטחים, ומבחינת איום הטרור, לו נתונה החברה הישראלית. לא למותר להפנות לדברים שאמר ראש ממשלת ישראל בועידת שארם א-שיח ביום 8.2.2005:

"בימים האחרונים הגענו לשורה של הבנות עם עמיתנו הפלסטינים שיוכלו להעניק שקט וביטחון לשני העמים לתקופה הקרובה.

היום, בפגישתי עם היושב ראש עבאס, הסכמנו שהפלסטינים יפסיקו את כל מעשי האלימות נגד ישראלים בכל מקום, ובמקביל, ישראל תפסיק את הפעילות הצבאית שלה נגד הפלסטינים בכל מקום.

אנו מקווים כי מהיום תחל תקופה חדשה של שקט ותקווה."

(מתוך נאום ראש הממשלה בועידת שארם א-שיח, כפי שפורסם באתר משרד ראש הממשלה).

העתק מנאום ראש הממשלה מצ"ב כנסת ע/17.

על דברים אלה עצמם, כמו גם על שינוי הנסיבות בשטח, נסמכו המשיבים בעתירות אחרות הנדונות בפני בית משפט זה [ראו למשל, הצהרת המשיבים במהלך הדיון האחרון בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים ואח' נ' ממשלת ישראל (בעניין מדיניות החיסולים), והמשתמע מבקשתם לדחיית מועד הדיון בבג"ץ 9593/03 בצלם נ' הפרקליט הצבאי הראשי (בעניין מדיניות אי פתיחת חקירות מצ"ח)].

340. משמכירים המשיבים בכך, כי תחולת דיני הלחימה מותנית בממצא עובדתי בדבר קיומה בפועל של לחימה, ו"באזורים שניתן לראותם כאזורי קרבות", היה עליהם להביא נתונים עדכניים, המתייחסים לפעילות לחימתית, שהתבצעה בתקופה האחרונה באזורים הרלבנטיים, קרי באזורים בהם מוקמת הגדר, ולמצער בשטחי הגדה המערבית הרלבנטיים. דא עקא, שלא ניתן למצוא בכל תשובת המשיבים נתונים כלשהם, שיבססו ממצא עובדתי שכזה.

341. מכל מקום, על המשיבים להסביר הכיצד טענתם לקיומו של מצב לחימה, דה-פקטו ודה-יורה, גם בימים אלה ממש, מתיישבת עם הסכם הפסקת-האש, שהושג בין ישראל והרשות הפלסטינית בשארם אל-שיח' ב-8 בפברואר, 2005.

342. את עמדתם של המשיבים יש לדחות אף במישור המשפטי. כאמור, בית הדין הבינלאומי קבע מפורשות, כי חלק זה של תקנות האג, העוסק ב"hostilities", אינו רלבנטי (ראו סעיף 124 לחוות הדעת). דיני הלחימה במובן הצר ודיני התפיסה הלוחמתית, הינם שני ענפים בדיני המלחמה. משעניינו במצב של תפיסה לוחמתית, שהינו מצב ייחודי בדיני מלחמה, ההסדרים, שבאופן טבעי צריכים לחול עליו, הינם אותם הסדרים, שנקבעו במיוחד למצב זה. מכאן, שכל שקיימת הסדרה של אותם עניינים הן בדיני התפיסה הלוחמתית והן בדיני הלחימה, יש להקנות לדינים הנכללים בדיני התפיסה הלוחמתית עדיפות ולו בהיותם *lex specialis*. שונה הדבר לגבי עניינים שלא הוסדרו בדיני התפיסה הלוחמתית, לגביהם יש מקום לפנות להסדרים המופיעים בדיני הלחימה במובן הצר. זאת ועוד, יתכן והיה מקום לדון בטיעונם של המשיבים בדבר תחולה מקבילה של דיני הלחימה במובן הצר אילו נטען, כי דיני התפיסה הלוחמתית אינם מספקים מענה הולם לצרכים הכרחיים של הצבא הכובש. דא עקא, שאין כך הדבר בענייננו, והמשיבים אף אינם טוענים זאת.

343. עוסקים אנו בהסדרים, הנוגעים להגנה על קניין הפרט. בהקשר זה כוללים דיני התפיסה הלוחמתית הוראות מפורטות, עליהן עמדנו לעיל (בין השאר, סעיפים 46 ו-52 לתקנות האג, סעיף 53 לאמנת ג'נבה). סעיף 23(g) של תקנות האג מתייחס ומסדיר את אותו עניין בדיוק, אלא שתחולתו רחבה בהרבה – הוא חל על כל רכוש בשטח המעורב במלחמה (ראו Pictet, שם, בעמ' 301). כמו כן, הכנסתו ל"ספר החוקים" של דיני המלחמה קדמה להכנסתו של סעיף

53 לאמנת ג'נבה. נוכח כל הנסיבות הללו, סעיף 23(g) לתקנות האג איננו בר-תחולה בענייננו. מכל מקום, אף אם יימצא שלסעיף 23(g) לתקנות האג תחולה בענייננו, הרי שאין בכך כדי להועיל למשיבים. כאמור, וכפי שיפורט להלן, לא עלה בידי המשיבים להוכיח, כי הריסת הרכוש ותפיסת הקרקעות לצורך הקמת הגדר נדרשים באופן הכרחי עקב "צרכי המלחמה".

344. מכל האמור לעיל עולה, כי פעולות המשיבים לבניית החומה מהוות תפיסה והחרמה אסורות של רכוש פרטי – אשר אין בטענות המשיבים לקיומם של "צרכים צבאיים" כדי להכשירן.

57. הריסה בלתי חוקית של רכוש פרטי וציבורי – סעיף 53 לאמנת ג'נבה

345. סעיף 53 לאמנת ג'נבה קובע:

“53. Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, **except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations.**”

346. בית הדין קובע, שהצרכים הצבאיים, אליהם מכוון סעיף זה, יכולים אומנם להתקיים גם לאחר סיום פעולות הלחימה, שהביאו לכיבוש השטח. ואולם נוכח החומר שיש בפניו, בית הדין קובע, כי לא שוכנע שתנאי החרג מתקיימים בענייננו:

“As to Article 53 concerning the destruction of personal property, it provides for an exception ‘where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations’.

The Court considers that the military exigencies contemplated by these texts may be invoked in occupied territories even after the general close of the military operations that led to their occupation. However, on the material before it, the Court is not convinced that the destructions carried out contrary to the prohibition in Article 53 of the Fourth Geneva Convention **were rendered absolutely necessary by military operations.**”

347. טוענים המשיבים, כי "הצורך הצבאי", אליו מתייחס הסעיף, הוא כללי למדי, ואינו מוגבל לצרכים המיידים של הצבא התופס בלבד (סעיף 195 לתשובת המשיבים). בהקשר זה מסתמכים המשיבים על המובאה מספרו של פיקטה:

“The occupying force may therefore undertake the total or partial destruction of certain private or public property in the occupied territory when imperative military requirements so demand.

Furthermore, it will be for the Occupying Power to judge the importance of such military requirements.”

348. ואולם נראה, כי מן הראוי להביא אף את האמור בהמשך הדברים של פיקטה:

“It is therefore to be feared that bad faith in the application of the reservation may render the proposed safeguard valueless; for unscrupulous recourse to the clause concerning military necessity would allow the Occupying Power to circumvent the prohibition set forth in the convention. The Occupying Power must therefore try to interpret the clause in a reasonable manner: whenever it is felt **essential** to resort to destruction, the occupying authorities must try to keep a sense of proportion in comparing the military advantages to be gained with the damage done”.

J. Pictet, *Commentary on the IV Geneva Convention for the Treatment of Civilians During Armed Conflict*, (Geneva, 1952), 302.

349. המשיבים טוענים, כי לא הייתה בפני בית הדין תשתית עובדתית מספקת על מנת לקבוע ממצא בעניין זה. ואכן, מרבית העובדות, שעשויות להיות רלבנטיות לבחינה זו, מצויות בידי המשיבים. למרות זאת המשיבים בחרו, מטעמיהם שלהם, שלא להציג בפני בית הדין. בה בעת, שבפני בית הדין לא הייתה מוטלת על המשיבים חובת הרמת הנטל להוכחת התנאים להתקיימותו של החריג, לא כך הוא המצב בפני בית משפט זה.

350. מרגע שמוכח, כי בניית הגדר בתוך שטחי הגדה המערבית כרוכה בפגיעה ובהריסה של רכוש, בין פרטי ובין ציבורי, מועבר הנטל הראיה והשכנוע אל המשיבים להראות, כי הריסת הרכוש, הנדרשת לצורך הקמת הגדר בתואי שנבחר על ידם, מקיימת את התנאים לתחולתו של החריג, הנקובים בסעיף הנ"ל.

351. על מנת להרים את הנטל ולהראות, כי פעולות נכללות במסגרת הוראת החריג שבסעיף 53 לאמנת ג'נבה, על המשיבים להוכיח את התקיימותם של מספר תנאים מצטברים:

ראשית, כי הריסת הרכוש עומדת במבחן ההכרחיות (absolutely necessary).

שנית, כי ההרס כרוך ונובע מפעולות צבאיות (military operations).

352. גם בהוראה זו, מופיע הצורך הצבאי כחריג לאיסור כללי. חריג זה יש אם כן לפרש בצמצום, תוך מתן משנה תוקף למונחים "imperative" ו"absolute". ראו:

Dan. Simon, "The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories", 19 *YJIL* (Winter 1994), pp. 1, 66-67

353. עמדנו לעיל על כך, שביסוד כל אחת מההוראות השונות במשפט ההומניטרי עומד איזון מיוחד שבין שיקולים הומניטריים לשיקולי הצורך הצבאי. מכאן, שיש ליתן תוקף לשוני

הניסוחי, המופיע בהוראות השונות. בסעיף דנן מופיע הביטוי "military operations". מביטוי זה עולה, כי מרחב הסמכות ושיקול הדעת, המוקנה למפקד הצבאי בהקשר של הריסת רכוש, הינו מצומצם יחסית ומוגבל לשיקולים **צבאיים**. על השונות במרחב הסמכות הנתון למפקד הצבאי עת רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולי "ביטחון", לבין היקף שיקול הדעת עת רשאי הוא לשקול שיקולים "צבאיים", עמד בית משפט זה בעניין עגורי:

"בטרם נסיים את בחינתנו העקרונית באשר לתנאים הקבועים בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית...

ודוקו, השיקולים שהמפקד הצבאי רשאי לשקול [לפי סעיף 78 הנ"ל –שלנו] אינם אך שיקולים "צבאיים" (military reasons) (ראו, למשל, סעיפים 5, 16, 18, 53, 55, 83 ו-143 לאמנת ג'נבה הרביעית). סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מרחיב את סוג השיקולים לעבר טעמי "ביטחון" (reasons of security) (ראו, למשל, סעיפים 9, 42, 62, 63, 64 ו-74 לאמנת ג'נבה הרביעית). **אכן, אמנת ג'נבה הרביעית מבחינה היטב בין הכרח בשל טעמי ביטחון לבין הכרח בשל טעמים צבאיים. המושג של טעמי ביטחון הוא רחב מהמושג של טעמים צבאיים."**

בג"ץ 7015/02 ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 374-375

354. זאת ועוד, הביטוי, הננקט בסעיף זה, הוא אף מצומצם עוד יותר "military operations" כחריג העשוי להצדיק הרס רכוש, ולא הביטוי הכללי "military necessity". על פי הפרשנות המקובלת "military operations" הן:

"the movements, maneuvers and actions of any sort, carried out by the armed forces **with a view to combat.**"

C. Pilloud, **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949** (ICRC, Geneva 1987), p. 67.

355. אם כן, הרס רכוש עשוי להיות מוצדק במהלך השלבים הראשונים של כיבוש לוחמתי, או בעת פעילות לחימה מתמשכת, אך לא במסגרת מהלך הכיבוש הרגיל (ראו Simon, שם, בעמ' 69). על פרשנות זו חזר הצלב האדום הבינלאומי בהודעה, שפירסם בעקבות הרס הבתים ברפיח ביום 18.5.2004, בה חזר וקבע, כי הרס רכוש עשוי להיות מותר אך אם הינו חלק מפעולות צבאיות "כגון, תנועת כוחות, תמרונים ופעולות אחרות הנקטות על ידי הכוחות הלוחמים למטרות לחימה. אי לכך, הרס רכוש כצעד בטחוני כללי הינו אסור".

העתק מההודעה לעיתונות שפרסם הצלב האדום מצורפת כנספח ע/18.

356. מכאן, שלהרס הרכוש חייב להיות קשר ממשי ללחימה בפועל או ללחימה צפויה, והוא צריך לנבוע מצרכים צבאיים בלבד, להבדיל מצרכים ביטחוניים כלליים. הוא איננו יכול להיות מוצדק, אם כן, כאשר מטרתו הנה לשפר את מצב הביטחון הכללי של הכוח הכובש או כאמצעי מנע רחב היקף נגד איומים שאינם קונקרטיים. כאמור – "הרס רכוש כצעד בטחוני כללי הינו אסור".

357. נוכח פרשנות זו של הוראת החרג, לא ניתן לראות את פעולות ההרס של רכוש, פרטי וציבורי כאחד, לצורך הקמת הגדר, כפעולות מותרות על פי הוראת סעיף 53 לאמנת ג'נבה. כך, שכן ברור לכל שלא ניתן לראות בפעולות אלה כחלק מפעולות לחימה, או מפעולות צבאיות, כפי שיש לפרש מונח זה.

358. בנוסף ולחלופין, פעולות ההרס בהן נוקטים המשיבים אינן חוקיות אף משום שאינן עומדות בדרישת ההכרחיות הנקובה בסעיף. טענת המשיבים היא כאמור, כי "הצורך הצבאי" אליו מתייחס הסעיף, הוא כללי למדי ואינו מוגבל לצרכים המיידים של הצבא התופס בלבד. מעבר לכך אין המשיבים מבהירים את עמדתם באשר למותר ולאסור על פי סעיף זה. הם אף אינם מסבירים הכיצד פרשנות זו עולה בקנה אחד עם לשונו של החרג. על גישתם של המשיבים ניתן אולי להוסיף וללמוד מספר ההדרכה הצבאי של צה"ל. מספר זה עולה תקן התנהגות מתירני מהמותר על פי האמנות, ומהמקובל בצבאות אחרים. על פי האמור בו:

"The Hague Conventions state that unnecessary destruction of enemy property is forbidden...The only restriction is to refrain from destroying property senselessly, where there is no military justification, for the sheer sake of vandalism."

העתק מהעמוד הרלבנטי מתרגום לספר ההדרכה הצבאי של צה"ל, שפורסם באתר האינטרנט של Human Rights Watch מצורף כנספח ע/19.

359. ברי, כי גישה זו של המשיבים איננה עולה בקנה אחד עם הוראותיו הברורות של הדין הבינלאומי בעניין זה. על הכלול במבחן ההכרחיות עמדנו לעיל (ראו סעיפים 264-266 וגם סעיפים 302-304). מבחן זה מחייב את המשיבים להוכיח, כי הריסת הרכוש המבוצעת על ידם, הנגזרת מבחירתם את תוואי הגדר, הנה הדרך היחידה למילוי הצורך הצבאי.

360. עיון בתשובת המשיבים מלמד, כי אין בה דבר אשר יש בו כדי לבסס עמידה בתנאי זה. ההסבר היחיד לבחירת התוואי הספציפי שנבחר, המתפתל בפיתולים רבים, נכנס לעומק השטחים, מקיף קהילות, הורס אדמות, ומפקיע אחרות, הוא כאמור, רצונם של המשיבים להכליל בצידה הישראלי של הגדר התנחלויות רבות ככל האפשר.

361. כפי שכבר הבהרנו לעיל, מטרה זו איננה יכולה לבוא בגדר טענה לגיטימית לקיומו של "צורך צבאי" מוכר לפי דיני המלחמה (ראו סעיפים 255-263 לעיל). ראשית, נוכח הפגם הבסיסי הקיים בהישענות על נסיבה, שנוצרה עקב פעולתו הבלתי חוקית של זה המבקש להסתמך עליה. שנית, הקמת הגדר איננה מעשה רגיל של "שמירת החוק והסדר" בטריטוריה. מדובר באמצעי דרסטי וחסר תקדים של הקמת מערך הגנה, שהמקבילה הקרובה ביותר שלו היא הקמתו של מערך הגנה שמדינות עשויות לנקוט בו לאורך גבול תחומן הריבוני. חסרי תקדים הם אף ההרס העצום, והפגיעות הנרחבות במרקם החיים של התושבים המוגנים הנגרמות עקב הקמתו. אין לגזור מאמצעים שהיו עשויים לעמוד למדינה לצורך הגנת שטחה ואזרחיה המתגוררים בו, לאמצעים שרשאית היא לנקוט לצורך הגנתם של אזרחיה המתגוררים בליבו של שטח כבוש, ומחוץ לגבולות הריבוניים של מדינתם.

362. לפיכך, חוזרים אנו למטרה היחידה שיכולה להיחשב כמטרה לגיטימית, ושעשויה להכשיר פגיעה כלשהי בזכויות מוגנים בענייננו - המטרה של הגנה על מדינת ישראל גופה מפני גל פיגועי הטרור. בנסיבות אלה, לא הוצג על ידי המשיבים כל הסבר, מדוע לא ניתן להגן על מדינת ישראל מפני חדירתם של מחבלים באמצעות הקמת גדר בתוואי העובר לאורך הקו הירוק, ובתוך שטחה הריבוני של ישראל.

363. בהקשר זה לא למותר לעמוד על ההבחנה שיש לעשות בין האופן שבו יש לפרש את החרג בתנאי לחימה ובין האופן שבו יש לפרשו בתנאים רגילים. ניתן לקבל טענה, כי אין לדקדק עם פעולותיו של מפקד צבאי הנעשות ב"להט הקרב" וכאשר הוא וחייליו נמצאים בעין הסערה. במצבים כאלה די בכך שהטעמים העומדים ביסוד פעולותיהם היו "טעמים מבצעיים", ונדרשו במסגרת פעילות הלחימה המתבצעת. לעומת זאת, שונה הבחינה בה יש לבחון את פעולותיו של אותו מפקד כאשר עיתותיו בידיו.

364. שני הטעמים הנוספים לכניסת הגדר לשטחי הגדה (נוסף על טיעון ההגנה על ההתנחלויות), והמסבירים מדוע עדיף בעיני המשיבים תוואי העובר בתוך השטחים, לעומת תוואי העובר בתוך ישראל, הם (סעיף 64 לתשובת המשיבים):

האחד, המבנה הטופוגרפי של האזור, והיות הקו הירוק עובר למרגלותיו של רכס הררי, אינו מאפשר להשיג את יעדי הגדר בתוואי העובר בתחום ישראל בלבד. בין היתר, משום שתוואי זה לא מאפשר הגנה על החיילים המסיירים לאורך הגדר, לא מאפשר תצפית, ומותר את הכוחות בנחיתות מבצעית.

השני, קרבה של ישובים ישראלים לקו הירוק, היוצרת צורך במרחב התראה על מנת לאפשר לכוחות להגיע לפני שמחבלים החוצים את המכשול, יספיקו לבצע זממם ועל מנת למנוע ירי מעבר למכשול.

365. ואולם, גם בטענות אלה, אף אם הן רלבנטיות וניתנות להוכחה במקרים קונקרטיים, אין כדי לבסס את הצורך הצבאי ההכרחי הנדרש בסעיף 53 לאמנת גינבה. טענות אלה מבססות, לכל היותר, כי מבחינה ביטחונית יש עדיפות לתוואי שנבחר על ידי המשיבים. ואולם קיומה של עדיפות ביטחונית אין בה די כדי להצדיק פגיעה בזכויות מוגנים לפי המשפט ההומניטרי. על מנת להצדיק פגיעה שכזו עליהם לבסס, כי מדובר בצורך צבאי הכרחי, וכי תוואי אחר, שיעבור לאורך הקו הירוק, לא יאפשר הגנה על מדינת ישראל.

366. יפים לענייננו דבריה של השופטת Higgins, שנאמרו בנוגע לטענת ההגנה העצמית, ואולם הם רלבנטיים אף לענייננו:

“While the wall does seem to have resulted in a diminution on attacks on Israeli civilians, the necessity and proportionality **for the particular route selected**, with its attendant hardships for Palestinians uninvolved in these attacks, has not been explained.”

(סעיף 35 לחוות דעתה של השופטת Higgins, ההדגשה הוספה)

367. ואכן, זו נקודה שהמשיבים אינם מתמודדים עמה, אף לא בתשובתם הנוכחית (ראו סעיפים 75-82 לכתב התשובה). בתשובתם טוענים המשיבים, כי "אין ספק כי להקמת המכשול היה חלק מרכזי בצמצום הנפגעים" (סעיף 78 לתשובה), ועוד הם טוענים כי "עתה, עם הירידה בכמות הפיגועים ועם תחילת החזרה לשגרת חיים נורמלית, **בשל הקמת המכשול**, מופנה הזרקור אל הפגיעה בתושבים הפלסטינים" (סעיף 82 לתשובה).
368. את תמצית תפיסתם של המשיבים ניתן לראות בסיכום שבפסקה 197 לתשובתם – לשיטתם, די בעובדה כי תפיסת המקרקעין **משרתת** צרכים צבאיים של כוחות הצבא, תורמת לביטחון, ומונעת איומים – כדי להצדיק את תפיסת והריסת הרכוש. לפי שיטה זו, די בכך שהמפקד הצבאי טוען, שאמצעי מסוים יכול לעזור בקידום הביטחון, כדי להכשיר כל פגיעה ברכוש הפרט או הציבור.
369. טיעון זה ממחיש את התעלמותם של המשיבים מדרישת הצורך וההכרחיות המופיעה בסעיף 53, והמתנה את הפגיעות בכך, שאין דרך אחרת להשגת המטרה. פרשנות זו של המשיבים עושה פלסטר את ההגנות שנקבעו במשפט הבינלאומי ההומניטרי, ושנועדו להגן על תושבים מוגנים מפני הכוח הכובש.
370. יתר על כן, מעבר לטענות כלליות, אין למעשה בתשובת המשיבים ראיות ממשיות ונתונים משכנעים אשר יתמכו בטענתם בדבר היקף תרומתה של הגדר להפחתת הפיגועים. **יתרה מכך, וזה העיקר, בוודאי ובוודאי שאין בנתונים שהובאו על ידי המשיבים כדי להוכיח, כפי שעומדת על כך בצדק השופטת Higgins, כי דווקא התוואי שנבחר, הוא ולא אחר, הביא לצמצום הפיגועים, וכי תוואי גדר שהיה עובר לאורך הקו הירוק, לא היה משיג מטרה זו.**
371. זאת ועוד, לטענת המשיבים, אין מדובר בקו גבול, אלא בתוואי זמני בלבד, עד אשר יסתיים מצב הכיבוש. בזמן זה, ממשיך הצבא להחזיק ולשלוט, באופן אפקטיבי, במרבית שטחי הגדה המערבית, לרבות בשטח הנמצא מצידה המזרחי של הגדר. מכאן, שכוחות הצבא יכולים להימצא, ומן הסתם אף יימצאו, משני צדדיה של הגדר.
372. נוכח האמור לעיל, לא ניתן לראות בהרס הרכוש הנדרש לצורך הקמת הגדר בתוואי הנוכחי, כהרס רכוש המותר על פי החרג הקבוע בסעיף 53 לאמנת ג'נבה. משהוראתו של סעיף 23(g) לתקנות האג דומה הלכה למעשה, הן בקביעת האיסור על הרס רכוש והן בחריג שנקבע לו, הרי שפעולות המשיבים אינן יכולות להיחשב מוצדקות אף על פי.

ה. פגיעה בלתי חוקית בזכויות מוגנות על פי אמנות זכויות האדם הבינלאומיות

373. על יסוד התשתית העובדתית מוצא בית הדין, כי הקמת הגדר גורמת לשורה של פגיעות בזכויות אדם מוגנות. מסקנת בית הדין היא:

"To sum up, the Court is of the opinion that the construction of the wall and its associated régime **impede the liberty of movement** of the inhabitants of the Occupied Palestinian Territory (with the

exception of Israeli citizens and those assimilated thereto) as guaranteed under Article 12, paragraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights. They also impede the exercise by the persons concerned of **the right to work, to health, to education and to an adequate standard of living** as proclaimed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and in the United Nations Convention on the Rights of the Child.”

(סעיף 134 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

374. בית הדין קובע, כי הגם שהוראות האמנות כוללות "פסקות הגבלה", הרי שהוראות אלה, המתירות פגיעה בזכויות המוגנות על ידי האמנות, אינן מתקיימות במקרה זה. וזאת משני טעמים עיקריים.

375. באשר להפרות של זכויות אדם, המוגנות על ידי אמנות זכויות האדם, קובע בית הדין, כי לא די בכך, שהפגיעות נועדו לשם השגתה של תכלית מבין התכליות המותרות, אלא הן אף צריכות להיות הכרחיות לצורך השגתן של מטרות אלה:

“... In addition, it is not sufficient that such restrictions be directed to the ends authorized; they must also be necessary for the attainment of those ends. As the Human Rights Committee put it, they “must conform to the principle of proportionality” and “must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result” (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27, para. 14). On the basis of the information available to it, the Court finds that these conditions are not met in the present instance”

(סעיף 136, פסקה 5 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

376. לגבי הרלבנטיות של מבחן המידתיות, ובכללו מבחן ההכרחיות, לבחינת שאלת חוקיותה של פגיעה בזכויות אדם של תושבי השטח הכבוש, נפסק כבר בהלכותיו של בית משפט זה, ובכללן, בהלכת בית סוריק. על אי עמידתו של תוואי הגדר במבחן זה, נעמוד להלן (ראו סעיפים 438-443).

377. כן קובע בית הדין, שהפגיעה בזכויות הפלסטינים, המוגנות על פי האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לא עומדת אף בתנאי נוסף, הקבוע בסעיף 4 לאמנה זו, והוא התנאי שהפגיעות נעשות *“solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society”* (סעיף 136 פסקה שישית לחוות הדעת).

378. הנתונים, שהוצגו לעיל, באשר להיקף האוכלוסיה הנפגעת, ואשר תימצא מערבית לגדר, או מוקפת משלושה עברים לפחות בגדר, ובאשר להיקף הקרקעות הנתפסות לצורך הקמת הגדר,

ואשר יוותרו מערבית לה, יכולים ללמד מעצמם על הפגיעות הקשות הנגרמות (ראו סעיפים 10, 103-108 לעיל ונספחים ע/4 ו-ע/5). אף דוחות, שהוצאו על ידי ארגונים שונים, ובכללם סוכנויות ונציגויות של האו"ם, המרכז הלאומי הפלסטיני לאינפורמציה ואחרים, מצביעים על פגיעות הומניטריות קשות כתוצאה מתוואי הגדר שכבר נבנה, ועל פגיעות צפויות בעקבות תוואי הגדר המתוכנן.

העתק מדו"ח "ניתוח ראשוני של ההשלכות ההומניטריות החזויות של תוואי הגדר שאושר בפברואר 2005", שהוצא על ידי המשרד לתיאום עניינים הומניטריים של האו"ם, מיום 22.3.2005, מצורף **כנספח ע/20**.

379. במקומות, בהם נבנתה הגדר, עומדים בפני התושבים הפלסטינים קשיים כלכליים עקב הגבלות או חוסר יכולת להגיע לאדמותיהם החקלאיות. תושבים נותקו מבתי ספר, אוניברסיטאות, ומוסדות בריאות. נזקים בהיקף עצום נגרמו אף בעקבות ההרס שנגרם לרכוש ולאדמות עליהן נבנית הגדר. הגדר גם מחלקת קהילות ומבודדת תושבים מקשרים חברתיים ומשפחתיים. גם במקומות אחרים בהם הגדר מקיפה קהילות, יש בנוכחותה כדי להשפיע באופן משמעותי על חיי האנשים. פגיעות אלה צפויות להיות אף מנת חלקם של התושבים במקומות בהם נבנית או עומדת להיבנות הגדר.

380. תוואי גדר ההפרדה, שהולך ונבנה בשטחים, גורם כאמור, לשורה של פגיעות בזכויות אדם מוגנות. ברי, כי סוגי הזכויות הנפגעות, היקף הפגיעה וחומרתה משתנים ממקטע אחד של הגדר למשנהו. למעשה, אין מחלוקת על כך, שהגדר גורמת לפגיעות בזכויות אדם מוגנות, ובכללן – בחופש התנועה, בזכות לעבוד, בזכות לחינוך, לבריאות ולרמת חיים נאותה.

הפגיעה בחופש התנועה – האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות

381. על פי התוואי הנוכחי, מנתקת הגדר כ-9.5% מאדמות הגדה המערבית מיתר חלקי הגדה המערבית. על שטחים אלה, ולמעט שטחי גוש עציון, מוחל משטר מרחב התפר. על פי משטר זה, הוכרזו השטחים כסגורים, והכניסה אליהם מותרת בהיתר בלבד (ראו סעיף 195 לעיל). שטחים אלה שהופרדו כוללים אדמות מהפוריות ביותר בגדה המערבית, וקהילות שלמות. תושבים שמצאו עצמם באזור הסגור, או חקלאים שאדמתם נותרה ממערב לגדר, נאלצים לעשות דרכם דרך שערים בגדר. למרות שינויים שנעשו, ככל שנעשו, בתפעול השערים ובמשטר החל בשטח הסגור, חופש התנועה ויכולת הגישה של פלסטינים באזורים אלה נפגע קשות.

382. מעבר לכך, התוואי המתפתל של הגדר ובעיקר בכניסותיו העמוקות לתוך שטחי הגדה המערבית – באזור אריאל, ובאזור מעלה אדומים – יקשה על תנועה בין האזורים הצפוניים והדרומיים של הגדה המערבית, ויחסום כבישים המשמשים כיום את התושבים הפלסטינים לתנועה בין שני אזורים אלה.

383. הזכות לחופש תנועה של מאות אלפי בני אדם, המעוגנת בסעיף 12 לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ואף בשורה ארוכה של אמנות מולטילטרליות נוספות), והכוללת את הזכות לחופש התנועה ברחבי המדינה ואת הזכות לבחירת מקום מגורים, נפגעת באורח קשה.

384. לטענת המשיבים – הגבלת חופש התנועה במקרה דנן נעשתה מטעמים צבאיים – הגנה על ביטחונם של תושבי מדינת ישראל ושמירת הסדר הציבורי באזור. כן נטען, כי היא מסייעת להגן על זכויות ישראלים, המוגנות באמנה. עוד טוענים, כי הגבלת התנועה תתרום להגברת חופש התנועה ביתר חלקי הגדה בשל הסרת מחסומים בעומק השטח (סעיף 516 לתשובת המשיבים).

385. קו הטיעון הראשון של המשיבים הוא – באימוץ פרשנות "יצירתית" למונח "צרכים צבאיים". לטענתם, הזכויות המוגנות באמנות אלה הינן יחסיות, ויש לאזן עם אינטרסים שונים ובכללם צרכים צבאיים. את המונח צרכים צבאיים מבקשים הם להרחיב, כך שיכלול "אגד זכויות אדם של הציבור הישראלי ושל חיילי צה"ל, בעיקר הזכות לחיים" (סעיף 508 לתשובת המשיבים). דא עקא, שאין מקום לא לפרשנות מעין זו למונח "צרכים צבאיים", ולא להכנסתן של זכויותיו של הציבור הישראלי למשוואת האיזון.

המשפט החוקתי והמינהלי מכיר בכך, שהכשרת פגיעה בזכויות של פרטים מסויימים בחברה עשויה להיות מוצדקת, ככל שהיא נדרשת לצורך השגת תכליות חשובות אחרות אשר יקדמו את החברה בה הם חברים. זהו ההגיון העומד ביסוד "האמנה החברתית". הגיון זה תקף כאשר מדובר בחברה אחת, וכאשר הן הנפגעים והן "מרוויחים" הנם חלק מאותה חברה. לא זהו המצב בענייננו. בעוד הנפגעים נמנים על החברה הפלסטינית בשטחים, ה"נהנים" הם תושבי מדינת ישראל (ראו בעניין זה גם סעיף 241 לעיל, התייחסותנו לפסק דין הס).

משמעות טענתם של המשיבים היא, כי מוצדק לעשות איזון בין זכויות פרטים הנמנים על חברה אחת, ובין אינטרסים של חברה אחרת, וכי האיזון נעשה על ידי שלטונות החברה השולטת. המשיבים אינם מביאים כל תימוכין לטיעון זה. משמעותה של טענה זו היא מרחיקת לכת: הכנסתן של נוסחאות האיזון החוקתיות ליחסים חוצי גבולות, קרי, כי מערכות איזונים אלה רלבנטיות ביחסים בינלאומיים. קשה להניח, שלכך כוונתם של המשיבים. (יוער, כי ייתכן שמקורה של תפיסה זו בטשטוש קו הגבול שבין מדינת ישראל והשטחים, טשטוש שניתן למוצאו בעמדת המשיבים רק בכיוון אחד – לצורך קידום אינטרסים של מדינת ישראל, תושביה ותושבי ההתנחלויות בשטחים – אך הנעדר לחלוטין בכיוון השני).

386. טיעון זה, ואיזון מעין זה, עומדים בסתירה להוראותיו הברורות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. המשפט הבינלאומי המתייחס לשטח כבוש סב סביב שני צירים מרכזיים: הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית מחד גיסא, והבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מאידך גיסא (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(4) 785, 794). עמדנו על כך, שהאוכלוסיה כלפיה כיוון המשפט הבינלאומי ההומניטרי אינה כוללת את

אזרחי המעצמה הכובשת. עמדנו גם על מעמדו של הכוח הכובש כמעמד של נאמן כלפי אוכלוסיית השטח הכבוש (ראו סעיף 243 לעיל).

387. בהתאם לעקרונות אלה הוגדרו ושורטטו תחומי סמכויותיו של המפקד הצבאי במשפט הבינלאומי ההומניטרי. בהתאם לעקרונות אלה יש לפרש את הוראותיו של המשפט הבינלאומי, ולבחון אף את אופן יישומן של אמנות זכויות האדם הבינלאומיות.

388. בענייננו, תכלית פעולתו של המפקד הצבאי (הקמת הגדר) איננה מכוונת לקידום רווחתה של אוכלוסיית המוגנים בשטח הכבוש. בנסיבות אלה, ובהתאם להוראותיו החד-משמעיות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, תלויה סמכותו של המפקד הצבאי לפגוע בזכויות יסוד של מוגנים בהתקיימותו של צורך צבאי הכרחי, ובו בלבד. על היקפו של מונח זה ושל הסמכויות שעשויות לצמוח בגינו למשיבים עמדנו לעיל (ראו סעיפים 275-249 לעיל). בעיקרו, מוסמך המפקד הצבאי להגביל זכויות של מוגנים, ככל שהדבר **הכרחי** לצורך הגנת הכוח הכובש עצמו, והגנת מדינתו. זוהי למעשה נוסחת האיזון שנקבעה במשפט הבינלאומי. כפי שקובע בית הדין, **הפגיעה בזכויותיהם של תושבי השטח הכבוש עשויה להיחשב כחוקית – אם ורק אם – היתה היא אמצעי הכרחי על מנת להשיג מטרה זו** (סעיפים 137 ו-140 לחוות הדעת). כאמור לעיל, וכפי שאף יפורט להלן במסגרת מבחן המידתיות, תוואי הגדר הנוכחי איננו עומד בתנאים אלה.

389. נבקש להוסיף ולהעיר באשר למינוחים וללשון, אותה מנסים המשיבים לגייס לעניין, והעשויה לתרום לבלבול במבחן המשפטי המתאים. לטענתם, מול הפגיעה בזכויות הפלסטינים עומדת הפגיעה בזכויות שונות של אזרחי מדינת ישראל. על אי-קבילותו של קו טיעון זה עמד בית משפט זה בעניין גנימאת :

"בית המשפט הנכבד כבר דחה בעבר קו טיעון מעין זה. הקניית מעמד של זכות יסוד למכלול האינטרסים הפרטיים המאוגדים בערכים כלליים, דוגמת "שלום הציבור", "רווחת הכלל", "מניעת פשיעה", "מניעת התחמקות מתשלום מס" וכד', "עשויה להביא לשלילת המשמעות של זכויות-היסוד של הפרטים האינדיווידואליים. עניינה של תורת זכויות-היסוד של האדם, ועניינה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא באיזון בין הצרכים הבסיסיים של הפרט לבין צרכי הציבור. **בכך שהציבור מורכב מפרטים, וצרכי הציבור מגלמים את צרכי הפרטים, אין כדי לשלול את הדיכוטומיה האמורה בין צרכי הפרט לבין צרכי הכלל, שעליה מבוססת תורת זכויות-היסוד של האדם מעיקרה**" (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645).

390. מוסיפים המשיבים וטוענים, כי מול הפגיעה בזכויות הפלסטינים, הנגרמת בשל הקמת הגדר, יש להציב ולאזן את "זכותם לחיים של אזרחי מדינת ישראל, אשר נתונים תחת מתקפת טרור מזה מספר שנים". עוד תוהים הם בתהייה רטורית: "האם ניתן לטעון כי זכותם של התושבים הפלסטינים לחינוך, לדוגמא, המוגבלת בשל העיכוב המסוים בשערי המכשול, גוברת באופן מוחלט על זכותם לחיים של תלמידי בית הספר ביקנעם שחיהם ניצלו בזכות המכשול?" (סעיף 509 לתשובת המשיבים).

391. מעבר לפגמים המהותיים בקו טיעון זה, הרי שיש בו עיוות דמגוגי ומקומם של פני הדברים. פגיעתה של הגדר בתוואי הנוכחי אינה מצטמצמת ב"עיכוב מסוים בשער". פגיעותיה רבות, קשות ונרחבות הרבה מעבר לכך. על היקף פגיעותיה עמדנו לעיל ונעמוד להלן (ראו סעיפים 82-83, 91, 100), ואף המשיבים מכירים בכך. ואולם, העיוות בהצגת הדברים על ידי המשיבים אינו רק בכך, אלא נוגע אף באופן הצגת ה"אידך גיסא". לטענת המשיבים, חייהם של תלמידי בית הספר ביקנעם ניצלו בזכות המכשול. בהחלט יתכן שכך הוא. ואולם, אין המשיבים מראים מדוע רק תוואי הגדר הנוכחי, כזה הפולש לעומק השטחים, קורע קהילות, מפקיע אלפי דונמים של אדמות חקלאיות, מפריד אנשים מאדמתם והופך את חייהם לגיהנום בירוקרטי, הוא ורק הוא ישיג מטרה זו, של הגנת תושבי מדינת ישראל. אין המשיבים מסבירים, מדוע מכשול, המוצב על הקו הירוק, לא היה מציל אף הוא את חייהם של ילדי יקנעם. לאורך תשובתם בוחרים המשיבים לטשטש במכוון את העובדה, כי בחינת חוקיותה של בניית גדר ההפרדה מתמקדת בבחינת חוקיות התוואי שלה, ולא בבחינת חוקיותה של הקמת גדר ההפרדה ככזו.

392. עוד טוענים המשיבים, כי אל מול זכותם של הפלסטינים לחופש תנועה עומדת גם זכותם של הישראלים לחופש תנועה, אשר נפגעה במהלך גל הטרור. מעבר לעיוות הגלום בהצגת דברים זו, כפי שהבהרנו לעיל, מובאות הטענות בלא שמובאים להן כל תימוכין עובדתיים.

באשר לטענתם של המשיבים בדבר זכותם של ישראלים לחופש תנועה בשטחים, הרי שלא למותר לציין, כי חופש התנועה הפנים-מדינתי נתון ל " everyone lawfully within the territory of a state... " (סעיף 12(1) לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות). ככלל, לא הוכרה זכותם של תושבי מדינת ישראל לחופש תנועה בשטחים הכבושים (ראו בג"ץ 9293/01 ח"כ מוחמד ברקה ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509; בג"ץ 7272/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(3) 39; בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385).

393. כאמור, המשיבים טוענים גם לכך, שהפגיעה בחופש התנועה עקב הקמת הגדר מוצדקת אף משום שהיא צפויה לתרום לצמצום הפגיעה בחופש התנועה של התושבים הפלסטינים בשטחים (ראו סעיף 516 לכתב התשובה). המשיבים אינם מציגים נתונים ו/או תחזיות משוערות כלשהן בנוגע לצמצום זה. בכלל זאת, אין הם מבהירים האם בעקבות הקמת הגדר ניתן יהיה להסיר את כל מאות החסימות הקבועות, ואת עשרות המחסומים, הממשיכים גם בימים אלה לשבש באופן קשה את התנועה ברחבי הגדה המערבית, או שמא ניתן יהיה להסיר רק את חלקם, ואלו מהם. יציין, כי גם באותם אזורים (צפון הגדה), שבהם כבר הוקמה הגדר, סובלים התושבים ממגבלות קשות על חופש התנועה גם מזרחית לגדר. למותר לציין, ששיפורים אלה אפשריים אף בתוואי גדר אחר.

העתק מסיכום חודש פברואר, 2005 של ארגון מחסום Watch מצורף **כנספח ע/21**.

וראו גם נתונים על חסימות ומחסומים במפת UCHA שצורפה כנספח ע/2.

394. מוסיפים המשיבים, כי יש להידרש להסדרים המיוחדים, הקבועים בדין ההומניטרי. ככלל, טענה זו עולה בקנה אחד עם קביעתו של בית הדין. המשיבים מפנים בהקשר זה לסעיפים 35,

2)49 (1)78-ו) לאמנת ג'נבה. ואולם, לסעיפים אלה אין רלבנטיות לענייננו. סעיף 35 אינו רלבנטי, משום שהוא נמנה על ההוראות, המתייחסות ל"זרים בשטחו של אחד מבעלי הסכסוך" ואינו במסגרת ההוראות, הדנות ב"שטחים כבושים". גם סעיף (1)78 אינו רלבנטי עוד, כפי שנקבע על ידי בית הדין, וזאת לנוכח הוראת סעיף 6 לאמנת ג'נבה (ראו סעיף 125 לחוות הדעת).

395. כפי שנפסק על ידי בית משפט זה בענין בית סוריק, וכפי שפסק בית הדין, אין די בכך, שהפגיעה בזכויות נועדה לתכלית מבין התכליות הלגיטימיות, כי אם עליה לעמוד אף במבחן המידתיות, ובכללו בתנאי, כי הפגיעה הינה הכרחית לצורך השגת המטרה.

פגיעה בזכויות המוגנות באמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות

396. בנוסף לפגיעה בחופש התנועה, מביאה בניית הגדר בתוואי שנקבע לפגיעות חמורות אף בזכויות המעוגנות באמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, ובהן בזכות לעבוד (סעיפים 6 ו-7 לאמנה), בזכות לתנאי חיים נאותים (סעיף 10 לאמנה), בזכות לבריאות (סעיף 12 לאמנה), ובזכות לחינוך (סעיפים 13 ו-14 לאמנה).

397. עמדנו לעיל על מגבלות התנועה שנגרמו עקב הגדר, מגבלות המשליכות באופן ישיר על נגישותם של אנשים לעבודתם ועל יכולתם לעבוד לפרנסתם ולמחייתם. ארגון המזון והחקלאות של האו"ם דיווח על רמות גבוהות יותר של אי בטחון תזונתי באזורים שפגעו מהגדר לעומת אזורים אחרים בגדה המערבית. כן דווח, על עליה במספרם של האנשים המדווחים על בעיות קשות בנגישות לעבודה ולאדמותיהם החקלאיות.

ראו לעניין זה סעיף 3.1 בדיווח חצי-שנתי של ארגון Consolidated Appeals Process (CAP) בקישורית:

<http://www.reliefweb.int/rw/rwb.nsf/db900SID/LSGZ-5ZQLCE?OpenDocument&emid=ACOS-635PFR&rc=3>.

398. נגישות לשירותי בריאות נפגעה אף היא. בדו"ח של ארגון Medecins du Monde דווח בחודש פברואר 2005, שמאז שהחלה בניית הגדר ביוני 2002 הופרעה נגישותם הסדירה של כ- 200,000 פלסטינים לבתי חולים, לרופאים פרטיים, למומחים, לשירותי מעבדה ולשאר שירותי בריאות. עם השלמת הגדר צופה הדו"ח שכ-32.7% מכלל הכפרים בגדה המערבית יסבלו מבעיות נגישות חופשית ופתוחה לשירותי בריאות. לפי המכון לבריאות, פיתוח, מידע ומדיניות (HDIP), 26 מרפאות לטיפול ראשוני נותקו משאר מערכת הבריאות הפלסטינית על-ידי הגדר. לפחות 52% מהרופאים העובדים במרפאות אלה בכל רחבי הגדה המערבית מעוכבים בדרכם למקום עבודתם או שאינם יכולים להגיע אליו כלל. במקומות אחרים שבהם יש בינתיים רק תוכניות לבניית הגדר, מגוון רחב של מכשולים מקשה בקביעות את נגישותם של צוותים רפואיים. במרחב התפר כמו גם במובלעות, שיעור האנשים שאינם יכולים להגיע למרפאות בריאות ראשוניות, מרכזים רפואיים ובתי חולים בעת הצורך מסתכם ב- 80.7%. מצב זה הופך להיות קשה יותר בשל העובדה שצוות רפואי שמגיע מחוץ למרחב התפר

ולמובלעות נתקל בקשיי כניסה. צוותים רפואיים נדרשים להשיג אישור כדי להיכנס ולצאת, ומחויבים לתאם את תנועותיהם עם הצבא הישראלי.

העתק מהעמודים הרלבנטיים מדו"ח ארגון MDM מצורפים **כנספח ע/22**. (ראו עמודים 7, 11, 12, 13 ו-15 לדו"ח).

399. על פי נתונים של המרכז הלאומי הפלסטיני לאינפורמציה, הגדר גורמת אף לפגיעות קשות בזכות לחינוך. ב-14 קהילות מתוך 19 קהילות, המצויות מערבית לגדר, אין בתי ספר יסודיים לבנים ולבנות, ב-17 מתוך 19 הקהילות, אין בתי ספר תיכוניים לבנים, וב-16 קהילות אין בתי ספר תיכוניים לבנות. עם זאת, ב-7 קהילות קיימים בתי ספר תיכוניים מעורבים.

400. הבאנו לעיל נתונים, שנאספו על ידי ארגונים שונים. יתכן שניתן היה לאסוף נתונים מעט שונים. חלקם עשויים להציג תמונה קשה יותר, חלקם תמונה קשה פחות. הנתונים הובאו בעיקר לצורך "המחשה". ואולם דבר אחד ברור – בניית הגדר בתוואי הנוכחי גורמת ותגרום לפגיעות הומניטריות קשות ונרחבות ביותר. פגיעותיה של הגדר כאמור ברורות מעצם בחינתם הנתונים "הקשיחים": היקף השטחים, הנתפסים לצורך הקמתה, היקף השטחים, המופרדים מיתר שטחי הגדר המערבית, היקף האוכלוסיה, שנותרת מערבית לגדר וכו'.

401. טוענים המשיבים, כי מאחר שהמימוש וההגנה על הזכויות המוגנות באמנה לזכויות חברתיות הינה באמצעות דרישות פרוגרמטיות ומערכתיות לשיפור הדרגתי של זכויות אלה, "ספק אם אמנה זו מתאימה לניתוח משפטי כפי שביצע בית הדין, וספק אם היא מקימה את החובה לפרק את המכשול, כפי שטוען בית הדין" (סעיף 520 לטענות המשיבים). טענה זו עשויה הייתה להיות רלבנטית אילו עסקנו בשאלה אם המשיבים פעלו כיאות לקידומן של הזכויות, המוגנות באמנות. **ואולם, טענה זו איננה רלבנטית לבחינת חוקיותן של פעולות של המשיבים, הגורמות כשלעצמן לפגיעות ישירות בזכויות אלה, ומביאות להרעת המצב.**

402. על מנת שפגיעות אלה תהיינה מוצדקות, שומה עליהן לעמוד במבחן המידתיות, ובתנאי של סעיף 4 לאמנה. על כן, שהפגיעות להן גורמת הגדר אינן עומדות במבחן המידתיות, נעמוד להלן (ראו סעיפים 439-442).

הפגיעה בזכויות המוגנות על פי האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות לא עומדת אף בתנאי נוסף הקבוע בסעיף 4 לאמנה זו, והוא התנאי שהפגיעות נעשות "solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society" (סעיף 136 פסקה שישית לחוות הדעת). תוואי הגדר נועד לשרת אינטרסים שונים של מדינת ישראל ושל תושביה. עמדנו לעיל על הטעמים בגינם לא ניתן לבצע "איזון" בין זכויות הפלסטינים הנפגעות לזכויות או אינטרסים של תושבי מדינת ישראל. בשל אותם טעמים אין מקום לראות בפרויקט הגדר, אשר נועד לקדם אינטרסים של תושבי ישראל, כבא בגדרו של תנאי זה (ראו סעיפים 241, 388-385 לעיל).

403. ודוק, אין אנו טוענים, שעצירת הטרור איננה מקדמת את הרווחה הכלכלית בחברה הישראלית. טענתנו הינה, שקידום הרווחה הכלכלית ובכלל קידום של אינטרסים של תושבי מדינת ישראל איננו שיקול רלבנטי לעניין סעיף 4 לאמנה עת נדונה חוקיותה של פגיעה

בזכויות תושבים בשטח כבוש. לכן שיקולים, הנוגעים לשיפור הרווחה הכללית במדינת ישראל, אינם יכולים לבוא במסגרת ה"איזון", שקובע סעיף 4 לאמנה.

404. **התוצאה היא, אם כן, שבניית הגדר בתוואי שנקבע מהווה הפרה של הוראות האמנה.** מחוות דעתו של בית הדין עולה, כי אי-חוקיות זו עשויה הייתה להתבטל בהתקיים סייג מהסייגים, המוכרים במשפט הבינלאומי לאחריותן של מדינות. על סייגים אלה נמנות טענות ההגנה העצמית והגנת הצורך.

405. משמצא בית הדין, איפוא, כי הוראות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ואמנות זכויות האדם, אינן מכשירות ומצדיקות את הפגיעות, להן גורם מתווה גדר ההפרדה, פנה הוא לבחון את תחולתן של ההגנות הכלליות לאחריותה של מדינה למעשים בלתי חוקיים על פי המשפט הבינלאומי, ובכללן טענות ההגנה העצמית והגנת הצורך.

1. דחיית טענת ההגנה העצמית

406. בפני גופים בינלאומיים שונים הועלתה בשם ישראל הטענה, כי הקמת הגדר עולה בקנה אחד עם זכותה הטבועה להגנה עצמית, בהתאם לסעיף 51 לצ'רטר. בנסיבות אלה נדרש בית הדין אף לבחינתה של שאלה זו (סעיפים 138-139 לחוות הדעת).

407. בית הדין קבע, שחריג ההגנה העצמית, הקבוע בסעיף 51 לצ'רטר של האו"ם, **איננו רלבנטי** – **ראשית**, משום שאין מדובר בהתקפות הנעשות על ידי מדינה אחרת. **ושנית**, משום שהתקפות הטרור יוצאות מטריטוריה, הנמצאת תחת שליטתה של ישראל. בשל כך, סבור בית הדין, כי ישראל איננה יכולה להסתמך על החלטות מועצת הביטחון בנוגע למלחמה הבינלאומית בטרור, בתמיכה לטענתה כי הינה מפעילה את זכותה להגנה עצמית.

408. המשיבים בתשובתם חוזרים על הטענה, כי הקמת הגדר היא "ביטוי מובהק לזכותה הטבועה של ישראל להגנה עצמית". עם זאת מכירים הם בכך, שאת הקמת הגדר יש לבחון על פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי (סעיפים 531-532 לתשובתם).

409. ראשית, משאף המשיבים מכירים בכך, כי חוקיות פעולותיהן נבחנת על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ומשאין הם טוענים, כי יש בטענת ההגנה העצמית כדי לאיין איזו מהחובות, בהן חבים הם על פי המשפט הבינלאומי, עולה התמיהה, על שום מה בכלל הועלתה טענה זו על ידי ישראל, ומה הרלבנטיות שלה לענייננו.

410. טענת ההגנה העצמית נמנית על *jus ad bellum* ענף דיני המלחמה, העוסק בשאלה מתי רשאית מדינה לפנות לשימוש בכוח ביחסיה הבינלאומיים, וזאת, נוכח הוראתו של סעיף 2(4) לצ'רטר של האו"ם:

"All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations".

411. ואולם, ברגע שמצב המלחמה כבר קיים, כבענייננו, שאלת חוקיות הפניה לשימוש בכוח איננה כבר השאלה הרלבנטית. ראו:

Iain Scobbie, "Words my mother never taught me - "In defense of the International Court" "AJIL, 63, 69-70, 99

412. חוזרים אנו אם כן לשאלה, בה עסקנו עד כה, והיא – האם בניית הגדר על ידי ישראל עומדת ועולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי ועם הוראות בלתי הדירות במשפט זכויות האדם:

“As to obligations under international humanitarian law and in relation to non-derogable human rights provisions, self-defense does not preclude the wrongfulness of conduct.”

Draft Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts, art. 21, 32, UN G.A.O.R. 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/56/10, Ch. IV.E.1 (2001), p.178.

413. ככל שיש בהוראות, המתייחסות לטענת ההגנה העצמית, רלבנטיות לענייננו, הרי שהיא אך באשר להוספת מגבלות לפעולותיהם של המשיבים (ראו סעיפים 256-257 לעיל).

414. בנסיבות אלה, תמימי דעים אנו עם המשיבים, כי ההתייחסות לסוגייה זו היא למעלה מן הצורך. ואולם, נוכח ההתייחסות הן של בית הדין והן של המשיבים לסוגייה זו, נוסף אף אנו טענותינו בעניין.

415. המשיבים בטיעונם חולקים על שני הנימוקים, שנתן בית הדין למסקנתו. בה בעת, שאין העותרים חולקים על ביקורתם של המשיבים כלפי הנימוק הראשון שמזכיר בית הדין (הגם שקביעה זו של בית הדין משקפת את הדין הקיים, כפי שנפסק בעניין ניקרגואה *Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*,) (p. 14), סבורים העותרים, כי אין יסוד לביקורתם של המשיבים ביחס לטיעון השני.

416. השופטת Higgins מסתייגת משני הנימוקים, שניתנו על ידי בית הדין כבסיס לדחיית הסתמכותה של ישראל על טענת ההגנה העצמית. באשר לטעם השני עומדת השופטת על כך, ששטחי הגדה המערבית הם בוודאי בגדר טריטוריה שונה או אחרת מישראל. זאת ועוד, פלסטיין איננה יכולה להיחשב ישות בינלאומית לצורך השתתפותה בהליכים אלה, אך לא להיות ישות בינלאומית מספקת על מנת שהאיסור על התקפה מזוינת יחול עליה. לפיכך, לשיטתה השאלה היא, היכן רובצת האחריות לשילוחן של קבוצות ואנשים, הפועלים נגד אזרחים ישראלים, והחומרה המצטברת של פעולה שכזו.

417. למרות זאת, גם השופטת Higgins איננה מקבלת את טענת ישראל, כי עומדת לה טענת ההגנה העצמית לצורך הכשרת תוואי הגדר, וזאת משני טעמים: ראשית, משום שלא שוכנעה, שאמצעים בלתי-אלימים (כמו בנייתה של גדר) נופלים תחת זכות ההגנה העצמית שבסעיף 51 לצירטר, כפי שמקובל להבין הוראה זו. שנית, אפילו אם ניתן היה לראות את הקמת הגדר

כפעולה של הגנה עצמית, עדיין היה עליה להיות מוצדקת כפעולה הכרחית ומידתית. ואולם, השופטת לא מקבלת, כי תנאים אלה מתקיימים במקרה דנן:

“While the wall does seem to have resulted in a diminution on attacks on Israeli civilians, the necessity and proportionality **for the particular route selected**, with its attendant hardships for Palestinians uninvolved in these attacks, has not been explained.”

(סעיף 35 לחוות דעתה של השופטת Higgins)

418. לשיטתו של השופט Buergenthal, השאלה אם טענת ההגנה העצמית עשויה לקום במקרה זה ולהכשיר את הפגיעות הנגרמות בעקבות בניית החומה תלויה בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים: ראשית, בתלות בטבען ובהיקפן של התקפות הטרור, להן ישראל עצמה נתונה, ושמוקדן מעבר לקו הירוק. ושנית, אם ורק אם הקמת הגדר, כולה או חלקה, הינה תגובה הכרחית ומידתית להתקפות אלה:

“Whether Israel’s right of self-defence is in play in the instant case depends, in my opinion, on an examination of the **nature and scope** of the deadly terrorist attacks to which **Israel proper** is being subjected from across the Green Line and the extent to which the construction of the wall, in whole or in part, is a **necessary and proportionate response to these attacks.**”

(סעיף 5 להצהרתו של השופט בורגנטל)

419. לטעמנו, כאמור, הנימוק השני שנתן בית הדין למסקנתו בדבר אי-תחולת ההגנה העצמית בהקשר הגדר, שריר וקיים. מסקנה זו נובעת בהכרח מכך, שישראל היא המחזיקה בסמכות לשימוש הלגיטימי בכוח בשטחים אלה.

420. לטענת המשיבים הקמת הגדר נדרשת על מנת למנוע חדירתם של מפגעים, היוצאים מתוך שטחי הגדה המערבית. אם פלסטין הייתה מדינה, אזי היא הייתה מחוייבת על פי המקסימה, הקובעת ש"כל מדינה מחוייבת שלא להרשות בידועין ששטחה ישמש למעשים הפוגעים בזכויותיהן של מדינות אחרות".

Corfu Channel (UK v. Alb.) Merits, 1949, ICJ Rep. 4, 22 (Apr. 9)

ואולם פלסטין איננה מדינה, אלא שטח כבוש, בו האחריות להשלטת הסדר מוטלת על ישראל. לפיכך יהיה זה מוזר לסכם, שישראל עשויה להסתמך על טענת הגנה עצמית על מנת להצדיק את תגובתה למעשים, המצביעים על התמוטטותו של הסדר, סדר שלשמירתו היא זו שנושאת באחריות לפי המשפט הבינלאומי.

Iain Scobbie, "Words my mother never taught me - "In defense of the International Court" “, 99 *AJIL*, 63, 69-70

421. בנוגע לאי הרלבנטיות של החלטות מועצת הביטחון 1368 ו-1373 – הנמקתו של בית הדין בהקשר זה נסמכת בעיקר על שליטתה של ישראל בשטחים ולא על מהותה של הישות, האחראית להתקפות הטרור. בכך נבדל המקרה הנדון מהמקרים, שנדונו בהחלטות אלה. מסקנה זו מתחזקת אף נוכח עמדתו של השופט Kooijmans, העומד על כך שעניינן של ההחלטות האמורות היה פעולות של טרור בינלאומי, המאיימות על השלום והביטחון הבינלאומי. נוכח נסיבות אלה, אין להחלטות אלה רלבנטיות לענייננו, בו מדובר בהתקפות, היוצאות משטח בו לישראל השליטה.
422. פרופ' Iain Scobbie עומד על כך, שבטיעוני הצדדים, שהובאו בפני בית הדין, כמעט ולא הייתה התייחסות לתחולתן של ההחלטות הללו במקרה דנן. בנסיבות אלה, החלטתו של בית הדין שלא להידרש באופן מקיף להשלכותיהן של החלטות אלה מבטאת את הגישה הזהירה ביותר, שבה יכול היה לנקוט.
423. לסיכום, אין בקביעתו של בית הדין בדבר היעדר הרלבנטיות של טענת הגנה עצמית לפי סעיף 51 לצירטר, כדי לומר שלא עומדת לה לישראל זכותה להתגונן, ולהגן על אזרחיה מפני התקפות הטרור. כאמור, בית הדין חוזר ומבהיר נקודה זו. ואולם, בטיעוננו ניסינו להבהיר, כי אף אם הייתה עומדת לישראל טענת ההגנה העצמית, הרי שאין בה כדי להכשיר הפרות של חובות בלתי הדירות – קרי, הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי והוראות אחרות במשפט זכויות האדם, שלא ניתן להפחית מהן גם לא במצב מלחמה. בנוסף, אף פעולות הננקטות מתוך הגנה עצמית צריכות לעמוד בדרישות המשפט הבינלאומי הרלבנטי, ובכללן דרישות הצורך, ההכרחיות והמידתיות. ואולם, כפי שכבר ראינו, אף אחד מתנאים אלה איננו מתקיים לגבי **תוואי הגדר** הנדון.

ז. דחיית טענה אפשרית להגנת הצורך

424. בנוגע לטענה אפשרית של הגנת הצורך קובע בית הדין, כי גם חריג זה, המוכר במשפט הבינלאומי המנהגי, איננו מתקיים בענייננו. זאת, שכן הגנת הצורך יכולה להתקבל כעניין חריג בלבד. אחד התנאים ההכרחיים להתקיימותו של החריג הוא, שהפעולה הנדונה מהווה את הדרך היחידה, העומדת למדינה להגן על אינטרס חיוני נגד סכנה חמורה ומיידית (סעיף 140 לחוות הדעת).

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997, p. 40, para. 51.

425. ואולם בית הדין לא שוכנע, על סמך החומר שהובא בפניו, כי בניית החומה בתוואי שנבחר, היא האמצעי היחיד להגן על האינטרסים של ישראל נגד הסכנה, לה היא טענה כהצדקה לבנייה זו.

להלן, נוסיף מעט על קביעותיו הקצרות של בית הדין בעניין זה.

426. על מנת שמדינה תוכל להשתחרר מאחריותה למעשה בלתי חוקי לפי המשפט הבינלאומי צריכים להתקיים מספר תנאים, ובראשם הדרישה, כאמור, כי המעשה הנדון הינו הדרך היחידה האפשרית עבור אותה מדינה על מנת להגן על אינטרס חיוני שלה נגד סכנה חמורה ומיידית (Draft Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts, art. 25(1)(a), 32, UN G.A.O.R. 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/56/10, (Ch. IV.E.1 (2001)).

427. בפרשנות שנכתבה על ידי ה-International Law Commission לסעיף, מבהירה הוועדה, שהגנת הצורך לא תעמוד אם קיימים אמצעים חלופיים להבטחת אותו אינטרס חיוני, וזאת אף אם עלותם של אמצעים אלה גבוהה יותר או שהם נוחים פחות (שם, בעמ' 203-204). לא זו אף זו, הוועדה מדגישה, כי הדרישה לקיומה של הכרחיות שזורה לכל אורכה של הטענה. קרי, כל פעולה החורגת ממה שהוא לחלוטין נחוץ על מנת להגן על אותו אינטרס חיוני איננה יכולה להיות מכוסה על ידי ההגנה.

428. בסעיף קטן (2) לסעיף 25 המתווה את גבולותיה של הגנת הצורך נקבע, כי מדינה איננה יכולה בשום אופן להעלות טענה זו כאשר היא תרמה ליצירתו של מצב הצורך.

429. מהאמור לעיל עולה, כי אילו הצליחו המשיבים להוכיח, כי מתקיימים ביחס לפעולתם להקמת גדר בתוואי שנקבע תנאיה של הגנת הצורך, היה בכך כדי לבטל את אחריותם להפרות של המשפט הבינלאומי. בית הדין מעלה את השאלה האם היה בטענה זו כדי לאיין הפרה של הוראות מהמשפט ההומניטרי או ממשפט זכויות האדם אשר כוללות כבר התחשבות בצרכים של צורך צבאי או שיקולי ביטחון, ואולם משאיר אותה בצריך עיון (סעיף 140 לחוות הדעת). נציין, כי מבין כל הוראות המשפט הבינלאומי שסקרנו לעיל אך האמנה לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות איננה כוללת התחשבות בשיקולים מעין אלה.

ח. מידתיות

430. מבחן המידתיות מקובל על הכל כסטנדרט העיקרי להכרעה משפטית בהתנגשויות שבין זכויות ואינטרסים נוגדים במשפט הציבורי של מדינות דמוקרטיות רבות (ראו מ' כהן-אליה, "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"צ בעניין גדר הביטחון").

431. זהו המבחן המרכזי, שעמד ביסוד פסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ בית סוריק. בפסק דין זה הוחלט לפסול את מרבית תוואי הגדר שעמד לבחינה, וזאת מהטעם, שבקביעת תוואי הגדר האמור לא איזן המפקד הצבאי כהלכה בין התרומה של התוואי לביטחון המדינה לבין עוצמת הפגיעה בזכויות התושבים הפלשתינים באזור.

432. לעומת המרכזיות, שהייתה למבחן המידתיות בהלכתו של בית משפט זה, חוות הדעת של בית הדין כמעט ואינה מזכירה מבחן זה. ההתייחסות היחידה מצויה במסגרת בחינת התקיימותם של התנאים לפגיעה בזכויות מוגנות על פי אמנות זכויות האדם הבינלאומיות (ראו סעיף 136

לחוות הדעת). גם התייחסות זו כוללת אך קביעה, כי מבחן המידתיות איננו מתקיים
בנסיבות.

433. מספר שופטים בחוות דעתם הנפרדות עמדו על חסר זה בחוות הדעת. כך, לדעתו של השופט
Kooijmans, מן הראוי היה לבחון את חוקיותו של תוואי הגדר אף לנוכח מבחן המידתיות.
ואולם, בחינת תוואי הגדר במבחן המידתיות מוליכה את השופט Kooijmans למסקנה
נוספת, והיא - שאף אם ניתן היה להצדיק את בניית הגדר והמשטר הנלווה לה כצורך צבאי
הכרחי להגנת זכויות לגיטימיות של אזרחי ישראל, הרי שעדיין היא לא הייתה עוברת את
מבחן המידתיות:

“Proportionality - ...in my opinion the construction of the wall should also have been put to the proportionality test, in particular since the concepts of military necessity and proportionality have always been intimately linked in international humanitarian law. And in my view it is of decisive importance that, even if the construction of the wall and its associated régime could be justified as measures necessary to protect the legitimate rights of Israeli citizens, these measures would not pass the proportionality test. The route chosen for the construction of the wall and the ensuing disturbing consequences for the inhabitants of the Occupied Palestinian Territory are manifestly disproportionate to interests which Israel seeks to protect, as seems to be recognized also in recent decisions of the Israeli Supreme Court.”

(סעיף 34 לחוות הדעת, ההדגשה הוספה)

434. גם השופט Owada מתייחס למבחן זה בחוות דעתו הנפרדת:

“...In fact it would seem reasonable to conclude on balance that the political, social, economic and humanitarian impacts of the construction of the wall, as substantiated by ample evidence supplied and documented in the course of the present proceedings, is such that the construction of the wall would constitute a violation of international obligations under various international instruments to which Israel is a party. Furthermore, these impacts are so overwhelming that I am ready to accept that no justification based on the “military exigencies”, even if fortified by substantiated facts, could conceivably constitute a valid basis for precluding the wrongfulness of the act on the basis of the stringent conditions of proportionality.”

(סעיף 24 לחוות דעתו, ההדגשה הוספה)

435. אף השופט Buergenthal מציין, כי ספק רב בעיניו, אם קטעי הגדר, היוצרים מובלעות, עומדים בדרישת המידתיות:

“Moreover, given the demonstrable great hardship to which the affected Palestinian population is being subjected in and around the enclaves created by those segments of the wall, **I seriously doubt that the wall would here satisfy the proportionality requirement to qualify as a legitimate measure of self-defence.**”

(סעיף 9 לחוות דעתו, ההדגשה הוספה)

436. כאמור, להבדיל מחוות דעתו של בית הדין, פסק דינו של בית משפט זה בעניין בית סוריק דן בהרחבה במבחן זה, תוך עריכת ניתוח מקיף של המבחן ושל יישומו בנסיבות העניין. פסק דינו של בית משפט זה מחדש חידוש חשוב באשר למרכיבים המהותיים, הכלולים במבחן המידתיות, חידוש העומד בליבה של ההלכה שנפסקה:

“את מבחן המידתיות במובן הצר מקובל ליישם ב'ערכים מוחלטים', כלומר בהשוואה ישירה של יתרון הפעולה השלטונית לעומת הנזק הנובע ממנה. אולם ניתן גם להפעיל בחינה 'יחסית' של המידתיות במובן הצר. **לפי גישה זו, נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה, שתועלתה תהא פחותה במידת-מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה השלטונית המקורית תהא בלתי מידתית על פי מבחן המידתיות "במובן הצר" אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטה בחלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנזק שנגרם מן הפעולה המקורית.**”

(סעיף 41 לפסק הדין, ההדגשה הוספה)

437. מבחן זה הוא שעמד ביסוד הביקורת השיפוטית שהפעיל בית משפט נכבד זה בעניין בית סוריק. לחידוש זה חשיבות מהותית. הוא קובע, כי אמצעי פוגעני, שנבחר על ידי השלטון, איננו עומד במבחן המידתיות אם קיים אמצעי חלופי, המאפשר את הגשמת עיקרה של התכלית המוצהרת:

“השאלה הינה, האם פגיעתה של גדר ההפרדה בתושבים המקומיים היא מידתית או שמא ניתן לקיים את עיקרי השיקולים הביטחוניים תוך קביעת תוואי גדר שפגיעתו בתושבים המקומיים תהא פחותה ותהא על כן מידתית?”

(סעיף 49 לפסק הדין, ההדגשה הוספה)

438. בפני בית משפט זה הובאו ראיות חד-משמעיות, בעתירות השונות שהוגשו לו ובתגובה זו, באשר לפגיעות הקשות, הנגרמות לאוכלוסייה אזרחית, המונה מאות אלפי אנשים בעקבות פלישתו של תוואי הגדר לשטחי הגדה המערבית (ראו סעיפים 10, 108-103 לעיל). פגיעות אלה כוללות פגיעות בגרעין של זכויות יסודיות רבות, ובכללן זכות הקניין, חופש התנועה ובכלל זאת הזכות לבחירת מקום מגורים, הזכות לעבודה, לבריאות, לחינוך, ובמירקם החיים של האוכלוסייה כולה. עמד על כך בית משפט זה בעניין בית סוריק:

"פגיעתה של גדר ההפרדה אינה מצטמצמת אך בפגיעה באדמות התושבים ובגישתם אליה. הפגיעה היא רחבה יותר. היא משתרעת על מירקם החיים של האוכלוסיה כולה. בחלקים רבים גדר ההפרדה עוברת סמוך לבתיהם. במקומות מסויימים (כגון בית סוריק) גדר ההפרדה עוטפת את הכפר ממערב מדרום וממזרח. הגדר משפיעה במישרין על הקשר בין התושבים המקומיים לבין המרכזים העירוניים (ביר נבאלה ורמאללה). קשר זה הוא קשה גם בלא גדר ההפרדה. קשר זה יהא קשה שבעתיים עם הקמתה של הגדר."

(סעיף 84 לפסק הדין)

בהינתן פגיעות אלה בזכויות יסוד בעלות מעמד בכורה, להן גורמת הגדר, מוטל הנטל על המשיבים לשכנע, שהאמצעי שנבחר על ידה הינו מידתי (ראו עמדות השופטים ברק, ד' לוי, שמגר וחשין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221; מ' כהן-אליה, שם, בעמ' 17). ראו גם דברי השופטת דורנר בבג"צ 4541/91 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 136).

439. נוכח הפגיעות הקשות, להן גורם תוואי הגדר הנוכחי, הרי שאף תוואי זה דינו פסלות מהטעם, שהוא פוגע בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים מעבר למידה הראויה.

440. ראשית, לא קיימת התאמה בין התכלית המוצהרת של בניית הגדר – הגנתה של מדינת ישראל ואזרחיה מפני מתקפת הטרור, על ידי הקמת מערך הגנה למניעת חדירות של מחבלים - לבין האמצעי שנבחר. כך, שכן כפי שראינו לעיל הגנתה של מדינת ישראל, ואף הגנתם של תושבי ההתנחלויות, היו יכולים להיות מושגים באמצעים אחרים – למשל, באמצעות הקמתה של גדר על הקו הירוק, ונקיטה באמצעי ביטחון מקומיים להגנת המתנחלים.

היעדר התאמה זה אף מלמד, כי בבסיס בחירתו של התוואי עמדו מניעים אחרים מהמניע הביטחוני. היעדר התאמה זה מצטרף לראיות אחרות המצביעות על כך, שהתכלית שעמדה ביסוד קביעתו של תוואי הגדר (להבדיל מהתכלית שעמדה ביסוד ההחלטה העקרונית על הקמתה של גדר ביטחון) הייתה בעיקר מדינית. בנסיבות אלה, ובהינתן חשד לכאורה שהמשיבים מנסים לקדם תכלית שהיא שונה מהתכלית המוצהרת, ראוי להחיל ביקורת שיפוטית מוגברת, ומכל מקום, מן הראוי שמרחב התימרון או מרחב ה"מידתיות" שיוענק לרשות יהיה מוגבל יחסית (ראו, מ' כהן-אליה, שם, בעמ' 11).

441. שנית, תוואי הגדר שנבחר על ידי המשיבים אינו מקיים את מבחן ההכרחיות. כאמור, על מנת שניתן יהיה לקבוע, כי תוואי הגדר מקיים את מבחן המידתיות שומה היה על המשיבים להביא נתונים ולהוכיח, כי תוואי גדר אחר, שאיננו גורם לפגיעה, או שפגיעתו פחותה בהרבה, איננו מאפשר להשיג את המטרה של הגנת מדינת ישראל ותושביה. כפי שפרטנו לעיל, לא הובאו על ידי המשיבים כל נתונים שיהיה בהם לבסס את הטענה, כי דווקא תוואי הגדר הנוכחי, ולא תוואי העובר בעיקרו על הקו הירוק, יכול להשיג מטרה זו. לא זו אף זו, המשיבים לא הביאו כל נתונים שיאפשרו הערכה של היתרון הביטחוני המושג על ידי התוואי שנבחר, ואשר איננו מושג בתוואי חלופי. רק כך ניתן היה לבחון, האם האמצעי בו בחרו המשיבים עומד בדרישת ההכרחיות – קרי, כי לא קיים אמצעי דרסטי פחות שמאפשר למדינה להגשים את עיקר הצרכים הביטחוניים שהיא מבקשת להשיג.

442. שלישית, התוואי אף איננו עומד במבחן המידתיות במובן הצר. כאמור, היקף הסבל והפגיעה שגורם התוואי שנבחר על ידי המשיבים, הפולש לעומק השטחים תוך הפרדת קהילות ממרכזיהם העירוניים, משירותים הכרחיים, ממקורות פרנסתם, חקלאים מאדמתם ועוד, הנו עצום. סבל ופגיעות אלה לא יתוקנו בצורה מהותית, גם אם יישמו כל ה"הקלות" והשיפורים המתוכננים על ידי המשיבים במסגרת "הסדרי מרקם החיים". פגיעות אלה ניתן למנוע, ולמצער להקטין באופן משמעותי ביותר, רק באמצעות שינוי התוואי.
443. אשר על כן, תוואי הגדר, שנבחר, על ידי המשיבים, איננו עומד גם במבחן המידתיות.

סיכום

444. בסיכום חוות דעתו קובע בית הדין הבינלאומי, שבניית החומה והמשטר הנלווה לה מנוגדים למשפט הבינלאומי.
445. בקביעה זו תמכו ארבעה-עשר משופטי בית הדין. השופט בורגנטל סירב לצרף את הסכמתו לחוות הדעת הקובעת, כי כל קטעי הגדר, העוברים בתוך שטחי הגדה המערבית, מהווים הפרה של המשפט הבינלאומי. זאת משום שלטעמו, לא היו בפני בית הדין כל הנתונים העובדתיים האפשריים, שעשויים היו להסביר ואולי אף להצדיק את טענותיה של ישראל באשר לקיומם של צרכים צבאיים, או צרכי הגנה עצמית, ביחס לחלקים מסוימים של הגדר. ואולם, גם השופט בורגנטל מסכים, כעניין עקרוני, לקביעה ככל שהיא מתייחסת לכל קטעי הגדר הנבנים לצורך הגנת ההתנחלויות, מהטעם שמדובר במסקנה משפטית, שאיננה תלויה בתשתית עובדתית כלשהי.
446. בהליך דן התבקשו המשיבים להביא את התייחסותם להשלכותיה של חוות דעת זו. במסגרת זו נדרשו הם להביא את מלוא הנתונים והראיות שברשותם על מנת להוכיח ולשכנע, כי תוואי הגדר שנקבע על ידם עומד בדרישות המשפט הבינלאומי, כפי שהוגדרו ונפרשו, בין השאר, בחוות דעתו של בית הדין הבינלאומי. עמדנו לעיל על יישומה והשלכותיה של המסגרת הנורמטיבית, שקבע בית הדין במסגרת חוות דעתו – מסגרת, שיש בה להוסיף במספר היבטים חשובים על פסיקתו של בית משפט זה, ובכלל זאת, על הקשר שבין ההתנחלויות לתוואי הגדר, על סוגיית הצורך הצבאי, ועל האופן, שבו יש לפרש את ההוראות שבמשפט הבינלאומי ההומניטרי ובאמנות זכויות האדם.
447. בחינת טענותיהם וראיותיהם של המשיבים העלתה, כי אין בהן כדי לבסס תשתית עובדתית, שתוליך למסקנה שונה מזו אליה הגיע בית הדין. בחינת התשתית העובדתית שהוצגה, לרבות בחינת השינויים, שחלו במתווה הגדר ובהסדרים הנלווים לה, העלה, כי עיקרי הפגמים עליהם עמד ובגינם פסק בית הדין, שרירים וקיימים. ממכלול הדברים עולה, כי לא ניתן לראות בתוואי הגדר, שנבחר על ידי המשיבים, תוואי הגדר היחיד, המאפשר הגנה על מדינת ישראל וחיי תושביה, והמצדיק על כן, על פי הוראות המשפט הבינלאומי הרלבנטיות, פגיעה בזכויות יסוד של מוגנים. בנסיבות אלה דינו של תוואי הגדר, שנקבע על ידי המשיבים – פסלות.

עתירות בודרוס ושוקבא**א. עתירת הכפר בודרוס**

448. בכפר בודרוס מתגוררים כ- 1,500 תושבים. הכפר שייך לנפת רמאללה, והוא שוכן באזור מודיעין בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית של צה"ל.
449. עד תחילת האינתיפאדה עסקו כ- 50% מתושבי הכפר בחקלאות כמקור פרנסה בלעדי, ויתר תושבי הכפר התקיימו מחקלאות כמקור פרנסה משלים. מאז תחילת האינתיפאדה, בשל צמצום מקורות הפרנסה האחרים, כ- 80% מתקיימים מחקלאות כמקור פרנסה יחיד.
450. שטח המקורי של הכפר היה כ- 25,000 דונם, אולם בשנת 1948 כ- 80% מהם, כלומר, כ- 20,000 דונם, נותרו בשטח ההפקר שבין ירדן לישראל, נאסרה לתושבי הכפר הכניסה אליהם והם אבדו לכפר. אחרי שנת 1967 הופקעו כ- 250 דונם נוספים שננטעו בהם עצים ע"י הקרן הקיימת לישראל. התוואי המתוכנן עומד להפקיע 3.8% נוספים מאדמות הכפר, המהווים 4.5% מהאדמות החקלאיות של הכפר.

ההליכים המשפטיים הנוגעים לצו התפיסה

451. ביום 23.5.05 הוגשה העתירה יחד עם בקשה למתן צו ביניים. בדיון שהתקיים ביום 3.6.04, נדחתה הבקשה למן צו ביניים, אולם בית המשפט רשם את התחייבות המשיבים, כי עד למתן פסק הדין בבג"ץ בית סוריק, לא יהא כרוך המשך העבודות בעקירת עצים או בנוק שאינו הפיך. כמו כן נקבע, כי מן הראוי לדחות המשך הדיון בעתירה עד לאחר מתן פסק דין בבג"צ בית סוריק. עוד נכתב בהחלטה, כי "מדברי בא כח המשיבים למדנו כי התוואי הממשי של גדר ההפרדה עשוי לתפוס פחות מקרקעין מהאמור בצו התפיסה. הצדדים מתבקשים להגיע להסדר בענין זה, באופן שהתשתית העובדתית באשר להיקף צו התפיסה לא תהא שנויה עוד במחלוקת".
452. בעקבות סיור שהתקיים בכפר בודרוס ביום 12.7.04 עם נציגי הצדדים, נמסרה לח"מ מפה עליה משורטטת תוכנית העבודה ההנדסית של התוואי המתוכנן – הן במקטע הצפוני והן במקטע הדרומי של השטח נשוא צו התפיסה (להלן: "תכנית העבודה").
453. (נספח א' לתגובת העותרים מיום 28.7.05). ביום 19.8.04 התקיים דיון בעתירה. בתום הדיון החליט בית המשפט ליתן צו על תנאי. כמו כן החליט בית המשפט, כי המשיבים מתבקשים לעמוד על חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג, ועל השלכותיה – אם יש לה השלכה – על העתירה. באותה החלטה נרשמה הודעת ב"כ המשיבים, כי בתוך שבעה ימים יתוקן צו התפיסה באופן שהוא יחול על תחום קווי הדיקור של העבודות בלבד. לא ניתן צו ביניים. ביום 31.8.04 הועבר לב"כ העותרים העתק של צו התפיסה המתוקן, אשר אינו תואם את תחום קווי הדיקור של העבודות בלבד, ותופס שטח רחב יותר מתחום קווי הדיקור, באופן כזה שבמקטע הדרומי של האדמות נשוא הצו, הרוחב הוא 60 מ' במקום 40 מ', כפי שמופיעים

על גבי תוכנית העבודה, ובמקטע הצפוני של האדמות נשוא הצו, הרוחב הוא 60 מ' במקום 30 מ', כפי שמופיעים על גבי תוכנית העבודה (להלן: "צו התפיסה המעודכן").

454. בעקבות פניית הח"מ לב"כ המשיבים, ביום 27.9.04 הועברה לבית המשפט הודעה מטעם המשיבים לפיה אכן המשיבים טעו בהתחייבותם לבית המשפט מיום 19.8.04, לתקן את צו התפיסה באופן שהוא יחול על תחום קווי הדיקור של העבודות בלבד, וכי צו התפיסה תופס שטח נוסף מכל צד של קווי הדיקור, שטח אשר המשיבים זקוקים לו, באופן זמני, לטענתם, לצורך הצבת כלים כבדים ומתן גישה לכלים אלו אל תחום קווי הדיקור.

455. ביום 27.10.04 הוגשה לבית המשפט בקשה למתן צו ביניים, וזאת לאחר שהסתבר לעותרים, כי בניגוד להצהרת המשיבים בשתי תגובותיהם - המוקדמות והמשלימה - לבית המשפט, לפיהן, "במקטע הצפוני אין כוונה לפגוע בשטחים מעובדים או לעקור עצים", ואילו במקטע הדרומי "מדובר בגבעה טרשית שאינה מעובדת... לקראת סופו של הקטע מתוכנן המכשול לעבור בחלקה שבה כשלושים עצי זית צעירים... יעשה מאמץ לשנות את התוואי במטרה למנוע פגיעה בעצים אלה", הרי שבדעתם של המשיבים לעקור מספר עצים הנמצאים במקטע הצפוני של התוואי וכן 56 עצים המצויים במקטע הדרומי של התוואי, ולהותיר 80 עצים מעבר לו.

456. ביום 28.10.04 ניתן צו ביניים "המורה למשיבים להימנע מעקירה (או העתקה) של עצים בתחום תוואי הגדר, או חסימת הגישה אליהם. אין בצו למנוע מן המשיבים המשך ביצוע העבודות בתוואי, ככל שהללו אינן מחייבות פגיעה בעצים, או חסימת הגישה אליהם. צו זה יעמוד בעינו עד לדיון בבקשה למתן צו ביניים, במעמד הצדדים, לפני ההרכב שידון בהתנגדות לצו על תנאיו".

457. למרות האמור בצו הביניים, מנע צה"ל מן העותרים את הגישה לעצים הנמצאים בסמוך לתוואי המתוכנן, בכך שאסר על תושבי הכפר להתקרב לתוואי והורה להם לשמור על מרחק של 150 מ' ממנו. בעקבות הפרה זו פנתה ב"כ העותרים ביום 27.3.05 לב"כ המשיבים, עו"ד אבי ליכט, והעמידה אותו על הפרת צו הביניים כאמור. העתק המכתב מצורף ומסומן **כנספח ע/23**.

תוואי הגדר בכפר בודרוס ופגיעתו בעותרים

458. העובדות עליהן מסתמכת עתירת הכפר בודרוס נתמכות בתצהירי העותרים, המפרטים את בעלותם על האדמות נשוא צו התפיסה והנזק שיגרם להם כתוצאה מבניית גדר הפרדה על אדמותיהם. חוות דעת מומחים של אדריכלית ומתכננת ערים מעמותת "במקום", אשר הוגשה עם העתירה (ע/5), מנתחת את השטח נשוא צו התפיסה וסביבתו, ותומכת בטענת העותרים, כי אין כל מניעה לבנות את התוואי לאורך רצועת היער וחופף לקו הירוק, באופן שלא יפגע באדמות תושבי הכפר ובפרנסתם, מחד גיסא, ויתאים הן לשליטה הטופוגרפית, מבחינת הצבת הגדר דווקא בנקודה הגבוהה ביותר בשטח, והן למרחב הביטחון הנדרש למניעת חדירות משטחי הגדה, מאידך גיסא.

459. לטענת המשיבים, פגיעת התוואי בעותרים קטנה ואינה משמעותית. דא עקא, כי עבור העותרים, מדובר בפגיעה ממשית במקור פרנסתם העיקרי, בפגיעה בעתודת הכפר כולו ואף בפגיעה בחופש התנועה שלהם, כאשר למעלה מ-40 דונם יותרו מעבר לתוואי המתוכנן.
460. צו התפיסה המעודכן אמנם צמצם את רוחבו של השטח אשר נתפס לצורך הקמת הגדר, אולם לא צמצם את אורכו. עפ"י נתוני המשיבים, כפי שמובאים בצו התפיסה המעודכן, הרי שהצו מתייחס לרצועת שטח ברוחב מקסימאלי של 62 מטרים ובאורך של כ-1,685 מ'. התוואי המתוכנן להיבנות על שטח הכפר יפגע ב-3.8% מאדמות הכפר, שהם 4.5% מן האדמות החקלאיות של הכפר, כאשר הוא יתפוס שטח של 45 דונם ויותר מעבר לתוואי שטח של 41.8 דונם נוספים.
461. התוואי המתוכנן מתייחס לשני מקטעים, צפוני ודרומי.
462. ביחס למקטע הצפוני, טוענים המשיבים, כי אין בכוונתם לפגוע בשטחים מעובדים או לעקור עצים. השטח שייוותר מערבית למכשול הוא, לטענת המשיבים, קטע מיוער שאינו משמש לעיבוד חקלאי, ולפיכך הפגיעה במקטע הצפוני "היא מזערית, אם בכלל". יחד עם זאת מודים המשיבים, כי בתוך מה שלטענתם הוא שטח ישראל קיים מטע זיתים שניטע על ידי אנשי הכפר בודרוס, אולם עצים אלו אינם נמצאים לטענת המשיבים בתוואי שבו עוסקת העתירה (סעיף 117 לכתב התשובה). אשר למקטע הדרומי, לטענת המשיבים, מדובר בגבעה טרשית המעובדת בדלילות. לצורך סלילת התוואי יש צורך "להעתיק" כארבעים עצי זית, ולעקור שישה עשר עצי תאנה. כמו כן, כשמונים עצי זית "צעירים" יותרו מעבר למכשול (סעיף 119 לכתב התשובה).
463. הנתונים המובאים ע"י המשיבים אינם מדוייקים ואינם משקפים אף את מה שניכר ממפת תכנית העבודה אשר הוכנה על ידי המשיבים ונמסרה לבית המשפט. על גבי המפה של תכנית העבודה מסומנים העצים, כשכל עץ מסומן בנקודה ירוקה. לטענת העותרים, מספר העצים שיפגעו בפועל גדול מזה המסומן על גבי המפות. אולם, גם לפי סימון העצים על גבי המפה של תכנית העבודה, הרי שהנוק הכבד שיגרם לעותרים נשאר בעינו. על גבי המפה של תכנית העבודה נספרים 138 עצים אשר יאבדו לכפר באופן הבא: התוואי ידרוש עקירתם של 71 עצי זית (ולא 56 כפי שנטען על ידי המשיבים) - במקטע הצפוני נספרו 17 עצים שיעקרו, במקטע הדרומי נספרו 54 עצים שיעקרו. מעבר לתוואי במקטע הדרומי נספרו 53 עצים נוספים, אשר הגישה אליהם תהיה מוגבלת ביותר, אם בכלל תתקיים. כמו כן, כתוצאה מבניית התוואי, צפויה פגיעה ב-14 עצי זית נוספים בהיותם צמודים לדופן הגדר, ואף פגיעה ביבולים חקלאיים נוספים עקב מיקומו של התוואי והעבודות הכרוכות בהקמתו בסמיכות כדי מטרים ספורים מהימצאותם של היבולים במורד הואדי. משמעות הדבר, כי העבודות בשטח תפגענה גם באדמות אלו אשר אינן כלולות בצו התפיסה, כך שצמצום רוחבו של השטח אליו מתייחס הצו לא הביא לשינוי של ממש בפגיעה באדמות העותרים המשמשות אותם לפרנסתם.
464. ממפת תכנית העבודה עולה גם, כי השטח הכולל שיידרש לבניית התוואי בשני המקטעים הינו סך של 72 דונם ולא 45 דונם כפי שמובא בנתוני המשיבים על פי הצו המעודכן. חישוב זה

מדוייק יותר מאלו שהוצגו על ידי המשיבים שכן הוא מבוסס על מפת תכנית העבודה אשר משקפת את הפגיעה בפועל.

465. כאמור בעתירה, עבור חלק מן העותרים (העותרות 3,5,6), האדמות עליהן מתוכנן התוואי העדכני הן האדמות האחרונות שנותרו להם, ואין ברשותם אדמות נוספות מהן יוכלו להתקיים או עליהן ניתן לנטוע מחדש את עצי הזית. כמו כן, אדמותיו של העותר 7 נמצאות חלקן במקטע הדרומי ביותר של התוואי המתוכנן וחלקן בחלק שייוותר מערבית לתוואי המעודכן. מעבר לתוואי המתוכנן יוותרו במקטע הדרומי למעלה מ-40 דונם אדמה המשמשת אדמת מרעה לצאן שברשותו.

466. בנוסף, וכעולה מכתב התשובה, במקטע הצפוני ייוותר מטע עצי זית אשר ניטע על ידי תושבי הכפר. לטענת המשיבים, כאמור, מדובר במטע הנטוע על אדמת מדינה. יצויין כי תשובה זו ביחס למקטע הצפוני נטענת לראשונה על ידי המשיבים, ולא הועלתה באף אחת מתשובותיהם המוקדמות של המשיבים לעתירה דנן. מעבר לכך, הרי שהטענה כאילו מטע הזיתים במקטע הצפוני מצוי על אדמות המדינה אינה רלוונטית כלל לשאלת פגיעת התוואי המתוכנן בעותרים, ומאליו מובן, כי במסגרת העתירה דנן אין כל מקום ויכולת לברר את המיקום המדויק שבו עוברים גבולות המדינה בסמוך לכפר בודרוס. מאחר שאין מחלוקת כי מטע הזיתים ניטע ומעובד על ידי תושבי הכפר, ומאחר שכאמור בתצהירה של העותרת 3, אשר לא נסתר על ידי המשיבים, במקטע הצפוני מצויים כ-50 עצי זית, השייכים לעותרת 4, הרי שהתוצאה היא שבניית התוואי במקטע הצפוני תותיר כ-50 עצי זית נוספים מעבר לתוואי, מבלי כל יכולת גישה אליהם.

467. הנזק והפגיעה בעותרים – בקניינם, בפרנסתם ובחופש תנועתם - עומדים איפוא בעינם גם לאחר תיקון הצו ועידכונו. בניגוד לטענת המשיבים, כאילו מדובר באדמת טרשים, הרי שהאדמות אליהן מתייחס הצו, הן במקטע הצפוני והן במקטע הדרומי, משמשות את העותרים לגידולים של חקלאות חורף (בעיקר דגנים) וכן למרעה צאן [ר' התמונות אשר צולמו ע"י ב"כ העותרים ובקשת הגשתן (בהסכמת המשיבים) טעונה החלטת ההרכב: החלטה מיום 16.8.04].

468. לטענת המשיבים, כניסת המכשול לתחומי הכפר בודרוס נעשתה מטעמים ביטחוניים בלבד. במקטע הצפוני התוואי עובר בשיפוליה המזרחיים של הגבעה השולטת, במטרה לאפשר נקודת תצפית טובה לעבר הכפר עצמו, ועל מנת לקדם פני חדירה לתחומי ישראל. כמו כן, תוואי זה מגן, לטענת המשיבים, בצורה טובה יותר על הכוחות שיפטרלו לאורך הציר. לטענת המשיבים מעבר המכשול לאורך קו הרכס אינו אפשרי, וזאת מסיבות מבצעיות של מניעת החשיפה של תנועת החיילים המפטרלים לאורך קו הרכס והפיכת הפגיעה בהם מאיזור הכפר לקלה יותר. מעבר מעין זה אף מורכב בהרבה, לטענת המשיבים, מן הבחינה ההנדסית (סעיף 117 לכתב התשובה). התוואי במקטע הדרומי עובר בשיפוליה המזרחיים של הגבעה, וזאת על מנת למנוע מעבר לאורך קו הרכס, שהוא בעייתי ביותר מן הבחינה המבצעית, ואף קשה יותר מן הבחינה ההנדסית" (סעיף 119 לכתב התשובה).

469. מתשובת המשיבים עולה אם כן, כי קיימת לכאורה עדיפות ביטחונית וטופוגרפית בבחירת תוואי הגדר. אולם, בדיקת טענות המשיבים אחת לאחת ביחס לעדיפות לכאורית זו מעלה, כי התוואי הנבחר באיזור הכפר בודרוס אינו התוואי האפשרי היחיד בלעדיו לא תושג תכליתו הלגיטימית של בניית הגדר, היינו, הגנה על מדינת ישראל ואזרחיה.

470. בכבוד הראוי, המשיבים אינם מצליחים לסתור את טענות העותרים כפי שהובאו בחוות דעת מומחה (ע/5): הכפר בודרוס שוכן באזור מודיעים בקצה שלוחה בגובה של כ- 200 מטר. במקטע הצפוני, הרכס עליו מתוכנן לעבור התוואי מתנשא לגובה של כ- 200 מטר (באותו גובה של הכפר). השטח הנתפס מרוחק כ- 20 מטר מזרחית מן הנקודה הגבוהה ביותר של הרכס ומסלולו עובר בשיפולי המדרון. עולה אם כן, כי במקטע הצפוני התוואי המתוכנן אינו עובר בנקודה הגבוהה ביותר של הרכס, אלא עובר בגובה נמוך ב- 20 מטר מגובה קצה הרכס ומגובה הכפר, וכתוצאה מכך הכפר צופה לעבר התוואי במקום שהתוואי יצפה לעבר הכפר. אין הגיון, לכאורה, בהצבת התוואי בגובה נמוך מזה של הכפר, המאפשר תצפית של הכפר לעבר התוואי, ואין כל יתרון צבאי בהצבת התוואי בנקודה נמוכה מגובה הכפר. הצבת התוואי המתוכנן במקטע הצפוני סותרת את טענת המשיבים, כי זו הנקודה הטובה ביותר לתצפית ולמרחב ביטחון, שכן התוואי המתוכנן לא רק נמוך מגובה הכפר אלא אף נמצא בסמוך לבתיו האחרונים (כ- 50 מטר בלבד מהבתים האחרונים בכפר), דבר המצמצם את מרחב הביטחון. הזזת הגדר מערבה, אל מעבר לאדמות הכפר, והצבתה בפסגת הרכס, ישיגו תצפית ומרחב בטחוני מירביים מחד גיסא, וימנעו לחלוטין תפיסת אדמות השייכות לתושבי הכפר בודרוס, מאידך גיסא.

471. במקטע הדרומי, הרכס עליו מתוכנן לעבור התוואי מתנשא לגובה של כ- 220 מטר (כ- 20 מטר בלבד מעל הכפר). השטח הנתפס מרוחק כ- 50 מטר מזרחית מפסגת הרכס, ומסלולו עובר בשיפולי מדרון בגובה ממוצע של 170 מטר. משמעות הדבר היא, כי גם במקטע הדרומי התוואי המתוכנן אינו ממוקם בפסגת הרכס, אשר מאפשר נקודת תצפית טובה ביותר, אלא מוצב בשיפולי מדרון הנמוכים בכ- 30 מטר מגובה הכפר, והכפר נשאר צופה על התוואי. הזזת הגדר מערבה, אל מעבר לאדמות הכפר, והצבתה בפסגת הרכס, ישיגו תצפית ומרחב בטחוני מירביים מחד גיסא, וימנעו לחלוטין תפיסת אדמות השייכות לתושבי הכפר בודרוס, מאידך גיסא.

472. המשיבים טוענים כי בניית התוואי על פסגת הרכס עלולה לחשוף את החיילים מעבר לרצוי. לכך נשיב, כי אין מדובר בהרים המשקיפים על האיזור כולו כי אם בגבעות לא גבוהות במיוחד, ואילו הגבעות הנמצאות מערבה, בתוך שטחי היער בישראל, הן דווקא הגבעות החולשות בשטח. לפיכך, ניתן לבנות את התוואי בתוך היער במרחק גדול מספיק מאדמות הכפר אשר יספק מרחב חדירה רחב מחד גיסא ומניעה של חשיפת החיילים מאידך גיסא. הדבר כרוך כמובן בכריתת עצי יער רבים, אך עם כל הצער והכאב, זו עדיפה על פני פגיעה באדמות פרטיות של תושבי הכפר המפרנסות אותם. את מניעת חשיפתם של חיילים ניתן יהיה לפתור על ידי הקמתם של מגדלי תצפית, למשל.

473. המשיבים טוענים כי בניית הגדר לאורך קו הרכס מורכבת יותר וקשה יותר מן הבחינה ההנדסית. טענה זו הינה סתמית, בלתי מפורטת או מנומקת. אין להבין מתשובת המשיבים

אלא כי ישנם קושי ומורכבות הנדסיים מסויימים, אבל אלה ניתנים לפיתרון במחיר כספי, ובודאי שאינם יכולים להוות סיבה מדוע אין להציב את הגדר על קו הרכס. זאת, במיוחד לאור נסיון המשיבים עצמם, כאשר נדרשו להתגבר בבניית החומה על הפרשי גובה במקומות אחרים, כגון בשכונת גיבל מוכאבר שבדרום ירושלים, שם הצליחו להתגבר על הפרשי גובה של 90 מ' ויותר באמצעות פתרונות הנדסיים.

ב. עתירת הכפר שוקבא

474. התוואי הנוכחי של הגדר גורם לעותרים נזק כבד. התוואי מפקיע כ- 121 דונם של קרקע הנמצאת בבעלות העותרים. התוואי הנוכחי הביא כבר לעקירתם של 194 עצים, למרות האמור בהודעת המשיבים, לפיה רק 130 עצים שהיו נטועים בתוואי הגדר כבר נעקרו. בנוסף, מהצד המערבי של הגדר, תישאר קרקע בשטח של מאות דונמים שהיא בבעלות העותרים. חלק ניכר מקרקע זו היא חקלאית. חלקה נטוע עצים. לפי התוואי הנוכחי של הגדר, הרי שבצידה המערבי של הגדר יישארו 776 עצים (מתוכם 516 עצי זית ו-260 עצי תאנה). הקרקע משמשת לא רק לגידול עצי זית ועצים אחרים, אלא אף לחקלאות, ובעיקר לגידולי פלחה, וכן משמשת את העותרים למרעה צאן. עבור רוב העותרים האדמות עליהן מתוכנן התוואי הן האדמות האחרונות שנותרו להם, ואין ברשותם אדמות נוספות מהן יוכלו להתקיים או בהן ניתן לנטוע עצי הזית מחדש.

475. כפי שכבר הוזכר במסגרת הדיון בעתירה, במהלך סיור שהתקיים בהשתתפות נציגי העותרים ונציגי המשיבים, הוצע תוואי חלופי לגדר באיזור נשוא העתירה. לפי ההצעה הגדר תועבר אל גבעה סמוכה, מערבית לח'רבת דסרה, והמרוחקת ממנה כמאתיים מטרים (להלן – חלופת הגבעה המערבית). במקרה זה הגדר תהיה כמעט על הקו הירוק או בסמוך לו, בתוך שטח מדינת ישראל, ולא תפגע בקרקעות העותרים וגם לא בגידולים החקלאיים או בעצים, ולא תפריד בין העותרים לבין הקרקע המעובדת והמטעים.

476. המשיבים הודו בתצהיר התשובה שהוגש מטעמם כי חלופה זו כלל לא נבחנה על ידם בטרם הוצעה ע"י העותרים בסיור שהתקיים במקום (פסקה 136 לתצהיר התשובה). עובדה זו מלמדת על שיטת החשיבה ודרך העבודה של המשיבים בבחירתם תוואי גדר ההפרדה. הנחת העבודה הינה כי יש לבנות את הגדר בתוך השטח הכבוש, תוך תפיסת/החרמת רכוש, ולעתים תוך הריסת מטעים וקרקע חקלאית. החריג לכלל האמור הינו בנייתה על הקו הירוק בתוך שטח מדינת ישראל. וכך אכן קרה וקורה בפועל בבניית ובתכנון הגדר עד כה. מתוך עשרות רבות של קילומטרים של גדר, הרי רק במקומות בודדים הגדר נבנתה על הקו הירוק בשטח מדינת ישראל.

477. במקרה דנן, חלופת הגבעה המערבית זועקת לעין כל מבקר. כל מי שמגיע אל השטח ומשקיף בעין אובייקטיבית, של מומחה או של הדיוט, מיד חושב שהפתרון האופטימלי שישורת הן את האינטרס הביטחוני, על היבטיו המבצעיים השונים, לו טוענים המשיבים, והן את האינטרס בשימור האתר הארכיאולוגי, ואשר לא יפגע במטעי התושבים ובקרקעותיהם, הינו הקמת הגדר על הגבעה המערבית. מפליא מאוד כיצד חלופה זו לא נשקלה כלל ע"י המשיבים וצוותי

העבודה מטעמם. כאמור, אין זאת אלא משום שהכלל אליבא דמשיבים הינו כי הגדר צריכה להיות על חשבון תפיסת מקרקעין בתוך השטח הכבוש, אלא אם אי-אפשר אחרת.

478. למרבה הצער, החלופה המערבית, שעלתה בסיור בהשתתפות העותרים והמשיבים, נפסלה ע"י המשיבים. בתחילה סיפקו המשיבים שני הסברים לפסילת חלופה זו: ראשית, משום שתוואי זה לא יאפשר "תצפית לעבר נתיבי החדירה של המחבלים למדינת ישראל, מכיוון שחירבת דסרה מסתירה את קווי הראיה לכיוון מזרח". שנית, משום ש"גבעה זו מצויה בתוך שטח אימונים פעיל וחשוב של צה"ל. העברת התוואי בשטח האש תגרום לפגיעה קשה באימונים במקום". (פסקה 40 לתגובה המקדמית לעתירה שהוגשה מטעם המשיבים). הסבר שני זה לפסילת החלופה המערבית נזנח ע"י המשיבים בתצהיר התשובה שהוגש מטעמם, וטוב שכך (ראו פסקה 147 לתצהיר התשובה).

479. יודגש כי ההסבר השני, שנזנח ע"י המשיבים כאמור, לפיו תוואי החלופה המערבית פוגע בשטח אימונים פעיל של הצבא, לא היה מבוסס מלכתחילה. קודם כל, המשיבים לא צירפו אסמכתא כלשהי על היות האיזור שטח אימונים של הצבא. לא הכרזה סטטוטורית על השטח ככזה, וגם לא צו צבאי כלשהו. לא בכדי, המשיבים אף לא ציינו מהו שטחו של שטח האימונים, ולא ציינו היכן יעבור התוואי לפי חלופת הגבעה המערבית ביחס לאותו שטח. תוואי חלופת הגבעה המערבית האמור רחוק אך בכמאתיים מטרים מהתוואי הנוכחי, והוא רחוק אף פחות ממרחק זה, בהשוואה לתוואי שהיה מועדף על המשיבים (רום הגבעה של חירבת דסרה). משום כך, הרי בכל מקרה, וגם אם אכן יוכח כי קיים שטח אימונים של הצבא באיזור, לא ברור כלל שהתוואי החדש יעבור בשטח זה. במקרה הגרוע ביותר, התוואי יהיה בשולי השוליים של שטח האימונים כאמור. משום כך, הרי ברור כי תוואי זה הוא תוואי מידתי יותר.

480. העותרים יטענו כי גם ההסבר הנוסף שניתן ע"י המשיבים לפסילת החלופה המידתית (שנבחנה רק משהוצעה ע"י העותרים) אינו יכול לעמוד במבחן הביקורת השיפוטית. טיעון דומה לזה הועלה כבר בבג"צ בית סוריק, בצורה חזקה הרבה יותר, בכל הנוגע לאיזור ההר הידוע כג'יבל מוקטם. בית המשפט הנכבד קבע, כי התוואי לא מידתי, למרות הטיעון בענין היות ההר שולט ומשקיף על האיזור, והיותו מקום אסטרטגי מבחינת השליטה הצבאית בו. יוטעם, כי בבג"צ בית סוריק דובר על הר גבוה מאוד ורחב מימדים, המשקיף על כל הסביבה באיזור. לא כך הם פני הדברים כאן. כאן, המדובר בגבעות הנישאות כעשרים מטרים מעל סביבתם, ותו לא. לא זו אף זו, הגבעות המערביות של חירבת דסרה נמצאות בגובה זהה לגבעה עליה נמצאת חירבת דסרה. בנוסף לכך, הרי ישנו מרחק של כמאתיים מטרים בין גבעת חירבת דסרה לבין הגבעות המערביות. משום כך, "אותם נתיבי חדירה" נטענים יהיו עדיין חשופים לעין המפטרל בתוואי הגדר הבנוי על הגבעות המערביות. ייתכן כי אדם המסתכל מהגבעות המערביות לא יכול לראות את שיפוליה המזרחיים של גבעת חירבת דסרה, אך עדיין מי שמנסה להגיע אל הגבעות המערביות, יהיה חשוף לעין כל אחרי שיעבור את גבעת חירבת דסרה, וינסה להתקרב לגדר. כל זה, בטרם ייאמר דבר על אפשרות השימוש במכשירי תצפית למיניהם, או על תפיסת עמדה מסויימת בחירבת דסרה עצמה מבלי "לעלות" עליה עם הגדר. לא זו אף זו, הטענה בדבר "תצפית על נתיבי החדירה של המחבלים", נותנת תחושה כאילו

ישנם נתיבים מוכרים באיזור זה שהיו מיועדים לחדירת מפגעים אל מדינת ישראל. טענה זו נטענת בעלמא, ואינה נתמכת בעובדות כלשהן, וכל מטרתה היא להצדיק את תוואי הגדר שנבחר ע"י המשיבים, ולפסול את החלופה המידתית האפשרית הקיימת, ואשר המשיבים לא חשבו עליה כלל, במהלך כל הליך בחינת הגדר, ובמהלך הוצאת צו התפיסה, וזאת עד אשר הועלתה ע"י העותרים עצמם, בסיור שהתקיים במקום.

ג. השלכת חוות דעת בית הדין הבינלאומי על בחירת התוואי בכפרים בודרוס ושוקבא

481. בטרם נתייחס להלן לכל אחת מן החובות המופרות על ידי המשיבים, עפ"י קביעת בית הדין, נציין, כי עיון חוזר ונשנה בכתב התשובה מעלה כי המשיבים נמנעים מלעסוק בהשלכות של חוות הדעת על בחירת התוואי בכפרים בודרוס ושוקבא, היינו, הם נמנעים מבדיקה מעמיקה של כל חובה וחובה עפ"י המשפט הבינלאומי הרלוונטי והשלכותיה על העתירות. המשיבים חוזרים שוב ושוב למבחן המידתיות על פי בג"ץ בית סוריק, דבר המעיד לטעמנו על חוסר נכונותם להעמיד את חוקיות התוואי המתוכנן בכפרים בודרוס ושוקבא במבחנים הנוספים על מבחן המידתיות, שנקבעו בחוות הדעת (סעיפים 455 ואילך לכתב התשובה).

482. כבר עמדנו לעיל על כך, כי מחוות הדעת של בית הדין עולה בברור, כי אין די בבחינתן של הפגיעות בזכויות ובאיסורים במשפט הבינלאומי על פי מבחן המידתיות, כדי להופכן לחוקיות. בית הדין עומד על ההוראות ועל הסייגים המיוחדים שנקבעו ביחס לכל אחת מההוראות הרלבנטיות, ודרך בחינה זו מדגישה בראש ובראשונה את הנטל המיוחד המוטל על המשיבים להוכיח, ביחס לפגיעה בכל אחת מהחובות המוטלות על הכוח הכובש, כי מתקיימת בעניינה הוראה מיוחדת שיש בה כדי להכשיר את הפגיעה האמורה, מבלי כל קשר ותוך נטרול שאלת עוצמתה ומידתה של הפגיעה. אכן, הפגיעה של תוואי הגדר בכפרים בודרוס ושוקבא עשויה להראות קלה, במיוחד בהשוואה לסדרי הגודל שנידונו בענין בית סוריק. אולם עבור כל תושב מוגן שנפגע, מדובר בפגיעה קשה ביותר. על המשיבים להראות כי כל פגיעה ספציפית הנעשית על ידם מוצדקת עפ"י הוראות המשפט הבינלאומי הרלוונטי, כאשר השאלה הכמותית אינה רלוונטית לבחינה זו. למרבה הצער, חזרה למבחן המידתיות שוב ושוב על ידי המשיבים מבליטה את התנערותם מלהתמודד עם ההשלכות המשפטיות של חוות הדעת על בחירת התוואי בכפרים בודרוס ושוקבא.

החובות המופרות

א. המשפט הבינלאומי ההומניטארי

483. כאמור לעיל, מצא בית הדין כי בניית הגדר בתוך שטחי הגדה הביאה להרס או תפיסה של רכוש בתנאים הסותרים את הדרישות הקבועות במשפט הבינלאומי ההומניטארי, וכי ישראל מפרה את הוראותיהם של סעיפים 46 ו-52 לתקנות האגוסעיף 53 לאמנת גינבה. האם בחירת התוואי המתוכנן בכפרים בודרוס ושוקבא מהווה אף היא הפרה של הוראות המשפט

הבינלאומי ההומאניטארי? האם הרימו המשיבים את הנטל להראות ולהוכיח, כי ההוראות המאפשרות התחשבות בצרכים צבאיים, בהתקיים נסיבות מסויימות, מכשירות את בניית הגדר בבודרוס ובשוקבא בתוואי שנבחר על ידם?

הפרת האיסור על פגיעה ברכוש על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי

484. אין מחלוקת כי התוואי הנבחר פולש לתוך אדמות הכפרים בודרוס ושוקבא באופן כזה, שרכוש פרטי השייך לתושבים מוגנים מוחרב ונהרס לצורך הקמת הגדר. כפי שקבע בית הדין, פגיעות אלה ברכוש הפרט מהוות הפרה של תקנה 46 לתקנות האג, הקובעת חובה לכבד את רכוש הפרט ואיסור על החרמתו, איסור אשר לא ניתן להפר אותו בשום תנאי. המשיבים מכירים באיסור על החרמת רכוש פרטי וטוענים, כי המדובר הוא בתפיסה זמנית של הקרקע, מבלי שמשללות הזכויות בקרקע מבעלי הזכויות, ותמורת דמי שימוש ופיצויים.

485. כבר עמדנו לעיל על כך, כי השימוש שעושים המשיבים בקרקע פרטית לבניית הגדר מהווה צורה של החרמת הקרקע, בהיות שימוש זה לתקופה בלתי מוגדרת בזמן ובעל פוטנציאל אמיתי של שלילת זכויות בקרקע.

486. עתה נבדוק האם תקנה 52 לתקנות האג, המאפשרת תפיסה "לצרכי הצבא הכובש", וסעיף 53 לאמנת ג'נבה, המאפשר הרס רכוש כאשר הרס זה "נחוץ באופן מוחלט מפעולות צבאיות" – סעיפים המהווים מעין פסקאות הגבלה של הוראת תקנה 46 לתקנות האג – מתירים את התפיסה וההרס של קרקעות פרטיות באזור בודרוס ושוקבא.

תקנות האג

487. עמדנו על כך, שאין מקום לראות בתקנה 52 לתקנות האג משום מקור סמכות עבור המשיבים לצורך תפיסתם של מקרקעין (ראו סעיפים 318-319). כבר בשל כך, תפיסתם של המקרקעין הפרטיים לצורך הקמת הגדר מהווה פגיעה אסורה ברכוש הפרט.

488. יתר על כן, על מנת להכשיר תפיסה חוקית של רכוש הפרט על פי סעיף 52 לתקנות האג, צריכים להתקיים חמישה תנאים מצטברים: עליה לעמוד ביחס סביר למקורותיה וליכולותיה של הארץ; אל לה לערב את התושבים באופן כלשהו בפעולות צבאיות נגד ארצם שלהם; עליה להיעשות על פי הוראתו של המפקד המקומי; היא מוגבלת אך לצרכיו של צבא הכיבוש; יש לשלם תמורתה בהקדם האפשרי. די בכך שאחד מתנאים אלה לא יתקיים על מנת להפוך את התפיסה לפגיעה בלתי חוקית ברכוש פרטי (ראו סעיף 316 לעיל). זאת ועוד. מחוות דעתנו של בית הדין הבינלאומי בהאג עולה, כי אין די בכך שהמשיבים יצביעו על שיקולים ו/או אינטרסים צבאיים התומכים בהקמתה של גדר. עליהם להראות כי הפגיעות הנגרמות הן הפגיעות ההכרחיות לצורך מתן מענה לצרכים הביטחוניים ו/או הצבאים של ישראל, ובמלים אחרות, על המשיבים להוכיח כי התוואי שנבחר הינו התוואי היחיד על מנת להשיג את התכלית הלגיטימית של הגנת מדינת ישראל והגנת אזרחיה.

489. כמפורט בעתירה, 80% מאדמות הכפר בודרוס, היינו כ- 20,000 דונם, אבדו לכפר בשנת 1948. 250 דונם נוספים, עליהם ניטעו עצי הקרן הקיימת לישראל, אבדו לכפר בשנת 1967. עתה מבקשים המשיבים לתפוס 3.8% נוספים מאדמות הכפר, המהווים 4.5% מן האדמות החקלאיות של הכפר. פגיעה נוספת זו באדמות העותרים, שעבורם אדמות אלה הן מקור עיקרי ולעתים בלעדי לפרנסתם, מהווה פגיעה קיצונית בעותרים, אשר אינה עומדת בדרישת התנאי הראשון, היינו, כי התפיסה צריכה לעמוד ביחס סביר למקורותיה וליכולותיה של הארץ.

490. הוא הדין לגבי העותרים בעתירת שוקבא. כאמור, התוואי מפקיע כ- 121 דונם של קרקע הנמצאת בבעלות העותרים. התוואי הנוכחי הביא כבר לעקירתם של **194 עצים**, שהיו נטועים בתוואי הגדר וכבר נעקרו. בנוסף, מהצד המערבי של הגדר, תישאר קרקע בשטח של **מאות דונמים** שהיא בבעלות העותרים. חלק ניכר מקרקע זו היא חקלאית, ונטועים בה קרוב ל-**800 עצים**, מרביתם עצי זית. עבור רוב העותרים האדמות עליהן מתוכנן התוואי הן האדמות האחרונות שנותרו להם, ואין ברשותם אדמות נוספות מהן יוכלו להתקיים או בהן ניתן לנטוע עצי הזית מחדש.

491. תפיסת הקרקע לצורך הקמת הגדר אף אינה עומדת בדרישת התנאי הרביעי, וזאת משני טעמים. ראשית, משום שבענייננו, התפיסה לא נועדה לצורך שימוש בקרקעות במצב דהיום (קרי לצורך שימוש באדמות כאדמות חקלאיות, ולצורך לקיחת יבול), אלא לצורך החרבתן (ראו סעיפים 322-323). שנית, המשיבים טוענים כי תפיסת המקרקעין בכפרים בודרוס ושוקבא לצורך בניית הגדר נועדה לבלום את מתקפת הטרור, דבר המהווה צורך צבאי לגיטימי (סעיף 111 לכתב התשובה). אולם משמעות הדבר, שבניית הגדר באיזור הכפרים בודרוס ושוקבא לא נועדה לשרת את צרכיו של הצבא הכובש, במובנו של הביטוי בסעיף 52, אלא היא נועדה לשרת את הצרכים והאינטרסים של מדינת ישראל ואזרחיה. כפי שפורט לעיל (ראו סעיפים 324-327), הרי שאין אינטרסים אלה נופלים בגדר "צרכיו של צבא הכיבוש", כפי שאלה פורשו במשפט הבינלאומי. המשיבים אינם עומדים אם כן אף בדרישת התנאי הרביעי.

492. בנוסף, המשיבים נמנעים מלהסביר מדוע בנית הגדר בתחומי הקו הירוק באיזור בודרוס ושוקבא לא תשיג את אותה מטרה עצמה של בלימת הטרור, תוך הימנעות מפגיעה בזכויות העותרים, ובכך לא מרימים את הנטל להוכיח כי הפגיעה באדמות העותרים הינה הכרחית. כפי שתואר לעיל, הן לגבי הכפר בודרוס והן לגבי הכפר שוקבא, ישנה חלופה של הקמת תוואי הגדר על הקו הירוק או מערבה ממנו בשטח ישראל, אשר ביכולתה להגשים במלואה את מטרת הגדר, תוך הימנעות מתפיסת קרקע של תושבים מוגנים, ואף תוך הימנעות מפגיעה באינטרסים נוספים, כגון האתר הארכיאולוגי הקיים בסמוך לכפר שוקבא.

אמנת ג'נבה

493. על מנת להרים את הנטל ולהראות, כי פעולות נכללות במסגרת החרג שבסעיף 53 לאמנת ז'נבה, על המשיבים להוכיח את התקיימותם של שני תנאים מצטברים: ראשית, כי הריסת

הרכוש עומדת במבחן ההכרחיות (absolutely necessary); שנית, כי ההרס כרוך ונובע מפעולות צבאיות (military operations).

494. אשר לתנאי השני, כבר עמדנו על כך לעיל, כי להרס הרכוש חייב להיות קשר ממשי ללחימה בפועל או ללחימה צפויה, וכי הרס הרכוש איננו יכול להיות מוצדק כאשר מטרתו היא לשפר את מצב הביטחון הכללי של הכח הכובש או כאמצעי מנע רחב היקף נגד איומים שאינם קונקרטיים (ראו סעיפים 354-357 לעיל).

495. את הרס הרכוש בענייננו בודאי שלא ניתן ליחס לליחמה בפועל או ללחימה צפויה. לא זו אף זו, המשיבים לא הצביעו על כל איום קונקרטי מן הכפר בודרוס לעבר הצבא הכובש, וטענו באופן כללי בלבד כי יש למנוע פגיעה קלה בחיילים מן הכפר בודרוס (סעיף 117 לכתב התשובה). בכך לא הרימו המשיבים את הנטל להוכיח, כי הפגיעה באדמות הכפר מוצדקת לנוכח איום קונקרטי מעברו של הכפר בודרוס. יתר על כן, המשיבים עצמם, בהציבם את תוואי הגדר בקרבת הכפר בודרוס יוצרים את האיום התיאורטי שבפגיעה בחיילים המסיירים לאורך הגדר מכיוון הכפר. דווקא הרחקת תוואי הגדר מהכפר והצבתו בתחומי שטח ישראל, כמבוקש על ידי העותרים, תצמצם איום זה, ככל שהוא קיים. הדברים תקפים שבעתיים לגבי הכפר שוקבא, שביחס אליו לא נטען כי קיים איום קונקרטי כלשהו, ולו הקלוש ביותר.

496. המשיבים אף לא הוכיחו כי הריסת הרכוש המבוצעת על ידם, הנגזרת מבחירתם את תוואי הגדר בכפרים בודרוס ושוקבא, הנה הדרך היחידה להשגת הצורך הצבאי, ובכך לא עומדים הם בהוכחת התקיימותו של מבחן ההכרחיות. עדיפות ביטחונית וטופוגרפית לכאורה, הנטענת על ידי המשיבים בבחירת התוואי על אדמות הכפר בודרוס (סעיפים 117 ו-119 לכתב התשובה), או רצון ל"צפות בנתיבי החדירה של מפגעים", הנטען ע"י המשיבים בפסילת חלופת הגבעה המערבית ובחירת התוואי על אדמות שוקבא, אינם מצדיקים פגיעה בזכויות מוגנים לפי המשפט ההומניטארי, שכן על מנת להצדיק פגיעה שכזו על המשיבים להראות כי מדובר בצורך צבאי הכרחי, וכי תוואי אחר, שיעבור לאורך הקו הירוק או בצידו הישראלי, לא יאפשר הגנה על מדינת ישראל.

497. הנה כי כן, לא הוכח ע"י המשיבים, כי פסקאות ההגבלה הרלוונטיות מן המשפט הבינלאומי ההומניטארי מתקיימות בבחירת תוואי הגדר בכפרים בודרוס ושוקבא.

המשפט הבינלאומי של זכויות האדם

498. מן הפגיעות השונות בזכויות המוגנות במשפט הבינלאומי של זכויות האדם, המובאות בפירוט על ידי בית הדין הבינלאומי בהאג, הפגיעות הרלוונטיות כתוצאה מבנית הגדר על אדמות הכפרים בודרוס ושוקבא הן הפגיעה בזכותם של התושבים לעבוד ולהתפרנס ובזכותם לחופש תנועה, זכויות המוגנות באמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (להלן: "האמנה"), ובאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (להלן: "האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות").

499. המשיבים טוענים כי הזכויות המוגנות באמנות אלה הן יחסיות, וכי יש לאזן עם אינטרסים שונים, ובכללם צרכים צבאיים, הכוללים זכויות של תושבי ישראל. דא עקא, וכפי שהסברנו

לעיל, הרי שהכנסתן של זכויותיו של הציבור הישראלי למשוואת האיזון איננה ממין העניין. זאת, משום שההגיון העומד ביסוד איזון זה הוא כי פגיעה בפרטים עשויה להיות מוצדקת על מנת להשיג תכליות אחרות אשר יקדמו את החברה בה גם אותם פרטים נפגעים חברים. ואילו במקרה דנן, הרי אין חולק כי הנפגעים נמנים על החברה הפלסטינית בשטחים ואינם חלק מן החברה הישראלית המבקשת "להנות" מן הפגיעות בזכויות הפלסטינים. זאת ועוד. טיעון ואיזון מעין אלו עומדים בסתירה להוראותיו הברורות של המשפט הבינלאומי, המבקש להבטיח מצד את האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית ומצד שני את צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מאידך גיסא. בהתאם לעקרונות אלה הוגדרו ושוורטו תחומי סמכויותיו של המפקד הצבאי במשפט הבינלאומי ההומניטרי, ובהתאם לעקרונות אלה יש לפרש את הוראותיו של המשפט הבינלאומי, ולבחון אף את אופן יישומן של אמנות זכויות האדם הבינלאומיות בשטח כבוש (ראו סעיפים 241, 388-385 לעיל).

500. מאליו מובן כי הקמת הגדר בכפרים בודרוס ושוקבא איננה מכוונת לקידום רווחתה של אוכלוסיית הכפרים המוגנת בשטח כבוש. בנסיבות אלה, ובהתאם להוראותיו החד-משמעיות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, תלויה סמכותו של המפקד הצבאי לפגוע או להגביל זכויות יסוד של מוגנים בהתקיימותו של צורך צבאי הכרחי, ובו בלבד. בעיקרו, מוסמך המפקד הצבאי להגביל זכויות של מוגנים, ככל שהדבר הכרחי לצורך הגנת הכוח הכובש עצמו, והגנת מדינתו. זוהי למעשה נוסחת האיזון שנקבעה במשפט הבינלאומי. בין שמקור סמכותו של המפקד הצבאי נעוץ בדיני הכיבוש עצמם, ובין שהוא נעוץ במשפט הבינלאומי הכללי, גבולות הסמכות בנסיבותינו הוגדרו בבירור על ידי בית הדין. על פי קביעתו, הפגיעה בזכויותיהם של תושבי השטח הכבוש עשויה להיחשב כחוקית אך ורק אם היתה היא אמצעי הכרחי על מנת להשיג מטרה זו (סעיפים 137 ו-140 לחוות הדעת). כאמור לעיל, וכפי שאף יפורט להלן במסגרת מבחן המידתיות, תוואי הגדר הנוכחי איננו עומד בתנאים אלה.

הזכות לעבודה

501. סעיף 6 (א) לאמנה קובע כי "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות לעבודה, הכוללת את זכותו של כל אדם להשיג אפשרות להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי, והן ינקטו צעדים מתאימים כדי להבטיח זכות זו". בחצי פה מכירים המשיבים בזכות לעבודה, אולם טענתם היא כי הפגיעה בזכות זו עומדת בפסקת ההגבלה המצויה בסעיף 4 לאמנה, המאפשרת הגבלת הזכויות המוגנות על מנת לקדם את הרווחה הכוללת בחברה דמוקרטית (סעיף 525 לכתב התשובה).

502. סעיף 4 לאמנה קובע כי "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות, כי בהנאה מאותן זכויות שנקבעו על ידי המדינה בהתאם לאמנה זו, רשאית המדינה לסייג זכויות אלה רק באותן הגבלות כפי שנקבעו בחוק, ורק באותה מידה שהדבר עשוי להתיישב עם טבען של זכויות אלה, ואך ורק למטרת קידומה של הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית".

503. קשה להבין כיצד בניית הגדר על אדמות הכפרים בודרוס ושוקבא, הפוגעת בזכות להתפרנס באורח חופשי ונאות מחקלאות, אפילו תאמרי שגדר זו מגינה על אזרחי ישראל מפני טרור, מתיישבת עם טבעה של הזכות לעבודה ולפרנסה. על טבעה של הזכות לעבודה למדים אנו מסעיף 7 לאמנה המכירה בזכות של כל אדם להנות מתנאי עבודה צודקים ונאותים ובכלל זה מקיום נאות לעצמו ולבני משפחתו. כמפורט בעתירה, צו התפיסה נוגע לכשליש מתושבי הכפר בודרוס, שכן בעלי האדמות בשטח נשוא העתירה הם כעשר משפחות המונות כ- 500 איש ואישה. פרנסתם של שלישי מתושבי הכפר בודרוס וזכותם לקיים עצמם באופן נאות מפרי עמלם את אדמותיהם ומיבולי שדותיהם עומדת להיפגע כתוצאה מבניית הגדר בתוואי הנבחר. צו התפיסה הנוגע לכפר שוקבא פוגע אף הוא בעשרות משפחות ובמאות נפשות, אשר סומכות בפרנסתן על הקרקע החקלאית הנתפסת והמטעים שהושחתו ואלה שנשארו מערבית לגדר.

504. הגבלת הזכות לעבודה ולפרנסה שנגרמת על ידי המשיבים לתושבי הכפרים בודרוס ושוקבא, כתוצאה מבניית הגדר על אדמות הכפר, אינה מתיישבת עם טבעה של זכות העותרים להתקיים באופן נאות, ובודאי שאינה מקדמת את הרווחה הכללית בכפרים. זאת ועוד. המשיבים נמנעים מלהתייחס ולהראות כי הם עומדים בדרישת ההכרחיות שבפגיעה בזכות לעבודה, לצורך השגת המטרה. המשיבים נמנעים מלהסביר כיצד בניית הגדר על אדמות הכפרים בודרוס ושוקבא דווקא, להבדיל מבנייתה בתחומי הקו הירוק, הכרחית כדי להשיג את מטרתה.

חופש התנועה

505. המשיבים מכירים בזכותם של העותרים לחופש תנועה, זכות המעוגנת בסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, ובעובדה כי "הקמת המכשול מגבילה את חופש התנועה של התושבים הפלסטיניים" (סעיף 513 לכתב התשובה). אולם לטענתם, סעיף קטן 12(3) מתיר הגבלה של חופש התנועה, בין היתר מטעמים של בטחון לאומי, סדר ציבורי או במטרה להגן על זכויות אחרים, ואילו במקרים שלפנינו הפגיעה בחופש התנועה היא מידתית מאחר ו"השטח הנמצא מעבר למכשול מצומצם ביותר, והוא טרשי ברובו, הגבלת התנועה חסרת משמעות עבור רוב האוכלוסיה במקום" (סעיפים 515 ו- 517 לכתב התשובה).

506. ראשית יצויין, כי הגבלת חופש התנועה של העותרים ובני משפחותיהם לאדמותיהם שיימצאו מעבר לתוואי בוודאי שאינה חסרת משמעות עבורם. כמפורט בעתירת בודרוס, לעותרת 4 מטע של כ- 50 עצי זית עתיקים אשר ייוותרו מעבר לתוואי במקטע הצפוני, לעותרת 6 ייוותרו כ- 80 עצי זית מעבר לתוואי במקטע הדרומי, ואילו לעותר 7 ייוותר שטח אדמה מעבר לתוואי שמשמש לו למרעה. כפי שפורט בעתירת שוקבא, העותרים 2 עד 10 הם הבעלים של כ- 1000 עצים מהם הם חיים ועליהם פרנסתם. הקושי בגישה למטעים ולאדמות אלו מכביד ביותר, גם אם ייבנה שער חקלאי במקום. לעותרים אשר אדמתם תיתפס ותיחרב עקב בניית הגדר עליה לא תהיה גישה לאדמתם זו בכלל, וספק רב אם הגישה לאדמתם הנותרת בסמוך

לאדמה עליה נבנית הגדר תיוותר ללא מגבלות, בשל חיובם של התושבים הפלסטינים לשמור מרחק מן הגדר עצמה.

507. כפי שיפורט להלן, המשיבים אינם עומדים בדרישת המידתיות עליה עמדו הן בית הדין הבינלאומי בהאג והן בית משפט נכבד זה בקובעו את הלכת בית סוריק.

ד. בחינת התוואי לאור מבחני המידתיות

התוואי בכפר בודרוס

508. בבחירת התוואי בכפר בודרוס, המשיבים אינם עומדים במבחני המשנה של עקרון המידתיות כפי שנקבעו בבג"צ בית סוריק: אשר למבחן הראשון, היינו, האם יש קשר רציונאלי בין מיקום מיתווה הגדר לבין השגת המטרה המונחת ביסוד הקמת גדר ההפרדה, יטענו העותרים כי קיים ספק בקיומו של קשר רציונאלי בין התוואי המתוכנן לבין השגת המטרה, וזאת לאור הצבת התוואי בנקודה נמוכה יותר מפסגת הרכס, עובדה העומדת בסתירה להצהרת המשיבים בבג"ץ בית סוריק, לפיה על הגדר לעבור בשטח השולט על סביבתו (ראו פסקה 12 לפסק הדין).

509. אשר למבחן השני, היינו, האם מבין תוואים שונים של גדר ההפרדה שיש בהם כדי להגשים את מטרתה, נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה, יטענו העותרים כי תוואי לינארי הממוקם לאורך פסגות הרכסים הנמצאות בגובה של כ- 200 – 220 מטר הוא בעל יתרון הן מן ההיבט הטופוגרפי – בהיותו גבוה מסביבתו – והן לכאורה מן ההיבט הביטחוני – משום שהוא מצמצם את הפיתולים אותם מבקשים המשיבים למנוע ככל הניתן (ר' בג"צ בית סוריק, פסקה 12 לפסק הדין), ואף מרחיק את תוואי הגדר מהכפר. תוואי זה מקיים את מטרת הביטחון, ולמצער משיג את עיקרה של תכלית זו, ובו זמנית מונע לחלוטין תפיסת אדמות בכפר בודרוס ופגיעה בזכויות התושבים. בנסיבות אלה, לא עומד התוואי בדרישת ההכרחיות המהווה חלק ממבחן המידתיות (ראו סעיפים 442-430 לעיל).

510. אשר למבחן השלישי, העותרים יענו בחיוב לשאלה, האם גדר ההפרדה בתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי פוגעת בתושבים המקומיים כה קשה עד כי אין יחס ראוי בין פגיעה זו לבין התועלת הביטחונית הצומחת ממנה. כאמור, עבור העותרים שהאדמות הנתפסות הן מקור עיקרי ולעתים בלעדי לפרנסתם, הרי שהפגיעה בהם היא פגיעה קיצונית, הניתנת לא רק לצמצום אלא אף למניעה מוחלטת לו יוזז התוואי מעט מערבה בלבד. היתרון הביטחוני עליו עומדים המשיבים, ככל שהוא קיים, הוא יתרון שולי ולא משמעותי, שכן השטח כולו מצוי פחות או יותר באותו גובה (בהפרשים של 30 מ' בממוצע). לעומת היתרון הביטחוני השולי בתוואי של המשיבים, תיפגע כתוצאה מתוואי זה זכותם של שליש מתושבי הכפר לקנין, אשר מהווה כיום מקור עיקרי ולעתים בלעדי לפרנסתם, ואשר מהווה עתודה להתפתחות החקלאית והכלכלית של הכפר, כפר אשר איבד כבר במהלך השנים 80 אחוז מאדמותיו. בהילקח בחשבון האדמות המעטות שנשארו לכפר, הרי שגם אובדנם של 138 עצי זית והפקעת

4.5% נוספים מאדמותיו החקלאיות של הכפר, מהווים פגיעה קשה ואנושה לעותרים ולתושבי הכפר. הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על פי גישתם של המשיבים לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי הוא קטן ביותר, ביחס לפער שבין הגדר המפקיעה כ- 100 דונם של אדמה חקלאית משימוש בעליה, לבין גדר שאינה מפקיעה כל אדמה.

התוואי בכפר שוקבא

511. אף לגבי הכפר שוקבא יטענו העותרים, כי התוואי המתוכנן אינו עומד בדרישת המידתיות. לטענת העותרים קיימים תוואים חלופיים לגדר ההפרדה, אשר מחד אינם פוגעים באינטרס הבטחוני הנטען מאחורי בניית הגדר, ומאידך מפחיתים באופן משמעותי ביותר את הפגיעה בעותרים ובתושבי הכפר שוקבא.

512. העותרים טוענים כי המבחן השני והשלישי במבחני המידתיות אינם מתקיימים בנוגע לכפר שוקבא. לשיטת העותרים, מבין התוואים השונים של גדר ההפרדה שיש בהם כדי להגשים את מטרתה, לא נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה. תוואי חלופת הגבעה המערבית מקיים את מטרות הביטחון המוצהרות מאחורי בניית הגדר, ובו בזמן מונע לחלוטין תפיסת אדמות מאדמות הכפר שוקבא.

513. אשר למבחן השלישי, העותרים יטענו כי גדר ההפרדה בתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי פוגעת בתושבים המקומיים כה קשה עד כי אין יחס ראוי בין פגיעה זו לבין התועלת הביטחונית הצומחת ממנה בתוואי זה דווקא. אמנם הפגיעה של התוואי העדכני עשויה להראות קלה, אולם עבור העותרים שאדמות אלה הן מקור עיקרי ולעתים בלעדי לפרנסתם, הרי שהפגיעה בהם היא פגיעה קיצונית, הניתנת לא רק לצמצום אלא אף למניעה מוחלטת לו יוזז התוואי כמאתיים מטרים מערבה. היתרון הבטחוני עליו עומדים המשיבים, ככל שהוא קיים, הוא יתרון שולי ולא משמעות. לעומת היתרון הביטחוני השולי (אשר ספק אם בכלל קיים), תיפגע זכותם של העותרים לקנין, אשר מהווה כיום מקור עיקרי ולעתים בלעדי לפרנסתם. אובדנם של מאות עצי זית, תאנה ושקדים, והפקעת 123 דונמים נוספים של אדמות חקלאיות, וניתוקם של העותרים ממאות דונמים של קרקע שבהם נטועים מעל ל- 750 עצים, מהווים פגיעה קשה ואנושה בעותרים. הפער המצומצם בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על פי גישתם של המשיבים, לבין מרכיבי הביטחון של תוואי חלופת הגבעה המערבית, קטן ביותר ביחס לפער שבין הגדר המפקיעה כ- 123 דונם של אדמה חקלאית משימוש בעליה, ומנתקת אותם ממאות דונמים נוספים, לבין גדר שאינה מפקיעה כל אדמה ואינה מנתקת את העותרים מכל קרקע ו/או מטעים.

הגנה עצמית והגנת הצורך

514. המשיבים טוענים עוד, כי אף אם תוואי הגדר יש בו כדי לפגוע בהוראות המשפט הבינלאומי, הרי שהם נהנים מהגנות ההגנה העצמית והצורך. כפי שפרטנו לעיל (סעיפים 429-406 לעיל), ישראל אינה יכולה להסתמך על הגנות אלו.

515. אשר לטענה בדבר תחולתה של הגנה עצמית, הרי שעל פי המשפט הבינלאומי, ישראל היא הנושאת באחריות לשמירתו של הסדר בשטח הכבוש ולפיכך אינה יכולה להסתמך על טענת ההגנה העצמית על מנת להצדיק את תגובתה למעשים המצביעים על התמוטטותו של הסדר לו היא אחראית. אף אם הייתה עומדת לישראל טענת ההגנה העצמית, הרי שאף פעולות הנקטות מתוך הגנה עצמית צריכות לעמוד בדרישות המשפט הבינלאומי הרלבנטי, ובכללן דרישות הצורך, ההכרחיות והמידתיות. ואולם, כפי שכבר ראינו, אף אחד מתנאים אלה איננו מתקיים לגבי תוואי הגדר הנדון בכפרים בודרוס ושוקבא.

516. אשר לטענה בדבר תחולתה של הגנת הצורך, הרי שמדובר בחריג, שאחד התנאים ההכרחיים להתקיימותו הוא, שהפעולה הנדונה מהווה את הדרך היחידה העומדת למדינה להגן על אינטרס חיוני נגד סכנה חמורה ומיידית. ואולם הגנת הצורך לא תעמוד אם קיימים אמצעים חלופיים להבטחת אותו אינטרס חיוני, וזאת אף אם עלותם של אמצעים אלה גבוהה יותר או שהם נוחים פחות. כמו כן, הרי שגם בהעלאת טענה זו הדרישה לקיומה של הכרחיות שרירה וקיימת, קרי, כל פעולה החורגת ממה שהוא לחלוטין נחוץ על מנת להגן על אותו אינטרס חיוני איננה יכולה להיות מכוסה על ידי ההגנה. כפי שהראנו לעיל, הרי שבמקרים הנדונים לא הרימה המדינה את הנטל להוכיח, כי התוואי הנבחר הינו לחלוטין נחוץ על מנת להגן על מדינת ישראל ואזרחיה, ואילו תוואי שיבנה בתחומי הקו הירוק לא ישיג אותו אינטרס חיוני של הגנה על מדינת ישראל ואזרחיה.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, כי תוואי הגדר בעתירות דנן אינו חוקי, לקבל העתירות ולהפוך הצווים על תנאי לצווים מוחלטים.

5 במאי 2005

מוחמד דחלה, עו"ד
ב"כ העותרים בבג"צ 4938/04

לימור יהודה, עו"ד
רונית רובינסון, עו"ד
ב"כ העותרים בבג"צ 4825/04