

בג"צ 4825/04

בג"צ 4938/04

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

מחמד חאלד עליאן ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד רונית רובינסון

מרחוב זמנהוף 14, תל אביב 64373

טל: 03-6202893 פקס: 03-5251062

העותרים בבג"צ 4825/04

מועצת הכפר שוקבא ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד מוחמד דחלה ו/או מואייד מיעארי

מרחוב אבן בטוטה 4, ירושלים

טל: 02-6274090 פקס: 02-6274060

העותרים בבג"צ 4938/04

נ ג ד

1. ראש הממשלה

2. שר הביטחון

3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

המשיבים בבג"צ 4825/04

1. ממשלת ישראל

2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

המשיבים בבג"צ 4938/04

ע"י פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים,

רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים

טל: 02-6466345 פקס: 02-6467011

כתב תשובה

בהתאם לצו על תנאי שיצא מלפני בית המשפט הנכבד ביום 19.8.04, מתכבדים המשיבים להגיש כתב תשובה מטעמם.

**מבוא** ..... 5

**חלק א' – ניתוח העתירות על פי פסיקתו של בית המשפט הנכבד** ..... 11

1. א. מתקפת הטרור ותוצאותיה ..... 11

2. א. ההליכים להקמת המכשול ..... 13

3. א. יעדי המכשול ושיקולים בבחירת התוואי ..... 16

א. 3. א. השיקולים הביטחוניים בתכנון התוואי ..... 16

א. 3. ב. האינטרסים של התושבים הפלסטיניים כנתון מרכזי בתכנון התוואי ..... 19

4. א. האפקטיביות של המכשול – המכשול מציל חיים ..... 22

5. א. השינויים בתוואי ושיפור מרקם החיים עם התקדמות בניית המכשול ..... 24

6. א. העובדות והטענות בעתירות שלפנינו ..... 29

א. 6. א. עתירת בודרוס ..... 29

1. העובדות ..... 29

2. טענות העותרים ..... 31

3. השיקולים שהוליכו לבחירת התוואי ..... 32

א. 6. ב. עתירת שוקבא ..... 34

1. עובדות ..... 34

2. טענות העותרים ..... 38

3. השיקולים בבחירת התוואי ..... 38

א. 6. ג. סיכום התשתית העובדתית ..... 41

**7. א. המסגרת הנורמטיבית** ..... 42

א. 7. א. הקדמה – הרקע להלכת בית סוריק ..... 42

א. 7. ב. ניתוח חוקיות הקמת המכשול על פי המשפט הבין-לאומי בהתבסס על הלכת בית

סוריק ..... 45

1. מישור הסמכות ..... 45

א. 1. כללי – מערכות הדינים הרלוונטיות – דיני התפיסה הלוחמתית ודיני ניהול הלחימה

..... 45

- 47.....1.ב. היחס בין דיני התפיסה הלוחמתית לדיני ניהול הלחימה.
- 49.....1.ג. דיני התפיסה הלוחמתית.
- 58.....1.ד. דיני הלחימה.
- 61.....1.ה. ניתוח מישור הסמכות בהלכת בית סוריק.
- 64.....2. מידתיות הפגיעה בתושבי האזור.
- 69.....א.8. יישום המסגרת הנורמטיבית על העתירות שלפנינו.
- 70.....א.9. סיכום חלק א' של כתב התשובה.
- חלק ב' – חוות הדעת המייעצת של בית הדין והשפעתה על העתירות..72**
- 72.....ב.1. כללי
- 73.....ב.2. מעמד חוות הדעת של בית הדין הבין לאומי.
- 73.....ב.2.א. בית הדין הבין לאומי – רקע, היסטוריה ותפקידו השיפוטי של בית הדין.
- 76.....ב.2.ב. מוסד חוות הדעת המייעצת של בית הדין.
- 78.....ב.2.ג. מעמדה המשפטי של חוות הדעת.
- 82.....ב.3. ההליכים שקדמו למתן חוות הדעת
- 82.....ב.3.א. ההליכים בעצרת הכללית.
- 84.....ב.3.ב. ההליכים בפני בית הדין.
- 88.....ב.3.ג. עמדת ישראל בפני בית הדין.
- 90.....ב.4. סקירת חוות הדעת המייעצת
- 90.....ב.4.א. התייחסות בית הדין לטענות הסף – סמכות ונאותות הדיון.
- 94.....ב.4.ב. הדין הבין לאומי הרלוונטי – המסגרת הנורמטיבית.
- 96.....ב.4.ג. ניתוח תוואי המכשול על בסיס התשתית העובדתית והוראות הדין.
- 96.....ב.4.ד. ישום ההוראות של המשפט ההומניטארי על הקמת המכשול.
- 101.....ב.4.ה. מסקנות חוות הדעת.
- 104.....ב.5. ניתוח השלכות חוות הדעת על עניינן של העתירות
- 104.....ב.5.א. הקדמה - פירוק חוות הדעת למרכיביה.
- 105.....ב.5.ב. ניתוח התשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין.
- 106.....1. דו"חות מזכ"ל האו"ם.
- 107.....2. דו"חות הדווחים.

111.....	3. סיכום התשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין
113.....	ב.5.ג. השפעת התשתית העובדתית על ממצאי בית הדין
113.....	1. כללי
113.....	2. חוסר האיזון בתשתית העובדתית
120.....	3. כלליות ההנמקה המשפטית
122.....	4. התשתית העובדתית המובאת בחוות הדעת אינה מבוססת ולוקה באי דיוקים רבים
129.....	5. התשתית העובדתית עליה התבססה חוות הדעת אינה עדכנית עוד
129.....	5.א. שינויים בתוואי המכשול – החלטת הממשלה החדשה מיום 20.2.05
135.....	5.ב. שינויים בהסדרי מרקם החיים
136.....	6. מודל הדיון בבית הדין מול המודל של בית המשפט העליון
139.....	7. סיכום משמעות הליקויים בתשתית העובדתית ובהנמקת בית הדין
140.....	ב.5.ד. השלכות המסגרת הנורמטיבית בחוות הדעת על העתירות
140.....	1. כללי
141.....	2. התייחסות לטענת סיפוח השטחים והפגיעה בזכות להגדרה עצמית
146.....	3. הוראות המשפט הבין לאומי ההומניטארי
146.....	3.א. דיני התפיסה הלוחמתית
149.....	3.ב. דיני ניהול הלחימה
161.....	5. הזכות להגנה עצמית
<b>168.....</b>	<b>סיכום כתב התשובה</b>

## מבוא

1. לסכסוך הישראלי פלסטיני היסטוריה ארוכה. לאחר שנים רבות בהן נקטו הפלסטינים באמצעים של טרור לקידום מטרותיהם המדיניות, הגיעו ישראל ואש"ף להסכם מדיני. עקרון היסוד של ההסכם הוא, שהצדדים יסדירו את המחלוקות ביניהם במשא ומתן, וכי פעולות הטרור יפסקו. בחודש ספטמבר 2000 פתחו הפלסטינים במתקפת טרור נגד תושבי מדינת ישראל ואזרחיה, תוך הפרה של כל ההסכמים עליהם חתמו עם ישראל.
  2. מתקפת טרור זו גבתה את חייהם של למעלה מאלף תושבי ישראל, וגרמה לאלפי פצועים. כמו כן פגעה מתקפת הטרור בכלכלת ישראל והביאה לפגיעה בתחושת הביטחון של אזרחי המדינה.
  3. ישראל נקטה שורה ארוכה של אמצעים לבלימת המתקפה. מבצעים צבאיים בעומק שטחי הרשות הפלסטינית, פגיעה נקודתית בפעילי הטרור, פגיעה בתשתית הכלכלית של ארגוני הטרור ואמצעים נוספים. אמצעים אלה לא סיפקו מענה מלא לאיום הטרור.
  4. מאז אמצע שנות התשעים בחנה ממשלת ישראל את האפשרות להקים מכשול בין ישראל לאוי"ש, כאמצעי לבלימת הטרור. מסיבות שונות, רעיון זה לא יושם. בעקבות גל הטרור, ובעיקר בעקבות גל הפיגועים של חודש מרץ 2002, בו נהרגו 135 ישראלים, החליטה ממשלת ישראל על הקמת המכשול, **כאמצעי בטחוני זמני לבלימת המתקפה**.
  5. העבודות להקמת המכשול החלו בחודש יולי 2002. שנה לאחר מכן, בחודש יולי 2003, הסתיימה הקמת השלב הראשון של המכשול. מנתונים, אותם נציג בהמשך, עולה, כי המכשול, יחד עם הצעדים האחרים שננקטו, הביא לירידה דרמטית במספר ההרוגים והפצועים בפעולות טרור. חקירות של מחבלים העלו, כי המכשול פוגע ביכולתם לבצע פעולות טרור, למרות שטרם הושלמה הקמתו.
- המסקנה היא כי מאז הקמתו מנע המכשול את מותם ופציעתם של ישראלים רבים, דהיינו המכשול מציל חיים.**
6. רובו של המכשול עובר, מטעמים בטחוניים, בתחומי איו"ש, אך הוא עובר גם בתחומי מדינת ישראל. המכשול מביא לפגיעה בתושבי האזור, הן באלה שרכושם נתפס לצורך הקמת המכשול, והן באלה המתגוררים בקרבתו. האתגר העומד בפני ישראל הוא למצוא את האיזון הראוי בין החובה להגן על חייהם של אזרחי ישראל ותושביה מפני הטרור, לבין החובה לצמצם, ככל הניתן, את הפגיעה בתושבים פלסטינים כתוצאה מהקמת המכשול.

7. מטרתו של כתב תשובה זה היא להראות כי ישראל עומדת באתגר זה, וכי הקמת המכשול עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבין לאומי והמשפט הישראלי הפנימי, כפי שפורשו על ידי בית משפט זה בבג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, תקדין 3035 (2)2004 (להלן - הלכת בית סוריק).
8. לאחר פרק המבוא, חלקו הראשון של כתב התשובה יעסוק בסקירה עובדתית של הסיבות שהוליכו להקמת המכשול, דהיינו מתקפת הטרור ותוצאותיה.
- בנוסף, יעסוק חלק זה בתכלית המכשול, באופן תכנונו ובהליכים שהובילו להקמתו. כמו כן יוצג מידע עדכני המוכיח את יעילות המכשול בבלימת מתקפת הטרור.
- בפרקים אלה נבקש להראות כי מדובר במכשול זמני, בעל תכלית בטחונית, שאין בו, כשלעצמו, בכדי לקבוע את גבולה העתידי של מדינת ישראל.
9. המשכו של חלק זה יוקדש לניתוח שתי העתירות שלפנינו בהתאם למבחנים ולאיוזונים שפיתח בית המשפט הנכבד בהתבסס על עקרונות המשפט הבין לאומי והמשפט הישראלי הפנימי.
- תחילה נציג את העובדות בשתי העתירות. העתירה בבג"צ 4825/04 (להלן – **עתירת בודרוס**) מבקשת כיום לבטל צו תפיסת מקרקעין מס' 42/04 ת' (תיקון גבולות) מיום 26.8.04 שנועד לתפיסת מקרקעין באזור הכפר בודרוס. העתירה בבג"צ 4938/04 (להלן - **עתירת שוקבא**) מבקשת לבטל את צו תפיסת מקרקעין 26/04 ת' מיום 11.3.04 באזור הכפר שוקבא.
10. שני המקרים בהם עוסקות העתירות דומים במאפייניהם. בשניהם נועדו הצווים, שהוצאו, לתפוס מקרקעין באזורים סמוכים ביותר לקו תחום איו"ש. באזור בודרוס חלק ניכר מן המכשול עובר בתחומי מדינת ישראל.
- בשני המקרים הסטייה מזרחה מקו תחום איו"ש היא סטייה מזערית, הנובעת מטעמים ביטחוניים בלבד, וזאת בשל התנאים הטופוגרפיים באזור. היא נועדה לאפשר תצפית לכיוון מזרח מבלי לסכן את הכוחות שחייבים לנוע לאורך המכשול.
11. בשני המקרים מדובר באזורים טרשיים שכמעט ואינם מעובדים. לצורך הקמת המכשול נדרשה העתקה של כמה עשרות עצי זית וכריתה של כמה עשרות של עצים נוספים. מספר עשרות עצי זית בכל אזור יוותרו מעבר למכשול. לצורך הטיפול בעצים אלה יוקמו שערים חקלאיים. לבעלי הקרקעות הוצעו דמי שימוש בשל תפיסת המקרקעין, ופיצויים בגין העתקת עצי הזית.

- בשני המקרים לא ייוותרו תושבים פלסטיניים מעבר למכשול, והשטח שיוותר מערבית למכשול מצומצם ביותר.
12. נבקש להראות כי הפגיעה בעותרים בשתי העתירות עומדת במבחנים שנקבעו בהלכת **בית סוריק**. מדובר בפגיעה מידתית, הפחותה מן התועלת הבטחונית הרבה בהקמת המכשול.
13. חלקו השני של כתב התשובה יעסוק בסיפא של הצו על תנאי שיצא מלפני בית המשפט הנכבד בו נתבקשו המשיבים:
- "... לעמוד על חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג ועל השלכותיה – אם יש לה השלכות – על העתירה שלפנינו..."
14. בחלק זה ננתח את "חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי מיום 9 ביולי 2004 בעניין ההשלכות החוקיות של הקמת חומה בשטחים הפלסטיניים הכבושים" (להלן: **חוות הדעת המייעצת ובית הדין בהתאמה**).
15. בתחילת חלק זה, נייחד פרק כללי לסקירת מעמדה המשפטי של חוות דעת מייעצת של בית הדין. לאחר מכן, נסקור את המהלכים אשר קדמו לנתינתה. כמו כן נסקור את חוות הדעת על מרכיביה השונים.
16. בהמשך נבקש להראות, כי חוות הדעת המייעצת כשמה כן היא. זוהי עצה משפטית לעצרת הכללית של האו"ם, המבוססת בעקרה על תשתית עובדתית שהביאה מזכירות האו"ם בפני בית הדין. אין מדובר בהכרעה שיפוטית מחייבת, במחלוקת בין שני צדדים, על בסיס הליך אדברסרי.
- חוות הדעת אינה מחייבת, ואף אינה אמורה לחייב לא את ישראל, לא כל מדינה אחרת, ואף לא את העצרת הכללית שביקשה עצה זו. אף אימוץ חוות הדעת על ידי העצרת הכללית אינו הופך את חוות הדעת המייעצת למחייבת.
17. מסקנה זו אינה מייתרת את הצורך בניתוח מעמיק של חוות הדעת. 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 הפורמאלי 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.
18. מסקנת חוות הדעת המייעצת היתה כי בניית מכשול, בתוואי הספציפי שהוצג בפני בית הדין, ועל פי התשתית העובדתית שהוצגה בפני בית הדין, סותרת את המשפט הבין לאומי.

19. **בניתוח חוות הדעת נבקש להפריד בין שני מישורים – המישור העובדתי, עליו התבססה חוות הדעת, והמישור הנורמטיבי, דהיינו מהו הדין הרלוונטי לניתוח המשפטי של המכשול.**
20. **המישור בו נפתח הוא המישור העובדתי, דהיינו התשתית העובדתית עליה התבססה חוות הדעת המייעצת. התשתית העיקרית עליה מבוססת חוות הדעת היא שורה של דו"חות שהגישו גורמים שונים באו"ם בנוגע למכשול.**
- בחלק זה נראה כי התשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין, ובעיקר התשתית עליה מבוססות המסקנות בחוות הדעת המייעצת, היתה תשתית חסרה, כללית, בלתי מדויקת ובלתי מאוזנת. היא התעלמה כמעט באופן מוחלט ממתקפת הטרור, מהצורך הצבאי בהקמת המכשול, מהשיקולים שהוליכו לתכנון התוואי, וכן מהחובה להגן על חייהם של אזרחי ישראל ותושביה מפני מתקפת טרור.**
21. **הקמת המכשול מחייבת בחינת האיזון בין הצורך הביטחוני של אזרחי ישראל בהקמת המכשול לבין הפגיעה בתושבים. אי ידיעת מלוא העובדות, במיוחד ככל שהדבר נוגע לצורך הביטחוני, אינה יכולה לאפשר ניתוח משפטי של סוגיה שכל כולה התנגשות בין אינטרסים מנוגדים.**
- בנוסף, נראה כי התשתית העובדתית, אשר עמדה בפני בית הדין, לא התייחסה באופן נפרד לקטעים השונים של המכשול, ולכן לא התאפשר לבית הדין לעשות איזון לגבי כל חלק וחלק של המכשול. חוות הדעת המייעצת מתייחסת למכשול כמכלול אחד. כתוצאה מכך, נתונים לא מדויקים לגבי חלק קטן מן המכשול הביאו לפסילה גורפת של מאות ק"מ של מכשול, שחלקם נבנו, וחלקם היו בשלבי תכנון בלבד, אשר לגביהם לא היו בידו בית הדין כל נתונים. לא ניתן לקבל מסקנה גורפת ביחס לכל המכשול ללא דיון פרטני בחלקים השונים שלו, ואף בכך לוקה חוות הדעת המייעצת.**
22. **אולם בכך לא די. הדו"חות שהוגשו לבית הדין התיימרו לייצג את המצב העובדתי נכון למועד כתיבתם, דהיינו לתקופה שלפני סוף שנת 2003. מאז חל שינוי מהותי בתוואי המכשול, וכן חל שיפור בהתמודדות עם סוגיית מרקם החיים של התושבים המתגוררים בסמוך לו.**
- יש לזכור, כי החלקים הראשונים של המכשול, בהם התמקדה חוות הדעת, הוקמו ב"סערת הקרב", בעת שהצורך בבלימת מתקפת הטרור היה אקוטי. עתה, עם הבלימה החלקית של מתקפת הטרור, וכחלק מתהליך מתמיד של הפקת לקחים, חלים שינויים בתוואי הקיים ואף בתוואי המתוכנן. שינויים אלה באים לידי ביטוי גם בחלקים של המכשול בהם התמקדה חוות הדעת. לאלה יש להוסיף נתון מרכזי נוסף, והוא פסק הדין בעניין **בית סוריק**, שהביא לשינוי נרחב בתוואי המכשול, ולשיפור הטיפול בסוגיית מרקם**



החיים של התושבים הפלסטינים. לכן התשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין אינה עדכנית עוד.

**השינויים בתוואי באים לידי ביטוי בהחלטת הממשלה, שהתקבלה ביום 20.2.05 (להלן – החלטת הממשלה החדשה), הקובעת את התוואי העדכני של המכשול. תוואי זה שונה באופן מהותי מהתוואי שעליו מתבססת חוות הדעת המייעצת, והוא מצמצם בצורה משמעותית את הפגיעה בתושבי האזור.**

23. על כן, עמדתנו היא כי התשתית העובדתית והמשפטית החסרה, הלא מדויקת והבלתי עדכנית, עליה מבוססת חוות הדעת המייעצת, אינה יכולה להוות בסיס למסקנה הגורפת של חוות הדעת המייעצת, ולפיה כל תוואי המכשול בתחומי איו"ש, שהיה בפני בית הדין, סותר את המשפט הבין לאומי.

נדגיש כי חוות הדעת המייעצת התמקדה בתוואי שהוצג לבית הדין, וניתחה אותו על בסיס הנחת היסוד, המוטעית, הנובעת מהפגמים בתשתית העובדתית, כי מטרתו של המכשול היא מדינית ולא ביטחונית.

לכן, לטעמנו, אין להסיק כי על פי חוות הדעת ישראל אינה רשאית, בשום מקרה, להקים את המכשול או חלקו, באיו"ש, על מנת להתגונן מפני מתקפת הטרור.

24. לאחר ניתוח התשתית העובדתית של חוות הדעת המייעצת, נעבור למישור הנורמטיבי. נאמנים לגישה, לפיה בחינת חוקיות המכשול מחייבת בדיקה פרטנית של מקטעים שונים של המכשול, נבקש לנתח את עניינין של העתירות גם על בסיס המסגרת הנורמטיבית שהניח בית הדין.

במסגרת ניתוח זה נבקש להתמקד בדיני התפיסה הלוחמתית ובדיני הלחימה. כמו כן נתייחס לאמנות זכויות האדם להן ישראל צד. עוד נתייחס לזכות להגנה עצמית ולהשלכותיה על הקמת המכשול.

מסקנתו של ניתוח זה תהיה כי אין בחוות הדעת בכדי להשליך על עניינין של העתירות.

25. קודם שניגש לניתוח העתירה נבקש להעיר הערה, הנוגעת למונחים בהם נשתמש בכתב התשובה. למונחים המשמשים לתיאור המכשול, ולתיאור הסביבה בה הוקם, ישנה משמעות, הטעונה במסרים מדיניים, משפטיים והיסטוריים. כל צד בוחר את המונחים המשקפים בדרך הטובה ביותר את עמדתו. הדבר בולט בעיקר בחוות הדעת המייעצת של בית הדין.

"הגדר" כונתה בשלל כינויים – גדר הבטחון, גדר הפרדה, הגדר, הגדר נגד טרור, המכשול, מכשול קו התפר, החומה, חומת הפרדה וכו'. אנו נכנה אותה **המכשול או הגדר**.

התיאור בו בחר בית הדין לתיאור המכשול – "החומה" אינו יכול לתאר את המכשול כולו, מכיוון שרק חלק קטן מן המכשול בנוי כחומה. לכן גם כשנתייחס לחוות הדעת המייעצת של בית הדין, נכנה את המכשול בשמו המתאים, לטעמנו.

אף לתיאורו של אזור יהודה ושומרון קיימת משמעות מדינית, פוליטית ומשפטית. בחוות הדעת המייעצת מכונה האזור – השטחים הפלסטינים הכבושים. בכתב התשובה יכונה האזור – **איו"ש, השטחים או האזור**.

בתיאור המכשול קיימת חשיבות לתיאור קו שביתת הנשק בין ישראל לירדן משנת 1949, המכונה "הקו הירוק". לטעמנו, בכל האמור לתיאור המכשול, המונח המתאים הוא **קו תחום איו"ש**. קו זה מגדיר את השטח, שבו חל המשפט הישראלי, לרבות שטחי ההפקר וכן את שטחה המוניציפאלי המורחב של העיר ירושלים.

## חלק א' – ניתוח העתירות על פי פסיקתו של בית המשפט הנכבד

### 1.א. מתקפת הטרור ותוצאותיה

26. בחלוף ארבע שנים מפרוץ מתקפת הטרור הפלסטינית הנוכחית נגד ישראל, אשר החלה בשלהי חודש ספטמבר 2000, פרסם שירות הביטחון הכללי חוברת שכותרתה "ארבע שנות עימות – ריכוז נתונים".
- החוברת מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/1**.
- נעיר כי מאז פורסמו הנתונים נמשכו פיגועי הטרור, ולכן המספרים נכונים לחודש ספטמבר 2004.
27. בשפה יבשה מתארת החוברת את המציאות הקשה. בארבע השנים הראשונות של מתקפת הטרור נהרגו בפעולות טרור 1017 ישראלים, כ-70% מהם אזרחים. כמו כן נפצעו 5598 ישראלים, כ-82% מהם אזרחים.
28. מתקפת הטרור מכוונת בראש ובראשונה כלפי אזרחים. מרכיב מרכזי במתקפת הטרור הוא שימוש שיטתי ונרחב במחבלים מתאבדים. מאז תחילת המתקפה, שרובה ככולה יוצאת משטחי איו"ש ואזח"ע, ונכון לחודש ספטמבר 2004, בוצעו 138 פיגועי התאבדות. פיגועי התאבדות רבים סוכלו, חלקם ברגע האחרון ממש. אל אלה יש לצרף 13,730 פיגועי ירי, וכן ירי של מאות רקטות קסאם ופצצות מרגמה משטחי אזח"ע.
29. היעד המרכזי של הפיגועים הוא מרכזי הערים בישראל. מדובר במקומות צפופים והומי אדם כמו תחבורה ציבורית, קניונים, מסעדות, בתי קפה, מקומות בילוי, בתי ספר וגני ילדים.
30. יעדי הפיגועים, המכוונים כלפי מרכזי בילוי משפחתיים, גרמו בחלק מן הפיגועים לרצח משפחות שלמות. כך בפיגוע במסעדת מקסים בחיפה (4.10.03) איבדו שתי משפחות חמישה בני משפחה כל אחת. במשפחת זר אביב נרצחו בפיגוע אב, אם ושני ילדיהם, בני 4 ושנה, וכן סבתם. במשפחת אלמוג נרצחו בפיגוע הסב, הסבתא, בנם ושניים מנכדיהם.
- לצד הערים הגדולות היוו גם היישובים הישראלים באיו"ש, היישובים לאורך קו התפר, וכן צירי התנועה, יעד מועדף לפיגועים בשל קרבתם לערים ולכפרים הפלסטיניים מהם שולחו המחבלים. דוגמא לכך הוא הפיגוע בקיבוץ מצר (10.11.02), שבו רצח מחבל פלסטיני 5 אזרחים ישראלים. בין הנרצחים היו אם ושני ילדיה הקטנים, בני ארבע וחמש, שנורו מטווח קצר. אב המשפחה היה עד שמיעה לרצח, מכיוון שבאותה עת הוא שוחח עם האם בטלפון.

כביש 65, כביש ואדי ערה, עורק תחבורה מרכזי המחבר את צפון הארץ למרכזה, הפך ליעד מועדף לפיגועים. בין אוגוסט 2001 לאוקטובר 2002 נרצחו בציר זה 58 ישראלים.

31. ארגוני הטרור ניסו לבצע פיגוע ביעד אסטרטגי, המכונה "מגה פיגוע". למרבה המזל הדבר לא עלה בידם. כך סוכלה כוונה למוטט את אחד ממגדלי עזריאלי בתל אביב באמצעות פיצוץ מכונית תופת בחניון של המבנה (אפריל 2002). "מגה פיגוע" אחר שנמנע היה נסיון לפוצץ משאית בחוות מיכלי הגז של פי גלילות (מאי 2003).
32. הכמות הרבה של הנפגעים אינה מצביעה על התמונה כולה. תכליתו של הטרור רחבה מהפגיעה במספר נתון של אנשים. מעגלי ההדף של פיגוע ההתאבדות אינם נעצרים בנפגעים, בבני משפחותיהם ובמכריהם. תכליתו של הטרור היא לזרוע פחד ובהלה בכלל הציבור, לפגוע בשגרת החיים, ולשבש את חייהם של אזרחי ישראל.
- הטרור מנסה להשיג את מטרתו לא רק באמצעות גרימת הנזק הישיר, אלא בהשפעה על תודעת הציבור, ובאמצעותה על ההחלטות של מוסדות המדינה.
33. מתקפת הטרור נגד ישראל הביאה לפגיעה קשה בתחושת הביטחון של אזרחי המדינה, לפגיעה באורחות החיים כמו הרגלי התנועה, ולנזק כלכלי עצום, ישיר ועקיף.
34. ישראל התמודדה עם טרור מיום הקמתה. במשך שנים נחשב הטרור כתופעה קשה אך ספורדית, המעיבה על חיי היום יום, ושזורה בטרגדיות אישיות. מתקפת הטרור, בעיקר החל משנת 2002 שינתה מצב זה. הטרור הפך אף לאיום אסטרטגי.
35. ישראל, ככל מדינה ריבונית, אינה יכולה להסכים למצב המתואר. זכותה של המדינה, ואף חובתה, להגן על חיי אזרחיה ותושביה, ועל תחושת הביטחון שלהם.
36. מול ישראל ניצבים שורה של ארגוני טרור הפועלים בעיקר משטחים שבשליטת הרשות הפלסטינית. הרשות הפלסטינית הלכה והתפוררה, ולא מנעה את פעולות הטרור.
37. ההסכמים בין ישראל לבין אש"ף, לרבות חילופי האגרות מיום 9 בספטמבר 1993 בין ראש ממשלת ישראל ויושב הראש של אש"ף, הצהרת העקרונות בדבר הסדרי ביניים של ממשל עצמי אשר נחתמה ביום 13 בספטמבר 1993, ההסכם בדבר עזה ואזור יריחו מיום 4 במאי 1994 והסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28 בספטמבר 1995, כוללים כולם התחייבות של הצד הפלסטיני להילחם בטרור ולמנוע מעשי טרור ואלימות נגד ישראל. זוהי החובה הבסיסית עליה מושתתים ההסכמים כולם. הרשות הפלסטינית הפרה חובה זו.

גם היוזמות המדיניות השונות שהוצעו במהלך השנים (יוזמת טנט, מפת הדרכים וכיו"ב) כמו החלטות מועצת הביטחון, מתייחסות לחובת הפלסטינים לפעול נגד הטרור ולמנוע אותו.

את ההסכמים והמסמכים האחרים שצוינו לעיל, ניתן למצוא באתר האינטרנט של משרד החוץ, בכתובת:

<http://www.mfa.gov.il/mfa/peace%20process/reference%20documentst/>

38. ישראל נאלצת לפעול בעצמה נגד ארגוני הטרור. מדובר בארגונים, שחלקם חרתו על דגלם את השמדתה של מדינת ישראל. ארגונים אלה פועלים גם על פי הנחיות של מפקדות המצויות מחוץ לשטחי הרשות, כמו, לדוגמא, בסוריה. חלק מהארגונים נהנים מסיוע ותמיכה של ארגון החיזבאללה, הפועל מלבנון, בחסות סוריה ואיראן (ראו עמוד 11 לחוברת השב"כ, המצורפת כנספח מש/1).

39. מתן מענה למתקפת הטרור חייב את ישראל להיערכות מיוחדת. לחימה נגד טרור אינה שקולה למלחמה נגד צבא סדיר. הטרוריסטים פועלים, במתכוון, מתוך אוכלוסייה אזרחית. אין הם מזדהים כלוחמים, ולכן איתורם מחייב לחימה בתוך אזורים המיושבים בצפיפות. יעדי הטרור, בעקדם, הם יעדים אזרחיים. לטרוריסטים אין כל עניין בכיבוד המשפט ההומניטארי, והם מבצעים פעולות טרור, שהן במודע ובמתכוון, פשעי מלחמה.

40. ישראל פעלה נגד ארגוני הטרור במגוון אמצעים – התקפיים והגנתיים, שתכליתם לפגוע בפעילי הטרור, ולמנוע מהם לבצע את פעולתם. מדובר במבצעים התקפיים רחבי היקף כמו מבצע "חומת מגן", או מבצעים נקודתיים למעצר ופגיעה בטרוריסטים על פי מידע מודיעיני מוקדם. לאלה יש לצרף גם מחסומים המוצבים ברחבי השטחים, ולאורך קו התפר.

41. הקמת המכשול מהווה צעד נוסף בלחימה שנוקטת מדינת ישראל נגד הטרור, והיא משתלבת בשאר הפעולות שנוקטת בהם ישראל. מטרתה להגן על תושבי מדינת ישראל ואזרחיה מפני איום הטרור.

## 2.א. ההליכים להקמת המכשול

42. ביום 14.4.02, במהלך מבצע "חומת מגן", קיבלה ועדת השרים לענייני בטחון לאומי החלטה שעניינה היערכות ב"מרחב התפר". מטרתה של ההחלטה היתה "לשפר ולחזק את ההערכות והיכולות המבצעיות במסגרת ההתמודדות עם הטרור, כדי לסכל, לשבש ולמנוע חדירות פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לישראל".

לשם כך הוטל על הצבא והמשטרה למנוע לאלתר מעבר של פלסטינים לתחומי מדינת ישראל. כפתרון זמני, הוחלט על הקמת מכשול בשלוש הגזרות שנמצאו חשופות ביותר למעבר מחבלים למדינת ישראל, והן: גזרת אום-אל-פחם והכפרים החצויים בין ישראל לאזור יהודה והשומרון (בקה וברטעה); גזרת קלקיליה-טול-כרם; וגזרת עוטף ירושלים.

עוד הוחלט על הקמת צוות שרים בראשות ראש הממשלה, שיבחן את הפתרון ארוך הטווח למניעת הסתננות מחבלים לישראל.

## ההחלטה מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/2**.

43. ביום 23.6.02 דנה ממשלת ישראל בתכנית מרחב התפר. מערכת הביטחון הציגה את הצעתה להקמת מכשול קו התפר. הממשלה אישרה את ביצוע שלב א' של הפרויקט, שאמור היה לתת מענה לבעיה המבצעית של חדירת מחבלים אל צפון הארץ, מרכזה ואזור ירושלים.

תוואי המכשול שאושר מתחיל באזור כפר סאלם, הסמוך לצומת מגידו, ונמשך עד כביש חוצה שומרון, בסמוך לשוב אלקנה. כן אושרה הקמת מכשול נוסף באזור ירושלים. בהחלטת הממשלה נאמר, בין היתר:

"(3) במסגרת שלב א' - לאשר הקמת גדרות ביטחון ומכשולים במרחב התפר ובעוטף ירושלים למטרת צמצום חדירת טרוריסטים מאיו"ש לפיגועים בישראל.  
(4) הגדר, כמו המכשולים האחרים, הינה אמצעי ביטחון. הקמתה אינה מבטאת גבול מדיני או אחר.  
(5) ...  
(6) התוואי המדויק והסופי של הגדר ייקבע על ידי ראש הממשלה ושר הביטחון... התוואי הסופי יוצג בוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי או הממשלה". (הדגשה הוספה).

## החלטת הממשלה מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/3**.

נקדים ונאמר כי העבודות להקמת קטע זה של המכשול הושלמו בחודש יולי 2003.

44. בחודש דצמבר 2002, אישרו ראש הממשלה ושר הביטחון את הקמת שלב ב' של המכשול, מהכפר סאלם מזרחה עד הירדן (כ-60 ק"מ), וכן שלוחה מהר אבנר (בסמוך לכפר אל-מוטילה) בדרום הגלבו, דרומה לכיוון הכפר תייסיר.

הקמת המכשול בקטע שבין הכפר סאלם ועד הירדן הושלמה. באשר לקטע הגדר מהר אבנר (אל מוטילה) ועד הכפר תייסיר, לא ננקטו פעולות להקמתו של קטע זה, ולאחרונה, החליטה ממשלת ישראל לבטל את התכנית להקימו.

45. בחודש ספטמבר 2003, החליטה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי על הקמת שלב ג' של המכשול (כ-64 ק"מ), באזור "עוטף ירושלים" (למעט אזור מעלה אדומים).

46. ביום 1.10.03 החליטה ממשלת ישראל להקים את שלבים ג' וד' של המכשול. ההחלטה קבעה, כי:

"א. הממשלה חוזרת על החלטתה בדבר חשיבותו העליונה של הקמת 'מרחב התפר' ומדגישה את הצורך הביטחוני בביצוע המשך הקמת המכשול ב'מרחב התפר' ו-עוטף ירושלים'.

ב. בהתאם לני"ל:

1) לאשר המשך הקמת המכשול למניעת פיגועי טרור על-פי השלבים והתוואי כפי שהוצגו היום בממשלה על-ידי מערכת הביטחון (המפה לפיה הוצגו בפני הממשלה תוואי הגדר והשלבים - שמורה במזכירות הממשלה).

2) **המכשול שיוקם על-פי החלטה זו, כמו קטעיו האחרים ב'מרחב התפר', הינו אמצעי ביטחון למניעת פיגועי טרור ואינו מבטא גבול מדיני או אחר.**

3) שינויים מקומיים בתוואי המכשול או בביצועו שיתחייבו מהתכנון הכולל של התוואי, יובאו לאישור שר הביטחון וראש הממשלה.

4) ראש הממשלה, שר הביטחון ושר האוצר יסכמו את היקף התקציב הרב-שנתי הנדרש לביצוע ההחלטה ואת פריסת המימון הנגזרת ממנו. הסיכום יובא לאישור הממשלה.

5) במסגרת זו יסוכמו מרכיבי ביטחון נוספים ומיידיים להגנת הישובים הישראליים ביהודה ושומרון כנגד איומים המתקיימים בתקופת הקמת המכשול ב'מרחב התפר'.

6) **במהלך התכנון המפורט ייעשה כל מאמץ לצמצם, ככל הניתן, הפרעות העלולות להיגרם לאורחות החיים של הפלסטינים בעקבות הקמת המכשול".** (הדגשות הוספו).

החלטת הממשלה מצורפת לכתב התשובה ומסומנת מש/4.

47. שלב ג' של המכשול כלל שלושה חלקי משנה:

חלק אחד משתרע בין הישוב אלקנה למחנה עופר (חלק זה מכונה "ג'1").

חלק שני כלל שני "מכשולי עומק", ממזרח לשדה התעופה בן-גוריון ומצפון לכביש 45 המתוכנן (חלק זה מכונה "ג'2");

חלק שלישי מגן על ישובי השומרון – אריאל, עמנואל, קדומים, קרני שומרון, ואחרים (חלק זה מכונה "גי'3" או "אצבעות אריאל").

העבודות להקמת המכשול בשלב ג'1 מצויות, בימים אלו בעיצומן. בנוסף, הוצא צו תפיסה להקמת חלק מהמכשול באזור העיר אריאל.

48. שלב ד' של המכשול כולל את אזור גוש עציון, ודרומה עד לאזור דרום הר חברון. בכל האמור לשלב זה, הוצאו עד כה צווי תפיסה לכ- 38 ק"מ מתוך התוואי, העוברים בסמוך לקו תחום איו"ש. עד כה החלו העבודות ב- 30 ק"מ.

49. נכון לתחילת ינואר 2005, כ- 213 ק"מ של המכשול הושלמו, והם מופעלים באופן מבצעי. מתוך הקטעים שהושלמו, 16.3 ק"מ בנויים כחומה (7.6% בלבד). 114 ק"מ נוספים של המכשול מצויים בתהליך הקמה בימים אלה.

50. שני מקטעי המכשול, בהם עוסקות העתירות, מהווים חלק משלב ג'1 של המכשול.

### **3.א. יעדי המכשול ושיקולים בבחירת התוואי**

#### **3.א.א. השיקולים הביטחוניים בתכנון התוואי**

51. הרעיון להקים מכשול קרקעי להגנה מפני פעולות טרור אינו חדש. הוא הועלה כבר בשנות התשעים של המאה הקודמת. אלא שהוא לא זכה לקידום, באותה עת, בין היתר, בשל החשש מהמשמעות המדינית של הקמת מכשול מעין זה.

הקמת המכשול היא כורח, שנכפה על ישראל בשל מתקפת הטרור. בחינת התהליכים שקדמו להחלטות על הקמת המכשול על ידי ממשלת ישראל מראה, כי הם התקבלו בדרך כלל על רקע פיגועי התאבדות שבהם נהרגו עשרות ישראלים.

כך, ההחלטה על הקמת המכשול מאפריל 2002, התקבלה בעקבות גל פיגועי הטרור בחודש מרץ 2002, שבו נהרגו 135 ישראלים. חודש זה היווה את קו פרשת המים ביחסה של ישראל למתקפת הטרור.

ההחלטה על הקמת שלב ב' של המכשול התקבלה בעקבות סדרה של פיגועים באזור וואדי ערה, וההחלטה על הקמת המכשול ב"עוטף ירושלים" התקבלה לאחר הפיגוע באוטובוס אגד (קו 2), שבו נהרגו 22 אזרחים, שרובם חזרו מתפילה בכותל המערבי.



52. תכליתו של המכשול היא ביטחונית בלבד. כמעט כל החלטת ממשלה שבה ומדגישה עובדה זו. למכשול אין תכלית מדינית. גבול מדיני הוא עניין למו"מ בין הצדדים. המכשול הוא מרכיב בטחוני אחד, אך מרכזי ביותר, בלחימה שמנהלת ישראל מול הטרור הפלסטיני.

53. המכשול הכרחי, מכיוון ששני הצדדים חיים בסמיכות רבה זה לזה. בהיעדר הפרדה פיזית, המרחק הקצר בין נקודת היציאה של המחבל ליעד הפיגוע קצר ביותר. לעיתים מדובר במספר דקות.

54. התוואי הנוכחי של המכשול הוא זמני. צווי התפיסה, המוצאים לצורך הקמת המכשול בשטחי איו"ש, מוגבלים לתקופה קצובה של מספר שנים.

הדבר נכון גם לגבי צווי התפיסה שמוצאים, מכוח החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, התש"י - 1949, לצורך תפיסת קרקעות עבור הקמת המכשול בתוך שטח ישראל.

גם השינויים שעורכת ישראל בתוואי המכשול שהוקם, מוליכים למסקנה כי אין מדובר במכשול של קבע.

**מסקנה זו נשענת גם על ניסיון העבר. ישראל הקימה בעבר מספר גדרות לאורך גבולותיה עם מדינות ערב, כמו ירדן ומצרים. חלק מגדרות אלה פורק, והתוואי שלהם שונה על בסיס מו"מ בין הצדדים.**

גם בלבנון הקימה ישראל גדר שמטרתה היתה למנוע חדירה לישראל של מחבלים. הגדר לא הוקמה בהכרח על בסיס הגבול הבין לאומי עם לבנון. לאחר יציאת צה"ל מלבנון, בחודש מאי 2000, פורקו חלקים מאותה גדר, והתוואי שלה שונה, על מנת לעמוד בדרישות שהציב האו"ם לישראל.

55. התוואי הנוכחי של המכשול הוא תוואי זמני. הוא בא לתת מענה לאיומי הטרור הקיימים ולאיומי טרור עתידיים, עד אשר ניתן יהיה להגיע להסדר מדיני יציב ואמין.

ישראל הודיעה על צמצום הפעילות הצבאית באיו"ש. ישראל מנהלת דיאלוג עם ההנהגה החדשה של הרשות הפלסטינית, בין היתר, על-מנת להעביר את האחריות הביטחונית על ערים שונות באיו"ש לרשות הפלסטינית.

אולם אין במהלכים אלה בכדי להביא לביטול הצורך בהקמת המכשול ובהשלמתו. נדמה כי ההיפך הוא הנכון. דווקא בעת הזאת יש לפעול להשלמה מהירה של המכשול:

מחד גיסא, ארגוני הטרור השונים לא הניחו את נשקם ומודיעים כי אינם מתכוונים לעשות זאת. לדידם – הפסקת האש הנוכחית היא לפרק זמן מוגבל. ארגוני הטרור

מתנגדים למהלכים המדיניים, ולכן הם מנסים לטרפד את התקדמות המהלכים המדיניים גם בדרך של הוצאת פיגועי התאבדות לשטח מדינת ישראל, וביצוע פיגועים באיו"ש. מטח פצצות המרגמה שנחת על גוש קטיף מייד לאחר סיום פסגת שארם מעיד יותר מכל על המשך המוטיבציה לביצוע פיגועים.

לפיגועים מעין אלה יכולה להיות משמעות אסטרטגית. מלבד הפגיעה בנפש ברכוש, לפיגועים יכולה להיות השלכה על התהליך המדיני, שאמור להביא לסיום הסכסוך.

מאיך גיסא, צה"ל צמצם את פעילותו ההתקפית באיו"ש, ועבר לפעילות שהיא בעקרה בעלת מאפיינים הגנתיים. כוחות הביטחון הפלסטינים אינם ערוכים, לפחות לא בטווח הקצר, למניעה של פעולות טרור, ויכולתה של הרשות לתת מענה עצמאי לאיום הטרור, אף בטווח הארוך, אינה ברורה עד תומה.

בהפסקת האש שאליה הגיעה הנהגת הרשות הפלשתינית עם ארגוני הטרור – הפסקת אש שבמסגרתה לא נדרשים ארגוני הטרור להתפרק מנשקם ותשתיותיהם – קיימת סכנה אמיתית כי ארגוני הטרור יאספו כוחות כדי לשקם את תשתיות הטרור, ויחדשו את פיגועי הטרור.

לכן, דווקא בסיטואציה הנוכחית, קיימת חשיבות רבה בהשלמה מהירה, ככל הניתן, של המכשול, במטרה לתת מענה הגנתי מיטבי לפעולות הטרור.

56. על כן, הסכסוך המזוין עם הפלסטינים לובש ופושט צורה. החל מהפרות סדר בקנה מידה נרחב, דרך ביצוע פיגועים באמצעות מחבלים מתאבדים, ועד שיגור טילים לעבר מרכזי האוכלוסייה הישראלית בישראל ובאזח"ע. התוואי הנוכחי בא לתת מענה לאיומים הקיימים ולאיומים העלולים להתפתח כל עוד נמשך איום הטרור.

57. האיום המרכזי עמו בא להתמודד המכשול הוא חדירת מחבלים לתחומי מדינת ישראל, ולישובים ישראלים באיו"ש, בין לצורך פיגועי התאבדות ובין לצורך פיגועי ירי.

58. המכשול הוא למעשה מערך ביצורים, שלאורכו נעים כוחות צה"ל. ככל מערך ביצורים, אף המכשול אמור למנוע פגיעה בכוחות הנעים לאורכו.

59. המכשול אינו פתרון מבצעי מושלם. המכשול הוא גורם מעכב ואינו מתיימר ליצור חסימה הרמטית. תכליתו של המכשול לאתר את ניסיון החדירה, ולעכב את החודרים עד להגעה של הכוחות האחראים על אבטחת המכשול.

השילוב של מכשול מתריע ומעכב, עם כוחות הנעים לעבר מקום החדירה, אמור אף להרתיע את המחבלים מלבצע ניסיונות חדירה.

60. מערכת האיומים, ומוגבלות הפתרון, מכתיבים את הדרישות המבצעיות מן המכשול. המכשול אמור להיות ברובו רציף וחסר פרצות. הוא חייב להיות ממוקם בנקודות השולטות על סביבותן, במטרה לאפשר תצפית לעבר האזור ממנו מגיעות חוליות המחבלים, על מנת להקדים את גילויין.
- יש צורך להרחיק את המכשול מיישובים או אתרים רגישים כמו כבישים או אתרים חשובים אחרים. זאת במטרה להבטיח כי גם במקרה של חדירת המכשול ניתן יהיה לפגוע במחבלים, שחצו את המכשול, קודם שיבצעו את זממם.
- יש להבטיח הגנה על הכוחות המגנים על המכשול באמצעות העברת התוואי בשטחים שאינם נשלטים ממזרח למכשול.
- המכשול אף אמור להרחיק את יעדי הפיגוע אל מעבר לטווח הירי היעיל של נשק קל וטילי נ"ט.

61. על כן, בהיעדר אינטרסים נוגדים, תוואי אידיאלי מבחינה ביטחונית בלבד, היה צריך להקיף את כל הישובים הישראליים באיו"ש, ואת צירי התנועה המרכזיים באיו"ש. בנוסף תוואי כזה צריך היה להיות מוקם במרחק מספק מכל ישוב או יעד אחר, כמו כבישים ומתקנים אסטרטגיים. זאת במטרה לתת מענה לכלל האיומים הקיימים והעתידים מצד ארגוני הטרור.

אלא שהתוואי שנבחר אינו התוואי האידיאלי מבחינה בטחונית, וזאת בשל האינטרסים הנוגדים של התושבים הפלסטינים, כפי שנסביר להלן.

### **א.3.ב. האינטרסים של התושבים הפלסטינים כנתון מרכזי בתכנון התוואי**

62. מול הצורך הביטחוני החשוב בהגנה על אזרחי ישראל ותחושת הביטחון שלהם, עומדים האינטרסים של הפלסטינים תושבי איו"ש. תושבים פלסטינים נפגעים עקב הקמת המכשול. הפגיעה נוצרת בשל תפיסת קרקעות, פגיעה בגידולים חקלאיים, ופגיעה בשגרת החיים של הפלסטינים הנותרים מעבר למכשול.
- המשיבים מכירים בפגיעה זו, ופועלים לצמצם אותה ככל הניתן, הן בעת הקמת המכשול והן בהגנה על מרקם החיים של התושבים לאחר הקמת המכשול.
63. האתגר של מתכנני המכשול הוא יצירת תוואי, אשר ישיג מקסימום בטחון במינימום פגיעה בתושבי האזור. עמידה באתגר זה היא משימה מתמשכת, מכיוון שגם לאחר הקמת המכשול יש לשוב ולשקול כל העת את האינטרסים של התושבים הפלסטיניים. זוהי התורה כולה על רגל אחת. זהו האיזון המתחייב בין צרכי הבטחון לאינטרס הפרט.

ההתחשבות באינטרסים של תושבי האזור באה לידי ביטוי בעת תכנון התוואי, אך גם לאחר מכן, והכל כמפורט להלן.

64. כמענה לטענה כי המכשול עובר בחלקו באיו"ש, ולא כולו בישראל, נבקש לציין מספר טעמים:

ראשית, המכשול אמור להגן אף על הישראלים המתגוררים באיו"ש, וכן על אתרים אחרים בעלי חשיבות כמו כבישים, קווי מתח גבוה, ועוד. לכן הוא עובר בחלקו באיו"ש.

שנית, קו תחום איו"ש עובר למרגלותיו של רכס הררי, המצוי ממזרח לקו. את הקו חוצים נחלים רבים שכיוונם ממזרח למערב. בקטעים רבים שלו מצויה צמחייה עבותה.

מבנה טופוגרפי זה אינו מאפשר להשיג את יעדי המכשול בתוואי העובר בתחום ישראל בלבד. סלילת המכשול ממש על קו תחום איו"ש, לא היתה מאפשרת להגן על החיילים המסיירים לאורכו, שהיו נמצאים במקרים רבים בעמדה טופוגרפית נחותה. תוואי זה אף לא היה מאפשר תצפית לכיוון איו"ש, והיה מותיר את כוחות צה"ל בנחיתות מבצעית לעומת המחבלים הממתינים מצדו השני של המכשול.

שלישית, בקטעים רבים שוכנים ישובים ישראליים ואתרים חשובים, הנמצאים בשטח ישראל, בסמוך לקו תחום איו"ש. לדוגמא, הישובים כוכב יאיר, צור יגאל, מתן, מכבים ומבשרת ירושלים, שכונת רמות בירושלים, ועוד. מיקום התוואי בתחום ישראל היה מחייב להקים את המכשול על גדרות הישובים והאתרים ללא מרחב התרעה, שיאפשר לכוחות הבטחון להגיע למקום מבעוד מועד. מרחב התרעה זה חיוני לצורך פגיעה במחבלים שעלולים לחצות את המכשול בטרם יבצעו זממם. תוואי כזה אף היה מאפשר פגיעה באתרים באמצעות ירי מעבר למכשול.

65. 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.

66. לכן, במקומות בהם נראה כי התוואי עלול להביא לפגיעה קשה בתושבים הפלסטינים, לא ניתן היה להגיע לתוואי אידיאלי מבחינה ביטחונית, שיתן מענה לכל קשת האיומים. האיזון הראוי מחייב ויתור על אינטרסים ביטחוניים מסוימים.

67. תוצאה אחת של מערך איזונים זה היא שישובים ישראלים רבים באיו"ש וכן כבישים רבים יוותרו מזרחית למכשול. מסיבה זו המכשול אף אינו יכול לספק מרחב התרעה לאורך התוואי כולו.

68. תכנון המכשול כולל עבודת מטה ממושכת, אשר מביאה לידי ביטוי את האינטרסים השונים הרלוונטיים לתכנון תוואי המכשול.
69. התוואי שהובא לאישור הממשלה, בהחלטות שתוארו לעיל, תוכנן על-ידי מערכת הביטחון, באופן המביא לידי יישום את המטרות המבצעיות של המכשול.
- לאחר אישור הממשלה, החל תהליך של תכנון פרטני של התוואי, וזאת על-ידי צוות מקצועי, שבו חברים נציגי פיקוד המרכז ואוגדת איו"ש, המנהל האזרחי, רשות שמורות הטבע והגנים הלאומיים, רשות העתיקות, גורמים הנדסיים, ויועצים משפטיים.
- במסגרת התכנון הפרטני נלקחו בחשבון השיקולים השונים הצריכים לעניין, ובכלל זאת השגת הצרכים המבצעיים, צמצום הפגיעה באוכלוסיה המקומית, שיקולים הנדסיים, והיבטים שונים של שמירת ערכי טבע והימנעות מפגיעה באתרים ארכיאולוגיים. התכנון הפרטני הביא לשינויים רבים בתוואי הגדר ביחס לתוואי שאושר על-ידי הממשלה.
70. בשלב התכנון, ההתחשבות בתושבים המקומיים באה לידי ביטוי במספר דרכים:
- ראשית, נעשה מאמץ לתכנן את המכשול, כך שיעבור, ככל שניתן, באדמות שאינן פרטיות ובאדמות שאינן מעובדות.
- שנית, התוואי מתחשב, עד כמה שניתן, בתכניות מתאר קיימות;
- שלישית, נעשה מאמץ שלא לחצוץ בין בעלי קרקעות למקרקעין שבבעלותם. במקרה שלא ניתן למנוע הפרדה כזו, מוצבים במקום שערים חקלאיים אשר מאפשרים את הגעת בעלי הקרקעות לאדמותיהם.
- רביעית, נעשה מאמץ למנוע חסימת כבישים ודרכים. מקום שצרכי הביטחון מחייבים קטיעת כבישים, נסללים כבישים חלופיים.
71. ההכרה בזכויות התושבים הפלסטינים באה לידי ביטוי גם בהליכים המנהליים המתרחשים לאחר שלב התכנון, וקודמים לתפיסת הקרקעין, וביצוע העבודות.
- ההליך הסטטוטורי לתפיסת המקרקעין, הדרושים לצורך הקמת המכשול, כולל הליך של השגה בפני המפקד הצבאי. במקרים בהם תוצאות ההשגה אינן מספקות את התושבים, פתוחה בפני התושבים הדרך לעתור לבג"ץ. לצורך הגשת עתירה מעוכבות העבודות לתקופה מסוימת.
- מאז הוחל בהקמת המכשול הוגשו עשרות עתירות לבג"צ נגד תוואי המכשול והסדרי החיים בעקבות הקמתו.

72. במסגרת הליכי ההשגה, ובמסגרת הדיון בעתירות שהוגשו, הוחלט על עריכת תיקונים רבים בתוואי המכשול, ועל פעולות לשיפור מרקם החיים לאורך המכשול.
73. לאחר הקמת המכשול, על המפקד הצבאי להבטיח כי מי שקרקעותיו וגידוליו נפגעו יפוצה, וכי התושבים המתגוררים בסמוך למכשול, משני צידיו, יוכלו להמשיך לחיות את חייהם במינימום הפרעה המחויבת מצורכי הביטחון.
74. לצורך שמירת מרקם החיים במרחב התפר, דהיינו באזור המצוי בין קו תחום איו"ש למכשול, הוקמו נקודות ביקורת, המשמשות למעבר ממרחב התפר לאיו"ש ולהיפך. כמו כן הוצבו שערים חקלאיים, המשמשים למעבר חקלאים מצד אחד של הגדר לצידה השני. מיקומן של נקודות הביקורת ומיקום השערים נקבע באופן שיאפשר מעבר סביר בין שני צידי המכשול.
- נקודות הביקורת המשמשות את התושבים הפלסטינים מאוישות בכל ימות השנה, ובכל שעות היממה. השערים החקלאיים נפתחים שלוש פעמים ביום, לפרקי זמן קצובים וידועים מראש. באזורים מסוימים בהם נמצא כי שעות הפתיחה של השערים החקלאיים אינם מספקים את צורכי החקלאים, הוחלט על הארכת שעות הפתיחה. בנוסף, בתקופות של עיבוד חקלאי אינטנסיבי (למשל בעונת מסיק הזיתים) נפתחים השערים לפרקי זמן ארוכים יותר, על-פי צורכי החקלאים.

#### **4.א. האפקטיביות של המכשול – המכשול מציל חיים**

75. תוואי המכשול נבחן בעתירות רבות בפני בית המשפט הנכבד. בעתירות אלה הוצג הצורך הביטחוני בהקמת המכשול, אולם לא ניתן היה להציג את השפעת הקמת המכשול מבחינה ביטחונית. עתה ניתן לעשות כן, בהתבסס על נתונים שנאספו לאחר הקמת המכשול.
- בחודש יולי 2003 הושלמה הקמתם של כ- 116 ק"מ של מכשול בין אלקנה, בדרום, לסאלם, שבצפון. מאוחר יותר הושלמו 60 ק"מ נוספים מסאלם צפונה ומזרחה, עד הגבול עם ירדן.
76. חלק זה של המכשול בא להתמודד בעיקר עם חוליות הטרור שפעלו מאזור השומרון ושלחו מתאבדים אל שטחי ישראל, לערים כמו עפולה, חדרה, נתניה, ואזור ואדי ערה.
- על פי נתונים שבידי השב"כ, ב- 34 החודשים שבין פרוץ העימות המזוין ועד להשלמת חלקו הראשון של המכשול ביצעו תשתיות הטרור באזור השומרון 73 פיגועי הרג המוני בהם נרצחו 293 ישראלים ונפצעו 1950. מאז השלמת המכשול באזור, קרי בשנה שבין**

אוגוסט 2003 לאוגוסט 2004, הצליחו תשתיות אלה לבצע 5 פיגועי הרג המוני בהם נהרגו 28 ישראלים ונפצעו 81.

77. השוואה בין השנה שקדמה לתחילת העבודות על המכשול (ספטמבר 2001 – יולי 2002) לשנה שלאחר הקמת המכשול (אוגוסט 2003 – אוגוסט 2004) מצביעה על ירידה של כ- 84% במספר ההרוגים ושל כ-92% במספר הפצועים.

78. מדובר בנתונים כבדי משקל המוכיחים כי המכשול, בשילוב עם פעולות נוספות שביצעו כוחות הביטחון, הציל את חייהם של ישראלים רבים.

נעיר, כי במקביל להקמת המכשול, ביצעה ישראל שורה של פעולות אחרות כמו מבצעים התקפיים, פגיעה ממוקדת בראשי הטרור וכו', שגם להם הייתה תרומה לירידה החדה בנפגעים הישראליים. אולם אין ספק כי להקמת המכשול היה חלק מרכזי בצמצום הנפגעים.

79. חקירות של פעילי טרור רבים העלו כי המכשול מהווה נתון משמעותי ביותר המשפיע על היכולת להחדיר מחבלים לתחומי ישראל. החקירות העלו כי עתה נאלצים ארגוני הטרור להעביר את המחבלים דרך הפרצות במכשול הקיימות בדרומה של ישראל, באופן המקשה על הוצאה לפועל של פיגועים, ומקל על איתור המחבלים.

80. דוגמא טובה לחשיבות המכשול ניתן למצוא בסיכול פיגוע התאבדות של ארגון הטרור הג'יהאד האסלאמי, מיום 3.12.03. ארגון זה ביקש לפוצץ מחבל מתאבד מאזור ג'נין בבית ספר ביוקנעם או בעפולה. נדמה שאין צורך לתאר את תוצאותיו של פיגוע התאבדות בשטח בית ספר, ואת ההשלכות של פיגוע מעין זה.

המחבל המתאבד והמוביל שלו יצאו בשעות הבוקר מג'נין והתכוונו להגיע לוואדי ערה ומשם לעפולה או ליוקנעם. בעידן שקדם להקמת המכשול מלאכתם של המחבלים הייתה קלה. קו התפר היה פרוץ, וניתן היה להגיע בנקל מג'נין לוואדי ערה. דרך זו חסומה עתה.

אי לכך נאלצו המחבלים להגיע לוואדי ערה בנתיב ארוך בהרבה, דרך אזור שבו טרם הוקם המכשול, באזור הכפר ברדלה שבבקעת הירדן. מדובר בעיקוף שהאריך את הדרך מ- 27 ק"מ ל- 105 ק"מ. העיקוף הארוך העניק שהות לכוחות הביטחון לאסוף מודיעין, לארגן את הכוחות ולאתר את השניים באזור ברדלה. לאחר תפיסת המחבלים אותרה חגורת הנפץ ונמנע הפיגוע. נעיר כי הפרצה אליה חתרו השניים נסגרה עם השלמת המכשול באזור.

81. ישנן דוגמאות נוספות להשפעת המכשול על דפוסי הפעילות של המפגעים, שכמה מהן הוצגו לבית משפט נכבד זה בהודעות המדינה בעבר:

ביום 3 בנובמבר 2003 בוצע פיגוע ליד עזון. מחבל מתאבד אשר יצא משכס במטרה לבצע פיגוע בתוך ישראל, ניסה לחדור אליה דרך הגדר. כוחות צה"ל היו פרוסים באזור ביטחון, והמחבל נאלץ להתפוצץ, בטרם הגיע ליעדו, בסמוך לגייף צבאי. בפיגוע נפצע חייל אחד.

ביום 9 באוקטובר 2003 יצא מחבל מתאבד משכס, במטרה לבצע פיגוע התאבדות בתוך ישראל. הוא בחר לנסות ולצאת לישראל מאזור טול כרם, אך לא הצליח לעבור את הגדר. לכן החליט לבצע את הפיגוע בדלפק קבלת הקהל של מנהלת התאום והקישור בטול כרם.

82. **לסיכום, מדובר במכשול אפקטיבי ורב חשיבות, וזאת למרות שחלקים נרחבים ממנו טרם הושלמו. אולם, נדמה כי דווקא האפקטיביות של המכשול מצויה בעוכריו, בעיקר בזירה הבין לאומית. זהו הפרדוקס שבמכשול.**

קל להציג את הצורך הביטחוני בעת שתמונות של גופות ישראלים, המונחות באוטובוסים מפוחמים, מוצגות מעל מסכי הטלוויזיה בעולם. 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.

**אלא שגם לעת הזאת חיוני לזכור מה היתה מטרת הקמת המכשול, מה היתה המציאות בטרם הוקם המכשול, מהם הישגיו של המכשול, שהוצגו לעיל, ומה עלול להיגרם אם יפורק המכשול.**

#### **5.א. השינויים בתוואי ושיפור מרקם החיים עם התקדמות בניית המכשול**

83. השלבים הראשונים של הקמת המכשול תוכננו ובוצעו בסערת הקרב של שנת 2002 ו-2003. הם באו לתת מענה מיידי לריסון מתקפת הטרור. הם נבנו באזורים הרגישים ביותר, אשר מהם יצאו עיקר פיגועי הטרור.

מכיוון שמדובר היה בפרויקט חדש, לא ניתן היה להעריך מראש את השפעתו המלאה של התוואי, הן על פעולות הטרור, והן על תושבי האזור.

84. מאז מצויים המשיבים בתהליך מתמיד של הפקת לקחים, המביא הן לשינויים בתוואי הקיים של המכשול ובתוואי המתוכנן שלו, והן לשינויים בהיבטים מסוימים של מרקם החיים. תהליך זה נעשה ללא קשר להליכים שהתנהלו בפני בית הדין.



85. לתהליך הפקת הלקחים מצטרף פסק הדין בעניין **בית סוריק**, עליו נרחיב להלן, שהביא לבחינה מחודשת של תוואי המכשול, לתכנון מחודש של קטעים רבים בו, וכן לבחינה מחודשת של סוגיית מרקם החיים בקרבת המכשול.

86. בסוגיה זו נבקש להרחיב בהמשך. בפרק זה ברצוננו להביא את עיקרי הדברים, על מנת ליצור תמונה שלמה של המכשול, קודם שניגש לניתוח העתירות. תחילה נציג את השינויים בתוואי. לאחר מכן, נציג את השינויים בתחום מרקם החיים.

87. ביום 20.2.05 קיבלה ממשלת ישראל החלטה חדשה, הקובעת את התוואי העדכני של המכשול, וזאת בעיקר בעקבות פסק הדין בעניין **בית סוריק**.

ההחלטה החדשה קובעת כי:

"מחליטים (20 קולות בעד; 1 קול נגד ו-1 נמנע), בהמשך להחלטות הממשלה מסי' 2077 מיום 23.6.2002 ומסי' 883 מיום 1.10.2003 וההחלטות הנוספות בנוגע לתוואי גדר הביטחון, ולאחר בחינת המשמעויות הנובעות מפסיקת בג"ץ לענין המשך ביצוע העבודות להקמת הגדר:

א. הממשלה רואה חשיבות בהמשך הקמת גדר הביטחון, כאמצעי שהוכחה יעילותו להגנה על מדינת ישראל ועל תושביה, למניעת ההשפעה השלילית שעלולה להיות לפיגוע טרור על מהלכים מדיניים, ותוך הקפדה על צמצום, ככל הניתן, של השפעתו על אורח החיים של הפלסטינים בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסיקת בג"ץ.

ב. בהתאם לאמור לעיל:

1. לאשר המשך הקמת גדר הביטחון למניעת פיגועי טרור בהתאם למפה המצורפת להחלטה זו (דף מס. 14). המפה באה במקום ומבטלת את המפה שצורפה להחלטת הממשלה מס. 883 מיום 1.10.2003.

המפה המצורפת להחלטה זו שמורה במזכירות הממשלה.  
2. הגדר המוקמת על פי החלטה זו, כמו גם קטעי הגדר שהוקמו עד כה, הינה אמצעי בטחוני זמני למניעת פיגועי טרור ואינה מבטאת גבול מדיני או אחר.

3. במהלך התכנון המפורט ייעשה כל מאמץ לצמצם, ככל הניתן, הפרעות העלולות להיגרם לאורחות החיים של הפלסטינים בעקבות הקמת הגדר.

4. שינויים בתוואי הגדר או בביצוע שיתחייבו מצורכי הביטחון ומהתכנון הכולל של התוואי או מן הצורך לצמצם את ההפרעה לאורחות החיים התקינים של הפלסטינים, יובאו לאישור ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי.

5. ראש הממשלה, שר הביטחון ושר האוצר יסכמו את היקף התקציב הנדרש לביצוע ההחלטה ופריסת המימון הנגזרת ממנו.

6. קטעי תוואי הגדר לגביהם טרם נערכה בדיקה משפטית (באזור מערב השומרון, מעלה אדומים ומדבר יהודה), אישורם הוא בכפוף לאישור משפטי.

החלטת הממשלה החדשה מיום 20.2.05, מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/5**.

מפה המתארת את תוואי המכשול הקודם, בהשוואה לתוואי המכשול העדכני, מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/6**.

**מטרתו העיקרית של התוואי העדכני היא לצמצם את הפגיעה בתושבי האזור כתוצאה מהקמת המכשול, בהתאם לעקרונות פסק הדין בעניין בית סוריק.**

כך, הוחלט על ביטול חלקו המזרחי של שלב ב' של המכשול באזור הר אבנר.

כמו כן אישרה החלטת הממשלה את השינויים המקומיים שבוצעו בתוואי המכשול מאז החלטת הממשלה הקודמת.

88. ההשפעה המהותית של התהליכים שהתחוללו בעקבות פסק-הדין בפרשת **בית סוריק** נוגעת לתכנון שלבים ג' וד' למכשול שטרם הוקמו או שהיו בשלבי הקמה, במועד מתן פסק-הדין. התהליך האמור הביא לשינוי בתכנון התוואי באזורים אלה. כך, מכשולי עומק שתוכננו במסגרת שלב ג' של המכשול בוטלו. המכשול עצמו הועתק על פי התכנון, קרוב יותר לקו תחום איו"ש.

שינויים דומים התקבלו גם בחלקו הדרומי של המכשול. המכשול הועתק דרומה, קרוב לקו תחום איו"ש, והוא אינו כולל במסגרת התוואי ישובים ישראלים רבים, המצויים בדרום הר חברון.

גם במקומות אחרים בהם בוצע תכנון של התוואי לאחר פסק הדין, ניתן דגש רב יותר לאינטרסים של התושבים הפלסטיניים על חשבון שיקולים ביטחוניים. תוואי המכשול המתוכנן הורחק, ככל הניתן, מבתי הפלסטיניים, ונעשו שינויים אחרים לשפר את הגישה לאדמות חקלאיות.

89. שינויים אלה מביאים לכך שהתוואי שאושר על ידי ממשלת ישראל ביום 1.10.03 שונה באופן משמעותי מהתוואי המתוכנן כיום, כפי שאושר בהחלטת הממשלה החדשה.

בהקשר זה נבקש לציין כי התוואי החדש כולל גם תוואי מכשול באזור מעלה אדומים, שלא נכלל בהחלטת הממשלה הקודמת. אלא שתוואי זה כפוף לעבודת מטה שטרם הושלמה ולאישור משפטי, שטרם ניתן.

#### 90. השינויים בתחום מרקם החיים:

**סוגיית המעברים:** אחת מהנקודות שדרשה טיפול מיוחד היא סוגיית המעברים במכשול, המשמשים את האוכלוסייה הפלסטינית.

צוות מיוחד, שהקים מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, המליץ על שורה של צעדים, הן במישור הכללי והן במישור הפרטני (לגבי תאי שטח מסוימים), שמטרתם להקל על התושבים הפלסטינים.

ההמלצות המרכזיות של הצוות בנושא המעברים הינן:

ראשית, הגדרת צוותים ייעודיים לפתיחת השערים החקלאיים, אשר אינם מחויבים למשימות ביטחוניות אחרות. זאת על מנת למנוע את אי פתיחת השערים בגלל הפניית הכוחות למשימות ביטחוניות אחרות.

שנית, הגדרת חלק מן השערים החקלאיים כשערים מאוישים, הפתוחים בכל שעות האור. חלקם במשך כל ימות השנה, וחלקם בעונות חקלאיות מסוימות.

#### **בימים אלו מבצעים המשיבים עבודת מטה ליישום המלצות הצוות.**

91. **סוגיית ההיתרים:** בחודש אוקטובר 2003 הוכרז מרחב התפר, דהיינו השטח שבין שלב א' של מכשול לקו תחום איו"ש, כשטח צבאי סגור. ההכרזה באה לאפשר פיקוח ביטחוני על תנועת אנשים לתוך מרחב התפר וממנו. זאת כדי למנוע מן המחבלים הפלסטינים לעבור את הגדר ולהיכנס למרחב התפר בדרכם לביצוע פיגועי טרור בשטח מדינת ישראל.

ההכרזה קובעת כי מרחב התפר הינו שטח צבאי סגור. הכניסה אל שטחים אלה מותרת רק לתושבי מרחב התפר, ולמי שניתן לו היתר מתאים על-ידי המפקד הצבאי. הנוסח המקורי של ההכרזה חל גם על התושבים הקבועים, להם הותר להיכנס למרחב התפר ולשהות בו, ובלבד שיהיה בידם היתר המעיד על כך שמקום מגוריהם הקבוע הינו במרחב התפר.

92. בחודש יולי 2004 תוקנה ההכרזה, ונקבע שהאיסור על כניסה למרחב התפר ועל השהייה בו אינו חל כלל על התושבים הקבועים. בהתאם להכרזה המתוקנת, תושבים קבועים יצוידו ב- "תעודת תושב קבוע", המעידה על כך שהם תושבים קבועים במרחב התפר. מי

שיחזיקו בתעודת תושב קבוע, לא ידרשו להצטייד בהיתר לשם כניסה למרחב התפר או שהייה בו.

93. ההכרזה על מרחב התפר כשטח צבאי סגור הטילה חובה על פלסטינים, שאינם תושבים קבועים במרחב התפר, להצטייד בהיתרי כניסה למרחב התפר. היתרים אלו מונפקים למטרות שונות, לרבות עבודה, מסחר, חקלאות וחינוך.

סוגיית היתרי הכניסה למרחב התפר נבחנה אף היא על-ידי הצוות המיוחד שהוקם לבחינת מרקם החיים במרחב התפר. בעקבות עבודת הצוות, הוחלט לערוך שינויים בנהלים הקיימים, על-מנת להקל על הקשיים הנובעים מההכרזה על מרחב התפר כשטח צבאי סגור. שינויים אלה כוללים הארכת תוקפם של היתרים קיימים, הקלות במגבלות על מעבר כלי-רכב למרחב התפר וכו'.

94. **אכן, המכשול מציב קשיים לחלק מהתושבים הפלסטינים באיו"ש. אולם את הקמת המכשול יש לבחון מנקודת מבט רחבה יותר, ולפיכך יש לבחון את השפעתו על כלל התושבים באיו"ש, אשר הקמת המכשול אמורה להביא, ככלל, לשיפור במצבם.**

המכשול מקטיין את הצורך בפעילות של צה"ל בקרבת הערים, את הצורך בפעולות כמו כתר או סגר. בעקבות הקמת המכשול, ירד הצורך בהטלת כתרים על ערים פלסטיניות, הסמוכות לקו התפר, כמו ג'נין.

כמו כן, הצטמצם אף הצורך בקיומם של מחסומים רבים בתוך תחומי איו"ש. על כן, הוחלט על צמצום מספר המחסומים בתוך תחומי איו"ש.

עם השלמת המכשול ניתן יהיה לצמצם עוד יותר את מספרם של המחסומים ונקודות הביקורת בתוך תחומי איו"ש, להפחית בצורה ניכרת את נוכחות כוחות צה"ל בריכוזי האוכלוסייה הפלסטינית, וכן לצמצם את הפעולות ההתקפיות שמבצע צה"ל בערים ובכפרים באיו"ש.

95. לאחר שהצגנו את הרקע העובדתי הכללי שהביא להקמת המכשול, נבקש להתמקד בעובדות שבעתירות שלפנינו.

## 6.א. העובדות והטענות בעתירות שלפנינו

### א.6.א. עתירת בודרוס

#### 1. העובדות

96. עניינה של עתירת בודרוס היה בדרישת העותרים, תושבי הכפר בודרוס שבאיזור, כי צו תפיסת מקרקעין מס' 42/04/ת' מיום 29.4.04 (להלן – **הצו**) ישונה, כך שלא יעבור באדמות הכפר.
97. טענתם העיקרית של העותרים, היא כי התוואי העובר באדמותיהם פוגע בהם פגיעה קשה. לטענתם הוא יגרום לעקירת מאות עצי זית וגידולים אחרים. העותרים טוענים כי התוואי אינו משרת כל תכלית ביטחונית. טענת העותרים היא כי המשיבים מעדיפים לעקור את עצייהם במקום לעקור את עצי יער בן שמן המצויים בתחום מדינת ישראל, וזוהי הסיבה לתוואי המתוכנן.
- בטענה זו אין ממש. להלן נבהיר את הרקע להוצאת צו תפיסה זה.
98. הכפר בודרוס נמצא בשטח B, דהיינו על פי הסכם הביניים בין ישראל לרשות הפלסטינית הוא נמצא בשליטה בטחונית ישראלית מכריעה, ושליטה אזרחית של הרשות הפלסטינית.
- גבול הכפר נמצא במרחק של עשרות מטרים מקו תחום איו"ש. בסמוך לכפר, ובתוך תחומי מדינת ישראל נמצא בסיס צבאי גדול ("מחנה אדם"). במרחק קצר מהכפר עובר כביש 443, עורק תנועה מרכזי, המחבר את ירושלים והישובים באזור מודיעין אל מרכז הארץ.
99. מדובר באזור רגיש ביותר מבחינה ביטחונית. הקלות שבה ניתן לחדור לישראל מאזור זה לצורך ביצוע פיגועים, חייבה פתרון מבצעי מיידי.
100. המשיבים החלו בתכנון המכשול באזור לפני זמן רב. התוואי הראשוני, שתוכנן במקום, ושנכלל בהחלטת הממשלה הרלוונטית, שונה. **כיום, רוב התוואי באזור הכפר, עובר בתחומי ישראל.**
101. ביום 29.4.04 חתם המשיב על הצו. מדובר על צו לתפיסת מקרקעין בשתי רצועות בשטח כולל של 176 דונם.
- הצו מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/7**.

102. ביום 5.5.04 נתלה צו התפיסה במת"ק, ואף נמסר לנציג יחידת הקישור הפלסטינית. באותו יום נתלה צו התפיסה בשטח שיועד לתפיסה, וכן הועברו הודעות לתושבי הכפר, ביניהם נציגי מועצת הכפר.
- ביום 6.5.04 התקיים סיור בעלים בשטח התפיסה, בו השתתפו מספר תושבים מהכפר, וביניהם גם נציגי מועצת הכפר. בסיור חולקו עותקים מצו התפיסה. כמו כן הוסבר לתושבים שעומדת להם הזכות להגיש השגה על צו התפיסה.
103. ביום 9.5.04 הגישו שניים מבעלי הקרקעות השגה כללית על צו התפיסה.
104. ביום 13.5.04 פנתה ב"כ העותרים אל המשיבים. ב"כ העותרים ביקשה כי את ההחלטה בהשגה יעבירו המשיבים ישירות אליה. עוד ביקשה כי אם תדחה ההשגה, תינתן לתושבי הכפר שהות של 14 יום לעתור נגד ההחלטה.
- ההשגות ומכתבה של ב"כ העותרים מצורפים לעתירה כנספח ע/2.
- כל הטענות בעתירה על מניעת זכות הטיעון נטענות בעתירה לראשונה. העותרים לא פנו בדרישה להארכת מועד להגשת התנגדויות, ולא העלו כל טענות נגד הליך השימוע.**
105. ביום 16.5.04 נשלחה תשובה בדבר דחיית ההשגה. בתשובה הוסבר לעותרים הצורך הביטחוני בהקמת המכשול. כמו כן הוסבר הרציונל של בניית התוואי באזור, והמשקל הרב שניתן לזכויות העותרים. בנוסף, הוסברו הצעדים שנקטו לצורך למזעור הפגיעה בתושבי הכפר.
- מכיוון שההשגה לא נקבה בטענות ספציפיות לגבי קטעים מסוימים בתוואי, הובהר למשיבים כי אם תועלינה בקשות ספציפיות לשינוי התוואי, במהלך העבודה, ייעשה מאמץ לתת להן מענה.
- כמו כן הודע למשיבים כי בשבעת הימים לאחר מתן ההחלטה לא יבוצעו עבודות במקום.
- המכתב שבו נמסר על ההחלטה מצורף לכתב התשובה ומסומן **מ/ש/8**.
106. לאחר הגשת העתירה, הוחלט כי חלקו הדרומי של התוואי יוזז מעט מערבה על מנת להקטין את מספר עצי הזית שהפגיעה בהם מחויבת בשל הצורך בהקמת הגדר.
- מפה עליה משורטטת תוכנית העבודה ההנדסית, המבוססת על התוואי המתוקן, נמסרה לב"כ העותרים, בסיור משותף שנערך עימם ועם תושבי הכפר ביום 12.7.04.

107. התוואי האמור אף הוצג בפני נציגי המועצה לשלום וביטחון בשני סיורים שהתקיימו במקום.
108. לאחר הדיון בעתירה, שהתקיים ביום 19.8.04, ועל פי בקשת העותרים, צומצם היקפו של צו התפיסה. צו התפיסה, מתייחס כיום לרצועה ברוחב מקסימאלי של כ- 62 מטרים. עם סיום העבודות תצומצם התפיסה עוד יותר, והיא תתייחס רק לשטח שנדרש בפועל לצורך הקמת המכשול, דהיינו רצועה שרוחבה כ- 40-50 מטרים בלבד.
- הצו המתוקן, צו בדבר תפיסת מקרקעין מס' 42/04 ת' (תיקון גבולות) (יהודה ושומרון), התשס"ד – 2004, מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/9**.
- הצו המתוקן הוא הצו אותו תוקפת העתירה.

## **2. טענות העותרים**

109. הטענות העובדתיות בעתירה מבוססות, בעיקרן, על חוות דעת מוזמנת שצורפה כנספח 5/ לעתירה. חוות הדעת מנתחת את תוואי המכשול וקובעת כי בתוואי קיימים מאות עצי זית, ושטחים מעובדים. עוד קובעת חוות הדעת כי שטח של כ-100 דונם מאדמות הכפר יוותר מערבית למכשול, וכי מדובר בעתודה חקלאית של תושבי הכפר.
- חוות הדעת אף מציעה חלופה של בניית המכשול על פסגות הגבעות, המצויות ממערב לתוואי המתוכנן, בתוך שטח ישראל.
- בנוסף עולות בעתירה טענות לגבי מתן זכות הטיעון, וכן טענות מתחום המשפט הבין לאומי לגבי חובת המשיבים כלפי תושבי השטח התפוס.
110. קודם שניגש לדון בטענות העיקריות בעתירה, נבקש להתייחס בקצרה לטענת העותרים כי לא ניתנה להם זכות טיעון ראויה. לטענה זו אין יסוד:
- ראשית, לעניין הטענה כי העותרים לא ידעו על צווי התפיסה ועל ההליכים בעקבות הוצאת צווי התפיסה, נציין כי התוואי במקום שונה בעבר, ותושבי הכפר היו מודעים היטב להליכי התפיסה באזור.
- שנית, לתושבי הכפר ניתנה שהות של שבעה ימים להגשת השגה על צו התפיסה, וחלק מהעותרים אף מימש זכות זו. העותרים לא ביקשו שהות נוספת להגשת השגות. נעיר כי בפועל, המשיב מסכים להאריך את המועד להגשת ההשגות, כשמוצגים טעמים לכך.

שלישית, ב"כ העותרים פנתה למשיבים עוד לפני הגשת העתירה, אולם לא טענה נגד משך הזמן שניתן להגשת ההשגה, או לגבי פגמים בהליך ההשגה. כל הטענות נגד ההשגה מופיעות לראשונה בעתירה, ולכן לטעמנו אין לייחס להן משקל רב.

רביעית, בפסק הדין בעניין **בית סוריק**, דן בית המשפט הנכבד בהליכי השגה דומים, ולא מצא בהם פגם, המצדיק את שינויים, וראו סעיף 32 לפסק הדין.

חמישית, וזה העיקר, בעתירה עצמה מופיעות טענות העותרים נגד צו התפיסה, ואף מצורפת חוות דעת בעניין. המשיבים בחנו טענות אלה, למרות שהופיעו לראשונה בעתירה, כך שמבחינה מהותית לא נפגעה זכותם של העותרים, אפילו לשיטתם. התשובה לטענות העותרים תינתן להלן.

111. נחזור עתה לטענות העיקריות בעתירה. המחלוקת בעתירה זו היא בעיקרה מחלוקת הנוגעת למידתיות התוואי. העותרים מודים כי לישראל קיימת הסמכות לתפוס מקרקעין באזור לצרכים צבאיים. בלימת מתקפת הטרור היא לכל הדעות צורך צבאי לגיטימי.

אלא שהטענה היא כי במקרה דנן אין צורך צבאי, וכי לא נערך האיזון הראוי בין צורך זה אל מול צורכי התושבים באזור. לטענות אלה נתייחס עתה, בעת שנדון בשיקולי המשיבים בבחירת התוואי.

### 3. השיקולים שהוליכו לבחירת התוואי

112. כפי שהסברנו לעיל, האזור בו עוסקת העתירה הוא אזור רגיש ביותר מבחינה ביטחונית. בתכנון התוואי ניתן משקל לשיקול הביטחוני. אולם במקביל ניתן משקל רב לדרישות התושבים במקום.

לכתב התשובה מצורף תצלום אויר, שעל גביו מסומן התוואי המתוכנן. עיון בו מסייע להציג את עמדת המשיבים.

התצלום מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/10**.

113. מתצלום האוויר רואים בבירור כי מרבית התוואי של המכשול, באזור הכפר, עובר בתחומי ישראל, ולא באדמות העותרים.

114. התוואי, בו עוסקת העתירה, שונה מהתוואי המקורי שתוכנן במקום, ושאושר בהחלטת הממשלה מאוקטובר 2003. התוואי שונה עוד קודם להגשת העתירה, לבקשת התושבים, על מנת למזער את הפגיעה בקרקעות פרטיות ובגידולים חקלאיים.



לצורך הקמת המכשול נדרשת עקירתם של עצים רבים מהיער המצוי בתחום ישראל, וזאת בניגוד לטענות העותרים. עיון בתצלום מעיד על הכמות הרבה של עצים שנדרשה עקירתם במקום. בנוסף על העצים שנעקרו לצורך הקמת המכשול, ייעקרו אף כל עצי היער, שיימצאו מזרחית למכשול, במטרה להעניק שדה ראייה רחב לחיילים המפטרלים לאורך המכשול.

115. כניסת המכשול לתחומי האזור נעשתה מטעמים ביטחוניים בלבד. בעת תכנון התוואי הוקפד לפגוע בצורה המינימאלית ביותר באדמות מעובדות ובמטעים.

עיקר השטח שבו יוקם המכשול ממוקם על שתי גבעות טרשיות, המעובדות בדלילות רבה.

**על פי נתוני המשיבים, השטח הכולל של אדמות הכפר בודרוס הוא 2,258 דונם. בצו התפיסה במתכונתו העדכנית נתפסו 45 דונם. במרחב התפר נותרו 41.8 דונם בלבד. מובן כי לא נותרו תושבים פלסטינים מערבית למכשול.**

116. נעיר כי בסמיכות לתוואי קיימים עצי זית רבים, אך המכשול תוכנן כך שרוב מוחלט מבין עצים אלו לא יפגע. צו התפיסה כולל שני קטעים – הקטע הצפוני והקטע הדרומי. נדון בהם להלן, בנפרד.

117. נתחיל בקטע הצפוני. התוואי בקטע זה מתוכנן בהתייחס לקו תחום איו"ש. הקטע הצפוני, נכנס לתחומי איו"ש, מכיוון שבאזור מצויה גבעה שולטת. התוואי עובר בשיפוליה המזרחיים של הגבעה, במטרה לאפשר נקודת תצפית טובה לעבר הכפר עצמו, ועל מנת לקדם פני חדירה לתחומי ישראל. כמו כן, תוואי זה מגן בצורה טובה יותר על הכוחות שיפטרלו לאורך הציר.

בקטע זה אין כוונה לפגוע בשטחים מעובדים או לעקור עצים. השטח המצומצם מתחום איו"ש, שיוותר מערבית למכשול, הוא קטע מיוער שאינו משמש לעיבוד חקלאי. לכן הפגיעה של המכשול גורם לה בקטע זה מזערית, אם בכלל.

אכן, בתוך שטח ישראל קיים מטע זיתים, שניטע כנראה על ידי אנשי הכפר בודרוס, בקרקע שספק אם היא נמצאת בבעלותם. אולם עצים אלה אינם נמצאים בתוואי שבו עוסקת העתירה. יחד עם זאת, המשיבים מוכנים להעתיק עצים אלה למקום שבו יבחרו תושבי הכפר. נעיר כי בכל מקרה, לתושבי איו"ש אין זכות לעבד קרקעות בתוך שטח ישראל, ואם נטעו מטע בתחומי ישראל ללא אישור כדון, הרי שהדבר לא יכול להצמיח להם זכות כלשהי.

118. בכל הנוגע לתכנון התוואי, בניגוד לטענת העותרים, מעבר המכשול לאורך קו הרכס אינו אפשרי, וזאת מסיבות מבצעיות. תנועה של חיילי צה"ל לאורך קו הרכס אינה רצויה

מכיוון שהיא חושפת את החיילים, והופכת את הפגיעה בהם, מאזור הכפר, לקלה יותר. מעבר מעין זה אף מורכב בהרבה מן הבחינה ההנדסית.

119. שיקולים דומים הנחו את המתכננים לגבי הקטע הדרומי. גם כאן עובר המכשול בשיפוליה המזרחיים של גבעה טרשית, וזאת על מנת למנוע מעבר לאורך קו הרכס, שהוא בעייתי ביותר מן הבחינה המבצעית, ואף קשה יותר מן הבחינה ההנדסית.

מדובר בגבעה טרשית המעובדת בדלילות. השטח שישאר מערבית למכשול נמצא בראש הגבעה. לצורך סלילת התוואי בקטע זה יש צורך להעתיק כארבעים עצי זית, ולעקור ששה עשר עצי תאנה.

כשמונים עצי זית צעירים יוותרו מעבר למכשול. המשיבים מוכנים להעתיק אף עצים אלה, או לחלופין להותירם במקומם, ולקבוע במקום שער חקלאי שיאפשר את המשך העיבוד.

120. בנוסף, המשיבים אף מתחייבים לשלם פיצויים לבעלי המקרקעין שנתפסו.

121. נציין, כי במהלך הטיפול בעתירת בודרוס חלו תקלות במסירת העובדות כהוויתן לבית המשפט הנכבד. העובדות המופיעות בכתב תשובה זה, הן העובדות העדכניות, למיטב ידיעתם של המשיבים.

122. **לסיכום, הקטע בו עוסקת עתירת בודרוס הוא קטע רגיש ביותר מן הבחינה הביטחונית. עיקר התוואי במקום עובר בשטח ישראל. חלק קטן עובר באדמות בודרוס, במרחק קצר מקו תחום איו"ש. הטעמים לתפיסת המקרקעין באיו"ש הם טעמים צבאיים מובהקים.**

**הפגיעה בתושבי הכפר בודרוס עקב הקמת הגדר שולית, ובעלי המקרקעין זכאים לפיצויים תמורת תפיסת המקרקעין. מעבר למכשול נותרו כ- 41 דונם בלבד.**

**לפיכך, מדובר בתוואי מידתי, העומד בתנאים שקבעה הפסיקה, עליהם נרחיב בהמשך.**

#### **א.6.ב. עתירת שוקבא**

##### **1. עובדות**

123. העתירה מכוונת כנגד הוצאתו של צו תפיסה 04/26 לתפיסת מקרקעין באזור שוקבא.

הקרקעות בהן עוסקת העתירה נמצאות בקרבת שטח מדינת ישראל. בסמוך להן, בשטח ישראל, נמצא מחנה צבאי גדול – מחנה נחשונים.

124. גם כאן, מדובר באזור רגיש ביותר מבחינה ביטחונית. הקלות שבה ניתן לחדור לישראל מאזור זה לצורך ביצוע פיגועים, מחייבת פתרון מבצעי מידי.

125. המשיבים החלו בתכנון הגדר באזור לפני זמן רב, עוד בחודש נובמבר 2003. לאחר התכנון הראשוני התברר, כי התוואי המקורי, שתוכנן לעבור באזור שבו עוסקת העתירה, ושנכלל בהחלטת הממשלה הרלוונטית, עובר במרכזו של אתר ארכיאולוגי חשוב מימי בית שני – ח'רבת דסרה.

מדובר בשרידים של עיר יהודית, הנמצאים על תל נישא, השולט על סביבותיו, בסמוך לתחומי מדינת ישראל. זהו אתר עתיקות מוכרז עוד מימי הבריטים, שהבניה בו, ונטיעת עצים בו, מחייבים קבלת היתר.

וראו לעניין זה ההכרזה על האתר כאתר עתיקות עוד בשנת 1944.

ההכרזה מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/11**.

על פי סעיף 10(ב) לחוק העתיקות הירדני, מס' 51 לשנת 1966 [נוסח משולב], אין להקים מבנים או לטעת עצים באתר עתיקות, ללא היתר.

הקטע הרלוונטי של החוק מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/12**.

126. על מנת למנוע את הפגיעה בתל נבחנו, בשלב התכנון, שתי חלופות:

הראשונה, "החלופה המערבית", העוקפת את התל ממערב. חלופה זו נפסלה מטעמים מבצעיים, לאחר שהתברר כי היא נשלטת מכיוון התל. על כן, מסכנת היא את החיילים המפטרלים, ומקטינה עד מאוד את היכולת לצפות מכיוון המכשול לעבר נתיבי הכניסה של המחבלים לישראל.

השניה, "החלופה המזרחית", העוברת בשיפוליו המזרחיים של התל. חלופה זו היא חלופה עדיפה מן הבחינה המבצעית. היא מאפשרת תצפית לעבר נתיבי החדירה לישראל, ומונעת פגיעה בחיילים משטח שולט.

הקושי בחלופה המזרחית היה, שיישומה כרוך היה בהעתקה של עצי זית רבים, וכן שהיא אמורה היתה להותיר חלק גדול ממטע זיתים הקיים במקום מעבר למכשול. בסופה של עבודת המטה, הוחלט לבחור בחלופה המזרחית, תוך העברת התוואי בציר הפוגע באופן המינימאלי ביותר במטע הזיתים.

127. כשהובא התכנון הפרטני לעיון הגורמים המשפטיים באיו"ש התברר כי הפגיעה במטע הזיתים גדולה מן הצפוי.

אי לכך הוחלט לבחון תוואי זה בחינה נוספת. לצורך כך בוצע סיור בשטח, ונבחנו חלופות שיצמצמו את הפגיעה במטע הזיתים, על חשבון פגיעה מסוימת באתר הארכיאולוגי.

בסיור התברר כי רבים מעצי הזית הם עצים צעירים יחסית, אשר ניטעו בתוך האתר הארכיאולוגי.

128. כפועל יוצא מן הסיור, נמצאה חלופת ביניים, שבהתאם לה הוצא צו התפיסה, שבו עוסקת העתירה. על פי חלופה זו, התוואי יעבור מערבה מהתוואי שהוצע קודם לכן, ובתוך האתר הארכיאולוגי, אך לא במרכזו. חלופה זו אפשרה פגיעה קטנה יותר במטע הזיתים.

**יובהר כי פתרון זה אינו מיטבי מן הבחינה המבצעית, מן הבחינה ההנדסית, ומן הבחינה הארכיאולוגית, אולם הוא נותן מענה טוב יותר לצורכי התושבים במקום.** מדובר בחלופה סבירה בנסיבות העניין, המאזנת כראוי בין האינטרסים הרלוונטיים.

129. על כן, הוחלט לבחור בתוואי זה. התוואי שנבחר עובר ברובו המכריע (82%) בקרקע טרשית שאינה מעובדת. גם השטח הנמצא מערבית למכשול אינו מעובד ברובו המכריע.

130. בתום עבודת המטה הממושכת פרסם המשיב את הצו בו עוסקת העתירה.

הצו, מיום 11.3.04, מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/13**.

131. ביום 15.3.04 נתלו העתקים מצווי התפיסה על לוח המודעות שבמת"ק, וכן נמסרו לנציגי יחידת הקישור הפלסטינית. באותו יום אף פוזרו העתקים מצווי התפיסה בשטח המתוכנן לתפיסה.

132. ביום 16.3.04 בוצע סיור בשטח, שיועד עבור בעלי המקרקעין במקום. לסיור הגיע תושב שאדמתו גובלת בשטחים המיועדים לתפיסה. נציג המנהל האזרחי מסר את הצו לאותו תושב, והבהיר לו כי התושבים רשאים להגיש השגה על הצו.

133. ביום 22.3.04 פנה ב"כ העותרים אל המשיבים וביקש להאריך את המועד להגשת ההשגה בתשעים ימים.

המכתב מצורף לעתירה כנספח ב'.

134. מכתב זה לא הגיע לידי הגורמים הרלוונטיים. על כן, החלו העבודות במקום, וזאת ביום 31.3.04. בעקבות פניית ב"כ העותרים, הופסקו העבודות, על מנת לתת לעותרים שהות להגיש התנגדות לצו.

135. חודש חלף, וההתנגדות לא הוגשה. אי לכך, ביום 30.4.04, הודיעו המשיבים לב"כ העותרים כי אם עד יום 4.5.04 לא תועבר התנגדות מפורטת, הכוללת את מסמכי הבעלות של התושבים במקום, יפעלו המשיבים למימוש הצו.

המכתב מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/14**.

136. לאחר מכתב זה, הסכימו הצדדים לבצע סיוור במקום, שבו תוצג ההתנגדות בעל פה. ואכן, ביום 5.5.04 בוצע סיוור בשטח, בהשתתפות ב"כ העותרים ונציגי המשיבים. בסיוור הציג ב"כ העותרים שלוש חלופות לתוואי.

שתיים מבין החלופות – העברת התוואי ברום הגבעה, והקמת המכשול מערבית לגבעה נבחנו על ידי המשיבים עוד במהלך עבודות המטה, ונדחו, מהטעמים שפורטו לעיל. החלופה השלישית שהוצעה על ידי ב"כ העותרים היתה להעביר את המכשול מערבה, על גבעה המצויה בתחומי ישראל. חלופה זו לא נבחנה עובר להוצאת הצו.

אי לכך, הוחלט לבחון את הצעות העותרים, ולהשיבם בצורה מפורטת ומסודרת.

137. ביום 12.5.04 הודע לעותרים על דחיית ההתנגדות. במכתב מפורט ומנומק תוארה עבודת המטה שקדמה להוצאת הצו, ופורטו החלופות שנסקלו.

לאחר מכן, הוסבר לעותרים מדוע נדחו החלופות שהוצגו. הסיבות לדחיית החלופות הן בעיקרן סיבות מבצעיות, אותן נפרט להלן. חלופה אחת מבין השלוש נפסלה בשל הפגיעה הקשה שהיא תגרום לאתר הארכיאולוגי החשוב.

הודע לעותרים כי העבודות במקום יחלו רק שבוע לאחר משלוח המכתב. מטרתה של הדחייה היתה לאפשר לעותרים להגיש עתירה לבית משפט נכבד זה.

המכתב מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/15**.

138. שבוע חלף, וביום השביעי פנה ב"כ העותרים אל המשיבים וביקש שהות נוספת על מנת שיוכל להגיש עתירה לבית המשפט הנכבד.

למרות הקושי בדבר, המשיבים הסכימו לבקשה. הודע לב"כ העותרים כי העבודות יעוכבו עד ליום 25.5.04.

139. אלא שגם הפעם לא הוגשה העתירה. אי לכך, ביום 27.5.04 החלו העבודות במקום. העתירה הוגשה רק לאחר תחילת העבודות.

## 2. טענות העותרים

140. העותרים טוענים כי צו התפיסה הוצא בחוסר סמכות, וכי הוא פוגע שלא כדין בזכויות של בעלי הקרקעות – חופש העיסוק וזכות הקנין. נטען כי מדובר באדמות המשמשות לפרנסת העותרים, וכי הקמת המכשול תמנע את עיבוד האדמות. עוד נטען כי מדובר בתפיסת "אלפי דונמים" (סעיף 33 לעתירה), שנעשתה באופן שרירותי ולא מידתי. לעותרים טענות רבות נגד הליך ההתנגדות לצו, בעיקר לזמן הקצר שניתן להם לצורך הגשת ההשגות.
141. קודם שניגש לדון בטענות העיקריות של העותרים נבקש להתייחס בקצרה לטענות בדבר הפגיעה בזכות הטיעון. לעניין זה נבקש לציין כי גם אם נקבל כי בתחילה פרק הזמן שניתן לעותרים, לצורך הגשת ההשגות, היה קצר, ולטעמנו אין הדבר כך, הרי שכיום טענה זו אינה מבוססת.
- כפי שהסברנו לעיל, על פי בקשת העותרים ניתנה להם שהות של למעלה מחודש להגשת ההתנגדות. המשיבים אף ביצעו סיור עם העותרים, במטרה לבחון עמם חלופות לתוואי. חלופות אלה נדונו, ונדחו לגופן.
- על כן, לטעמנו, לעותרים לא יכולה להיות כיום כל טענה לגבי ההליך המנהלי שקדם לדחיית ההשגות.

## 3. השיקולים בבחירת התוואי

142. כבר בתחילת הדברים ייאמר כי הטענות בעתירה מוגזמות ביותר. התוואי בו עוסקת העתירה הוא באורך של כק"מ וחצי בלבד. אין מדובר, אפוא, בתפיסת אלפי דונמים, כפי שטוענים העותרים.
- יתר על כן, התוואי עובר רובו ככולו בשטח טרשי, שאינו מעובד. לכן הטענה כי העברת המכשול בתוואי זה תגרום לפגיעה קשה באדמות מעובדות, הינה חסרת בסיס.
- על פי הנתונים שבידי המשיבים השטח הכולל של אדמות הכפר שוקבא הוא 13,183 דונם. כ- 9500 דונם מאדמות אלה הן בבעלות פרטית. **צו התפיסה מתייחס ל- 121 דונם בלבד. מעבר למכשול נותרו 510 דונם, מתוכם רק כ- 194 דונם בבעלות פרטית.**
143. במוקד העתירה עומד, כאמור, האתר הארכיאולוגי בח'ירבת דסרה. מדובר בתל נישא, השולט על סביבותיו, הנמצא בסמוך לקו תחום איו"ש. עיקר התוואי עובר בסמוך לתל זה. השליטה הטופוגרפית של התל משפיעה רבות על תכנון התוואי בציר זה.

לשליטה על תל זה יתרון מבצעי מכיוון שהיא מבטיחה יכולת תצפית אל עבר נתיבי החדירה אל תחומי מדינת ישראל, מכיוון מזרח. היא אף מבטיחה כי הכוחות המפטרלים לאורך הגדר לא יהיו חשופים לאיומים ממרום התל, וזאת מעמדה טופוגרפית נחותה.

144. לכן, מענה מבצעי מיטבי היה מחייב להעביר את המכשול בסמוך לרום התל, ממזרח לו. תוואי זה אף נקבע בהחלטת הממשלה.

אלא שעל התל שוכן אתר ארכיאולוגי גדול וחשוב. מדובר בשרידי עיר יהודית מימי בית שני. זהו אתר עתיקות מוכרז עוד מימי המנדט.

145. סלילת התוואי בסמוך לראש התל היתה גורמת להרס של האתר. על כן, הוחלט שלא להעביר את המכשול בסמוך לרום התל. בכך יש לפסול את אחת החלופות שהציעו העותרים, שמשמעה פגיעה קשה באתר הארכיאולוגי.

146. על מנת שלא לפגוע באתר הארכיאולוגי ניתן היה להעביר את המכשול מערבית לתל, כפי שהוצע בשלב מאוחר יותר על ידי העותרים. אלא שפתרון זה, שנבחן עוד בשלב התכנון, אינו אפשרי מבחינה מבצעית. פתרון זה מחייב את סלילת המכשול בשטח נחות מבחינה טופוגרפית. בשל כך תוגבל יכולת התצפית לעבר נתיבי החדירה לישראל, והכוחות המפטרלים לאורך המכשול ימצאו בעמדת נחיתות טופוגרפית, שתקל על הפגיעה בהם מכיוון התל.

147. העותרים הציעו כחלופה שלישית, להעביר את המכשול על גבעה סמוכה, מערבית לחירבת דסרה, הנמצאת בשטח מדינת ישראל.

על פי בקשת העותרים חלופה זו נבחנה, והוחלט שאין לקבלה, מכיוון שגבעה זו אינה מאפשרת תצפית טובה לעבר נתיבי החדירה אל מדינת ישראל, הואיל וחירבת דסרה מסתירה את קווי הראיה לכיוון מזרח.

148. אי לכך נותרה האפשרות להעביר את המכשול מזרחית לרום התל. לאפשרות זו קיימים יתרונות מבצעיים, מכיוון שהתוואי נמצא בשטח שולט, ומאפשר תצפית מזרחה.

חלופה זאת עוררה שני קשיים. ראשית, במקום קיימים מטעי זיתים, שיפגעו מהעברת המכשול בתוך המטע. שנית, קיומו של אתר ארכיאולוגי במקום.

לא ניתן לספק פתרון שיתן מענה מלא לצורך הביטחוני, וכן לאינטרס של התושבים ולאינטרס הארכיאולוגי:

מחד גיסא, העברת המכשול ממזרח לאתר הארכיאולוגי, מחייבת פגיעה במספר רב של עצי זית במטע המצוי במקום, ובנוסף תותיר חלק מן המטע מערבית למכשול.

מאידיך גיסא, העברת המכשול באופן שלא יפגע המטע כלל, תחייב פגיעה נרחבת באתר הארכיאולוגי.

149. לכן, הוחלט לבחור בפתרון מאוזן, שבו ייסוג כל אינטרס, במעט, מפני שני האינטרסים האחרים. הפתרון מדבר על העברת התוואי בשולי המטע ובשולי האתר הארכיאולוגי, ממזרח רום התל.

מבחינת האינטרס המבצעי, הפתרון שנבחר כרוך בויתור מבצעי מסוים, מכיוון שאין הוא נמצא בנקודה האופטימאלית מבחינה מבצעית, אלא מערבית לתוואי האופטימאלי, הנמצא מזרחית לרום התל. זאת נבחר על מנת להקטין את הפגיעה במטע הזיתים.

מבחינת האינטרס הארכיאולוגי, התוואי שנבחר עובר בתוך האתר הארכיאולוגי ופוגע בו באופן חלקי. עם זאת, הוא אינו עובר במרכז האתר, בחלקו החשוב, ולכן אין הוא הורס את עיקר הממצאים במקום.

מבחינת האינטרס של התושבים, התוואי שנבחר עובר בחלק דליל יחסית של המטע, במעין "צוואר בקבוק", ומותיר את רוב רובם של עצי המטע מזרחית למכשול. פתרון זה חייב העתקה של 130 עצי זית, וכריתה של מספר עצי תאנה.

150. מבחינת הפגיעה בתושבים, קיימים מספר נתונים נוספים, המצביעים כי מדובר באיזון ראוי:

ראשית, לבד מהקטע שבו עובר התוואי במטע הזיתים, התוואי, רובו ככולו, עובר בשטח שאינו מעובד.

שנית, החלק המעובד של השטח הרלוונטי לעתירה, עובר כולו בתוך שטח ארכיאולוגי, שבו, ממילא, אסורה נטיעה של עצים ללא היתר, ולכן העצים במקום ניטעו שלא כדין.

שלישית, חלק נכבד מן העצים האמורים הם עצים צעירים יחסית. בעת העתקת העצים התברר כי 47 עצים היו עדיין בחביות בהן ניטעו.

רביעית, עצי הזית לא נכרתו, אלא הועתקו ממקומם. המשיבים אף היו מוכנים לטעת את העצים מחדש במקום שבו יבחר בעל המקרקעין. במקרה דנן ביקש בעל המקרקעין לרכז את עצי הזית במקום אחד, וכך נעשה.

חמישית, לבעלי המקרקעין ישולמו דמי שימוש במקרקעין, וכן פיצויים.



שישית, מעברו המערבי של המכשול נותרו מספר עשרות של עצי זית, שעיקרם נטועים, שלא כדין, ובאופן ספוראדי בתוך האתר הארכיאולוגי. יחד עם זאת, המשיבים החליטו להוסיף במקום שער חקלאי שיאפשר גישה אל העצים.

151. לכן גם תוואי זה מאזן בצורה ראויה בין צורכי הביטחון לאינטרסים של התושבים במקום.

#### א.6.ג. סיכום התשתית העובדתית

152. התוואי הנדון בשתי העתירות סמוך מאוד לקו תחום איו"ש. בשתי העתירות התוואי שנקבע בצווי התפיסה היה שונה מזה שאושר בהחלטת הממשלה, וזאת כתוצאה מהליך התכנון שנועד לצמצם את הפגיעה בתושבים הפלסטינים. בעתירת בודרוס חלק מן התוואי אף עובר בתוך שטח מדינת ישראל. תכנון התוואי בשתי העתירות חייב כניסה לא משמעותית לתוך שטחי איו"ש, ותפיסת מקרקעין במקום.

הסיבה להעברת המכשול באיו"ש בשתי העתירות היא סיבה צבאית מובהקת, הנובעת מתנאי השטח במקום. התפיסה הביאה לפגיעה שולית באדמות הכפרים במקום, שרובן המכריע טרשי ולא מעובד. הפגיעה מקימה זכות לפיצוי. כמו כן נעשו סידורים שיאפשרו את המשך עיבוד הקרקעות שיוותרו מערבית למכשול. מדובר בעשרות בודדות של עצי זית בכל קטע, שיוותרו מערבית למכשול.

נדגיש, כי בשתי העתירות תוואי המכשול לא מותיר תושבים פלסטינים מעברו המערבי של המכשול.

153. מול הפגיעה בתושבי הכפרים, עומד הצורך הביטחוני החשוב בסגירת הפרצות שבמכשול.

לדעת המשיבים, צורך בטחוני חשוב זה גובר על הפגיעה המינימאלית שגורם התוואי לתושבים. מדובר באיזון ראוי העומד במבחנים של המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית.

ניגש עתה לניתוח המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לעניינן של העתירות.

## 7.א. המסגרת הנורמטיבית

### 7.א. הקדמה – הרקע להלכת בית סוריק

154. החל משנת 1967 מחזיקה ישראל בשטחי יהודה ושומרון ורצועת עזה בתפיסה לוחמתית. בשנת 1993 החלה ישראל בתהליך מדיני עם אש"ף, במסגרתו נחתמו מספר הסכמים אשר העבירו חלקים מאיו"ש לאחריות הרשות הפלסטינית.

לאחר תום מלחמת ששת הימים, פתח בית המשפט הנכבד את שערו בפני עתירות שהגישו תושבי האזור נגד המפקד הצבאי. מדובר בהליך ייחודי, שבו ניתנת האפשרות לתושביו של שטח הנמצא תחת תפיסה לוחמתית, לעתור ישירות לערכאה העליונה של המדינה התופסת.

155. במהלך השנים דן בית המשפט העליון בישראל באלפי עתירות שהוגשו נגד הליכים בהם נקט המפקד הצבאי במגוון רחב של נושאים – ביטחוניים, אזרחיים, פליליים ומנהליים.

מאז פרוץ השלב הנוכחי בלחימה בין ישראל לפלסטינים, בחודש ספטמבר 2000, דן בית המשפט הנכבד בעתירות רבות, שעניינן התמודדות עם מתקפת הטרור, והאיזונים הייחודיים שדורשת לחימה זו. במסגרת התמודדות ייחודית זו נדרש בית המשפט העליון לפרשנות דינאמית של הוראות המשפט הבין לאומי הרלוונטי.

156. וכך תואר הדבר באחת הפרשות, שנדונו בפני בית המשפט הנכבד :

"2. לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי הישובים היהודיים באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים וביישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסיה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסיה האזרחית בכלל וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בפרט. מציאות חדשה וקשה ניצבת בפני מדינת ישראל, הנלחמת על ביטחונה וביטחון אזרחיה. מציאות זו מצאה לא פעם את דרכה לבית משפט זה (ראו בג"ץ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3; בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 28; בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30,36" (הדגשה הוספה)

"בטרם נסיים ברצוננו להעיר שתי הערות סיכום. ראשית, פירשנו כמיטב יכולתנו את הוראותיו של סעיף 78 לאמנת ג'ינבה הרביעית. על פי כל הגישות הפרשניות המקובלות, ביקשנו לתת להן מובן שיוכל להתמודד עם המציאות החדשה בפניה ניצבת מדינת ישראל. ספק בעינינו אם מנסחיה של הוראת סעיף 78 לאמנת ג'ינבה הרביעית ראו נגד עיניהם אנשים מוגנים אשר שיתפו עצמם לטרור של "פצצות-חיות". מציאות חדשה זו מחייבת גישה פרשנית דינמית להוראותיה של סעיף 78 לאמנת ג'ינבה הרביעית, באופן שהיא תוכל להתמודד עם המציאות החדשה.

41. שנית, תקופה קשה עוברת על מדינת ישראל. הטרור פוגע בתושביה. נקטפים חיי אדם. מאות נהרגים. אלפים נפצעים. גם האוכלוסיה הערבית באזור יהודה והשומרון ואזור חבל עזה סובלת סבל קשה מנשוא. כל זאת, בשל פעולות רצח, הרג והרס שמבצעים מחבלים. ליבנו עם הגב' קסלר ששכלה את בתה במעשה טרור נפשע ועם כל הישראלים האחרים שאיבדו את יקיריהם ונפגעו הם עצמם קשות מאירועי הטרור. המדינה עושה כל שביכולתה כדי להגן על אזרחיה ולהבטיח את ביטחון האזור. אמצעים אלה מוגבלים הם. ההגבלות הן, בראש ובראשונה, צבאיות-אופרטיביות. קשה להילחם במי שמוכנים להפוך עצמם לפצצות חיות.

הגבלות אלה הן גם נורמטיביות. מדינת ישראל היא דמוקרטיה שוחרת חרות. היא דמוקרטית מתגוננת הפועלת במסגרת זכותה להגנה עצמית - זכות המוכרת על ידי מגילת האומות המאוחדות. המדינה מבקשת לפעול במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותה על פי המשפט הבינלאומי החל עליה ועל פי משפטה הפנימי שלה. כתוצאה מכך, לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם אמצעי חוקי. אכן, מאבק קשה מנהלת מדינת ישראל כנגד הטרור. זהו מאבק הנעשה במשפט ובכלים שהמשפט מעמיד לרשותה.

...אכן, קשה הוא מצבה של מדינת ישראל. גם תפקידנו שלנו כשופטים אינו קל. **עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין ביטחון האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה.** זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה. ואשר לנו כשופטים, קשה מלאכתנו. מקושי זה לא נוכל ולא נרצה להימנע."

בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נו(6) 352, 358 ; להלן - פרשת עג'ורי.

157. הצורך להתמודד, באופן יומי כמעט, עם סוגיות אלה יצר מסכת ענפה של פסיקה, שפירשה והתאימה את המשפט הבין לאומי לאופי הסכסוך בין ישראל לפלסטינים. מדובר בפסיקה שלא ניתן להתעלם ממנה, אף בדיונים בערכאות הבין לאומיות.

158. מאז החלה הקמת המכשול דן בית המשפט העליון בעשרות עתירות הנוגעות לתוואי המכשול. כל אחת מהעתירות התמקדה בקטע מסוים מהמכשול. ביחס לכל קטע וקטע נבחן התוואי, על בסיס הטעמים שהביאו לתכנונו, וזאת מול הפגיעה הנטענת באינטרסים של התושבים הפלסטינים באיו"ש. המפקד הצבאי נדרש להסביר מה היו הטעמים לתוואי הקונקרטי, ומה הצעדים בהם נקט על מנת למזער את הפגיעה בתושבים המקומיים.
- האיזון בין צורכי הביטחון לפגיעה בתושבי המקום נבחן בעזרת ניתוח ההוראות הרלוונטיות מתחום המשפט הבין לאומי והמשפט הישראלי הפנימי.
159. שיטת דיון זו באה לידי ביטוי מלא בדיון בעתירת **בית סוריק**. העתירה עסקה בקטע מכשול באורך של כ-40 ק"מ צפונית מערבית לירושלים. טענת העותרים היתה כי הקמת המכשול תפגע פגיעה קשה וכבדה מנשוא במספר כפרים באזור במספר היבטים. נטען כי מדובר בפגיעה בעשרות אלפי דונמים של קרקע חקלאית, פגיעה ביכולת הגישה לקרקעות שיוותרו ממערב למכשול, וכן פגיעה במרקם החיים של עשרות אלפי תושבי הכפרים.
- העותרים טענו עוד, כי תוואי המכשול מספח קרקעות למדינת ישראל שלא כדיון, ולכן תכליתו מדינית ולא צבאית; כי המכשול משרת את צורכי המעצמה הכובשת ולא את צורכי האזור, ולכן אסור על פי המשפט הבין לאומי; וכי נפלו פגמים בהליכים לתפיסת המקרקעין.
160. הדיון בעתירה נמשך **שבע ישיבות**. במהלכן הוצגו באופן מפורט השיקולים הביטחוניים בבחירת התוואי. מנגד הציגו העותרים תוואי חלופי, אשר נטען כי אף הוא עונה על הטעמים הביטחוניים של המכשול. הוצגה ונותחה אף הפגיעה בתושבים הפלסטינים. כל צד להליך הביא מומחים מטעמו במטרה לשכנע כי התשתית העובדתית שהוא הציג היא התואמת את המציאות.
161. בסופו של יום, בהיאסף כל החומר, ניתן פסק הדין בעתירה. בית המשפט הנכבד קבע כי המפקד הצבאי **מוסמך להקים את המכשול באיו"ש**. עם זאת, פסק הדין ביטל את רוב צווי התפיסה, בהם עסקה העתירה, וקבע כי התוואי באותם חלקים פגע בתושבים הפלסטינים באופן בלתי מידתי.
162. נבקש לבסס את ניתוח המסגרת הנורמטיבית על בסיס פסיקתו של בית המשפט הנכבד, בעיקר פסק הדין בעניין **בית סוריק**.
163. עיקר הדיון בעניין **בית סוריק** התמקד בשאלת מידתיות התוואי, ופחות בעצם הסמכות להקמת המכשול. כפי שהסביר בית המשפט הנכבד:

”שאלת הסמכות להקים את הגדר באזור הינה מורכבת ורבת פנים, ולא כולה זכתה לביטוי בטיעוני הצדדים שלפנינו. מבלי למצות אותה, אף אנו נעסוק בשאלה ראשונה זו בקיצור תוך שנתייחס אך לטיעונים שהועלו על ידי העותרים, ונקדיש את עיקר דיונונו בשאלה השניה.” (פסקה 25 לפסק הדין).

על כן, בסוגיית הסמכות נבקש להרחיב במקצת, וזאת לצד הדיון במידתיות התואי.

## **א.7.ב. ניתוח חוקיות הקמת המכשול על פי המשפט הבין-לאומי בהתבסס על הלכת בית סוריק**

### **1. מישור הסמכות**

#### **1.א. כללי – מערכות הדינים הרלוונטיות – דיני התפיסה הלוחמתית ודיני ניהול הלחימה**

164. דיני המלחמה, או בכינויים העדכני, דיני העימות המזוין (Laws of War/Laws of Armed Conflict), נחלקים לשניים: דיני הפתיחה במלחמה (jus ad bellum) ודיני ניהול המלחמה (jus in bello).
- בעוד שדיני הפתיחה במלחמה עוסקים בסוגיות הקשורות בחוקיות הפתיחה במלחמה, אופן סיומה ומעמדן של מדינות ניטראליות וכיו”ב, סוגיות המצויות ב”מעטפת” המלחמה, הרי שדיני ניהול המלחמה מסדירים את כל הנושאים המתעוררים במהלך המלחמה (אופן ניהול הלחימה, כלי נשק חוקיים ובלתי חוקיים, שבויים, פצועים, שטחים כבושים וכו’). דיני ניהול המלחמה מכונים כיום גם בשם ”המשפט הבין לאומי ההומניטארי”.
165. דיני ניהול המלחמה נחלקים אף הם לשני תחומים עיקריים – דיני ניהול הלחימה - Laws of warfare of המסדירים את האסור ומותר בלחימה עצמה, ודיני התפיסה הלוחמתית - Laws of Belligerent Occupation – המסדירים את ניהול השטח שנתפס בעקבות הלחימה.
166. ישראל פועלת בשטחים הנמצאים בשליטתה באיו”ש, על פי עקרונות דיני התפיסה הלוחמתית.
- יחד עם זאת, באיו”ש ובאזח”ע מתחוללים בארבע השנים האחרונות אירועי לחימה, אשר דיני התפיסה הלוחמתית אינם מסדירים אותם, ולא נועדו לחול עליהם. בשל היקפם של אירועי הלחימה, אמצעי אכיפת החוק, שהם חלק מסמכותו של המחזיק בשטח, אינם נותנים מענה ראוי לאיום הקיים. אירועים מסוג זה מוסדרים במשפט הבין לאומי בתחום דיני ניהול הלחימה. כפי שנפסק:

"ישראל מצויה בלחימה קשה נגד טרור משתולל... לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה".

בג"צ 3451/02 אלמדני ואח' נ' שר הביטחון ואח' פ"ד נו (3) 30.

167. על כן, ישראל מצויה במצב של לחימה בטרור, שחלקו מתנהל בתוך שטח הנתון בתפיסה לוחמתית. כפי שהסביר זאת בית המשפט הנכבד בעניין **בית סוריק** :

"2. פעולות הטרור המבוצעות מן הצד הפלסטיני הביאו את ישראל לנקוט בצעדים ביטחוניים בעלי דרגות חומרה שונות. כך, למשל, החליטה הממשלה על פעולות צבאיות שונות, כגון מבצע "חומת מגן" (מרץ 2002) ומבצע "דרך נחושה" (יוני 2002). מטרתן של פעולות צבאיות אלה הייתה להכריע את תשתית הטרור הפלסטינית ולמנוע הישנותם של פיגועי הטרור (ראו בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349, 355; להלן - פרשת מרעב; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385, 389). מבצעי לחימה אלה - שאינם בגדר פעולות שיטור רגילות אלא יש בהם כל המאפיינים לעימות מזויין (armed conflict) - לא נתנו מענה מספיק לצורך המידי בהפסקת מעשי הטרור הקשים. ועדת השרים לביטחון לאומי שקלה שורות צעדים שנועדו למניעת ביצועם של מעשי טרור נוספים והרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשים אלה (לסקירה, ראו פרשת עגורי, עמ' 359). חרף כל אלה, הטרור לא בא לקיצו. הפיגועים לא פסקו. אנשים תמים שילמו בחייהם ובשלמות גופם. זהו הרקע להחלטה על הקמת גדר ההפרדה." (הדגשה הוספה).

ובהמשך נקבע כי :

"23. נקודת המוצא העקרונית של כל הצדדים היתה - וזו אף נקודת המוצא שלנו - כי ישראל מחזיקה באזור בתפיסה לוחמתית... באזורים הנדונים בעתירה ממשיך לחול ממשל צבאי, אשר בראשו עומד מפקד צבאי... סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי שעניינם תפיסה לוחמתית. אלה מעוגנים בעיקר בתקנות בדבר דיניה ומינהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 הנספחות להסכם האג הריביעי מ-1907 (להלן - תקנות האג). תקנות אלה משקפות משפט בינלאומי מינהגי. כן מעוגנת סמכותו של המפקד הצבאי באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית). שאלת תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית התעוררה לא פעם בפני בית המשפט העליון... השאלה לא התעוררה בפנינו, שכן מוסכם על המשיבים כי ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית חלות בענייננו...

24. בצד ההוראות של המשפט הבינלאומי, חלים על פעולות המפקד הצבאי "עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור..." (הדגשה הוספה).

168. למדינת ישראל, כמו לכל מדינה, החובה להגן על ביטחונה ועל שלום אזרחיה ותושביה. מחובה זו נגזרת גם זכותה האינהרנטית של ישראל להגן על עצמה ולמנוע ממבקשי רעתה לפגוע בביטחונה או בתושביה.

לישראל, המצויה בתוך מציאות של לחימה מתמשכת מול טרור, בתוך שטח מוחזק, עומדת הזכות לנקוט בפעולות הנחוצות להגן על ביטחונה. הקמת המכשול, שמטרתו לחסום את המחבלים, המבקשים לפגוע בתושבי ישראל, היא ביטוי מובהק לזכות זו.

169. גם אם הקמת המכשול איננה אקט של "לחימה" במובן השגור של המונח, הקמת המכשול, כמו גם תפיסת המקרקעין והריסת הרכוש הנלווים לה, **הן חלק מן הלחימה של צה"ל נגד הטרור הפלסטיני**. זהו אקט של מגננה, המהווה תחליף לפעולות לחימה, ומשלים את פעולות הלחימה ההתקפיות.

הקמת המכשול משתלבת במערך הכולל של פעולות שנוקטת ישראל נגד הטרור. כפי שהסביר בית המשפט הנכבד בענין **בית סוריק** :

"אכן, המכשול נועד להחליף את מבצעי הלחימה הצבאיים בדרך של חסימה פיזית של פעילות טרור מפני חדירה לריכוזי אוכלוסיה ישראלית." (סעיף 32).

170. לכן, מערכות הדינים הרלוונטיות לצורך ניתוח הסמכות להקמת המכשול, הן דיני התפיסה הלוחמתית ודיני ניהול הלחימה.

קודם שניגש לניתוח הסמכות להקמת המכשול על פי שתי מערכות דינים אלה, נבקש לנתח בקצרה את היחס בין מערכות דינים אלה.

### **1.1. היחס בין דיני התפיסה הלוחמתית לדיני ניהול הלחימה**

171. תפיסה לוחמתית היא, בדרך כלל, תוצאה של פעולות לחימה. על שלב הלחימה חלים דיני ניהול הלחימה ועל שלב התפיסה לוחמתית, חלים דיני התפיסה הלוחמתית.

אלא שהמציאות מלמדת כי הבחנה זו אינה דיכוטומית. לא אחת קורה, כי עם תום התפיסה הראשונית, ולאחר תקופת רגיעה, פורצת שוב לחימה בתוך השטח התפוס בין הכוח התופס לבין הכוח "הנתפס" או אוכלוסיית השטח התפוס. זוהי הסיטואציה בה נתונה כיום ישראל בשטחי איו"ש ואזח"ע. לאחר מספר שנים של רגיעה, במהלכם

הוסדרה פעילות צה"ל בעיקר על-ידי דיני התפיסה הלוחמתית, החלה בשטחים לחימה אינטנסיבית ומתמשכת, המוסדרת בדיני ניהול הלחימה.

172. תחולתם של דיני ניהול הלחימה היא פונקציה של מציאות הלחימה הקיימת בשטח. תחולה זו אינה תלויה בקיומה של "מלחמה" במובן הקלאסי של המילה. כמו כן, היא איננה תלויה בשאלת האחריות לקיומו של מצב הלחימה מלכתחילה. אף תחולתם של דיני התפיסה הלוחמתית היא, בעיקרה, שאלה עובדתית.

173. מכיוון שתחולתם של דיני התפיסה הלוחמתית ודיני ניהול הלחימה היא תלויה נסיבות, לא מן הנמנע, שבנסיבות בהן קיימת לחימה בתוך שטח תפוס, תחולנה שתי מערכות דינים אלה, בעת ובעונה אחת ומבלי שתעמודנה בסתירה זו לזו.

וראו לעניין זה דבריו של המלומד Watkin, הסבור כי על מנת להכריע אם חלים דיני ניהול הלחימה בסיטואציה מסוימת, יש לבחון את נסיבות העימות (לרבות אופיים של כוחות האויב וחופש הפעולה שלהם, רמת האלימות, וכיו"ב), בלי תלות בשאלה אם קיימת תפיסה לוחמתית אם לאו. לעניין הסכסוך הישראלי-פלסטיני הוא מציין כי:

"Yet even in the Israeli/Palestinian conflict it is widely recognized that international humanitarian law applies in the occupied territories. As a result, in addition to the provisions protecting persons in occupied territories found in the 1907 Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention, the rules on the methods and means of warfare will be applicable. International humanitarian law would therefore govern the use of force relating to the conduct of hostilities."

K. Watkin, Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict, **98 AJIL 1** (2004), 28.

174. עמדה דומה מופיעה במאמרו של המלומד Tittmore, אשר סבור, כי בהתקיים מצב של תפיסה לוחמתית המלווה בלחימה, חלים במקביל דיני ניהול הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית:

"An Occupation of the territory of one state by the armed forces of another also triggers the rules of international armed conflict, as well as specific rules regarding the administration of an occupied territory by an occupier"



B. D. Tittmore, *Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations*, 33 *Stan. J. Int'l L.* 61 (1997), 67.

לעניין זה ראו גם :

D. P. Goodman, NOTE: *The Need for Fundamental Change in the Law of Belligerent Occupation*, 37 *Stan. L. Rev.* (1985) 1573, 1574.

175. גם Pictet, בפרשנות הרשמית של הצלב-האדום הבין לאומי לאמנת ג'נבה הרביעית (החלה, כידוע, על שטח תפוס), מציין כבדרך אגב, כי דיני ניהול הלחימה יכולים לחול במקביל לדיני התפיסה הלוחמתית. בפרשנות לסעיף 53 לאמנה, הוא משווה בין הסעיף לבין תקנה 23(g) לתקנות האג (שהן חלק מדיני ניהול הלחימה) באופן ממנו ניתן להבין כי הם יכולים לחול במקביל:

“It will be remembered that article 23(g) of the Hague Regulations forbids unnecessary destruction of enemy property; since the rule is placed in the section entitled “hostilities”, it covers all property in the territory involved in a war; **its scope is much wider than that of the provision under discussion.**” (הדגשה הוספה)

J. Pictet, *Commentary on the IV Geneva Convention for the Treatment of Civilians During Armed Conflict*, (Geneva, 1952), 301

באותם מקרים בהם חלים הן דיני ניהול הלחימה והן דיני התפיסה הלוחמתית, נדרשת הכרעה איזו מערכת דינים חלה על המקרה הפרטני – דיני ניהול הלחימה בלבד, דיני התפיסה הלוחמתית בלבד, או שתי מערכות הדינים במקביל.

176. כפי שהסברנו לעיל, הקמת המכשול היא חלק מן המאמץ הלחימתי של ישראל נגד הטרור הפלסטיני. ככזה חלים עליו דיני ניהול הלחימה. עם זאת, המכשול, המוקם בשטח תפוס, הוא פרויקט, שאף אם הוא זמני באופיו, השלכותיו הם אף מעבר לאירועי הלחימה הנוכחיים. ככזה חלים על הקמתו גם דיני התפיסה הלוחמתית.

נבחן עתה את הקמת המכשול על פי כל אחת ממערכות הדינים הללו.

**1.ג. דיני התפיסה הלוחמתית**

177. כאמור, דיני התפיסה הלוחמתית, הם חלק מן המשפט הבין לאומי ההומניטארי. דינים אלה, אשר התפתחו כחלק מדיני המלחמה, משתייכים לתחום ה- *Jus in Bello*, אותו חלק של המשפט הבין לאומי המסדיר את אופן ניהול המלחמה.

בלבם של דיני התפיסה הלוחמתית, הקובעים את הכללים החלים על הכוח התופס בשטח התפוס, מצויים הפרק השלישי של התקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן – **תקנות האג**) ואמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן – **אמנת ג'נבה הרביעית** או **אמנת ג'נבה**).

178. תחולתו של הפרק השלישי של תקנות האג מותנית בקיומו של "כיבוש". לעניין זה קובעת תקנה 42 לתקנות האג אימתי, לצורך התקנות, ייחשב שטח לשטח כבוש:

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

כן ראו בעניין זה י. דינשטיין, **דיני מלחמה** (תל אביב, 1983), 209.

מדינת ישראל איננה חולקת על תחולתן של תקנות האג בשטחים המצויים בתפיסה לוחמתית על-ידה, והיא סבורה כי הקמת הממשל עומדת במגבלות הקבועות בתקנות אלה, כפי שנבהיר בהמשך כתב התשובה.

179. בנוסף, מדינת ישראל התחייבה לפעול, דה פקטו, בהתאם להוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית, בשטחים המוחזקים הנתונים לשליטתה.

וראו לעניין זה:

M. Shamgar, "International Law and the Administered Territories", 1 **Isr. Y. B. on Hum. Rights** (1971), 266.

E. Benvenisti, **The International Law of Occupation** (Princeton, 1992), 109-111.

וראו גם:

בג"ץ 331/71 **אלג'מעיה אלמסיחיה נ' שר הביטחון ואח'** פ"ד כו(1) 580;

בג"ץ 302/72 **אבו חילו נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד כ"ז(2) 169.

בג"ץ 97/79 ריאד עבד ראשיד אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה, פ"ד לג (3) 309 - 317  
.318

בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 595.  
בית סוריק בפסקה 23 לפסק הדין.

לצורך עניינן של עתירות אלה, אין צורך להכריע בשאלת תחולתה דה יורה של אמנת גינבה בשטחים, מכיוון שישראל התחייבה לפעול דה פקטו בהתאם לכל הסעיפים הרלוונטיים לענייננו של המכשול.

180. תקנה 43 לתקנות האג מטילה על המפקד הצבאי חובה לעשות כל שביכולתו על מנת לקיים ולהבטיח, במידת האפשר, את הסדר והביטחון הציבוריים באזור הנתון לשליטתו. התקנה הקובעת כי:

"The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country."

ראו לעניין זה:

E. Benvenisti, *The International Law of Occupation* (Princeton, 1992) 9.

ראו לעניין זה גם:

בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז (4) 785,  
.797

181. במסגרת חובתו לשמור על הסדר והביטחון הציבורי, מוסמך המפקד הצבאי, בין היתר, למנוע איומים הנשקפים מתוך האזור למדינה שכנה, ובנסיבות העניין למדינת ישראל.

במציאות הביטחונית הנוכחית, הגנה על תושבי ישראל מפני מחבלים, היוצאים משטחי איו"ש, או עוברים דרכם, במטרה לפגוע בתושבי ישראל, הינה מטרה מוצדקת, לשמה יכול המפקד הצבאי להפעיל את סמכויותיו. כך נקבע כי במספר פסקי דין של בית משפט נכבד זה, כפי שנראה להלן.

182. כך, בבג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז (2) 169, נדונה חוקיות ההחלטה לבודד את רצועת עזה מאזור סיני על-ידי ניתוק דרכי הגישה בין האזורים והקמת אזור חיץ

ביניהם. המשיבים לעתירה נימקו את ההחלטה בכך שאזור החיץ "שימש במשך תקופה ממושכת מוקד לפעילות חבלנית עוינת ומקום מעבר לביצוע מעשי חבלה מחוץ לאזור, כגון מיקוש דרכים ומעברים, ירי על רכב ישראלי ורצח תושבים מקומיים, חבלות במבנים ובמיתקנים בתחום של פיתחת רפיח, אזור סיני, רצועת עזה ומדינת ישראל, מאגר ותחנה להעברת נשק ותחמושת למחבלים אשר פעלו ברצועת עזה ובמדינת ישראל ומקום חניה, מקלט ומסתור לאנשי מודיעין מצריים שנשלחו לביצוע משימות באזור סיני, ברצועת עזה ובמדינת ישראל, ולמחבלים." (עמוד 174 לפסק-הדין).

באותה פרשה, קיבל כבוד השופט (כתוארו אז) לנדוי את עמדת המשיבים, וקבע כי המפקד הצבאי מוסמך לנקוט פעולות בשטח המוחזק, הנחוצות למניעת פיגועים היוצאים מהשטח המוחזק אל מחוצה לו. ובלשונו של השופט לנדוי:

"גם בלאו הכי לא נתערב בשיקול-דעתם של מפקדי הצבא הסבורים שההעברה היתה דרושה, כדי להבטיח את השקט בתוך רצועת עזה ו**מעבר לה**, על-ידי יצירת אותו אזור חיץ המהווה אמצעי חשוב למניעת חדירתם של מחבלים". (ההדגשה הוספה) (עמוד 178 לפסק הדין)

183. בבג"ץ 606/78, 610 **אויב נ' שר הביטחון**, פ"ד לג(2) 113, נדונה חוקיות תפיסת מקרקעין לצורך הקמת הישוב בית-אל. בפסק הדין נקבע כי אחריותו של הצבא המחזיק לשמור על הביטחון והסדר הציבורי בשטח המוחזק, כוללת גם את החובה למנוע סכנות לשטח המוחזק עצמו ולמדינתו של הכוח המחזיק, הנשקפות מתוך השטח המוחזק. כך פסק כבוד השופט ויתקון:

"המצב הקיים הוא מצב של לוחמנות, ועל המעצמה המחזיקה מוטלת האחריות להשליט סדר וביטחון בשטח המוחזק. **עליה גם לקדם את פני הסכנות הנשקפות מתוך שטח כזה לשטח המוחזק עצמו ולמדינה עצמה.**" (ההדגשה הוספה) (עמוד 117 לפסק הדין).

184. בבג"ץ 258/79 **עמירה נ' שר הביטחון**, פ"ד לד(1) 90, נדונה תפיסת מקרקעין בשטחי איו"ש לצורך הגנה על אינטרסים ביטחוניים של מדינת ישראל. פסק הדין עסק באבטחת נמל התעופה בן-גוריון ומניעת הפרעות לתנועה בכביש 443 המחבר את צפון ירושלים עם אזור בן שמן, והמשמש כדרך גישה חלופית לירושלים.

בית המשפט הנכבד דחה את העתירה וקבע, כי תפיסת מקרקעין באיו"ש לשם מניעת איומים לישראל שמקורם בשטחי איו"ש, מותרת על-פי הדין הבין לאומי.

185. עקרון זה שב ונשנה גם בעניין **בית סוריק**, שם נפסק כי:

"דיני התפיסה הלוחמתית מכירים בכוחו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון באזור ולהגן בכך על ביטחונה

של מדינתו ושל אזרחיה." (סעיף 34 לפסק הדין). (הדגשה הוספה).

186. אולם בכך לא די. כאמור לעיל, חלקים מהמכשול מגנים אף על הישובים הישראליים באיו"ש, הסובלים אף הם ממתקפת הטרור.

על פי הסכם הביניים הישראלי – פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28.9.95 (להלן – **הסכם הביניים**), האחריות לביטחונם של הישראלים באיו"ש, מוטלת על ישראל. לעניין זה קובע סעיף 10(4) להסכם הביניים כי:

"ישראל תמשיך לשאת באחריות לבטחון חוץ, וכן באחריות לבטחון הכולל של ישראלים לשם הבטחת בטחון הפנים והסדר הציבורי שלהם."

וראו גם סעיף 31(5) להסכם הביניים, הקובע כי מעמד הישובים הישראלים באיו"ש ידון בהסדר הקבע.

הקטעים הרלוונטיים בהסכם הביניים מצורפים לכתב התשובה ומסומנים **מש/16**.

במסגרת השמירה על הסדר הציבורי באיו"ש, מוסמך המפקד הצבאי להגן אף על התושבים הישראליים המתגוררים באיו"ש.

לעניין זה נפסק כי מפקד האזור מוסמך לנקוט בצעדים הדרושים להגן על שלומה ורווחתה של האוכלוסיה בשטח המוחזק, פלסטינית וישראל כאחד:

בג"ץ 10356/02 **יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** פ"ד נח(3) 443, 455.  
בג"ץ 4219/02 **גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** פ"ד נו (4) 608.

187. הקמת המכשול משרתת אף אינטרסים מובהקים ומידיים של כוחות צה"ל באיו"ש. המכשול אמור להביא לצמצום היקף הפעילות הביטחונית של ישראל בתוך איו"ש, להפחית את הצורך בהחזקת מתקנים צבאיים בתוך השטח, ולהקטין את הסיכון הנשקף לחיילי צה"ל עקב נוכחותם ופעילותם בתוך איו"ש. מדובר בצורך צבאי מובהק של הצבא, התורם לביטחון באזור.

ראו לעניין זה, בין היתר:

בג"ץ 834/78 **סלאמה נ' שר הביטחון**, פ"ד לג(1) 471.  
בג"ץ 72/86 **זלום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון**, פ"ד מא(1) 528, 532.  
בג"ץ 401/88 **אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד מב(2) 767.  
בג"ץ 290/89 **ג'ורא נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון**, פ"ד מג(2) 116.

בג"ץ 8286/00 האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל (לא פורסם).

188. לאלה מצטרף נתון נוסף. פיגועי הטרור משפיעים על החיים הציבוריים באזור. הפעילות הצבאית של ישראל בערים ובכפרים הפלסטיניים, מגבלות התנועה המוטלות על-ידי צה"ל, המחסומים ונקודות הביקורת בדרכים, שנועדו להילחם בטרור, מקשים באופן משמעותי על חיי האוכלוסייה באיו"ש. הקמת המכשול מביאה כבר עתה לצמצום היקף הפעילות של צה"ל בתוך איו"ש ולהסרתם של מחסומים בעומק השטח. השלמת המכשול אמורה לצמצם עוד יותר את הצורך לפעולה של צה"ל בעומק השטח, ולהקטין את הפגיעה באוכלוסייה הפלסטינית.

במילים אחרות – הקמת המכשול מאפשרת לצמצם את השימוש באמצעים אחרים נגד הטרור, המשפיעים על האוכלוסייה הפלסטינית, ותורמת כך גם לקיום הסדר הציבורי באזור פנימה.

189. על כן, המפקד הצבאי מוסמך להקים את המכשול בשטחי איו"ש, על פי העיקרון הכללי המנחה את פעולות התופס, הקבוע בתקנה 43 לתקנות האג.

190. אלא שהבחינה על פי תקנה 43 לתקנות האג איננה ממצה את הדיון בדיני התפיסה הלוחמתית הנוגעים לעניין. זאת מכיוון שהקמת המכשול מחייבת פגיעה בתושבים הפלסטיניים, בעיקר בזכות הקניין שלהם, בשל הצורך לתפוס קרקעות פרטיות לשם הקמת המכשול.

191. לעניין זה קובעת תקנה 46 לתקנות האג כי :

“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.**”

על כן, במסגרת הפעלת סמכותו בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, על המפקד הצבאי לכבד את הרכוש הפרטי. כמו כן חל איסור על החרמת רכוש פרטי.

בשל הוראות תקנה 46, המשיבים אינם מחרימים את הקרקע הנדרשת לצורך הקמת המכשול, אלא תופסים אותה באופן זמני, תמורת דמי שימוש ופיצויים.

192. יחד עם זאת, זכות הקניין איננה זכות מוחלטת, אלא זכות יחסית אשר עשויה לסגת מפני צרכים צבאיים. כללים פרטניים בתקנות האג ובאמנת ג'נבה הרביעית, קובעים את

התנאים בהם מותר למפקד הצבאי לתפוס רכוש פרטי בשטח תפוס, ואת האיזון בין צרכי הצבא התופס לבין זכות הקניין של האוכלוסייה האזרחית.

מדובר בתקנה 52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה, המהווים מעין "פסקאות הגבלה" של תקנה 46 לתקנות האג. רק פגיעה בקניין, שאינה עומדת בתנאי תקנה 52 וסעיף 53, היא זו המפרה את הוראות תקנה 46.

ראו לעניין זה:

G. Schwarzenberger, **International Law, Section II: Armed Conflict**, (Stevens & Sons Publishers, 1968), 266.

וראו לעניין זה גם סעיף 35 לפסק הדין בעניין **בית סוריק**.

193. תקנה 52 לתקנות האג קובעת את התנאים לתפיסת רכוש על-ידי כוח התופס בשטח התפוס. התקנה קובעת כי:

**"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."(הדגשה הוספה)

194. על פי פסיקתו של בית המשפט הנכבד, תקנה 52 מתירה תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים מקום בו הדבר דרוש "לצורכי הצבא הכובש".

ראו לעניין זה בדבריו של Von Glahn:

"Under normal circumstances, an occupant may not appropriate or seize on a permanent basis any immovable private property, but on the other hand

a temporary use of land and buildings for various purposes appears permissible under a plea of military necessity.”

G. Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory* (USA, 1957) 186.

ראו גם :

UK Ministry of Defence, *The Manual of the law of armed conflict* (Oxford 2004), §1178.

תקנה 43 לתקנות האג, מטילה על התופס את החובה לנקוט אמצעים על-מנת להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים. לכן מובן כי פעולות הדרושות להבטחת הסדר והביטחון הציבוריים, תיחשבנה לחלק מ"צרכי הצבא הכובש" בגינם ניתן, לפי תקנה 52, לתפוס רכוש פרטי. לעניין זה נפסק כי :

”תפקיד עיקרי המוטל על הצבא בשטח מוחזק הוא להבטיח את הסדר והביטחון הציבורי, כאמור בסעיף 43 של תקנות האג. מה שדרוש לשם השגת המטרה הזאת, דרוש ממילא לצרכי הצבא המחזיק, במובן סעיף 52.”

בג"ץ 606/78, 610 אויב שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 130.

הצורך הצבאי, ולענייננו "צרכי הצבא הכובש", מכוחו ניתן לתפוס מקרקעין הוא פועל יוצא של המציאות הביטחונית השוררת בשטח. לפיכך, קיומן של פעולות לחימה וטרור, לרבות ניסיונות בלתי פוסקים להוציא לפועל פיגועים, הם הגורמים המקימים, בנסיבות העניין, את הצורך הנדרש. לכן, לדעת המשיבים, תקנה 52, אינה אוסרת על תפיסת מקרקעין לצורך הקמת המכשול.

195. אל תקנה 52, מצטרף, כאמור, סעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית, הקובע את התנאים בהם מותר למפקד הצבאי בשטח המוחזק לפגוע ברכוש הפרטי. הסעיף קובע כי :

“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.**” (ההדגשה הוספה)



על-פי לשונו, מתנה הסעיף את הפגיעה ברכוש הפרט בקיומו של "צורך החלטי הנובע מפעולות צבאיות". "הצורך הצבאי" אליו מתייחס הסעיף, הוא כללי למדי ואינו מוגבל, על פניו, לצרכים המידיים של הצבא התופס בלבד. המלומד Pictet, בפרשנות הרשמית של הצלב-האדום הבין לאומי לאמנת ג'נבה הרביעית, מתייחס לצורך הצבאי הנדרש על-פי סעיף 53 באופן רחב למדי:

"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."

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

196. אכן, הקמת המכשול מביאה לפגיעה ברכוש פרטי כמו גידולים חקלאיים, המצויים בקרקעות שנתפסו. אולם מדובר בפגיעה הנדרשת לצורך הקמת המכשול. כפי שהסברנו נעשה מאמץ רב על מנת לצמצם את הפגיעה ברכוש כתוצאה מהקמת המכשול. כמו כן הוצע פיצוי לבעלי המקרקעין. פגיעה מבוצעת רק אם הדבר נחוץ לצורך הקמת המכשול ומשרת צורך צבאי החלטי. לכן סעיף 53 אינו אוסר על פגיעה זו.
197. מכל האמור לעיל עולה, כי תפיסת המקרקעין לשם הקמת המכשול משרתת את הצרכים הצבאיים של כוחות צה"ל באיו"ש, תורמת לביטחון ולסדר הציבורי בתוך השטח ומונעת איומים הנשקפים מתוך האזור לישראל. כל אלה מהווים צרכים צבאיים, שבגינם מותר, מכוח תקנה 52 לתקנות האג, לתפוס מקרקעין בשטחי איו"ש לצורך הקמת המכשול.
- צרכים צבאיים אלה, הנבחנים על רקע מתקפת הטרור, והמציאיות הביטחונית באיו"ש, מצדיקים אף פגיעה ברכוש פרטי לשם הקמת המכשול, ועומדים בתנאי סעיף 53 לאמנת ג'נבה.
198. נבקש לציין כי, הקמת המכשול מביאה, בנוסף לפגיעה בקניין פרטי, גם להגבלות על חופש התנועה של התושבים הפלסטינים. המפקד הצבאי מוסמך, מכוח סמכותו הכללית לשמור על הסדר והביטחון הציבוריים בשטח המוחזק, להטיל הגבלות על חופש התנועה של התושבים.

ראו לעניין זה גם :

UK Ministry of Defence, **The Manual of the law of armed conflict** (Oxford 2004), §11.38.

J. Pictet, **Commentary on the IV Geneva Convention for the Treatment of Civilians During Armed Conflict**, (Geneva, 1952), 207.

כן ראו בג"צ 500/72 אל-טין נ' שר הבטחון, פ"ד כז(1) 481, 485.

199. עוד נציין כי בנוסף על המגבלות שצוינו לעיל, מטילים דיני התפיסה הלוחמתית חובות נוספות על המחזיק בשטח התפוס, כמו דאגה, ברמה הקבועה בדינים אלה, לצורכי המזון, הרפואה והחינוך של התושבים בשטח. המשיבים בשטח. המשיבים נקטו צעדים רבים במטרה לעמוד בחובה זו, ולשמור על מרקם החיים של האוכלוסייה המקומית, ככל הניתן. הודות למאמצים אלה, הקמת המכשול אינה עומדת בסתירה לחובות האמורות בדיני התפיסה הלוחמתית.

200. לסיכום, על פי דיני התפיסה הלוחמתית, המפקד הצבאי מוסמך להקים את המכשול בתחום איו"ש, ואף לתפוס לשם כך קרקעות פרטיות. הקמת המכשול, כולל המגבלות שהוא מטיל, אינה אסורה על פי דינים אלה, אלא מותרת.

#### ד.1. דיני הלחימה

201. עד כה עסקנו בדיני התפיסה הלוחמתית. כאמור, המכשול הוא אחד המרכיבים בלחימתו של צה"ל בטרור, לכן יש מקום לבחון את הסמכות להקימו גם על פי דיני הלחימה.

202. תחולת דיני ניהול הלחימה מותנית בקביעת ממצא עובדתי בדבר קיומה של לחימה. בשורה של עתירות, שב וקבע בית המשפט הנכבד כי באזור מתחוללים אירועי לחימה של ממש.

בעניין עג'ורי נפסק כי :

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרית. זהו סכסוך מזויין. במסגרתו בוצעו כ- 14,000 פיגועים נגד החיים, הגוף והרכוש של אזרחים ותושבים ישראלים חפים מפשע ובהם זקנים וילדים, גברים ונשים..."

ראו לעניין זה גם :

בג"צ 9252/00, 9515/00, 3484/01 אל סקא ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2001(2) 1678 ;  
בג"צ 2461/01 כנעאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש תקדין עליון, 2001(1), 1600 ;  
בג"צ 9293/01 ברכה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נו (2) 509 ;  
בג"צ 3114,3115,3116/02 ברכה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נו (3) 11 ;  
בג"צ 3451/02 אלמדני ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נו (3) 30 ;  
בג"צ 8172/02 אברהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע (לא פורסם).

203. לכן, לדעת המשיבים, מערכת הדינים, החלה על ניהול הלחימה, רלוונטית לצורך ניתוח הקמת המכשול.

תחילה נבחן את הסמכות להקים את המכשול על פי דיני הלחימה, ולאחר מכן נבחן את המגבלות על סמכות זו.

204. **מקור הסמכות**: על פי דיני הלחימה, מדינה רשאית לבצע פעולות, הדרושות להגנה על ביטחונה וביטחון אזרחיה, לרבות פעולות התקפיות של שימוש בכוח, גם אם עקב כך תגרם פגיעה אגבית ומידתית באוכלוסיה האזרחית. זאת למעט פעולות אשר נאסרו או הוגבלו, ובכפוף לעקרון הצורך הצבאי בביצוע פעולות אלה.

דיני ניהול הלחימה אינם מפרטים את האמצעים אותם מותר להפעיל תוך כדי הלחימה. דינים אלה קובעים פרמטרים ומגבלות שמטרתם להבטיח כי האמצעים שיופעלו לא יגרמו לנזק או סבל מיותרים, או לפגיעה בלתי מוצדקת במטרות מוגנות.

205. בענייננו מדובר בצעד הגנתי של הקמת ביצורים. בדיני ניהול הלחימה אין איסור על הקמת ביצורים. זוהי פעולה מקובלת ולגיטימית. הקמת ביצורים וגדרות עולה בקנה אחד עם עקרון הצורך הצבאי, העומד בבסיס דיני הלחימה.

מדינות רבות, ובכלל זה ישראל, נקטו, ועדיין נוקטות, בפרקטיקה של הקמת ביצורים וגדרות במהלך הלחימה.

206. עולה מן האמור עד כאן כי הקמת מכשול היא פעולה מותרת על פי דיני ניהול הלחימה ואף מדובר בפרקטיקה מקובלת. אלא שבכך אין די. יש לבחון האם קיימות מגבלות על אופן היישום של הקמת מכשולים וביצורים, ולכך נפנה עתה.

207. **המגבלות על הסמכות להקים מכשולים וביצורים**: ככל שהקמת המכשול גורמת לפגיעה בזכויותיו של הפרט, יש מקום לבחון האם פגיעה זו עומדת במגבלות הקבועות בעניין זה בדיני ניהול הלחימה.

לעניין זה, קובעת תקנה 23(g) לתקנות האג, המצויה כאמור בפרק השני של התקנות העוסק בדיני הלחימה, כי:

“23. In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden –

...

(g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war;”

208. על כן, מותר לבצע פעולות תפיסה והריסה בשטח האויב במהלך הלחימה, כולל לצורך הקמת ביצורים. פעולות אלה יש לבצע, ככלל, מבלי לפגוע ברכוש פרטי. אולם התקנה מתירה לתפוס ולפגוע ברכוש פרטי, אם הדבר נדרש לצרכי לחימה הכרחיים.

יודגש, כי התקנה האמורה אינה עוסקת בפגיעה ותפיסה של רכוש בעל מאפיינים צבאיים, אלא בתפיסת רכוש שאינו משמש לפעילות צבאית, אך קיים צורך צבאי בתפיסתו. לעניין זה נכתב כי:

“Property used for hostile purposes does not enjoy the protection of this rule. It is taken for granted in Article 23(g) that the property seized is of a non-hostile character.”

G. Schwarzenberger, **International Law, Section II: Armed Conflict**, (Stevens & Sons Publishers, 1968), P. 293.

209. המלומדים, המתייחסים למטרות שלשמן מתירה תקנה 23(g) לתפוס או להרוס רכוש, מונים בין מטרות אלה הקמתם של ביצורים, חפירות, ומבנים שנועדו להגנת הכוחות הלוחמים.

לעניין זה כותב דינשטיין כי:

“הצורך הצבאי עשוי להיות קיים בנסיבות שונות כמו התקפה (למשל, פגיעה בכוחות אויב המסתתרים במבנה), הגנה (לדוגמה, הקמת ביצורים), חילופי אש מרחוק ותנועת כוחות.”

י. דינשטיין, **דיני מלחמה**, (תל אביב, 1983), 155.

עוד נאמר בהקשר זה:

“Article 46 of the Hague Regulations expressly enacts that 'private property may not be confiscated.' But confiscation differs from the temporary use of private land and buildings for all kinds of purposes demanded by the necessities of war. What has been said above with regard to utilization of public buildings applies equally to private buildings. If necessary, they may be converted into hospitals, barracks, and stables without compensation for the proprietors, and they may also be converted into fortifications.”

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

210. אף בית משפט נכבד זה הכיר בסמכותה של המדינה לתפוס מקרקעין לצרכים צבאיים, ובכלל זה מכשולים, במהלך תקופת הלחימה, ועל פי דיני ניהול הלחימה. וראו לעניין זה, בין היתר את:
- בג"צ 9252/00, 9515/00, 3484/01 אל סקא ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2001(2) 1678. בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608.
211. תקנה 23(g) אוסרת על הריסה או תפיסה של קרקע, אלא אם התפיסה או ההריסה היא "imperatively demanded by the necessities of war" – "נחוצה באופן הכרחי לצרכי המלחמה".
212. המכשול הוא אחד משורה של צעדים לחימתיים, שמבצעת ישראל על מנת לבלום את מתקפת הטרור. יתרה מכך, מדובר בפעולה הגנתית במהותה, המהווה תחליף לפעילות צבאית התקפית. המכשול נחוץ אפוא באופן הכרחי לצורכי הלחימה.
- לכן אין מניעה, גם מבחינת הסמכות בדיני ניהול הלחימה, להקים את המכשול, אף אם הדבר כרוך פגיעה ברכוש הפרט.

#### **1.ה. ניתוח מישור הסמכות בהלכת בית סוריק**

213. מן האמור עד כה עולה כי, למפקד הצבאי קיימת הסמכות להקים את המכשול בתחום איו"ש על פי דיני התפיסה הלוחמתית, והן על פי דיני ניהול הלחימה. מבחינת סמכותו של המפקד הצבאי, הקמת המכשול אינה שונה מכל פעולה אחרת שנוקט המפקד הצבאי

בשטחים, במטרה להילחם בטרור – מבצעים צבאיים, מחסומים, החרמת כספים של ארגוני טרור, מעצרים מנהליים, תיחום מקום מגורים וכו'.

214. שתי מערכות דינים אלה מכירות בסמכות העקרונית להקים את המכשול, הן מכוח זכותה של ישראל לנקוט בצעדים הדרושים להגנתה במסגרת הלחימה בטרור, והן מכוח סמכותו של המפקד הצבאי בשטח למנוע יציאת טרור משטחו ולהבטיח את הסדר והביטחון הציבורי בשטח.

עוד הראינו, כי גם אם הקמת המכשול מביאה לפגיעה בקניין תושבי האזור, ולהגבלת חופש התנועה, אין בכך בכדי לשלול את הסמכות להקמת המכשול, אם הוא דרוש לצרכים צבאיים.

215. מכיוון שהקמת המכשול היא פעולת תשתית המבוצעת בשטח הנמצא בשליטת צה"ל, על יסוד תהליך מסודר ומתוכנן, המשיבים ראו לנכון לפעול על פי המגבלות הקבועות בדיני התפיסה הלוחמתית, אשר אינן מוחלות בדיני ניהול הלחימה. כך, הוצאו צווי תפיסה על-ידי המפקד הצבאי באיו"ש, ניתנה לבעלי הקרקע זכות להשיג על הצווים, ואף הוצעו להם פיצויים בגין השימוש בקרקע.

בכך יש כדי למתן את הנזק הנגרם לאוכלוסייה האזרחית כתוצאה מהקמת המכשול.

216. נעיר כי לאור גישה זו של המשיבים, אין צורך להכריע בשאלת היחס בין המגבלות על פי דיני הלחימה, לבין המגבלות על פי דיני התפיסה הלוחמתית. זאת מכיוון שמהמשיבים פועלים, ממילא, לפי הכללים המחמירים יותר, הקבועים בדיני התפיסה הלוחמתית, כמו בנושא תשלום פיצויים, והליכי השגה עובר לתפיסה.

217. ניתוח הסמכות להקמת המכשול תואם את ההלכה שנפסקה בעניין **בית סוריק**. שם נקבע כי המפקד הצבאי מוסמך להקים את המכשול באיו"ש. נפסק כי:

"טענתם השניה של העותרים הינה כי הקמת הגדר באזור מבוססת במידה רבה על תפיסת מקרקעין המצויים בבעלותם הפרטית של תושבים מקומיים, כי תפיסה כזו אינה חוקית, ויש בה לשלול את סמכותו של המפקד הצבאי להקים את המכשול. אין לקבל טענה זו. לא מצאנו פגם בהליך הוצאת צווי התפיסה, ובהליך מתן אפשרות להתנגדות להם. אשר לטענה בעניין הסמכות שהועלתה בפנינו, דעתנו הינה כי המפקד הצבאי מוסמך על פי המשפט הבינלאומי החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית - לתפוס חזקה במקרקעין אם הדבר דרוש לצרכי הצבא (ראו סעיפים 23(g) ו-52 לאמנת האג; סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית). עליו לשלם כמובן פיצויים בגין השימוש שהוא עושה במקרקעין (ראו בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113; בג"ץ 401/88 אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד

מב(2) 767; להלן - פרשת אבו ריאן; פרשת תימרז). אכן, על בסיס ההוראות של אמנת האג ואמנת ג'נבה הכיר בית משפט זה בחוקיות של תפיסת קרקעות ובתים לצרכים צבאיים שונים, ובכלל זה הקמת מתקנים צבאיים (בג"ץ 834/78 סלאמה נ' שר הביטחון, פ"ד לג(1) 471; סלילת כבישים עוקפים (בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622; פרשת וופא); בניית גדרות סביב מאחזים (פרשת תימרז); שיכון זמני של חיילים (בג"ץ 290/89 ג'ורא נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(2) 116); הבטחת תנועה תקינה בדרכי התחבורה שבאזור (פרשת אבו ריאן); 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)). כמובן, בכל פעולותיו אלה, על המפקד הצבאי להתחשב גם בצורכי האוכלוסיה המקומית. בהנחה שתנאי זה מתקיים, אין ספק כי המפקד הצבאי מוסמך לתפוס חזקה במקרקעין באזור הנתון לשליטתו. הקמתה של גדר הפרדה נופלת למסגרת זו, ובלבד שהדבר נדרש על פי צרכים צבאיים. עד כמה שהקמת הגדר היא צורך צבאי, אין בעצם פגיעתה בקנין הפרטי כדי לשלול את הסמכות להקימה. אכן, המכשול נועד להחליף את מבצעי הלחימה הצבאיים בדרך של חסימה פיזית של פעילות טרור מפני חדירה לריכוזי אוכלוסיה ישראלית. כמובן, תוואי גדר ההפרדה צריך להתחשב בצרכי האוכלוסיה המקומית, אך עניין זה שייך לשאלת התוואי של הגדר ולא לשאלת הסמכות להקימה." (הדגשה הוספה).

218. בעניין בית סוריק נקבע עוד כי המפקד הצבאי מוסמך להקים את המכשול מטעמים צבאיים בלבד, ולא מטעמים מדיניים פוליטיים. המכשול אינו יכול לספח שטחים למדינת ישראל, ואינו יכול להוות גבול מדיני (פסקה 27).

בית המשפט הנכבד בחן את העובדות שהובאו בפניו וקבע כי הטעם להקמת המכשול הוא בטחוני, ולא מדיני. נפסק כי:

"28. 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 התפרי', הינו אמצעי ביטחון למניעת פיגועי טרור ואינו מבטא גבול מדיני או אחר" (החלטה מיום 1.10.2003).

29. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (המשיב מס' 2), אלוף מ' קפלינסקי, הגיש לנו תצהיר. בתצהירו הוא קובע כי "מטרת גדר הביטחון הינה לאפשר התמודדות ביטחונית אפקטיבית עם מגוון של איומים הנובעים מהטרור הפלסטיני. בכלל זאת, נועדה הגדר למנוע מעבר בלתי מבוקר של תושבי האזור אל תחומי

ישראל ואת חדירתם אל תחומי ישובים ישראלים מסויימים המצויים באזור. מהשיקול הביטחוני נגזרת בחירת התוואי הטופוגרפי" (תצהיר מיום 15.4.2004, סעיפים 22 ו-23). מפקד האזור פירט את שיקוליו בבחירת התוואי. הוא מנה את הצורך של הגדר לעבור בשטחים השולטים על סביבותיהם; להעבירה בתוואי ישר ככל הניתן שיאפשר תצפית עליה; לקיים "מרחב ביטחון" שיאפשר עיכוב חדירה לישראל. אלה הם שיקולים ביטחוניים מובהקים. בתצהיר נוסף שהוגש לנו ציין האלוף קפלינסקי כי "אין המדובר בגדר של קבע, כי אם בגדר המוקמת באופן זמני, לצורך ביטחוני" (תצהיר מיום 19.4.2004, סעיף 4). **אין לנו כל יסוד שלא לתת לדברים אלה את מלוא משקלם, ואין לנו כל יסוד שלא להאמין בכנות דבריו של המפקד הצבאי.**

30. העותרים מבקשים להוכיח את טענותיהם כי ביסוד הקמת גדר הפרדה לא מונח שיקול ביטחוני אלא שיקול מדיני (גבול וסיפוח), תוך הסתמכות על תוואי הגדר. **לטענתם, אם השיקול בהקמת הגדר היה ביטחוני, הגדר היתה מוקמת על ה"קו הירוק", כלומר קו שביתת הנשק שבין ישראל לירדן לאחר מלחמת השחרור. טענות אלה אין בידינו לקבל. דווקא הגישה הביטחונית ולא המדינית צריכה לבחון את התוואי לגופו, בלא קשר הכרחי לקו הירוק. חברי המועצה לשלום ולביטחון, אשר תצהירם משלהם הובאו בפנינו בהסכמה, אינם מציעים היצמדות לקו הירוק. הם אף לא מעלים הטענה כי ביסוד שיקוליו של המפקד הצבאי עומד שיקול פוליטי. המחלוקת שלהם עימו היא באשר לתוואי הראוי של גדר הפרדה מנקודת המבט הביטחונית עצמה.**

31. הקדשנו לדיון בעתירה שלפנינו שבע ישיבות. שמענו בקשב רב את הסבריהם של קצינים ועובדים אשר טיפלו בפרטי הגדר. במקומות מספר שונה תוואי הגדר תוך כדי הדיון בעתירה. המשיבים גילו פתיחות להצעות שונות שהועלו. כך, למשל, בסמוך לשוב הר אדר הם הסכימו לקרב את הגדר העוברת מצפון לשוב אל מערך הביטחון הקיים שלו, ולהרחיקו משטחי הכפר אל קביבה הסמוך אליו. **אין לנו כל סיבה להניח כי המטרה היא מדינית ולא ביטחונית. אכן, העותרים לא הרימו את הנטל ולא שכנעו אותנו כי השיקולים עליהם מבוססת ההחלטה על הקמת גדר הפרדה הם שיקולים מדיניים ולא ביטחוניים. בדומה, לא הרימו העותרים את הנטל המוטל עליהם ולא שכנעו אותנו כי שיקוליו של מפקד כוחות צה"ל באזור בקביעת מיתווה גדר הפרדה אינם שיקולים צבאיים, וכי הוא לא פעל בתום לב להגשמתם, על פי מיטב תפיסתו הצבאית.**" (הדגשה הוספה).

219. מן האמור עולה כי המשיבים מוסמכים להקים את המכשול באיו"ש.

## 2. מידתיות הפגיעה בתושבי האזור

220. הדיון במישור הסמכות אינו ממצה את הדיון בסוגיה. לאחר שמיפנו את מקורות הסמכות להקמת המכשול נבקש להתייחס לשאלת מידתיות הפגיעה.



הפעלת הסמכות, עליה עמדנו לעיל, צריכה להיעשות באופן מידתי. עקרון המידתיות – מקורו הן במשפט הבין לאומי והן במשפט המינהלי הישראלי, כפי שנפרט להלן.

221. יסודו של המשפט ההומניטארי באיזון בין הצורך הצבאי לשיקולים הומאניטאריים. לעניין זה נכתב כי:

"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.

222. את הצורך באיזון ניתן למצוא אף במסגרת הסעיפים עליהם עמדנו לעיל, הקובעים את מגבלות הפגיעה המותרת בפרט. תקנה 52 לתקנות האג, סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית ותקנה 23(g) לתקנות האג מאפשרות, במקרים מסוימים, פגיעה בתושבי השטח התפוס והשטח שבו מתנהלת הלחימה, אולם רק אם קיים צורך צבאי בכך, ובתנאים הנקובים בהוראות האמורות.

המבחן על פיו מתבצע האיזון האמור הוא מבחן המידתיות. ראו לעניין זה המקורות מתחום המשפט הבין לאומי ההומניטארי, המובאים בפסקה 37, לפסק הדין בעניין **בית סוריק**.

223. עקרון המידתיות הוא אף עקרון יסוד במשפט המנהלי הישראלי. על כן, הוא חל על הפעלת הסמכות של המפקד הצבאי, לצד עקרונות אחרים מתחום המשפט המנהלי הישראלי, כמו קיומה של תשתית עובדתית מספקת, היעדר שיקולים זרים, קיומה של זכות טיעון וכו'.

ראו בעניין זה, פסקי הדין המובאים בפסק הדין בעניין **בית סוריק**, ובין היתר:

בג"ץ 337/71 אלג'מעיה אלמסיחיה נ' שר הביטחון, פ"ד כו(1) 574, 581 ;  
בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124, 138 ;  
בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 270 ;  
בג"ץ 393/82 ג'מעית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 794 ;  
בג"ץ 72/86 זלום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 528, 532 ;  
בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 365 ;  
בג"ץ 2977/91 תג' נ' שר הביטחון, פ"ד מו(5) 467, 474 ;  
בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נח(3) 443, 455.

224. לעניין זה נפסק בעניין **בית סוריק** כי:

"ההוראות שבתקנה 46 לתקנות האג ובסעיף 27 לאמנת ג'ינבה הרביעית מטילות על המפקד הצבאי חובה כפולה: עליו להימנע מפעולות הפוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלילית"; עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זוהי חובתו ה"חיובית" (ראו פרשת רופאים לזכויות אדם, שם). בצד ההוראות הבסיסיות הללו קיימות הוראות נוספות העוסקות בהיבטים ספציפיים, כגון תפיסת מקרקעין (סעיפים 23g) ו-52 לאמנת האג; סעיף 53 לאמנת ג'ינבה הרביעית). הוראות אלו יוצרות שתי וערב של הוראות אשר, מחד גיסא, מכירות בזכויות האדם ובצרכים של האוכלוסייה המקומית, ומאידך גיסא, מכירות בצרכי הביטחון מנקודת ראותו של המפקד הצבאי. בין הוראות נוגדות אלה יש למצוא איזון ראוי. מהו אותו איזון?"

225. עקרון המידתיות קובע כי החלטה של רשות מנהלית היא כדין, רק אם האמצעי אשר ננקט לשם הגשמת התכלית השלטונית הלגיטימית פוגע בזכויות הפרט במידה הראויה.

נהוג לחלק את מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה. כפי שהסביר זאת המשפט הנכבד בעניין **בית סוריק**:

"41. מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שבו

נקט המינהל צריך להוביל באופן ראציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט בהם להגשמת המטרה, יש לנקוט באותו אמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרתה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. זה מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). 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.

42. רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שננקט על ידי הרשות השלטונית בהגשמת מטרתו הוא מידתי. לא די בקיומו של אחד או שניים ממבחני משנה אלה. נדרש קיום בו-זמני של שלושתם. לא פעם מצויות מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. במצבים אלה יש להכיר במיתחם מידתיות (הדומה למיתחם הסבירות). כל אמצעי שהרשות בוחרת בו בגדרי המיתחם הוא מידתי (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 13; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258). (הדגשה הוספה).

226. לעניין יישום מבחני המידתיות על תוואי המכשול נקבע כי:

44. עקרון המידתיות חל בבחינת חוקיותה של גדר ההפרדה. גישה זו מקובלת היא על המשיבים. היא מצאה ביטוי בהחלטת הממשלה (מיום 1.10.2003) לפיה "במהלך התכנון המפורט ייעשה כל מאמץ לצמצם, ככל הניתן, הפרעות העלולות להיגרם לאורחות החיים של הפלסטינים בעקבות הקמת המכשול". היא היוותה את הטיעון המרכזי של המשיבים לפנינו, לפיו הנזק הנגרם על ידי תוואי גדר ההפרדה הוא מידתי. אכן, נקודת המוצא שלנו הינה, כי גדר ההפרדה נועדה להגשים מטרה ביטחונית, אשר המפקד הצבאי מוסמך להגשימה. שאלת המפתח לעניין תוואי הגדר הינה, האם המיתווה של גדר ההפרדה הוא מידתי? מידתיותה של גדר ההפרדה צריכה להיקבע על פי תשובה לשלוש השאלות הבאות, המשקפות את שלושת מבחני המשנה של המידתיות: ראשית, האם מתקיים מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונלי. השאלה הינה האם יש קשר ראציונלי בין מיקום מיתווה הגדר לבין השגת המטרה המונחת ביסוד הקמת גדר ההפרדה; שנית, האם מתקיים מבחן האמצעי הפוגע פחות. השאלה הינה

אם מבין תוואים שונים של גדר הפרדה שיש בהם כדי להגשים את מטרתה, נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה; שלישית, האם מתקיים מבחן המידתיות במובן הצר. השאלה הינה, אם גדר הפרדה בתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי פוגעת בתושבים המקומיים כה קשה עד כי אין יחס ראוי בין פגיעה זו לבין התועלת הביטחונית הצומחת ממנה. בבדיקה "יחסית" של מבחן זה תימצא גדר הפרדה בלתי מידתית, אם יוצג תוואי חלופי לגדר, שהיתרון הביטחוני הנצמח ממנו אמנם פחות מזה המובטח בתוואי שנבחר על-ידי המשיב, אך שהנזק הנגרם ממנו פחות בצורה משמעותית מן התוואי המקורי. (הדגשה הוספה).

227. ביישום מבחני המידתיות בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. על בית המשפט לקבוע אם מפקד צבאי סביר רשאי היה לקבוע את התוואי, כפי שקבע אותו המפקד הצבאי (פסקה 46 לפסק הדין בפרשת בית סוריק).

228. על יסוד המסגרת המשפטית שקבע בית המשפט הנכבד ניתח בית המשפט בעניין **בית סוריק** את העתירה שניצבה לפניו.

בעתירה בעניין **בית סוריק** הפגיעה בתושבי הכפרים היתה פגיעה קשה. אף המשיבים הסכימו, כי לשם הקמת המכשול נדרשו העתקת אלפי עצי זית, תפיסת אלפי דונמים, והותרת חלק ניכר מאדמות הכפרים מעבר למכשול. וכך סיכם בית המשפט הנכבד את הפגיעה:

"82. עם סיום בחינת מידתיות של כל צו בנפרד, מן הראוי הוא שנרים מבטנו ונשקיף על מידתיותו של מלוא מיתווה גדר הפרדה נשוא הצווים כולם. אורכה של גדר הפרדה נשוא הצווים שלפנינו היא כארבעים קילומטר. היא פוגעת בחייהם של שלושים וחמישה אלף תושבים מקומיים. ארבעת אלפים דונם מאדמותיהם נתפסות על ידי תוואי הגדר עצמה, ואלפי עצי זית הגדלים בתוואי עצמו נעקרים. הגדר חוצצת בין שמונה כפרים בהם מתגוררים התושבים המקומיים לבין למעלה משלושים אלף דונם מאדמותיהם. חלקן הגדול הן אדמות מעובדות, והן כוללות עשרות אלפים של עצי זית, עצי פרי וגידולים חקלאיים שונים. 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. 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 הפרדה תחצוץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם. באותם מקומות יש להבטיח מעבר שיקטין ככל האפשר את הפגיעה בחקלאים.**" (הדגשה הוספה)

חרף הפגיעה, נקבע כי כל חלקי המכשול עמדו בשני המבחנים הראשוניים של עקרון המידתיות – ההתאמה בין המטרה לאמצעי, וכן בחירת התוואי שפגיעתו היא הפחותה מבין התוואים שעמדו על הפרק.

עם זאת, לגבי מרבית התוואי שנבחן נקבע, כי הפגיעה שהוא גרם אינה מידתית, בהתאם למבחן המשנה השלישי, דהיינו המידתיות במובנה הצר.

בהקשר זה, נקבע כי היתרון הביטחוני של התוואי המוצע באותו קטע של המכשול, ביחס לתוואים חלופיים פוגעניים פחות, אינו שקול כנגד תוספת הפגיעה בתושבים הפלסטינים. לפיכך התקבלה העתירה, בכל האמור לקטעים אלה של המכשול.

229. כאמור, בעקבות פסק הדין נערכה בחינה מחודשת של כל תוואי המכשול המתוכנן בשלב ג' ו-ד' במטרה להתאימו לפרמטרים שקבע פסק הדין. כפי שהסברנו, ואף נסביר בהמשך, תוואי המכשול עבר שינוי מהותי בעקבות פסק הדין. כמו כן, בוצעה בחינה מחודשת של כל ההסדרים שקבעו את מרקם החיים באזור המכשול.

בין היתר נבחנו גם הקטעים בהם עוסקת העתירה, והוחלט שאין לשנותם, מכיוון שלדעת המשיבים עומדים הקטעים הללו בפרמטרים שנקבעו בהלכת **בית סוריק**.

## 8.א. יישום המסגרת הנורמטיבית על העתירות שלפנינו

230. שתי העתירות מעלות עובדות דומות. בשני המקרים מדובר על תוואי העובר בסמוך לקו תחום איו"ש. בעתירת בודרוס עובר חלק נכבד מן התוואי בתוך תחומי מדינת ישראל, ורק חלק קטן ממנו עובר באזור.

בשני המקרים תפיסת הקרקעות באיו"ש מבוססת על תנאי השטח, המחייבים תפיסת גבעות שולטות השוכנות סמוך לקו תחום איו"ש.

231. שתי העתירות עוסקות באזורים טרשיים המעובדים בדלילות או שאינם מעובדים כלל. היקף השטח הנותר מצידו המערבי של המכשול קטן - הן באופן מוחלט והן באופן יחסי לאדמות הכפרים. לצורך הקמת המכשול נדרשת העתקה של עשרות עצים בלבד. עשרות עצים נוספים יותרו מעבר למכשול. על מנת לאפשר את עיבוד הקרקע, יוצבו במקום שערים חקלאיים. המשיבים אף מוכנים להעתיק עצים אלה במטרה לאפשר את הטיפול בהם ללא צורך בחציית המכשול.

מדובר בפגיעה שולית באופן יחסי, שאינה שקולה כלל לצורך הביטחוני בהקמת המכשול בתוואי הנתון. נדגיש כי מדובר בפגיעה שאינה דומה בהיקפה כלל לפגיעה שנדונה בעניין בית סוריק.

232. אכן, בשתי העתירות ניתן להזיז את התוואי מערבה, מעבר לקו תחום איו"ש, ובכך למנוע את הפגיעה השולית באדמות הכפרים. אולם הזזה זו של התוואי, והחלפתו בתוואי, המוצע על ידי העותרים, לא תיתן מענה ראוי ומספק לצורך המבצעי.

בעניין בודרוס, התוואי המוצע לאורך קו תחום איו"ש חושף את חיילי צה"ל לסכנת ירי, ועלול להפוך אותם למטרות קלות לתקיפה.

בעניין שוקבא, התוואי המוצע אינו מאפשר תצפית יעילה לכיוון מזרח, ומונע את היכולת לקדם את פני החוליות המגיעות מכיוון האזור אל הגדר.

233. לכן, לדעת המשיבים, עומד התוואי, בשתי העתירות, בכל שלושת מבחני המידתיות.

ראשית, קיים קשר רציונאלי בין מטרתה של הגדר לבין התוואי שנבחר לה. תוואי זה מבוסס על שיקולים ביטחוניים בלבד, והוא עונה על הצורך המבצעי בגדר. בכך עונה התוואי על מבחן המשנה הראשון.

שנית, מבין כל התוואים העונים על הצורך המבצעי בצורה סבירה, התוואי המוצע הוא התוואי הפוגע בעותרים באופן המזערי ביותר. אכן, ניתן היה בשני המקרים להעביר את התוואי על קו תחום איו"ש, כפי ששואפים העותרים. אלא שבשני המקרים התוואי המוצע מסכן את הכוחות הנעים על הציר, ואינו מעניק תועלת מבצעית כמו התוואי אותו בחר המפקד הצבאי. בכך עונה התוואי גם על מבחן המשנה השני.

שלישית, הנזק הנגרם לתושבים המקומיים עומד ביחס ראוי לתועלת הביטחונית מהקמת הגדר. מדובר בנזק שולי, שהוא בר פיצוי, והוא אינו שקול כלל לתועלת הביטחונית מן התוואי.

בשל הפגיעה הקטנה בתושבי האזור, הזזת התוואי לתוואי פוגעני פחות לא תשנה בצורה מהותית את הפגיעה בתושבים המקומיים, אך תפגע פגיעה מהותית בצורך הביטחוני. על כן, התוואי האמור עומד גם בתנאי מבחן המשנה השלישי.

#### 9.א. סיכום חלק א' של כתב התשובה

234. בחלק א' של כתב התשובה סקרנו את עמדת בית המשפט העליון בנוגע למכשול קו התפר, בעיקר על פי הלכת **בית סוריק**. כמו כן, ניתחנו את העתירות על פי מבחני הפסיקה. עמדת המשיבים היא כי דין העתירות להדחות, וזאת בהתאם להלכת **בית סוריק**.

235. הראינו כי הממצאים העובדתיים בפסק הדין בעניין **בית סוריק**, נקבעו לאחר דיונים עובדתיים ממושכים, שהתבססו על השיטה האדברסרית.

בדיונים אלה הוצגו בפני בית המשפט הנכבד מכלול הדעות והנתונים העובדתיים להכרעה. הוצגה עמדת המפקד הצבאי לגבי כל חלק במכשול שעמד להכרעה. הוצגו תוואים חלופיים, ונותחו הפגיעות בתושבים המקומיים לגבי כל חלק מן המכשול בנפרד.

הקביעה העובדתית של בית המשפט, היא כי מדובר במכשול בעל תכלית צבאית ולא מדינית. זהו מהלך צבאי, שהוא חלק מתגובת ישראל למתקפת הטרור נגדה.

236. התשתית המשפטית של פסק הדין מבוססת על עקרונות המשפט הבין לאומי, כפי שפורשו ופותחו בפסיקה הישראלית. עקרונות אלה לקוחים הן מתחום דיני התפיסה הלוחמתית והן מתחום דיני ניהול הלחימה.

237. הלכת **בית סוריק** מבוססת על פסיקה ענפה שניתנה ב-37 השנים בהן מחזיקה ישראל באזור בתפיסה לוחמתית. פסיקה זו קובעת את גבולות ההתמודדות של מדינה דמוקרטית עם האתגר של ההתמודדות עם מתקפת הטרור שמקורה באיו"ש. היא באה

למצוא את נקודת האיזון בין הצורך להתמודד עם מתקפת הטרור, לבין החובה לשמור על זכויות התושבים באזור.

238. עוד הסברנו כי בעקבות פסק הדין בעניין **בית סוריק** עבר תוואי המכשול שינוי מהותי. אין מדובר בתוואי שבו עסק פסק הדין בלבד. תוואי המכשול כולו עבר בחינה מחודשת, במטרה להתאימו לעקרונות שנקבעו בפסק הדין. בנוסף מבוצעת בחינה מחודשת הסדרת מרקם החיים בקרבת המכשול.

אף התוואי בו עוסקות העתירות נבחן פעם נוספת, ולא נמצא מקום לשנותו.

239. מסקנתנו היא כי דין העתירות להדחות, בהתאם למבחני **בית סוריק**. זאת מכיוון שהפגיעה השולית בתושבי האזור אינה שקולה כלל לתועלת הביטחונית שבהקמת המכשול.

240. בחלק זה הרחבנו בניתוח התשתית העובדתית והמשפטית, אולי אף מעבר הנדרש לצורך עניינן של העתירות. אולם הרחבה זו באה לסייע לנו בחלקו השני של כתב התשובה, אליו ניגש עתה.

241. בחלק זה נתייחס לסיפא של ההחלטה על הוצאת צו על תנאי, שבה נתבקשו המשיבים:

”...לעמוד על חוות הדעת המייעצת של בית הדין  
הבינלאומי בהאג ועל השלכותיה – אם יש לה השלכות –  
על העתירה שלפנינו...”



## חלק ב' – חוות הדעת המייעצת של בית הדין והשפעתה על העתירות

### ב.1. כללי

242. מטרתו של חלק זה בכתב התשובה היא לנתח את מעמדה של חוות הדעת המייעצת שנתן בית הדין הבין לאומי, המכונים בכתב תשובה זה "חוות הדעת המייעצת" ו"בית הדין", בהתאמה. זאת במטרה לבחון האם חוות הדעת המייעצת משליכה על עניינן של העתירות. לצורך ניתוח שאלה זו נבקש לעמוד תחילה על מעמדו של בית הדין בכלל, ועל מעמדה המשפטי של חוות דעת מייעצת שנותן בית הדין, בפרט.
243. בית הדין הוקם מכח סעיף 7(1) למגילת האו"ם, וחוקת בית הדין היא נספח למגילת האו"ם. על פי סעיף 92 למגילת האו"ם, תפקיד בית הדין הוא להיות אורגן השפיטה העיקרי של האו"ם. לבית הדין שני תפקידים עיקריים: התפקיד הראשון הוא לדון בסכסוכים בין מדינות, ולתת פסק דין מחייב. התפקיד השני הוא לתת חוות דעת מייעצת בשאלה משפטית כלשהי על פי בקשת אורגנים של האו"ם או על פי בקשה של הסוכנויות המיוחדות, המוסמכות לבקש חוות דעת מבית הדין. אחד האורגנים הללו הוא העצרת הכללית של האו"ם.
244. חוות דעת מייעצת אשר נותן בית הדין, כשמה כן היא - חוות דעת בלבד. חוות הדעת אינה מחייבת, אף לא את האורגן שביקש אותה, לא בקביעות העובדתיות שבה ולא בקביעות המשפטיות בה. 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.
- לכן, חוות הדעת שנותן בית הדין אין בהן כדי להטיל חיוב על מדינה כלשהי, או על בית משפט מדינתי.
245. למרות שחוות הדעת המייעצת, בה עוסקות העתירות, אינה מחייבת, לא משפטית ולא עובדתית, אין להתעלם מהאמור בה. אולם זאת יש לעשות רק לאחר בחינה וניתוח של חוות הדעת, ההליכים שקדמו לה, התשתית העובדתית עליה התבססה, ואופי הניתוח המשפטי.
- ואכן, למרות שישראל סברה ועדיין סבורה כי לא היה מקום ליתן את חוות הדעת המייעצת, כפי שהובהר לבית הדין, ישראל בדקה ושקלה את חוות הדעת המייעצת בעניין המכשול.
- הבדיקה העלתה כי חוות הדעת המייעצת לוקה הן בחלקה העובדתי והן בחלקה המשפטי, באופן המונע אפשרות להסתמך על קביעותיה.

מטרתו של חלק זה בכתב התשובה היא להסביר את עמדתנו זו, בדגש על העובדות בעתירות שלפנינו.

## **ב.2. מעמד חוות הדעת של בית הדין הבין לאומי**

### **ב.2.א. בית הדין הבין לאומי – רקע, היסטוריה ותפקידו השיפוטי של בית הדין**

246. כאמור, בית הדין הוא אורגן השפיטה העיקרי של האו"ם. בית-הדין הוקם בשנת 1946, מכוח פרק יד' למגילת האו"ם. לסקירה מפורטת על בית הדין ראו:

Terry D. Gill (ed.), **Rosenne's The World Court – What It Is and How It Works** (sixth ed., Martinus Nijhoff, 2003).

Shabtai Rosenne, **The Law and Practice of The International Court 1920-1996**, (Martinus Nijhoff Publishers 2003).

247. בית הדין בא במקומו של בית-הדין הבין לאומי הקבוע (ה-PCIJ) שהוקם על יסוד סעיף 14 לברית חבר הלאומים, ואשר פעל לצד ארגון חבר הלאומים בשנים 1922 עד 1946.

בשונה מקודמו, שהיה אורגן עצמאי, ולא אורגן של חבר הלאומים, בית הדין דהיום הוא אורגן של האו"ם.

248. כאמור, לבית הדין שני תפקידים עיקריים. התפקיד הראשון הוא להכריע בסכסוכים בין מדינות. כאן ממלא בית הדין פונקציה שיפוטית. התפקיד השני הוא ליתן חוות דעת מייעצת בשאלות משפטיות לעצרת הכללית של האו"ם ולאורגנים וסוכנויות אחרות של האו"ם, שהוסמכו לכך, בהתאם לסעיף 96 למגילת האו"ם.

249. נעמוד תחילה על תפקידו השיפוטי של בית הדין. בית הדין מכריע בסכסוכים בהם מעורבות מדינות. הבאת סכסוך בין מדינות להכרעת בית הדין, מחייבת את הסכמת כל המדינות המעורבות בסכסוך. זהו עקרון כללי של השפיטה הבין לאומית.

עקרון יסוד זה מקורו בעיקרון ריבונות המדינות, והוא בא להגן על ריבונות זו מפני התערבות כופה מצד גופים ומדינות אחרים.

ראו לעניין זה:

Shabtai Rosenne (ed.) **The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907 and International Arbitration: Reports and Documents** (T.M.C. Asser Press, 2001)

250. סעיף 36 לחוקת בית הדין קובע את היקף סמכותו של בית הדין. הסעיף קובע כי:

1. The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.

...

6. In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court

כלומר, לבית הדין סמכות לדון כאשר הצדדים לסכסוך מסכימים ביניהם להביא את הסכסוך בפני בית הדין.

251. סעיף 36(2) קובע הסדר, לפיו מדינות יכולות להצהיר מראש על קבלת סמכותו של בית הדין לשפוט ולהכריע בסכסוכים בהם הן נוטלות חלק. הסעיף קובע כי:

**2. The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:**

- a. the interpretation of a treaty;
- b. any question of international law;
- c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;
- d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.

אלא שנכון לחודש יולי 2004, מתוך 191 מדינות החברות בחוקת בית הדין, רק 65 מדינות הפקידו בידי מזכ"ל האו"ם הצהרה, כי הן מקבלות את סמכות השיפוט של בית הדין בהתאם לסעיף 36(2) לחוקה. ישראל אינה מצויה בין אותן מדינות. יתר על כן, רבות מהצהרות אלה כוללות הסתייגויות, המסייגות את סמכות בית הדין בנושאים שונים או כלפי מדינות שונות.

וראו לעניין זה דו"ח בית הדין הבין לאומי לתקופה שבין 1.8.03 ועד ה- 31.7.04, שהוגש לעצרת הכללית של האו"ם. הדו"ח, כמו מסמכים נוספים אליהם נתייחס להלן, מצוי באתר האינטרנט של בית הדין שכתובתו: <http://www.icj-cij.org> (להלן – אתר בית הדין).

מעניין לציין כי רוב מוחלט מבין המדינות שהתייצבו לדיונים בעל פה בפני בית הדין בעניין חוות הדעת, וביקשו לכפות על ישראל את מתן חוות הדעת, למרות התנגדותה, לא קיבלו על עצמן את סמכות השיפוט של בית הדין בהתאם לסעיף 36(2).

רשימת המדינות שקיבלו על עצמן את סמכותו של בית הדין בהתאם לסעיף 36(2) מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/17**.

252. בבית-הדין מכהנים חמישה-עשר שופטים ממדינות שונות, הנבחרים על ידי העצרת הכללית ומועצת הביטחון של האו"ם לתקופה של תשע שנים. על השופטים להיות בעלי הכישורים הנדרשים לכהונה בתפקידים המשפטיים הבכירים ביותר במדינותיהם או להיות משפטנים בעלי כישורים מוכרים בתחום המשפט הבין לאומי. וראו לעניין זה סעיפים 2,4,10,13 לחוקת בית הדין.

253. בעת מתן חוות הדעת כיהנו בבית הדין השופטים הבאים: הנשיא Shi Jiuyong (מסין), סגן הנשיא Raymond Ranjeva (ממדגסקר), Gilbert Guillaume (מצרפת), Abdul G. Koroma (מסיירה ליאון), Vladlen S. Vereshchetin (מרוסיה), Rosalyn Higgins (מאנגליה), Gonzalo Parra-Aranguren (מוונצואלה), Pieter H. Kooijmans (מהולנד), Francisco Rezek (מברזיל), Awn Shawkat Al-Khasawneh (מירדן), Thomas Buergenthal (מארה"ב), Nabil Elaraby (ממצרים), Hisashi Owada (מיפן), Bruno Simma (מגרמניה) ו-Peter Tomka (מסלובקיה).

254. **מגילת האו"ם רואה בבית הדין את אחד הכלים לפתרון סכסוכים בדרכי שלום. אין מדובר במכשיר בלעדי או מרכזי ליישוב סכסוכים.** סעיף 33 למגילת האו"ם מונה את הכלים לפתרון סכסוכים. הסעיף מתחיל במו"מ, גישור, בוררות ורק אז מתייחס להכרעה שיפוטית. הסעיף קובע כי:

"1. The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.

2. The Security Council shall, when it deems necessary, call upon the parties to settle their dispute by such means."

בנוסף, יש לציין כי בית הדין אינו סמכות השיפוט הבין לאומית הבלעדית, ולמדינות קיימות האפשרות לפנות לבתי דין אחרים. ראו לעניין זה גם סעיף 95 למגילת האו"ם, הקובע כי:

"Nothing in the present Charter shall prevent Members of the United Nations from entrusting the solution of their differences to other tribunals by virtue of agreements already in existence or which may be concluded in the future."

255. אופייה המיוחד של ההכרעה השיפוטית ביחסים הבין לאומיים, בא לידי ביטוי גם ביחס לפסקי הדין בהם מכריע בית הדין בסכסוך בין צדדים. במקרים מסוימים, הכרעת בית הדין היא לא סיומו של ההליך, אלא רק תחילתו. מדינות רבות מתייחסות להחלטות בית הדין כבסיס להמשך דיאלוג פוליטי או כזרז לקידום משא ומתן בין הצדדים. בחלק מהמקרים נדרש משא ומתן נוסף ואף נדרשים הסכמים חדשים בכדי להוביל ליישום ההחלטה של בית-הדין, באופן מלא או חלקי. ראו לעניין זה:

Colter Paulson, "Compliance with Final Judgments of The International Court of Justice Since 1987", 98 *AJIL* 434 (2004).

### **ב.2.ב. מוסד חוות הדעת המייעצת של בית הדין**

256. לצד ההכרעה השיפוטית, לבית הדין יש תפקיד נוסף והוא הענקת חוות דעת מייעצות למוסדות של האו"ם. חוות דעת אלה אינן מהוות הכרעה שיפוטית.

257. מוסד חוות הדעת היה קיים גם בתקופת בית הדין הקבוע, ועוגן בסעיף 14 לספר הברית של חבר הלאומים.

258. מוסד חוות הדעת המייעצת קבוע כיום בסעיף 96 למגילת האו"ם. הסעיף קובע כי:

"1. The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question.

2. Other organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal

questions arising within the scope of their activities."

הסעיף קובע, כי העצרת הכללית ומועצת הביטחון מוסמכות לבקש מבית הדין חוות דעת מייעצת בכל שאלה משפטית. כמו כן הסוכנויות המיוחדות של האו"ם רשאיות לבקש, במסגרת מילוי תפקידיהן, חוות דעת מייעצת, שתבהיר את המצב המשפטי בתחומים שבהם הן פועלות.

לדיון כללי בנושא חוות הדעת של בית הדין ראו :

H. W. A. Thirlway, "Advisory Opinions of International Courts", **Encyclopedia of Public International Law**, (1997), Vol. I, 38-43.

Michla Pomerance, **The advisory function of the International Court in the League and U.N. eras** (Johns Hopkins University Press , 1973).

Kenneth James Keith, **The extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice** (A. W. Sijthoff 1971).

Shabtai Rosenne **The Law and Practice of The International Court 1920-1996**, (Martinus Nijhoff Publishers 2000) 86 – 89.

Shabtai Rosenne **The Perplexities of Modern International Law, General Course on public International law, in Hague Academy of International Law**, Vol. 291 (2001), 121.

259. בהקשר זה ראוי לציין, כי קיים הבדל משמעותי בין הליך הפניה לקבלת חוות דעת שהיה קיים בחבר הלאומים, לבין ההליך הקיים במסגרת האו"ם. בתקופת חבר הלאומים נדרש אימוץ פה אחד של החלטות לבקשת חוות דעת. במסגרת האו"ם מתקבלות החלטות ברוב רגיל בעצרת הכללית של האו"ם ומועצת הביטחון. יתר על כן, בהחלטות העצרת הכללית די ברוב של המדינות המשתתפות, ואין צורך ברוב של המדינות החברות באו"ם.

הדבר הביא לכך שהעצרת הכללית יכולה לאמץ החלטות שעניינן פנייה לבית הדין לקבלת חוות דעת מייעצת גם במקרה של התנגדות חריפה של חלק מהמדינות, כפי שארע במקרה דנן. ראו לעניין זה :

Shabtai Rosenne **The Perplexities of Modern International Law, General Course on public International law, in Hague Academy of International Law**, Vol. 291 (2001), 122.

260. ברוב המקרים בהם ביקשה העצרת חוות דעת מבית הדין, ההחלטה נתקבלה כמעט פה אחד. עד כה היו ארבעה מקרים בהם ההחלטה לבקש את חוות הדעת נתקבלה ברוב של פחות מ-50% מהמדינות החברות באו"ם, ביניהם ההחלטה לבקש את חוות הדעת הנוכחית, בעניין המכשול.

במהלך כ-60 שנות קיומו של בית הדין, הופנו אליו 24 בקשות בלבד למתן חוות דעת. עיקר הבקשות נגעו לנושאים הקשורים לתפקודו של האו"ם. במספר מקרים בודדים התייחסו חוות הדעת לסכסוכים בין מדינות. ראו לעניין זה:

Shabtai Rosenne *The Law and Practice of The International Court 1920-1996*  
304-345.

### ב.2.ג. מעמדה המשפטי של חוות הדעת

261. אופייה המיוחד של חוות הדעת המייעצת, משפיע אף על תוקפה המשפטי. בשונה מפסקי דין של בית הדין, המחייבים, מבחינה משפטית, את הצדדים להתדיינות, **חוות הדעת של בית הדין הבין לאומי אינה בגדר res judicata ואין לה תוקף משפטי מחייב.**

המדובר בחוות דעת 'מייעצת' (Advisory Opinion) שאינה מחייבת אף את האורגן שביקש אותה ובוודאי שאינה מחייבת את המדינות בהן עוסקת חוות הדעת. האורגן, אשר ביקש את חוות הדעת יכול לשקול את אימוץ חוות הדעת. אימוץ חוות הדעת מותנה במקרה זה בשיקולים פוליטיים ואחרים.

לעניין מעמדה הבלתי מחייב של חוות דעת מייעצת ראו:

י' דינשטיין **תביעות בין לאומיות** (1977) 182 ואילך.

262. המעמד הבלתי מחייב של חוות הדעת המייעצת מטעם בית הדין חודד לאחרונה בדברים אשר נשא השופט Shi Jiuyong, נשיא בית הדין הבין לאומי, בפני הועדה השישית, היא הועדה המשפטית, של עצרת האו"ם, ביום 5.11.04. נציין כי נשיא בית הדין עמד בראש הרכב השופטים שנתן את חוות הדעת בעניין המכשול.

בנאומו, דן הנשיא במעמד המשפטי של חוות דעת של בית הדין הבין לאומי, גם בהקשר של חוות הדעת בנוגע למכשול. בהתייחסו למוסד חוות הדעת אמר נשיא בית הדין כי:

**"...These opinions were not binding in nature  
or res judicata..."**

**"As I mentioned earlier, another essential characteristic of advisory opinions is their non-binding nature; even the requesting body is not obliged to accept the conclusions of the Court..."**

"...the "judicial" approach to this non-binding procedure makes it possible for the Court to offer an authoritative legal opinion, which nonetheless allows for flexibility in its implementation by the participants".

Speech By H.E. Judge Shi Jiuyong, President of The International Court of Justice, to the Sixth Committee of The General Assembly of the United Nations, "The Advisory Function of the International Court of Justice", 5 November 2004

הנאום מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/18**.

263. גישה דומה מצויה הן בחוות הדעת המייעצת בעניין המכשול, כפי שנרחיב בהמשך, והן בספר שפרסם רשם בית הדין, הסוקר את פעילויותיו וסמכויותיו. בעניין מעמדה של חוות הדעת המייעצת נכתב כי :

**"It is of the essence of the Court's advisory opinions that they are advisory, i.e., that, unlike the Court's judgments, they have no binding effect.**

The requesting organ, agency or organization remains free to give effect to the opinion by any means open to it, or not to do so. It is only in a few specific cases that it is stipulated beforehand that an opinion shall have binding force (e.g., conventions on the privileges and immunities of the United Nations, its specialized agencies and the IAEA, and the host agreement between the United Nations and the United States).

**The International Court of Justice** (Fourth edition) 1996.

ספר זה מצוי באתר האינטרנט של בית הדין בכתובת :



264. חשוב לציין בהקשר זה, כי גם אם חוות הדעת מאומצת על ידי האורגן שביקש אותה, לדוגמא העצרת הכללית, אין הדבר הופך את חוות הדעת למחייבת.

להחלטת העצרת הכללית אין תוקף מחייב משל עצמה, גם אם היא מאמצת את האמור בחוות הדעת. ראו לעניין זה סעיפים 11 ו-12 למגילת האו"ם.

265. לכאורה, משהראינו כי חוות הדעת אינה בעלת תוקף משפטי מחייב, ניתן היה לסיים את הדיון בעניין מעמדה של חוות הדעת בעניין המכשול. הרי חוות הדעת אינה מחייבת את ישראל, או את בית משפט נכבד זה, ולכן מבחינה פורמאלית אין לה השלכה על עניינן של העתירות.

266. אולם הסוגיה מורכבת מעט יותר. 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.

267. למשפט הבין לאומי ישנם מקורות ייחודיים, השונים ממקורותיו של המשפט הלאומי הפנימי. בעוד שמקורותיה העיקריים של שיטת משפט לאומית הם בדרך כלל חקיקה ופסיקה, הרי שהמשפט הבין לאומי מכיר בשלושה מקורות משפטיים עיקריים: אמנות בין לאומיות, נוהג בין לאומי, עקרונות משפטיים של "מדינות בנות-תרבות" ושני מקורות עזר: הכרעות של בתי משפט וכתבי מלומדים.

לעניין זה קובע סעיף 38 לחוקת בית הדין:

"1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."

הגם שסעיף 38 מתייחס לדין אותו יחיל בית הדין, הוראה זו נתפסת כמשקפת את מקורות המשפט הבין לאומי בכלל.

ראו: י' דינשטיין **המשפט הבינלאומי והמדינה** (1971) 44 ואילך, בעיקר עמוד 59-60.

268. על כן, האמנות הבין לאומיות, המנהג הבין לאומי, ועקרונות המשפט הכלליים המוכרים על ידי האומות בנות התרבות, הם-הם הליבה של המשפט הבין לאומי. בצד אלה משמשים החלטות שיפוטיות וכתבי המלומדים החשובים ביותר כאמצעי עזר לקביעת כללי המשפט. אלה קרויים בסעיף 38 'אמצעים משניים'. ככאלה, אין כתבי המלומדים וההחלטות השיפוטיות יוצרים משפט בין לאומי, אלא לכל היותר יכולים להעיד על קיומו.

269. את קביעותיו המשפטיות של בית הדין הניתנות במסגרת הכרעה בסכסוך או במסגרת חוות דעת מייעצת יש לקרוא, אפוא, בתשומת לב ראויה, בהתחשב בנסיבות ובפרוצדורה שננקטה. אין הכרח או חובה לקבלן קביעות מכריעות לגבי מהו המשפט הבין לאומי בנושא מסוים.

270. הפרופסור רוזן מציע מספר מבחנים לבחינת המסקנות והקביעות של פורומים בין לאומיים, ובכלל זה בית-הדין, בכל האמור למעמד המשפטי שיש ליחס להן:

"Like all legal instruments, every international judicial pronouncement must first be read as a whole in its context before any attempt is made to analyse it and deduce from it any statement of principle or rules of law. ... The context embraces the proceedings that led to the pronouncement, and for an advisory opinion that includes the proceedings in the body that made the request. ... Careful reading of a judicial pronouncement should have full regard for the pleadings wherever possible and for all the individual opinions appended to it. It is only by contrasting all of these, by setting thesis against antithesis, that the reader can establish with some degree of finesse what was really decided and what is the real significance of any dictum appearing in the pronouncement. Attention should also be given to whether a particular issue was contested or conceded, and whether the court or tribunal

reached its conclusions after adversarial pleading  
or not."

Shabtai Rosenne, *the Perplexities of Modern International Law, General Course on public International law, in Hague Academy of International Law*, Vol. 291 (2001), 67-68.

פרופ' רוזן מציע לבחון כל החלטה לגופה על פי מהות ההליכים לפני מתן ההחלטה, אופי הטענות שעלו בהליכים והדרך שבה נותחו העמדות השונות. משקל מיוחד יש ליתן לשאלה האם המסקנות התקבלו על בסיס הליך אדברסרי ראוי.

271. לסיכום, חוות דעת של בית הדין אינה מחייבת אף מדינה ואף לא את הארגון שביקש אותה. אף אימוצה על ידי הארגון שביקש אותה אינה הופך אותה למחייבת, כשלעצמה.

גם אם בית הדין מוצא לנכון להעניק חוות דעת מייעצת בנוגע לסכסוך קונקרטי, אין בכך בכדי לעקוף את העיקרון היסודי, ולפיו לא ניתן לאכוף את סמכותו של בית הדין על מדינה, בניגוד לרצונה.

מבחינת השפעת חוות הדעת על עמדת המשפט הבין לאומי, אין לומר כי קביעותיו של בית הדין הן אלה המכתיבות את עמדת המשפט הבין לאומי בבחינת "כזה ראה וקדש".

272. את קביעותיו המשפטיות של בית הדין הניתנות במסגרת הכרעה בסכסוך או במסגרת חוות דעת יש לכן לקרוא בתשומת לב ראויה, בהתחשב בנסיבות ובפרוצדורה שנקטה.

אין לקבלן כתשובות סופיות לגבי עמדת המשפט הבין לאומי בנושא מסוים. יש צורך לבחון את ההחלטה לגופה, את הנסיבות שבהן ניתנה, החומר שעמד לרשות בית הדין, אופי ההכרעה וכו'.

273. לאור האמור, ניגש עתה לניתוח חוות הדעת המייעצת בעניין המכשול. תחילה נסקור את ההליכים שהולכו לקבלת חוות הדעת המייעצת, ואת חוות הדעת המייעצת עצמה. לאחר מכן ננתח את השלכותיה של חוות הדעת המייעצת על עניינן של העתירות.

### 3.ב. ההליכים שקדמו למתן חוות הדעת

#### 3.ב.א. ההליכים בעצרת הכללית

274. תחילתם של ההליכים באו"ם, שהולכו למתן חוות הדעת, בחודש אוקטובר 2003. אז ניסו מדינות ערב ואש"ף לפעול במועצת הביטחון נגד המכשול. ביום 14.10.03 דחתה

מועצת הביטחון הצעת החלטה בעניין זה, שהגישה סוריה. זאת בעקבות וטו שהטילה ארצות הברית על ההחלטה. בולגריה, בריטניה, גרמניה וקמרון נמנעו, מכיוון שסברו כמו ארצות הברית, כי מדובר בהצעת החלטה חד צדדית, שתפגע בקידום תוכנית מפת הדרכים.

הצעת ההחלטה ופרוטוקול הדיון בעצרת הביטחון מצורפים לכתב התשובה ומסומנים **מ/ש/19**.

275. למרות דחיית הצעת ההחלטה, פנו מדינות ערב לעצרת הכללית במטרה להביא להחלטה, שתקבע כי המכשול אינו חוקי, ולחלופין, להביא להפניית הנושא לבית הדין לצורך קבלת חוות דעת מייעצת.

ביום 21.10.03 קיבלה העצרת הכללית, במסגרת מושב החירום המיוחד העשירי, את החלטה ES-10/13. ההחלטה דרשה מישראל להפסיק את בניית המכשול, ולפרק את החלקים שנבנו, שלא בתחומי קו תחום איו"ש.

העצרת הכללית הורתה למזכ"ל האו"ם להגיש לה דו"ח בעניין בתוך חודש ימים.

276. בינתיים, ביום 19.11.03 קיבלה מועצת הביטחון את החלטה 1515, המאמצת את "מפת הדרכים" לפתרון הסכסוך הישראלי – פלסטיני, וקוראת לשני הצדדים לפעול על פי תוכנית זו. העקרון המנחה את מפת הדרכים הוא קביעת מתווה מדורג לדיון בכלל הסוגיות במסגרת הסכסוך הישראלי – פלסטיני.

ההחלטה מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מ/ש/20**.

277. ביום 24.11.03 הגיש מזכ"ל האו"ם דו"ח לעצרת הכללית ובו קבע, בין היתר, כי ישראל אינה ממלאת אחר החלטת העצרת הכללית לפירוק המכשול.

דו"ח מזכ"ל האו"ם מצורף לכתב התשובה ומסומן **מ/ש/21**.

278. ביום 8 בדצמבר 2003, בעקבות דו"ח מזכ"ל האו"ם, קיבלה העצרת הכללית של האו"ם, במושב החירום המיוחד העשירי, את החלטה ES-10/14. בהחלטה מבקשת העצרת הכללית מבית הדין הבין לאומי את חוות דעתו בשאלה המשפטית הבאה:

“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?"

ההחלטה מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/22**.

279. בית הדין נתבקש על ידי העצרת של האו"ם לחוות דעתו בשאלת ההשלכות המשפטיות של הקמת "החומה" ב"שטחים הפלסטינים הכבושים" ובמזרח ירושלים, לאורך התוואי שתואר בדו"ח של המזכיר הכללי של האו"ם מיום 24.11.03.

נציין כי הבקשה לחוות דעת ניתנה במסגרת החלטה ארוכה, המנוסחת באופן שאינו מותיר ספק, באשר למסקנה המבוקשת, לדעת העצרת הכללית.

280. ההחלטה על הפניה לבית הדין בבקשה למתן חוות דעת מייעצת נתמכה על ידי פחות ממחצית מבין 191 המדינות החברות באו"ם. 90 מדינות הצביעו בעדה, 74 נמנעו ו-8 הצביעו נגדה.

פירוט ההצבעה על פי מדינות, מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/23**.

281. להחלטה לא קדם מו"מ לגבי ניסוח השאלה. מדובר היה בניסוח חד צדדי, שהוכתב על ידי מנסחיו, וביניהם אש"ף. נוסח זה של השאלה שיקף את העמדות הפוליטיות של מנסחיו.

כך, לדוגמא, השאלה התייחסה להקמת החומה (wall), על המשמעות ההיסטורית השלילית של מונח זה. זאת למרות שבפועל רק חלק קטן מן המכשול מורכב מחומה. נעיר כי דו"ח המזכ"ל עליו מתבססת הפניה לבית הדין, מתייחס למונח אובייקטיבי יותר – המכשול (barrier). כמו כן השאלה כלל לא התייחסה לסיבות שהוליכו את ישראל להקים את המכשול.

### **ב.3.ב. ההליכים בפני בית הדין**

282. ביום 11.12.03 פנתה ישראל לבית הדין במכתב ובו מספר בקשות מקדמיות בנוגע להליך. ישראל ביקשה כי בית הדין יפצל את הדיון לשני חלקים; תחילה ביקשה ישראל לדון בשאלת הסמכות, ורק אם תידחה טענת ישראל כי בית הדין נעדר סמכות, לדון בבקשה לגופה. עוד הודיעה ישראל, שמכיוון שמדובר בנושא סבוך, יידרש פרק זמן ממושך, של לפחות מספר חדשים, לשם הצגת עמדתה לבית הדין. ישראל ביקשה כי בית הדין יקבע את לוח הזמנים לדיון בהתאם למורכבות הסוגיה.

פניית ישראל מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/24**.

283. ביום 19.12.03 פרסם בית הדין צו (order) ובו הוראות לגבי אופן ניהול ההליך, שבו נדחו במשתמע כל בקשות ישראל.

בית הדין החליט לאפשר למדינות החברות בחוקת בית הדין, להמציא לבית הדין מידע בכל האספקטים שמעוררת השאלה שהופנתה לבית הדין. למרות שסעיף 66(2) לחוקת בית הדין, מתיר רק למדינות ולארגונים בין לאומיים להמציא מידע לבית הדין, התיר הצו גם ל"פלסטיין" להגיש הודעה כתובה לבית הדין, הן בשל מעמדה המיוחד כמשקיפה באו"ם, והן בשל כך שהיא יזמה, יחד עם מדינות אחרות, את ההחלטה של העצרת הכללית לבקשת חוות דעת.

עוד קבע בית הדין את המועד האחרון להגשת המידע ל - 30.1.04, ואת המועד לשמיעת טיעונים בעל פה ל - 23.2.04.

**ההחלטה מצורפת לכתב התשובה ומסומנת מש/25.**

על כן, בית הדין העניק למדינות ולארגונים האחרים 42 יום להכנת הטענות, ולא קיבל את בקשתה של ישראל לפיצול הדיון.

284. ביום 31.12.03 פנתה ישראל פעם נוספת לבית הדין, והעלתה מספר טענות לגבי החלטת בית הדין מיום 19.12.03. ישראל טענה נגד השימוש במונח "חומה" לתיאור המכשול, מכיוון שתיאור זה אינו נכון. עוד טענה ישראל נגד לוח הזמנים הקצר, ושיתוף "פלסטיין" בדיונים, במעמד של מדינה. ישראל חזרה על טענתה לגבי חוסר סמכותו של בית הדין לדון בנושא, ועל חוסר הנאותות של הדיון.

**פנייתה של ישראל מצורפת לכתב התשובה ומסומנת מש/26.**

285. ביום 15.1.04 הגישה ישראל בקשה רשמית לפסול (recuse) את השופט המצרי Elaraby מלהשתתף בדיון, בשל התבטאויות קודמות שלו בנושאים העומדים לדיון, ובשל מעורבותו בהליכים שונים שנגעו לסכסוך הישראלי פלסטיני, כולל במושב החירום המיוחד העשירי של העצרת הכללית, ממנו יצאה הבקשה לחוות דעת מייעצת.

ישראל הפנתה את תשומת ליבו של בית הדין לראיון שנתן השופט לעיתון מצרי זמן קצר לאחר מינויו לשופט, שבו הביע עמדות חריפות נגד ישראל, כולל בנושאים הקשורים לנושא של חוות הדעת.

**פנייתה של ישראל מצורפת לתגובה ומסומנת מש/27.**

286. ביום 30.1.04 דחה בית הדין את בקשת ישראל לפסול את השופט, ברוב של 14 שופטים נגד דעתו החולקת של השופט בורגנטל. זאת נעשה על בסיס טיעון טכני, המבוסס על לשון חוקת בית הדין, המאפשרת לפסול שופט רק אם הוא נטל חלק בהליך הספציפי שבפני בית הדין.

לעומת זאת, בדעת המיעוט של השופט בורגנטל, הוסבר על בסיס ציטוט מהראיון העיתונאי כי האמירות של השופט מעלות חשש למשוא פנים, מכיוון שהשופט הביע דעה בנושאים הרלוונטיים להכרעה בשאלה שהוצבה בפני בית הדין.

ההחלטה ודעת המיעוט מצורפות לכתב התשובה ומסומנות **מש/28 א' וב'.**

287. באותו יום התיר בית הדין לליגה הערבית להצטרף לדיונים, ושבוע מאוחר יותר התיר גם את צירופו של ארגון המדיניות המוסלמיות.

288. ביום 19.1.04, בהתאם להוראות סעיף 65(2) לחוקת בית הדין, הגיש מזכ"ל האו"ם לבית הדין תיק מסמכים (dossier) לשם ביסוס התשתית העובדתית לבקשה, וכן השלמה לדו"ח שהגיש לעצרת הכללית.

מסמך, בו מתואר החומר שנכלל בתיק המסמכים, מצורף לתגובה ומסומן **מש/29.**

הדו"ח המשלים של מזכ"ל האו"ם מצורף לתגובה ומסומן **מש/30.**

**נקדים ונאמר כי, כעולה מחוות הדעת המייעצת, זוהי התשתית העובדתית העיקרית עליה ביסס בית הדין את חוות דעתו, למרות שהיה ברשותו חומר נוסף שהומצא לו, כפי שנתאר להלן.**

289. ביום 26.1.04 פנתה ישראל למזכ"ל האו"ם והביעה את מחאתה ודאגתה בנוגע למסמכים שנכללו בתיק המסמכים שהגיש מזכ"ל האו"ם. ישראל טענה כי המסמכים מציגים גישה לא מאוזנת כלפי הסוגיה שהובאה בפני בית הדין.

מכתבו של השגריר אריה מקל, סגן ראש משלחת ישראל לאו"ם, מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/31.**

היועץ המשפטי של האו"ם ענה על פניה זו, ודחה את טענות ישראל. כמו כן ציין כי אם בית הדין יבקש ממזכ"ל האו"ם חומר נוסף, המזכ"ל יפעל לספק את החומר המבוקש.

תשובת היועץ המשפטי של האו"ם מצורפת לתגובה ומסומנת **מש/32.**

290. עד ליום 30.1.04, הוגשו לבית-הדין תגובות ועמדות של 48 מדינות וארגונים (האיחוד האירופי, הליגה הערבית, ארגון הוועידה האסלאמית, והאו"ם) ושל "פלסטין", אשר היקפן עלה על 1,000 עמודים כתובים. למדינות הוקצבו כשבועיים לעיין במסמכים אלו ולהחליט לגבי השתתפותן בדיון בעל-פה.

בעמדות שהוגשו לבית הדין, ביקשו מדינות רבות כי בית הדין לא יידרש לנושא. בין היתר נטען כי חוות דעת עלולה להיראות כהכרעה בסכסוך בין צדדים, ללא הסכמתם, דבר אשר אסור על פי חוקת בית הדין והפסיקה שלו. נטען כי פניה לבית-הדין תפגע במאמצים של הצדדים לחדש את הדיאלוג הפוליטי, ותערב את בית הדין בנושא בעל אופי פוליטי. עוד נטען כי לבית הדין אין את היכולת במסגרת ההליך האמור להתמודד עם מורכבות הנושא שהובא בפניו.

בין המדינות אשר הגישו עמדות לפיהן אין מקום לכך שבית-הדין יידרש לסוגיה היו: אוסטרליה, איטליה, בריטניה, ארה"ב, בלגיה, גרמניה, הולנד, צ'כיה, קנדה, קמרון, רוסיה וכן האיחוד האירופי בשם 25 חברותיו (15 חברות ו-10 המצטרפות העתידיות שבינתיים הצטרפו לאיחוד).

ראו, לדוגמא, קטע מהעמדה שהגישה בריטניה לבית הדין, המנמק את העמדה, לפיה אין מקום לדון בסוגיה במסגרת חוות דעת מייעצת של בית הדין.

הקטע הרלוונטי מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/33**.

291. במהלך ההליכים הללו בפני בית הדין, פורסם בעיתון המצרי, Al Ahram Al Arabi, ראיון עם השופט אל-ערבי, ובו התייחסות ספציפית להליכים בעניין חוות הדעת המייעצת.

אי לכך, ביום 10.2.04 פנתה ישראל פעם נוספת לבית הדין בעניינו של שופט זה.

פנייתה של ישראל, אליה מצורפת הכתבה האמורה, מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/34**.

בתגובה הודיע רשם בית הדין כי השופט אל ערבי מכחיש את הציטוטים המיוחסים לו בראיון. השופט אל ערבי טען כי הוא השתתף בסמינר בנושא, וכנראה שדעות שנשמעו במהלך הסמינר בו השתתף, יוחסו לו.

תשובת רשם בית הדין מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/35**.



292. בשל אופיו של ההליך, כפי שתואר לעיל, הן בעצרת הכללית והן בבית הדין, בשל העמדה של ישראל, ומדינות רבות אחרות, כי בית הדין אינו הפורום המתאים לדון בנושא, ולאחר התייעצות עם מדינות ידידותיות, החליטה ישראל שלא להתייצב לדיונים בפני בית הדין. ישראל החליטה להסתפק בהגשת הודעה כתובה, לפיה בית הדין אינו מוסמך לדון בסוגיה, וגם אם קיימת לו סמכות, אזי אין זה ראוי כי יידרש לפניה של העצרת הכללית.
- ישראל סברה, כפי שנפרט להלן, כי לבית הדין אין את הסמכות ואת הכלים לשקול את חוקיות המכשול, שנבנה כמענה למתקפת הטרור.
293. נבקש לציין כי מכיוון שאין מדובר בהליך שיפוטי בעל אופי אדברסרי, שישראל היא חלק ממנו, והסכימה לקיומו, הופעתה של ישראל בפני בית הדין לא נדרשה. יתר על כן, על פי הפרוצדורה של מתן חוות דעת מייעצת מטעם בית הדין, לא הייתה כל חובה על ישראל להגיש מסמכים או להופיע. נעיר כי כל המדינות שטענו כי מן הראוי שבית הדין יימנע מלדון בסוגיה, לא השתתפו בדיון בפני בית הדין.
- כך, אף אחת מחמש החברות הקבועות במועצת הבטחון לא השתתפה בדיונים, למרות שכולן הגישו מסמכים בכתב. בנוסף אף מדינה אירופאית או צפון אמריקאית לא השתתפה בדיונים.
294. בתאריכים 23-25.2.04 קיים בית הדין דיון בעל פה, ושמע טיעונים מפי הגופים שביקשו להישמע בפניו. מדובר היה בדרום אפריקה, אלג'יריה, סעודיה, בנגלדש, בליז, קובה, אינדונזיה, ירדן, מדגסקר, מלזיה, סודן, סנגל, הליגה הערבית, ארגון הועידה האסלאמית, ו"פלסטיין".
295. ביום 9.7.04, כארבעה חודשים לאחר הדיון שהתנהל בפניו, פרסם בית הדין את חוות הדעת המייעצת. קודם שנסקור את חוות הדעת, נבקש להציג את העמדה שהציגה ישראל בפני בית הדין.

### **ב.3.ג. עמדת ישראל בפני בית הדין**

296. עמדת ישראל בנוגע להליך הוצגה בפני בית הדין בהודעה כתובה (written statement) ארוכה ומקיפה. ההודעה, בעקרה, מתייחסת לטענות ישראל לגבי סמכותו של בית הדין, ולגבי נאותות מתן חוות הדעת.
- אולם, ההודעה מציגה תמונת מצב מקיפה בהרבה, הממקמת את שאלת המכשול בהקשר הרחב של מתקפת הטרור נגד ישראל, והמהלכים המדיניים לפתרון הסכסוך.

297. בהודעה מועלית הטענה כי ההליך בפני העצרת הכללית ובפני בית הדין לוקה מבחינת הגינותו. לדוגמא, צוין כי הבחירה במונח "חומה" לתיאור המכשול אינה נכונה עובדתית, מכיוון שמבין 180 הק"מ של המכשול, שהוקמו עד למועד הגשת ההודעה מטעם ישראל, רק 8.8 ק"מ נבנו כחומה. צוין כי הדבר נעשה במתכוון כחלק ממסע תעמולה שמטרתו ליצור זהות בין המכשול לבין חומת ברלין, למרות שאין כל דמיון בין המכשול לחומת ברלין. עוד מחתה ישראל על הדרך בה צורפה "פלסטיין", כצד להליכים, במעמד שווה ערך למדינה, ללא דיון מעמיק, בזכות העמידה שלה בפני בית הדין.

בהקשר זה התייחסה ישראל גם לתשתית העובדתית שהניח מזכ"ל האו"ם בפני בית הדין. ישראל טענה כי הנספח לדו"ח המזכ"ל, שבו הוצגה עמדת ישראל בנוגע לסוגיות השונות, אינו מדויק ואינו מאוזן. ישראל מחתה על כך שבחומר העובדתי והמשפטי שהונח בפני בית הדין לא ניתן כל משקל לזכותה של ישראל להתגונן מול מתקפת הטרור, וכן כי המחויבויות של ישראל והפלסטינים בהתאם ל"מפת הדרכים" הוצגו בצורה מטעה (פרק 2 לעמדת ישראל).

298. הפרק השלישי להודעת ישראל מציג את ההקשר ההיסטורי של הקמת המכשול. בהודעה מוצגים הניסיונות הרבים לפתור את הסכסוך בין ישראל לפלסטינים.

כמו כן מתוארת בהרחבה מתקפת הטרור שבה נתונה מדינת ישראל. מתוארים הארגונים המנהלים אותה, האידיאולוגיה שלהם, והקשר לרשות הפלסטינית. כמו כן נסקרים בהרחבה הפיגועים אותם ביצעו ארגוני הטרור. בנוסף, מצוינת הירידה החדה בכמות הנפגעים בפיגועים, אותה מייחסת ישראל, בין היתר, להקמת המכשול.

הודעת ישראל מדגישה את אחריותה של הרשות הפלסטינית לאירועי הטרור, בין במעשה, ובין במחדל של אי מניעת הטרור.

ישראל ביקשה כי השאלה של נאותות הדיון ושאלת הסמכות ינותחו על בסיס נתונים אלה שהציגה ישראל, ואשר לא הופיעו בתשתית העובדתית שסיפק מזכ"ל האו"ם לבית הדין.

299. ההודעה ממשיכה ומעלה את טיעוניה של ישראל בנוגע לחוסר הסמכות של בית הדין לדון בשאלה שהציגה העצרת הכללית. טענות אלה התמקדו בשלילת סמכותה של העצרת הכללית לבקשת את חוות הדעת האמורה, וכן בכך שהשאלה, שהופנתה לבית הדין, איננה "שאלה משפטית" כמתחייב על פי מגילת האו"ם. לא נרחיב לגבי טיעונים אלה, מכיוון שהם אינם רלוונטיים להמשך הדיון בעתירות.

300. עם זאת, נבקש להרחיב מעט לגבי טענות ישראל בדבר נאותות הדיון. על פי חוקת בית הדין, בית הדין מוסמך שלא להשיב לבקשה למתן חוות דעת מייעצת, אם הוא סבור כי

אין זה ראוי שיתייחס לנושא, מטעמים שונים. ישראל טענה כי קיימים מספר טעמים התומכים בהפעלת שיקול דעת זה :

ראשית, ההליכים השיפוטיים בפני בית הדין מותנים בהסכמת המדינות המתדיינות. השאלה שהופנתה לבית הדין עוסקת במרכיב אחד בסכסוך בין ישראל לפלסטינים. ישראל אינה מסכימה להעביר סכסוך זה לבית הדין. הסכסוך הישראלי-פלסטיני הוא סכסוך פוליטי בין ישויות מדיניות. ישראל טענה כי אין זה ראוי שבית הדין יעסוק בסכסוך זה ללא הסכמת שני הצדדים, ויתיימר להכריע בסכסוך באמצעות מתן חוות דעת מייעצת לעצרת הכללית.

שנית, ישראל טענה כי דיון בשאלת התוצאות המשפטיות של הקמת המכשול, יחייב את בית-הדין לדון בסוגיות עובדתיות מורכבות, לגביהן אין בידי מידע ולא הוצגו בפניו ראיות. ישראל טענה כי הליך בירור העובדות בפני בית הדין בהליך של חוות דעת מייעצת כלל אינו מתאים לבירור העובדתי המורכב שדורש הסכסוך.

ישראל ציינה כי בחינת השאלה מחייבת בחינה עובדתית מדוקדקת של הצורך הצבאי במכשול, היקף פעילות הטרור עמה מתמודד ויתמודד המכשול, והמידתיות של המכשול. אין מדובר בבחינה כוללת של המכשול, אלא בחינה פרטנית של כל חלק וחלק בו. לשם כך יש אף להתייחס באופן פרטני לגבי הטענות בדבר הפגיעה הכרוכה בהקמת המכשול ולטענות הצד הפלסטיני.

לצורך כך נדרש הליך שיפוטי מקיף של הערכת ראיות, הבאת מומחים, מסמכים וכו', לגבי כל חלק וחלק מן המכשול. בהליך זה לא ניתן להסתפק בטענות כלליות. אלא שבית הדין כלל לא ערוך לטפל בסוג כזה של מחלוקת עובדתית, אפילו ברוב ההליכים השיפוטיים, המתנהלים בפניו, קל וחומר במקרה של הליך למתן חוות דעת מייעצת.

שלישית, ישראל טענה עוד כי אין זה ראוי כי בית הדין ידון בשאלה שהופנתה אליו, אשר מאחורי ניסוחה עומדת הרשות הפלסטינית; אותה רשות פלסטינית, הנושאת באחריות למתקפת הטרור, אשר הביאה לצורך בהקמת המכשול.

רביעית, נטען כי דיון בסוגיה זו יפגע במאמצים להסדיר את הסכסוך הישראלי - פלסטיני בדרך מדינית, בהתאם לתוכנית מפת הדרכים, שאומצה על ידי החלטה 1515 של מועצת הביטחון.

הודעת ישראל מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/36**.

301. ראו לעניין זה אף מאמרה של Ruth Wedgwood, אשר סברה אף היא כי לא היה מקום לכך שבית הדין יידרש לשאלה, שהפנתה אליה העצרת הכללית.

R. Wedgwood "The International Court of Justice and the Israeli 'fence'"

את המאמר ניתן לקרוא באתר האינטרנט שכתובתו :

<http://www.benadorassociates.com/article/2222>

המאמר מצורף לכתב התשובה ומסומן מש/37.

#### **4.ב. סקירת חוות הדעת המייעצת**

##### **4.א. התייחסות בית הדין לטענות הסף – סמכות ונאותות הדין**

302. **סמכות השיפוט** - נקבע פה אחד כי יש לבית הדין סמכות לדון בשאלה. בית הדין סבר כי בניגוד לנטען על ידי ישראל, לא הייתה מניעה לכך שעצרת החירום המיוחדת העשירית של העצרת הכללית תדון בנושא הסכסוך הישראלי-פלסטיני במקביל לדיון בנושא זה במועצת הביטחון. עוד קבע בית הדין, כי השאלה שהונחה בפניו, אף אם יש לה השלכות מדיניות ופוליטיות, היא שאלה משפטית שבית הדין מוסמך לדון בה (סעיפים 14 - 42 לחוות הדעת).

303. **נאותות הדין** - בית הדין דחה (ברוב של 14 שופטים נגד 1) את עמדת ישראל, ומדינות רבות נוספות, לפיה על בית הדין להפעיל את שיקול דעתו ולהימנע מלדון בתיק. בית הדין קבע, כי אלא אם יש טעמים הכרחיים שלא לעשות כן, לא יימנע בית הדין מלדון בשאלה שהופנתה אליו על-ידי האו"ם.

בית הדין קבע, בהסתמך על תקדימים קודמים, כי הדיון בסכסוך בין מדינות במסגרת חוות דעת מייעצת למוסד של האו"ם, אינו מחייב הסכמה של המדינות המעורבות בסכסוך. זאת בשונה מדיונים במסגרת סכסוך משפטי בין מדינות, שאז נדרשת הסכמת המדינות המתדיינות. הדבר נובע מהשוני בין ההליכים. בעוד שהכרעה שיפוטית במחלוקת בין מדינות מחייבת את המדינות, ולכן נדרשת הסכמתן להליכים, אין זה המצב בחוות דעת מייעצת.

**לדעת בית הדין, חוות דעת מייעצת אינה הכרעה בסכסוך אלא עצה למוסדות האו"ם כיצד לכלכל את צעדיהם. לכן לחוות הדעת אין תוקף משפטי מחייב כלפי המדינות המעורבות בסכסוך, ואין צורך בהסכמתן להליכים. כך הסביר זאת בית הדין:**

"47. The Court observes that the lack of consent to the Court's contentious jurisdiction by interested

States has no bearing on the Court's jurisdiction to give an advisory opinion. In an Advisory Opinion of 1950, the Court explained that:

**“The consent of States, parties to a dispute, is the basis of the Court's jurisdiction in contentious cases. The situation is different in regard to advisory proceedings even where the Request for an Opinion relates to a legal question actually pending between States. The Court's reply is only of an advisory character: as such, it has no binding force. It follows that no State, whether a Member of the United Nations or not, can prevent the giving of an Advisory Opinion which the United Nations considers to be desirable in order to obtain enlightenment as to the course of action it should take. **The Court's Opinion is given not to the States, but to the organ which is entitled to request it; the reply of the Court, itself an ‘organ of the United Nations’, represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused.**” (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 71; see also Western Sahara, I.C.J. Reports 1975, p. 24, para. 31.*)” (הדגשה הוספה).**

304. על כן, בית הדין סבר כי להתנגדות ישראל אין כל רלוונטיות במקרה של חוות דעת מייעצת, ואין בה כדי למנוע את "מתן השירות" לעצרת הכללית. כמו כן בית הדין לא סבר כי מדובר כאן בסכסוך בין שני צדדים אלא בנושא רחב יותר שלארגון האו"ם יש בו עניין רב, בייחוד לאור הוראות המנדט, החלטת החלוקה, והחלטות רבות שנתקבלו בעניין זכויות העם הפלסטיני.

מסיבה דומה דחה בית הדין את טענת ישראל כי "פלסטיין" מגיעה לתיק זה "בידיים לא נקיות". בית הדין קבע שאין לכך כל רלוונטיות, מכיוון שהבקשה הוגשה על ידי העצרת הכללית ולא על ידי "פלסטיין" (סעיף 67 לחוות הדעת).

בהקשר זה דחה בית הדין את הטענה לפיה מתן חוות הדעת יפריע למאמצים להביא לסיום הסכסוך באמצעות משא ומתן.

305. כאמור, ישראל ומדינות אחרות טענו, כי בפני בית הדין אין את כל העובדות הרלוונטיות לשם דיון בשאלה מורכבת זו. בית הדין לא קיבל את הטענה. בית הדין סבר, ברוב של 14

נגד 1, כי קיימת בפניו תשתית עובדתית מספקת, כולל לגבי עמדת ישראל בסוגיה. לעניין זה נאמר כי :

57. 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."

306. על כן, בית הדין סבר כי החומר שהמציא לו מזכ"ל האו"ם בתוספת החומר שהמציאו מדינות נוספות, ובכלל זה ישראל, יוצרים תשתית עובדתית מספקת למענה על השאלה שהציגה העצרת הכללית. נקדים ונאמר כי קביעה זו בעייתית, בשל העובדה שבפועל בית הדין התעלם כמעט לחלוטין מהנתונים העובדתיים שהציגה לו ישראל, כפי שנסביר להלן.

השופט בורגנטל, בדעת מיעוט, קבע כי היה מקום להימנע מלתת חוות דעת מייעצת בנושא הגדר, שכן לא עמדה בפניו בית הדין התשתית העובדתית הנחוצה למתן חוות הדעת. לעמדה זו נשוב בהמשך.

לדיון בשאלת נאותות הדיון ראו סעיפים 43 - 65 לחוות הדעת.

307. על כן, מסקנתו של בית הדין היתה כי יש לו סמכות לענות לשאלה, וכי אין סיבות מהותיות שבגינן ראוי לו להימנע מלהעניק את חוות דעתו.

308. סעיפים 65 עד 85 לחוות הדעת מוקדשים להצגת התשתית העובדתית הרלוונטית, לדעת בית הדין, לצורך קביעת המסקנות המשפטיות. בית הדין מבהיר כי הוא עוסק רק בחלק של המכשול שנבנה בשטחים, ולא בחלקי המכשול שנבנו בתוך ישראל.

מחוות הדעת עולה שבית הדין היה מודע לכך שהתיאור "חומה" אינו הולם את המצב העובדתי. אולם הוא סבר כי התיאורים האחרים, כמו גדר או מכשול, אף הם אינם הולמים את מהותו האמיתית של המערך שבנתה ישראל. לכן העדיף בית הדין לדבוק במונח "חומה", כפי שנוסח בשאלה שהפנתה העצרת הכללית.

309. בהמשך, פרט בית הדין את הרקע לסכסוך הישראלי-פלסטיני החל מימי המנדט ועד להסכמים עם הפלסטינים, וזאת במטרה לקבוע את הסטאטוס המשפטי של השטחים.

נקדים ונאמר כי סקירה היסטורית זו לוקה בחסר רב. כך, היא התעלמה מהרקע ההיסטורי של היהודים בארץ ישראל. בנוסף, למעט פסקה קצרה אחת, היא מתעלמת מההסכמים בין ישראל לאש"פ, ומהחובות של הפלסטינים על פי הסכמים אלה.

יתר על כן, הסקירה נקטעת באזכור דל של ההסכמים בין ישראל לאש"פ. היא מתעלמת, כמעט לחלוטין, מן המצב הביטחוני השורר בישראל ובשטחים מאז חודש ספטמבר 2000. למקרא ההתייחסות שבחוות הדעת למציאות השוררות באזורנו, ניתן היה להתרשם, כי ההחלטה על הקמת הגדר הייתה החלטה פוליטית, שרירותית כמעט, שמטרתה לגרום קושי וסבל לאוכלוסייה הפלסטינית.

310. בסעיפים 79 ואילך מתאר בית הדין את הקמת המכשול על ידי ישראל, והתוצאות של הקמתו בכל האמור לתושבים הפלסטינים. קטע זה מתבסס באופן מוחלט על דו"ח מזכ"ל האו"ם. למשמעות של סקירה זו נחזור בעת ניתוח חוות הדעת.

#### ב.4.ב. הדין הבין לאומי הרלוונטי – המסגרת הנורמטיבית

311. סעיפים 86-113 בחוות הדעת עוסקים במסגרת הנורמטיבית, אשר לדעת בית הדין, רלוונטית לניתוח המשפטי של הסוגיה. זהו ליבה המשפטי של חוות הדעת.
312. העיקרון הראשון עליו עומד בית הדין הוא שלא ניתן לספח שטחים שנתפסו כתוצאה משימוש בכוח או כתוצאה מאיום בשימוש בכוח (סעיף 87 לחוות הדעת).
313. לצד עקרון זה עמד בית הדין גם על זכותם של עמים להגדרה עצמית (סעיף 88 לחוות הדעת).
314. בית הדין קובע כי תקנות האג הן משפט מנהגי המחייב את ישראל, למרות שאינה צד לאמנה. בית הדין סבור כי פרק III של תקנות האג, העוסק בדיני התפיסה הלוחמתית, חל בשטחים ומחייב את ישראל (פסקה 89 לחוות הדעת).
- נעיר כי בהמשך חוות הדעת נאמר כי, נכון להיום (currently), רק פרק III לתקנות חל בשטחים, ואילו הפרק העוסק בדיני ניהול הלחימה (פרק II) איננו חל בשטחים, וישראל איננה יכולה להסתמך על הוראותיו להצדקת הקמת המכשול (פסקה 124 לחוות הדעת).
315. עוד קובע בית הדין, כי הוראות אמנת גינבה הרביעית חלות דה-יורה על השטחים (סעיפים 90 – 100 לחוות הדעת). בעניין זה דחה בית הדין את פרשנות ישראל לאמנות גינבה ואת עמדתה המסורתית של ישראל בדבר אי תחולתן, דה יורה, של אמנות גינבה בשטחים.
- נבקש לציין כי בעניין זה מפנה בית הדין לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה**, תק-על 2004(2), 2183, על מנת להוכיח כי גם בית המשפט הנכבד סבור כי האמנה חלה דה יורה, ולא רק דה פקטו (פסקה 100 לחוות הדעת). בעניין זה נבקש להעיר שתי הערות:
- ראשית, זוהי הפעם היחידה לכל אורכה של חוות הדעת שבה מוזכר פסק דין ישראלי. זאת למרות שלטעמנו, בית הדין היה יכול להסתייע רבות בפסיקה שפיתח בית המשפט העליון של ישראל, כולל בסוגיית המכשול.
- שנית, אפילו אותו ציטוט בודד אינו מביא בצורה מלאה את עמדת בית המשפט הנכבד בסוגיה זו.
316. חוות הדעת עוסקת גם בתחולת אמנות זכויות האדם באיו"ש. חוות הדעת מתמקדת בתחולתן של האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, האמנה לזכויות כלכליות,



חברתיות ותרבותיות משנת 1966 והאמנה לזכויות הילד משנת 1989, אותן אשררה ישראל בשנת 1991.

בית הדין קבע כי האמנות חלות באיו"ש. בית הדין קבע כי ההגנה שמעניקות אמנות זכויות האדם ממשיכה לחול גם במצבים של סכסוך מזוין. זאת בכפוף לאפשרות להחריג את תחולת הזכויות באמצעות שילוב הסתייגות של המדינה לחתימה על האמנה, כמו בסעיף 4 לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות.

ובלשונו של בית הדין, בסעיף 106 :

"the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights."

317. בית הדין מתאר את היחסים בין המשפט ההומניטארי לדיני זכויות האדם, אך לא מכריע ביניהם באופן מוחלט ומפורט. לדעת בית הדין, המשפט ההומניטארי מהווה דין מיוחד (*lex specialis*) ביחס לדיני זכויות האדם. כפי שמסביר זאת בית הדין, בפסקה 106 לחוות הדעת :

"As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law."

318. בית הדין קובע כי שלוש האמנות חלות אף מחוץ לגבולות המדינה החתומה על האמנה.

319. מסקנת בית הדין היא, כי שלוש האמנות חלות גם באיו"ש.

#### **ב.4.ג. ניתוח תוואי המכשול על בסיס התשתית העובדתית והוראות הדין**

320. בית הדין מנתח את תוואי המכשול, וטוען כי הוא נועד, לדעתו, לכלול את מרבית ההתנחלויות הישראליות. בית הדין קובע כי הקמת ההתנחלויות, כולל השכונות היהודיות במזרח ירושלים, מפרה את הוראות סעיף 49 לאמנת גינבה הרביעית. עוד קובע בית הדין כי הקמת המכשול עלולה להביא לשינוי דמוגרפי בשל מעבר של פלסטינים מזרחה, אל מעבר לשטח שנתפס לצורך הקמת החומה. על בסיס הנתונים שהוצגו בפניו מגיע בית הדין לשתי מסקנות:

ראשית, המכשול יוצר מצב נתון בשטח שיכול בהחלט להישאר כמצב קבוע כאשר אז מדובר יהיה בסיפוח דה-פקטו של השטחים שממערב לו, באופן שישפיע על הגבול העתידי בין ישראל ופלסטין ויאפשר סיפוח התנחלויות לישראל. בית הדין לא קיבל את הכרזותיה החוזרות ונשנות של מדינת ישראל כי מדובר בצעד זמני. לעניין זה קבע בית הדין כי:

"121. 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."

שנית, תוואי המכשול מוביל, לדעת בית הדין, לפגיעה ישראלית בזכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית. זאת מכיוון שהמכשול עלול לגרום להגירה של התושבים מן האזור בו הוקם, ובנוסף הוא כולל בתוכו שטח נכבד מן השטחים (סעיף 122 לחוות הדעת).

#### **ב.ד.4. ישום ההוראות של המשפט ההומניטארי על הקמת המכשול**

321. בית הדין קובע, כאמור, כי הפרק השני בתקנות האג, שכותרתו "מעשי איבה", אינו חל על המצב בשטחים. לכן, ישראל איננה יכולה להסתמך, לצורך הקמת המכשול, על הוראות

פרק זה ובפרט על תקנה 23(g) לתקנות האג (אשר קובעת חריג, כמפורט לעיל, המאפשר לתפוס רכוש פרטי בהתקיים צורך צבאי). נקבע כי :

124. With regard to the Hague Regulations of 1907, the Court would recall that these deal, in Section II, with hostilities and in particular with “means of injuring the enemy, sieges, and bombardments”. Section III deals with military authority in occupied territories. **Only Section III is currently applicable in the West Bank and Article 23 (g) of the Regulations, in Section II, is thus not pertinent.** (הדגשה הוספה)

322. הקביעה כי אין פעולות לחימה בשטחים היא קביעה עובדתית בעייתית, הדורשת הנמקה, שלא נכללת בחוות הדעת. קביעה זו נוגדת את המידע שהציגה ישראל בפני בית הדין. בהיעדר כל הנמקה, לא ברור מה הוליד את בית הדין למסקנה האמורה.

323. בכל האמור לניתוח הפגיעה על פי המשפט הבין לאומי ההומניטארי ואמנות זכויות האדם, הניתוח של בית הדין מפוצל.

תחילה, סוקר בית הדין את כל ההוראות אשר אותן הפרה ישראל, לשיטתו, בהתבסס על המידע העובדתי שהציג בפניו האו"ם.

324. בית הדין קובע כי ההריסות ותפיסות הרכוש הפלסטיני על-ידי ישראל לשם הקמת המכשול מהוות הפרה של סעיפים 46 ו-52 לתקנות האג ושל סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית (סעיף 132).

בהמשך, קובע בית הדין כי הקמת המכשול סותרת את הוראות סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית.

עוד קובע בית הדין כי בניית המכשול פוגעת בחופש התנועה של תושבי השטח הכבוש, בניגוד להוראות סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. בהקשר זה מזכיר בית הדין את חובתה של ישראל להבטיח גישה למקומות הקדושים לבני כל הדתות (סעיף 129 לחוות הדעת).

בית הדין מוסיף וקובע, כי המכשול פוגע בזכות לעבודה, לבריאות, לחינוך ולתנאי מחיה הולמים, בניגוד להוראות באמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות ולאמנה בדבר זכויות הילד.

325. בית הדין קובע כי לעיתים צרכים צבאיים מאפשרים להגביל זכויות מסוימות על פי המשפט ההומניטארי, אך בית הדין סבר כי לא התקיימו התנאים, המאפשרים את הטלת המגבלות האמורות. בעניין זה נכתב על ידי בית הדין בהתייחס לסעיפים 47,49,53 לאמנת ג'נבה כי:

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."

326. בית הדין משתמש בדרך הנמקה דומה בניתוח יחסיות הזכויות על פי אמנות זכויות האדם.

בנוגע לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובע בית הדין כי מכיוון שישראל לא סייגה את הוראות האמנה, לבד מהסתייגות לגבי תחולת סעיף 9 לאמנה, מחובתה לעמוד בכל הוראות האמנה.

בית הדין מכיר בכך שחלק מהוראות האמנה עוסקות בזכויות יחסיות בהן ניתן לפגוע, בהתקיים התנאים הנקובים בסעיפים השונים. אלא שבית הדין סבור כי לא התקיימו התנאים לפגיעה בזכויות המוגנות במסגרת האמנה.

לעניין סעיף 17 לאמנה העוסק בזכות לכבוד ולפרטיות, קובע בית הדין כי אין בו כל הוראה המצביעה על יחסיות הזכות.

לעניין סעיף 12, העוסק בחופש התנועה, קובע בית הדין כי אכן קיימות עילות המאפשרות את הגבלת הזכות, אולם הן אינן מתקיימות במקרה דנן.

למסקנה דומה מגיע בית הדין בנוגע להוראות סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות כלכליות תרבותיות וחברתיות. סעיף זה מאפשר לפגוע בזכויות המוגנות באמנה לשם קידום הרווחה הכוללת של החברה הדמוקרטית. גם כאן מגיע בית הדין למסקנה כי לא התקיים התנאי האמור.

לעניין יחסיות הזכויות המוגנות באמנה זו קובע בית הדין בפסקה 136 לחוות הדעת:

"The Court would observe that the restrictions provided for under Article 12, paragraph 3, of the

International Covenant on Civil and Political Rights are, by the very terms of that provision, exceptions to the right of freedom of movement contained in paragraph 1. 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.**

**The Court would further observe that the restrictions on the enjoyment by the Palestinians living in the territory occupied by Israel of their economic, social and cultural rights, resulting from Israel’s construction of the wall, fail to meet a condition laid down by Article 4 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, that is to say that their implementation must be “solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society”.**(הדגשה הוספה).

נעיר כי גם בפסקה הזו שב וחוזר הקושי בדבר ההנמקה הלקונית בכל האמור לאי התקיימות הצורך בהקמת המכשול. לא ברור מדוע סבור בית הדין כי ישראל לא עמדה בהוראות המאפשרות פגיעה בזכויות המוגנות באמנות, מכיוון שבית הדין העדיף לא לנמק את מסקנתו.

327. בית הדין סיכם עמדתו בשאלות הללו וקבע כי על יסוד החומר שהוצג בפניו, הוא לא שוכנע שהתוואי שנבחר למכשול היה נחוץ להשגת המטרות הביטחוניות של ישראל. בית הדין סבר כי המכשול והמשטר הקשור אליו פוגעים באופן קשה במספר זכויות של הפלסטינים המתגוררים בשטח הכבוש ולא ניתן להצדיק הפרות אלו בצרכים צבאיים או בדרישות של ביטחון לאומי או סדר ציבורי. לכן, לדעת בית הדין, הקמת המכשול מהווה הפרה של הוראות המשפט הבין לאומי ההומניטארי ואמנות זכויות האדם. בלשונו של בית הדין נאמר כי:

"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." (הדגשה הוספה).

328. יש לשים לב לכך שבית הדין מתייחס אך ורק לתוואי שהוצג בפניו. חוות הדעת שבה ומדגישה כי מדובר בקביעות המתייחסות לתוואי נתון, בהתבסס על העובדות שהובאו בפני בית הדין.
- מסקנת בית הדין היתה כי הקמת המכשול היא צעד מדיני ולא צעד צבאי. מסקנה עובדתית זו היא שהולכה בסופו של דבר לקביעה בדבר אי חוקיות התוואי.
329. לאחר שבחן בית הדין את הפגיעות בזכויות הפלסטינים, עובר בית הדין להגנות אפשריות שיכולה להעלות ישראל בהקשר זה.
330. הטענה הראשונה היא טענת ההגנה העצמית, בהתאם לסעיף 51 למגילת האו"ם.
331. בפסקה קצרה (סעיף 139 לחוות הדעת), וללא ניתוח ממשי, קובע בית הדין כי הזכות להגנה עצמית, אליה מתייחס סעיף 51 למגילת האו"ם, אינה קמה לישראל. זאת מכיוון שהסעיף חל רק במצב של "התקפה מזוינת" (armed attack) נגד המדינה מצד מדינה אחרת, ואילו ישראל אינה טוענת כי המתקפה באה מצד מדינה אחרת.
- עוד טוען בית הדין, כי מכיוון שהמתקפה באה משטח הנמצא בשליטת ישראל, ישראל אינה יכולה להתלות בהחלטות מועצת הביטחון 1368 ו-1373 העוסקות בזכות להגנה עצמית נגד טרור בין לאומי. ניתן להבין כי בית הדין סבור כי החלטות אלה, אשר ניתנו בעקבות מתקפת הטרור נגד ארצות הברית בחודש ספטמבר 2001, והכירו בזכותה של כל מדינה להגיב למתקפה מסוג זה, מתייחסות רק לטרור שמקורו בשטח שאינו נמצא בשליטת המדינה המותקפת. אולם מכיוון שהמתקפה נגד ישראל מקורה בשטח המצוי בשליטתה, אין היא יכולה להסתמך על החלטות אלה של מועצת הביטחון.
- נקדים ונאמר כי טענות בית הדין בהקשר זה בעייתיות ביותר, כפי שמעידות חוות הדעת הנפרדות שהגישו מספר שופטים, המתייחסות גם לסוגיה זו. אף לסוגיה זו נשוב בהמשך.

332. בשולי חוות הדעת, בוחן בית הדין את השאלה האם ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות, הכרוכה בהקמת המכשול, על בסיס הגנת הצורך (necessity).

בית הדין קובע שהגנת הצורך חלה רק במקרים חריגים, כאשר אין כל דרך אחרת להגן על אינטרס חיוני של המדינה נגד איום חמור ומוחשי. בית הדין מכיר בזכותה וחובתה של ישראל להגן על חיי אזרחיה, אך זאת רק באמצעות צעדים המקיימים את דרישות הדין הבין לאומי (סעיפים 140 ו-141 לחוות הדעת).

333. בפסקה האחרונה בחוות הדעת, מזכיר בית הדין, כי מאז החלטת החלוקה נוצר רצף של עימותים מזוינים באזור. בית הדין קורא לישראל ולפלסטינים לכבד את הוראות המשפט הבין לאומי ההומניטארי. בית הדין מדגיש את החשיבות שבמציאת פתרון מוסכם לסכסוך המזוין במשא ומתן, על דרך של הקמת מדינה פלסטינית לצד ישראל, באופן שיבטיח שלום וביטחון למדינות האזור.

#### **ב.4.ה. מסקנות חוות הדעת**

334. בית הדין קובע, כי על ישראל לכבד את חובתה להבטיח את זכות העם הפלסטיני להגדרה עצמית, ולמלא את חובותיה על פי המשפט הבין לאומי ההומניטארי ודיני זכויות האדם. כמו כן עליה להבטיח חופש תנועה למקומות הקדושים. לאור האמור, מוטלת על ישראל החובה להפסיק את בניית המכשול, לפרק את הקטעים שנבנו, להחזיר המצב לקדמותו ולפצות את הפלסטינים על הנזקים שגרם המכשול.

335. על פי חוות הדעת קמה חובה על מדינות שלישיות שלא להכיר במצב הבלתי חוקי שנובע מהקמת המכשול, ולא לסייע להמשך המצב שנוצר על ידי הקמתו. בנוסף, מדינות החברות באמנת ג'נבה הרביעית צריכות לפעול להבטחת קיום ההוראות של המשפט ההומניטארי על ידי ישראל, לאור סעיף 1 לאמנה.

336. לבסוף קובע בית הדין, כי על העצרת הכללית של האו"ם ומועצת הביטחון לשקול אילו צעדים נדרשים על מנת להביא לסיום המצב הבלתי חוקי שנובע מהקמת המכשול והמשטר הנלווה לו, בהתבסס על החלטת בית הדין.

חוות הדעת מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/38**.

337. ביום 20.7.04 קיבלה העצרת הכללית של האו"ם את החלטה A/RES/ES-10/15, המתייחסת לחוות הדעת, וקוראת לישראל וליתר המדינות החברות באו"ם לקיים את חובותיהן, כפי שהן מנויות בחוות הדעת.

יש לציין כי העצרת לא "אימצה" (endorse, adapt, accept) את חוות הדעת של בית הדין אלא בחרה במונח מחייב פחות - "Acknowledge". כמו כן, בחרה העצרת להבליט את הזכות של כל מדינה להגנה עצמית וכללה גיוני מפורש לפיגועי טרור ולאלימות. נוסח זה הוא תוצאה של מו"מ בין מדינות ערב למדינות אירופה לגבי הנוסח המתאים.

בנוסף, ביקשה העצרת הכללית ממזכ"ל האו"ם להקים מרשם של הנזקים שנגרמו כתוצאה מן המכשול. העצרת הכללית קוראת לישראל ולפלסטינים לבצע את "מפת הדרכים". עוד קוראת העצרת הכללית למדינות החתומות על אמנת ג'נבה הרביעית להבטיח את כיבוד האמנה על-ידי ישראל.

ההחלטה מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/39**.

שוב ונדגיש על פי מגילת האו"ם העצרת הכללית כלל אינה מוסמכת לקבל החלטות מחייבות, והחלטותיה הן המלצות בלבד. לכן אין בהחלטה זו של העצרת הכללית בכדי לשנות את מעמדה המשפטי של חוות הדעת.

338. לסיכום פרק זה נבקש לציין מספר הערות המסכמות את חוות הדעת, כפי שרואה אותה בית הדין.

339. ההערה הראשונה נוגעת למעמד חוות הדעת המייעצת. בית הדין עצמו רואה בחוות הדעת המייעצת, ככזו שאינה מחייבת את ישראל או מדינות אחרות. מדובר בחוות דעת מייעצת שאינה תוצאה של הליך שיפוטי של הכרעה בסכסוך בין מדינות. מדובר בכלי שנועד לסייע לעצרת הכללית של האו"ם לכלכל את צעדיה. לכן גם אם חוות הדעת המייעצת מנוסחת כפסק דין, אין מדובר בפסק דין.

זוהי חוות דעת מייעצת על מצב משפטי, הנסמכת, בעיקרה, על מידע שהמציא בפני בית הדין, הגוף שביקש את חוות הדעת, קרי האו"ם.

340. ההערה השנייה נוגעת למסקנת חוות הדעת. בניגוד לרושם שהתקבל, אין לדעתנו לקרוא את חוות הדעת המייעצת, כאומרת שישראל אינה מוסמכת להקים, בשום סיטואציה, אף חלק של המכשול בשטחים, אפילו אם קיימים לכך טעמים ביטחוניים מובהקים.

חוות הדעת המייעצת קובעת כי התוואי כפי שנבנה, שהוצג בפני בית הדין, והמשטר הנלווה למכשול נוגד את המשפט הבין לאומי. זאת בעיקר בשל המסקנה כי מדובר בתוואי מדיני ולא בתוואי בטחוני.

341. ההערה השלישית נוגעת לסוגיה המרכזית שהטרידה את בית הדין בתוואי שהוצג בפניו, והיא גורלן של ההתנחלויות והשכונות במזרח ירושלים. החשש של בית הדין הוא כי



תכליתו האמיתית של המכשול היא סיפוח חלקים נרחבים מהשטחים, ובכלל זה הישובים הישראליים באיו"ש.

החלק המרכזי בחוות הדעת שבו בית משפט דחה באופן מפורש הצהרה של ישראל התייחס לטענתה של ישראל כי מדובר במכשול ארעי, שאינו מיועד להביא לסיפוח שטחים למדינת ישראל. זהו ממצא עובדתי המבוסס על קביעת ממצאי אמינות. למעשה, בית הדין לא האמין בכנות טענותיה של ישראל בסוגיה האמורה. נדמה, שקביעה זו השפיעה רבות על תוצאת ההליך.

לטעמנו, קביעת ממצא בנוגע לאמינות מדינה ריבונית, בניגוד לשורה של החלטות ממשלה של מדינה ריבונית, והצהרות של ראשי המדינה, בהליך של חוות דעת מייעצת, הינה בעייתית ביותר. נזכיר כי בסוגיה זו קיים ממצא עובדתי הפוך של בית המשפט הנכבד בעניין **בית סוריק**. לנושא זה נחזור בהמשך.

342. לאחר שסקרנו את חוות הדעת המייעצת של בית הדין, ניגש עתה לבחינת מידת השפעתה על עניינן של העתירות.

## ב.5. ניתוח השלכות חוות הדעת על עניינן של העתירות

### ב.5.א. הקדמה - פירוק חוות הדעת למרכיביה

343. חוות הדעת המייעצת מורכבת ממספר שכבות.

השכבה הראשונה היא התשתית העובדתית שהונחה בפני בית הדין. כפי שנראה מדובר בעיקר בתיק המסמכים שהניח בפניו מזכ"ל האו"ם, ובעיקר במספר מועט של דו"חות מתוך תיק מסמכים זה.

השכבה השנייה היא המסגרת הנורמטיבית אליה התייחס בית הדין. המסגרת הנורמטיבית נשענת על התשתית העובדתית. המסגרת הנורמטיבית עליה ביסס בית הדין את חוות הדעת היא בעיקרה המשפט ההומניטארי, קרי תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית, ודיני זכויות האדם, קרי שלוש אמנות זכויות האדם שבעניינן הרחבנו לעיל.

השכבה השלישית היא ניתוח ה"הפרות הישראליות" של המשפט הבין לאומי, לדעת בית הדין. שכבה זו מבוססת על שתי השכבות שקדמו לה. בחלק זה של חוות הדעת מנותחות העובדות הרלוונטיות, לדעת בית הדין, בהתייחס למסגרת הנורמטיבית.

השכבה הרביעית היא "השורה התחתונה", דהיינו מהן המסקנות המתחייבות לדעת בית הדין מההפרות הישראליות של המשפט הבין לאומי.

344. על מנת לבחון את השפעתה של חוות הדעת המייעצת על עניינן של העתירות, נבקש לנתח כל שכבה ושכבה.

עיקר הדיון יהיה בשכבה הראשונה, קרי בתשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין, ובדרך שבה ניתח בית הדין את העובדות שהיו בפניו. נבקש להראות כי בחירת בית הדין להתבסס בעיקר על המידע העובדתי שהציג לו מזכ"ל האו"ם, היא שהכתיבה את הדיון בשאר השכבות של חוות הדעת; היא שהכתיבה את הניתוח המשפטי, וקבעה את המסגרת הנורמטיבית, ולכן היא שהביאה למסקנה הסופית, המוטעית.

345. נבקש להראות כי המידע שהועמד בפני בית הדין היה חסר, לעיתים לא מדויק, כוללני וחד צדדי. חלקים ממנו לא היה עדכניים כבר בעת שניתנה חוות הדעת, וחלקים אחרים השתנו מאז ניתנה חוות הדעת.

עוד נבקש להראות, כי לצורך המסקנה הגורפת של בית הדין, היה צורך בתשתית עובדתית רחבה בהרבה מזו שעמדה בפני בית הדין. הבאת תשתית זו כלל אינה אפשרית במסגרת מתן חוות דעת מייעצת, שהתיימרה להקיף את כל תוואי המכשול.

לכן, לטעמנו, המסקנה הגורפת של בית הדין אינה מבוססת על תשתית עובדתית מוצקה, ולפיכך אינה יכולה להשפיע על עניינן של העתירות.

346. מסקנה זו נבקש לבסס גם על בסיס ניתוח השכבה השנייה והשלישית של חוות הדעת המייעצת. נבקש לנתח את השכבות המשפטיות של חוות הדעת על בסיס עובדות שהוכרעו בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, וכן על בסיס העובדות של העתירות שלפנינו.

נראה כי הניתוח המשפטי של חוות הדעת המייעצת דל ולא מפורט, ולכן אינו מאפשר להתבסס עליו בעת ניתוח של סוגית המכשול.

### **ב.5.ב. ניתוח התשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין**

347. כאמור, לפי סעיף 65(2) לחוקת בית-הדין, יחד עם הבקשה לחוות דעת יועברו לבית הדין גם "all documents likely to throw light upon the question."

בהתאם לסעיף זה העביר מזכ"ל האו"ם תיק מסמכים לבית הדין ("dossier"), הכולל דו"חות שערכו גופים שונים של האו"ם וכן מסמכים והחלטות רלוונטיות אחרות, לדעתו של מזכ"ל האו"ם.

348. מדינות רבות, ובכלל זה ישראל, הביאו בפני בית הדין חומר רב. אולם, בפועל, חוות הדעת המייעצת מבוססת, רובה ככולה, על החומר שהביא בפני בית הדין מזכ"ל האו"ם במסגרת תיק המסמכים.

הדבר עולה בבירור הן מהחומר המצוטט בחוות הדעת המייעצת, והן מדברים מפורשים המופיעים בחוות הדעת המייעצת, ובחוות הדעת הנפרדות של חלק מהשופטים.

להלן נסקור את המסמכים העיקריים אליהם התייחסה חוות הדעת המייעצת. נציג בקצרה את המידע שנמסר בהם, ואת הקשיים המרכזיים בכל דו"ח ודו"ח.

לאחר מכן נראה כיצד באו קשיים אלה לידי ביטוי בחוות הדעת המייעצת עצמה. מכיוון שמוקד העניין הוא בחוות הדעת ולא בדו"חות, לא נרחיב לגבי כל הקשיים והליקויים שבכל דו"ח ודו"ח, אלא נתמקד במידע שהועבר מהדו"חות אל חוות הדעת.

## 1. דו"חות מזכ"ל האו"ם

349. תיק המסמכים שהעביר מזכ"ל האו"ם כולל חומר רב. למרות זאת, עיון בחוות הדעת מראה כי המסמכים המרכזיים, עליהם מתבססת חוות הדעת, הם אלה שכתב מזכ"ל האו"ם.
- המסמך המרכזי הוא דו"ח קצר בן **שבעה עמודים** (להלן – **דו"ח המזכ"ל**), מעודכן למועד שבו ניתן, קרי נובמבר 2003. אליו צורף מסמך מעדכן, שהוגש ביום 29.1.004 (להלן – **הדו"ח המשלים**).
350. עיון בדו"חות אלו מעלה מספר עובדות ראויות לציון:
- ראשית, דו"ח המזכ"ל מזכיר בקצרה את "העלייה החדה בהתקפות הטרור הפלסטיניות" בתיאור הרקע שהביא להקמת המכשול. אולם אין בדו"ח כל נתונים לגבי מתקפת הטרור שבה נתונה ישראל, לתוצאותיה בחיי אדם, בפצועים, בנזק כלכלי, באובדן תחושת הביטחון ובפגיעה הכוללת ברקמת החיים בישראל.
- כמו כן, בניית המכשול אין כל אזכור לשיקולים הביטחוניים שהנחו את ישראל בתכנון התוואי, ולסיבות המבצעיות שהביאו לבחירה בתוואי האמור.
- לעומת זאת, כולל הדו"ח עמוד שלם ובו תיאור של הנזק שגורם המכשול לאוכלוסייה הפלסטינית. הדברים נכונים אף לגבי הדו"ח המשלים.
- על כן, על פני הדברים, מדובר בדו"ח שאינו מאוזן. לחוסר איזון זה השלכות משפטיות. ללא הצגת השיקולים שהביאו לבחירת התוואי, לא ניתן לבצע ניתוח של הוראות הדין הרלוונטיות. לסוגיה זו נתייחס בהמשך.
- שנית, הדו"ח אינו מתיימר להיות דו"ח מפורט ומקיף. מובן כי לא ניתן לנתח מאות ק"מ של מכשול בשבעה עמודים ובדו"ח משלים קצר. לבד ממספר דוגמאות, אין בדו"ח כל התייחסות לניתוח הפגיעה באוכלוסייה האזרחית בתוואי נתון כזה או אחר. מובן כי אין בו כל אזכור של התועלת הצבאית בתוואי הנתון, המוצגת אל מול הפגיעה בתושבים הפלסטינים.
- שלישית, בדו"ח המשלים, אין הסברים לתכלית השינויים שערכה ישראל בתוואי המכשול בין הגשת הדו"ח הראשוני להגשת הדו"ח המשלים.
- אכן, בדו"ח המשלים מחודש ינואר 2004, מוזכרים מספר שינויים שערכה ישראל בתוואי שמטרתם להקל על האוכלוסייה המקומית. כך, מוזכר שינוי התוואי באזור נזלת עיסא,

והעתקתו מערבה, במטרה להעביר את הכפר לצדו המזרחי של המכשול. כמו כן מוזכרת סלילת הדרכים בקלקיליה, והסרת המחסום בכניסה לעיר.

אולם, הדו"ח המשלים לא מסביר מהי תכלית השינויים, ומהי התוצאה שלהם מבחינת תושבי האזור, ולכן אינו נותן בידי בית הדין כלים לנתח את המשמעות של הנתונים שבפניו. ייתכן כי זוהי הסיבה לכך שאין כל אזכור למידע זה, המצביע על המאמצים הרבים שמשקיעה ישראל בפתרון הבעיות שעורר המכשול, בעת ניתוח הפגיעה בתושבים, כפי שהיא מופיעה בחוות הדעת.

רביעית, הדו"חות אינם עדכניים. הם הוגשו בנובמבר 2003 ובינואר 2004, ואינם כוללים שינויים שארעו לאחר מכן. כך, לדוגמא, הדו"ח מרבה להסתמך על החלטת הממשלה מאוקטובר 2003, לאישור התוואי הכולל של המכשול. אלא שתוואי זה אינו עדכני עוד, ואף לא היה עדכני במועד בו ניתנה חוות הדעת המייעצת. לכן לא ניתן לגזור מהם מסקנות, התקפות לעת הנוכחית.

חמישית, לדו"ח המזכ"ל מצורפים שני נספחים, כל אחד אורכו כעמוד, ובו מוצגות העמדות המשפטיות של ישראל ואש"ף בנוגע למכשול. עמדת ישראל מוצגת בכלליות רבה ובאופן שאינו כולל כל תשתית עובדתית רלוונטית. ישראל הבהירה למזכ"ל האו"ם, ואף לבית הדין, כי הדרך בה הוצגו עמדותיה אינה מקובלת עליה, אך ללא הועיל.

בעניין זה נבקש להעיר כי עיון בעמדה הפלסטינית, מראה כי היא מהווה, למעשה, תמצית של חוות הדעת שניתנה מספר חדשים מאוחר יותר. חוות הדעת מאמצת במלואה את העמדה הפלסטינית, ודוחה את כל טענות ישראל.

## 2. דו"חות הדוחים

351. יחד עם דו"ח המזכ"ל הוזכרו בחוות הדעת שני דו"חות עיקריים נוספים. מדובר בדו"חות של דוחים של נציבות זכויות אדם של האו"ם (Human Rights Commission) ז'אן זיגלר (הדווח לעניין מזון) (להלן - **זיגלר**) וג'ון דוגארד (הדווח המיוחד לשטחים) (להלן - **דוגארד**).

דו"ח זיגלר ודו"ח דוגארד מצורפים לכתב התשובה ומסומנים **מש/40 ומש/41**.

352. קודם שניגש לדו"חות עצמם נבקש להתייחס בקצרה לנציבות לזכויות אדם של האו"ם. לאחרונה פורסם דו"ח של ועדה, שמינה מזכ"ל האו"ם, שהורכבה מאישים רמי מעלה. תפקידה של הועדה היה לבדוק את תפקודו של האו"ם בשורה של נושאים.

אחד הנושאים שבדקה הועדה היה תפקודה של נציבות זכויות אדם של האו"ם. בדו"ח הועדה קיימת ביקורת על תפקודה של הנציבות, ומצוינת העובדה שבשנים האחרונות נפגעה אמינותה של הנציבות, ומקצועיותה, בשל שיקולים לא ענייניים. וכך נאמר:

282. One of the central missions of the United Nations is to protect human rights, a mission reaffirmed by the Millennium Declaration. The Commission on Human Rights is entrusted with promoting respect for human rights globally, fostering international cooperation in human rights, responding to violations in specific countries and assisting countries in building their human rights capacity.

283. **In recent years, the Commission's capacity to perform these tasks has been undermined by eroding credibility and professionalism.** Standard-setting to reinforce human rights cannot be performed by States that lack a demonstrated commitment to their promotion and protection. **We are concerned that in recent years States have sought membership of the Commission not to strengthen human rights but to protect themselves against criticism or to criticize others. The Commission cannot be credible if it is seen to be maintaining double standards in addressing human rights concerns.**

(הדגשה הוספה).

הדו"ח המלא של הועדה מצוי באתר האינטרנט של האו"ם בכתובת:

<http://www.un.org/secureworld/report.pdf>

353. על רקע האמור נבקש לבחון את דו"חות הדווחים של נציבות זו. דו"ח מזכ"ל האו"ם, למרות הביקורת עליה הרחבנו לעיל, ניסה לשמור, ולו באופן חלקי על איזון. כך, בחר הדו"ח את המונח "מכשול" שהוא מונח ניטרלי. כלולה בו, אף התייחסות מינורית לטרור, ונעשה ניסיון להציג את עמדת ישראל, גם אם לא באופן מלא ומאוזן.

354. לעומתו, דו"חות הדווחים מנוסחים בבוטות, ובאופן חד צדדי מובהק. לבד מ"מס שפתיים" על זכותה של ישראל להגן על אזרחיה, אין הם מגלים כל ניסיון להתמודד עם הטיעונים הישראליים.

355. דו"ח זיגלר הוא החרף מבין השניים. למרות שהוא אמור לעסוק לכאורה בזכות למזון, דרך פריזמה צרה זו של הזכות למזון הוא מנסה להקיף את מלוא ההיבטים של הסכסוך בין ישראל לפלסטינים, ובכלל זה אף את סוגיית המכשול.

356. ישראל הגישה לאו"ם תגובה לדו"ח של זיגלר, שבה הראתה כי מדובר בדו"ח לא מאוזן, לא אמין, הנגוע בדעה קדומה.

תגובת ישראל מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/42**.

אכן, תגובת ישראל הוגשה לאחר הגשת תיק המסמכים לבית הדין, אולם לטעמנו היה הכרח להשלים את תיק המסמכים בתגובה זאת של ישראל, המראה כי מדובר בדו"ח שלא ניתן לבסס עליו כל טיעון משפטי.

נעיר כי ישראל אינה היחידה הסבורה כי דיווחיו של זיגלר בנוגע לישראל אינם ראויים. ראו לעניין זה דו"ח שחיבר הארגון UN Watch, המותח ביקורת חריפה על תפקודו של זיגלר.

הדו"ח מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/43**.

357. דו"ח זיגלר מטיל אשמה מלאה לגבי המחסור במזון בשטחים על ישראל בלבד. אין בו התייחסות מהותית לאחריותה של הרשות הפלסטינית למצב – לשחיתות ברשות, לחוסר הדאגה לתושבים, ולאחריותה של הרשות לטרור, שהביאה להקמת המכשול. אכן קיים בו אזכור קל לסוגיית השחיתות ברשות, אך מדובר בניסוח "רד" ולא ממוקד (סעיף 33 לדו"ח).

אף דו"ח זה אינו כולל כל אזכור למתקפת הטרור, לצורך הצבאי במכשול, ולשיקולים שהביאו לקביעת התוואי.

358. הנתונים בדו"ח זה מוגזמים ביותר, ולא מדויקים, ולא תמיד ברור מה היה הבסיס העובדתי, להבדיל מהערכות, שהביאו את הדווח למסקנות כה נחרצות.

**הקטע בדו"ח, המתייחס לניתוח המכשול, אורכו כעמוד אחד ובו ארבעה סעיפים קצרים (סעיפים 49-53 לדו"ח).** בתיאור זה נטען כי ישראל מספחת בפועל את הקטעים בהם עובר המכשול. כן עולה טענה ללא כל ביסוס עובדתי, כי המכשול יגרום לעזיבה של תושבים רבים את בתיהם. לא ברור מה המשקל שיש לייחס לדו"חות הפלסטיניים עליהם מבוססת הערכתו של הדווח.

359. בסעיף 51 לדו"ח מציין זיגלר, בקצרה, את טענת ישראל כי היא מאפשרת הליכי ערר וביקורת שיפוטית על תפיסת המקרקעין. אולם זיגלר מבטל טענות אלה. הוא טוען כי כל העררים נדחים, ואין אפשרות מעשית לביקורת שיפוטית. לא ברור מהו הבסיס העובדתי

עליו נשען הדווח, ולא ברור מדוע נמנע הדווח מלהזכיר את עשרות העתירות שהוגשו בעניין המכשול לבית משפט נכבד זה.

360. בסעיף 52 לדו"ח, טוען זיגלר כי הקמת המכשול ממחסום סאלם לבית שאן "תספח" עד מחצית מהשטחים באיו"ש. **מדובר בנתון מופרך**. הקטע שבין סאלם לבית שאן עובר בסמוך לקו תחום איו"ש. מרחב התפר באזור זה הוא בשטח כולל של 7 קמ"ר בלבד. עיקר השטח הנתפס נמצא באזור הגלבע, בתחום שמורת הטבע הר אבנר, שבו בשל סיבות טופוגרפיות לא ניתן היה להעביר את המכשול לאורך קו תחום איו"ש.

נעיר כי טענתו של זיגלר סותרת אפילו את דו"ח מזכ"ל האו"ם, שגם הוא מציג נתון לא מדויק. בדו"ח מזכ"ל האו"ם נטען כי מרחב התפר כולו כולל 16.6% מהקרקעות באיו"ש. לכן לא ברור כיצד טוען זיגלר כי קטע קטן יחסית במכשול תופס מחצית משטחי איו"ש. לנתונים המדויקים נתייחס בהמשך.

361. הבחירה בניסוחים הקשים של תיאור השטחים כ"בנטוסטן", או תיאור המובלעות כ"גטאות" (סעיף 59 לדו"ח) עם כל המשמעות ההיסטורית של ביטויים אלה, מעידים על מידת הרצינות שיש לייחס לדו"ח זה.

362. הקורא את הדו"ח מקבל את הרושם כי ישראל משתמשת בשיקולים צבאיים כתירוץ בלבד לצורך סיפוח השטחים לישראל, ולסיכול האפשרות להקמת מדינה פלסטינית.

מובן כי אף דו"ח זה אינו יכול לשמש כבסיס מאוזן לדיון על המכשול.

363. הדו"ח הנוסף הוא דו"ח של הדווח דוגארד, שאף הוא לוקה בפגמים רבים. בהקשר זה נבקש לציין כי ישראל התנגדה למינויו של דווח מיוחד לענייני השטחים, בשל המנדט הרחב שניתן לו (עד לסיום "הכיבוש"), ובשל העובדה שהמנדט שניתן לו התייחס לשטחים בלבד, ולהפרות שמבוצעות על ידי ישראל בלבד.

מובן כי תחימת המנדט של הדווח, יוצרת דיווח חד צדדי במהותו, המתעלם מהתמונה הכוללת, מצרכיה של מדינת ישראל, ומהסיבות שהביאו אותה להקמת המכשול.

364. בהקשר זה נבקש לציין כי ישראל הגיבה לדו"ח של דוגארד, וסתרה את הטענות בדו"ח, וזאת לאחר הגשת תיק המסמכים של מזכ"ל האו"ם.

תגובת ישראל לדו"ח מצורפת לתגובה ומסומנת **מש/44**.

גם תגובתה של ישראל לדו"ח דוגארד לא הובאה בפני בית הדין.

365. **החלק העוסק במכשול בדו"ח זה מונה שלושה עמודים בלבד**. התיזה המרכזית של דו"ח דוגארד היא, שהמכשול הוא אלמנט של קבע, שמטרתו לספח לישראל חלקים נכבדים מהשטחים, ולפגוע בזכות ההגדרה העצמית של הפלסטינים. לפי דוגארד, כלל לא בטוח



שהמכשול ישיג את מטרתו הביטחונית (עמוד 7 לדו"ח), אולם ההשקעה הכספית במכשול והתוואי שלו מעידים כי מדובר בפעולת סיפוח.

דוגארד לא מייחס כל משקל לעמדה הרשמית עליה חזרה ממשלת ישראל פעם אחר פעם, ולפיה מדובר במכשול בעל תכלית ביטחונית בלבד.

גם בדו"ח זה, הטרור והשיקולים הצבאיים בהקמת המכשול אינם מהווים נתון הראוי להתייחסות או לניתוח. מבלי לנתח כלל את הצורך הצבאי דוגארד מגיע למסקנה כי הצעדים אינם מידתיים.

366. אחת הטענות של דוגארד היא, כי המכשול יוצר הגירה של פלסטינים מהאזורים הסמוכים למכשול (סעיף 10). לא ברור מהם הנתונים שהביאו את דוגארד למסקנה זו. נעיר כי בידי המשיבים אין נתונים, התומכים במסקנתו של הדווח.

קשה להתייחס לנתונים המופיעים בדו"ח זה מכיוון שהם כלליים, מעורפלים, ולא ברור תמיד מהו מקורם.

### 3. סיכום התשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין

367. התשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין הוכתבה למעשה על ידי מזכ"ל האו"ם, בהחליטו אלו מסמכים יכנסו לתיק המסמכים, ואלו לא יזכו לכך. שאר המסמכים שהובאו בפני בית הדין, כולל הנתונים שהמציאה ישראל, לא זכו להתייחסות משמעותית בחוות הדעת המייעצת.

בפועל, התשתית העובדתית שהיתה בפני בית הדין התבססה, איפוא, על מספר דו"חות קצרים שהמציא מזכ"ל האו"ם לבית הדין. לדו"חות אלה מספר מאפיינים הרלוונטיים לענייננו:

ראשית, אף אחד מהדו"חות אינו מציג את העמדה הישראלית בצורה מפורטת, ברורה, ומאוזנת. לא מוצג הצורך הביטחוני בהקמת המכשול בתוואי הנתון שבו הוקם. אין כל פירוט של מתקפת הטרור, והנזקים שגרמה למדינת ישראל. מרכז הכובד של הדו"חות הוא הנזק לצד הפלסטיני, הפגיעה בישראל אינה מופיעה בחומר שהביא מזכ"ל האו"ם בפני בית הדין.

שנית, כל הדו"חות הם דו"חות כלליים, ודלים בפרטים. אין מדובר בהצגה שיטתית של הנזק בחלקי המכשול השונים מול התועלת בכל חלק וחלק. הניתוח הוא של המכשול כמכלול אחד, באמצעות איזכור דוגמאות בודדות שאמורות להשליך על המכשול כולו.

שלישית, חלק מהממצאים העובדתיים בדו"חות אינם נכונים, ולא תמיד ברור מהם המקורות העובדתיים שהביאו למסקנות הנחרצות של הכותבים.

רביעית, אפילו הנתונים העובדתיים המדויקים בדו"חות אינם עדכניים עוד, לאור השינוי הרב בתוואי המכשול מאז הוגשו הדו"חות.

חמישית, הדו"חות אינם מתיימרים להיות מעין סקר עובדתי ותו לא. עיון בדו"חות, בעיקר של הדווחים, מראה כי מדובר בהכרעה "מעין שיפוטית", בקביעת ממצאי אמינות, ובהכרעה לטובת הצד הפלסטיני בכל מחלוקת עובדתית.

368. מובן כי לתשתית העובדתית היתה השפעה מכרעת על חוות הדעת המייעצת כפי שנראה להלן.

לביקורת על התשתית העובדתית שעמדה בפני בית הדין, והדרך בה בחר בית הדין להסתמך עליה, ראו גם:

Sean D. Murphy "Ipse Dixit at The I.C.J." 99 AJIL (forthcoming 2005).

ראו בעיקר עמוד 24 ואילך. את המאמר, שטרם פורסם, ניתן לקרוא באתר האינטרנט שכתובתו:

<http://ssrn.com/abstract=488125>

לשם הנוחות, המאמר, להלן מרפי, מצורף לכתב התשובה ומסומן מש/45.

**1. כללי**

369. התשתית העובדתית לחוות הדעת מצויה בשני קטעים עיקריים.
- בסעיפים 79-86 לחוות הדעת המייעצת נסקר המכשול בצורה כללית. קטע זה מתבסס באופן בלעדי על דו"חות מזכ"ל האו"ם. בחלק זה נסקר התוואי המתוכנן בעיקר על בסיס החלטת הממשלה מיום 1.10.03.
- אולם החלק העובדתי המרכזי, עליו מתבסס הניתוח המשפטי, מופיע בקטע קצר ביותר של שלושה סעיפים, סעיפים 132-134 לחוות הדעת (בעיקר בסעיף 133). קטע זה, המתאר את הפגיעה בתושבים הפלסטינים, מסתמך בעיקר על דו"חות הדווחים, והדברים האמורים בדו"חות אלה נתפסים כתשתית אמינה ומוצקה לניתוח המשפטי הסמוך להם, למרות שאין הדבר כך.
370. בפני בית הדין לא נערך כל הליך אדברסרי שתכליתו לבסס תשתית עובדתית באמצעות הכרעה בין נתונים עובדתיים סותרים. בית הדין השתמש בדו"חות שהוצגו לו כאילו מדובר בתשתית עובדתית אובייקטיבית. בשל אופי ההליכים לא היו בידי בית הדין כל כלים לבחון את נכונות התשתית העובדתית.
371. במקרים בהם היו פערים בעובדות ובמסקנות של כותבי הדו"חות, העדיף בית הדין להתבסס על הדעה הקיצונית ביותר שהובאה בפניו, לרעת ישראל.
- כך היה בבחירת השימוש במונח "חומה" המופיע בדו"חות הדווחים. זאת למרות דו"ח המזכ"ל שבחר בנוסח אובייקטיבי בדמות "מכשול". גם הטענות בדבר סיפוח באמצעות המכשול, שהופיעו רק בדו"חות הדווחים, זכו לאמון מצד בית הדין, למרות הכחשות מצד ישראל, ולמרות שמזכ"ל האו"ם לא קבע בעניין ממצאים.
372. עתה נראה כיצד דלות התשתית העובדתית בדו"חות, חוסר האיזון שבהם והמידע הלא מדויק השפיעו על מסקנות חוות הדעת. פרק מיוחד ניחס למידע המופיע בחוות הדעת, אשר חל בו שינוי מהותי מאז ניתנה חוות הדעת.

**2. חוסר האיזון בתשתית העובדתית**

373. בחלקים העובדתיים של חוות הדעת אין כל התייחסות לטענות ישראל. אין פירוט של מתקפת הטרור ואין דיון רציני בצרכים הצבאיים של ישראל, מלבד פסקה אחת, המכירה

בזכותה של ישראל להתגונן בפני הטרור, אולם גם פסקה זו אינה חלק מן הניתוח המשפטי המרכזי, ונדמית יותר כ"מס שפתיים".

הקורא את חוות הדעת מתרשם כי בוקר אחד החליטה ישראל, ללא כל סיבה, להקים חומה, לספח שטחים ולפגוע בתושבים הפלסטינים ולגרום להגירתם. הצד הישראלי בחוות הדעת מופיע רק לצורך דחיית טענותיו המשפטיות, וקביעה כי אין לייחס אמון לדבריו. הסבל של תושבי ישראל והנוזק הקשה של מתקפת הטרור אינם זוכים להתייחסות רצינית בחוות הדעת.

374. להעלמת הצד הישראלי יש משקל חשוב בניתוח המשפטי של המכשול. אין מדובר רק בפגיעה בתחושת ההוגנות של חוות הדעת, או בצורך כלשהו בגילוי אמפטיה מצדו של בית הדין. זהו פגם בתשתית העובדתית, היורד לשורש הניתוח המשפטי של בית הדין.

375. הדין הרלוונטי לעניינה של העתירה מבקש ליצור איזון בין צורך צבאי ובטחוני לבין צרכיה של האוכלוסייה המקומית. זהו הבסיס של המשפט ההומניטארי ושל דיני זכויות האדם.

זוהי מעין נוסחה מתמטית ובה שני נעלמים. הנוסחה קובעת את היחס בין שני נעלמים אלה. על מנת לקבוע את התוצאה, יש צורך להציב בנוסחה שני נתונים - את הצורך הצבאי מחד גיסא, ואת הפגיעה בתושבים המקומיים, מאידך גיסא. רק באמצעות הצבת שני נתונים עובדתיים מבוססים ואמינים, ניתן להגיע למסקנה משפטית תקפה ולגיטימית.

376. מכיוון שבתיק המסמכים לא הובאו כל נתונים מקיפים ומלאים לגבי מתקפת הטרור, או לגבי הצרכים הצבאיים הספציפיים, שהכתיבו את הקמת המכשול בתוואי שבו הוקם, אין בחוות הדעת כל התייחסות מעמיקה לסוגיה זו, לבד מאזכורים כלליים, המופיעים מספר מועט של פעמים בחוות הדעת.

377. לכן לא ברור מהם הכלים שהעניקו לבית הדין את היכולת לבצע את האיזון הנדרש המחויב מהתשתית הנורמטיבית.

378. חוסר האיזון בחוות הדעת בולט בעיקר במקרה של המכשול באזור קלקיליה, שבו מתמקדת חוות הדעת, בעקבות הדו"חות שהמציא מזכ"ל האו"ם. לכן הדוגמאות המרכזיות שמובאות בחוות הדעת נוגעות למצב בעיר קלקיליה.

אלא שבחוות הדעת, בעקבות הדו"חות, אין כל התייחסות למאפיינים המיוחדים של העיר. זוהי עיר, המצויה בנקודה רגישה ביותר בסמוך לקו תחום איו"ש, באזור המותננים הצרים של מדינת ישראל, ובסמוך לכביש 6.

אי לכך, שימשה קלקיליה נקודת מעבר של מחבלים מתאבדים למדינת ישראל בעיקר בתקופה הקשה של תחילת שנת 2002. לפיכך היה הכרח לתת לאיום מהעיר מענה מידי, מיוחד ומקיף. בשל כך הוקם ממזרח לעיר מכשול עומק, בנוסף למכשול העיקרי שהוקם ממזרח לעיר, והוצב מחסום צבאי בכניסה לעיר.

בהקשר זה נעיר כי המכשול שממערב לקלקיליה, בין קלקיליה לישראל, עובר ברובו על קו תחום איו"ש, וחלקו אף עובר בשטח ישראל.

379. חוסר האיזון בולט גם בניתוח הזכויות היחסיות על פי המשפט ההומניטארי ודיני זכויות האדם. זכויות אלה ניתנות להגבלה בהתקיים תנאים מסוימים שעיקרם צורך צבאי והגנה על זכויות אדם של אחרים. אלא שקטע זה נעדר מן הניתוח המשפטי של בית הדין.

כך, בנוגע ליישום סעיף 53 לאמנת גינבה, שעניינו באיזון בין צרכים צבאיים לאינטרסים של התושבים בשטח כבוש קובע בית הדין כי:

"135...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.**" (הדגשה הוספה)

במשפט אחד, קובע בית הדין כי לא השתכנע כי הצורך הצבאי מצדיק את הפגיעה, בהסתמך על החומר שהובא בפניו.

אולם מכיוון שהתשתית העובדתית, עליה התבסס בית הדין בחוות דעתו, כלל לא פירטה את הצורך הצבאי, לא ברור למה התכוון בית הדין, ומהו הבסיס העובדתי והמשפטי שהוליד למסקנה זו. אכן, ישראל הציגה בפני בית הדין נתונים על מתקפת הטרור. בית הדין בחר להתעלם מהם כמעט לחלוטין. לכן גם אם סבר בית הדין שנתונים אלה אינם מקימים את הזכות להקים את המכשול, הרי שלא ניתן לדעת זאת, בהיעדר כל הנמקה ממשית.

380. שיטת הנמקה זו נכונה גם לניתוח האיזונים על פי אמנות זכויות האדם. כך, במשפט אחד, דחה בית הדין אף את הגישה לפיה ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות מסוימות בגין בניית המכשול על בסיס פסקאות ההגבלה הקיימות באמנה לזכויות פוליטיות וחברתיות. בסעיף 136 לחוות הדעת נאמר כי :

"On the basis of the information available to it, the Court finds that these conditions are not met in the present instance."

באותה פסקה נדחתה גם האפשרות לשימוש בסעיף 4, שהוא פסקת ההגבלה של האמנה לזכויות חברתיות כלכליות וחברתיות, וכך קבע בית הדין :

"The Court would further observe that the restrictions on the enjoyment by the Palestinians living in the territory occupied by Israel of their economic, social and cultural rights, resulting from Israel's construction of the wall, fail to meet a condition laid down by Article 4 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, that is to say that their implementation must be "solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society".

גם כאן לא ברור, מה הבסיס העובדתי שהביא למסקנה נחרצת זו, ועל פי מה ערך בית הדין את האיזון בין השיקולים הרלוונטיים.

381. **על כן, היעדרה של תשתית עובדתית, ודלות הניתוח, הנובעת מהיעדר חומר רלוונטי, פוגעות בצורה ממשית ביותר בתוקפן המשפטי של הקביעות הנחרצות של בית הדין, ובלגיטימיות של מסקנותיו.**

382. נעיר כי חוסר האיזון בתשתית העובדתית שהיתה בפני בית הדין, אשר השפיע על חוסר האיזון ודלות הניתוח של מערך האיזונים בחוות הדעת עצמה, לא נעלם מעיני חלק מהשופטים של בית הדין.

383. דברים חריפים ברוח זו נשמעו, בראש ובראשונה, מפיו של השופט בורגנטל, אשר התנגד לעמדת בית הדין, ולפיה יש להיענות לבקשה לחוות דעת. בחוות הדעת הנפרדת שכתב השופט בורגנטל, נאמר, בין היתר, כי בפני בית-הדין לא הייתה התשתית העובדתית ההכרחית על מנת לתת חוות דעת גורפת כפי שנתן. השופט בורגנטל כתב כי :

**"...I am compelled to vote against the Court's findings on the merits because the Court did not have before it the requisite factual bases for its sweeping findings;** it should therefore have declined to hear the case. In reaching this conclusion, I am guided by what the Court said in *Western Sahara*, where it emphasized that the critical question in determining whether or not to exercise its discretion in acting on an advisory opinion request is "whether the Court has before it sufficient information and evidence to enable it to arrive at a judicial conclusion upon any disputed questions of fact the determination of which is necessary for it to give an opinion in conditions compatible with its judicial character" (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 28-29, para. 46). In my view, the absence in this case of the requisite information and evidence vitiates the Court's findings on the merits."

"...It may well be, and I am prepared to assume it, that on a thorough analysis of all relevant facts, a finding could well be made that some or even all segments of the wall being constructed by Israel on the Occupied Palestinian Territory violate international law (see para. 10 below). **But to reach that conclusion with regard to the wall as a whole without having before it or seeking to ascertain all relevant facts bearing directly on issues of Israel's legitimate right of self-defence, military necessity and security needs, given the repeated deadly terrorist attacks in and upon Israel proper coming from the Occupied Palestinian Territory to which Israel has been and continues to be subjected, cannot be justified as a matter of law. The nature of these cross-Green Line attacks and their impact on Israel and its population are never really seriously examined by the Court, and the dossier provided the Court by the United Nations on which the Court to a large extent bases its findings barely touches on that subject.** I am not suggesting that such an examination would relieve Israel of the charge that the wall it is building violates international law, either in whole or in part, only that without this examination the findings made are not legally well founded."

"...It is equally true, however, that the Court barely addresses the summaries of Israel's position on this subject that are attached to the Secretary-General's report and which contradict or cast doubt on the material the Court claims to rely on. Instead, all we have from the Court is a description of the harm the wall is causing and a discussion of various provisions of international humanitarian law and human rights instruments followed by the conclusion that this law has been violated. **Lacking is an examination of the facts that might show why the alleged defences of military exigencies, national security or public order are not applicable to the wall as a whole or to the individual segments of its route. The Court says that it "is not convinced" but it fails to demonstrate why it is not convinced, and that is why these conclusions are not convincing.**"

384. הביקורת על חוות הדעת בסוגיה זו באה אף מצד חלק מהשופטים שהצטרפו למסקנות חוות הדעת.

השופטת Higgins בעמדתה הנפרדת, ביקרה אף היא את ההליך, ואת חוסר האיזון בחוות הדעת. מדבריה של השופטת עולה כי ההיסטוריה של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, כפי שתיאר אותו בית הדין, אינה מוצגת בצורה מאוזנת או משביעת רצון. כמו כן לדעתה היה גם חוסר איזון לגבי הדרך בה בית הדין התייחס למדינת ישראל בכלל. בחוות דעתה כתבה כי:

"Addressing the reality that "the question of the construction of the wall was only one aspect of the Israeli-Palestinian conflict", the Court states that it "is indeed aware that the question of the wall is part of a greater whole, and it would take this circumstance carefully into account in any opinion it might give" (para. 54). In fact, it never does so.

There is nothing in the remainder of the Opinion that can be said to cover this point. Further, I find the "history" as recounted by the Court in paragraphs 71-76 neither balanced nor satisfactory.

...But in my view much, much more was required to avoid the huge imbalance that necessarily flows



from being invited to look at only "part of a greater whole", and then to take that circumstance "carefully into account". The call upon both parties to act in accordance with international humanitarian law should have been placed within the dispositif. The failure to do so stands in marked contrast with the path that the Court chose to follow in operative clause F of the dispositif of the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 266). Further, the Court should have spelled out what is required of both parties in this "greater whole"....that Israel is entitled to exist, to be recognized, and to security, and that the Palestinian people are entitled to their territory, to exercise self-determination, and to have their own State."(פסקאות 15-18 לחוות הדעת הנפרדת)

385. דברים ברוח דומה נשמעו גם בחוות הדעת הנפרדת של השופט Kooijmans. מחוות דעת

זו עולה, כי בית הדין לא דן באופן מספק ומשכנע באינטרסים הלגיטימיים של שני הצדדים לסכסוך, בפרט בהקשר של מתן התייחסות נאותה לטרור:

"Although the Court certainly has taken into account the arguments put forward by Israel and has dealt with them in a considerate manner, I am of the view that the present Opinion could have reflected in a more satisfactory way the interests at stake for all those living in the region. The rather oblique references to terrorist acts which can be found at several places in the Opinion, are in my view not sufficient for this purpose. An advisory opinion is brought to the attention of a political organ of the United Nations and is destined to have an effect on a political process. It should therefore throughout its reasoning and up till the operative part reflect the legitimate interests and responsibilities of all those involved and not merely refer to them in a concluding paragraph (para. 162)." (פסקה 13 לחוות הדעת הנפרדת)

386. השופט Owada, שהצטרף לדעת הרוב, הגיש אף הוא חוות דעת נפרדת. גם בחוות דעת זו

עולה ביקורת על חוסר האיזון שבחוות הדעת. מדבריו עולה כי לדעתו בית הדין לא התחשב בצורה מספקת במידע ובעמדות שהוצגו על ידי ישראל, ולא התייחס להצדקה הביטחונית להקמת המכשול. לדעתו, בית הדין היה חייב להקפיד על הוגנות ההליך. בחוות הדעת הנפרדת שלו נאמר כי:

"What seems to be wanting, however, is the material explaining the Israeli side of the picture, especially in the context of why and how the construction of the wall as it is actually planned and implemented is necessary and appropriate...

In fact my point would seem to be corroborated by what the present Opinion itself acknowledges in relation to the argument of Israel on this issue.

Israel has argued that the wall's sole purpose is to enable it effectively to combat terrorist attacks launched from the West Bank, or as the report of the Secretary-General puts it, "to halt infiltration into Israel from the central and northern West Bank" (Advisory Opinion, para. 80). However, the Court, in paragraph 137 of the Opinion, simply states that "*from the material available to it, [it] is not convinced that the specific course Israel has chosen for the wall was necessary to attain its security objectives*" (emphasis added). It seems clear to me that here the Court is in effect admitting the fact that elaborate material on this point from the Israeli side is not available, rather than engaging in a rebuttal of the arguments of Israel on the basis of the material that might have been made available by Israel on this point. Again in paragraph 140 of the Opinion, the Court bases itself simply on "the material before it" to express *its lack of conviction* 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.

"... 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." (פסקאות 22-25)

387. אכן, מרבית השופטים לעיל הצטרפו למסקנות חוות הדעת, מטעמיהם. לטעמנו, חוסר האיזון בחוות הדעת יוצר פגם משפטי מהותי, כפי שהסברנו לעיל.

388. אל חוסר האיזון מצטרף קושי נוסף והוא כלליות חוות הדעת. קושי זה נובע גם מהתשתית העובדתית הבעייתית והחסרה, שהיתה בפני בית הדין.
389. כפי שהראינו, חוות הדעת מסתמכת על מספר דו"חות קצרים. כל הדו"חות התיימרו להקיף את התשתית העובדתית של המכשול במספר עמודים. לבד ממספר קטן של דוגמאות, בעיקר לגבי המכשול באזור קלקיליה, שלא היו עדכניות כבר במועד שבו ניתנה חוות הדעת, המידע בדו"חות עמום וכללי.
390. חוות הדעת, בעקבות התשתית העובדתית הדלה, מתייחסת אל המכשול כמכלול אחד. היא אינה יוצרת כל הבחנה בין חלקים שונים של המכשול, למרות שמחוות הדעת ברור שמידת ההשפעה על חיי התושבים הפלסטינים אינה אחידה לכל אורך המכשול.
- חוות הדעת מתמקדת בחלקים הבעייתיים של המכשול לדעתה, ומבקשת לגזור מסקנות מחלקים אלה לגבי כלל המכשול. מדובר בדרך הנמקה לא משכנעת.
391. מכיוון שבית הדין מקבל את נקודת המוצא ולפיה צרכים צבאיים מצדיקים במקרים מסוימים פגיעה באינטרסים של התושבים בשטח כבוש, יש צורך ליצור משוואות מקומיות, בהם ישולבו הנתונים לגבי הצורך הצבאי מזה, והפגיעה בתושבים מזה. במכשול שאורכו מאות ק"מ לא ניתן להשליך מחלק קטן אחד על כלל המכשול, כפי שעשה בית הדין.
- לצורך הדוגמא, נתייחס לקטע מן המכשול שאורכו מספר קילומטרים. קטע זה של המכשול עובר בשטחים. הוא עובר על אדמות שאינן מעובדות, ואינן נמצאות בבעלות פרטית. הוא אינו מותיר אף תושב פלסטיני או קרקע מעובדת מעבר למכשול. מנגד קטע זה משרת צורך צבאי חשוב. מובן כי לא ניתן לומר כלאחר יד כי קטע זה נוגד את הדין הבין לאומי, כפי שעולה, לכאורה, מחוות הדעת. בהתייחסו לצורך בהפעלת מבחן פרטני של צורך צבאי ומידתיות, קבע השופט בורגנטל, בדעת המיעוט שכתב, כי:
- "As a matter of law, it is not inconceivable to me that some segments of the wall being constructed on Palestinian territory meet that test and that others do not. But to reach a conclusion either way, one has to examine the facts bearing on that issue with regard to the specific segments of the wall, their defensive needs and related topographical considerations." (פסקה 5)
392. לכאורה, ניתן היה לומר, כי למרות ההנמקות הכלליות, חוות הדעת מעניקה כלים, אשר יסייעו לנתח גם קטעים מסוימים במכשול. אלא שדלות ההנמקה, שיסודה בדלות התשתית העובדתית, אינה מעניקה כלים אלה.

לכן קיים קושי רב ליישם את עקרונות חוות הדעת, ככל שניתן לחלץ אותם מתוכן חוות הדעת, לצורך יישומם במקרה קונקרטי.

#### **4. התשתית העובדתית המובאת בחוות הדעת אינה מבוססת ולוקה באי דיוקים רבים**

393. חלקה השני של התשתית העובדתית, המובא בחוות הדעת מנתח את הפגיעות הפרטניות בתושבים הפלסטינים. מדובר במידע המופיע בעיקר בסעיף 133 לחוות הדעת. זהו הסעיף המרכזי עליו מבוססות מסקנות חוות הדעת.

קשה להתמודד עם חלק זה של חוות הדעת, מכיוון שחלק מן הטיעונים כלליים ולא מפורטים. בסעיפים הבאים נתייחס לנתונים המופיעים בסעיף זה, ככל הניתן.

394. בתחילת סעיף 133 מתואר המצב בקלקיליה על פי דו"ח דוגארד, בנוסח הבא:

“Qalqiliya, a city with a population of 40,000, is completely surrounded by the Wall and residents can only enter and leave through a single military checkpoint open from 7 a.m. to 7 p.m.”

זהו ציטוט המהווה את המסקנה העובדתית של בית הדין לגבי המצב בקלקיליה, נכון למועד שבו ניתנה חוות הדעת. מחוות הדעת עולה לכאורה שקלקיליה סגורה מכל עבריה וניתן להיכנס אליה דרך מחסום אחד הפתוח רק בשעות היום. אלא שמסקנה זו סותרת את הדו"ח המשלים של מזכ"ל האו"ם, שנכתב כמעט חצי שנה לאחר דו"ח דוגארד, ואשר היה בפני בית הדין. בסעיף 9 לדו"ח המשלים נכתב כי:

"9 . *The Qalqilia – Hable enclaves*. Israel has removed the permanent checkpoint east of the encircled town of Qalqiliya, although temporary checkpoints can still block movement in and out. In mid-January 2004, construction started on a set of underpasses beneath the road servicing

settlement Alfe Menashe to give Palestinians in the neighboring Hable enclave access to Qalqiliya. A crossing point for goods and people is being leveled to the east of the two enclaves, where the Barrier crosses the main road to the city of Nablus"

על כן, כבר חודשים ארוכים לפני כתיבת חוות הדעת לא היה מחסום בכניסה לקלקיליה, הפתוח רק בשעות היום, והדבר עלה בבירור מהחומר שעמד בפני בית הדין. יתר על כן, מדו"ח מזכ"ל האו"ם עולה שישראל סוללת כביש שיאפשר כניסה נוספת לקלקיליה מכיוון דרום. לכן לא היה נכון לטעון כי הכניסה לקלקיליה אפשרית רק מכיוון אחד. משום מה בחר בית הדין להסתמך דווקא על הדו"ח הלא עדכני.

נעיר כי כיום, מוליכות אל העיר קלקיליה שתי דרכי גישה הפתוחות לכל אורך שעות היום, בכפוף למצבים ביטחוניים חריגים, כמו בעת התרעה על מחבל מתאבד הנמצא בעיר. בנוסף הוחלט לפרק חלק מהמכשול המצוי במזרחה של העיר.

395. בהמשך הסעיף מתואר הנזק הנגרם לחקלאים כתוצאה מהקמת המכשול. מובא ציטוט ובו נטען כי לצורך הקמת השלב הראשון של המכשול נתפסו 100,000 דונמים של קרקע חקלאית.

נתון זה מוגזם ביותר, שכן, על פי הנתונים שבידי המשיבים, השטח שנתפס לצורך הקמת שלב א' של המכשול עומד על כ- 8,300 דונם, מתוכם כ- 1300 דונם שאינם אדמות פרטיות. היינו, נתפסו כ- 7000 דונם של אדמות פרטיות בתוך תחומי איו"ש. חוות הדעת אינה מציינת כי בעלי הקרקע זכאים לפיצוי תמורת התפיסה.

396. בהמשך תיאור העובדות נטען, על בסיס דו"ח זיגלר, כי האדמות שנותרו מערבית למכשול "נותקו" מבעליהם. טענה זו מופרזת ביותר. בעלי הקרקעות יכולים להמשיך ולעבד את הקרקעות. לשם מעבר החקלאים הוקמו שערים חקלאיים ונקודות ביקורות לכל אורך המכשול. גם אם המעבר מוגבל, אין לקבל את המסקנה שהחקלאים נותקו מאדמותיהם.

397. בחוות הדעת נטען כי המכשול הביא ל- 25,000 נזקים חדשים למזון. אין בידינו נתונים רלוונטיים היכולים לאשש או להפריך נתון זה. עם זאת, אין בחוות הדעת או בדו"חות כל מידע שיכול להסביר כיצד נקבע מספר זה, והאם אכן ניתן לייחס את הדבר למכשול דווקא.

398. חוות הדעת עוסקת גם בטענות בדבר פגיעה בגישה למוסדות חינוך ובריאות ואף בגישה למקורות מים. קטע זה בסעיף 133 נסמך על דו"ח מזכ"ל האו"ם, אשר נסמך מצדו על מקורות פלסטינים.
- על פי טענות הפלסטינים, שצוטטו כעובדות בחוות הדעת, 30 קהילות הופרדו משירותי הבריאות, 22 קהילות הופרדו מבתי ספר, 8 ממקורות מים ו-3 ממקורות חשמל.
- לטענות אלה אין שחר. בשלבים א' וב' של מרחב קו התפר, אליהם מתייחס הדו"ח, מצויות בסך הכול 11 "קהילות" פלסטיניות, באזור ברטעה וחירבת ג'בארה, ובאזור אלפי מנשה. ביחס לכל "קהילה" נערך מיפוי פרטני של כל צורכי הכפרים.
399. ביחס לשירותי הבריאות, הפיתרון הניתן הוא הנפקת היתרים קבועים לעובדי שירותי הבריאות, תיאום מעבר אמבולנסים, וכו'. התושבים הקבועים של מרחב התפר רשאים לצאת באופן חופשי אל בתי החולים הנמצאים בשטחי הרשות הפלסטינית, שמעבר למכשול. על כן הקהילות לא הופרדו משירותי הבריאות.
400. הדבר נכון אף לגבי שירותי החינוך. גם כאן נערכה בדיקה פרטנית של צורכי הכפרים. הפיתרון הניתן ללומדים במרחב התפר הינו באמצעות היתרים שמונפקים למורים לשם כניסה למרחב התפר. בנוסף, החל מחודש מרץ 2004, מתקיים הסדר של הסעות תלמידים פלסטינים, המתגוררים במרחב התפר, לבתי-הספר המצויים ממזרח לגדר, במימון של מערכת הביטחון. התשלום החודשי לחברות ההסעה מגיע ל-38,000 ₪.
401. לגבי הטענה על הפרדה ממקורות המים נבקש לציין כי אכן תוואי המכשול חוצה מספר קווי מים. לפני תחילת העבודות להקמת המכשול נעשה מיפוי של קווי המים, ובמהלך העבודות בוצעה העתקת תשתיות, לשם הבטחת הספקת מים תקינה.
- באזור הכפר ג'יוס, הקמת המכשול הביאה לכך שבארות המים, המספקות חלק מצריכת המים של הכפר לצרכים חקלאיים, מצויות מערבית למכשול. מכיוון שהבארות אינן מחוברות לקווי מים אל הכפר, ולא היו מחוברות לפני הקמת המכשול, התבקש מהנדס הכפר להכין תכנית להנחת צינורות להובלת המים. תכנית זו אמורה להידון בוועדת המים המשותפת. בנוסף קידמו המשיבים הקמת בריכת מים ורשת מים פנימית בחרבת דבעה וראס א-טירה. נכון להיום, לכל תושבי מרחב התפר קיימים מקורות מים.
- בנוגע לניתוק מרשת החשמל, אין בידינו כל מידע לגבי ניתוק של קהילות מרשת החשמל בעקבות הקמת המכשול.
402. ייתכן שהדו"ח הפלסטיני, עליו הסתמך מזכ"ל האו"ם, שבו תואר הנזק שגורם המכשול לקהילות השונות, מתייחס אף לקשיים בכניסה לקלקיליה מהכפרים הסמוכים לה, ולא

רק לתושבי מרחב התפר. גם אם כך הוא הדבר, כפי שהראינו גם בעיה זו אינה עדכנית עוד, לאור העובדה שהכניסה לקלקיליה אפשרית בשני צירים.

403. בהמשך סעיף 133, מצוטטת טענה כללית מדו"ח דוגארד ובה נטען כי הקמת המכשול מנתקת את תושבי מרחב התפר ממקומות העבודה, מבתי הספר, ממוסדות בריאות ושאר שירותים סוציאליים. טענה כללית ובלתי מבוססת זו, האופיינית לדו"חות הדווחים, אינה מדויקת. כפי שהראינו, המכשול אכן יוצר קשיים לחלק מתושבי מרחב התפר, אולם תושבי מרחב התפר יכולים לצאת ממרחב התפר ולהיכנס אליו דרך מעברים מיוחדים במכשול, והדבר אכן מתרחש בפועל.

404. חוות הדעת ממשיכה לצטט את דו"ח זיגלר, הטוען כי בהקמת המכשול ישראל מספחת את רוב האקוויפר המערבי, המספק 51% מתצרוכת המים של השטחים. טענה זו משתלבת עם התיאוריה הכוללת של זיגלר, אשר לפיה כוונת המכשול היא לספח את שטחי הרשות הפלסטינית. אלא שגם טענה זו אינה מבוססת.

במסגרת הסכם הביניים נקבעו הסדרים מפורטים ביחס לסוגיית המים באיו"ש, וזאת בסעיף 40 לנספח השלישי להסכם. כן נקבע כי סוגיית מקורות המים תוסדר בהסכם הקבע (סעיף 40(1) לנספח).

החלק הרלוונטי בהסכם הביניים מצורף לכתב התשובה ומסומן **מש/46**.

הקמת המכשול אינה משפיעה על יישום הסדרי המים אשר נקבעו במסגרת ההסכם, וממילא אין בה כדי להשפיע על ההסדרים שייקבעו בהסכם הקבע, מכיוון שמדובר בצעד בטחוני, שאין לו משמעות מדינית. לכן לטענות בחוות הדעת אין כל בסיס.

405. סוגיה עובדתית נוספת בה עוסק סעיף 133 היא הטענה בדבר ההשפעה הדמוגרפית של המכשול. טענה זו מתבססת על נתונים לגבי העיר קלקיליה, מדו"ח דוגארד וזיגלר, אשר לפיהם 6,000-8,000 תושבים עזבו את העיר קלקיליה, ו-600 חנויות נסגרו בעיר.

לא ברור מהיכן לקוחים הנתונים הללו, ומהי מידת האמינות שיש לייחס להם. כמו כן לא ברור מדוע עזיבה זו, אם אכן התרחשה, תלויה דווקא במכשול. באופן כללי אין בידי המשיבים נתונים המצביעים על עזיבת תושבים את מקומות מגוריהם, בעקבות הקמת המכשול.

בנוגע למצב הכלכלי בעיר קלקיליה, על פי המידע שבידי המשיבים, מאז סיום מבצע "חומת מגן", בחודש אפריל 2002, נפתחו מחדש כ-90% מהחנויות שנסגרו בעיר קלקיליה. מדובר על כ-1800 חנויות.

לכן נדמה כי קיים קושי רב לקבוע מסקנה נחרצת לגבי גל עזיבה של תושבים, ולשינוי ההרכב הדמוגרפי על הנתונים הרופפים, המופיעים בחוות הדעת.

406. בחוות הדעת נטען כי בעקבות הקמת המכשול, חלה ירידה של 40% בתפוסה של בית החולים של האו"ם בקלקיליה. זוהי אינדיקציה, לכאורה לגבי הפגיעה בתושבים בעיר, ובכפרים הסמוכים לה. נתון זה מבוסס על דו"ח מזכ"ל האו"ם. לא ברור מה היה בסיס ההשוואה בדו"ח מזכ"ל האו"ם, ואילו שנים הושוּו לצורך קבלת הנתון.

בדיקת הנתונים מצביעה על תמונה מורכבת בהרבה. נבקש להציג את הנתונים הרלוונטיים לגבי בית החולים של האו"ם בטבלה, המתייחסת לשנת 2002 שקדמה להשלמת המכשול, וכן לשנים 2003 ו-2004 בהן הושלם המכשול. הנתונים אותם נציג הם הדיווחים שהעביר בית החולים למשרד הבריאות הפלסטיני.

שנה	2002	2003	2004
מספר מיטות	38	58	63
תפוסת מיטות	60%	37%	45%
ימי אשפוז	8384	7827	10,317

407. מהטבלה עולה כי אכן בשנת 2003 חלה ירידה בתפוסת המיטות לעומת שנת 2002, בשיעורים הקרובים לאלה המצוינים בחוות הדעת. אולם כאשר בוחנים את הירידה במספר ימי האשפוז רואים כי הירידה מתונה בהרבה. **יתר על כן, מספר ימי האשפוז בשנת 2004 גבוה מזה שבשנת 2002, ולכן לא ניתן לומר כי המכשול הביא לירידה במספר המאושפזים בבית החולים.**

עוד רואים כי בשנת 2003 חל גידול ניכר במספר המיטות בבית החולים, בעקבות פתיחת מחלקת ילדים שבה 20 מיטות. לכן בסיס ההשוואה שונה לחלוטין, ולא ניתן לגזור ממנו את המסקנה של חוות הדעת.

408. אל נתונים אלה יש להוסיף נתונים לגבי בתי חולים נוספים בעיר קלקיליה. בשנת 2003 נפתח בקלקיליה בית חולים פרטי חדש שבו 10 מיטות לילודות. לכך יש לצרף בית חולים נוסף שפתחה הרשות הפלסטינית בקלקיליה בשנת 2002, שגם בו 10 מיטות.

סביר כי פתיחת בתי החולים החדשים בעיר השפיעה אף היא על תפוסת המיטות בבית החולים של האו"ם בקלקיליה.



לכן, המסקנה הגורפת של בית הדין, בהסתמך על דו"ח מזכ"ל האו"ם כי עצם הקמת המכשול הביאה לירידה של 40% בתפוסת המיטות אינה מדויקת, בלשון המעטה.

בכל מקרה, בשל השינויים במכשול באזור קלקיליה, נתונים אלה אינם רלוונטיים לצורך ניתוח המכשול, כיום.

בהקשר זה נבקש לציין כי החל מחודש אוקטובר 2004, פועלת במרחב התפר מרפאה ניידת של הסהר האדום, המספקת טיפול ראשוני ותרופות ללא תשלום.

409. לגבי התשתית העובדתית הלקויה יש לזכור שני נתונים נוספים:

ראשית, בשטחים בהם הוקם המכשול מתנהלת לחימה מזה למעלה מארבע שנים. לחימה זו הביאה לפגיעה בתושבים הפלסטינים בשל מגוון הפעולות בהן נוקט צה"ל, כפי שהביאה לפגיעה בתושבי מדינת ישראל. הניסיון של חוות הדעת לייחס את כל הפגיעה להקמת המכשול, מבלי לנסות להציג את המציאות הכוללת ומבלי להבחין בין האמצעים השונים שננקטו באזור, הוא מהלך שגוי.

שנית, חלק מהכפרים והערים שלאורך מרחב התפר, בתוך איו"ש, התבססו בין היתר על הקשר למדינת ישראל. מדובר בלקוחות ישראלים שפקדו חנויות באיו"ש, וכן בפועלים שיצאו לעבודה בישראל, באופן בלתי חוקי. הקמת המכשול פגעה בדרכי הגישה מישראל לאיו"ש, ששימשו לצורך יציאה לפעולות טרור בישראל.

כך, על פי נתוני המשיבים, חלק מהפגיעה בחיי המסחר בקלקיליה יש ליחס לקטיעת הדרכים לכפרים ולישובים, הסמוכים לקלקיליה, הנמצאים בתוך תחומי ישראל, ולאיסור על כניסת ישראלים לעיר. תוצאה זו היתה נגרמת גם אם המכשול היה עובר כולו בתוך שטח ישראל, באופן חוקי, אפילו לשיטתו של בית הדין. בית הדין לא ביצע חלוקה בין פגיעה זו, שהיתה נגרמת גם בתוואי היה עובר ממערב לקו תחום איו"ש, לבין הפגיעה שנגרמה מעצם העברת התוואי באיו"ש. ללא חלוקה מעין זו לא ניתן להתבסס על הנתונים שהוצגו בפני בית הדין.

410. לסיכום, מרבית הנתונים עליהם התבסס בית הדין במסקנתו הנחרצת לא היו נכונים כבר בעת כתיבת חוות הדעת. מדובר בנתונים שאמינותם נמוכה ומעוררת ספקות רבים. עם חלק מהנתונים קשה להתמודד מכיוון שהם מבוססים על הערכות וספקולציות.

לכן, אף מטעם זה קיים קושי לייחס משקל למסקנות חוות הדעת המייעצת.

411. לעניין זה נזכיר כי ישראל התנגדה לדיון בשאלה שהופנתה לבית הדין. לו היה מדובר בשימוש בסמכותו של בית הדין ליישב סכסוכים, בהיעדר הסכמה מצדה של ישראל, לא ניתן היה לדון בשאלה.

אם היתה מסכימה ישראל להפנות את הנושא לבית הדין, לצורך הכרעה שיפוטית, עליה היה הנטל להוכיח את חוקיות הקמת המכשול, ככל צד להליך שיפוטי.

אלא שחוות הדעת אינה הכרעה שיפוטית. כפי שקבע בית הדין עצמו, הסכמת ישראל להליך זה אינה נדרשת, ואף השתתפותה של ישראל בהליך אינה הכרחית. במקרה זה, כשבית הדין החליט לדון בשאלה ללא הסכמת ישראל, וללא השתתפותה, חלה עליו החובה להבטיח כי התמונה העובדתית שלפניו היא מלאה ומאוזנת, והוא אינו יכול להסיק ממצאים לחובתה של ישראל, בשל העובדה שישראל לא התייצבה להליך.

וכך הסביר זאת השופט בורגנטל בחוות דעתו הנפרדת:

"10. A final word is in order regarding my position that the Court should have declined, in the exercise of its discretion, to hear this case. In this connection, it could be argued that the Court lacked many relevant facts bearing on Israel's construction of the wall because Israel failed to present them, and that the Court was therefore justified in relying almost exclusively on the United Nations reports submitted to it. This proposition would be valid if, instead of dealing with an advisory opinion request, the Court had before it a contentious case where each party has the burden of proving its claims. But that is not the rule applicable to advisory opinion proceedings which have no parties. Once the Court recognized that Israel's consent to these proceedings was not necessary since the case was not brought against it and Israel was not a party to it, Israel had no legal obligation to participate in these proceedings or to adduce evidence supporting its claim regarding the legality of the wall. While I have my own views on whether it was wise for Israel not to produce the requisite information, this is not an issue for me to decide. The fact remains that it did not have that obligation. The Court may therefore not draw any adverse evidentiary conclusions from Israel's failure to supply it or assume, without itself fully enquiring into the matter, that the information and evidence before it is sufficient to support each and every one of its sweeping legal conclusions."

וראו לעניין זה **מרפי** הנ"ל בעמוד 29 ואילך.

412. לכן, אי השתתפותה של ישראל בהליך אינה יכולה לשמש לחובתה. האחריות לקיומה של תשתית עובדתית מספקת, עובר למתן חוות הדעת מייעצת, מוטלת על בית הדין בלבד.

## 5. התשתית העובדתית עליה התבססה חוות הדעת אינה עדכנית עוד

### 5.א. שינויים בתוואי המכשול – החלטת הממשלה החדשה מיום 20.2.05

413. עד כה עסקנו בתשתית העובדתית הבעייתית, ובדרך ההנמקה העובדתית עליה מתבססת חוות הדעת. הראינו כי התשתית העובדתית הלקויה פוגעת באופן ממשי ביותר בתקפותה של חוות הדעת. הרי כפי שהדגיש בית הדין שוב ושוב, המסקנות מבוססות על החומר שהונח בפניו. קשיים בחומר זה, משפיעים כאמור על תקפותה של חוות הדעת המייעצת, ועל היכולת להשתמש בה בסכסוך קונקרטי.

414. האמירה השזורה לכל אורך חוות הדעת, ולפיה חוות הדעת מבוססת על העובדות שהונחו בפני בית הדין, היא בעלת משמעות משפטית. הדבר מעיד כי בית הדין עצמו התכוון לכך שכל ממצאיו, הן העובדתיים והן המשפטיים, גם כלפי אלו שמבקשים לאמץ את חוות הדעת כלשונה, יהיו יחסיים ולא מוחלטים, ותלויים בעובדות בזמן נתון.

415. מאז הסתיים איסוף החומר העובדתי לקראת הכנת חוות הדעת, ובעיקר לאחר מתן חוות הדעת, חל שינוי משמעותי ביותר בתוואי המכשול הקיים, בתוואי המתוכנן ובהסדרים החלים ממערב למכשול. השינויים נבעו משתי סיבות עקריות:

ראשית, תהליך של הפקת לקחים. תכנון השלבים הראשונים של המכשול נעשה במהירות, מתוך רצון לתת מענה מידי למתקפת הטרור. בשלבים הראשונים של התכנון קשה היה להעריך מה תהיינה התוצאות של התוואי המתוכנן, הן מבחינת האפקטיביות של המכשול, והן מבחינת ההשפעה על התושבים הפלסטינים.

מאז הוקם המכשול, מבוצע תהליך הפקת לקחים רצוף ומתמשך. במסגרתו שונו קטעים בתוואי הקיים, בעיקר על מנת להקל על האוכלוסייה הפלסטינית, וכן השתנה התכנון של השלבים שטרם הוקמו.

תהליך הפקת הלקחים מביא לכך שחלים שינויים רבים בתוואי המכשול במסגרת עבודת המטה לתכנון הפרטני של התוואי. שינויים אלו בתוואי חלו לאחר החלטת הממשלה מחודש אוקטובר 2003, אשר שימשה כבסיס לתיאור תוואי המכשול בחוות-הדעת, והביאו לכך שתוואי הגדר – שבוצע בסופו של דבר – היה שונה מזה שתואר בחוות-הדעת.

העתירות שלפנינו הן דוגמא טובה לכך. בשני המקרים התוואי, שאושר בהחלטת הממשלה, שונה מזה שבוצע בפועל. התוואי בשתי העתירות שונה במטרה להקטין את הפגיעה בתושבים הפלסטינים.

הדבר בא לידי ביטוי גם בהפקת הלקחים, ובהקלה על חיי התושבים המתגוררים בקרבת המכשול.

שנית, פסק הדין בעניין **בית סוריק** חייב תכנון מחודש של התוואי. בעקבות פסק הדין בוצעה בדיקה מחודשת של תוואי המכשול המתוכנן בשלבים ג' ו-ד', שהביאה לשינויים משמעותיים בתכנון התוואי.

416. בפסקאות להלן נבקש לסקור את השינויים, במטרה להשוות את התשתית, שעמדה בפני בית הדין, לתשתית הנוכחית.

417. חלקה הראשון של התשתית העובדתית, המופיע בסעיפים 85-79 לחוות הדעת נסמך בעיקרו על החלטת הממשלה מיום 1.10.03. בקטע זה בחוות הדעת מתואר התוואי ותוצאותיו על פי דו"חות המזכ"ל.

**מסקנת הדו"ח המופיעה בסעיף 85 לחוות הדעת, היא כי התוואי שאושר בהחלטת הממשלה יביא למצב בו 975 ק"מ רבועים (שהם, לדעת בית הדין, 16.6% משטחי הגדה המערבית) יימצאו בין המכשול לבין קו תחום איו"ש. בשטח זה גרים 237,000 פלסטינים. כמו כן נטען כי 160,000 פלסטינים נוספים יימצאו בין שני מכשולים. נטען עוד כי מעל ל- 80% מהאזרחים הישראליים המתגוררים בשטחים (320,000 – כולל מזרח ירושלים) יימצאו בין המכשול לקו תחום איו"ש.**

418. **הנתונים העדכניים שונים לחלוטין**. כמו כן הנתונים שהופיעו בחוות הדעת אף לא תאמו את המצב בעת שהתקבלה החלטת הממשלה האמורה. הנתונים אינם עדכניים בשל החלטת הממשלה החדשה, המשנה את התוואי שנקבע בהחלטת הממשלה מחודש אוקטובר 2003, עליו מבוססת חוות הדעת.

להלן נציג את הנתונים העדכניים, ואת השינויים שערכה הממשלה בתוואי המכשול. קודם שנציג את הנתונים נבקש להעיר שתי הערות מקדימות:

ראשית, הנתונים לגבי השטח שנמצא מערבית למכשול, כוללים את רצועת הקרקע עליה נבנה המכשול.

שנית, חלק נכבד מן הקרקעות שנותרו מערבית למכשול אינן קרקעות פרטיות אלא אדמות מדינה.

419. **בשלב א' של המכשול בקטע שבין אלקנה לסאלם**, מצויים כיום כ-90 קמ"ר בין המכשול לקו תחום איו"ש. שלב זה הושלם.

מערבית למכשול, במרחב התפר, מתגוררים כ- 6000 פלסטינים וכ- 21,000 תושבים ישראלים.

העיר קלקיליה היא הישוב הפלסטיני היחיד המוקף במכשול מכל עבריו. ביחס אליו הוחלט להסיר חלק מן המכשול שהוקם ממזרח לעיר. כוונה זו התגבשה עוד לפני המועד בו ניתנה חוות-הדעת. העבודות להסרת חלק זה של המכשול יסתיימו במועד קרוב.

כפי שציינו לעיל, כבר כיום, קיימות שתי דרכי גישה חופשיות לעיר, האחת מכיוון מזרח והשניה 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. כמו כן קיימת כוונה לפתוח את המחסום הנמצא צפונית לעיר לצורך מעבר של תושבי איו"ש אל ישראל לצורכי מסחר ועבודה.

לאחר הקמת המכשול, ועוד לפני המועד בו ניתנה חוות-הדעת המייעצת, שונה התוואי באזור נזלת עיסא ובקה אל שרקה. שני יישובים אלה, אליהם מתייחס דו"ח המזכ"ל היו ממערב למכשול. תוואי המכשול במקום הוזז מערבה, אל עבר קו תחום איו"ש. בעקבות הזאת התוואי כ- 7000 התושבים של שני היישובים הללו מתגוררים כיום מזרחית למכשול.

כמו כן בעקבות השינוי הצפוי באזור ח'רבת ג'בארה, יחיו 350 תושבי הכפר מזרחית למכשול. בנוסף, בעקבות שינוי התוואי יועברו 3 קמ"ר אל מזרחית למכשול.

שינויים אלה בתוואי עוגנו בהחלטת הממשלה החדשה.

על כן, בשלב א' יכללו, על פי החלטת הממשלה החדשה, כ- 87 קמ"ר במרחב התפר, דהיינו מערבית למכשול. שטח איו"ש הוא 5540 קמ"ר (לא כולל שטחי ההפקר, ושטחה המוניציפאלי המורחב של ירושלים העומד על כ- 60 קמ"ר). לכן מרחב התפר בשלב א' יכלול כ- 1.57% משטח איו"ש בלבד. בשטח זה יתגוררו כ- 5600 פלסטינים.

בשלב ב' של מרחב התפר, מסאלם ועד טירת צבי, שבנייתו הושלמה, מצויים כ- 7 קמ"ר בלבד בין תוואי המכשול לקו תחום איו"ש. מדובר על כ- 0.12% משטח איו"ש.

בשטח זה לא מתגוררים תושבים פלסטינים או ישראלים. הפגיעה של המכשול באזור זה, שברוב שטחו צמוד לקו תחום איו"ש, היא מועטה ביותר.

עוד נעיר כי לצורך הקמת המכשול בחלק זה נתפסו כ- 1450 דונם בתוך שטח ישראל.

יצוין כי החלטת הממשלה מאוקטובר 2003 כללה בשלב זה קטע נוסף מהר אבנר דרומה, לכפר תיסיר. עד עתה, לא ננקטו פעולות כלשהן לצורך הקמת קטע זה. החלטת הממשלה החדשה ביטלה את התוואי בקטע האמור.

421. **בכל הנוגע לשלב ג' של המכשול**, עוד לפני פסק-הדין בפרשת **בית סוריק** ולפני מתן חוות-הדעת, חלו שינויים רבים בתוואי המכשול בשלב ג', ביחס לתוואי שאושר על-ידי הממשלה. בעקבות פסק-הדין בעניין **בית סוריק** חלו שינויים מהותיים נוספים בתוואי המתוכנן של שלב ג', שאושרו כולם בהחלטת הממשלה החדשה. שלב ג' כולל מספר קטעי משנה. נתייחס לכל קטע בנפרד.

422. **הקטע הראשון (ג'1) הוא המכשול מאלקנה ועד למחנה עופר שליד ירושלים, העובר בסמוך לקו תחום איו"ש.**

על פי התכנון המקורי של שלב ג'1, 114 קמ"ר היו אמורים להימצא בין המכשול לקו תחום איו"ש. בשטח זה אמורים להתגורר כ- 46,000 תושבים ישראלים, וכ- 2,200 פלסטינים, רובם המכריע בכפרים בית איכסא ונבי סמואל, צפונית-מערבית לירושלים.

**על-פי התכנון הנוכחי של שלב ג'1, כפי שאושר בהחלטת הממשלה החדשה מצויים כ- 75 קמ"ר בין תוואי המכשול לקו תחום איו"ש. מדובר על כ- 1.35% משטח איו"ש. בשטח זה מתגוררים, כאמור, כ- 2,200 פלסטינים, רובם המכריע בכפרים בית איכסא ונבי סמואל.**

בדרומו של קטע זה נמצא קטע המכשול של **עוטף ירושלים**. תוואי המכשול ב"עוטף ירושלים" נקבע, באופן כללי, בסמוך לגבול המוניציפאלי של העיר. שטח מרחב התפר דהיינו השטח המצוי בין המכשול לקו תחום איו"ש הוא כ- 9 קמ"ר – כ- 0.16% משטח איו"ש.

הרוב המכריע של הפלסטינים המתגוררים בקטע זה, ממערב לתוואי המכשול, מתגוררים בתחום המוניציפאלי של העיר ירושלים, והם בעלי מעמד של תושבי קבע בישראל. בקטע זה לא חלו שינויים מהותיים בעקבות פסק-הדין בעניין **בית סוריק**.

423. **הקטע השני של שלב ג' (שלב ג'2) אמור היה לכלול מספר מכשולי עומק, דהיינו מכשולים בעומק איו"ש, בנוסף על המכשול הקיים לאורך קו תחום איו"ש. מכשולי העומק אמורים היו להביא למצב שבו 65,000 פלסטינים נוספים יימצאו בין שני המכשולים, אך לא במרחב התפר.**

**שלב ג'2, בוטל כולו בהחלטת הממשלה החדשה.**

424. **הקטע השלישי (ג'3) אמור לכלול בתוואי המכשול את העיר אריאל, וישובים נוספים כמו עמנואל, קדומים, וגוש ישובים, המכונה "גוש השומרונים".**

על פי התכנון המקורי של "אצבעות אריאל" 128 קמ"ר אמורים היו להימצא בין המכשול לקו תחום איו"ש. בשטח זה היו אמורים להתגורר כ- 85,500 תושבים ישראלים, ותושבים פלסטינים ספורים.

בשלב זה מבוצעים רק הקטעים הסמוכים ליישובים הישראלים, המשמשים גם כשטחים ביטחוניים מיוחדים (שב"מ).

**על פי החלטת הממשלה החדשה, אישור התוואי כפוף לאישור משפטי. התוואי באזור ייבחר משפטית לאחר השלמת עבודת המטה. שטחו של קטע זה, אם ייבנה כולו, בהתאם לתוואי הנוכחי הוא כ-2.3% משטח איו"ש.**

425. **בתוואי שלב ד', מירושלים דרומה**, אשר אושר על-ידי ממשלת ישראל בחודש אוקטובר 2003, היו אמורים להיות מצויים כ-162 קמ"ר בין המכשול לקו תחום איו"ש. בשטח זה היו אמורים להתגורר כ-2,000 פלסטינים, בכפר ג'בע ועוד כ-500 פלסטינים בדרום הר חברון.

תוואי המכשול תוכנן כך שיקיף את גוש עציון ממזרח ומדרום, וכן הוא תוכנן להקיף יישובים ישראלים נוספים בדרום הר חברון. על פי התכנון, הכפרים הפלסטינים באזור גוש עציון, אמורים היו להיות מערבית למכשול, ומוקפים במכשול מכל עבריהם.

עוד לפני פסק-הדין בפרשת **בית סוריק** ולפני מתן חוות-הדעת, חלו שינויים רבים בתוואי המכשול בשלב ד', ביחס לתוואי שאושר על-ידי הממשלה באוקטובר 2003. כך, לדוגמא, הוחלט שהקטע שמתחיל מדרום לגוש עציון, ומגיע עד הישוב שקף, שאורכו כ-38 ק"מ, יימצא בסמוך לקו תחום איו"ש, בעוד שעל-פי החלטת הממשלה עבר התוואי במרחק של כקילומטר מזרחה מהקו.

426. בעקבות פסק-הדין בעניין **בית סוריק**, חלו שינויים מהותיים נוספים בתוואי המתוכנן של שלב ד', כפי שאושר בהחלטת הממשלה החדשה.

ביחס לגוש עציון, על פי התכנון החדש, יבוטל התוואי שתוכנן להקיף במכשול את הכפרים הפלסטינים באזור מכל עבריהם.

השטח שיוותר בין המכשול לקו תחום איו"ש עומד על כ-67 קמ"ר, ובו מתגוררים כ-39,000 ישראלים וכ-19,000 פלסטינים.

בשטח זה לא יוחל על תושבי הכפרים הפלסטינים באזור משטר ההיתרים של מרחב התפר. כתוצאה מכך לא יידרשו היתרים לכניסה לשטח זה או ליציאה ממנו, והכניסה אליו תצריך בדיקה בלבד.



כמו כן, על פי החלטת הממשלה החדשה, מדרום לגוש עציון ועד ים המלח, יעבור המכשול בסמוך לקו תחום איו"ש. רוב הישובים הישראליים בדרום הר חברון לא יוקף על ידי המכשול. ליישובים האמורים יינתנו פתרונות ביטחוניים נקודתיים.

בעקבות שינויים אלה, הכפר ג'בע והאוכלוסייה הפלסטינית בדרום הר חברון, שהיו אמורים להימצא בתוך מרחב התפר, יימצאו מזרחית למכשול.

**שטח מרחב התפר בחלקים ד'1 וד'2 של המכשול, דהיינו מדרום ירושלים ועד מצדות יהודה בדרום הר חברון, יעמוד על כ- 5 קמ"ר, שהם 0.09% משטח איו"ש.**

נעיר כי למכשול קיים קטע נוסף, המכונה ד'3, ממצדות יהודה ועד לים המלח. קטע זה לא נכלל בהחלטת הממשלה מחודש אוקטובר 2003, והוא הוסף להחלטה החדשה כקו "רעיוני", בסמוך לקו תחום איו"ש. קטע זה מצוי בימים אלה בשלבי תכנון ראשוניים.

427. בהחלטת הממשלה החדשה מופיע תכנון למכשול באזור מעלה אדומים, שלא נכלל בהחלטת הממשלה הקודמת. מדובר בתכנון ראשוני, הכפוף לבחינה משפטית, ולעבודת מטה נוספת שטרם הושלמה. השטח של מרחב התפר באזור זה, אם יאושר התוואי, כפי שהוא מופיע בהחלטת הממשלה החדשה, עומד על כ- 67 קמ"ר.

428. על כן, תוואי המכשול, כפי שאושר בהחלטת הממשלה החדשה שונה מהותית מזה שעמד בפני בית הדין.

**אם נסכם את הנתונים שהבאנו לעיל נראה כי השטח הכולל של מרחב התפר שנבנה עד כה, וזה שלגביו הסתיימה עבודת המטה, עומד על כ- 3.3% משטח איו"ש (183 קמ"ר). במרחב התפר יתגוררו כ- 7800 תושבים פלסטינים.**

נתון זה אינו כולל את שטח המכשול באזור גוש עציון, שאינו כלול במרחב התפר (כ- 1.2% משטח איו"ש), וכן את אצבעות אריאל (כ- 2.3% משטח איו"ש), ואזור מעלה אדומים (כ- 1.2% משטח איו"ש), שעבודת המטה בעניינם ובדיקתם המשפטית טרם הסתיימו. הוא אף אינו כולל את שטחה המוניציפאלי המורחב של ירושלים ושטחי ההפקר, שכן שטח זה אינו בתחום איו"ש.

429. הנתונים שהצגנו לעיל שונים באופן מהותי, מהנתונים שהוצגו לבית הדין. כפי שצינו לעיל, על פי המידע הכלול בסעיף 85 לחוות הדעת, נטען כי המכשול יקיף 16.6% משטח איו"ש.

430. נדמה כי נתונים אלה ממחישים יותר מכל את חוסר העדכניות של חוות הדעת, ואת היעדר הרלוונטיות של מסקנותיה להכרעה עדכנית ביחס לתוואי המכשול.

## ב.5. שינויים בהסדרי מרקם החיים

431. במקביל לשינוי בתוואי המכשול, חלו שינויים מהותיים אף בהסדרי החיים לאורך המכשול. אין מחלוקת כי המכשול מקשה על חיי הפלסטינים המתגוררים בסמוך לו. מדובר הן בתושבים המתגוררים מערבית למכשול, בתוך מרחב התפר שהוא שטח צבאי סגור, והן בתושבים המתגוררים ממזרח למכשול, אך נדרשים לחצות אותו לכיוון מערב לצורך עיבוד חקלאי, או צרכים אחרים.
432. לאחרונה סיים צוות שהקימו המשיבים עבודה שתכליתה לבחון את הבעיות הקיימות במשטר התנועות הקיים במרחב התפר, והציג את הבעיות הדורשות פתרון.
- מדיניות המשיבים בנושא מרקם החיים מתייחסת לשתי קבוצות – הראשונה היא תושבי מרחב התפר והשנייה שאר תושבי אי"ש, הנדרשים להיכנס אל מרחב התפר, בדרך כלל לצורך עיבוד שטחים חקלאיים, מסחר ושירותים.
433. עבודת הצוות התמקדה בשני היבטים של מרקם החיים ביחס לאוכלוסיה זו. ההיבט הראשון נגע למדיניות המעברים, בדגש על מיקום המעברים בין מרחב התפר לאי"ש, שעות הפתיחה של מעברים אלה, והסדרי הפתיחה של המעברים. ההיבט השני נגע למשטר ההיתרים במרחב התפר.
- הבעיות המרכזיות של תושבי מרחב התפר שאותרו בבדיקת הצוות ביחס למשטר ההיתרים, הינם מעמסה בירוקרטית בקבלת ההיתרים, קשיים בקבלת תעודת תושב קבוע של מרחב התפר, וכן קשיים בהנפקת היתרים עבור תושבים פלסטינים, שאינם מתגוררים במרחב התפר, אך כניסתם למרחב נדרשת לצורך מתן שירותים לתושבי מרחב תפר. כמו כן אותרו בעיות בגישה של תושבי מרחב התפר לחלק מהמעברים המובילים לאי"ש.
- הבעיות המרכזיות שאותרו ביחס לבעלי הקרקעות במרחב התפר נוגעות למיקום השערים החקלאיים במקומות המקשים על הנגישות, שעות פתיחה מצומצמות בחלק מן המקרים, ועיכובים בפתיחת השערים, כתוצאה ממטלות אחרות המוטלות על החיילים האחראים על פתיחת השערים.
434. בשל בעיות אלה הצוות המליץ לשנות את משטר ההיתרים בתחום מרחב התפר, בין היתר באמצעות הענקת תעודות קבועות לתושבי מרחב התפר, במטרה לחסוך מהם את הצורך בחידוש התעודות הקיימות, שתוקפן מוגבל לשנה. המלצה זו מצויה בשלבי יישום.
- כמו כן, הומלץ על הקלות בשיטת הענקת ההיתרים לתושבים הנדרשים לעבור את המכשול באופן קבוע כמו חקלאים, מורים, אנשי עסקים וכו'. בנוסף הומלץ להנפיק היתר דו-שנתי לחקלאים המעבדים את השטחים במרחב התפר.

435. כמו כן, הומלץ להרחיב את שעות הפעילות של השערים החקלאיים, ולפתוח חלק מהשערים בכל שעות האור. עוד הומלץ למנות צוותים קבועים לפתיחת חלק מן השערים החקלאיים, במטרה למנוע מצב, שבו החיילים שאחראים על טיפול בשערים, יופנו למשימות אחרות. אף המלצות אלה מצויות בשלבי יישום.
436. במקביל, נמשך כל העת המאמץ להקל על חייהם של המתגוררים במרחב התפר באמצעות מימון הסעות לתלמידים הלומדים מחוץ למרחב התפר; הקמת נקודות ביקורת נוספות; הכשרת דרכי גישה לכלי רכב והולכי רגל וכו'.
437. דגש מיוחד ניתן לטיפול בגזרת קלקיליה, אשר כפי שעולה מחוות הדעת של בית הדין, מעלה שורה של סוגיות הדורשות פתרון. באזור זה מתוכננים סלילת דרכי גישה, וטיפול פרטני בבעיות שהתגלו בעקבות הקמת המכשול בכל הנוגע למעברים בין שני צידי המכשול.

#### **6. מודל הדין בבית הדין מול המודל של בית המשפט העליון**

438. עד כה עסקנו בניתוח פנימי של חוות הדעת. הצבענו על הקשיים המובנים הקיימים בשיטת הדין, בדרך איסוף התשתית העובדתית, ובהנמקת בית הדין. זוויט ראייה נוספת ניתן לקבל באמצעות ניתוח של חוות הדעת, בהשוואה להליכים המתנהלים בפני בית המשפט העליון בעתירות העוסקות בענייני המכשול.
439. מאז החלה בניית המכשול, דן בית המשפט הנכבד בעשרות עתירות שעניינן המכשול. רוב העתירות התייחסו לקטעים נתונים של המכשול, בהתאם לצווי תפיסה שהוציא המפקד הצבאי.

נכון לתחילת ינואר 2005, הוגשו 65 עתירות בעניין המכשול, מתוכן 51 עתירות עסקו בתוואי המכשול, ויתר העתירות עסקו בנושאים נוספים, כפי שיוסבר להלן.

מתוך 51 העתירות שהוגשו בעניין תוואי המכשול, 15 נמחקו בהסכמה (ברוב המקרים, לאחר שנעשו תיקונים בתוואי, בהתאם לבקשת העותרים), 10 נדחו בפסקי-דין, ועתירה אחת התקבלה (עניין **בית סוריק**). יתר 26 העתירות עודן תלויות ועומדות בפני בית-המשפט הנכבד.

בנוסף לעתירות שהוגשו בעניין תוואי המכשול, הוגשו שתי עתירות עקרוניות ביחס למכשול; שלוש עתירות נוספות הוגשו ביחס למרקם החיים באזורים ספציפיים; שלוש עתירות הוגשו ביחס להארכת המועדים להגשת התנגדויות כנגד צווי התפיסה; חמש עתירות הוגשו ביחס לתעודת תושב במרחב התפר; ועתירה אחת הוגשה ביחס להקמת עמדת תצפית במרחב התפר.

בכל עתירה ועתירה מתנהל הליך אדברסרי שבו נבחנות העובדות והטענות המשפטיות. המפקד הצבאי מציג את השיקולים העומדים בבסיס התוואי המתוכנן, ואת הצעדים שנקט על מנת להפוך את הפגיעה בתושבים המקומיים למידתית. מנגד מציגים העותרים את הפגיעה בהם. במקרים רבים מציעים העותרים תוואי חלופי. לעיתים משתנה תוואי המכשול במהלך הדיון בעתירות במטרה להקטין את הפגיעה בתושבים.

רבות מהעתירות מתנהלות לאורך תקופה ארוכה, ומתקיימים בהן מספר דיונים, במטרה לאפשר לבית המשפט הנכבד בחינה קפדנית של העובדות ובחינת כל החלופות האפשריות.

440. שיטת דיון זו מאפשרת לקבוע ממצאים עובדתיים, ולעמת בין הטענות הנוגדות. בשיטת דיון מעין זו לא ניתן להתבסס על טענות בעלמא.

441. יתרון נוסף של שיטה דיונית פרטנית זו הוא בכך שהיא מאפשרת למצוא, במהלך הדיונים, פתרונות פרטניים, כולל שינויים בתוואי, שיענו על כל צרכי התושבים או חלקם, מבלי לפגוע באינטרס הביטחוני. ואכן, קיימות דוגמאות רבות לעתירות שבהן התוואי שונה במהלך הדיונים בעתירות. נביא להלן מספר דוגמאות.

א. בג"ץ 6600/02 **הפטריארכיה הארמנית נ' המפקד הצבאי** – עתירה זו הוגשה על ידי הכנסייה הארמנית בעניין קטע מתוואי המכשול העובר בדרום העיר ירושלים. בעקבות הגשת העתירה נערך תיקון בתוואי, כך שהמכשול יעבור לאורך גבול החלקה, ולא במרכזה. העתירה נמחקה בהסכמה.

ב. בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' המפקד הצבאי** – עתירה זו מכוונת כנגד תוואי הגדר בדרום העיר ירושלים, באזור קבר רחל. בעקבות הגשת העתירה נערכו שני תיקונים בתוואי, באופן המונע פגיעה מהותית בחופש התנועה של העותרים. העתירה נדחתה.

ג. בג"ץ 9674/03 **חמידאן נ' המפקד הצבאי** – עתירה שהוגשה על ידי תושבי הכפר אל ח'אס, בעניין קטע מתוואי המכשול, העובר בדרום-מזרח העיר ירושלים. בעקבות הגשת העתירה הורחק תוואי המכשול מבתי הכפר, ונמנעה הפרדה (שהייתה צפויה בתוואי המקורי) בין הכפר לבין בית הקברות המשמש אותו, ובין הכפר לבין קבוצה של שישה בתים המרוחקים מן הכפר. בעקבות תיקונים אלו, נדחתה העתירה.

ד. בג"ץ 10377/03 **ניירוך נ' המפקד הצבאי** – בעתירה זו נתבקש תיקון בתוואי המכשול, בקטע העובר בדרום העיר ירושלים, באופן המונע הפרדה בין בתיהם של שני אחים. בעקבות הגשת העתירה תוקן התוואי כמבוקש והעתירה נמחקה בהסכמה.

ה. בג"ץ 885/04 **הקסטודיה דה טרה סנטה נ' המפקד הצבאי** – עתירה שהוגשה על ידי הכנסייה הפרנציסקאנית בעניין קטע מתוואי המכשול העובר בגבולה מזרחי של העיר

ירושלים. בעקבות הגשת העתירה נערך תיקון מקומי בתוואי, המצמצם את הפגיעה בחלקה שבבעלות הכנסייה, והעתירה נמחקה בהסכמה.

ו. בג"ץ 3418/04 **זהראן נ' המפקד הצבאי** – עתירה זו הוגשה על ידי בעלי חלקה אשר רוב שטחה היה אמור להיתפס לצורך הקמת המכשול. בעקבות הגשת העתירה הוחלט על עריכת תיקון בתוואי, המקטין את הפגיעה בחלקה, והעתירה נמחקה בהסכמה.

ז. בג"ץ 5538/04 **סמארה נ' המפקד הצבאי** – עתירה זו כוונה כנגד קטע מתוואי הגדר העובר בסמוך לישוב בית חורון. בעקבות הגשת העתירה תוקן התוואי, באופן המצמצם את הפגיעה בקרקעות שבבעלות העותרים, והעתירה נמחקה בהסכמה.

442. לכן, בחינה פרטנית מביאה למיצוי ראוי בהרבה של עקרונות המשפט הבין לאומי, באמצעות יצירת איזונים מקומיים בין צורכי הביטחון לאינטרסים של תושבי המקום. לכן, גם אם מגיע בית המשפט למסקנה כי יש לשנות את נקודת האיזון בתוואי נתון, אין הכרח להגיע למסקנה גורפת בדבר ביטול המכשול כולו. ניתן להגיע לאיזון ראוי באמצעות שינויים מקומיים בתוואי, או שינויים בהסדרי מרקם החיים.

443. נדמה כי השוואת פסק הדין בעניין **בית סוריק** לחוות הדעת מעידה יותר מכל על היתרונות של שיטת הדיון הישראלית הפנימית.

פסק הדין בעניין **בית סוריק** מבוסס על עובדות בדוקות ומבוססות, מהן התרשם בית המשפט באופן ישיר. הדבר נעשה בשבעה דיונים שהתקיימו בפרשה, ולאחר שהוצגו בפניו עמדותיו של המפקד הצבאי, עמדות העותרים ותוואים חלופיים.

פסק הדין מנתח בצורה פרטנית את המכשול העומד על הפרק ומסביר את מערך האיזונים בכל קטע של המכשול, בהתאם לנורמות של המשפט הבין לאומי והמשפט הישראלי.

444. בנוסף, הלכת **בית סוריק** קובעת פרמטרים ברורים לאיזון פרטני של תוואי המכשול. היא נותנת כלים לניתוח עתידי של חלקים אחרים במכשול, ומאפשרת לכוון את התנהגותו של המפקד הצבאי בעתיד.

445. לעומת זאת, חוות הדעת המייעצת מבוססת על עובדות חסרות, כלליות, לא עדכניות ולא מאוזנות. היא מתייחסת למכשול בכללותו, ואינה יוצרת הבחנה בין קטעים שונים שלו. הנמקתה דלה, ואין היא מעניקה כלים שיאפשרו ליישם את עקרונותיה, או לחלף את עמדתו המדויקת של המשפט הבין לאומי בסוגיה, לדעת בית הדין.

446. השוואה זו, המצביעה על יתרונו של בית המשפט העליון בקביעת הממצאים העובדתיים, מביאה למסקנה כי במקרה של שוני בממצאים העובדתיים בין שתי הערכאות, יש להעדיף את ממצאיו של בית המשפט העליון.

### 7. סיכום משמעות הליקויים בתשתית העובדתית ובהנמקת בית הדין

447. התחלנו את הדיון בחלק זה בהסבר כי חוות הדעת אינה מחייבת משפטית את ישראל, ואין בה קביעה שיפוטית מחייבת לגבי עמדת המשפט הבין לאומי בשאלה שלפנינו. הסברנו כי קיים הכרח לנתח את חוות הדעת, קודם שניתן יהיה לבחון את אפשרות יישומה במקרה הקונקרטי שלפנינו.

448. ניתוח של התשתית העובדתית של חוות הדעת המייעצת, והנמקות חוות הדעת המייעצת, המבוססות על תשתית זו, מצביע, לטעמנו, על המסקנה כי אין לאמץ את חוות הדעת הגורפת, ולפיה תוואי המכשול כולו עומד בניגוד להסדרי המשפט הבין לאומי.

עמדתנו היא, כי הליקויים הקשים בעובדות שהובאו בפני הדין, והשימוש שעשה בית הדין בעובדות אלה כתשתית למסקנותיו, פוגעים קשות בתקפותה המשפטית של חוות הדעת. ליקויים אלה מחזקים את טענות ישראל, כי ההליך של מתן חוות דעת כלל אינו מתאים לדיון במכשול.

עוד הראינו כי מסקנותיה של חוות הדעת המייעצת התבססו על תשתית עובדתית שאינה רלוונטית עוד, בשל השינויים בתוואי המכשול, ובשל השינוי במשטר הנוהג בקרבת המכשול.

449. בכל האמור לחלק זה של חוות הדעת, קיים יתרון משמעותי לשיטה הדיונית שנוקט בית המשפט העליון בישראל – מבחינת דרך איסוף העובדות, אופי הדיון, וההנמקה השיפוטית.

450. אולם בכך לא מסתיים הדיון בהשלכותיה של חוות הדעת. חוות הדעת כוללת שורה של קביעות משפטיות לגבי הדין החל על המכשול. עם קביעות אלה נבקש עתה להתמודד.

לצורך כך, ניגש עתה לניתוח המסגרת הנורמטיבית של חוות הדעת המייעצת.

## ב.5.ד. השלכות המסגרת הנורמטיבית בחוות הדעת על העתירות

### 1. כללי

451. עד כה הראינו כי מסקנת חוות הדעת, לפיה יש לפרק את המכשול שמעבר לתחום קו איו"ש, אינה תקפה, בשל הליקויים בתשתית העובדתית שהיתה בפני בית הדין, ובשל הדרך שבה נותחה התשתית העובדתית.
452. עתה ניגש לשכבה השניה של חוות הדעת, היא המסגרת הנורמטיבית, אשר על פיה ניתח בית הדין את חוקיות המכשול. נאמנים לגישתנו, כי אין לנתח את המכשול כמקשה אחת, נבקש לנתח את המסגרת הנורמטיבית על בסיס העובדות בעתירות שלפנינו. מטרת הניתוח היא לבחון האם הניתוח הנורמטיבי, שנעשה בחוות הדעת, יכול להשליך על תוצאת העתירות.
453. ניתוח זה אינו מתבצע בחלל ריק. יש לזכור כי בפנינו מונח פסק הדין בעניין **בית סוריק**, המבוסס על פסיקה ישראלית ענפה, הנוגעת לתחולת המשפט הבין לאומי בשטחים.
- בחלקו הראשון של כתב התשובה הראינו כי צווי התפיסה בהם עוסקות העתירות עולים בקנה אחד עם הלכת **בית סוריק**.
454. **לכן השאלה שצריכה להישאל, היא האם חוות הדעת מנתחת את המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית בצורה שונה מבית המשפט העליון של ישראל, ואם כן, האם ניתוח שונה זה יכול להביא לשינוי התוצאה בעתירות שלפנינו.**
455. המסקנה אותה נבקש לבסס היא, כי קיים דמיון בין המסגרת הנורמטיבית שקבע בית המשפט העליון בעניין **בית סוריק**, לבין המסגרת הנורמטיבית על פיה התנהל הדיון בחוות הדעת.
- אכן, קיימים הבדלים מסוימים בין פסק הדין לחוות הדעת. חלק מן ההבדלים יסודו בתשתית העובדתית הלקויה שעמדה בפני בית הדין, ולגבי החלק האחר, ההכרעה אינה נדרשת לצורך דיון בעתירות שלפנינו. לכן ההבדלים האמורים אינם משפיעים על התוצאה של העתירות שלפנינו.
456. בפרקים אלה נתמקד בעיקר במשפט ההומניטארי הבין לאומי. בנוסף נתייחס גם להשפעה האפשרית של אמנות זכויות האדם, על המקרה דנן, וכן לסוגיית ההגנה העצמית.

457. נבקש להזכיר, כי העתירות שלפנינו עוסקות בתוואי המכשול, הנמצא בסמיכות רבה לקו תחום איו"ש, רחוק מישובים ישראליים באיו"ש. התוואי אינו מותיר תושבים פלסטינים ממערב למכשול, ופגיעתו בתושבים הפלסטיניים קטנה ובלתי-משמעותית, בודאי ככל שהיא עומדת מול הצלת חיי אדם ממתקפת הטרור.

לכן נתמקד בסוגיות בחוות הדעת הרלוונטיות לעתירות.

458. קודם שניגש לדיון המהותי, נבקש להתייחס לשתי טענות המופיעות בחוות הדעת המייעצת, מהן עולה לכאורה כי תכליתו של המכשול היא מדינית, וכי הוא פוגע בזכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית.

## **2. התייחסות לטענת סיפוח השטחים והפגיעה בזכות להגדרה עצמית**

459. העיקרון המשפטי הראשון אותו קובעת חוות הדעת הוא איסור על סיפוח שטחים התפוסים בתפיסה לוחמתית, כתוצאה משימוש בכוח או כתוצאה מאיום בשימוש בכוח. ראו סעיף 87 לחוות הדעת.

המכשול לא נועד לסיפוח שטחים, ואף אינו מספח שטחים בפועל. לכן עקרון זה כלל אינו רלוונטי לענייננו.

460. תכליתו של המכשול היא ביטחונית, ומעמדו ארעי. כפי שהסברנו בחלק הראשון של כתב התשובה, המכשול בא לתת מענה למתקפת הטרור המופנית כלפי האזרחים הישראליים בישראל ובאזור. התוואי של המכשול בא לענות על יעד זה.

461. ישראל שבה וטוענת כי תכליתו של המכשול היא ביטחונית בלבד. הדבר צוין במפורש בהחלטות הממשלה, ובהצהרות של נציגי המדינה בפני גופים בין לאומיים (ראו סעיף 116 לחוות הדעת המייעצת).

462. הטענה כי תכליתו של המכשול היא מדינית נטענה על ידי העותרים בעתירת בית סוריק. המשיב שב וטען כי תכליתו של המכשול היא ביטחונית. בית המשפט הנכבד קיבל את עמדת המשיב. נפסק כי:

**28. 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 אחרי" (החלטה מיום 23.6.2002). "המכשול שיוקם על פי החלטה זו, כמו קטעיו האחרים ב'מרחב התפרי', הינו



אמצעי ביטחון למניעת פיגועי טרור ואינו מבטא גבול מדיני או אחר" (החלטה מיום 1.10.2003).

29. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (המשיב מס' 2), אלוף מ' קפלינסקי, הגיש לנו תצהיר. בתצהירו הוא קובע כי "מטרת גדר הביטחון הינה לאפשר התמודדות ביטחונית אפקטיבית עם מגוון של איומים הנובעים מהטרור הפלסטיני. בכלל זאת, נועדה הגדר למנוע מעבר בלתי מבוקר של תושבי האזור אל תחומי ישראל ואת חדירתם אל תחומי ישובים ישראליים מסויימים המצויים באזור. מהשיקול הביטחוני נגזרת בחירת התוואי הטופוגרפי" (תצהיר מיום 15.4.2004, סעיפים 22 ו-23). מפקד האזור פירט את שיקוליו בבחירת התוואי. הוא מנה את הצורך של הגדר לעבור בשטחים השולטים על סביבותיהם; להעבירה בתוואי ישר ככל הניתן שיאפשר תצפית עליה; לקיים "מרחב ביטחון" שיאפשר עיכוב חדירה לישראל. אלה הם שיקולים ביטחוניים מובהקים. בתצהיר נוסף שהוגש לנו ציין האלוף קפלינסקי כי "אין המדובר בגדר של קבע, כי אם בגדר המוקמת באופן זמני, לצורך ביטחוני" (תצהיר מיום 19.4.2004, סעיף 4). אין לנו כל יסוד שלא לתת לדברים אלה את מלוא משקלם, ואין לנו כל יסוד שלא להאמין **בכנות דבריו של המפקד הצבאי.**" (ההדגשות הוספו).

463. בעניין זה נקבע ממצא עובדתי ברור וחד משמעי של בית המשפט הנכבד, על בסיס העובדות שהונחו בפניו, כי תכליתו של המכשול היא ביטחונית.

464. חוות הדעת המייעצת קובעת ממצא עובדתי סותר בנושא זה. מהלך ההנמקה, המביא למסקנה, חריג ומעורר קושי. בית הדין מעמיד זו מול זו את הטענה הפלסטינית כי כוונת ישראל לספח את השטח, ומולה את הצהרות ישראל כי אין כוונה מעין זו. בית הדין קובע כי למרות הצהרות ישראל, מדובר במהלך היוצר מצב נתון בשטח, אשר בהחלט יכול להישאר מצב קבוע, וליצור בכך, חרף הדרך בה ישראל מתארת את המכשול, סיפוח דה פקטו. לעניין זה נכתב כי:

"121. 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."

465. יש לשים לב שאין מדובר בטענה כי ישראל סיפחה את השטח. הממצא של סיפוח דה פקטו מבוסס, לדעת בית הדין, על חשש עתידי כי ישראל תפר את התחייבותה הבין לאומית. זוהי קביעת ממצא של מהימנות, בהליך של חוות דעת שאינו אדברסרי, מבלי שהוצגו בפני בית הדין השיקולים שהולכו לבחירת תוואי המכשול, ומבלי שתהיה לבית הדין תשתית עובדתית המאפשרת הסקת המסקנה אליה הגיע.

466. אולם בכך לא די, כפי שהסברנו בחלקו הראשון של כתב התשובה, על פי הסכם הביניים נושא הגבולות הוא אחד הנושאים שיוכרעו בהסדר הקבע. לעניין זה קובע סעיף 31(5) להסדר הביניים כי:

"מו"מ בין שני הצדדים על הסכם בדבר מעמד הקבע יחל מוקדם ככל האפשר, אך לא מאוחר מ-4 במאי 1996. מובן כי מו"מ כי משא ומתן זה יכסה נושאים נותרים, לרבות: ירושלים, פליטים, ישובים ישראלים, הסדרי בטחון, גבולות, יחסים ושיתוף פעולה עם שכנים אחרים, וכן נושאים אחרים בעלי עניין משותף." (הדגשה הוספה).

בית הדין התעלם לחלוטין מהסכם הביניים. למעשה, בית הדין הניח כי ישראל תפר בעתיד את הסכם הביניים, ותספח את השטח, ללא כל ביסוס עובדתי. בעשותו כן, התעלם בית הדין, מהסכם בין לאומי, שכאמור מהווה "מקור משפטי ראשוני" לקביעת החובות והזכויות של הצדדים במישור הבין לאומי.

467. קביעה בעייתית זו של בית הדין, אף סותרת את ההלכות שיצאו מלפני בית הדין וערכאות בין לאומיות נוספות, המעניקות משקל רב להצהרות של מדינות, ולא מניחות מראש כי מדינה לא תעמוד במחויבותה הבין לאומית.

כך, בפסק דינו של בית הדין בסכסוך בין אוסטרליה לצרפת בנוגע לניסויים גרעיניים באוקיינוס השקט, דחה בין הדין תביעה של אוסטרליה לחייב את צרפת להפסיק את הניסויים על בסיס הצהרה פומבית של גורמים רשמיים של ממשלת צרפת כי צרפת לא תבצע ניסויים נוספים באזור. בית הדין קבע כי לאור הצהרה זו של צרפת, שלה יש ליתן תוקף משפטי, אין מקום להכריע בסכסוך, מכיוון שההנחה היתה כי צרפת תקיים את התחייבותה זו, ומכיוון שעומדת לה חזקת תום הלב. לעניין זה קבע בית הדין כי:

"46. One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age

when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of pacta sunt servanda in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected."

**Nuclear Test Case (Australia v. France)**, ICJ report 1974 253, 267.

עוד נקבע בעניין זה, במסגרת הליך אחר כי :

"It cannot be alleged that, despite this pledge, Spain would not have a sufficient guarantee, for there is a general and well-established principle of law according to which bad faith is not presumed."

**Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain)** (1957) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101

468. עיון בתיאור העובדות בחוות הדעת, שעליו מבוססת מסקנת הסיפוח, מעלה כי בית הדין ייחס חשיבות לתוואי המכשול, שכולל גם חלק מהיישובים הישראליים שהוקמו בשטחים. אלא שתוואי זה אינו יכול להעיד על חוסר תום לבה של ישראל, או על כוונה לספח את השטחים באמצעות המכשול.

469. אכן, חלק מן התוואי תוכנן במטרה להעניק הגנה גם לתושבים הישראליים, המתגוררים באיו"ש, הסובלים אף הם ממתקפת הטרור.

אולם בכך אין כל פסול, שכן, כפי שהסברנו בחלקו הראשון של כתב התשובה, בהתאם לפסיקתו של בית-המשפט העליון, ועל פי הסכם הביניים, האחריות לביטחונם של הישראלים באיו"ש מוטלת על ישראל. ישראל סבורה כי המכשול הוא אחד המרכיבים ההכרחיים להגנה זו, כל עוד מדובר בתוואי מידתי.

גם בסוגיה זו נמנע בית הדין לחלוטין מלהתייחס להשפעת הסכם הביניים על אחריותה של ישראל לאזרחיה הישראליים, המתגוררים באיו"ש.

470. לטעמנו, אפילו אם לדעת בית הדין ההתיישבות הישראלית באיו"ש נוגדת את הוראות אמנת ג'נבה, אין בכך בכדי לגרוע מחובתה של ישראל להגן על אזרחיה, זאת מכח

העקרונות הכלליים של המשפט הבין לאומי, וכן מכוח ההסכמים בין ישראל לפלסטינים, ובכלל זה הסכם הביניים, שאף הם, לצורך העניין, חלק מן המשפט הבין לאומי.

בעניין זה נפסק כי:

"6. נטען בפנינו, כי מטרת הצו לאפשר תנועה בין שתי התנחלויות, וכי מטרה זו אינה כדין, שכן ההתנחלויות אינן כדין. לא שיקולי ביטחון מונחים ביסוד הצו אלא שיקולים מדיניים. אין בטענה זו כל ממש. מעמדן של ההתנחלויות ייקבע בהסכם השלום. עד אז מוטלת החובה על המשיב להגן על האוכלוסיה (הערבית והיהודית) שבשטח המצוי בשליטתו הצבאית (ראו בג"ץ 4363/02 **חידר עבד אחמד זינדאח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועות עזה** (טרם פורסם))."

בג"ץ 4219/02 **יוסף מוחמד גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל** פ"ד נו(4), 608.

ראו גם:

בג"ץ 6982/02 **פאעוד וחידי נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** תק-על 2002(3), 205.

בג"ץ 10356/02 **יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** פ"ד נח(3) 443, 455.

471. על כן, לטעמנו, בעניין זה יש להעדיף את הממצא שקבע בית המשפט הנכבד, על פיו תכלית המכשול בטחוני, על פני הממצא שקבע בית הדין. כמו כן, אין להסיק מן התוואי כל מסקנה בדבר היעדר תום לב מצדה של ישראל.

472. **כמו כן, עיון בהסברים המפורטים בחלקו הראשון של כתב התשובה מעיד, כי השיקולים שהנחו את מתכנני התוואי, בו עוסקות העתירות שלפנינו, הם שיקולים ביטחוניים בלבד. לכן, גם על בסיס עובדות המקרה שלפנינו, דין טענת הסיפוח להדחות.**

473. עם סתירת הטענה בדבר סיפוח השטחים, נסתרת גם הטענה השנייה בדבר פגיעה בזכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית (סעיף 122 לחוות הדעת).

מבלי להתייחס לעצם קיומה של זכות זו או היקפה, יובהר כי אין במכשול דבר אשר משפיע על מעמדם המדיני של הפלסטינים, או על מעמדם של השטחים בהווה או בעתיד.

בהסכמים בין ישראל לבין אש"ף, נקבע כי מעמדם הסופי של השטחים ייקבע במסגרת הסדר הקבע בין ישראל לפלסטינים, וכי עד אז ישראל אחראית לשלומם של הישראלים באיו"ש ובאזח"ע. תוואי המכשול אינו משפיע על מעמדם העתידי של שטחי איו"ש, מכיוון שהוא אינו משנה את מעמדם המשפטי של השטחים שנתפסו, או את מעמדם המשפטי של השטחים, הנמצאים מעבר למכשול.

474. עוד נבקש לציין את עמדת השופט Kooijmans (סעיף 32 לחוות הדעת הנפרדת), התולה את האחריות, לאי מימוש זכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית, גם בארגוני הטרור הפלסטינים, ומסתייגת ממסקנת בית הדין בנושא ההגדרה העצמית.

475. **בכל מקרה, לצורך עניינן של העתירות שלפנינו, אין צורך להכריע בטענה זו. שתי העתירות עוסקות בתפיסת שטחים מינימאלית, אשר ודאי שאינה פוגעת בזכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית. לכן גם בעניין זה אין בחוות הדעת בכדי להביא להשפעה על עניינן של העתירות.**

### 3. הוראות המשפט הבין לאומי ההומניטארי

#### 3.א. דיני התפיסה הלוחמתית

476. בנייתו המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית בדיני התפיסה הלוחמתית, אין מחלוקת מהותית בין עמדת בית הדין לעמדת בית המשפט הנכבד. בית הדין סבור, כמו בית משפט נכבד זה, כי לסוגיה זו רלוונטיות שורה של הוראות בפרק השלישי של תקנות האג.

477. המצב שונה לגבי תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית. כפי שהראינו, בית הדין דחה את עמדת ישראל, וקבע כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה על השטחים דה יורה, וזאת ללא קשר למעמדם הקודם של השטחים. עוד נקבע בחוות הדעת המייעצת, כי מאז שנת 1967 חלים בשטחים דיני התפיסה לוחמתית (לרבות החלק הרלוונטי בתקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית), וכי תחולה זו לא נפסקה בשום שלב שהוא, גם לאחר העברת הסמכויות לרשות הפלסטינית.

478. כאמור, בעבר בחן בית המשפט הנכבד את פעולות צה"ל בשטחים לאור ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית, מבלי שהכריע בשאלה אם דינים אלה חלים דה יורה. הכרעה כזו לא היתה נחוצה, נוכח התחייבותה של ישראל לפעול על-פיהם, דה פקטו.

479. עיון בחוות הדעת מראה, כי אין צורך להכריע בשאלה זו לצורך הכרעה בעתירות. זאת מכיוון שמדינת ישראל רואה עצמה מחויבת לקיים את ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה, ובהן את כל ההוראות אליהן התייחס בית הדין בחוות הדעת. ההוראות המופיעות בחוות הדעת הן אותן הוראות אליהן התייחס בית משפט נכבד זה בעניין **בית סוריק**.

480. מכאן עולה, שהן פסק הדין והן חוות הדעת מנתחים את המכשול, בין היתר, על פי הפרק השלישי של תקנות האג וההוראות ההומניטאריות באמנת ג'נבה הרביעית.

481. ניגש עתה לבחון את ההוראות הספציפיות בתקנות האג ובאמנת ג'נבה, כפי שנותחו בעניין **בית סוריק**. לאחר מכן נשווה את שיטת הניתוח של בית המשפט הנכבד לשיטת הניתוח של חוות הדעת.

482. כפי שהסברנו בחלקו הראשון של כתב התשובה, הדינים החלים על שטח תפוס, ובליבם תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית, מעניקים הגנה לזכות הקניין של הפרט הנתון תחת משטר של תפיסה לוחמתית. תקנה 46 לתקנות האג מטילה על המפקד הצבאי חובה לכבד את הקניין הפרטי, ואוסרת על החרמתו.

יחד עם זאת, זכות הקניין איננה זכות מוחלטת, אלא זכות יחסית, אשר עשויה לסגת מפני צרכים צבאיים. כללים פרטניים בסעיף 52 לתקנות האג ובסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית קובעים את התנאים בהם מותר לכוח לתפוס או להרוס רכוש פרטי בשטח כבוש, ואת האיזון בין צרכי הצבא התופס לבין זכות הקניין של האוכלוסייה האזרחית.

483. בפסק הדין בעניין **בית סוריק** נקבע כי ההוראות האמורות רלוונטיות לצורך ניתוח הקמת המכשול. נפסק כי:

"אשר לטענה בעניין הסמכות שהועלתה בפנינו, דעתנו הינה כי המפקד הצבאי מוסמך – על פי המשפט הבינלאומי החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית – לתפוס חזקה במקרקעין אם הדבר דרוש לצרכי הצבא (ראו סעיפים 23(g) ו-52 לאמנת האג; סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית)."

484. עיון בחוות הדעת מראה כי בשאלת תחולתם של סעיפים 52 לתקנות האג ו-53 לאמנת ג'נבה, אין מחלוקת בין חוות הדעת לפסיקתו של בית המשפט הנכבד.

לכאורה, אף לגישת בית הדין, לישראל קיימת הסמכות על פי המשפט הבין לאומי להקים מכשול באיו"ש, ולתפוס רכוש פרטי לצורך הקמת המכשול.

אכן, בית הדין סבר כי ישראל הפרה את הוראות תקנה 52 וסעיף 53, אולם זאת לא בשל היעדר סמכות להקים את המכשול באיו"ש, אלא בשל הקביעה כי הקמת המכשול אינה נדרשת מבחינה בטחונית. כפי שהראינו, מסקנת חוות הדעת המייעצת בעניין זה אינה מבוססת מבחינה עובדתית.

485. סמכותה של ישראל להקים מכשול באיו"ש, בהתקיים התנאים הקבועים בסעיפים הנ"ל, עולה בבירור מסעיף 135 לחוות הדעת, הקובע כי:

“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.” (ההדגשה הוספה.)

חיזוק לקיומה של סמכות זו ניתן למצוא בחוות הדעת הנפרדת של השופט Elaraby. השופט מצטט את הקביעה הנ"ל ומתייחס אליה בזו הלשון:

“I fully share this finding. **Military necessities and military exigencies could arguably be advanced as justification for building the wall** had Israel proven that it could perceive no other alternative for safeguarding its security. This, as the Court notes, Israel failed to demonstrate.” (ההדגשה הוספה) (סעיף 3.2 לחוות הדעת הנפרדת).

486. על כן, הן בית משפט נכבד זה והן בית הדין סבורים כי המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לניתוח המכשול מצויה בהוראות תקנה 52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית.

לכן אין בחוות הדעת בכדי להביא לשינוי כלשהו במסגרת הנורמטיבית שנקבעה בהלכת **בית סוריק**, בכל הנוגע לקיומה של סמכות להקמת המכשול בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית.

**בחלקו הראשון של כתב התשובה ניתחנו את מערך האיזונים בעתירות שלפנינו על פי אותם עקרונות שהנחו את בית הדין, והראינו כי דין העתירות להדחות.**

487. **לטעמנו, חוות הדעת אינה יכולה, ואינה צריכה, להביא לשינוי בשיטת הניתוח או לשינוי תוצאות הניתוח של העתירות שלפנינו, בכל האמור לדיני התפיסה הלוחמתית.**

### 3.ב. דיני ניהול הלחימה

488. כפי שהראינו בחלקו הראשון של כתב התשובה, תחולתם של דיני הלחימה היא פונקציה של מציאות הלחימה הקיימת בשטח.

התחולה של הדינים הללו מותנית, אפוא, בקביעת ממצא עובדתי אודות קיומה של לחימה. בעניין זה קבע בית המשפט הנכבד ממצא עובדתי ברור בדבר קיומה של לחימה. זאת בשורה ארוכה של פסקי דין, עליהם הרחבנו בחלקו הראשון של כתב התשובה.

489. הדינים הרלוונטיים למצב של לחימה קבועים בפרק השני של תקנות האג. כפי שהראינו בחלקו הראשון של כתב התשובה, אין איסור על הקמת מכשולים בשטח בו מתנהלת לחימה.

אם הקמת מכשול מחייבת תפיסה או הריסה של רכוש פרטי, אזי ההוראות של תקנה 23(g) לתקנות האג, אוסרות על הריסה או תפיסה של קרקע, אלא אם התפיסה או ההריסה imperatively demanded by the necessities of war – "נחוצה באופן הכרחי לצרכי המלחמה".

490. כפי שהראינו, תקנה זו אינה אוסרת על הקמת המכשול גם אם היא מחייבת תפיסת מקרקעין, מכיוון שהוא נחוץ באופן הכרחי לצורך בלימת מתקפת הטרור.

491. לכן, לדעת המשיבים, ישראל מוסמכת להקים את המכשול על פי דיני ניהול הלחימה, גם אם הדבר כרוך בתפיסת קרקע פרטית, מכיוון שהקמת המכשול עומדת בתנאים שקבע סעיף 23(g). כך אף נקבע בעניין **בית סוריק**.

492. בעניין זה קיימת מחלוקת בין בית המשפט הנכבד לחוות הדעת המייעצת. בסעיף 124 לחוות הדעת קבע בית הדין, ללא כל הנמקה, כי הפרק השני של תקנות האג, ובכלל זה תקנה 23(g), אינם רלוונטיים לניתוח המכשול. נקבע בקצרה כי:

"124. With regard to the Hague Regulations of 1907, the Court would recall that these deal, in Section II, with hostilities and in particular with "means of injuring the enemy, sieges, and bombardments". Section III deals with military authority in occupied territories. Only Section III is currently applicable in the West Bank and Article 23 (g) of the Regulations, in Section II, is thus not pertinent."



493. המשיבים חולקים על מסקנה זו של בית הדין. נדמה, כי מסקנת בית הדין היא תוצאה של התשתית העובדתית הבעייתית והחסרה שעמדה בפני בית הדין, אותה ניתחנו בהרחבה. היא נובעת מכך שבית הדין בחר להתעלם מהעובדות בדבר פעולות הטרור והלחימה בשטחים, שהובאו על ידי ישראל בהודעה שהגישה לבית הדין.

לכן, אין בטענת בית הדין בדבר אי תחולת דיני ניהול הלחימה, בכדי להשליך על הממצא העובדתי שקבע בית משפט נכבד זה במספר רב של עתירות.

יתר על כן, בהקשר הנדון אין לקביעה זו כל נפקות, מכיוון שאין הבדל ממש, הרלוונטי לעניינן של העתירות, בין דיני ניהול הלחימה לדיני התפיסה הלוחמתית, בכל האמור לתפיסה ופגיעה ברכוש. זאת למעט עניין מתן פיצויים לתפיסה ופגיעה ברכוש על פי דיני התפיסה הלוחמתית, שהמשיבים מסכימים ממילא לשלם.

מכל מקום, בהיעדר כל הנמקה למסקנה זו של בית הדין, לא ניתן להתמודד עם המסקנה, ולנתח את קביעות בית הדין.

494. **לסיכום, מכיוון שלא לניתן לבסס כל מסקנה משפטית על העובדות שהיו בפני בית הדין, ומכיוון שקביעתו של בית הדין חסרת כל נימוק, אין לקבל את מסקנתו בדבר אי התחולה של דיני ניהול הלחימה.**

בעניין זה יש להעדיף את פסיקת בית המשפט הנכבד, אשר קבע כי דיני ניהול הלחימה חלים על הסכסוך המזוין הנוכחי.

495. **בהקשר זה נבקש לשוב ולהעיר, כי ישראל מוסמכת להקים את המכשול הן מכח דיני ניהול הלחימה, והן מכח דיני התפיסה הלוחמתית, וכי, בפועל, ישראל פועלת על פי התנאים המגבילים יותר, הקבועים בדיני התפיסה הלוחמתית.**

לכן, אפילו אם היתה מתקבלת עמדת בית הדין לגבי אי תחולת דיני ניהול הלחימה, לא היה בכך בכדי לשלול את הסמכות להקים את המכשול על פי דיני התפיסה הלוחמתית. על כן, הכרעה בסוגיה זו כלל אינה נדרשת לצורך העתירות שלפנינו.

לכן, גם בסוגיה זו אין בחוות הדעת בכדי להשליך על עניינן של העתירות.

#### 4. אמנות זכויות האדם

496. ישראל היא צד למספר אמנות שעניינן הגנה על זכויות האדם. חוות הדעת עוסקת בשלוש מבין אמנות אלה – האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, משנת 1966, האמנה לזכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות, משנת 1966, והאמנה לזכויות הילד, משנת 1989. שלוש אמנות אלה אושררו על ידי ישראל בשנת 1991.

497. עמדתה של מדינת ישראל, כפי שהוצגה בפני הגופים האמונים על בחינת יישום אמנות אלה, היתה כי האמנות אינן חלות באיו"ש ואזח"ע, וזאת בעיקר בשל שני טעמים חלופיים.

הטעם הראשון הוא, שאמנות אלה חלות רק בתחום שטחה הטריטוריאלי של המדינה. עמדה זו מבוססת על הוראות התחולה של האמנות עצמן, ואף על העיקרון הכללי, הקבוע בסעיף 29 לאמנת וינה, בדבר תחולת האמנות.

לחלופין, מכיוון שהשטחים נתונים בתפיסה לוחמתית, ומתנהלת בהם לחימה, הרי שהדין הרלוונטי לבחינת הצעדים שנוקטת ישראל הוא המשפט ההומניטארי, העוסק בדיני מלחמה, ולא דיני זכויות האדם. דיני זכויות האדם נועדו לחול בעיקר בעת שלום, ואינם מתאימים כלל לסיטואציה הקיימת בשטחים.

498. ישראל אף טענה בפני גופים אלה, כי על פי הסכם בין הצדדים, בפועל, הועברו לרשות הפלסטינית חלק הארי של הסמכויות הקשורות ליישום האמנות הללו, לגבי רוב מוחלט מכלל התושבים הפלסטינים באיו"ש.

ראו לעניין זה נספח 3 להסכם הביניים – פרוטוקול בנושא עניינים אזרחיים, הקובע את הנושאים שהועברו לאחריות הרשות הפלסטינית. ראו גם נספח 1, הקובע את האחריות להסדרי הביטחון באזורים שבאחריות הרשות הפלסטינית, שאף הוא רלוונטי להוראות האמנות.

הסכם הביניים פורסם ברשומות בכתבי אמנה 1071 כרך 33.

לגבי עמדת ישראל בנושא זה, ראו תשובת מדינת ישראל לשאלון הועדה לזכויות אדם של האו"ם מיום 30.10.02, לקראת הצגת הדו"ח התקופתי השני של ישראל בפני הועדה.

התשובה הרלוונטית, כפי שהוקראה בפני הועדה, מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **מש/47**.

499. בחוות הדעת המייעצת דחה בית הדין טענות אלו של ישראל (סעיפים 102-114). עיקר הדיון התמקד בשאלת תחולת האמנות. בית הדין קבע כי שלוש האמנות חלות בשטחים, וזאת בהסתמך על סעיפי התחולה של האמנות ותכליתן.

בשתי פסקאות קצרות (105,106) קבע בית הדין כי ההגנה שמעניקות האמנות אינה נפסקת בעת סכסוך מזוין. בעניין זה קובע בית הדין, על בסיס מסקנתו בחוות הדעת המייעצת לגבי השימוש בנשק גרעיני כי:

"106. More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law."

כפי שניתן לראות מפסקה זו, בית הדין אינו מסביר בצורה מדויקת את מהות הקשר בין האמנות לזכויות האדם לבין המשפט ההומניטארי. עם זאת, ניתן להבין מחוות הדעת, כי במקרים של תחולה הדדית של שני הענפים הללו, יחולו הסדרי המשפט ההומניטארי. זאת מכיוון שהמשפט ההומניטארי מהווה *lex specialis* לעומת אמנות זכויות האדם.

500. להבדיל משאר הסוגיות המשפטיות שנדונו עד כה, בנושא של תחולת אמנות זכויות האדם בשטחים לא קיימת פסיקה מפורטת של בית המשפט הנכבד.

ראו לאחרונה בג"ץ 1890/03, **עיריית בית לחם נ' המפקד הצבאי** (טרם פורסם), מיום 3.2.03, בפסקה 15 לפסק הדין, והמקורות המוזכרים שם.

501. תחולת אמנות זכויות האדם במצב של עימות מזוין בכלל, ובשטחים בפרט, היא סוגיה סבוכה, ומורכבת. היחס בין המשפט ההומניטארי למשפט זכויות האדם, הנובע

מההבחנה בין שני ענפי משפט אלה, מעורר שאלות קשות, שלרבות מהן אין תשובה ברורה, אפילו לגרסת אלה, התומכים בתחולה הדדית של שתי מערכות הדינים.

502. בהקשר זה נשוב ונציין, כי גם בית הדין אינו מספק תשובה ברורה לשאלות של המהות המדויקת של היחס בין מערכות הדינים השונות, ומעדיף להציג מספר מודלים של תחולה, על פי מהות הזכויות. לדעת בית הדין חלק מן הזכויות רלוונטיות רק לדיני זכויות אדם, חלק רלוונטיות רק למשפט ההומניטארי, וחלקן רלוונטיות לשני ענפי המשפט. אולם בית הדין אינו מסביר אילו זכויות משתייכות לכל קטגוריה.
503. בהיעדר תורה משפטית סדורה וברורה, קביעה גורפת לגבי תחולת האמנות בשטחים היא אף בעלת השלכות רוחב נכבדות, שאינן ברורות עד תומן, הן לגבי השטחים שבשליטת ישראל, והן לגבי שטחים אחרים באזור, שאינם בשליטת ישראל כיום, או לא יהיו בעתיד.
504. קודם שמחילים באופן גורף את אמנות זכויות האדם בשטחים יש לזכור כי השטחים נמצאים במצב של תפיסה לוחמתית, ואין לקבל השוואה מלאה בין זכויות האדם בשטחה הריבוני של מדינה לבין זכויות האדם בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית.
- לעניין זה נבקש לציין דברים, שנכתבו בהקשר שונה במעט, אך לטעמנו נכונים גם לסוגיה שלפנינו:

"אמת מידה בלתי ראויה היא לבחון את היקף ההגנה של זכויות האדם השונות, כגון חופש הביטוי, הזכות לקניין וחופש התנועה בישראל, ולהשוותן להיקף ההגנה, הניתן לזכויות אלה ביהודה, שומרון וחבל עזה. אמת מידה זו היא בלתי ראויה, שכן ישראל היא מדינה דמוקרטית והיקף זכויות האדם בה משקף את אופייה זה. יהודה שומרון וחבל עזה אינם מדינה ואינם דמוקרטיים. ישראל שולטת בהם מכח תפיסה לוחמתית ( belligerent occupation). השליטה הישראלית לא באה מבחירת התושבים המקומיים אלא היא פרי הפעילות הלוחמתית.

שוני זה מכריע, שכן לא הרי היקפן של זכויות האדם בדמוקרטיה כהרי היקפן של זכויות האדם במקום הנתון לתפיסה לוחמתית. כלום מישוהו יטען ברצינות כי על כח הכיבוש האמריקני בגרמניה וביפן (במלחמת העולם השנייה) ועל כח הכיבוש האמריקני באפגניסטן ובעירק להגן על זכויות האדם באפגניסטן ובעירק הכבושות, כשם שהוא מגן על זכויות האדם בארצות הברית גופה?

אכן, היחס בין זכויות האדם בדמוקרטיה לזכויות אדם באזור הנתון לתפיסה לוחמתית כיחס שבין המוזיקה העולה מתזמורת פילהרמונית למוזיקה העולה מתזמורת צבאית."

505. לכאורה, על מנת לבחון את השפעת חלק זה של חוות הדעת על העתירות יש צורך להידרש לשאלות בהן דן בית הדין. אלא שאנו סבורים כי לצורך ההכרעה בעתירות שלפנינו, ובודאי על רקע הניתוח הדל בחוות הדעת המייעצת, אין צורך להידרש כלל לשאלת תחולת האמנות באיו"ש, וניתן להשאיר שאלה זו "בצריך עיון".

זאת מכיוון שלטעמנו, גם אם נקבל את עמדת בית הדין לעניין תחולת האמנות, וננתח את הקמת המכשול על פי ההוראות של האמנות, הקושי העובדתי והקושי המשפטי בחוות הדעת, יביאו למסקנה שונה מזו שהגיע אליה בית הדין, לעניין ההפרה כביכול של הוראות האמנות.

506. על מנת להבהיר את טענתנו, יש להבין, תחילה, מהי עמדת בית הדין לגבי היחס בין המשפט ההומניטארי לבין אמנות זכויות האדם בעת לחימה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. נקודת המוצא לדיון היא שבית הדין סבר כי שתי מערכות אלה חלות במקביל, אולם במקרה של התנגשות יחול המשפט ההומניטארי ולא אמנות זכויות האדם.

507. בחוות דעתו בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני, קבע בית הדין כי במקרה של תחולה הדדית של דיני זכויות האדם והמשפט ההומניטארי, יחולו הוראות המשפט ההומניטארי כ"דין מיוחד". בסעיף 25 לחוות הדעת בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני קבע בית הדין כי:

"The protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities."

פסקה זו מתייחסת לסעיף 6(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, העוסק בזכות לחיים. הסעיף קובע כי:

"Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be **arbitrarily** deprived of his life." (הדגשה)  
(הוספה).

מדבריו של בית הדין עולה, כי המסקנה שהמשפט ההומניטארי הוא "דין מיוחד", אינה מייתרת את ניתוח ההוראות הרלוונטיות באמנות זכויות האדם. עם זאת, הזכויות באמנות אלה הן זכויות יחסיות. לכן במסגרת ניתוח פסקאות ההגבלה של ההוראות באמנות זכויות האדם, ינתחו ההצדקה לפגיעה, ומערכת האיזונים בין האינטרסים הנוגדים, על פי עקרונות המשפט ההומניטארי.

כך, לדוגמא, סעיף 6 לאמנה הנ"ל אוסר על שלילה "שרירותית" של הזכות לחיים. שאלת השרירותיות של נטילת החיים תבחן על פי עקרונות המשפט ההומניטארי, המאפשר נטילת חיים בתנאים מסוימים, כולל חיים של חפים מפשע.

בהקשר זה נעיר, כי באמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות קיימות זכויות מסוימות שאינן יחסיות, אלא שזכויות אלה אינן רלוונטיות לעניינו של המכשול.

508. קודם שניגש לניתוח הסעיפים באמנות נבקש להעיר הערה נוספת. כפי שנראה, גם אמנות זכויות האדם מבקשות ליצור איזון בין אינטרסים שונים, כולל בין צרכים צבאיים לזכויות אדם.

אולם בהקשר דן השימוש במונח "צרכים צבאיים" יכול להגביל את מסגרת הדיון. לטעמנו, לשיטתו של בית הדין, במסגרת ניתוח פגיעת המכשול בזכויות המוגנות באמנות יש להרים את המסך מעל הביטוי "צרכים צבאיים". מונח זה הוא מונח רחב, אשר בהקשר של הדיון שלפנינו, חובק בתוכו אגד זכויות אדם של הציבור הישראלי ושל חיילי צה"ל, בעיקר הזכות לחיים.

509. חוות הדעת המייעצת העניקה משקל רב לזכויות התושבים הפלסטינים – זכות הקניין, חופש התנועה, הזכות לעבוד, הזכות לחינוך וכו'.

אולם זכויות אלה הן זכויות יחסיות. לכן גם אם היינו צועדים בעקבות בית הדין, ומחילים את האמנות בשטחים, אזי במקרה דנן היתה עומדת מול זכויות אלה זכותם לחיים של אזרחי מדינת ישראל, אשר נתונים תחת מתקפת טרור מזה מספר שנים. למען הגנה על זכות זו לחיים הוקם המכשול. זוהי זכות יסוד מן המעלה הראשונה על פי אמנות זכויות האדם עצמן.

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 שחייהם ניצלו בזכות המכשול? לטעמנו התשובה לכך שלילית.

לאלה יש להוסיף את זכותם של הישראלים לחופש התנועה, אשר נפגעה קשות במתקפת הטרור, אשר הפכה את הנסיעה באוטובוסים, ואפילו את עצם היציאה מן הבית, לסכנת חיים.

האם זכותם של הפלסטינים לתנועה באזור גוברת באופן מוחלט על זכותם של הישראלים לתנועה בישראל ובאזור? גם לשאלה זו תשובתנו שלילית.

בהקשר זה נבקש להזכיר את זכותם של עשרות אלפי ישראלים למקום עבודה, אשר נפגעה עם פרוץ המשבר הכלכלי שהולידה מתקפת הטרור. כך, לדוגמה, ענף המלונאות ספג מכה קשה, בשל היעדרם של תיירים, וכתוצאה מכך אבדו מקומות עבודה רבים.

510. פגיעה זו בזכויות האדם של תושבי ישראל, היא בעלת משקל נכבד במערך האיזונים הרלוונטי. אך בית הדין בחר להתעלם מהנתונים בעניין זה, שהובאו בפניו על ידי ישראל. אנו נבקש לשלב אף את זכויות האזרחים הישראלים במשוואות האיזון הרלוונטיות.

511. הסעיף המרכזי בו עוסק בית הדין הוא סעיף 12 לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, העוסק בחופש התנועה. הסעיף קובע כי:

"1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

**3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.**

4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country." (הדגשה הוספה).

512. כמו בשאר חלקי חוות הדעת, גם כאן, מעדיף בית הדין שלא לנמק את מסקנתו כי ישראל הפרה את הוראות סעיף 12 לאמנה, ומסתפק בקביעה לאקונית (סעיף 136 לחוות הדעת). מובן כי אין בכך בכדי לסייע להבנת עמדתו של בית הדין, ואין הדבר מיייתר את הניתוח העצמאי של הוראות הסעיף.

513. אכן, הקמת המכשול מגבילה את חופש התנועה של התושבים הפלסטיניים, כפי שנקבע בעניין **בית סוריק**. המעבר אל החלק הנמצא מערבית למכשול וממנו מוגבל. לכן השאלה היא האם ניתן להצדיק את ההגבלה, באילו טעמים, ועל פי איזו מערכת דינים.
514. נושא הגבלת חופש התנועה מוסדר במקביל גם בדין ההומניטארי. מובן כי בשטח תפוס, בעיקר בעת לחימה, לא ניתן להעניק לתושבים את אותה מידה של חופש תנועה הקיימת בעת שלום בתחומי מדינה. בעניין זה קיים הבדל בין שטח תפוס לבין הטריטוריה של המדינה התופסת. ראו, לדוגמא, הוראות סעיפים 35, 49(2) ו-78(1) לאמנת ג'נבה, הקובעים הסדרים שונים מאלה של הוראות האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות לעניין חופש התנועה.
- ראו בהקשר דומה - בג"צ 507/85 **תמימי נ. שר הבטחון פ"ד מ"א (4) 57, 59**.
515. עמדתנו לאור האמור לעיל היא, כי הדרך הראויה לנתח את סוגיית חופש התנועה בשטח תפוס ובעת לחימה היא על פי עקרונות המשפט ההומניטארי.
- עמדה זו אינה סותרת, לכאורה, אף את גישתו של בית הדין. שכן, פסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף קטן 12(3), מתירה להגביל את חופש התנועה, בין היתר מטעמים של בטחון לאומי, סדר ציבורי, או במטרה להגן על זכויות של אחרים. פסקת ההגבלה זו, אפילו לשיטתו של בית הדין, יש לנתח על פי עקרונות המשפט ההומניטארי.
- בית הדין מוסיף תנאי נוסף, בדבר הצורך בהגבלה מידתית. לקביעה זו אנו מסכימים.
516. לכן, גם אם נקבל את שיטתו של בית הדין, הבחינה של פסקת ההגבלה של סעיף 12, בהתאם לעקרונות חוות הדעת המייעצת בעניין השימוש בנשק גרעיני, תיעשה על פי עקרונות של המשפט הבין לאומי ההומניטארי.
- כפי שהראינו, הגבלת חופש התנועה במקרה דנן נעשית מטעמים צבאיים מובהקים, הגנה על ביטחונם של תושבי ישראל, ושמירה על הסדר הציבורי באזור עצמו. היא אף מסייעת להגן על זכויות הישראלים, המוגנות אף הן בהוראות האמנה עצמה, כמו הזכות לחיים. הקמת המכשול אף תתרום להגברת חופש התנועה של התושבים הפלסטינים ביתר חלקי איו"ש, בשל הסרת המחסומים בעומק השטח.
517. במקרים שלפנינו ההגבלה על זכות התנועה היא מידתית. השטח הנמצא מעבר למכשול מצומצם ביותר, והוא טרשי ברובו. לכן הגבלת התנועה חסרת משמעות עבור רוב האוכלוסייה במקום.



אכן, מעבר לחלקי המכשול בו עוסקות העתירות מצויים מספר עשרות עצים, ולכן יוקמו במקום שערים חקלאיים שיאפשרו כניסה לצורך עיבוד חקלאי. על כן, ומהטעמים עליהם הרחבנו לעיל, מדובר בפגיעה מידתית.

518. מכאן עולה, שאפילו לפי שיטת הניתוח של בית הדין, במקרים שבפנינו, ההגבלה על חופש התנועה במקרים דנן עומדת בתנאי סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, ואין בה בכדי להשפיעה על עניינן של העתירות. זאת, אף מבלי להכריע בשאלת תחולת האמנות באיו"ש.

519. בית הדין מתייחס בדבריו גם לסעיף 17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, העוסק בזכות לפרטיות, מוניטין וכבוד. הסעיף קובע כי:

"1. No one shall be subjected to **arbitrary or unlawful** interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.  
2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks. " (הדגשה " הוספה).

הניתוח של סעיף זה בחוות הדעת אינו ברור. למרות אזכור הסעיף בחוות הדעת המייעצת, בית הדין לא קובע כי ישראל הפרה את הוראות סעיף זה, אך גם לא קובע כי ישראל לא הפרה את הוראות הסעיף. ראו סעיף 128 לחוות הדעת וכן סעיף 134 המסכם את הפגיעות לכאורה. לפיכך, לא מובן מדוע צוטט הסעיף בחוות הדעת המייעצת.

יתר על כן, לטעמנו, לסעיף זה אין כל נגיעה לעניינן של העתירות. עם זאת, ברצוננו להעיר כי אנו חולקים על קביעתו של בית הדין בסעיף 136 לחוות הדעת, שבה נטען כי סעיף 17 אינו כולל פסקת הגבלה, ולכן לכאורה הוא מגן על זכויות מוחלטות שאינן יחסיות.

עיון בהוראות הסעיף מראה כי הסעיף אוסר על פגיעה "שרירותית ולא חוקית" בזכויות המוגנות. ביטוי זה הוא פסקת הגבלה פנימית לכל דבר ועניין. מפסקת הגבלה זו ניתן להבין כי ניתן להגביל את הזכויות על פי סעיף 17 אם מדובר במגבלות חוקיות שאינן שרירותיות. ניתוח פסקת ההגבלה במקרה דנן, צריך להיעשות אפוא, אליבא דבית הדין, על פי עקרונות המשפט ההומניטארי, כמו בשאר ההוראות הרלוונטיות באמנה.

לכן, גם אם נפגעו הזכויות המוגנות על פי סעיף זה, הדבר אינו מייתר את איזון הפגיעה מול אינטרסים וזכויות אחרות.

נזכיר, כי זו היתה מסקנתו של בית הדין עצמו בחוות הדעת המייעצת בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני. כאמור, בית הדין קבע כי הזכות לחיים, המוגנת בסעיף 6 לאמנה, היא זכות יחסית, וזאת בשל הוראת הסעיף המונעת נטילת חיים "שרירותית" של זכות

זו. לכן, פרשנות סעיף 17 בחוות הדעת הנוכחית, הדומה בנוסחו לסעיף 6 לאמנה, כמגן על זכויות מוחלטות, סותרת את חוות הדעת המייעצת הקודמת של בית הדין, מבלי לתת הנמקה כלשהי בעניין זה.

520. עקרונות הניתוח עליהם הרחבנו לעיל נכונים גם לניתוח הפגיעה כביכול בזכויות המוגנות באמנה לזכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות.

עם זאת, יש להבין כי אמנה זו עוסקת בזכויות חברתיות, שעל פי האמנה, דרך מימושן וההגנה עליהן היא באמצעות דרישות פרוגרמטיות ומערכתיות לשיפור הדרגתי של הזכויות הללו.

באמנה זו, יחסיות הזכויות בולטת עוד יותר. לכן ספק אם אמנה זו מתאימה לניתוח משפטי כפי שביצע בית הדין, וספק אם היא מקימה את החובה לפרק את המכשול, כפי שטוען בית הדין.

לעניין זה מעירה השופטת Higgins בחוות דעת הנפרדת כי :

**"27. So far as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights is concerned, the situation is even stranger, given the programmatic requirements for the fulfilment of this category of rights.** The Court has been able to do no more than observe, in a single phrase, that the wall and its associated régime "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 . . ." (para. 134). For both Covenants, one may wonder about the appropriateness of asking for advisory opinions from the Court on compliance by States parties with such obligations, which are monitored, in much greater detail, by a treaty body established for that purpose. It could hardly be an answer that the General Assembly is not setting any more general precedent, **because while many, many States are not in compliance with their obligations under the two Covenants, the Court is being asked to look only at the conduct of Israel in this regard.**" (הדגשה הוספה)

521. בסעיף 134 לחוות הדעת המייעצת קובע בית הדין כי הקמת המכשול :

"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"

נדמה כי בית הדין מתייחס בעיקר להוראות סעיפים 6 ו-7 לאמנה העוסקים בזכות לעבוד, סעיף 10, העוסק בזכות לתנאי חיים נאותים, סעיף 12 העוסק בזכות לבריאות, ובזכות לחינוך המוסדרת בסעיפים 13 ו-14.

522. כפי שהעירה השופטת Higgins, גם בחלק זה של חוות הדעת המייעצת, הדיון עצמו נעדר כל הנמקה משפטית, או ניתוח עובדתי, ולכן לא ברור מהו היחס בין זכויות מיוחדות אלה להוראות המשפט ההומניטארי.

בהמשך חוות הדעת קובע בית הדין כי לא ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות אלה על בסיס פסקת ההגבלה שבהוראות סעיף 4 לאמנה זו. אלא שאף מסקנה זו אינה מלווה בכל ניתוח משפטי או עובדתי.

523. מובן כי שיטת ניתוח זו של בית הדין אינה מאפשרת לחלץ מחוות הדעת עקרונות שיאפשרו את ניתוח העובדות הרלוונטיות בעתירות שלפנינו.

524. בכל מקרה, רוב מוחלט מבין הזכויות הללו אינו רלוונטי לעתירות שלפנינו, שכן המכשול באזור זה אינו מותיר תושבים פלסטינים מעבר למכשול.

דברינו אלה מתייחסים לזכות לבריאות, הזכות לחינוך, והזכות לתנאי חיים נאותים. הזכות היחידה, שאולי רלוונטית לעניינן של העתירות, היא הזכות לעבוד, המוגבלת בצורה מסוימת בשל הצורך לעבור בשער חקלאי אל עשרות העצים מעבר למכשול, ובשל העתקה וכריתה של חלק מהעצים במקום.

אלא שעיון בהוראות סעיפים 6 ו-7 מראה כי מדובר בסעיפים בעל אופי יחסי, העוסקים בזכות חיובית של הפרט, מולה עומדת חובתה של המדינה לספק תנאי עבודה ראויים. הוראות אלה אינן רלוונטיות לעניינן של העתירות.

525. יתר על כן, גם אם נקבל כי קיימת רלוונטיות להוראות סעיפים אלה באמנה, הרי שהמגבלות המוטלות על הזכות עומדות בתנאי פסקת ההגבלה של האמנה.

פסקת ההגבלה של אמנה זו מצויה בסעיף 4. הסעיף קובע כי :

"States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such **limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society.**" (הדגשה הוספה).

פסקת הגבלה זו מאפשרת להגביל את הזכויות המוגנות על מנת לקדם את הרווחה הכוללת בחברה דמוקרטית.

526. מכיוון שיעדו של המכשול הוא להגן על תושבי ישראל מפני מתקפת הטרור, הרי שמדובר במטרה ראויה על פי הוראות האמנה.

מדובר אף במגבלה מידתית, בשל הפגיעה השולית, קיומם של שערים חקלאיים ותשלום פיצויים ודמי שימוש לבעלי הקרקעות.

527. חוות הדעת מתייחסת בקצרה לאמנה לזכויות הילד. עם זאת, הניתוח הוא חלקי בלבד, וכלל לא ברור אילו סעיפים הפרה ישראל, לטענת בית הדין, ומהו הבסיס העובדתי לכך. מכיוון שאמנה זו אינה רלוונטית לעניינן של העתירות בחרנו שלא להרחיב בסוגיה זו.

528. **לסיכום, אף הניתוח המשפטי של אמנות זכויות האדם, על פי הפרמטרים שהתוותה חוות הדעת, אינו משפיע על עניינן של העתירות, וזאת מבלי להתייחס כלל לשאלת תחולת האמנות באיו"ש. לכן לטעמנו אין מקום להידרש לשאלת תחולת האמנות לזכויות האדם באיו"ש.**

#### 5. הזכות להגנה עצמית

529. כפי שצינו בחלקו הראשון של כתב התשובה, ישראל נתונה בשנים האחרונות תחת מתקפת טרור. ישראל נוקטת בשורה של צעדים התקפיים והגנתיים במטרה להדוף מתקפה זו. זאת היא עושה מכח זכותה הטבעית להגנה עצמית, וחובתה להגן על תושביה.

530. אף בית הדין מכיר בזכותה של ישראל להגן על אזרחיה מפני מתקפת הטרור. לעניין זה קובע בית הדין:

"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. "

531. הקמת המכשול, כמו יתר הפעולות בהן נוקטת ישראל נגד הטרור הפלסטיני, היא ביטוי מובהק לזכות הטבועה של ישראל להגנה עצמית.

532. את הקמת המכשול, כמו את יתר האמצעים בהם נוקטת ישראל, יש לבחון על פי כללי המשפט הבין לאומי ההומניטארי. כפי שהראינו בחלקו הראשון של כתב התשובה, המכשול עומד בכל הדרישות של ההוראות הרלוונטיות של המשפט ההומניטארי.

533. בחוות הדעת התייחס בית הדין, בקצרה, לשאלת תחולת סעיף 51 למגילת האו"ם על הקמת המכשול. הפרשנות שנתן בית הדין לסעיף זה מצומצמת ביותר, ואינה מקובלת על המשיבים. על כן, ולמעלה מן הצורך, נבקש להתייחס, בקצרה, לנימוקים של בית הדין, עליהם אנו חולקים.

534. סעיף 51 למגילת האו"ם קובע, כי על אף האיסור הקבוע בסעיף 42(4) למגילת האו"ם על שימוש בכוח נגד עצמאותה או שלמותה הטריטוריאלית של מדינה אחרת, אין בהוראות המגילה כדי לגרוע מזכותה הטבעית של מדינה להגנה עצמית, אינדיבידואלית או קולקטיבית, במקרה של מתקפה מזוינת נגדה.

הסעיף קובע כי :

"Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security."

535. בית הדין סבר כי סעיף 51 אינו רלוונטי לצורך ניתוח הקמת המכשול, וזאת משני טעמים :

על פי הטעם הראשון, סעיף 51 מתיר למדינה להתגונן רק מפני מתקפה מזוינת המבוצעת על ידי מדינה, ואילו במקרה דנן המתקפה אינה נעשית על ידי מדינה.

על פי הטעם השני, זכות ההגנה העצמית, כפי שזו באה לידי ביטוי בסעיף 51 ובהחלטות מועצת הביטחון 1368 ו-1373 (2001), איננה מתייחסת למצב בו מדינה נתונה למתקפה מזוינת (armed attack), שמקורה בשטח הנתון לשליטת אותה מדינה (סעיף 139 לחוות הדעת).

536. לטעמנו, הפרשנות שנתן בית הדין לסעיף 51 אינה מתיישבת עם הפרשנות המקובלת לסעיף זה, ואין לקבלה.

537. בניגוד לעמדת בית הדין, עמדתנו היא שהפעלת הזכות להגנה עצמית, בכלל זה לפי סעיף 51 למגילת האו"ם, אינה מותנית בקיומה של מתקפה מזוינת המוצאת לפועל דווקא על-ידי מדינה. בנוסף זכות זו אינה מותנית בקיום מתקפה מתוך שטחה של מדינה אחרת דווקא.

סעיף 51 עוסק, על פי לשונו, בכל מתקפה מזוינת (armed attack), נגד מדינה חברה באו"ם, ואינו קובע כל מגבלה, מבחינת זהות התוקף, או מוצא ההתקפה, לצורך מימוש הזכות.

לכן, אין בלשון הסעיף כל תמיכה לפרשנות שהעניק לו בית הדין.

538. לעניין זה התייחס גם השופט Buergenthal בחוות דעתו הנפרדת. השופט קבע כי:

"... the United Nations Charter, in affirming the inherent right of self-defence, does not make its exercise dependent upon an armed attack by another State..." (סעיף 6).

וראו אף דבריה של השופטת Higgins:

"There is, with respect, nothing in the text of Article 51 that thus stipulates that self-defence is available only when armed attack is made by a State." (סעיף 33).

539. גישה זו מקובלת גם על מומחים רבים למשפט בין-לאומי. המלומד Franck מתייחס במאמרו לחוסר ההיגיון שבהבחנה בין מתקפה המבוצעת על-ידי מדינה למתקפה

המבוצעת על-ידי גורמים לא-מדינתיים, לצורך הקמת הזכות להגנה עצמית. במאמר

כתב כי :

“It is inconceivable that actions the Security Council deems itself competent to take against a nonstate actor under Article 41 and 42 in accordance with Article 39 should be impermissible when taken against the same actor under Article 51 in exercise of a state's “inherent” right of self-defence. If the Council can act against Al Qaeda, so can an attacked state.

This intuition is supported by the language of Article 51, which, in authorizing a victim state to act in self-defense, does not limit this “inherent” right to attacks by another state. Rather, the right is expressly accorded in response to “an armed attack” and not to any particular kind of attacker.”

T. Franck, Terrorism and the Right of Self-Defense, 95 **A.J.I.L** (2001) 839, 840.

ראויים לציון גם דבריו של המלומד Paust המחזקים עמדה זו :

“Nothing in the language of Article 51 requires that such an armed attack be carried out by another state, nation, or belligerent, as opposed to armed attacks by various other non-state actors; and several textwriters recognize that attacks by non-state actors can trigger the right of self-defense under the Charter”

J. J. Paust, Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond, 35 **Cornell International Law Journal** (2002), 533.

בנושא זה ראו גם :

J. I. Charney, The Use of Force Against Terrorism and International Law, 95 **A.J.I.L** 835.

R. Wedgwood, Responding to Terrorism: The Strikes Against Bin Laden, 24 **Yale J. Int'l L.** 559.

R. Higgins, **Problems and Process, International Law and How We Use It**, (Oxford), 253.

M. Byers, **Terrorism, The Use of Force and International Law After 11 September**, 51 **I.C.L.Q.** (2002), 401.

540. מן האמור עולה, כי הגישה שאימץ בית הדין לפיה תחולת סעיף 51 מותנית בקיומה של מתקפה מזוינת, הבאה מצדה של מדינה, אינה מבוססת על לשון הסעיף או על הפרשנות שניתנה לו.

פרשנות זו אף סותרת את הפרקטיקה הקיימת בכל האמור לחימה בטרור, המתבצעת, ככלל, נגד גופים שאינם מדינותיים.

הדוגמא הטובה ביותר היא החלטות מועצת הביטחון 1368 ו-1373 (2001), אשר התקבלו לאחר הפיגוע במגדלי התאומים בארצות הברית על ידי ארגון אל קאעידה. מן ההחלטות עולה כי הזכות להגנה עצמית חלה על התגוננות מפני טרור מכל סוג שהוא.

לא ניתן למצוא בנוסחן של החלטות מועצת הביטחון תימוכין כלשהם לעמדת בית הדין, לפיה תחולת סעיף 51 מותנית בקיומה של מתקפה מזוינת מצד מדינה.

לדוגמאות נוספות ראו **מרפי** בעמוד 12 ואילך.

מובן כי פרשנותו של בית הדין אף סותרת את תכליתו של הסעיף, מכיוון שאין היא מאפשרת, לכאורה, להתגונן מפני מתקפת טרור הבאה מצד ארגון טרור שאינו מדינה. לכן, אף מטעם זה אין לקבלה.

541. בנוסף קבע בית הדין, שסעיף 51 מגביל את הזכות להגנה עצמית, ומונע את הפעלת הזכות במקרים של מתקפה מזוינת, שמקורה בשטח תפוס שבשליטת המותקף. לא ברור על מה מסתמכת פרשנות זו, מכיוון שבית הדין אינו מנמק את עמדתו. אולם נדמה כי אין לקבל פרשנות זו.

כפי שראינו לעיל, השאלה אם מתקפה מזוינת בוצעה על-ידי מדינה או על-ידי גורם שאינו מדינותי, אינה מעלה או מורידה לעניין תחולת הזכות להגנה עצמית. באופן דומה, אין מקום להבחין בין מתקפה מזוינת המבוצעת מוחץ לשטח שבשליטת המדינה, למתקפה המבוצעת מתוך שטח תפוס המצוי תחת שליטתה.

השופטת Higgins מתייחסת לכך בדעת היחיד שלה:



“I also find unpersuasive the Court's contention that, as the uses of force emanate from occupied territory, it is not an armed attack “by one State against another”. I fail to understand the Court's view that an occupying Power loses the right to defend its own civilian citizens at home if the attacks emanate from the occupied territory... territory which... is certainly “other than” Israel.” (סעיף 34 לחוות דעתה הנפרדת של השופטת היגיינס).

עמדה דומה מביע גם השופט Buergenthal :

“...it is irrelevant that Israel is alleged to exercise control in the Occupied Palestinian Territory – whatever the concept of "control" means given the attacks Israel is subjected from that territory – or that the attacks do not originate from outside the territory...to that extent the territory from which the attacks originate is not part of Israel proper. Attacks on Israel coming from across that line must therefore permit Israel to exercise its right of self-defence against such attacks...” (סעיף 6).

542. ראויים לציון בהקשר זה דבריהם של המלומדים Arend ו- Beck :

“We submit that a self-defence response should be permitted against a terrorist actor under three circumstances. First, force may be employed by a victim state if the terrorist actor is located in that state's jurisdiction or in an area beyond the jurisdiction of any state...”.

A. C. Arend & R. J. Beck, **International Law & The Use of Force Beyond the UN Charter Paradigm**, (London and New York), 2000.

543. נשוב ונאמר, כי פרשנותו של בית הדין לסעיף 51 מופיעה בסעיף אחד בלבד בחוות הדעת. היא אינה נתמכת בניתוח משפטי מעמיק, בלשון המעטה. לכן לא ניתן להבין מה הם הרציונלים העומדים מאחוריה.

נדמה כי לסיכום סוגיה זה יפים דבריו של **מרפי**, המסכם את ביקורתו כלפי עמדת בית הדין בסוגיית סעיף 51 במילים הבאות:

"The position taken by the Court with respect to the *jus ad bellum* is startling in its brevity and, upon analysis, very unsatisfactory. At best, the position represents imprecise drafting, and thus calls into question whether the advisory opinion process necessarily helps the Court "to develop its jurisprudence and to contribute to the progress of international law." **At worst, the position conflicts with the language of the UN Charter, its *travaux préparatoires*, the practice of states and international organizations, and common sense.**

In addition to the lack of cogent analytical reasoning, the Court's unwillingness to pursue a serious inquiry into the facts underlying Israel's legal position highlights a disquieting aspect of the Court's institutional capabilities: an apparent inability to grapple with complex fact patterns associated with armed conflict.

Overall, the Court's peremptory style in addressing the *jus ad bellum* reflects an unfortunate *ipse dixit* approach to judicial reasoning; the Court apparently expects others to accept an important interpretation of the law and facts simply because the Court says it is so."

### מרפי בעמוד 3.

544. על כן, לדעת המשיבים אין לקבל את פרשנותו של בית הדין לסעיף 51 למגילת האו"ם.

545. נבקש לציין עוד, כי בית הדין התייחס בדבריו גם להגנת ה"צורך" במשפט הבין לאומי. הגנת הצורך היא טענת הגנה, אשר מניחה כי המדינה הפרה איסור החל עליה.

המשיבים סבורים כי הנימוקים והשיקולים שהוצגו לעניין הצורך הצבאי העומד בבסיס הקמת המכשול יכולים לבסס גם הגנת "צורך" כללית. עם זאת, המשיבים סבורים כי אין צורך להרחיב בנקודה, כיוון שלא הופר כל איסור בהקמת המכשול, וממילא הגנת הצורך לא שימשה בסיס להקמת המכשול.

## סיכום כתב התשובה

546. עניינן של העתירות בתפיסת מקרקעין לצורך הקמת המכשול. בחלקו הראשון של כתב התשובה הראינו כי מדובר במהלך העולה בקנה אחד עם סמכותם של המשיבים, וכי מדובר בצווי תפיסה סבירים ומידתיים, על פי מבחני הפסיקה הישראלית, בעיקר פסק הדין בעניין **בית סוריק**.
- לדעת המשיבים, מטעמים אלה דין העתירות להדחות.
547. חלקו השני של כתב התשובה הוקדש להשלכות האפשריות של חוות הדעת המייעצת, על עניינן של העתירות.
- אכן, לבית-הדין הבינלאומי תפקיד חשוב בקידום נורמות המשפט הבין לאומי, ובפתרון בהסכמה של סכסוכים בין מדינות. בית הדין הבינלאומי מילא תפקיד חשוב בקידום המשפט הבינלאומי בעבר, ובוודאי ימלא תפקיד חשוב גם בעתיד. מדינת ישראל מחויבת לכללי המשפט הבינלאומי אותם קיבלה על עצמה, ומכבדת את מוסדות האו"ם, לרבות בית-הדין הבינלאומי. מדינת ישראל מכירה במעמדו של בית הדין ובמומחיות של שופטיו.
548. במקרה שבפנינו, הסכסוך שבלב הסוגיה אשר נדונה בפני בית הדין לא התאים להתדיינות בפורום משפטי בינלאומי, כפי שנטען בפני בית הדין על ידי מדינות רבות, ובודאי שלא היה ראוי לדון בו במסגרת חוות דעת מייעצת.
549. חוות הדעת המייעצת ניתנה ללא הסכמת ישראל. למרות זאת, ישראל לא התעלמה מחוות הדעת, ובחנה את השלכותיה במגוון נושאים. בחינה זו התבססה על כך שבית הדין הבין לאומי אינו יוצר משפט בינלאומי. החלטותיו מהוות מקור משני בלבד למשפט הבינלאומי ובידיהן להוות, לכל היותר, ראיה לקיומו של כלל בינלאומי, במקרים המתאימים. חוות דעת מייעצת של בית הדין, להבדיל מפסק דין של בית הדין, אינה מחייבת, ומופנית אך ורק לאורגן אשר ביקש אותה, אשר גם הוא אינו מחויב לפעול לפיה.
550. בחינת חוות הדעת העלתה, כי היא מבוססת בעיקרה על עובדות מעטות, חסרות, לא מדויקות ולא עדכניות, שהובאו בפני בית הדין באופן שאינו מאוזן, וזאת בלשון המעטה. חלק ניכר מעובדות אלה אף השתנה שינוי מהותי מאז הוגש החומר לבית הדין. בית הדין אף לא נתן משקל ראוי להוראות הסכם הביניים, וכן לזכותה של מדינת ישראל, על פי המשפט הבין לאומי, להגן על חיי אזרחיה, כולל אלה המתגוררים בשטח המוחזק על-ידיה בתפיסה לוחמתית.

ההחלטה על הקמת המכשול, ובחירת התוואי בו יעבור, מבוססת על איזון בין הצורך הצבאי בהקמת המכשול, המגלם גם את זכויות תושבי ישראל, ובמיוחד זכותם לחיים, לבין זכויות התושבים הפלסטיניים.

בהיעדר התייחסות ממשית ומפורטת לצורך הצבאי ומתקפת הטרור אותה בא לבלום המכשול, ובהיעדר מידע פרטני שיאפשר לאזן בין הצורך הצבאי מול הפגיעה הנגרמת בקטעים שונים של המכשול, לא יכול היה בית הדין להגיע למסקנה משפטית מבוססת.

לכן הקביעה הקטגורית שישראל הפרה את הדין הבין לאומי ועליה לפרק את המכשול, אינה מבוססת כלל, וממילא אינה יכולה להשליך על העתירות שלפנינו.

551. ניתוח המסגרת הנורמטיבית שקבע בית הדין לצורך ניתוח חוקיותו של המכשול העלה, כי מסגרת זו דומה למסגרת שהציב בית משפט נכבד זה. המקרים בהם חרגה חוות הדעת מהמסגרת שהציג בית המשפט הנכבד, או סתרה מסגרת זו, אינם משפיעים על עניינן של העתירות שלפנינו.

552. לפיכך, עמדת המשיבים היא כי לחוות הדעת המייעצת אין השלכה על העתירות, וכי דין העתירות להיות מוכרעות על פי התשתית העובדתית והנורמטיבית, שעוצבה על ידי בית המשפט העליון, כפי שבאה לידי מיצוי בהלכת **בית סוריק**.

553. על כן, מהטעמים שפורטו בכתב תשובה זה מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות.

554. העובדות בכתב תשובה זה נתמכות בתצהירו של אלוף פיקוד המרכז, מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, האלוף יאיר נווה.

היום: 23 פברואר 2005

י"ד אדר א תשס"ה

**אבי ליכט**  
**סגן בכיר לפרקליט המדינה**

**אסנת מנדל**  
**מנהלת מחלקת הבג"צים**  
**בפרקליטות המדינה**

