<u>בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק</u>

בג"ץ 7957/04

בפני:	כבוד הנשיא א' ברק כבוד המישנה לנשיא מ' חשין כבוד השופטת ד' ביניש כבוד השופטת א' פרוקצ'יה כבוד השופט א' א' לוי כבוד השופט א' גרוניס כבוד השופטת מ' נאור כבוד השופט ס' ג'ובראן כבוד השופטת א' חיות
העותרים:	1. זהראן יונס מחמד מראעבה 2. מוראד אחמד מחמוד אחמד 3. מחמוד ג'מיל מסעוד שוואהני 4. עדנאן עבד אלרחמאן דאוד עודה 5. עבד אלרחים איסמעאיל דאוד עודה 6. באסם צלאח עבדאלרחמאן עודה 7. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נ ג ד

המשיבים:	1. ראש ממשלת ישראל 2. שר הביטחון 3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון 4. מינהלת גדר ההפרדה 5. המועצה המקומית אלפי מנשה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות:	כ"ו באלול התשס"ד	(12.09.2004)
	כ' באדר ב' התשס"ה	(31.03.2005)
	י"ד בסיון התשס"ה	(21.06.2005)

בשם העותרים:	עו"ד מיכאל ספרד, עו"ד דן יקיר, עו"ד לימור יהודה
בשם המשיבים מס' 1-4:	עו"ד ענר הלמן עו"ד אבי ליכט
בשם המשיבה מס' 5:	עו"ד ברוך חייקין

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

אלפי מנשה הוא ישוב ישראלי באזור השומרון. הוא הוקם במרחק של כארבעה קילומטרים מהקו הירוק. על פי צווים של המפקד הצבאי נבנתה גדר הפרדה המקיפה את הישוב מכל צדדיו, תוך השארת מעבר ובו כביש המחבר את הישוב עם ישראל. בתוך מיתחם הגדר פנימה נכללים מספר כפרים פלסטיניים. גדר ההפרדה מנתקת אותם משאר חלקי האזור. נוצרת מעין מובלעת של כפרים בצד ה"ישראלי" של הגדר. העותרים הם תושבי הכפרים. הם טוענים שגדר ההפרדה אינה חוקית. טענתם זו סומכת עצמה על פסק הדין בפרשת בית סוריק (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807). כן נשענת העתירה על חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (International Court of Justice, July 9, 2504), 43 IL M 1009 (2004)). האם גדר ההפרדה היא כדין – זו השאלה הניצבת לפנינו.

א. הרקע והעתירה

1. הטרור והתגובה לו

1. בספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה נחתה על ישראל ועל הישראלים שבאזור יהודה והשומרון ובחבל עזה (להלן – האזור). מרבית פיגועי הטרור הופנו כלפי אזרחים. הם פגעו בגברים ובנשים, בזקנים ובטף. משפחות שלמות איבדו את יקיריהן. הפיגועים נועדו לפגוע בחיי אדם. הם כיוונו לזרוע פחד ובהלה. הם ביקשו לשבש את אורח החיים של אזרחי ישראל. הטרור הפך להיות איום אסטרטגי. פיגועי הטרור מבוצעים בתוככי ישראל ובאזור. הם מתרחשים בכל אתר ואתר, ובכלל זה בתחבורה הציבורית, במרכזי קניות ובשווקים, בבתי קפה ובתוככי בתים וישובים. היעד העיקרי של הפיגועים הוא מרכזי הערים בישראל. כן מכוונים הפיגועים כלפי הישובים הישראלים באזור, וכלפי צירי התנועה. ארגוני הטרור עושים שימוש במגוון אמצעים. בהם פיגועי התאבדות ("פצצות אדם מונחות"), מכוניות תופת, הנחת מטעני חבלה, השלכת בקבוקי תבערה ורימונים, פיגועי ירי, ירי פצצות

מרגמה וירי רקטות. מספר נסיונות לפיגועים ביעדים אסטרטגיים ("מגה פיגוע") נכשלו. כך, למשל, סוכלה כוונה למוטט את אחד ממגדלי עזריאלי בתל-אביב באמצעות מכונית תופת בחניון (אפריל 2002). נסיון אחר שנכשל היה לפוצץ משאית בחוות מיכלי הגז בפי גלילות (מאי 2003). מאז תחילת פעולות הטרור הללו ועד לאמצע יולי 2005 בוצעו בתחומי מדינת ישראל קרוב לאלף פיגועים. בתחומי יהודה והשומרון בוצעו כ-9,000 פיגועים. אלפי פיגועים בוצעו בחבל עזה. למעלה מאלף ישראלים קיפחו את חייהם. כמאתיים מהם באזור יהודה והשומרון. כשבעת אלפים ישראלים נפצעו. כשמונה מאות מהם באזור יהודה והשומרון. רבים מהפצועים הפכו לנכים קשים. גם בצד הפלסטיני גרם העימות המזויין להרוגים ופצועים רבים. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. ישראל נקטה בשורה של צעדים להגנה על חיי תושביה. נערכו פעולות צבאיות כנגד ארגוני הטרור. הן נועדו להכריע את תשתית הטרור הפלסטינית ולמנוע הישנותם של פיגועי הטרור (ראו בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נז(2) 349. להלן – פרשת מרעב; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385). פעולות אלה לא נתנו מענה מספיק לצורך המיידי בהפסקת פעולות הטרור הקשות. אנשים תמים המשיכו לשלם בחייהם ובשלמות גופם. עמדתי על כך בפרשת בית סוריק:

> "פעולות הטרור המבוצעות מן הצד הפלסטיני הביאו את ישראל לנקוט צעדים ביטחוניים בעלי דרגות חומרה שונות. כך למשל החליטה הממשלה על פעולות צבאיות שונות, כגון מבצע 'חומת מגן' (מארס 2002) ומבצע 'דרך נחושה' (יוני 2002). מטרתן של פעולות צבאיות אלה היתה להכריע את תשתית הטרור הפלסטיני ולמנוע הישנותם של פיגועי הטרור... מבצעי לחימה אלה – שאינם בגדר פעולות שיטור רגילות אלא יש בהם כל המאפיינים לעימות מזויין (armed conflict) – לא נתנו מענה מספיק לצורך המיידי בהפסקת מעשי הטרור הקשים. ועדת השרים לביטחון לאומי שקלה שורות צעדים שנועדו למניעת ביצועם של מעשי טרור נוספים ולהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשים אלה... חרף כל אלה לא בא הטרור לקיצו. הפיגועים לא פסקו. אנשים תמים שילמו בחייהם ובשלמות גופם. זהו הרקע להחלטה על הקמת גדר ההפרדה" (שם, עמ' 815).

על רקע זה התגבש הרעיון להקים גדר הפרדה באזור יהודה והשומרון, אשר תקשה על פעילי הטרור לפגוע בישראלים, ותקל על המאבק של כוחות הביטחון בפעילי הטרור.

3. הקמת גדר ההפרדה אושרה על ידי הממשלה ב-23.6.2002. אותה עת אושר שלב א' של הגדר. אורכו 116 ק"מ. הוא מתחיל באזור כפר סאלם, הסמוך לצומת מגידו, ונמשך עד כביש חוצה שומרון בסמוך לישוב אלקנה. כן אושר מכשול נוסף באזור ירושלים (שאורכו כ-22 ק"מ). הוא נועד לתת מענה למניעת חדירה של מחבלים אל צפון הארץ, אל מרכזה ואל אזור ירושלים. בהחלטת הממשלה נאמר, בין היתר:

> "(3) במסגרת שלב א' – לאשר הקמת גדרות ביטחון ומכשולים במרחב התפר, ובעוטף ירושלים למטרות 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 המדוייק והסופי של הגדר ייקבע על ידי ראש הממשלה ושר הביטחון... התוואי הסופי יוצג בוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי או הממשלה".

בהמשך (דצמבר 2002) אושרה הקמת שלב ב' של הגדר. שלב זה מתחיל מהכפר סאלם מזרחה עד הירדן (אורכו כ-60 ק"מ). כן כולל שלב זה שלוחה מהר אבנר (בסמוך לכפר אל-מוטילה) בדרום הגלבוע, דרומה לכיוון הכפר תייסיר. לאחר כשנה (ב-1.10.2003) החליטה הממשלה להקים את השלבים ג' ו-ד' של הגדר. שלב ג' משתרע על גדר בין אלקנה למחנה עופר, גדר ממזרח לשדה התעופה בן-גוריון ומצפון לכביש 45 המתוכנן וגדר המגינה על ישובי השומרון (ובהם אריאל, עמנואל, קדומים, קרני שומרון). שלב ד' כולל את אזור גוש עציון ודרומה עד לאזור דרום חברון. בהחלטת הממשלה נאמר, בין השאר:

> "(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)

... (5)

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

גדר ההפרדה הנדונה בעתירה שלפנינו מהווה חלק משלב א' של הקמת הגדר. גדר ההפרדה שנידונה בפרשת בית סוריק מהווה חלק משלב ג' של הקמת הגדר. אורכה של הגדר כולה, בכל ארבעת שלביה, הוא כ- 763 ק"מ. על פי מידע שנמסר לנו, כ-242 ק"מ של הגדר כבר הוקמו ופועלים באופן מבצעי. מתוכם כ-28 ק"מ בנויים כחומה (11%). כ-157 ק"מ מצויים כעת בבניה, מתוכם כ-140 ק"מ גדר וכ-17 ק"מ חומה (12%). טרם החלה הבניה של כ-364 ק"מ מגדר ההפרדה, מתוכם כ-361 ק"מ גדר ו-3 ק"מ חומה.

4. גדר ההפרדה היא מכשול הבנוי מכמה מרכיבים. "במרכזו עומדת גדר 'חכמה'. תפקידה להתריע בפני הכוחות הפרוסים לאורכה על כל נסיון לעבור אותה. מצידה החיצוני של הגדר עובר מכשול נגד רכב, המורכב מתעלה או מאמצעי אחר, שייעודו למנוע פריצת הגדר באמצעות ניגוח של כלי רכב. כן מצויה גדר מעכבת נוספת. בסמוך לגדר נסלל כביש שירות. מצידה הפנימי של הגדר האלקטרונית קיימות כמה דרכים: דרך טשטוש (שנועדה לגלות את העקבות של מי שחצה את הגדר), דרך פטרולים ודרך לרכב משוריין וכן גדר נוספת. רוחבו הממוצע של המכשול, בצורתו האופטימלית, הוא 50-70 מטרים. בשל אילוצים שונים בחלקים מסויימים של המכשול, מוקם מכשול צר יותר, הכולל רק חלק מן המרכיבים התומכים בגדר האלקטרונית. במקרים מסויימים יכול המכשול להגיע לרוחב של עד 100 מטר בשל התנאים הטופוגרפיים... לאורך המכשול ימוקמו אמצעים שונים שנועדו לסייע במניעת החדירה. צה"ל ומשמר הגבול יפטרלו לאורך גדר ההפרדה ויוזעקו אל מקומות החדירה כדי לסכלה ולנהל מרדף אחר אלה שהצליחו לחצות את גדר הביטחון" (פרשת בית סוריק, עמ' 818).

5. גדר ההפרדה מוקמת בחלקה על קרקע פרטית. במצב דברים זה מתקיים הליך מינהלי של הוצאת צו תפיסה ותשלום פיצויים בגין השימוש במקרקעין. על צו התפיסה ניתן להשיג בפני המפקד הצבאי. אם ההשגה נדחית, ניתנת לבעל הקרקע שהות של שבעה ימים להגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. מאז הוצאת הצווים הוגשו לנו למעלה משמונים עתירות. כמחציתן נמחקו לאור הסדר אליו הגיעו הצדדים. מחציתן האחרת נידונות בפנינו. אחת מאותן עתירות היא העתירה שלפנינו.

6. מאז ההחלטה על גדר ההפרדה וביצועה, מתבצע תהליך רצוף ומתמשך של הפקת לקחים. תהליך זה הוגבר, כמובן, לאחר פסק הדין בפרשת בית סוריק (שניתן ב-30.6.2004). כתוצאה מכך שונו קטעים בתוואי הקיים. השתנה התכנון של השלבים שטרם הוקמו. במקום שהדבר נדרש נתקבלה החלטת ממשלה המורה על שינוי תוואי הגדר. אכן, ביום 20.2.2005 נתקבלה החלטת ממשלה על תיקון תוואי הגדר. נאמר בהחלטה שהיא באה "לאחר בחינת המשמעויות הנובעות מפסיקת בג"ץ לעניין המשך ביצוע העבודות להקמת הגדר". עוד נאמר בהחלטה:

> "(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 הפלסטיניים בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסיקת בג"ץ".

בהחלטה זו נכללו קטעי גדר נוספים, שטרם הושלמה לגביהם הבדיקה המשפטית (באזור מערב השומרון, מעלה אדומים ומדבר יהודה). בעקבות החלטת הממשלה הוקמו צוותים מיוחדים אשר דנו במדיניות המעברים ובמשטר ההיתרים. על פי הנתונים שנמסרו לנו, חלקה של גדר ההפרדה הוא בתוך ישראל או על הקו הירוק (כ-150.4 ק"מ שהם 19.7% מהתוואי). חלק הגדר שבתוך אזור יהודה והשומרון מותיר בצד ה"ישראלי" (המערבי) של הגדר כ-432 קמ"ר שהם כ-7.8% משטח אזור יהודה והשומרון. במרחב זה מתגוררים כ-8,900 תושבים פלסטיניים שיחיו תחת משטר של היתרים ו-19,000 תושבים פלסטינים באזור גוש עציון, בו לא יחול משטר זה וניתן יהיה להיכנס אליו ולצאת ממנו באופן חופשי, בבידוק בלבד, ללא צורך בקבלת אישורים או היתרים כלשהם. יצויין כי נתון זה כולל את אזור גוש עציון (כ-1.2% משטח יהודה והשומרון), את "אצבעות אריאל" (כ-2.0% משטח יהודה והשומרון) ואת מעלה אדומים (כ-1.2% משטח יהודה והשומרון). עבודת המטה והבדיקות המשפטיות לגבי אזורים אלה טרם הסתיימו. כן לא נכלל בנתונים אלה שטחה המוניציפלי של ירושלים ושטחי ההפקר, שכן הם אינם בתחומי יהודה והשומרון.

7. כל השטחים שהוכנסו לצד ה"ישראלי" (המערבי) של הגדר במסגרת שלב א', היינו המרחב המצוי בין הגדר לבין הקו הירוק (להלן – מרחב התפר) – הוכרזו כשטח צבאי סגור. זאת מכוחה של הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03/ס' (מרחב תפר)

(יהודה והשומרון), התשס"ד-2003 (מיום 2.10.2003) שהוציא מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון (להלן – ההכרזה). שטח מרחב התפר באזור שלב א' הוא כ-87 קמ"ר, ומתגוררים בו כ-5,600 פלסטינים וכ-21,000 תושבים ישראלים. ההכרזה אסרה על כניסה ושהייה במרחב התפר, תוך קביעה כי האיסור אינו חל על ישראלים ועל מי שניתן לו היתר מהמפקד הצבאי להיכנס למרחב התפר ולשהות בו. לגבי תושבים קבועים נקבע בהכרזה, כי מי שמקום מגוריו הקבוע הוא במרחב התפר, יהיה רשאי להיכנס למרחב התפר ולשהות בו, ובלבד שבידו היתר בכתב, שניתן לו על-ידי המפקד הצבאי, המעיד על כך שמקום מגוריו הקבוע הוא במרחב התפר, והכל על פי התנאים שנקבעו בהיתר. המפקד הצבאי קבע היתר כללי להיכנס למרחב התפר לבעלי דרכון זר, לבעלי היתר תעסוקה בישוב ישראלי הנמצא במרחב התפר ולמי שבידו היתר יציאה בתוקף מהאיזור לישראל. לאחר כחצי שנה (ביום 27.5.2004) תוקנה ההכרזה (הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03/ס' (מרחב התפר) (יהודה והשומרון) (תיקון מס' 1), התשס"ד-2004). על פי ההכרזה המתוקנת, האיסור להיכנס ולשהות במרחב התפר אינו חל על תושבים קבועים במרחב התפר ובעלי היתר כניסה מהמפקד הצבאי. היתר כללי לכניסה למרחב ושהייה בו לכל צורך ניתן לתושבי מדינת ישראל. פלסטינים המתגוררים במרחב התפר צוידו ב"תעודת תושב קבוע" המעידה על כך שהם תושבים קבועים במרחב התפר. ההיתרים מאפשרים להתגורר במרחב התפר ולנוע ממנו לשטחי האיזור ובחזרה. פלסטינים שאינם תושבים קבועים במרחב התפר חייבים להצטייד בהיתרי כניסה. אלה מונפקים למטרות שונות, לרבות עבודה, מסחר, חקלאות וחינוך.

2. מובלעת אלפי מנשה

8. מובלעת אלפי מנשה – נשוא העתירה שלפנינו – מהווה חלק משלב א' של הגדר. ההחלטה עליו נפלה ב-23.6.2002. הקמת הגדר הסתיימה באוגוסט 2003. היא מקיפה את אלפי מנשה (כ-5,650 אנשים) וחמישה כפרים פלסטיניים (כ-1,200 אנשים): ערב א-רמאדין (כ-250 אנשים); ערב אבו-פארדה (כ-120 אנשים); ודאי א-ראשה (כ-120 אנשים); מעארת א-דבה (כ-250 אנשים) וח'ירבת ראס א-טירה (כ-400 אנשים) (ראו נספח). הגדר העוטפת את המובלעת מצפון מתבססת בחלקה המערבי על הגדר העוטפת את העיר קלקיליה (כ-38,000 נפשות) בדרומה. חלק זה של הגדר עובר צפונית לכביש 55, המהווה את הקשר של המובלעת לישראל. החלק הצפוני של הגדר עוטף את אלפי מנשה ואת אבו-פארדה וערב א-רמאדין. מובלעת אלפי מנשה מתייחדת בשני אלה: <u>ראשית</u>, היא מתבססת בחלקים ניכרים ממנה על גדר ההפרדה סביב העיר קלקיליה והכפרים חבלה וחרבת רס עטיה; <u>שנית</u>, גדר ההפרדה "מכניסה" לצד

ה"ישראלי" (המערבי) של הגדר לא רק את אלפי מנשה אלא גם את חמשת הכפרים הפלסטיניים.

9. בגדר המקיפה את מובלעת אלפי מנשה מצוי מעבר אחד ושלושה שערים חקלאיים המחברים את המובלעת אל האזור. החיבור המרכזי של המובלעת לאזור נעשה באמצעות "מעבר 109" הממוקם בצידה הצפוני של הגדר, על כביש 55. מעבר 109 נמצא בקרבת פתח הגישה לעיר קלקיליה הקבוע בגדר המזרחית המקיפה את קלקיליה, המכונה DCO קלקיליה. פתח זה אינו מאוייש פרט למקרים מיוחדים, והוא מאפשר מעבר חופשי מקלקיליה לאזור. מעבר 109 מאפשר לתושבי המובלעת לעבור דרכו ברגל וברכב, בכפוף לבדיקה, לשטחי האיזור ולעיר קלקיליה בכל שעות היממה. בנוסף קיימים בגדר מובלעת אלפי מנשה שלושה שערים נוספים, שניים מהם חקלאיים, דרכם ניתן לעבור ברגל וברכב. שלושת השערים הם שער ראס א-טירה (בצידה המערבי של המובלעת, בסמוך לעיירה ח'ירבת ראס עטיה); שער קלקיליה דרום ושער חבלה. בעת הגשת העתירה השערים היו נפתחים, ככלל, שלוש פעמים ביום למשך שעה. כיום נפתח שער ראס א-טירה שעה אחרי הזריחה ונסגר שעה לפני השקיעה. אין שינוי בשעות הפתיחה של יתר השערים. המובלעת מחוברת ברצף טריטוריאלי לישראל (ללא מחסום), כאשר המעבר נעשה באמצעות כביש 55 המחבר בין אלפי מנשה לישראל. הכביש משמש בעיקרו של דבר את הישראלים הבאים ויוצאים את אלפי מנשה ואת הפלסטינים שיש להם היתר כניסה לישראל או הנעים בתוך תחומי המובלעת.

3. העתירה

10. העתירה הוגשה ב-31.8.2004. העותרים (המקוריים) הם תושבים מהכפר ראס א-טירה (עותרים 1-3) ומהכפר ואדי א-ראשה (העותרים 4-6). שני כפרים אלה מצויים מדרום מערב לאלפי מנשה. עימם עתרה גם האגודה לזכויות האזרח בישראל (עותרת 7). בשלב מאוחר יותר הגיש בא כוח העותרים מכתב (מיום 30.3.2005) שכתבו חמשת ראשי המועצות של כפרי המובלעת. המכתב מופנה אל בית המשפט. הוא מביע תמיכה בעתירה. הוא מאשר את נכונות האמור בה. בד בבד מסר בא כוח העותרים כי ראשי המועצות העבירו לו ייפוי כוח לפעול בשם המועצות, כעותרים בעתירה.

11. העותרים טוענים כי גדר ההפרדה אינה חוקית, ויש לפרקה. לטענתם, המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה. טענה זו סומכת עצמה על חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג. כן טוענים העותרים כי גדר ההפרדה אינה מקיימת את אמות המידה שנקבעו בפרשת בית סוריק. לעניין זה טוענים העותרים

כי הגדר אינה מידתית ומפלה. המשיבים מבקשים לדחות העתירה בשל מספר טענות סף (שיהוי, אופייה ה"ציבורי" של העתירה והיעדר פניה מוקדמת). לגוף העניין טוענים המשיבים כי המפקד הצבאי מוסמך להקים גדר הפרדה, כפי שנפסק בפרשת בית סוריק. חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג לא משנה בעניין זה, שכן היא התבססה על תשתית עובדתית שונה מזו שהונחה בפרשת בית סוריק. כן טוענים המשיבים, כי הפגיעה בתושבים הפלסטיניים מקיימת את אמות המידה שנקבעו בפרשת בית סוריק.

4. הדיון בעתירה

12. העתירה נדונה בסמוך להגשתה בפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא והמישנה לנשיא מ' חשין (ביום 12.9.2004). המועצה המקומית אלפי מנשה צורפה, לבקשתה, כמשיבה לעתירה. המשך הדיון בעתירה נדחה כדי לאפשר את גיבוש עמדת המדינה. ציינו כי אין בדחיית הדיון בעתירה כדי למנוע מהמשיבים לעשות ככל שביכולתם להקל על איכות החיים של העותרים במסגרת התוואי הקיים. הדיון בעתירה התחדש (ביום 31.3.2005) בפני הנשיא א' ברק, המישנה לנשיא מ' חשין והשופטת ד' ביניש (שהחליפה את המשנה לנשיא א' מצא אשר פרש לגמלאות). בהמשך הוחלט (ביום 21.4.2005) כי הדיון בעתירה יתקיים יחד עם הדיון בבג"ץ 1348/05 ובג"ץ 3290/05 (הדנים בגדר ההפרדה סביב העיר אריאל), וכי הדיון בכל שלוש העתירות יתקיים בפני מותב מורחב של תשעה שופטים. העתירה נדונה, אפוא, בפני הרכב מורחב (ביום 21.6.2005). בפתח הישיבה הוסכם לראות את הדיון כאילו הוצא בו צו על תנאי. העותרים הציגו טיעונים על אודות הפגיעה של הגדר בתחומי החיים השונים בכפרים ועמדו בהרחבה על הטיעון המשפטי בדבר אי חוקיות הגדר. המשיבים הרחיבו בעניין הסמכות לבניית הגדר והצעדים שננקטו על מנת להקל על חיי התושבים. כן הופיע בפנינו אלוף-משנה (מיל') דן תירזה (ראש המנהלה העוסקת בתכנון תוואי המכשול במרחב התפר) שסקר את תוואי הגדר ואת השיקולים שעמדו בפני מתכנני התוואי.

5. מסגרת הדיון

13. בחינת הטענות של הצדדים תעשה בחמישה חלקים. בחלק <u>הראשון</u> נעמוד על הלכותיו של בית המשפט העליון בכל הנוגע לסמכותו של המפקד הצבאי, על פי דיני התפיסה הלוחמתית, להורות על הקמתה של גדר ההפרדה. הלכות אלה פותחו על ידי בית משפט זה בעשרות רבות של פסקי דין שניתנו על ידו מאז מלחמת ששת הימים.

בחלק השני נעמוד על האופן שבו הוגשמו דינים אלה, הלכה למעשה, בפרשת בית סוריק. בחלק השלישי נעמוד על חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג. בחלק הרביעי נעמוד על השפעתה של חוות הדעת המייעצת על ההלכות העולות מפרשת בית סוריק, והשלכותיה על המיתווה הנורמטיבי כפי שנקבע על ידי בית משפט זה, ועל האופן שבו יושם מיתווה זה בפרשת בית סוריק. לבסוף, נבחן אם גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה עומדת במבחני הדין.

ב. המיתווה הנורמטיבי בפסיקת בית המשפט העליון

1. התפיסה הלוחמתית

14. אזורי יהודה והשומרון מוחזקים על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation). זרועה הארוכה של המדינה באזור הוא המפקד הצבאי. אין הוא הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו פרשת בית סוריק, עמ' 832). כוחו בא לו מהמשפט הבינלאומי הפומבי הנוגע לתפיסה לוחמתית. משמעותה המשפטית של תפיסה זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באיזורים אלה. הם לא "סופחו" לישראל; שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נשלט על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם, פסקה 3 לפסק דין הרוב: להלן – פרשת המועצה האזורית חוף עזה). במרכזו של משפט בינלאומי פומבי זה עומדות התקנות בדבר דיניה ומינהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 (להלן – תקנות האג). תקנות אלה משקפות משפט בינלאומי מינהגי. כן נקבעים דיני התפיסה הלוחמתית באמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949 (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית). מדינת ישראל נוהגת על פי החלקים ההומניטריים של אמנה זו. כך הודיעה הממשלה לבית משפט זה במספר רב של עתירות. לאור הודעה זו של ממשלת ישראל, איננו רואים צורך לבחון מחדש את עמדתה של ממשלת ישראל. מודעים אנו לכך כי בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג נקבע כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה באזור יהודה והשומרון, ואין תחולתה מותנית בנכונותה של מדינת ישראל לקיים את הוראותיה. כאמור, מכיוון שמקובל על ממשלת ישראל כי ההיבטים ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית חלים באזור, איננו סבורים כי בעתירה שלפנינו עלינו לנקוט עמדה בעניין זה. בנוסף לשני מקורות אלה, שעניינם המשפט הבינלאומי, קיים מקור שלישי של דינים החלים בתפיסתה הלוחמתית של מדינת ישראל. אלה הם עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. אלה כוללים, בין השאר,

כללים של הגינות מהותית ודיונית, החובה לנהוג בסבירות, וכללי המידתיות. אכן, "כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המינהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקד אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 810; להלן – פרשת ג'מעית אסכאן).

2. הסמכות של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה

15. האם מוסמך המפקד הצבאי, על פי דיני התפיסה הלוחמתית, להורות על הקמת גדר הפרדה באזור יהודה והשומרון? בפרשת בית סוריק תשובתנו היתה כי המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הוא טעם מדיני, שעניינו "סיפוח" שטחים מהאזור למדינת ישראל וקביעת גבולה המדיני של ישראל. המפקד הצבאי מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם הטעם המונח ביסוד הקמת הגדר הוא ביטחוני וצבאי. וכך אמרנו בפרשת בית סוריק:

> "המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם טעמיו הם מדיניים-פוליטיים. גדר ההפרדה אינה יכולה לבוא מטעמים של 'סיפוח' שטחים מהאזור למדינת ישראל. מטרתה של גדר ההפרדה אינה יכולה להיות התוויית גבול מדיני... סמכויותיו של המפקד הצבאי הן זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטיבעה. הסדרי הקבע אינם מעניינו של המפקד הצבאי. אמת, התפיסה הלוחמתית באזור היא ארוכת שנים. לדבר זה השפעה על היקף סמכותו של המפקד הצבאי... אין בעבור הזמן כדי להרחיב את סמכותו של המפקד הצבאי ולאפשר לו לשקול שיקולים שמעבר לעצם ניהולו הראוי של האזור הנתון לתפיסה לוחמתית" (שם, עמ' 829, 830).

16. לעתים יש צורך, לשם הקמת גדר הפרדה, בתפיסת חזקה במקרקעין השייכים לתושבים הפלסטיניים. האם מוסמך המפקד הצבאי לכך? התשובה היא, כי אם הדבר נחוץ לצרכים צבאיים, המפקד הצבאי מוסמך לכך. כך פסקנו בפרשת בית סוריק:

> "המפקד הצבאי מוסמך – על פי המשפט הבינלאומי החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית – לתפוס חזקה במקרקעין אם הדבר דרוש לצורכי הצבא... עליו לשלם כמובן פיצויים בגין השימוש שהוא עושה במקרקעין... כמובן... 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 במסגרת זו ובלבד שהדבר נדרש על פי צרכים צבאיים. עד כמה שהקמת הגדר היא צורך צבאי אין בעצם פגיעתו בקניין 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" (שם, עמ' 832).

יצויין, כי הקמת גדר ההפרדה אינה קשורה בהפקעת מקרקעין או בהחרמתם (confiscation). אלה אסורות הן על פי תקנה 46 לתקנות האג (ראו בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 122; להלן – פרשת איוב). הקמת הגדר אינה כרוכה ברכישות קניין במקרקעין עליהם מוקמת הגדר. הקמת הגדר נעשית בדרך של תפיסת חזקה. תפיסת החזקה היא זמנית. צו התפיסה מורה על מועד לסיומו. תפיסת החזקה מלווה במתן פיצויים על הנזק שנגרם. תפיסת חזקה שכזו – שאינה קשורה כלל להפקעה – מותרת היא על פי דיני התפיסה הלוחמתית (ראו תקנות 43 ו-52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית; ראו פרשת איוב, עמ' 129; בג"ץ 834/78 סלאמה נ' שר הביטחון, פ"ד לג(1) 471, 472; פרשת איוב, עמ' 122; בג"ץ 401/88 אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(2) 767, 770; בג"ץ 290/89 ג'ורא נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(2) 116, 118; בג"ץ 24/91 תימרז נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מה(2) 325, 333 – להלן: פרשת תימרז; בג"ץ 1890/03 עירית בית לחם נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון (טרם פורסם) – להלן: פרשת עירית בית לחם; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 456 – להלן: פרשת הס; ראו גם Kretzmer, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", 99 A.J.I.L. 88, 97 (2005); להלן – קרצ'מר; N. Keidar, "An Examination of the Authority of the Military Commander to Requisition Privately Owned Land for the Construction of the Separation Barrier" 38 Isr. L. Rev. 247 (2005); להלן – קידר). על פי תקנה 52 לתקנות האג נדרש שהתפיסה תהא לצורכי הצבא (needs of the army of occupation). על פי סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית נדרש כי התפיסה תהא לצרכי צבא נחוצים בהחלט (absolutely necessary by military operation). על חוקיותה של תפיסת חזקה במקרקעין עמד פון-גלן (G. Von Glahn), בציינו:

> "Under normal circumstances an occupied 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: A Commentary on the law and Practice of Belligerenl Occupation 186 (1957)).

שאלת המפתח היא כמובן, אם תפיסת החזקה במקרקעין "דרושה בהחלט לפעילות צבאית" (לשאלה זו, ראו Imseis, "Critical Reflections on the International Humaniterian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion", 99 A.J.I.L. 102, (2005) 109, וכן קידר, עמ' 247). עניין זה נתון להכרעתו של המפקד הצבאי. עומד על כך פיקטה (J.S. Pictet), באומרו:

> "[I]t will be for the Occupying Power to judge the importance of such military requirements" (J.S. Pictet, Commentary IV Geneva Convention-Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 302 (1958)) (להלן – פיקטה).

כמובן, שיקול דעתו של המפקד הצבאי נתון לביקורת שיפוטית של בית משפט זה (ראו פרשת תימרז, עמ' 335).

17. בפרשת בית סוריק ובפסיקה שקדמה לו קבע בית המשפט העליון, כי הסמכות לתפוס מקרקעין לצרכים צבאיים מעוגנת לא רק בתקנות 43 ו-52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, אלא גם בסעיף 23(g) לתקנות האג. בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג נקבע כי החלק השני של תקנות האג, אשר תקנה 23(g) הם חלק ממנו, חל רק כאשר מתקיימות פעולות איבה (hostilities), ועל כן אין הוא חל לעניין הקמת הגדר (פסקה 124). בית הדין מוסיף כי החלק השלישי של תקנות האג – ובו תקנות 43 ו-52 – ממשיך לחול, שכן הוא דן בממשל הצבאי (פסקה 125). אין בגישתו זו של בית הדין כדי לשנות מגישתו של בית משפט זה באשר לסמכות המפקד הצבאי לתפוס חזקה לשם הקמת הגדר. סמכות זו מעוגנת כאמור בתקנות 43 ו-52 לתקנות האג ובסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית. אשר לגישתו העקרונית של בית הדין ברצוננו לציין שני אלה: ראשית, קיימת השקפה – לה שותף פיקטה עצמו – לפיה ניתן להרחיב בדרך של היקש את היקף תחולתו של סעיף 23(g) גם לדיני התפיסה הלוחמתית (ראו, פיקטה, עמ' 301; ראו גם G. Schwarzenberger, International Law As Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (2 vol. 1968) 253, 314). שנית, המצב בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית הוא לעתים קרובות נזיל. תקופות של שקט ורגיעה מוחלפות בתקופות דינמיות של לחימה. כאשר מתרחשת הלחימה היא נעשית על פי כללים של משפט בינלאומי. "לחימה זו אינה

נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה" (ראו בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 34; ראו גם בג"ץ 3114/02 ח"כ ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 16). במצב דברים זה, שבו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מתנהלות פעולות לחימה, יחולו על פעולות אלה הן הכללים החלים על תפיסה לוחמתית והן הכללים החלים על פעולות לחימה (ראו, פרשת מרעב; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, וכן Watkin, "Controlling the Use of Force: A Role of Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict", 98 A. J. I. L. 1, 28 (2004)). תקנה 23(g) לתקנות האג תחול במצב דברים זה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, בשל פעולות הלחימה המתבצעות בו. עמדתה של המדינה בפנינו הינה, כי הקמת הגדר היא חלק מפעולות הלחימה של ישראל. זהו, לטענת המדינה, צעד הגנתי של הקמת מכשול הגנה; הוא נועד לבלום מתקפת טרור; הוא פעולה הגנתית המהווה תחליף לפעילות צבאית התקפית; הוא פעולה הנחוצה באופן הכרחי לצורכי הלחימה. כפי שציינו, אין לנו צורך להעמיק בסוגיה זו, שכן לעניין הקמת גדר ההפרדה די בסמכות הכללית הנתונה למפקד הצבאי בתקנות 43 ו-52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית. נוכל, איפוא, להשאיר עניין זה לעת מצוא.

18. סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה מטעמים ביטחוניים וצבאיים משתרעת בראש ובראשונה לעניין הצורך להגן על הצבא בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. כן כוללת סמכות זו את ההגנה על מדינת ישראל עצמה (השוו סעיף 62(2) לאמנת ג'נבה הרביעית, וכן בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 162, 178; פרשת איוב, עמ' 117; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90; פרשת בית סוריק, עמ' 833; קרצ'מר, עמ' 101). האם סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה כוללת גם את סמכותו להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים הגרים בישובים ישראלים באזור יהודה והשומרון? שאלה זו מתעוררת לאור העובדה שהישראלים המתגוררים באזור אינם בגדר "אנשים מוגנים" (protected persons), כמשמעות ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה (טרם פורסם, פסקה 4 לפסק דין הרוב)). האם מוסמך המפקד הצבאי להגן על חייהם ולהבטיח את ביטחונם של אנשים שאינם "מוגנים" על ידי אמנת ג'נבה הרביעית? לדעתנו, התשובה היא בחיוב. הטעמים לכך הם שניים: <u>ראשית</u>, סמכותו הכללית של המפקד הצבאי קבועה בתקנה 43 לתקנות האג, הקובעת:

> "בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש,
> ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על

> כנם ולהבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין".

סמכותו של המפקד הצבאי הינה, איפוא, "להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים". סמכות זו אינה מוגבלת אך למצבים של לחימה בפועל. היא חלה כל עוד התפיסה הלוחמתית ממשיכה (ראו פרשת תימרן, עמ' 336). סמכות זו אינה מוגבלת אך לאנשים המוגנים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. זוהי סמכות כללית, המשתרעת על כל אדם המצוי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. עמד על כך השופט א' מצא בציינו:

> "בכל הנוגע לצורכי השמירה על ביטחון האזור וביטחון הציבור שבאזור, חלה סמכותו של מפקד האזור על כלל בני האדם המצויים בתחומי האזור בכל זמן נתון. קביעה זו מתחייבת מחובתו, הידועה והברורה, של מפקד האזור לקיים את ביטחון האזור והיותו מופקד על שמירת שלום הציבור באזורו" (בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מח(3) 675, 679).

ובפרשה אחרת הוספתי:

> "ההתיישבות הישראלית בחבל עזה נשלטת על ידי דיני התפיסה הלוחמתית. המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזור זה... חיי המתיישבים הישראלים מוסדרים, בעיקרם, על ידי חקיקת הביטחון של המפקד הצבאי. סמכותו של המפקד הצבאי 'להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים' מכוונת כלפי כל מי שמצוי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. אין היא מוגבלת ל'אנשים מוגנים' (protected persons) בלבד... סמכותו זו משתרעת על כל הישראלים המצויים באזור" (בג"ץ 6339/05 מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה (טרם פורסם); ראו גם פרשת הס, עמ' 455).

אכן, המפקד הצבאי צריך להבטיח את הביטחון. עליו להגן על ביטחונו של כל מי שנמצא בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, גם אם הוא אינו נופל לקטיגוריה של "אנשים מוגנים" (ראו בג"ץ 72/86 זלום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 528, 532; להלן – פרשת זלום; בג"ץ 2717/96 וופא נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 848, 856; בג"ץ 4363/02 זינדאח נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם); בג"ץ 6982/02 וחידי נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם); בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608, 611).

19. מסקנתנו הינה, אפוא, כי המפקד הצבאי מוסמך להקים גדר הפרדה באזור להגנה על חייהם וביטחונם של המתיישבים הישראליים באזור. לעניין מסקנה זו, אין זה כלל ולבנטי לבחון, אם התיישבות זו היא בהתאם למשפט הבינלאומי או שהיא בניגוד לו, כפי שנקבע בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג. מטעם זה לא נביע בשאלה זו כל עמדה. הסמכות להקים גדר הפרדה להגנה על חייהם וביטחונם של המתיישבים הישראלים נגזרת מהצורך לשמור על "הסדר והביטחון הציבוריים" (סעיף 43 לתקנות האג). היא מתבקשת מכבוד האדם של כל אדם באשר הוא אדם. היא נועדה לשמור על חייו של כל אדם אשר נברא בצלם אלוהים. חייו של מי שנמצא באזור שלא כדין אינם הפקר. גם מי שמצוי באזור בניגוד לחוק, אינו הופך בכך למי שמצוי מחוץ לחוק. בגישה זו נקט בית המשפט בשורה של פסקי דין. באחת הפרשות ציינתי:

> "חובתו של המפקד הצבאי היא לשמור על ביטחון חייליו, תוך התחשבות בביטחון האוכלוסיה המקומית. אוכלוסיה זו כוללת גם את ההתנחלויות המצויות במקום. חוקיותן של אלה אינן לפנינו, ועניינם ייקבע בהסדרי השלום אליהם יגיעו הנוגעים בדבר" (בג"ץ 4363/02 זינדאח נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם), וראו גם בג"ץ 6982/02 וחידי נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם)).

ובפרשה אחרת ציינתי:

> "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" (בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608, 611; ראו גם פרשת זלום, עמ' 532).

וברוח דומה כתבה חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה:

> "בצד אחריותו של מפקד האזור להבטיח את ביטחון הכוח הצבאי שהוא מופקד עליו, עליו לדאוג לשלומם, לביטחונם ולרווחתם של תושבי האזור. חובה זו חלה עליו ביחס לכל התושבים בלא הבחנה בדבר זהותם – יהודים, ערבים או זרים. שאלת חוקיות ישיבתם באזור של גורמי אוכלוסיה שונים אינה עומדת כיום להכרעה

> בפנינו. מעצם ישיבתם במקום נגזרת חובת מפקד האזור לשמור על ביטחון חייהם ועל זכויות האדם שלהם. הדבר משתלב בפן ההומניטרי שבאחריות הכוח הצבאי בתפיסה הלוחמתית" (פרשת הס, עמ' 460).

20. אכן, חוקיותה של ההתיישבות הישראלית באזור אינה משליכה על חובתו של המפקד הצבאי – כזרועה הארוכה של מדינת ישראל – לדאוג לחייו, לכבודו ולחירותו של כל אדם המצוי בתחום הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו Y. Shany, "Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Seperation Barrier Cases", 38 Isr. L. Rev. 230, 243 (2005)). גם אם המפקד הצבאי פעל בניגוד לדיני התפיסה הלוחמתית שעה שנתן הסכמתו להקמתה של התיישבות זו או אחרת – ועניין זה אינו לפנינו ולא נביע בו כל עמדה – אין זה משחרר אותו מחובתו על פי דיני התפיסה הלוחמתית עצמם להגן על חייהם, ביטחונם וכבודם של כל אחד מהמתיישבים הישראלים. שמירת ביטחונם של הישראלים המצויים באזור מוטלת על שכמו של המפקד הצבאי (השוו סעיף 3 לאמנת ג'נבה הרביעית). עמד על כך פרופ' קרצ'מר (Kretzmer):

> "[A] theory that posits that the fact that civilians are living in an illegal settlement should prevent a party to the conflict from taking any measures to protect them would seem to contradict fundamental notions of international humanitarian law. After all, the measures may be needed to protect civilians (rather than the settlements in which they live) against a serious violation of IHL" (קרצ'מר, עמ' 93).

יצויין גם כי בהסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, אשר נחתם בוושינגטון בין מדינת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני ביום ד' בתשרי התשנ"ו (28 בספטמבר 1995), נקבע כי שאלת הישובים הישראלים באזור תידון במשא ומתן על מעמד הקבע (ראו סעיפים 17(א) ו-31(5)). כן נקבע באותו הסכם כי "ישראל... תישא באחריות לביטחון הכולל של ישראלים ויישובים ישראלים, לשם הבטחת ביטחון הפנים והסדר הציבורי שלהם" (סעיף 12(1)). הסדר זה חל על כל ההתיישבות הישראלית באזור. להסכם זה ניתן תוקף באזור (ראו מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995) (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, פסקה 10 לפסק דין הרוב, וכן י' זינגר, "הסכם-הביניים הישראלי-פלשתינאי בדבר הסדרי ממשל עצמי בגדה המערבית וברצועת עזה – כמה היבטים משפטיים", משפטים כז 605 (1997)).

21. הטעם <u>השני</u> המצדיק את מסקנתנו כי המפקד הצבאי מוסמך להורות על הקמת גדר הפרדה אשר נועדה להגן על חייהם ולהבטיח את ביטחונם של המתיישבים הישראלים באזור הוא זה: הישראלים המתגוררים באזור הם אזרחים ישראליים. מדינת ישראל חייבת להגן על חייהם, ביטחונם ושלומם. אכן, הזכויות החוקתיות שחוקי היסוד שלנו והמשפט המקובל שלנו מעניקים לכל מי שמצוי בישראל מוענקים גם לישראלים המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית והמצויים בשליטה ישראלית. עמדנו על כך בפרשת המועצה האזורית חוף עזה:

> "לדעתנו, מעניקים חוקי-היסוד זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה. היא פרי התפיסה כי על ישראלים המצויים מחוץ למדינה אך באזור הנתון לשליטתה בדרך של תפיסה לוחמתית חלים חוקי היסוד של המדינה באשר לזכויות האדם" (שם, פסקה 80 לפסק דין הרוב).

נמצא, כי לישראלים המצויים באזור הזכות לחיים, לכבוד, לקניין, לפרטיות ולשאר הזכויות מהם נהנה כל מי שמצוי בישראל (ראו פרשת הס, עמ' 461). כנגד זכותם זו עומדת חובתה של המדינה שלא לפגוע בזכויות אלה ולהגן עליהן. באחת הפרשות ביקש ישראלי להיכנס לאזור. המפקד הצבאי סירב לבקשתו, בנמקו את סירובו בסכנה הנשקפת למבקש משהותו במקום בו ביקש להיכנס. המבקש השיב כי הוא "נוטל הסיכון" על עצמו. דחינו גישתו זו, תוך שציינו:

> "חובתה של ישראל להגן על אזרחיה. אין היא יוצאת ידי חובתה רק משום שהאזרחים מוכנים 'ליטול על עצמם את הסיכון'. 'נטילת סיכון' זו אינה מעלה ואינה מורידה, שכן המדינה נשארת מחוייבת לשלום אזרחיה, ועליה לעשות הכל כדי להחזירם בשלום לארץ" (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 406. ראו גם בג"ץ 9293/01 ח"כ ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509, 515; פרשת המועצה האזורית חוף עזה (טרם פורסם, פסקה 111 לפסק דין הרוב)).

כך בדרך כלל. בוודאי כך מקום שרבים מהישראלים מתגוררים באזור בעידודה ובברכתה של ממשלת ישראל.

22. כמובן, היקפה של זכות האדם של הישראלי המתגורר באזור ומידת ההגנה עליה שונה היא מזכות האדם של הישראלי המתגורר בישראל. ביסוד הבחנה זו עומדת העובדה כי האזור אינו חלק ממדינת ישראל. המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל אינם חלים באזור. מי שמתגורר באזור מתגורר תחת משטר של תפיסה לוחמתית. משטר זה הוא מעצם טיבעו זמני (ראו בג"ץ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתית, פ"ד לה(2) 673, 690; פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 802; פרשת בית סוריק, פסקה 27; פרשת המועצה האזורית חבל עזה, פסקה 8 לפסק דין הרוב). הזכויות המוקנות לישראלים המתגוררים באזור באו להם מהמפקד הצבאי. אין להם יותר משיש לו. על כן, בקביעת מהותן של הזכויות שיש לישראלים המתגוררים באזור, יש להתחשב באופיו של האזור ובכוחותיו של המפקד הצבאי. בית משפט זה עמד על כך בפרשת המועצה האזורית חוף עזה, שעה שדן בפגיעה בזכויות האדם של הישראלים אשר פונו מחבל עזה:

> "בקביעת מהות של הפגיעה ושיעורו של הפיצוי יש להתחשב בכך כי הזכויות שנפגעו הן זכויותיהם של ישראלים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. זמניותה של התפיסה הלוחמתית משפיעה על מהותה של הזכות הנפגעת וממילא על הפיצוי בגין הפרתו" (שם, פסקה 126 לפסק דין הרוב).

בהתייחסו לזכות הקניין של הישראלים המפונים מחבל עזה ציין בית המשפט:

> "זכות קניין זו היא מוגבלת בהיקפה... אין למרבית הישראלים בשטח המפונה בעלות במקרקעין עליהם הם בנו את בתיהם ועסקיהם בשטח המפונה. את זכויותיהם הם רכשו מהמפקד הצבאי, או ממי שפועלים מטעמו. אלה אינם בעלי הרכוש, ואין הם יכולים להעביר יותר זכויות משיש להם. עד כמה שהישראלים בנו בתיהם ונכסיהם על קרקע שאינה פרטית ('קרקע מדינה') זו אינה בבעלותו של המפקד הצבאי. סמכויותיו קבועות בתקנה 55 לתקנות האג. ... מדינת ישראל משמשת... כמי שמנהלת את הרכוש הממשלתי וכמי שרשאית להפיק ממנו טובת הנאה (usufructuary)..." (שם, פסקה 127 לפסק הרוב).

היקפה של זכות זו ומידת ההגנה עליה אינה עומדת להכרעה בעתירה שלפנינו. הישראלים שגדר ההפרדה נועדה להגן על חייהם וביטחונם אינם עותרים לפנינו. ביטחונם, חייהם, זכותם לקניין, לתנועה, לחופש עיסוק ושאר הזכויות המוכרות בדין

הישראלי נלקחים בחשבון, במסגרת העתירה שלפנינו, בשיקול דעתו של המפקד הצבאי באשר לצורך בגדר ההפרדה ובאשר לתוואי שלה (ראו פרשת זלום, עמ' 532).

23. חובתה של ישראל להגן על אזרחיה ותושביה, גם אם הם מצויים באזור, מעוגנת במשפט הישראלי הפנימי. חוקיות הוצאתה של חובה זו מהכוח אל הפועל על פי המשפט הבינלאומי מעוגנת, כפי שראינו, בהוראת תקנה 43 לתקנות האג. בפרשת בית סוריק לא עיגן בית משפט זה את סמכותו של המפקד הצבאי להקים את גדר ההפרדה בדיני ההגנה העצמית. בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג נקבע כי אין לבסס את הסמכות להקמת הגדר על דיני ההגנה העצמית. הטעם לכך הוא, שסעיף 51 למגילת האומות המאוחדות מכיר בזכות הטבעית להגנה עצמית כאשר מדינה אחת תוקפת צבאית מדינה אחרת. מכיוון שישראל אינה טוענת שההתקפה עליה באה ממדינה זרה, אין תחולה להוראה זו לעניין הקמת החומה (פסקה 138 לחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג). גם כוחה של מדינה להגנה עצמית מפני הטרור הבינלאומי אינה מסמיכה את ישראל להפעיל את דיני ההגנה העצמית כנגד הטרור הבא מהאזור, שכן טרור זה אינו בינלאומי, אלא מקורו בשטח הנשלט על ידי ישראל בתפיסה לוחמתית. גישתו זו של בית הדין הבינלאומי בהאג אינה נקייה מספיקות (ראו R. Higgins, Problems and Process, International Law and How We Use It 253(1994); F. Frank, "Terrorism and the Right of Self – Defense", 95 A.J.I.L. 839 (2001); J.J. Paust, "Use of Armed Force Against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond", 35 Cornell Int'l L.J. 533 (2002); A.C. Arend and R.J. Beck, International Law and The Use of Force Beyond the U.N. Charter Paradigm (2000)). היא זכתה לביקורת הן מפי שופט המיעוט, השופט בורגנטל (פסקה 6) והן בחוות הדעת הנפרדת של השופטת היגינס (פסקאות 33 ו-34). בספרות המשפטית הובעו דעות סותרות. יש התומכים במסקנת בית הדין בעניין ההגנה העצמית (ראו I. Scobbie, "Words My Mother Never Taught Me – 'In Defense of the International' Court", 99 A.J.I.L. 76 (2005)), ויש המותחים עליה ביקורת (ראו M. Pomerance, "The ICJ's Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall Between the Political and the Judicial", 99 A.J.I.L. 26 (2005); Murphy, "Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse, Dixit From the ICJ", 99 A.J.I.L. 62 (2005); Wedgwood, "The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self Defence", 99 A.J.I.L. 52 (2005); Gross, "Combating Terrorism: Self-Defense, Does it Include Security Barrier – Depends Who You Ask", 38 Corn. Int. L.J. 569 (2005)). גישתו של בית הדין הבינלאומי בהאג קשה לנו. היא אינה מתבקשת מלשונה של הוראת סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות (ראו השוני בין הנוסח האנגלי לצרפתי, S. Rosenne, General

Course on Public International law 149 (Vol 291, 2001)). ספק אם היא תואמת את צרכיה של הדמוקרטיה במאבקה בטרור. מנקודת מבטה של זכות ההגנה העצמית של מדינה, מה לי התקפת טרור עליה הבאה ממדינה אחרת, ומה לי התקפת טרור עליה משטח שמחוצה לה הנתון לתפיסתה הלוחמתית? ומה דינו של טרור בינלאומי החודר לשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, תוך שהוא מופעל מתוך אותו שטח על ידי שלוחיו המקומיים של הטרור הבינלאומי? כאמור, אין לנו צורך לבחון סוגיה זו לעומקה, שכן מצאנו כי הוראת סעיף 43 לתקנות האג מסמיכה את המפקד הצבאי לנקוט בכל הפעולות הדרושות לשמירה על הביטחון. בגדרן של אלה נכללו בוודאי כל אותן פעולות שהזכות להגנה עצמית מאפשרת אותן. נשאיר, אפוא, את בחינתה של שאלת ההגנה העצמית לעת מצוא.

3. השיקולים של המפקד הצבאי בהקמת גדר ההפרדה והאיזון ביניהם

24. מהם השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול בקובעו את תוואי הגדר? השיקול <u>הראשון</u> בו מכיר המשפט הבינלאומי הוא השיקול הביטחוני-צבאי, מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. השיקול <u>השני</u> עניינו, במסגרת העתירה שלפנינו, טובתה של האוכלוסיה הערבית המקומית. על כבוד האדם של כל אחד מבני האוכלוסיה, לרבות המקומית, על המפקד הצבאי להגן. אכן, הכלל הבסיסי הינו כי כל אחד מבני האוכלוסיה המקומית זכאי להכרה:

> "בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין... אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם, ועל כבודו כאדם יש להגן... חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה: <u>ראשית</u>, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה'שלילית'; <u>שנית</u>, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה'חיובית'" (**בג"ץ 4764/04** רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394).

זכויות האדם של התושבים המקומיים כוללות את מיגוון זכויות האדם. עמדה על כך חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, בציינה:

> "במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האזור על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקיימים... בכלל הזכויות החוקתיות

> המוגנות מצויות הזכויות לחופש תנועה, חופש דת ופולחן וזכות הקניין. על מפקד האזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשמירת הביטחון והסדר הציבורי באזור תוך הגנה על זכויות האדם" (פרשת הס, עמ' 461).

25. זכויות האדם, להם זכאים התושבים המוגנים באזור, אינן מוחלטות. ככל זכויות האדם הן יחסיות. ניתן להגבילן (ראו de Mestral (ed.), The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law (1986); Kiss, "Permissible Limitations on Rights", in L. Henkin (ed.), The International Bill of Rights 290 (1981)). חלקן של ההגבלות נובעות מהצורך להתחשב בזכויות של בני אדם אחרים. חלקן של ההגבלות נובעות מהאינטרס הציבורי (ראו פרשת הס, עמ' 461; פרשת עירית בית לחם, פסקאות 14 ו-15). כך, למשל, חופש התנועה אינו חופש מוחלט. ניתן להגבילו בשל צרכים של ביטחון לאומי, סדר ציבורי וזכויותיהם של אחרים (ראו סעיף 12(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות). על האינטרס הציבורי באזור מופקד המפקד הצבאי.

26. מהו המקור המשפטי ממנו יונקים התושבים המוגנים באזור את זכויותיהם? על הכל מקובל כי המשפט הבינלאומי ההומניטרי הוא מקור מרכזי לזכויות אלה. משפט זה מעוגן, בין השאר, בתקנות האג. תקנה 46 לתקנות האג קובעת:

> "יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיהם, חיי אדם, רכוש פרטי וכן את אמונות הדת ומנהגי הפולחן.
>
> אין להחרים רכוש פרטי".

כן מעוגן משפט הומניטרי זה באמנת ג'נבה הרביעית, המגינה על זכויותיהם של "אנשים מוגנים". ההוראה המרכזית קבועה בסעיף 27:

> "מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות, או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים... בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה".

הוראות אלה צוטטו לא פעם בפסקי הדין של בית המשפט העליון (ראו בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124; בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169; בג"ץ 574/82 אל נאווארי נ' שר הביטחון, פ"ד לט(3) 449; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד כז(2) 349; בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(3) 385; פרשת בית סוריק).

27. האם ניתן לעגן את זכויותיהם של התושבים המוגנים באמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם, ובמרכזן האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966, אשר ישראל היא צד לה (ראו E. Benvenisti, The International Law of Occupation (1993); Dennis, "Application of Human Rights Treaties Extrateritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation", 99 (A.J.I.L. 119 (2005)? בית הדין הבינלאומי בהאג קבע בחוות דעתו כי אמנות אלה חלות באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. כאשר שאלה זו התעוררה בעבר בבית המשפט העליון, היא הושארה פתוחה, תוך שבית המשפט היה נכון, בלא להכריע בדבר, לסמוך עצמו על האמנות הבינלאומיות. באחת הפרשות סמך עצמו הנשיא מ' שמגר על מקורות בינלאומיים אלה, וציין:

> "איני נכנס בשלב זה לשאלת תחולתם של החיובים, העולים מן ההסכמים וההצהרות לסוגיהם שיאוזכרו בהמשך הדברים... לצורך העניין הקונקרטי המסור לידינו עתה הנני יוצא מתוך ההנחה, שניתן להתייחס אל תוכנם של המסמכים המשפטיים האמורים כאל מסמכים רלוואנטיים" (בג"ץ 13/86 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 197, 210).

ובפרשה אחרת ציינה חברתי השופטת ד' ביניש:

> "איננו נדרשים לפסוק בשאלה האם ועד כמה חלים באזור יהודה והשומרון... האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם... די שנאמר כי במסגרת חובתו של המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו בסבירות, עליו להביא בגדר שיקוליו גם את האינטרסים והזכויות של האוכלוסיה המקומית, לרבות את הצורך למזער את מידת הפגיעה בחופש התנועה שלה, ועל כך, כאמור, אין המשיבים חולקים" (פרשת עירית בית לחם (טרם פורסם, פסקה 15 לפסק הדין)).

בגישה דומה ננקוט גם אנו. אכן, אין אנו צריכים, במסגרת העתירה שלפנינו, לנקוט עמדה בשאלת תחולתן של האמנות הבינלאומיות בעניין זכויות האדם באזור. כן לא נבחן את יחסי הגומלין בין המשפט הבינלאומי ההומניטרי לבין המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם (לשאלה זו, ראו T. Meron, Human rights and Humanitarian Norms as Customary Law (1989); D. Warner (ed), Human rights and Humanitarian Law: The Quest for Universality (1997); J. Frowein, "The Relationship Between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation", 28 Isr. Y. H. R. 1 (1998); D. Schindler, "Human Rights and Humanitarian Law: Interrelationship of the Laws", 31 Am. U.L.Rev. 935 (1982)). עם זאת, נניח – בלא להכריע בדבר – כי האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם חלות באזור.

28. הנה כי כן, בהפעילו את סמכותו על פי דיני התפיסה הלוחמתית, על המפקד הצבאי "להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים". במסגרת זו עליו לשקול מחד גיסא שיקולי ביטחון המדינה, ביטחון הצבא וביטחונו האישי של כל מי שנמצא באזור. מאידך גיסא, עליו לשקול את זכויות האדם של האוכלוסיה הערבית המקומית. אכן, "דיני המלחמה יוצרים בדרך כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים. צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטריים, מאידך גיסא" (י' דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים", עיוני משפט ב' 505, 509 (תשל"ב-תשל"ג)). עמדתי על כך באחת הפרשות בציינו:

> "תקנות האג סובבות סביב שני צירים מרכזיים: אחד – הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית; האחרת – הבטחת צרכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית" (פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 794).

ברוח דומה ציינה חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, כי תקנות האג מסמיכות את המפקד הצבאי לדאוג לשני צרכים:

> "הצורך האחד הוא צבאי, והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמיד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי המחזיק במקום. והשני – באחריות לקיום רווחתם של התושבים. בתחום האחרון מופקד המפקד האזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות

> הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול" (פרשת הס, עמ' 455).

29. שיקולים אלה – צרכי הביטחון מזה וצורכי האוכלוסיה המקומית מזה – מתנגשים זה בזה. כך בדרך כלל. כך בוודאי לעניין הקמתה של הגדר. מה יעשה המפקד הצבאי במצב דברים זה? התשובה הינה כי יש לאזן בין השיקולים המתנגשים. אכן, כמו בתחומים רבים אחרים של המשפט, הפתרון אינו בכל או בלא כלום; הפתרון הוא במציאת האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים. הפתרון אינו במתן משקל מוחלט לאחד השיקולים; הפתרון הוא במתן משקלות יחסיים לשיקולים השונים, תוך איזון ביניהם בנקודת ההכרעה (ראו בג"ץ 953/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393). "בביצוע תפקידו בשמירת הסדר והביטחון על מפקד האזור להבטיח איפוא את האינטרסים הביטחוניים החיוניים, מזה, ולהגן על האינטרסים של האוכלוסיה האזרחית באזור, מזה... בין שני מוקדי אחריות אלה נדרש איזון ראוי" (פרשת הס, עמ' 456). אכן, "דיני התפיסה הלוחמתית מכירים בכוחו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון באזור ולהגן בכך על ביטחונה של מדינתו ושל אזרחיה. עם זאת, הם מתנים הפעלתה של סמכות זו באיזון ראוי ביניהם לבין הזכויות, הצרכים והאינטרסים של האוכלוסיה המקומית" (פרשת בית סוריק, עמ' 833).

4. מידתיות

30. כיצד יעשה איזון זה? התשובה הינה, כי איזון זה אינו מעורר בעיה שהיא מיוחדת לתפיסה הלוחמתית. הוא מהווה חלק מבעיה כללית במשפט (הבינלאומי והלאומי) שעניינה איזון בין ערכים ועקרונות מתחרים (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 262 (2004)). הפתרון לה הוא אוניברסלי. הוא גלום, בין השאר, בעקרונות הכלליים של המשפט, ובהם סבירות ותום לב. אחד מאותם עקרונות יסוד, המאזנים בין המטרה הראויה לבין האמצעי להגשמתה הוא העקרון של המידתיות (proportionality) (ראו פרשת הס, עמ' 461; פרשת עירית בית לחם, פסקה 15; פרשת בית סוריק, עמ' 836; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, פסקה 102 לפסק הדין של הרוב). עקרון זה שואב כוחו הן מהמשפט הבינלאומי והן מעקרונות היסוד של המשפט הציבורי הישראלי. עקרון המידתיות מבוסס על שלושה מבחני משנה, המעניקים לו תוכן קונקרטי. מבחן המשנה <u>הראשון</u> קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. צריך להיות קשר רציונלי בין האמצעי שננקט לבין המטרה אותה מבקשים להשיג. מבחן המשנה <u>השני</u> קובע כי מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה יש לנקוט באמצעי

שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי הננקט צריך לעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו. יצויין, כי "לא פעם מצויות כמה דרכים שבהם ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. במצבים אלה יש להכיר במיתחם מידתיות (הדומה למיתחם הסבירות). כל אמצעי שהרשות בוחרת בו בגדרי המיתחם הוא מידתי" (פרשת בית סוריק, עמ' 840).

5. היקף הביקורת השיפוטית

31. בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון את אמות המידה להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות ופעולות המפקד הצבאי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. ביקורת זו מעוגנת במעמדו של המפקד הצבאי כעובד ציבור, ובסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לתת צווים לגופים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין (סעיף 15(3) לחוק-יסוד: השפיטה). בקביעת היקפה של הביקורת נקבע מחד גיסא כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעת המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. "אך מובן שבית המשפט איננו נכנס בנעלי הגורם הצבאי המחליט... כדי להמיר שיקול-דעתו של המפקד בשיקול-דעתו של בית-המשפט" (הנשיא שמגר בבג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צהל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536, 539). בית המשפט אינו בוחן את תבונתה של ההחלטה אלא את חוקיותה (ראו בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 393). כך מתבקש מעקרון הפרדת הרשויות. מאידך גיסא נקבע, כי בית המשפט אינו נמנע מביקורת שיפוטית רק משום שהמפקד הצבאי פועל מחוץ לישראל, ולפעילותו השלכות מדיניות וצבאיות. כאשר החלטות המפקד הצבאי או פעולותיו פוגעות בזכויות אדם, הן שפיטות. דלתו של בית המשפט פתוחה. הטענה כי הפגיעה בזכויות אדם נעשתה משיקולי ביטחון אינה שוללת ביקורת שיפוטית. "שיקולי ביטחון" או "צורך צבאי" אינן מילות קסם (ראו בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 375; בג"ץ 619/78 "אל טליעה" שבועון נ' שר הביטחון, פ"ד לג(3) 505, 512; פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 809; בג"ץ 3114/02 ח"כ ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 16). כך מתבקש מההגנה על זכויות האדם.

32. בין שני קצוות אלה נקבע המיתווה הנורמטיבי להיקפה של הביקורת השיפוטית. מיתווה זה בוחן אם פעולות המפקד הצבאי והחלטותיו מקיימות את הדין החל באזור. כאשר ניתן להגשים את הפעולה במספר דרכים, נבחנת השאלה אם פעולת המפקד הצבאי היא פעולה שמפקד צבאי סביר יכול היה לקבלה. כאשר החלטת המפקד הצבאי נשענת על ידע צבאי, בית המשפט נותן משקל מיוחד למומחיותו הצבאית של

מפקד האזור, אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון האזור (ראו בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 25; בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92; פרשת בית סוריק, עמ' 844). כאשר החלטת המפקד הצבאי – הנשענת על מקצועיות צבאית – פוגעת בזכויות אדם, תיקבע מידתיות הפגיעה על פי המבחנים המקובלים בעניין זה. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

> "מניחים אנו כי הפעולה הצבאית שבוצעה ברפיח דרושה היא מהבחינה הצבאית. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם פעילות צבאית זו מקיימת את אמות המידה הלאומיות והבינלאומיות הקובעות את חוקיותה של אותה פעולה. עצם העובדה שפעילות מתבקשת במישור הצבאי אין פירושה שהיא חוקית במישור המשפטי. אכן, איננו מחליפים את שיקול-דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיהם במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו" (פרשת הרופאים לזכויות האדם, עמ' 393).

אמות מידה אלה – לפיהן נוהג בית משפט זה מימים ימימה – חלות גם לעניין היקף הביקורת השיפוטית בעניין תוואי גדר ההפרדה באלפי מנשה. וכך אמרנו בפרשת בית סוריק:

> "המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה גדר ההפרדה. אנו מומחים להיבטיו ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו" (שם, בעמ' 846).

ג. פרשת בית סוריק

33. בפרשת בית סוריק נידונה חוקיות הקמתה של גדר ההפרדה מערבית לירושלים. אורכה של גדר ההפרדה היה כארבעים קילומטר. היא מהווה חלק משלב ג' של גדר ההפרדה (עליה הוחלט בממשלה ביום 1.10.2003). מרביתה נבנתה מזרחית לקו הירוק. היא כללה בחלקה ה"ישראלי" מספר ישובים ישראליים שנבנו באזור יהודה והשומרון, בקרבת הקו הירוק. בית המשפט העליון (הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא א' מצא והשופט מ' חשין) דן תחילה בשאלה, אם המפקד הצבאי מוסמך להורות על הקמתה של הגדר, וזאת על רקע טענותיהם של העותרים כי ביסוד הקמת הגדר מונח שיקול מדיני ולא צבאי. בית המשפט קבע כי סמכותו של המפקד הצבאי מוגבלת לשיקולים צבאיים-

ביטחוניים. אין הוא מוסמך לקחת בחשבון טעמים מדיניים-פוליטיים. בית המשפט העליון בחן את הנתונים שלפניו, וקבע כי "על-פי התשתית העובדתית שהונחה לפנינו, הטעם להקמת הגדר הוא ביטחוני" (שם, עמ' 830). לעניין זה סמך עצמו בית המשפט על החלטות הממשלה אשר הדגישה את אופייה הביטחוני; על תצהירים של מפקד האזור בהם פורטו השיקולים הצבאיים שעמדו ביסוד בחירת התוואי; על אופן התנהלותם של באי כוח הממשלה, אשר שינו לא פעם תוך כדי הדיון את התוואי, גילו פתיחות להצעות שהועלו, והסכימו לא פעם לקרב את תוואי הגדר לקו הירוק. בסכמו עניין זה ציין בית המשפט העליון:

> "אין לנו כל סיבה להניח כי המטרה היא מדינית ולא ביטחונית. אכן, העותרים לא הרימו את הנטל ולא שכנעו אותנו כי השיקולים שעליהם מבוססת ההחלטה על הקמת גדר ההפרדה הם שיקולים מדיניים ולא ביטחוניים. בדומה, לא הרימו העותרים את הנטל המוטל עליהם ולא שכנעו אותנו כי שיקולו של מפקד כוחות צה"ל באזור בקביעת מתווה גדר ההפרדה אינם שיקולים צבאיים, וכי הוא לא פעל בתום-לב להגשמתם, על פי מיטב תפיסתו הצבאית" (שם, עמ' 831).

34. השאלה <u>השניה</u> בה דן בית המשפט העליון נגעה לחוקיות הצווים שהוצאו לתפיסת המקרקעין עליהם נבנתה גדר ההפרדה. צווי התפיסה השונים נבחנו לגופם. נקבע כי לא נפל כל פגם בהליך הוצאת הצווים ובהליך מתן האפשרות להגיש התנגדות להם. נקבע כי המפקד הצבאי מוסמך – על פי המשפט הבינלאומי החל באזור – לתפוס חזקה במקרקעין, הדרושים לצרכים צבאיים, תוך שעליו לשלם פיצויים. בית המשפט סמך עצמו על תקנות 23(g) ו-52 לתקנות האג, ועל סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית. נקבע כי "המכשול נועד להחליף את מבצעי הלחימה הצבאיים בדרך של חסימה פיזית של פעילות טרור מפני חדירה לריכוזי אוכלוסיה ישראלית" (שם, עמ' 832).

35. השאלה <u>השלישית</u> בה דן בית המשפט היא חוקיותו של התוואי שנבחר להקמת גדר ההפרדה. בית המשפט עמד על הצורך לאזן בין הצרכים הביטחוניים-צבאיים לבין זכויות התושבים המוגנים. לעניין הצרכים הביטחוניים-צבאיים ציין בית המשפט, כי הוא נותן משקל מיוחד לחוות דעתו הצבאית של המפקד הצבאי אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון. אשר לזכויות התושבים המוגנים, הוא סמך עצמו על הדינים ההומניטריים הקבועים בתקנות האג ובאמנת ג'נבה הרביעית. במסגרת האיזון הראוי הוקדש חלק ניכר מפסק הדין לשאלת המידתיות. נערכה השוואה בין מידת הפגיעה בביטחון (בלא גדר הפרדה) לבין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים (על ידי גדר

ההפרדה). נקבע כי המידתיות קובעת מבחן אוביקטיבי. "זוהי שאלה משפטית, שבה המומחיות הינה... של בית המשפט" (שם, עמ' 841). על רקע זה בחן בית המשפט את חמשת קטעי הגדר (על פי חמשת צווי התפיסה). כל קטע של הגדר נבחן בנפרד, שכן "מידתיותה [של גדר ההפרדה] משתנה על פי הנתונים המקומיים" (שם, עמ' 846). עם זאת, נבחנה הפגיעה המצטברת של כל קטעי הגדר גם יחד על חייה של האוכלוסייה המקומית. חלק מהקטעים נמצאו מידתיים. חלקים אחרים נמצאו בלתי מידתיים. ביסוד קביעת חוסר המידתיות עמד מבחן המשנה השלישי של המידתיות. השאלה אותה מציב מבחן משנה זה הינה "אם חומרת הפגיעה בתושבים המקומיים מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שנקבע על ידי המפקד הצבאי עומדת ביחס סביר (ראוי) לתועלת הביטחונית הצומחת מהקמת הגדר באותו תוואי" (שם, עמ' 850). על פי מבחן משנה זה נקבע, לעניין אחד מקטעי הגדר, כי גדר ההפרדה "מערערת את האיזון העדין בין חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון לבין חובתו להבטיח את צורכי התושבים המקומיים. גישתנו זו מבוססת על כך כי התוואי שקבע המפקד הצבאי לגדר הביטחון – היוצר חיץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם החקלאיות – פוגע בתושבים המקומיים באופן קשה וחריף תוך הפרת זכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי" (שם, עמ' 850). קטע גדר אחר נקבע כבלתי מידתי, משום "[ש]נפגע אורח חייהם של החקלאים באופן קשה ביותר. משטר הרישוי והשערים שנקבעו על ידי המפקד הצבאי אינו פותר פגיעה זו" (שם, עמ' 854). קטע גדר שלישי נמצא בלתי מידתי, שכן הוא יוצר "טבעת חנק של ממש, הפוגעת קשות בחיי היומיום" (שם, עמ' 855). לעניין כל קטעי הגדר שנמצאו בלתי מידתיים, צויין כי "פגיעתה של גדר ההפרדה אינה מצטמצמת אך בפגיעה באדמות התושבים ובגישתם אליהן. הפגיעה היא רחבה יותר. היא משתרעת על מירקם החיים של האוכלוסיה כולה" (שם, עמ' 861). התוצאה היתה כי החלטות על הקמתם של אותם חלקי הגדר שנמצאו בלתי מידתיים בוטלו.

36. לאחר מתן פסק הדין בפרשת בית סוריק, חזר העניין למפקד הצבאי. הוא בדק מחדש את התוואי שנדון באותה פרשה. הוא הכניס בו שינויים, אשר לדעתו מגשימים את האמור בפסק הדין. נגד חוקיותו של התוואי החדש תלויות ועומדות שמונה עתירות. בשבע מהן עותרים התושבים הערבים כנגד התוואי החדש (בג"ץ 5683/04 מועצת הכפר בית סירא ועוד 31 אח' נ' ממשלת ישראל; בג"ץ 426/05 מועצת הכפר בידו נ' ממשלת ישראל; בג"ץ 2223/05 עבדלוהאב קנדיל ו-23 אח' נ' המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון; בג"ץ 3758/04 אגרייב נ' ממשלת ישראל; בג"ץ 8264/05 אחמד ח'דור ו-38 אח' נ' המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון; בג"ץ 8265/05 סקר איברהים עבדאללה ו-28 אח' נ' המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון; בג"ץ 8266/05 אחמד

ג'מעה ג'מל ו-3 אח' נ' המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון). באחת העתירות עותר ישוב ישראלי כנגד התוואי החדש (ראו בג"ץ 1767/05 מועצה מקומית הר אדר נ' משרד הביטחון). הדיון בעתירות אלה טרם הסתיים, שכן נתבקשנו לבחון, בהרכב מורחב, את חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג ואת השפעתה על המיתווה הנורמטיבי כפי שנקבע בפרשת בית סוריק. לבחינת שאלות אלה נעבור עתה.

ד. חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג

1. הבקשה לחוות דעת וההליך בפני בית הדין

37. העצרת הכללית של האומות המאוחדות החליטה (ביום 8.12.2003) לבקש מבית הדין הבינלאומי בהאג חוות דעת באשר להשלכות המשפטיות של הקמת החומה (כך מכונה גדר ההפרדה בהחלטת העצרת הכללית). וזו לשון ההחלטה:

> "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?" (Resolution ES-10/14).

עם קבלת הבקשה, הודיע בית הדין לכל המדינות הרשאיות להופיע בפני בית הדין כי ניתן למסור מידע לבית הדין לעניין כל ההיבטים של השאלה שהוצגה לבית הדין. במסגרת זו העביר המזכיר הכללי של האו"ם (ב-19.1.2004) תיק מסמכים (ה-dossier) ובו מסמכים שיש בהם כדי לשפוך אור על הבעיה הניצבת בפני בית הדין. לבית הדין נמסרו הודעות בכתב על ידי מספר מדינות, וביניהן ישראל. בית הדין שמע טיעונים על-פה. ישראל לא ביקשה להשמיע טענות על-פה. בפני בית הדין עמדו שתי שאלות. האחת, האם הוא מוסמך ליתן את חוות הדעת המבוקשת, ואם התשובה הינה בחיוב, האם יש טעמים שלא להפעיל סמכות זו. השניה, מהי חוות דעתו לגופה של השאלה שהוצגה בפניו על ידי העצרת הכללית. חוות הדעת המייעצת ניתנה ביום 9.7.2004.

38. עיקר התשתית העובדתית עליה סמך בית הדין הבינלאומי בהאג את חוות דעתו מעוגן בתיק המסמכים (ה-dossier) שהועבר לבית הדין על ידי המזכיר הכללי של האו"ם. התיק כולל את החלטת העצרת הכללית המבקשת את חוות הדעת המייעצת של

בית הדין, ואת הרקע להחלטה זו. כן כולל התיק נתונים שיש בהם כדי להשליך אור על השאלה אשר בית הדין נתבקש להשיב עליה. מקור מרכזי למידע על גדר ההפרדה מצוי בדין וחשבון של המזכיר הכללי של האו"ם (מיום 24.11.2003; להלן – דו"ח המזכ"ל) שהוכן לפני החלטת העצרת הכללית של האו"ם, ודו"ח מעדכן (מיום 19.1.2004; להלן – הדו"ח המשלים). דו"ח המזכ"ל פותח בסקירת החלטות הממשלה בעניין המכשול (ה-barrier במינוחו של המזכ"ל). הוא מתאר את תוואי המכשול. על פי תיאור זה כ-975 קמ"ר (שהם 16.6 אחוזים) מהגדה המערבית, ובהם 237,000 פלסטינים, יהיו בין הקו הירוק לבין המכשול (מתוכם 220,000 במזרח ירושלים). כאשר כל תוואי המכשול יושלם, עוד 160,000 פלסטינים יהיו במובלעות, כאשר המכשול סובב סביב ישובים ואדמות. התוואי המתוכנן כולל כ-320,000 ישראלים (מתוכם כ-178,000 במזרח ירושלים). בהמשך מתאר המזכיר הכללי את מבנה המכשול. הוא מציין כי מתוך 180 הק"מ של המכשול שכבר הוקם או שנמצאים בשלבי הקמה, 8.5 ק"מ הם חומה, שהצבא הישראלי רואה בה "חומה מגינה בפני ירי". זו הוקמה בעיקר במקום שיש ריכוזי אוכלוסיה קרובים לישראל, כגון קלקיליה, טול-כרם ומספר מקומות בירושלים. הדו"ח ממשיך ומתאר את השלבים בבניית המכשול. שלב א' משתרע על 123 ק"מ (מהצפון עד אלקנה). בחלק גדול משלב זה המכשול מתרחק מהקו הירוק. לפי הערכות של פקידי האו"ם, כ-56,000 פלסטינים הושמו במובלעות, הסובבות את האזורים השונים והן פתוחות לגדה המערבית. כ-5,300 פלסטינים מצויים ב"שטחים סגורים" שבין המכשול והקו הירוק. אלה נדרשים לאישור שהייה או זיהוי. המובלעות כוללות את קלקיליה (ובה 41,606 תושבים) ושלושה כפרים לדרומה ובהם 7,300 תושבים. שלב ב' של המכשול משתרע על 45 ק"מ בחלק הצפוני של הקו הירוק ועד לעמק הירדן. הוא אינו כולל בחובו התנחלויות ואינו יוצר מובלעות פלסטיניות. דו"ח המזכ"ל מתאר גם את תכנון המכשול בירושלים. בהמשך מתאר הדו"ח את תוואי המכשול מאלקנה למחנה עופר. הוא כולל שני "מכשולי עומק" היוצרים יחדיו מובלעות הכוללות 29,000 אקרים בהם חיים כ-72,000 פלסטינים ב-24 ישובים. התוואי חורג עד 22 ק"מ מהקו הירוק. הוא כולל בחובו מספר התנחלויות גדולות ובהן כ-52,000 מתיישבים באזור אריאל. החלטת הממשלה אינה מסבירה את טיבו של המכשול סביב אזור זה. לבסוף, החלק הדרומי של המכשול, אשר אורכו 115 ק"מ, נכנס בכמה קילומטרים לגדה המערבית, כדי לכלול את ההתנחלויות של גוש עציון ואת עופרה. נוצרת מובלעת סביב 17,000 פלסטינים. בניית המכשול באזור זה טרם החלה.

39. דו"ח המזכ"ל מתאר את האופן בו נתפסת הקרקע לבניית המכשול, לרבות אפשרות הפניה לבית המשפט הגבוה לצדק. מצויין כי הצווים פוקעים ב-31.12.2005, אך הם ניתנים לחידוש. כן מתאר הדו"ח את הצו הסוגר את האזור שבין הקו הירוק

למכשול, לפיו אין כניסה לאזור הסגור ואיש לא נשאר בו. צו זה ישפיע על 73 קמ״ר ו-5,300 פלסטינים, הגרים ב-15 ישובים. הצו יוצר שיטה חדשה של תושבות במקום. רק עם מתן היתר על ידי הצבא יוכלו התושבים באזור הסגור להישאר בו. אזרחים ותושבים ישראלים יכולים להישאר במקום ולנוע בחופשיות אל האזור הסגור, ממנו ובתוכו, בלא צורך בהיתר. ליום כתיבת הדו״ח, רוב התושבים של האזור הסגור קיבלו היתרים לחודש, שלושה חודשים או ששה חודשים. כל אלה שיש להם היתר נכנסים ויוצאים בשערים הנפתחים ל-15 דקות, שלוש פעמים ביום. צויין, כי אם נמנעת מהתושבים הפלסטינים גישה סדירה לאדמותיהם ולעבודתם, עולה הדאגה שהפלסטינים יעזבו את האזור.

40. חלקו האחרון של דו״ח המזכ״ל בוחן את ההשפעה ההומניטרית והסוציו-כלכלית של המכשול. לפי הדו״ח, המכשול נראה כעלול להעמיק את הקיטוע (fragmentation) של הגדה המערבית, שתחילתו עם שיטת הסגרים שהוטלה לאחר פריצת מעשי האיבה בספטמבר/אוקטובר 2000. המכשול הגדיל באופן דרמטי את הנזק לישובים שנגרם כתוצאה ממשטר הסגרים. לפי דו״ח של הלשכה הפלסטינית לסטטיסטיקה, המכשול הפריד 30 ישובים משירותי הבריאות שלהם, 22 ישובים מבתי הספר, 8 ישובים ממקורות מים עיקריים, ו-3 ישובים מרשת החשמל. הדו״ח מציין כי הפלסטינים הגרים במובלעות צפויים לתוצאות הקשות ביותר של המכשול. כך, למשל, העיר קלקיליה מוקפת במכשול, כאשר רק שער יציאה אחד מאפשר כניסה ויציאה. בכך מבודדת העיר מכל השטחים החקלאיים שלה, בעוד שהכפרים סביבה מופרדים מהשווקים והשירותים. כך, למשל, בבית חולים של האומות המאוחדות בקלקיליה, נרשמה ירידה של 40 אחוז בתפוסה. הדו״ח מוסיף ומציין כי לחלקי המכשול שכבר הסתיימו היתה השפעה קשה על החקלאות. עשרות אלפי עצים נעקרו. חקלאים צריכים לעבור דרך שערים כדי להגיע לאדמותיהם ולמקורות המים שלהם. יבול רב ירד לטמיון בשל שעות הפתיחה והסגירה הבלתי סדירות של השערים. לפי דו״ח המזכ״ל המכשול הגביל קשות את התנועה והגישה של אלפי פלסטינים בירושלים. החומה באבו-דיס כבר השפיעה על גישה למקומות עבודה ולשירותים חברתיים חיוניים, בעיקר בתי ספר ובתי חולים. החלק הצפוני של המכשול בירושלים הזיק לקשרים המסחריים והחברתיים, הקיימים זה מזמן, של עשרות אלפי אנשים. תופעה זו תחזור על עצמה בחלקים אחרים של המכשול בירושלים. הדו״ח מציין כי תושבים המחזיקים בתעודות זיהוי ירושלמיות הם מחוץ למכשול, ואלה שמחזיקים בתעודות זיהוי של הגדה המערבית הם בתוך המכשול. הדבר מעורר דאגה באשר למעמד העתידי לפי החוק הישראלי של התושבות של פלסטינים בשטח התפוס במזרח ירושלים. הדו״ח מציין, כי אם ישראל עומדת על בניית המכשול, ניתן להגביל את ההשפעות הכלכליות

וההומניטריות של המכשול, אם ישראל תאפשר תנועה סדירה דרך 41 השערים לפלסטינים המתגוררים מזרחית למכשול הזקוקים לגישה לאדמותיהם, למקומות העבודה שלהם ולשירותים המצויים באזור הסגור. מעבר זה לא יוכל לפצות על אבדן הכנסה הנובע מהרס רכוש, אדמה ועסקים. אלה מעוררים דאגה לעניין הפרת זכויות הפלסטינים לעבודה, בריאות, חינוך ורמת חיים נאותה. בסופו של הדו"ח מופיע סיכום קצר של עמדת ממשלת ישראל ושל עמדתו של אש"ף.

41. דו"ח מזכיר האו"ם הוכן לפני החלטתה של העצרת הכללית. לאחריו הוסיף המזכיר הכללי של האו"ם (ביום 29.1.2004) דין וחשבון משלים. בדו"ח המשלים חוזר המזכ"ל על מקצת הנתונים מן הדו"ח הראשון, ומעדכן לגבי התפתחויות בשלושת החודשים שחלפו מאז הגשתו. נמסר כי נכון למועד הדו"ח המשלים, הושלמה הבנייה של כ-190 ק"מ של המכשול והוקמו שני מסופי גבול מרכזיים. הדו"ח המשלים סוקר את קטעי המכשול השונים, לפי שלבי הקמתם. שלב א', לפי הנתונים המעודכנים, משתרע על 150 ק"מ, כולל מכשול כפול סביב מובלעת בקע אלגרבייה. לגבי מובלעת זו מציין הדו"ח כי לפי התוואי המקורי, שהושלם ביולי 2003, נבנה המכשול ממזרח לקו הירוק כך שבין המכשול לקו הירוק נכללו כ-6,700 פלסטינים. בסוף נובמבר 2003 החלה ישראל בבניית מכשול חדש לאורך הקו הירוק, ממערב למובלעת. חלקו של המכשול החדש עובר בעיירה נזלט עיסקה, שם נבנית חומה לאורך כ-800 מטר. לנציגי האו"ם נמסר כי מתוכנן להסיר את המכשול מצידה המזרחי של המובלעת. עוד מצוין בדו"ח המשלים כי דרומית לטול-כרם, על הקו הירוק, נבנה מסוף גבול גדול, במודל של "מעבר קרני" שברצועת עזה. הדו"ח מציין כי ישראל הסירה את המחסום הקבוע בכניסה המזרחית לקלקיליה. כמו כן, במחצית ינואר 2004 הוחל בבניית מעבר תת קרקעי המחבר בין קלקיליה לחבלה, מתחת לכביש הגישה לאלפי מנשה. לגבי שלב ב' מציין הדו"ח כי הושלמה בנייתם של קטעי המכשול העוברים על הקו הירוק או בסמוך לו, מהרי הגלבוע עד עמק אל-מוטילה. בינואר 2004 החלה בניית מקטע נוסף לכיוון הגבול עם ירדן. מקטע שלישי מתוכנן לכיוון דרום, המתרחק מן הקו הירוק, לעבר הכפר תייסיר. הדו"ח מציין כי גורמים ישראלים רשמיים מסרו לאו"ם כי ייתכן שמקטע זה לא יוקם בסופו של דבר. עוד מעדכן הדו"ח המשלים על הקמת מסוף ג'למה צפונית לג'נין, שעתיד לשמש כמעבר עיקרי מישראל לצפון הגדה. בהמשך מתאר הדו"ח את שלב ג' של המכשול, על שלושת שלבי המשנה שלו (שלב ג'1 – מאלקנה למחנה עופר; שלב ג'2 – אזור אריאל; ושלב ג'3 – "מכשולי עומק"). בשלב ג'1 הוחל בהקמת 4 ק"מ, העוברים בסמוך לקו הירוק, מתוך כ-40 ק"מ מתוכננים. המשך התוואי מתוכנן להתרחק מן הקו הירוק, עד לעומק של 7 ק"מ לתוך שטחי הגדה. בשלב ג'3 מתוכננים שני "מכשולי עומק" עד ל-9 ק"מ בתוך שטחי הגדה – האחד ממזרח לשדה התעופה בן

גוריון והשני לאורך כביש 45 המתוכנן להיבנות. נמסר כי טרם הוחלט על הרכיבים המדויקים של "מכשולי העומק" אך אם יוקמו המכשולים יווצרו שתי מובלעות ובהן 72,000 פלסטינים המתגוררים ב-24 ישובים. לגבי שלב ג'2 נמסר לאו"ם כי מקטע זה יהיה האחרון להיבנות.

42. חלק ניכר בדו"ח המשלים מוקדש למכשול במזרח ירושלים. נמסר כי בסוף נובמבר 2003 הוחל בבניית המכשול בדרום-מזרח העיר, לאורך הגבול המוניציפלי שקבעה ישראל. המכשול עובר על פני 6 ק"מ בתוך הקו הירוק, מאל-עזריה עד הר-חומה. באיזורים מיושבים, דוגמת אל-עזריה, נבנית חומה בגובה 9 מטר. מקטע זה מנתק את אל-עזריה מירושלים וחוצה את הכפר אבו-דיס לשניים. לפחות 35,000 איש יחיו ממזרח למכשול במקטע זה, אשר אין בו שערים. הכניסה לירושלים לבעלי תעודות זהוי ירושלמיות תתאפשר דרך מחסום סמוך להר הזיתים. חומה נוספת מוקמת מדרום לאבו דיס. נמסר בדו"ח המשלים גם על כמה כבישים המתוכננים או נבנים בסמוך למכשול סביב ירושלים, אשר יביאו, בין היתר, להפרדת התנועה הפלסטינית מתנועת כלי הרכב של הישראלים. לבסוף מתאר הדו"ח המשלים את המכשול המתוכנן בצפון ירושלים, שיביא להפרדת הכפר א-ראם מירושלים. לאו"ם נמסר כי נשקלים שינויים בתוואי כביש 45 באיזור זה. לסיכום מציין הדו"ח המשלים כי ממשלת ישראל ממשיכה בהקמת המכשול לאורך התוואי שאישר הקבינט (ביום 1.10.2003). בנוסף מוקמים מרכיבים נוספים כגון מסופים, דרכים, מעברים תת-קרקעיים ושערים.

43. בנוסף לשני הדו"חות של המזכיר הכללי, נכללו בתיק המסמכים שני דו"חות של דווחים (rapporteurs) שמונו על ידי נציבות זכויות האדם ושנמסרו עוד בטרם התקבלה החלטת העצרת הכללית. הדו"ח האחד (מיום 8.9.2003) דן בשאלת הפרת זכויות האדם בשטחים ערבים תפוסים, לרבות פלסטינה. מחברו הוא מר ג'ון דוגארד (John Dugard) (להלן – דו"ח דוגארד). הדו"ח השני (מיום 31.10.2003) דן ב"זכות למזון". מחברו הוא ז'אן זיגלר (Jean Ziegler) (להלן – דו"ח זיגלר). נעמוד בקצרה על כל אחד משני הדו"חות.

44. דו"ח דוגארד פותח ומסיים בקביעה כי אין מנוס מההכרה בכך שמה שאנו עדים לו בגדה המערבית איננו אלא סיפוח טריטוריאלי של שטח פלסטיני על-ידי ישראל במסווה של שיקולי ביטחון. הדו"ח מתאר את הליכי בניית החומה. הוא עומד על כך שפלסטינים שייכלאו בין החומה לקו הירוק ינותקו מאדמתם, ממקומות העבודה שלהם, מבתי חולים, מבתי ספר ומשירותים חברתיים אחרים. כתוצאה מכך, פלסטינים רבים עוזבים את בתיהם ועוברים אל תוך השטח הפלסטיני מעבר לחומה. קיים חשש

ממשי שהחומה תיצור דור חדש של עקורים ופליטים. לדעת כותב הדו"ח, בניית החומה אינה אלא סיפוח שטחים דה-פקטו. את בניית החומה יש לראות בהקשר של בניית ההתנחלויות וסיפוח מזרח ירושלים. המתנחלים הם הנהנים העיקריים מבניית החומה, וקרוב למחצית מ-400,000 המתנחלים ייכללו בשטח הישראלי של החומה. נתונים אלה, יחד עם עלותה הגבוהה של החומה, מחזקים את החשד שמדובר במבנה קבע. לפיכך, מעבר לעובדה שהחומה פוגעת בזכויותיהם של הפלסטינים לחופש התנועה, מגבילה את הנגישות למוסדות חינוך ובריאות, ופוגעת ברכוש הפלסטינים, החומה גם פוגעת בשניים מהעקרונות הבסיסיים ביותר של המשפט הבינלאומי: האיסור על תפיסת שטח תוך שימוש בכוח, והזכות להגדרה עצמית. בניית החומה יוצרת עובדות בשטח. למרות ההימנעות משימוש במונח, מדובר בסיפוח לכל דבר. בכך מופר האיסור על תפיסת שטח תוך שימוש בכוח, איסור המוזכר באמנות בינלאומיות רבות, כמו גם באמנת האו"ם. איסור זה חל גם כאשר מדינה עושה שימוש בזכותה להגנה עצמית. בניית החומה פוגעת בזכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית. מימושה של הזכות להגדרה עצמית מחייבת ריבונות טריטוריאלית. בניית החומה מצמצמת את השטח, הקטן ממילא, שבו יכולים הפלסטינים לממש את זכותם להגדרה עצמית. ישראל הגיבה על דו"ח דוגארד (ביום 2.4.2004).

45. זיגלר מכנה את גדר הביטחון כ"חומת האפרטהייד". היא מפירה את חובתה של ישראל לכבד את זכותם של הפלסטינים למזון, משום שהיא מנתקת את הפלסטינים מאדמות חקלאיות, בארות מים, ואמצעי מחיה אחרים. הדו"ח מציין שתוואי הגדר סוטה במידה ניכרת מגבולות הקו הירוק, ומהווה סיפוח דה-פקטו של שטחים על-ידי ישראל. הדו"ח מביא את נתוני ארגון "בצלם" לפיהם 72,200 פלסטינים, ב-36 ישובים, ינותקו מאדמותיהם. 128,500 אנשים, ב-19 ישובים, יושמו במובלעות ויוקפו כמעט לגמרי על-ידי החומה, וביניהם כ-40,000 תושבי קלקיליה. 11,700 אנשים, ב-13 ישובים, יוותרו בשטחים צבאיים סגורים שבין החומה לקו הירוק. בעקבות הקמת החומה, ישראל תספח למעשה את מערכת אמות המים (אקוויפר) המספקת 51% מתצרוכת המים של הגדה המערבית. כתוצאה מניתוקם ממקורות המחיה, ייאלצו תושבים רבים לעזוב את מקומות מגוריהם. לפי ההערכה, בין 6,000 ל-8,000 מתושבי קלקיליה עזבו את האזור. הדו"ח מאזכר את עמדתה של הממשלה לפיה ניתנת לתושבים האפשרות להגיש התנגדויות להפקעת קרקעות. יחד עם זאת, כותב הדו"ח מציין כי כל ההתנגדויות שהוגשו עד מועד כתיבת הדו"ח נדחו, אם כי בחלק מהמקרים שטח האדמה שהופקע צומצם. ממילא, מוסיף הדו"ח, המהירות הרבה בה מוקמת החומה (העבודות מתבצעות 24 שעות ביממה) מקשה על הליך שיפוטי ראוי. כותב הדו"ח מסיים בקביעה כי אם החומה תמשיך ותיבנה בהתאם לתכניות, היא תנגוס

כמעט מחצית משטחה המיועד של המדינה הפלסטינית. בכך תסוכל האפשרות להקים מדינה פלסטינית בת-קיימא וממילא יהיה בכך כדי לשלול את זכותם של הפלסטינים למזון. ישראל הגיבה על דו"ח זיגלר (ביום 26.11.2003).

2. סמכות ושיקול דעת בית הדין

46. בית הדין הבינלאומי קבע בחלקה הראשון של חוות דעתו, כי הוא מוסמך ליתן את חוות הדעת המבוקשת, וכי הפעלתה של סמכות זו נתונה לשיקול דעתו. בית הדין הוסיף וקבע כי הוא אינו רואה טעם מכריע שלא ליתן את חוות הדעת. בהקשר זה נקבע בחוות הדעת כי עומד לרשות בית הדין מידע מספק וראיות שמאפשרות לו ליתן את חוות הדעת המבוקשת. מידע זה מעוגן בתיק המסמכים שהועבר לבית הדין על ידי המזכיר הכללי של האו"ם, בטיעונים בכתב שמספר מדינות הגישו לבית הדין, בטיעוניה בכתב של ישראל, שאף כי הוגבלו לשאלת הסמכות והשימוש בה, כללו התייחסות לעניינים נוספים, לרבות צרכי הביטחון של ישראל. כן עמדו לרשות בית הדין מסמכים נוספים שישראל פירסמה בעניין זה ושהם נחלת הכלל. חלק זה של חוות הדעת ניתן ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של השופט בורגנטל (Buergenthal). לדעת השופט בורגנטל היה על בית הדין להימנע מהפעלת סמכותו זאת, משום שלפני בית הדין אינו מונח הבסיס העובדתי הנדרש לשם ביסוס מסקנותיו הגורפות. השופטת היגינס (Higgins) והשופט קוימנס (Kooijmans) ציינו בחוות דעת נפרדות כי הם הסכימו עם חוות הדעת של בית הדין בעניין הפעלת הסמכות מתוך היסוס ניכר. השופטת היגינס ציינה כי נתנה קולה לקביעת בית הדין שבניית החומה נוגדת את המשפט הבינלאומי, שכן לחומה יש ללא ספק השפעה שלילית מהותית על חלק מתושבי הגדה המערבית, בלא שניתן להצדיק זאת בטעמים של צורך צבאי. לעניין זה, ישראל לא הסבירה לבית הדין מדוע צרכי הביטחון הלגיטימיים שלה ניתנים לסיפוק רק באמצעות התוואי שנבחר. השופט אוודה (Owada) ציין כי לבית הדין חסר חומר המסביר את הצד הישראלי של התמונה, בעיקר באשר לשאלה מדוע וכיצד החומה כפי שתוכננה ובוצעה היא חיונית וראויה.

3. חוקיותה של הגדר במשפט הבינלאומי

47. חלקה השני של חוות הדעת מוקדש למתן תשובה לשאלה שהוצגה לבית הדין על ידי העצרת הכללית. בית הדין מביא בקצרה את הרקע ההיסטורי החל מהקמת המנדט הבריטי בסוף מלחמת העולם הראשונה וכלה בהסכמים המדיניים בין ישראל ואש"ף בשנות התשעים. בית הדין חותם ניתוח זה במסקנתו כי השטחים שבין הקו

הירוק לבין הגבול המזרחי של פלשתינה המנדטורית נתפסו על ידי ישראל ב-1967, ומוחזקים על ידה על פי דיני המשפט הבינלאומי המנהגי, כמדינה תופסת. לאחר פתיחה זו עובר בית הדין לניתוח התשתית העובדתית שהונחה בפניו. הוא מפנה בעניין זה לדו"ח המזכיר ולדו"ח המשלים. בסכמו תשתית זו מציין בית הדין כי כ-975 קמ"ר (שהם 16.6 אחוזים) מהגדה המערבית ובהם 237,000 פלסטיניים, יהיה בין הקו הירוק לבין החומה. אם כל החומה תושלם, עוד 160,000 פלסטינים יהיו במובלעות. קרוב ל-320,000 מתנחלים ישראליים (מתוכם 170,000 בירושלים המזרחית) יהיו בין הקו הירוק לחומה. עוד צויין כי האזור שבין הקו הירוק לחומה הוכרז כשטח סגור. אין להישאר בו, ואין להיכנס לתוכו, אלא בהיתר מהשלטונות הישראליים. מרבית התושבים המקומיים קיבלו היתרים לתקופות מוגבלות. ישראלים יכולים להישאר במרחב זה ולנוע בו בחופשיות בלא צורך בהיתר. כניסה ויציאה לשטח הסגור יכולים להיעשות דרך שערים, הנפתחים שלא בתכיפות ולפרקי זמן קצרים.

48. לאחר תיאור התשתית העובדתית עובר בית הדין לקביעת העקרונות של המשפט הבינלאומי שהם רלבנטיים לבחינת חוקיות האמצעים בהם נוקטת ישראל. בית הדין מפנה לסעיף 2(4) למגילת האומות המאוחדות, אשר אוסר על השימוש או האיום לשימוש בכוח. כן מפנה בית הדין לעקרון ההגדרה העצמית. בית הדין ממשיך וקובע כי תקנות האג חלות בהיותן משפט בינלאומי מינהגי. כן חלה אמנת ג'נבה הרביעית. בית הדין מוסיף וקובע כי האמנות הבינלאומיות לזכויות האדם חלות אף הן בטריטוריה הפלסטינית התפוסה. בהקשר זה קובע בית הדין את דבר תחולתן באזור של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, והאמנה בדבר זכויות הילד.

49. על רקע מתווה נורמטיבי זה עובר בית הדין לבחון את השאלה אם בניית החומה מפירה כללים ועקרונות של המשפט הבינלאומי. בית הדין מציין בהקשר זה את הכלל בדבר איסור תפיסת טריטוריה בכוח, את ההכרה הבינלאומית בזכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית, ואת עמדתו כי ההתיישבות הישראלית באזורים שנתפסו ב-1967 היא בלתי חוקית, שכן היא מפרה את הוראת סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית. על רקע זה מזכיר בית הדין את הממצאים העובדתיים שהוצגו בפניו, לפיהם עם השלמת החומה צפויים רוב הישראלים ורוב ההתנחלויות הישראליות להימצא מצידה ה"ישראלי" של החומה. נתון זה, קבע בית הדין, מעורר חשש לסיפוח דה-פקטו של השטחים שמצידה ה"ישראלי" של החומה, וכן חשש לקידום הגירה כפויה של פלסטינים ממיתחם התפר לעבר ה"פלסטיני" של החומה. כל אלה פוגעים קשות בזכות ההגדרה העצמית של הפלסטינים, זכות שעל ישראל לכבד. השופטת היגינס, בחוות

דעתה הנפרדת, מתחה ביקורת על קביעתו של בית הדין כי הגדר פוגעת בזכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית. השופט קוימנס ציין בחוות דעתו הנפרדת כי טוב היה אילו בית המשפט השאיר את שאלת ההגדרה העצמית לתהליך הפוליטי.

50. בית הדין עובר עתה לבחינתן של מספר הוראות ספציפיות של הדין ההומניטרי ושל דין זכויות האדם הקבועות באמנות הבינלאומיות. בניתוחו זה סומך עצמו בית הדין על הדו"חות של שני הדווחים של נציבות זכויות האדם. בעניין זה קובע בית הדין: ראשית, אין להצדיק את בניית החומה בהוראות תקנה 23(g) של תקנות האג, שכן תקנה זו כלולה בחלק השני של התקנות לו אין תחולה; שנית, בניית הגדר נוגדת את הוראות התקנות 46 ו-52 לתקנות האג, וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית. שלישית, הגדר פוגעת בחופש התנועה של הפלסטינים. הפגיעה מוגברת בשל כך שהשערים בהם ניתן לעבור הם מועטים ושעות פתיחתם מוגבלות ובלתי צפויות מראש. כך, למשל, העיר קלקיליה, בת 40,000 תושבים, מוקפת בחומה והתושבים יכולים להיכנס לתוכה או לצאת ממנה דרך שער צבאי אחד הפתוח משבע בבוקר עד שבע בערב. רביעית, בניית החומה פוגעת בתוצרת החקלאית ובבארות מים רבות, שהן מקורות מחייה עיקריים של פלסטיניים רבים. חמישית, החומה מקשה על גישתם של פלסטינים רבים לשירותי בריאות, חינוך, מים וחשמל, תוך שהיא מספחת למעשה את מרבית האקוויפר המערבי באזור. היא הביאה לסגירת עסקים רבים. לבסוף, בעקבות הקמת החומה, צפוי מעבר כפוי של פלסטינים רבים ממקום מושבם הנוכחי למקום מגורים אחר. השלכות אלה, בצירוף הקמתן של ההתיישבויות הישראליות באזור, נוטות לעבר שינוי ההרכב הדמוגראפי של האזור.

51. לנוכח קביעותיו של בית הדין בדבר הפרתו של הדין הבינלאומי הנגרמת על ידי בניית החומה, בוחן בית הדין אם קיימים מקורות משפט המונעים את תחולתם של הדינים. בית הדין קובע כי מקורות אלה אינם קיימים. נקבע, כי תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית אינן כוללות סייגים לאיסור על העברת אוכלוסיה אזרחית לתוך השטח התפוס. אשר לסייג בעניין הצורך הצבאי שבאמנת ג'נבה, נקבע כי סייג זה עשוי לחול אמנם גם בתקופות בהן לא מתקיימת לחימה פעילה, אולם בית הדין לא שוכנע כי צורך כזה מתקיים בענייננו. בית הדין גם לא מצא כי חלים אלו מן הסייגים המוכרים באמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם. ישראל לא סייגה את חובותיה לפי אמנות אליה בהקשר הנוגע בדבר, והפטורים הקבועים בתוכן אינם מתקיימים בנסיבות העניין. בית הדין אף לא שוכנע שפעולותיה של ישראל להקמת החומה נעשו לצורך קידום הרווחה הכללי (כנדרש בסעיף 4 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות). השופט קוימנס העיר בחוות דעתו הנפרדת כי גם אם בניית החומה היתה לצורך הצבאי של

הגנה על הזכויות הלגיטימיות של האזרחים הישראלים, היא היתה נכשלת במבחן המידתיות.

52. בית הדין מסכם היבט זה של פסק דינו באומרו:

> "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 regime 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"
> (פסקה 137 לחוות הדעת).

סיכום זה זכה לביקורתו של שופט המיעוט, השופט בורגנטל. הוא מציין כי דעת הרוב לא התבססה על עובדות או ראיות שיש בהן כדי להזים את טענתה של ישראל כי צרכים צבאיים ודרישות על ביטחון לאומי הניעו אותה להקים את החומה. לעניין זה נמנע בית הדין מלהתייחס לעמדתה של ישראל. בית הדין קובע כי הוא "לא שוכנע" שתוואי החומה נבחר בשל טעמים ביטחוניים, בלא שהוא הראה מדוע הוא לא שוכנע בכך. מכיוון שכך, מסקנות הרוב אינן משכנעות. גם השופט אוודה (Owada) מציין בחוות דעתו הנפרדת כי לרשות בית הדין לא עמד חומר המסביר את הצד הישראלי של הצורך הביטחוני בחומה. גם אם אין בחומר זה כדי לשלול הפגיעה במשפט הבינלאומי ההומניטרי, הרי הצגת חומר זה חשובה היא להגינות ההליך.

53. בית הדין ממשיך ובודק הטענה, כי הצידוק לבניית החומה מתבסס על זכותה של ישראל להגנה עצמית, כאמור בסעיף 51 למגילת האומות המאוחדות. נקבע כי סעיף 51 מצהיר על זכותה של כל מדינה להתגונן מפני התקפות של מדינות אחרות הקמות עליה. ישראל אינה טוענת כי היא מותקפת בידי מדינה כלשהי. אף החלטות מועצת הביטחון (מס׳ 2001) שהכירו בהיבטים מסויימים של לחימה בטרור כנכללים בסעיף 51 למגילה, אינן מצדיקות את הקמת החומה, שכן ישראל טוענת שההתקפה נגדה קמה משטח המצוי בשליטתה, ולא משטח שמחוץ לשליטתה, כפי שהיה באותן החלטות. נמצא, כי סעיף 51 למגילה אינו רלבנטי כלל לנשוא העניין. גישה זו של בית הדין זכתה לביקורתם של מספר שופטים. שופט המיעוט, השופט בורגנטל, אינו מקבל את עמדת

הרוב, לפיה רק כאשר מדינה מותקפת על ידי מדינה אחרת היא זכאית להפעיל את זכותה להגנה עצמית. לדעתו, התקפות טרור מהשטח הנתון לתפיסה לוחמתית על ישראל מעניקות לישראל זכות להגנה עצמית. גם השופטת היגינס, בחוות דעתה הנפרדת, מסתייגת מעמדת בית הדין בעניין ההגנה העצמית. לדעתה, אין דבר בלשונו של סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות המגביל את הזכות להגנה עצמית לתגובה מהתקפה שבאה ממדינה אחרת. כן סבורה השופטת היגינס כי המדינה התופסת אינה מאבדת את זכותה להגן על אזרחיה בגבולותיה, רק משום שההתקפה באה משטח הנתון לתפיסה לוחמתית. עם זאת, ציינה השופטת כי היא לא הסתייגה בעניין זה מדעת הרוב, הן משום שהיא לא שוכנעה שבניית החומה נופלת לגדרי הזכות להגנה עצמית והן משום שהקמת החומה, אפילו ניתן לראות בה פעולה של הגנה עצמית, אינה חיונית ואינה מידתית. השופט קוימנס ציין בהקשר זה בחוות דעתו הנפרדת כי למדינה עומדת זכותה להגנה עצמית כלפי טרור בינלאומי. זכות זו לא עומדת לישראל, שכן הטרור כלפיה בה משטח הנתון לתפיסתה.

54. לבסוף, נדחתה האפשרות לעגן את הקמת החומה בדוקטרינה של המשפט הבינלאומי המנהגי בדבר "מצב של הכרח (חרום)" (state of necessity). בית הדין ציין, כי דוקטרינה זו מתירה פעולה מסוג זה רק כמוצא אחרון והכרחי להתגוננות מפני איום חמור ומיידי. הקמת החומה בתוואי הנוכחי אינה עומדת בתנאי זה. כותב בית הדין:

> "The fact remains that Israel has to face numerous indiscriminate and deadly acts of violence againt 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" (sec. 141).

בהקשר זה ציינה השופטת היגינס, בחוות דעתה הנפרדת, כי ראוי היה לו לבית הדין לקבוע כי ההגנה על אזרחים אינה רק חובתה של המדינה התופסת, אלא גם חובתם של אלה המבקשים להשתחרר מהתפיסה (פסקה 19).

55. בסיומו של פסק הדין, מפרט בית הדין את התוצאות הנורמטיביות הנובעות מפסק הדין. נקבע כי החומה שישראל בונה היא בניגוד למשפט הבינלאומי. עוד נקבע כי ישראל מחוייבת להפסיק לאלתר את בניית החומה. עליה לפרק את כל אשר נבנה, ולבטל את ההסדרים המשפטיים שנילוו להקמת החומה. על ישראל לפצות בגין הנזקים

שבניית החומה הסבה, מתוך שאיפה להביא את האזור למצב בו היה אילולא נבנתה החומה כלל. עוד נקבע, במישור הבינלאומי, כי חובת המדינות השונות היא שלא להכיר בחומה ובתוצאותיה. עליהן לפעול להסרת המכשולים שיוצרת החומה למימוש זכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית. השופט קוימנס (Kooijmans) הצביע נגד מסקנה אחרונה זו בעניין חובת המדינות.

ה. חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג ופרשת בית סוריק

1. מעמדה המשפטי של חוות הדעת

56. חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג – כפי ששמה מעיד עליה (Advisory Opinion) ובשונה מפסק דין של בית הדין – היא חוות דעת מייעצת. אין היא מחייבת את מי שהזמין אותה. כפי שבית הדין עצמו ציין בחוות דעתו (פסקה 31) היא אינה מחייבת את המדינות. אין היא מהווה מעשה בית דין (ראו S. Rosenne, The Perplexities of Modern International Law 122 (2002)). עם זאת, חוות דעת של בית הדין הבינלאומי מהווה פרשנות של המשפט הבינלאומי, הנעשית על ידי הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי (ראו S. Rosenne, The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, p. 1754 (Vol. III, 3rd. ed., 1997)). יש ליתן לפירוש שנותן בית הדין למשפט הבינלאומי, את מלוא המשקל הראוי.

2. השוני במסקנות בין חוות הדעת המייעצת של בית הדין לפרשת בית סוריק

57. התשתית הנורמטיבית הבסיסית עליה משתיתים בית הדין הבינלאומי בהאג ובית המשפט העליון בפרשת בית סוריק את החלטותיהם, היא משותפת (ראו Watson, "The 'Wall' Decisions in Legal and Political Context", 99 A.J.I.L. 6 (2005); להלן – ווטסון). בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי ישראל מחזיקה בגדה המערבית (יהודה והשומרון) על פי דיני התפיסה הלוחמתית. זו גם התפיסה המשפטית המונחת ביסוד פרשת בית סוריק. בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי המדינה התופסת בתפיסה לוחמתית אינה רשאית לספח את השטח הנתון לתפיסה. זו היתה גם עמדתו של בית המשפט בפרשת בית סוריק. בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי בשטח הנתון לתפיסה, על המדינה התופסת לנהוג על פי תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית. זו היתה גם הנחתו של בית המשפט בפרשת בית סוריק, תוך שעניין תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית לא הוכרע, לאור הצהרת המדינה כי היא תנהג על פי החלק ההומניטרי של אותה אמנה. בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי בנוסף לדינים ההומניטריים חלים בשטח התפוס

האמנות בדבר זכויות האדם. שאלה זו לא התעוררה בפרשת בית סוריק. לצרכי פסק הדין בענייננו אנו מניחים כי אמנות אלה אכן תחולנה. בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי חוקיותה של ה"חומה" (ה"גדר" במונחנו שלנו) תקבע, בין השאר, על פי ניתוחם של סעיפים 46 ו-52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית. זו גם עמדתו של בית המשפט העליון בפרשת בית סוריק. בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי בבניית ה"חומה" נפגעו מספר זכויות של התושבים הפלסטיניים. גם בית המשפט העליון בפרשת בית סוריק קבע כי מספר זכויות אדם של התושבים הפלסטינים נפגעו בבניית הגדר. לבסוף, בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי הפגיעה בתושבים הפלסטינים לא היה בה כדי להפר את המשפט הבינלאומי אם הפגיעה באה בשל צורך צבאי, דרישות הביטחון הלאומי או הסדר הציבורי. זו היתה גם גישתו של בית המשפט בפרשת בית סוריק.

58. חרף בסיס נורמטיבי משותף זה הגיעו שני בתי המשפט למסקנות שונות. בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי הקמת החומה, והמשטר המתלווה אליה, נוגדים למשפט הבינלאומי (פסקה 142). לעומת זאת, בית המשפט העליון בפרשת בית סוריק קבע כי אין לומר באופן כוללני כי כל תוואי הגדר מפר את המשפט הבינלאומי. על פי גישתו של בית המשפט העליון, יש לבחון כל קטע של התוואי, ולבדוק אם הוא פוגע בזכויות התושבים הפלסטיניים, ואם פגיעה זו היא מידתית. על יסוד גישה זו נבחנו קטעי הגדר שנידונו בפרשת בית סוריק. על חלקם של קטעי הגדר נקבע כי הקמתם אינה נוגדת את המשפט הבינלאומי. על קטעים אחרים של הגדר נקבע כי הקמתם נוגדת את המשפט הבינלאומי. על רקע שוני זה במסקנות קמות ועולות שתי שאלות: <u>האחת</u>, מהו הבסיס לשוני זה וכיצד ניתן להסבירו. <u>השניה</u>, כיצד משפיע ההסבר לשוני בין המסקנות של שני בתי המשפט על גישתו של בית המשפט העליון בישראל לשאלת חוקיות גדר ההפרדה על פי המשפט הבינלאומי בכלל, ולשאלת חוקיות גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה בפרט? נדון בכל אחת משתי השאלות הללו בנפרד.

3. הבסיס לשוני בין המסקנות של כל אחד משני בתי המשפט

59. את הבסיס לשוני העיקרי במסקנות המשפטיות בין בית הדין הבינלאומי בהאג לבין פסק הדין בפרשת בית סוריק ניתן למצוא בדברי הסיכום של בית הדין. עמדנו על דברים אלה (ראו פסקה 52 לעיל). לאור חשיבותם נחזור עליהם:

> "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 regime gravely infringe a number of rights to Palestinians residing in the territory occupied by Israel, and the infringements resulting from that route cannot be justified by military exigencies or by the requirement 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" (para. 137).

עולה מדברים אלה – כמו גם משאר חלקי פסק הדין – כי על פי הנתונים שהיו בפני בית הדין הוא לא השתכנע כי תוואי החומה – הפוגע קשות בזכויות התושבים הפלסטיניים – הוא חיוני להשגתן של המטרות הביטחוניות להן טענה ישראל. לעומתו, בית המשפט בפרשת בית סוריק קבע כי קיים צורך צבאי בהקמת הגדר. עם זאת, הוא קבע כי קטעים מתוואי הגדר שנידונו בפניו פוגעים בזכויות התושבים הפלסטינים באופן לא מידתי. מהו היסוד לשוני זה שבין שני פסקי הדין?

60. התשובה לשאלה זו הינה, כי השוני העיקרי במסקנות המשפטיות נובע מהשוני בתשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט. שוני זה מצידו הושפע משוני בצורת הדיון וההתמודדות עם הבעיה המשפטית שניצבה בפני בית המשפט. נעמוד על שוני זה.

4. השוני בתשתית העובדתית

61. השוני העיקרי בין שני פסקי הדין נובע בעיקרו מהשוני בתשתית העובדתית על פיה פסק כל אחד מבתי המשפט. שוב מוכחת האמת הפשוטה כי העובדות מונחות ביסוד הדין, והדין עולה מתוך העובדות (ex facto jus oritur). בית הדין הבינלאומי בהאג שאב את התשתית העובדתית לחוות דעתו מדו"ח המזכ"ל, הדו"ח המשלים, דו"ח דוגארד ודו"ח זיגלר. בית המשפט העליון שאב את העובדות מהנתונים שהביאו בפניו העותרים הפלסטיניים מזה והמדינה מזה. כן קיבל בית המשפט חוות דעת של מומחים צבאיים, שביקשו להציג עמדתם כ"ידיד בית המשפט". אף שהנתונים אשר שני בתי המשפט קיבלו מתייחסים לאותה חומה/גדר, הרי השוני ביניהם הוא עמוק ורב.

שוני זה הוא שהביא, בסופו של יום, למסקנות המשפטיות הנוגדות. במה מתבטא שוני זה?

62. השוני הראשון והחשוב ביותר נוגע לצורך הביטחוני-צבאי של הקמת הגדר. צורך זה הוצג בפני בית המשפט בפרשת בית סוריק בהרחבה. המדינה פרסה בפני בית המשפט את מלוא הנתונים על הטרור שפקד את ישראל מספטמבר 2000; על אופיו של טרור זה שלא בחל בכל אמצעי, לרבות "פצצות אדם" שהתפוצצו באוטובוסים, במרכזי קניות ושווקים; על אלפי ההרוגים והפצועים; על הפעולות הצבאיות השונות שננקטו ("חומת מגן" במארס 2002; "דרך נחושה" יוני 2002) כדי להכריע את הטרור, בלא שפעילות זו נתנה מענה מספיק; על תכניות נוספות שעלו ושנפסלו בשל טעמים משפטיים (ראו, למשל, פרשת ע"ורי) או שלא הועילו. על רקע זה באה ההחלטה בעניין הקמת הגדר. מחומר הראיות שהוצג בפני בית המשפט עלה כי ההחלטה על הקמת הגדר לא עלתה כרעיון פוליטי לספח שטחים תפוסים לישראל. ההחלטה על הקמת הגדר באה מתוך שיקולים ביטחוניים-צבאיים ומתוך צורך ביטחוני-צבאי, כאמצעי הכרחי להגנת המדינה, אזרחיה וצבאה מפעולות הטרור. על רקע זה כתבנו בפרשת בית סוריק:

> "בחנו את טענתם של העותרים. הגענו לכלל מסקנה כי על-פי התשתית העובדתית שהונחה לפנינו, הטעם להקמת הגדר הוא ביטחוני. כפי שראינו, בהחלטות הממשלה השונות שדנו בהקמת הגדר חזרה הממשלה והדגישה כי 'הגדר, כמו המכשולים האחרים, הינה אמצעי ביטחון. הקמתה אינה מבטאת גבול מדיני או אחר' (החלטה מיום 23.6.2002). 'המכשול שיוקם על פי החלטה זו, כמו קטעיו האחרים ב'מרחב התפר', הינו אמצעי ביטחון למניעת פיגועי טרור ואינו מבטא גבול מדיני או אחר' (החלטה מיום 1.10.2003)" (עמ' 830).

בהמשך פסק דיננו התייחסנו לתצהיר שהגיש לנו המפקד הצבאי:

> "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 יישובים 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" (עמ' 830).

סיימנו את דיוננו בשאלה זו, באומרנו:

> "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, למשל בסמוך ליישוב הר אדר הם הסכימו לקרב את הגדר העוברת מצפון ליישוב 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 שעליהם מבוססת ההחלטה על הקמת גדר ההפרדה 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 מתווה גדר ההפרדה אינם שיקולים צבאיים, וכי הוא לא פעל בתום-לב להגשמתם, על פי מיטב תפיסתו הצבאית" (עמ' 831).

63. הצורך הביטחוני-צבאי מוזכר באופן דל ביותר במקורות שבית הדין הבינלאומי בהאג סמך עליהם את חוות דעתו. בדו"ח המזכ"ל מוקדשת לכך שורה אחת בלבד, לפיה בעקבות עליה חדשה בטרור הפלסטיני באביב 2002, הוחלט על הקמת הגדר. בדו"ח המשלים לא נזכר כלל השיקול הביטחוני-צבאי. בדו"ח דוגארד ובדו"ח זיגלר אין כל נתונים בעניין זה. בטיעונים בכתב של מדינת ישראל בפני בית הדין בשאלת הסמכות ושיקול הדעת, הוצגו נתונים בעניין הטרור והשלכותיו, אך אלה לא מצאו דרכם אל חוות הדעת עצמה. תשתית עובדתית דלה זו, מצאה, כמובן, את ביטוייה בחוות הדעת עצמה. אין בה התייחסות של ממש להיבט הביטחוני-צבאי. באחת הפיסקאות מציינת חוות הדעת כי ישראל טוענת כי מטרת החומה לאפשר מאבק יעיל בהתקפות הטרור הבאות מהגדר המערבית (פסקה 116). זאת ותו לא. בפסקה אחרת דן בית הדין בתחולתו של סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, לפיו חל איסור על המדינה

התופסת לפגוע בנכסים מקומיים, "אלא אם כן קיים צורך צבאי לכך". בהתייחסו לכך מציין בית הדין:

> "[O]n 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" (para. 135).

בהמשך דן בית הדין בזכויות האדם על פי האמנות הבינלאומיות. הוא מציין כי הן מאפשרות הגבלה של זכויות האדם. בית הדין מביא בהקשר זה את הזכות לחופש תנועה (סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות). הוא מציין כי על פי הוראת סעיף 12(3) לאותה אמנה ניתן להגביל את חופש התנועה, אם ההגבלה הכרחית לשם הגנה על הביטחון הלאומי והסדר הציבורי. בית המשפט דוחה תחולתן של הגבלות אלה בעניין החומה, שכן:

> "On the basis of the information available to it, the Court finds that these conditions are not met in the present instance" (para. 136).

ובהמשך מסכם בית הדין את עמדתו וקובע כי:

> "[T]he 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" (para 137).

לבסוף, בית הדין דן בהגנה של צורך (necessity). בית הדין מנתח את יסודותיה של הגנה זו, ומציין כי:

> "In the light of the material before it, the Court is not convinced that the construction of the wall along the route chosen was the only means to safeguard the interest of Israel against the peril which it has invoked as justification for the construction" (para. 140).

64. תשתית עובדתית דלה זו באשר לצורך הביטחוני-צבאי של ישראל בהקמת הגדר לא נעלמה מעיני השופטים בבית הדין הבינלאומי בהאג. שופט המיעוט, השופט בורגנטל, ציין בחוות דעתו כי:

> "I am compelled to vote against the Court's finding on the merits because the Court did not have before it the requisite factual bases for its sweeping findings" (para 1).

השופט בורגנטל מציין כי יתכן שעל בסיס מלוא הנתונים, המסקנה תהא שהקמת החומה מפירה את המשפט הבינלאומי, אך לדעתו:

> "[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 subject, 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 basely touches on that subject" (para 3).

בחוות דעתו הנפרדת ציין השופט קוימנס (Kooijmans) כי לדעתו:

> "[T]he present Opinion could have reflected in a more satisfactory way the interests at stake for all those living in the region. The rather oblique reference to terrorist acts which can be found at several places in the Opinion, are in my view not sufficient for this purpose" (para. 13).

גישה דומה ניתן למצוא בחוות הדעת הנפרדת של השופט אוודה (Owada). הוא מציין כי בפני בית הדין היה חומר די והותר באשר להשפעה ההומניטרית והחברתית-כלכלית של בניית החומה. לעומת זאת:

> "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" (para. 22).

השופט אוודה מצטט את חוות הדעת הקובעת כי מהחומר שעמד לרשות בית הדין, בית הדין אינו משוכנע שתוואי הגדר הוא הכרחי להשגת המטרות הביטחוניות (פסקה 137 לחוות הדעת), ומוסיף:

> "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" (para. 23).

65. אין לנו צורך, ואף אין בפנינו תשתית עובדתית מספקת, כדי לקבוע במי האשם במחדל חמור זה. האם זהו תיק המסמכים שהוגש לבית הדין; האם זה מחדלה של מדינת ישראל עצמה, או שמא זה חוסר נכונותו של בית הדין להיזקק לנתונים שהוגשו לו על ידי ישראל ולנתונים נוספים הפתוחים בפני הכל. ואולי זו המתודה של הבדיקה, שבחנה את הגדר כמכלול, בלא לבחון את חלקיה השונים (ראו פסקה 70 להלן). יהא עניין זה כאשר יהיה, המציאות היא כי בית הדין הבינלאומי בהאג ביסס את פסק דינו על פי תשתית עובדתית באשר לפגיעה בזכויות של התושבים הפלסטיניים, בלא שנזקק לתשתית עובדתית באשר לצידוק הביטחוני-צבאי שבפגיעות אלה. לעומת זאת, בפרשת בית סוריק הונחה בפני בית המשפט תשתית עובדתית נרחבת, הן באשר לפגיעה בזכויות האדם של התושבים המקומיים והן באשר לצרכים הביטחוניים-צבאיים. תשתית עובדתית מקיפה זו איפשרה לבית המשפט להחליט כי חלקים מסויימים של גדר ההפרדה מפירים את כללי המשפט הבינלאומי, ואילו חלקים אחרים של הגדר אינם מפירים את הכללים. הנה כי כן, לפנינו ההסבר <u>הראשון</u> לשוני בין מסקנותיו של בית הדין הבינלאומי בהאג לבין מסקנותיו של בית המשפט בפרשת בית סוריק.

66. השוני <u>האחר</u> בין שני פסקי הדין לעניין התשתית העובדתית, נוגע להיקף הפגיעה בזכויותיהם של התושבים המקומיים. פגיעה זו עמדה בבסיס שני פסקי הדין. עם זאת, הבסיס העובדתי היה שונה. בפרשת בית סוריק הביאו העותרים נתונים שונים באשר להיקף הפגיעה בזכויותיהם בשל תוואי הגדר באדמותיהם. המדינה מצידה

הביאה את נתוניה שלה. בית המשפט בחן את העמדות השונות. הוא בדק כל חלק של התוואי שלפניו בנפרד. על בסיס מכלול הראיות שהיו לפניו, נקבע היקף הפגיעה בזכויותיהם של התושבים המקומיים. פגיעה זו לא היתה קלה כלל ועיקר. וכך כתב בית המשפט:

> "עם סיום בחינת מידתיות של כל צו בנפרד מן הראוי הוא שנרים מבטנו ונשקיף על מידתיותו של מלוא מתווה גדר ההפרדה נושא הצווים כולם. אורכה של גדר ההפרדה נושא 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 שבהם 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 באופן משמעותי את מימדיה של הפגיעה הקשה בחקלאים המקומיים או להפחיתה. האפשרות להגיע לאדמות תלויה באפשרות לחצות שערים, שהמרחק ביניהם רב ושאינם פתוחים כל העת. בשערים ייערכו בדיקות ביטחוניות, דבר שעלול למנוע מעבר כלי רכב, ואשר ייצור מטבע הדברים תורים ארוכים ושעות המתנה רבות. כל אלה אינם עולים בקנה אחד עם יכולתו של חקלאי לעבד את אדמתו. יהיו בוודאי מקומות שבהם לא יהא מנוס מכך שגדר ההפרדה תחצוץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם. באותם מקומות יש להבטיח מעבר שיקטין ככל האפשר את הפגיעה בחקלאים" (עמ' 860).

ובהמשך פסק הדין נקבע:

> "פגיעתה של גדר ההפרדה אינה מצטמצמת אך בפגיעה באדמות התושבים ובגישתם אליהן. הפגיעה היא רחבה יותר. היא משתרעת על מרקם החיים של האוכלוסיה כולה. בחלקים רבים גדר ההפרדה עוברת סמוך לבתיהם. במקומות מסויימים (כגון בית סוריק) גדר ההפרדה עוטפת את הכפר ממערב, מדרום וממזרח. הגדר משפיעה במישרין על הקשר בין התושבים המקומיים לבין המרכזים העירוניים (ביר נבאלה ורמאללה). קשר זה הוא קשה גם בלא גדר ההפרדה. קשר זה יהא קשה שבעתיים עם הקמתה של הגדר" (עמ' 861).

על רקע זה – ותוך איזון עם הצרכים הביטחוניים-צבאיים – הוחלט אלו קטעי גדר מפירים שלא כדין את זכויות התושבים המקומיים על פי המשפט הבינלאומי, ואלו קטעי גדר הם כדין.

67. בית הדין הבינלאומי בהאג ביסס את קביעותיו העובדתיות באשר לפגיעה בזכויות התושבים המקומיים על דו"ח המזכ"ל וההשלמות לו, וכן על דו"ח דוגארד ודו"ח זיגלר (ראו פסקה 133 לחוות הדעת). בטיעוניהם בפנינו ציינו באי כוח המדינה, כי המידע שנמסר לבית הדין בדו"חות אלה רחוק מלהיות מדוייק. נעמוד על כמה מטיעוניה אלה של המדינה:

(א) בית הדין מצטט נתונים שנמסרו על ידי ועדה מיוחדת, לפיהם לצורך הקמת השלב הראשון של המכשול נתפסו 100,000 דונם של קרקע חקלאית. המדינה טוענת כי נתון זה הוא מוגזם ביותר. לפי נתוניה, השטח שנתפס לצורך הקמת שלב א' של הגדר עומד על 8,300 דונם, מתוכן 7,000 דונם אדמות פרטיות.

(ב) דו"חות עליהם סומך בית הדין מתארים ניתוק בין התושבים במרחב התפר לבין שאר חלקי הגדה המערבית. על פי הנתונים שהוצגו לנו, הדבר אינו מדוייק, שכן נקבע משטר היתרים המאפשר כניסה ויציאה למרחב התפר.

(ג) חוות הדעת מצטטת את דו"ח זיגלר, לפיו בהקמת המכשול ישראל מספחת את רוב האקוויפר המערבי, המספק 51% מתצרוכת המים של השטחים. המדינה טוענת שהדברים אינם מבוססים כלל ועיקר. צויין בפנינו כי במסגרת הסכם הביניים בין ישראל לאש"ף נקבעו הסדרים מפורטים ביחס לסוגיית המים. הקמת הגדר אינה משפיעה על יישום הסדרי המים אשר נקבעו במסגרת ההסכם.

(ד) מספר פסקאות בחוות הדעת התייחסו לעיר קלקיליה. בית הדין מצטט מדו"ח דוגארד, לפיו העיר מסוגרת מכל צדדיה. התושבים רשאים לצאת ולהיכנס אליה באמצעות שער צבאי אחד הפתוח משבע בבוקר עד שבע בערב. מסקנה זו סותרת את האמור בדו"ח המשלים של המזכ"ל, לפיו אין מחסום בכניסה לעיר. המדינה מוסיפה כי עתה מוליכות אל העיר קלקיליה שתי דרכי גישה פתוחות. חלק מהמכשול המצוי מזרחית לעיר פורק. בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג מובאים חלקים מדו"ח דוגארד ודו"ח זיגלר, לפיהם 6,000-8,000 תושבים עזבו את העיר קלקיליה ו-600 חנויות נסגרו בעיר. המדינה טוענת כי מאז חודש אפריל 2004 נפתחו מחדש כ-

90% מהחנויות שנסגרו. לגבי עזיבת תושבים, קיים, לדעת המדינה, קושי רב לקבוע מסקנה נחרצת בעניין זה. בחוות הדעת של בית הדין נקבע על יסוד חוות דעת המזכ"ל כי בעקבות הקמת החומה, חלה ירידה של 40% בתפוסה של בתי החולים של האו"ם בקלקיליה. מטבלה שהוגשה לנו על ידי המדינה עולה כי מספר ימי האישפוז בשנת 2004 גבוה מזה שבשנת 2002. מכאן המסקנה כי לא ניתן לומר שגדר ההפרדה הביאה לירידה במספר המאושפזים בבתי חולים. כן מראה הטבלה כי ב-2003 חל גידול ניכר במספר המיטות בבית החולים. כמו כן נפתח ב-2003 בקלקיליה בית חולים פרטי חדש, והרשות הפלסטינית פתחה גם היא בית חולים ב-2002. לדעת המדינה, סביר להניח כי פתיחת בתי החולים החדשים השפיעה על תפוסת המיטות בבית החולים של האו"ם בקלקיליה.

68. השוני בתשתית העובדתית על פיה פסקו בתי המשפט הוא בעל משמעות מכרעת. על פי המשפט הבינלאומי, חוקיות תוואי החומה/הגדר מותנה באיזון הראוי בין צרכי הביטחון מזה לבין הפגיעה בזכויות התושבים המקומיים מזה. לפנינו מאזניים, אשר על כף אחת שלהם מונחות הפגיעות בזכויות התושבים המקומיים ועל הכף השניה מונחים השיקולים הביטחוניים והצבאיים. האיזון העדין והרגיש בין שני צידי המאזניים, תוך התחשבות בצורך להבטיח את מידתיות הפגיעה של אמצעי הביטחון בזכויות התושבים המקומיים, ותוך התחשבות במיתחם ההגבלה או מרחב התמרון (ה-margin of appreciation) הניתן למדינה, מביא לפתרון הראוי. בפני בית המשפט בפרשת בית סוריק הונחו הנתונים על שתי כפות המאזניים. בחלקים מסויימים של התוואי שנדון בפני בית הדין גברה כף השיקולים הנוגעים לפגיעה בזכויות האדם. בחלקים אחרים של התוואי גבר הצורך הביטחוני-צבאי. לא כן בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג. בשל התשתית העובדתית שהוצגה בפני בית הדין, הוטל מלוא המשקל על כף הפגיעה בזכויות; לא ניתן כל משקל לצרכים הביטחוניים-צבאיים, וממילא לא נידונה כלל השאלה של מידתיות הפגיעה או של מיתחם ההגבלה (מרחב התמרון). התוצאה היא המסקנה של בית הדין כי ישראל הפרה את המשפט הבינלאומי. התשתית העובדתית השונה הביאה למסקנות משפטיות שונות. דבר זה בולט במיוחד באותם חלקי חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג העוסקים בקלקיליה. על הכף האחת הניח בית הדין את הפגיעות הקשות בזכויות הפלסטינים בקלקיליה. גם אם נסיר את חוסר הדיוק שבנתונים אלה, די במה שנותר כדי להצביע על פגיעה קשה בזכויותיהם. על הכף השניה לא הניח בית הדין – בשל התשתית העובדתית שהונחה בפניו – כל נתונים באשר לשיקולים הביטחוניים והצבאיים. לא צויין כי העיר קלקיליה נמצאת במרחק של כשני קילומטרים מהעיר כפר-סבא; כי קלקיליה שימשה נקודת מעבר של מחבלים מתאבדים לישראל, בעיקר בשנים 2002-2003, לשם ביצוע פיגועי

תופת בתחומי מדינת ישראל; כי בצמוד לעיר – ובתחומי ישראל – עובר כביש חוצה ישראל (כביש מס׳ 6), אשר על המשתמשים בו יש להגן; כי תוואי הגדר בחלק המערבי של העיר עובר ברובו על הקו הירוק ובחלקו אף בישראל; כי מאז נבנתה הגדר סביב קלקיליה – לרבות החומה בחלקה המערבי הנושק לכביש מס׳ 6 – פסקו חדירות מחבלים מאזור זה.

69. השוני בתשתית העובדתית הושפע מהשוני בהליך שהתקיים בבית הדין הבינלאומי בהאג לבין ההליך בפרשת בית סוריק (ראו ווטסון, בעמ׳ 24). בהליך בפני בית הדין לא עמדו הצדדים הנפגעים. ישראל לא היתה צד להליך. לא התקיים הליך אדברסרי, שתכליתו לבסס תשתית עובדתית באמצעות הכרעה בין נתונים עובדתיים סותרים. בית הדין קבל את הנתונים שבדו״ח המזכ״ל, ודו״חות של הדווחים, כנתונים עובדתיים אובייקטיביים. לא הוטל ולא נבחן הנטל המוטל על הצדדים להליך. לעומת זאת, בפני בית המשפט בפרשת בית סוריק עמדו הצדדים הנפגעים. התקיים הליך אדברסרי. על הצדדים הוטל הנטל להניח את התשתית העובדתית בפני בית המשפט. הנתונים העובדתיים של הצדדים נותחו, עומתו זה עם זה, תוך שנקבעה התשתית העובדתית על פיה הוכרע הדין. ההליך לפנינו נעדר סממנים פורמליים נוקשים, והוא איפשר לצדדים, תוך מהלך הטיעונים, להציע הצעות לתוואים חילופיים אשר נבחנים על ידי הצד השני, תוך הכנסת שינויים בתוואי במהלך הדיונים עצמם. לכל אלה היתה השפעה על המסקנות המשפטיות אליהן הגיע בית הדין הבינלאומי בהאג ובית המשפט בפרשת בית סוריק (ראו Y. Shany, “Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases”, 38 Isr. L. Rev. 230 (2005)).

70. במיוחד ברצוננו להצביע על שוני חשוב בהיקף הבחינה. בפני בית הדין הבינלאומי בהאג עמד לבחינה התוואי כולו. התשתית העובדתית שהונחה בפני בית הדין (דו״ח המזכ״ל, הדו״ח המשלים, הדו״חות של הדווחים) לא ניתחה בפירוט את קטעי הגדר השונים לבד ממספר דוגמאות, כגון הגדר שמסביב לקלקיליה. אין בחומר שהוגש לבית הדין התייחסות ספציפית לפגיעה באוכלוסיה המקומית בכל קטע של התוואי. כבר ראינו שאין בחומר זה כל התייחסות לשיקולים הביטחוניים והצבאיים שבבחירת התוואי, תוך דחיית חלופות שונות לעניין זה. מצב דברים זה הטיל תפקיד קשה מנשוא על בית הדין. כך, למשל, חלקים נרחבים של הגדר (כ-153 ק״מ מתוך כ-763 ק״מ של כל הגדר, שהם כ-20% מהתוואי) הם בסמוך לקו הירוק (כלומר, במרחק של פחות מ-500 מטר). כ-135 ק״מ נוספים – שהם כ-17.7% מהתוואי – מצויים במרחק שבין 500 מטר ל-2000 מטר מהקו הירוק. בין חלקים אלה של התוואי לבין

הקו הירוק (״מרחב קו התפר״) אין ישובים פלסטיניים, ואין קרקע חקלאית. אין גם ישובים ישראליים במרחב זה. הטעם היחיד לקביעת התוואי מעבר לקו הירוק הוא טעם מקצועי הקשור למבנה השטח, יכולת השליטה וכיוצא בזה טעמים צבאיים. על יסוד אלו כללים של משפט בינלאומי ניתן לומר כי תוואי זה נוגד את המשפט הבינלאומי? חלקים אחרים של הגדר קרובים לקו הירוק. הם מפרידים בין החקלאים הפלסטיניים לבין אדמותיהם, אך האדמות המעובדות הן מועטות ביותר. בגדר הוקמו שערים המאפשרים מעבר בעת הצורך לאדמות המעובדות. האם אפשר לקבוע כי על פניו הסדר זה נוגד את המשפט הבינלאומי בלא לבחון בפירוט את הפגיעה בחקלאים מחד גיסא, ואת הצורך הביטחוני מאידך גיסא? האין להתחשב בפיצוי הכספי המוצע בכל מקרה, והאפשרות של הקצאת קרקע חלופית (כפי שנקבע בפרשת בית סוריק (שם, עמ׳ 860))? קיימים, כמובן, קטעים אחרים של הגדר, אשר מיקומם מסב פגיעה קשה בתושבים המקומיים. כל אחד מאלה מחייב בחינה מדוקדקת של מהות הפגיעה, של ההצעות השונות להפחתתה, ושל הצרכים הביטחוניים והצבאיים. כל זאת לא נעשה בבית הדין הבינלאומי בהאג, ולא ניתן היה להיעשות על בסיס התשתית העובדתית שהונחה לפניו.

71. כמובן, בית הדין הבינלאומי בהאג יכול היה לכאורה לקבוע, כי על בסיס בחינה של מכלול הגדר הוא הגיע למסקנה כי המניע המונח ביסוד הקמתה הוא פוליטי ולא ביטחוני, וכי כוונתה של ממשלת ישראל בהקמת הגדר הוא ברצונה לספח לישראל את החלקים של הגדה המערבית המונחים בחלק ה״ישראלי״ של הגדר. אך בית הדין לא עשה כן, ואף לא הונחה בפניו תשתית עובדתית אשר איפשרה לו לומר זאת. בית הדין התקרב ביותר לגישה זו, בציינו:

> “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... it nevertheless cannot remain indifferent to certain fears expressed to it that the route of the wall will prejudge 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 regime 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” (para. 121).

עם זאת, אין בדברים אלה – שיש בהם ביטוי לחששות כבדים – משום קביעה פוזיטיבית שהגדר היא פוליטית ומטרתה סיפוח.

72. המתודה של בית המשפט העליון בישראל היתה שונה. פרשת בית סוריק עסקה בחמישה קטעים של גדר ההפרדה, המשתרעים על כארבעים קילומטר. קטעים אחרים של הגדר נידונו בפני בית המשפט העליון בעתירות אחרות שהוגשו ואשר נבחנו על ידי הרכבים שונים של שופטי בית המשפט העליון. מאז הקמת גדר ההפרדה הוגשו לבית המשפט העליון כ-90 עתירות. ב-44 עתירות הטיפול הסתיים. ברובן הצליחו הצדדים, לאחר משא ומתן – ולרוב, לאחר שנעשו תיקונים בתוואי, בהתאם לבקשות העותרים הפלסטיניים – להגיע להסדר ביניהם, באופן שלא חייב הכרעה משפטית לגוף המחלוקת. כ-43 עתירות עדיין תלויות בפני בית המשפט. במרביתן הסתיימו הטיעונים והן ממתינות להכרעתנו באשר להשפעת חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג על פסיקת בית המשפט בישראל. הן בוחנות את חוקיות תוואי הגדר. ניתן לחלק את העתירות לשלושה סוגים עיקריים: הסוג <u>האחד</u>, עניינו עתירות של חקלאים בגין הפגיעה בזכויותיהם הנגרמת על ידי כך שגדר ההפרדה מפרידה בינם לבין אדמותיהם. לסוג זה משתייכת פרשת בית סוריק עצמה. הסוג <u>השני</u> עניינו עתירות הנוגעות לקיבוצי ההתנחלויות הגדולות, היוצרות לעתים מובלעות של ישובים המנותקים מהתשתית העירונית שלהם, או הפוגעות בגישה של החקלאים הערביים לאדמותיהם. העתירה שלפנינו נכללת בסוג זה. הסוג <u>השלישי</u> עוסק בתוואי הגדר בעוטף ירושלים.

5. השפעת חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג על ההלכות העולות מפרשת בית סוריק

73. נקודת המוצא שלנו היא כי התשתית הנורמטיבית הבסיסית עליה השתיתו בית הדין הבינלאומי בהאג ובית המשפט העליון בפרשת בית סוריק את פסקי דינם, משותפת היא. חרף זאת, הגיעו שני בתי המשפט למסקנות שונות. בית הדין הבינלאומי בהאג קבע בחוות דעתו, כי מיתווה החומה כלשונו נוגד את המשפט הבינלאומי, שכן הוא עובר בחלקו הגדול בתוך הגדה המערבית. בית המשפט העליון בפרשת בית סוריק קבע בפסק דינו כי אין ליתן תשובה כוללנית לשאלת חוקיות הגדר על פי המשפט הבינלאומי, וכי יש לבחון כל קטע מתוואי הגדר בנפרד. על רקע זה נפסק בפרשת בית סוריק, לעניין התוואי שנידון לפניו, כי חלקו תואם וחלקו מפר את המשפט הבינלאומי. שאלנו את עצמנו, מה ההסבר לשוני זה? השבנו על שאלה זו, כי השוני נובע מהתשתית העובדתית השונה שהונחה בפני בית הדין הבינלאומי בהאג מזה ובית המשפט בפרשת

בית סוריק מזה. כן ציינו כי השוני במודל הדיון תרם אף הוא לשוני בתוצאה. על רקע זה עלינו להשיב על השאלה מה מידת השפעתה של חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג על המשך גישתו של בית המשפט העליון לשאלת חוקיות גדר ההפרדה על פי המשפט הבינלאומי כפי שנקבעה בפרשת בית סוריק?

74. תשובתנו היא זו: בית המשפט העליון של ישראל יתן את מלוא המשקל הראוי לנורמות של המשפט הבינלאומי, כפי שפותחו ופורשו על ידי בית הדין הבינלאומי בהאג בחוות דעתו. לעומת זאת, מסקנתו של בית הדין, המבוססת על תשתית עובדתית שונה מזו שהונחה בפנינו, אינה מהווה מעשה בית דין, ואינה מחייבת את בית המשפט העליון של ישראל לקבוע כי כל קטעי הגדר כולם, נוגדים את המשפט הבינלאומי. בית המשפט בישראל ימשיך לבחון כל קטע מקטעי תוואי הגדר, כפי שיובאו להכרעתו ועל פי מודל הדיון לפיו הוא נוהג; הוא ישאל עצמו לגבי כל קטע וקטע אם נמצא בו איזון מידתי בין הצורך הביטחוני-צבאי לבין זכויות האוכלוסיה המקומית. אם תשובתו תהא, לעניין קטע פלוני של הגדר חיובית, הוא יקבע שאותו קטע הוא חוקי. אם תשובתו תהא, לעניין קטע אלמוני של הגדר שלילית, הוא יקבע שאותו קטע אינו חוקי. בעשותו כן הוא לא יתעלם מהתמונה הכוללת, תוך שהכרעתו תהא תמיד לעניין כל קטע כחלק מהמכלול. על רקע גישה נורמטיבית זו – היא הגישה כפי שסוכמה בפרשת בית סוריק – נפנה עתה לבחינת חוקיותו של תוואי גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה.

ו. גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה

1. המובלעת

75. מובלעת אלפי מנשה משתרעת על 11,000 דונם (ראו הנספח לפסק הדין). היא כוללת את אלפי מנשה (5,650 אנשים) וחמישה כפרים פלסטיניים (ערב א-רמדין (כ-180 אנשים); ערב אבו-פארדה (כ-80 אנשים); ודאי א-ראשה (כ-180 אנשים); מעארת א-דרה (כ-250 אנשים) וחירבת ראס א-טירה (כ-400 אנשים). בכל חמשת הכפרים מתגוררים כ-1,200 אנשים). המובלעת מצויה בצד ה"ישראלי" של גדר ההפרדה. היא חלק ממרחב התפר. קיים רצף טריטוריאלי – סביב כביש 55 – בין המובלעת לישראל. היציאה מהמובלעת לאזור מתבצעת באמצעות מעבר אחד ברכב וברגל ("מעבר 109") לקלקיליה. מעבר זה פתוח בכל שעות היממה. כמו כן כוללת גדר ההפרדה שלושה שערים (שער ראס א-טירה; שער קלקיליה דרום ושער חבלה). נעמוד תחילה בפירוט על טענות העותרים ותשובת המדינה. לאחר מכן נבחן הטענות והתשובות להן באמות המידה שנקבעו בפרשת בית סוריק.

2. טענות העותרים

76. העותרים עומדים בהרחבה על הפגיעה הקשה במרקם החיים של התושבים בחמשת הכפרים הפלסטינים שבתחום המובלעת. המדובר בכפרים קטנים שאינם מסוגלים לספק בעצמם שירות בתחומים חיוניים כגון תעסוקה, רפואה, חינוך, וקהילה. כך, למשל, בתי הספר בהם לומדים תושבי המובלעת ממוקמים בישובים פלסטינים מחוץ למובלעת, למעט בית הספר היסודי של ראס א-טירה וא-דאבע. הגדר חוצצת בין תושבי הכפרים לבין הישובים הפלסטיניים המעניקים להם את השירותים החיוניים. הגדר כולאת את תושבי הכפרים במובלעת המנותקת מן האוכלוסיה הפלסטינית בגדה. תושבי הכפרים אינם יכולים להגיע לישוב פלסטיני מבלי לעבור בשערי הגדר או במחסום (מעבר 109). תושבים המבקשים להגיע מכפרי המובלעת אל העיירות חבלה וראס עטיה הסמוכות נאלצים לעבור דרכים ארוכות ומייגעות, המחייבות שימוש ברכב, והכל כדי להגיע למקום שבעבר היה נגיש ברגל. העותרים מציינים כי הזמינות של רכבים לתושבי המובלעת, ולנשים בפרט, היא מועטה ביותר.

77. לדברי העותרים, המובלעת יצרה פגיעה אנושה בכל תחום מתחומי החיים – חופש התנועה, פרנסה ומסחר, בריאות, חינוך, קשרים משפחתיים קהילתיים וחברתיים, שירותי דת ועוד. כמעט כל תושבי המובלעת הפלסטינים איבדו את מקורות פרנסתם מאז הקמת הגדר. הגדר חוצצת בין תושבי הכפרים לבין אדמות מרעה, חממות ואדמות חקלאיות. משטר ההיתרים הפך את המובלעת לשטח שאליו אין באים גורמים שאינם מתגוררים במובלעת. מתושבי המובלעת נמנעת, איפוא, האפשרות לקיים אירועים חברתיים בכפריהם. בטווח העתידי, הגדר גוזרת כלייה כלכלית, חברתית ותרבותית על חמשת הכפרים.

78. בסמוך להגשת העתירה הוגשה לנו מטעם העותרים חוות דעת תכנונית של עמותת "במקום – מתכננים למען זכויות תכנון", שהינה עמותה הפועלת לחיזוק הקשר שבין זכויות אדם ואזרח למערכת התכנון בישראל. חוות הדעת הוכנה על-ידי ארבעה אדריכלים ומתכנני ערים. אלה הגיעו למסקנה כי התוואי הנוכחי של הגדר פוגע באופן אנוש באוכלוסיה הפלסטינית החיה במובלעת אלפי מנשה. הכפרים הפלסטינים במובלעת נשענו טרם הקמת הגדר על מערך היישובים והערים במחוז קלקיליה ובגדה המערבית. תוואי הגדר ביתר את המרחב לשלוש מובלעות (מובלעת קלקיליה, מובלעת חבלה וח'ירבת ראס עטיה ומובלעת אלפי מנשה ובה חמשת הכפרים הפלסטיניים), ופגע באופן מיידי במערכת יחסי הגומלין המרחביים ערב הקמת הגדר. הגדר הוקמה

ללא היגיון תכנוני מרחבי. הגדר מנתקת דרכים ראשיות ודרכי גישה, חוצה שטחים בנויים, מבתרת שטחים חקלאיים רצופים ומעובדים, ומפרידה ישובים מאדמותיהם החקלאיות. בעקבות הקמת הגדר אף נותקו שני כפרים מבארות המים המספקות מים לכפרים ולשטחיהם החקלאיים. הגדר ומשטר היתרים הנילווה לה מקשים מאוד על הגישה לשירותים אזרחיים במרחב, ופוגעים בפוטנציאל הכלכלי ובמבנה החברתי הקיים.

79. על פי חוות הדעת, לגדר השפעה ניכרת על המשך תפקודם של הכפרים הפלסטינים בכל תחומי החיים. מבחינת כלכלה ותעסוקה, לצורך הקמת הגדר הופקעו מאות דונמים מאדמות הכפרים ואלפי דונמים של שטחים חקלאיים מעובדים, לרוב מטעי זיתים. הגדר ניתקה את גישת החקלאים לשווקים בחבלה ובקלקיליה. כן פחתה הנגישות לכל מקורות התעסוקה בגדה המערבית. בתחום התעסוקה ניכרת, אפוא, עליה משמעותית באחוזי האבטלה ומסתמנת מגמה של מציאת פרנסה בעבודות "שחורות" באלפי מנשה. בתחום החינוך, הגדר מקשה מאוד על הגעתם של תלמידים לבתי הספר הנמצאים בחבלה ובראס עטיה, ובתוך שנה חלה עליה משמעותית בנשירת תלמידים ממערכת החינוך. בתחום הבריאות, בכפרים ניתנים היום שירותי רפואה חלקיים ובלתי סדירים. הגדר ניתקה את הכפרים משירותי רפואה ובריאות ונחסמה הגישה לרכבי חירום מאזור חבלה. גם מבחינת קשרים משפחתיים וחברתיים, פגיעתה של הגדר היא קשה. משטר ההיתרים מנתק את תושבי המובלעת מקרובים וחברים, מטקסים ואירועיים משפחתיים, ומאיים לנשלם ממעמד וקשרים בחברה הפלסטינית. לאורך זמן עלול הדבר להוביל לנטישת הכפרים ולהפסקת קיומן של הקהילות הנוכחיות.

80. טיעונם המשפטי של העותרים הוא כי בניית הגדר המקיפה את מובלעת אלפי מנשה, הבנויה כולה באיזור, מנוגדת לעקרונות המשפט הבינלאומי הפומבי ואינה חוקית. עמדת העותרים מבוססת על שני אדנים עיקריים – חוסר סמכות וחוסר מידתיות. <u>ראשית</u>, נטען כי למשיבים אין סמכות להקים את הגדר סביב המובלעת, זאת הן בשל היעדרו של צורך בטחוני והן בשל יצירת סיפוח דה-פקטו של שטחי המובלעת למדינת ישראל. הטענות בעניין הסמכות מסתמכות, בין היתר, על חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג. העותרים מוסיפים וטוענים כי הקמת המובלעת נעשתה שלא לצורכי הצבא או בטחון המדינה ואפילו לא לצרכי ביטחון תושבי אלפי מנשה. הקמת הגדר סביב המובלעת נועדה לכלול את אלפי מנשה ממערב לגדר, ברצף טריטוריאלי עם מדינת ישראל. זו פעולה שנועדה כל כולה להזיז את גבולה האפקטיבי של המדינה, והיא אינה חוקית לפי דיני התפיסה הלוחמתית. לדברי העותרים, ההחלטה על הקמת הגדר בתוואי הנוכחי נתקבלה בלחץ של תושבי אלפי מנשה ובלחץ של

תושבי הישוב מתן, שביקשו כי לא ייסלל בקרבתם כביש חלופי לכביש 55. על-פי התכנית המקורית, כביש 55 היה אמור להיוותר ממזרח לגדר ועל כן הוחלט במערכת הביטחון על סלילת כביש חדש שיחבר את אלפי מנשה עם ישראל דרך היישוב מתן. ואולם, נוכח התנגדות תושבי מתן להעברת הכביש החדש, שונה תוואי הגדר כך שכביש 55 יכלל במובלעת. לטענת העותרים, הגדר אינה משרתת צורך צבאי. צורך צבאי אינו יכול להתפרש על הגנת תושבי התנחלויות. העותרים טוענים כי הותרת הכפרים הפלסטינים ממערב לגדר אינה משתלבת עם הצורך הבטחוני, כפי שגורמי הצבא מציגים אותו. הגדר יוצרת שינוי ארוך טווח, שמשמעותו היא סיפוח מעשי של הקרקעות שבמובלעת לתחום השליטה המוחלטת של מדינת ישראל. ניתוק הזיקה שבין התושבים החיים במובלעת מאלה שחיים מחוצה לה יוצר ישות גיאו-פוליטית חדשה.

81. הטענה <u>השניה</u> שבפי העותרים היא, כי המובלעת – בתוואי שבו הוקמה – אינה מידתית. המובלעת יוצרת פגיעה רבת מימדים בזכויות יסוד של אזרחים מוגנים. היא פוגעת קשות בזכות הקניין, בחופש התנועה, בזכות לפרנסה, לחינוך, לבריאות, למזון, לכבוד ולשוויון. המשפט הבינלאומי, כמוהו המשפט הישראלי, מכיל תנאי מידתיות לפגיעה בזכויות. העותרים מוסיפים כי גם משפט זכויות האדם הבינלאומי חל על העתירה והאיסורים על פגיעה בזכויות היסוד של העותרים נובעים גם ממנו. לטענת העותרים, תוואי הגדר סביב המובלעת מביא לפגיעות בלתי מידתיות הן בשל היותן בלתי נחוצות להשגת המטרה המוצהרת שבבסיסן, הן בשל היעדרו של אינטרס כבד-משקל דיו להצדקת הפגיעה. נטען כי תוואי הגדר סביב המובלעת אינו מקיים אף לא אחד משלושת מבחני המשנה של המידתיות. מבחן המשנה הראשון (היעדר התאמה בין הפגיעה לבין המטרה) אינו מתקיים משום שאין קשר רציונאלי בין הקמת הגדר לבין יעד בטחוני ישראלי. מבחן המשנה השני (האמצעי שפגיעתו פחותה) אינו מתקיים משום שניתן להשיג את המטרה הלגיטימית של הגנה על תושבי ישראל על-ידי הצמדת הגדר לקו הירוק. לטענת העותרים, גדר לאורך הקו הירוק תשיג בצורה טובה יותר את המטרות הבטחוניות משום שתהיה קצרה בהרבה, תהיה ישרה ולא מפותלת ותותיר אוכלוסיה פלסטינית משמעותית ממזרח לגדר. מבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר) אינו מתקיים משום שהפגיעה בזכויות העותרים אינה פרופורציונלית לסכנה שהיא באה לקדם. בעוד שהפגיעה בתושבי הכפרים היא טוטאלית, הזזת הגדר לקו הירוק לא תביא לכל הפחתה בביטחון.

82. הטענה <u>השלישית</u> של העותרים מכוונת כנגד המשטר המשפטי שהוחל על המובלעת, המחייב את התושבים שאינם ישראלים להצטייד בהיתרי שהייה. לטענת העותרים, המשטר המשפטי במרחב התפר הוא משטר מפלה על פי מפתח של מוצא

לאומי ועל כן הינו פסול. המשטר במובלעת יוצר מעמדות משפטיים על-פי מפתח אתני ורק מסווה עצמו בתואנות ביטחוניות. עצם קיום משטר ההיתרים הינו מצב משפטי מביש ובלתי חוקי של עיגון אפליה על רקע אתני-לאומי.

83. הסעד המבוקש על ידי העותרים הוא פירוק גדר ההפרדה, והעברתה לקו הירוק. עד כמה שאלפי מנשה זקוקה לגדר הפרדה, ניתן לבנות אותו בסמוך לישוב זה, על בסיס גדר קיימת שמסביב לישוב זה. על כל פנים – כך טוענים העותרים- אין כל צידוק לכלול את כפרי המובלעת בתוכה.

3. תשובת המדינה

84. בתשובה הראשונית לעתירה (מיום 9.9.2004) מסרו המשיבים כי בעקבות פסק הדין בפרשת בית סוריק נערכת עבודת מטה לבחינת הסדרי החיים במרחב התפר. נמסר כי קיימת אפשרות סבירה ביותר כי יחולו שינויים בהסדרים במרחב התפר. שיפור ההסדרים יקטין את הפגיעה בתושבים וישפיע על נקודת האיזון בין זכויות התושבים לצרכי הבטחון. המשיבים ביקשו דחיית הדיון בעתירה, כדי לאפשר גיבוש עמדה בעניין. בנסיבות אלה נטען כי העתירה הדורשת פירוק הגדר הינה, על פניה, עתירה מוקדמת, ומן הראוי להמתין עד לגיבוש ההחלטות הסופיות. יחד עם זאת הדגישו המשיבים כי הצורך הביטחוני ההחלטי בקיומה של הגדר באיזור זה מביא למסקנה כי בכל מקרה, אין להורות על פירוק הגדר במרחב אלפי מנשה.

85. בהודעה משלימה מטעם המשיבים (מיום 5.12.2004) הועלו טענות מספר בגינן יש לדחות את העתירה על הסף. הטענה <u>האחת</u> היא שיהוי כבד בו לוקה העתירה. לשיטת המשיבים, בקשת העותרים לפרק את הגדר בחלוף שנה וחצי מאז הסתיימה הקמתה, כאשר הפירוק יגרום נזק חמור למשיבים, נגועה בשיהוי כבד ביותר. לעותרים היו הזדמנויות רבות להשמיע טענותיהם נגד התוואי. צווי תפיסת המקרקעין נמסרו להם עוד בסוף שנת 2002 ובראשית שנת 2003, וניתנה להם אפשרות להגיש השגותיהם. באשר ליסוד האובייקטיבי של דין השיהוי, פירוק הגדר יגרום לנזק ביטחוני חמור ביותר, כמו גם נזק כלכלי חמור. מנגד, לא נגרמה פגיעה כה חמורה בעותרים, אשר לא ניתן להקהותה ולמזערה במידה רבה על ידי שיפורים שונים שנעשים ועוד ייעשו על ידי המשיבים. טעם <u>שני</u> שמעלים המשיבים לדחיית העתירה על הסף הוא היותה "עתירה ציבורית" שעה שקיימים עותרים פרטניים שנמנעו מהגשתה. העותרים הם תושבים של שניים מבין חמשת הכפרים במובלעת. כפי שעולה מהעתירה עצמה, תושבי שלושת הכפרים האחרים סירבו להצטרף לעתירה. העותרים הפרטניים,

וכך גם האגודה לזכויות האזרח (עותרת 7) אינם מוסמכים לדבר בשמם של כל תושבי המובלעת. שלישית, נטען כי יש לדחות את העתירה על הסף עקב היעדר פנייה מוקדמת אל המשיבים. אמנם האגודה לזכויות האזרח פנתה עובר להגשת העתירה אל ראש הממשלה ואל שר הבטחון בבקשה כי יורו על שינוי תוואי הגדר במקטע זה. אך פניות אלה היו תמציתיות ביותר ומרבית הטענות המופיעות בעתירה כלל לא נזכרו בפניות האמורות.

86. לגופו של עניין טוענים המשיבים כי אין מקום לשנות את תוואי הגדר של מובלעת אלפי מנשה. הגדר אכן שינתה את מציאות חייהם של תושבי הכפרים שנותרו בצד ה"ישראלי" של הגדר. הדבר נובע מהצורך הביטחוני ההחלטי להגן על אזרחי ישראל מפני פיגועי טרור. הפגיעה בתושבי הכפרים הינה מידתית, בהתחשב בצורך הבטחוני ההחלטי בהותרת הגדר במקומה. המשיבים ציינו כי ערב הקמת הגדר, ביצע המינהל האזרחי ריכוז נתונים על אודות תושבי המובלעת וחייהם ועל סמך הנתונים שנאספו הנפיק היתרים לתושבי המובלעת, המאפשרים להם להתגורר במובלעת ולנוע ממנה לשטחי האיזור ובחזרה. כיום ישנם כ-1,200 היתרים בתוקף לתושבי המובלעת. המשיבים מסרו כי בקרוב צפויים ההיתרים להיות מוחלפים בתעודת קבועות של תושב מרחב התפר, שיהיו בתוקף כל עוד ההכרזה בתוקף. כן הונפקו כ-1065 היתרי כניסה לעובדי ארגונים בינלאומיים, לעובדי תשתיות, לסוחרים, לאנשי חינוך, רפואה וכיוצא באלה. לאחרונה החליט מפקד כוחות צה"ל באזור כי ההיתרים השונים יוחלפו בהיתר אחיד, שתוקפו לשנתיים (ההיתרים כיום הינם עד שלושה חודשים). ההיתרים מאפשרים כניסה למובלעת מתוך ארבעה שערים.

87. המשיבים בתגובתם עמדו על שורה של שיפורים תשתיתיים ולוגיסטיים שנועדו להקל ככל שניתן על תושבי הכפרים. ראשית, מעבר 109 הממוקם בצפון המובלעת, בקרבת הכניסה המזרחית לקלקיליה, פתוח באופן רצוף בכל שעות היממה. במקום נמצא דרך קבע נציג מטעם מינהלת התיאום והקישור שתפקידו לטפל בבעיות שעלולות להתעורר. שנית, הכניסה המזרחית לקלקיליה (DCO קלקיליה) נפתחה לתנועה חופשית וכיום לא נערכת בה כל ביקורת (פרט למקרים של התראה בטחונית). בכך נחסכת למבקשים לבוא אל קלקיליה או לצאת ממנה המתנה ממושכת בכניסה לעיר. היציאה מהמובלעת דרך מעבר 109 והכניסה לתוך קלקיליה נעשית, אם כן, באופן חופשי. שלישית, בסמוך למועד הגשת העתירה נפתח מעבר תת קרקעי המחבר בין חבלה לקלקיליה, מתחת לכביש 55. רביעית, מפקד כוחות צה"ל החליט להרחיב את שעות הפתיחה של השער החקלאי ראס א-טירה, המחבר את המובלעת לחבלה ולראס עטיה כך שהשער יהיה פתוח למעבר רגלי ומעבר כלי רכב במשך מרבית שעות

היום. לצורך כך יוקצה כוח צבאי ייעודי שפעילותו תבטיח גם דיוק רב יותר במועדי פתיחת שני השערים החקלאיים הנוספים. חמישית, המשיבים מפעילים מערך הסעות – במימון המינהל האזרחי – של כל התלמידים המתגוררים במובלעת ולומדים מחוץ לה. שישית, צוות קבוע של רופאים, מצויד בהיתרי כניסה, מגיע לכפרי המובלעת בימים ובשעות קבועים דרך מעבר 109. במקרה של צורך בטיפול רפואי דחוף ניתן להגיע לעיר קלקיליה ולערים אחרות, דרך מעבר 109 הפתוח כל שעות היממה. שביעית, מינהלת התיאום והקישור, בתיאום עם ארגון בינלאומי בשם ANERA, פעלה לחיבור הכפרים ראס א-טירה וח'רבת א דבעה לרשת המים. יתר הכפרים נהנים גם הם מאספקת מים סדירה. שמינית, ניתן אישור עקרוני לתוכנית לשיפור דרך הגישה מהכפרים למעבר 109 ולתכנית לשיפור הדרך העוברת לאורך כביש 55 והפיכתה לעבירה ובטוחה לעגלות.

88. עוד ציינו המשיבים בתגובתם, כי מרבית האדמות החקלאיות של תושבי המובלעת מצויים במובלעת עצמה והגדר כלל אינה משפיעה על נגישות התושבים אליהם. באשר לחקלאים שאדמותיהם נמצאות באיזור חבלה וראס עטיה, אלה יכולים להגיע לאדמותיהם דרך השערים החקלאיים. זאת ועוד, חלק גדול מתושבי המובלעת מתפרנסים ביישוב אלפי מנשה. היכולת לעבוד באלפי מנשה לא רק שלא נפגעה עקב הקמת הגדר, אלא אף הוטבה.

89. בתגובה משלימה נוספת מטעם המשיבים (מיום 19.6.2005) הציגו המשיבים את עמדתם הכללית בעניין הקמת גדר ההפרדה בשטחי האיזור, לרבות לשם הגנה על היישובים הישראליים באזור. כן הציגו המשיבים את עמדתם בעניין השפעת חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי (מיום 9.7.2004) על העתירה שלפנינו. לגבי עמדת המדינה באשר להשלכות העקרוניות של חוות הדעת המייעצת בסוגיית הגדר, הפנו המשיבים לעמדתם בבג"ץ 4815/04 ובבג"ץ 4938/04 (הדנים בגדר ההפרדה בכפר שוקבה ובכפר בודרוס). עמדנו על עמדה זו בחלק של פסק דיננו המוקדש לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג.

90. עמדת המדינה היא כי הקמת הגדר היא צעד בטחוני מובהק. היא באה לתת מענה זמני למתקפת הטרור, הן בישראל והן באיזור. היא באה לתת מענה לאיומי הטרור הקיימים ולאיומי טרור עתידיים, עד אשר ניתן יהיה להגיע להסדר מדיני יציב ואמין. המשיבים מבהירים כי אין במהלכים המתנהלים בין ישראל לבין ההנהגה החדשה של הרשות הפלסטינית כדי להביא לביטול הצורך בהקמת המכשול ובהשלמתו. לדברי המשיבים, התוואי הנוכחי של המכשול הוא זמני. צווי התפיסה,

המוצאים לצורך הקמת המכשול בשטחי האיזור, מוגבלים לתקופה קצובה של מספר שנים. אין המדובר במכשול של קבע. המכשול נועד להגן גם על תושבי הישובים הישראליים באיזור. המכשול עצמו מספק הגנה לא רק לישוב עצמו, אלא אף לדרכי הגישה אליו ולסביבות היישוב. יחד עם זאת, התוואי שנבחר אינו התוואי האידיאלי מבחינה בטחונית. זאת, בשל החובה להגן גם על האינטרסים הנוגדים של התושבים הפלסטינים, הנפגעים עקב הקמת המכשול בשל תפיסת קרקעות, פגיעה בחקלאות, הגבלות תנועה ופגיעה בשגרת החיים. המשיבים מכירים בפגיעה זו ופועלים לצמצם אותה ככל הניתן, הן בעת הקמת המכשול והן בהגנה על מרקם החיים של התושבים לאחר הקמתו.

91. לטענת המשיבים, המפקד הצבאי מוסמך להגן על היישובים הישראליים באזור הן מכוח המשפט הבינלאומי והן מכוח המשפט הישראלי הפנימי, המינהלי והחוקתי. זכותה של ישראל ואף חובתה להגן על אזרחיה, הן המקור המשפטי היסודי המקנה לה את הזכות והחובה להגן על אזרחיה המתגוררים באיזור. המשיבים סבורים כי הקמת המכשול עומדת במגבלות הקבועות בדיני התפיסה הלוחמתית. המפקד הצבאי מחוייב, מכוח כללי המשפט הבינלאומי, להגן על כל מי שמצוי בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, ובמסגרת זו גם על האזרחים הישראליים המתגוררים באיזור או הנוסעים בדרכי האיזור. חובתו של המפקד הצבאי להגן על המצויים בשטח המוחזק אינה מתמצה במי שמוגדרים אנשים "מוגנים" באמנת ג'נבה הרביעית. חובה זו אינה מותנית במעמדם המשפטי של היישובים הישראליים באיזור מבחינת המשפט הבינלאומי, אשר יוכרע בהסדר הקבע בין ישראל לרשות הפלסטינית. המשיבים מציינים כי גם ההסכמים המדיניים בין הישראלים לפלסטינים מותירים את הסמכות להגן על האזרחים הישראלים באיזור בידי מדינת ישראל, עד להסדרת הנושא בהסדר הקבע. חקיקת הביטחון הפנימית באיזור משקפת אף היא את אחריותה של ישראל לביטחונם של הישראלים באיזור. בעניין זה מפנים המשיבים לסעיף 6 למנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה ושומרון) (מס' 7). מקור נוסף לחובה להגן על הישראלים באיזור הוא המשפט המינהלי הישראלי וחוקי היסוד של מדינת ישראל. לטענת המדינה, מחויב המפקד הצבאי להגן על זכויות היסוד של אזרחי ישראל (בין זכויות מכוח חוקי היסוד ובין זכויות מכוח "המשפט המקובל"). הפעלת הסמכות צריכה להעשות באופן מידתי. המפקד הצבאי מוסמך, איפוא, להגן על האזרחים הישראליים באיזור, ואף לפגוע לצורך כך בזכויות אחרים, כל עוד מדובר בפגיעה מידתית הנובעת מתכלית בטחונית בלבד.

4. תגובת העותרים לתשובת המדינה

92. העותרים מסרו בתגובה כי אין בשינויים המתוכננים במובלעת מענה אמיתי לקשיים עימם מתמודדים תושבי המובלעת. מרבית השינויים הם קוסמטיים ומיעוטם בעלי משמעות דלה. השינוי המשמעותי ביותר הוא ההחלטה להאריך את שעות הפעילות של שער ראס א טירה, אך נכון למועד הגשת התגובה גם הוא טרם התבצע. העותרים מבקשים לדחות את כל טענות הסף שהעלו המשיבים. לטענתם, אין מקום לדחיית העתירה בהיותה "עתירה ציבורית". בין העותרים אנשים פרטיים והנזק שהעתירה מפרטת נגרם להם באופן אישי, בנוסף על הנזק הדומה שנגרם לשכניהם. באשר להיעדר פנייה מוקדמת, העותרים מציינים כי בפניות של העותרת 7 (מיום 10.3.2004 ומיום 19.7.2004) נטענו עיקר הטענות כנגד התוואי ויש לראות בפניות אלה פניות ראויות. גם את טענת השיהוי מבקשים העותרים לדחות. לא נוצר שיהוי סובייקטיבי משום שמודעות העותרים לפגיעה התגבשה רק לאחר שחיי היומיום במובלעת נכנסו למתכונת קבועה. באשר ליסוד האובייקטיבי, הנזק היחיד במקרה זה הוא נזק כלכלי והוא נופל בחומרתו ובמשקלו מהפגיעה בזכויות יסוד ובשלטון החוק.

5. תגובת המועצה המקומית אלפי מנשה

93. המועצה המקומית אלפי מנשה צורפה, לבקשתה, כמשיבה בעתירה. לטענתה, אין בגדר כדי לפגוע בתושבים הפלסטינים, בוודאי לא כנטען על ידי העותרים. בהיבט הביטחוני, יש להשאיר את הגדר בתוואי הנוכחי, אשר יש בו כדי להעניק ביטחון לתושבי אלפי מנשה והוא פוגע אך במידה מועטה בתושבים הפלסטינים. המועצה המקומית ביקשה להביא תמונה שונה על מציאות החיים של התושבים הפלסטינים במובלעת, ובעיקר של תושבי שבט א-רמאדין. נטען, כי העבודה באלפי מנשה הינה מקור פרנסה מכובד לרבים מתושבי הכפרים. בעיית הפרנסה, ככל שקיימת, אינה תוצר של הגדר או מיקומה. עוד נטען כי גם סוגיית התנועה אל כפר חבלה והעיר קלקיליה, כמו גם קבלת שירותים רפואיים, אינם מהווים בעיה לבני שבט א-רמאדין.

6. מיתווה הדיון בחוקיות מובלעת אלפי מנשה

94. נפתח את דיוננו בחוקיות מובלעת אלפי מנשה בבחינת טענות הסף של המדינה. לאחר מכן נעבור לבחינת השאלה אם גדר ההפרדה סביב המובלעת הוקמה בסמכות. דיון זה יבחן את הטעמים המונחים ביסוד הקמת הגדר בכלל והתוואי שנקבע

לה באלפי מנשה בפרט. לאחר בחינת הסמכות נעבור לבחינת היקף הפגיעה בתושבים המקומיים. על רקע זה נבחן אם פגיעה זו היא מידתית. נסיים את דיוננו בבחינת הסעדים המתבקשים מהניתוח המשפטי הכולל.

7. טענות הסף

95. בתשובתה מעלה המדינה שלוש טענות סף. הטענה הראשונה עניינה השיהוי בפנייה לבית המשפט העליון. לטענת המדינה, הקמת גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה הסתיימה כשנה וחצי לפני הגשת העתירה. העותרים יכלו לתקוף את הצווים לתפיסת המקרקעין שנמסרו להם בסוף שנת 2002 ובתחילת שנת 2003. אותה עת נערכו סיורים עבור התושבים בתוואי המתוכנן, וניתנה להם אפשרות להגיש השגותיהם כנגד התוואי. גם לאחר מכן – ובטרם החלו העבודות בהקמת התוואי, או תוך כדי הקמתו – ניתן היה לפנות לבית משפט זה. בתגובת העותרים לתשובת המדינה, מציינים העותרים כי מודעותם לפגיעה התגבשה רק לאחר שחיי היומיום במובלעת נכנסו למתכונת קבועה. על כל פנים, לאור הפגיעה הקשה בשלטון החוק, אין לקבל את טענת השיהוי. לדעתנו, הדין עם העותרים. מקובלת עלינו טענתם כי הם לא יכלו לעמוד על היקף הפגיעה בזכויותיהם בטרם נכנסו חייהם במובלעת אלפי מנשה למתכונת קבועה. רק כאשר התגבש משטר ההיתרים; רק כאשר נקבעו שעות הפתיחה והסגירה של השערים; רק כאשר הניתוק ממוסדות הבריאות, החינוך והמסחר בקלקיליה ובחבלה החל לתת אותותיו – רק אז ניתן היה לדעת מה היקפה של הפגיעה. למעשה, אף בעת הגשת העתירה טרם התגבשו סופית הסדרי החיים במובלעת. המשיבים עצמם הודיעו כי קיימת אפשרות סבירה ביותר, שיחולו שינויים בהסדרים במרחב התפר ועל רקע זה אף הושמעה הטענה כי "העתירה מוקדמת". במצב דברים זה, אין, אפוא, שיהוי בהמתנת העותרים עד לגיבוש המתכונת הקבועה של החיים במרחב התפר.

96. טענת הסף השניה של המשיבים התייחסה לזכות העותרים כפי שהדבר נלמד מהעתירה עצמה. העותרים 1-3 הם תושבי ראס א-טירה, והעותרים 4-6 הם תושבי ואדי א-ראשה. העותרת השביעית היא האגודה לזכויות האזרח בישראל. לטענת המדינה, עולה מהעתירה, כי שלושת הכפרים האחרים (ח'רבית א-דבעה, ערב א-רמאדין וערב אבו-פרדה) סירבו, מטעמיהם שלהם, להצטרף כעותרים לעתירה. בנסיבות אלה, ספק אם העותרים מייצגים את כלל תושבי שני הכפרים. הם בוודאי לא מייצגים את שלושת הכפרים האחרים. העתירה לגבי אלה היא עתירה ציבורית. המדינה טוענת כי אין לאפשר עתירה זו, שכן קיים עותר פרטני, הנמנע מטעמיו שלו מלפנות לבית המשפט. אין לנו צורך לבחון טענה זו, שכן בטיעוניו בפנינו ציין בא כוח העותרים כי הוא

מצוייד במכתב (מיום 30.3.2005) אשר כתבו חמשת ראשי המועצות של כפרי המובלעת. במכתב זה הם מסמיכים את בא כוחם לפעול בשמם בעתירה שלפנינו. בכך נפתר עניין זה. נוכל להשאיר, איפוא, בצריך עיון השאלה אם לא ניתן היה להסתפק בעותרים שלפנינו לשם המשך הדיון בעתירה.

97. טענת הסף השלישית הינה כי העותרים לא פנו אל המשיבים בטרם פנייתם לבית המשפט. דין טענה זו להידחות. כפי שעולה מהחומר שלפנינו, העותרת מס׳ 7 (האגודה לזכויות האזרח בישראל) פנתה (ביום 10.3.2004 וביום 19.7.2004) לראש הממשלה ושר הביטחון. בפניות אלו העלתה עותרת זו את עיקרי התנגדותן לתוואי הגדר במובלעת אלפי מנשה, תוך הדגשת הפגיעה הקשה בתושבי הכפרים (במכתב הראשון) וחוסר מידתיות הפגיעה (במכתב השני שנכתב לאחר פסק הדין בפרשת בית סוריק). די באלה כדי לקיים את דרישת הפנייה המוקדמת.

8. הסמכות להקים את גדר ההפרדה בכלל ובמובלעת אלפי מנשה בפרט

98. המפקד הצבאי מוסמך להורות על הקמתה של גדר הפרדה באזור יהודה ושומרון אם ביסודה מונח שיקול ביטחוני-צבאי. הוא אינו מוסמך להורות על הקמתה של הגדר, אם ביסודה מונח שיקול מדיני (ראו פרשת בית סוריק, עמ׳ 828). בפרשת בית סוריק בחנו, בכלים העומדים לרשותנו, את המניע המונח ביסוד החלטות הממשלה. הגענו למסקנה כי על פי הנתונים שהונחו בפנינו, המניע להקמת הגדר אינו מדיני. זו גם מסקנתנו בעתירה שלפנינו. אף כאן שוכנענו כי ההחלטה על הקמת הגדר נפלה לאור מציאות הטרור הקשה אשר פקדה את ישראל מאז ספטמבר 2000. עמדה על כך השופטת ד׳ ביניש באחת הפרשות, אשר התייחסה למקטע הצפוני-מזרחי של הגדה, באזור המקיף את התיחום נשוא העתירה:

> ״ההחלטה להקים את גדר ההפרדה התקבלה ביום 14.4.2002 על ידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי במטרה ׳לשפר ולחזק את ההערכות והיכולות המבצעיות במסגרת התמודדות עם הטרור, וכדי לסכל, לשבש ולמנוע חדירת פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לישראל׳. החלטה זו אושרה לאחר דיון בממשלה ביום 23.6.2002 בו הוחלט על הקמת מכשול באורך של 116 קילומטר, בעיקר באזורים הרגישים אשר דרכם חדרו פעמים רבות מחבלים זורעי הרס ודם לשם ביצוע פיגועי טרור. התוואי הסופי של המכשול נבחר על ידי גורמים ביטחוניים וצבאיים בשיתוף עם גורמים מקצועיים ואושר על ידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי ב-14.8.2002.

> מרחב התפר נועד לחסום מעבר של מחבלים מתאבדים ומחבלים אחרים לתחומי מדינת ישראל. על פי תפיסתם של הגורמים הביטחוניים והצבאיים המופקדים על הנושא, יצירת מרחב התפר הינה מרכיב מרכזי בלחימה בטרור שמקורו באזור יהודה ושומרון. אם וככל שלא יהיה במחסום המוקם משום חסימה מוחלטת מפני חדירת מחבלים, הרי תכליתו של המכשול היא לעכב חדירה לישראל לפרק זמן שיאפשר הגעת הכוחות למקום החדירה, וכך ליצור מרחב ביטחון גיאוגרפי שיאפשר לכוחות הלוחמים לבצע מרדף אחר מחבלים בטרם כניסתם לתחומי המדינה.
>
> אין ספק שהקמת מרחב התפר פוגעת בתושבים הפלסטינים שבאזור המרחב. לצורך הקמת המכשול ייתפסו ונתפסו אדמות חקלאיות ועלולה להיגרם פגיעה משמעותית ביכולתם של התושבים לנצל קרקעות שברשותם, עלולה גם להיפגע נגישותם לקרקע. פגיעה זו היא כורח השעה והיא תוצאה של מצב הלחימה בו נתון האזור כבר למעלה משנתיים – מצב שעלה בחיי אדם מרובים" (**בג"ץ 8172/02** אבתסאם מחמד אבראהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם)).

99. שאלנו את נציגי המדינה, מדוע לא ניתן היה לבנות את גדר ההפרדה על הקו הירוק. מתשובת המדינה למדנו, כי שיקולים ביטחוניים וצבאיים מנעו אפשרות זו. ביסוד תשובתם עמדו שלושה שיקולים: <u>ראשית</u>, הקו הירוק "עובר למרגלותיו של רכס הררי, המצוי ממזרח לקו. את הקו חוצים נחלים רבים שכיוונם ממזרח למערב. בקטעים רבים שלו מצויה צמחיה 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 מצידו השני של המכשול" (פסקה 64 לתשובת המדינה מיום 23.2.2005); <u>שנית</u>, "בקטעים רבים שוכנים ישובים ישראלים ואחרים 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 הביטחון 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" (שם, שם); <u>שלישית</u>, גדר ההפרדה נועדה גם כדי להגן

על הישראלים המתגוררים ביהודה ובשומרון. כן נועדה הגדר להגן על אתרים אחרים בעלי חשיבות, כגון כבישים וקווי מתח גבוה.

100. על יסוד מכלול החומר שעמד לרשותנו, הגענו לכלל מסקנה כי ביסוד ההחלטה על הקמת הגדר מונח השיקול הביטחוני למנוע חדירת מחבלים למדינת ישראל ולישובים הישראלים באזור. גדר ההפרדה מהווה מרכיב ביטחוני מרכזי בלחימתה של ישראל מול הטרור הפלסטיני. הגדר היא מטבעה זמנית. צווי התפיסה המוצאים לצורך הקמת הגדר מוגבלים לתקופה קצובה של מספר שנים. כך עולה מהחלטות הממשלה, שאין לנו יסוד לפקפק באמינותן, לרבות מההחלטה מיום 20.2.2005, אשר הביאה לשינוי בתוואי גדר ההפרדה, בעקבות פסק הדין בפרשת בית סוריק. שינוי זה התבטא במיוחד בתכנון שלבים ג׳ ו-ד׳ של גדר ההפרדה שטרם הוקמו או שהיו בשלבי הקמה. כך עולה גם מהתצהירים שהוגשו לנו ומשאר החומר שעמד לרשותנו. כך, למשל, על פי נתוני שירות הביטחון הכללי, ב-34 החודשים שבין פרוץ העימות המזויין ועד להשלמת חלקה הראשון של גדר ההפרדה ביצעו תשתיות הטרור באזור השומרון 73 פיגועי הרג המוני בהם נהרגו 293 ישראלים ונפצעו 1,950. מאז השלמתה של גדר ההפרדה – כלומר, בשנה שבין אוגוסט 2003 לאוגוסט 2004 – הצליחו תשתיות הטרור לבצע 5 פיגועי הרג המוני בהם נרצחו 28 ישראלים ונפצעו 81. השוואה בין השנה שקדמה לתחילת העבודות על גדר ההפרדה (ספטמבר 2001 – יולי 2002) לשנה ללא הקמת הגדר (אוגוסט 2003 – אוגוסט 2004), מצביעה על ירידה של כ-84% במספר ההרוגים ושל כ-92% במספר הפצועים. דוגמא ליעילות הביטחונית של גדר ההפרדה, הובאה לידיעתנו על ידי המשיבים. ארגון הג׳יהאד האיסלאמי ביקש לפוצץ מחבל מתאבד מאזור ג׳נין בבית ספר ביוקנעם או בעפולה. המחבל המתאבד והמוביל שלו יצאו בשעות הבוקר מג׳נין והתכוונו להגיע לוואדי ערה ומשם לעפולה או ליוקנעם. בעידן שקדם להקמתה של גדר ההפרדה מלאכתם של המחבלים היתה קלה. קו התפר היה פרוץ, וניתן היה להגיע בנקל לוואדי ערה. דרך זו חסומה עתה. אי לכך נאלצו המחבלים להגיע לוואדי ערה בנתיב ארוך בהרבה, דרך אזור שבו טרם הוקמה גדר ההפרדה. 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 בדרכם. לאחר תפיסתם אותרה חגורת הנפץ ונמנע הפיגוע. זו אך דוגמא אחת מני דוגמאות שונות שהובאו לידיעתנו. יש בכל אלה כדי להצביע על חשיבותה הביטחונית של הגדר ועל התועלת הביטחונית שבהקמתה.

101. כך לעניין גדר ההפרדה בדרך כלל. כך לעניין מיתווה גדר ההפרדה סביב מובלעת אלפי מנשה. ההחלטה בעניין קטע זה של הגדר נתקבלה בממשלה ביום 23.6.2002. הוא מהווה חלק משלב א' של גדר ההפרדה. מחקירת פעילי טרור שונים מאזור השומרון עולה – כך נמסר לנו בתצהיר מטעם המשיבים (פסקה 14) – כי גדר ההפרדה באזור זה אכן מהווה מכשול משמעותי המשפיע על יכולתן של תשתיות הטרור בשומרון להחדיר מחבלים לתחומי ישראל. כן עלה בחקירות כי בשל קיומו של המכשול נאלצים ארגוני הטרור למצוא דרכים חלופיות להחדרת מחבלים לישראל, דרך אזורים בהם טרם נבנה המכשול, כגון באזור יהודה. בחנו את גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה. קיבלנו הסברים מפורטים על תוואי הגדר. הגענו לכלל מסקנה כי ביסוד התוואי שנקבע מונחים שיקולים ביטחוניים. לא שיקול מדיני מונח ביסוד תוואי הגדר במובלעת אלפי מנשה, אלא הצורך להגן על שלומם וביטחונם של הישראלים (בין אלה בישראל ובין אלה המתגוררים באלפי מנשה, בין אלה המבקשים לנוע מאלפי מנשה לישראל ובין אלה המבקשים לנוע מישראל לאלפי מנשה). מסקנתנו הינה, איפוא, כי ההחלטה על הקמת גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה התקבלה במסגרת הסמכות הנתונה למפקד האזור. נעבור עתה לבחינת השאלה, אם השימוש בסמכות שניתנה למפקד האזור להקמת גדר ההפרדה הוא מידתי. נעבור תחילה על מירקם החיים במובלעת אלפי מנשה. לאחר מכן נבחן אם הפגיעה בחיי התושבים המקומיים היא מידתית.

9. היקף הפגיעה בתושבים המקומיים

102. מקובל על המשיבים, כי "גדר הביטחון שהוקמה באזור אלפי מנשה שינתה את מציאות החיים של תושבי הכפרים שנותרו ממערב לגדר" (פסקה 44 להודעה המשלימה, מיום 5.12.2004). על היקפה של פגיעה זו חלוקות הדעות בין העותרים למשיבים. נעמוד על מספר מרכיבים מרכזיים של מירקם החיים, והם חינוך, בריאות, תעסוקה, תנועה וקשרים חברתיים.

103. העותרים טוענים כי מרבית הילדים של כפרי המובלעת לומדים בבית הספר היסודי, בחטיבת הביניים ובתיכון הנמצאים בחבלה ובראס א-עטייה, כלומר, מהעבר האחר של גדר ההפרדה. לפני הקמת הגדר, הילדים היו מוסעים על ידי הוריהם לבתי הספר. חלק מהילדים (מהכפרים הסמוכים לחבלה) אף היו הולכים ברגל לבית הספר. עתה יש לעבור, כדי להגיע לבתי הספר, דרך שערי הגדר. בעניין זה נמסר לנו מטעם

המשיבים, כי המינהל האזרחי מממן הסעות מסודרות של כל התלמידים מכפרי המובלעת אל בתי הספר וחזרה. כמובן, ההורים לא יכולים להגיע אל הילדים במשך שעות הלימודים, והילדים אינם יכולים לחזור לכפריהם בכוחות עצמם.

104. בכפרי המובלעת אין בית חולים או מרפאות. שירותים רפואיים ניתנו בעבר בקלקיליה ובחבלה. בית חולים ממשלתי מצוי בשכם. העותרים טענו בפנינו כי לפני הקמת גדר ההפרדה היו רופאים מקלקיליה או מחבלה מבקרים בכפרים, או תושבי הכפרים היו נוסעים אליהם לקלקיליה או חבלה, ומגיעים אליהם תוך דקות ספורות. לאחר הקמת גדר ההפרדה יש לתאם עם רופא, אשר צריך לעבור דרך אחד השערים, על פי שעות הפתיחה שלהם. אין פתרון למקרה רפואי דחוף. כניסת אמבולנסים מקלקיליה או חבלה דורשת תיאום הלוקח שעות רבות. בתשובתם מציינים המשיבים, כי הונפקו היתרים לצוות קבוע של רופאים, המגיעים אל כפרי המובלעת בימים ובשעות קבועים. אמבולנסים נכנסים לפי הצורך, תוך תיאום עם קצין קישור, הפועל עשרים וארבע שעות ביממה.

105. לטענת העותרים, להקמת גדר ההפרדה היתה השפעה קשה על התעסוקה של התושבים בכפרי המובלעת. כעשרה אחוזים מאדמות הכפר ראס א-טירה מצויות בצד השני של הגדר. שמונה דונמים של חממות של תושבי הכפר ואדי א-ראשה מצויות בצד השני של גדר ההפרדה. תושבי הכפר ערב א-רמאדין מתפרנסים בעיקר מגידול צאן. הגדר מפרידה בין הכפר לבין שטחי המרעה. תושבי הכפר א-דבעה מתפרנסים מחקלאות (יצור שמן זית וגידול ירקות וגידולים עונתיים). הגדר הפרידה את הכפר מאדמותיו החקלאיות. תושבי הכפר אבו-פארדה התפרנסו ממסחר בראשי בקר ועיזים. לאחר הקמת הגדר נותק הכפר מאזורי המרעה ומהלקוחות, שאינם יכולים להגיע אליו. תושבי הכפר נאלצו למכור את ראשי הבקר. כמה מתושבי הכפרים עבדו כפקידים של הרשות בקלקיליה. בשל גדר ההפרדה הם מתקשים להגיע למקום עבודתם. רבים מהעובדים השכירים, שעבדו בחקלאות, איבדו את עבודתם, בשל אי היכולת להגיע בשעות העבודה הנדרשות בחקלאות. הם מצאו את פרנסתם כעובדים באלפי מנשה. בתשובתם מציינים המשיבים, כי תושבי הכפרים יכולים להגיע לערי ולכפרי הגדה באמצעות המעבר והשערים שבגדר ההפרדה. החקלאים יכולים לעבור דרך השערים החקלאיים של חבלה וראס א-טירה. המשיבים מוסיפים, כי מרבית האדמות החקלאיות של תושבי המובלעת מצויות בתחומי המובלעת עצמה. חלק גדול מהמשפחות המתגוררות בכפרי המובלעת מתפרנסות מעבודה בישוב אלפי מנשה.

106. לטענת העותרים, גדר ההפרדה פוגעת קשות בקשרים בין כפרי המובלעת לקלקיליה ולחבלה. לפני הקמת הגדר ניתן היה להגיע תוך דקות מספר לקלקיליה. לאחר הקמת הגדר, ובשל הצורך לעבור דרך שערים, הנסיעה אורכת שעות רבות. זאת ועוד: אישור כניסה לרכב דרך השערים ניתן רק לבעל הרכב שהוא תושב המובלעת. קרוב או חבר אינם רשאים לקבל אישור. לרוב תושבי הכפר אין רכב משלהם, וכתוצאה מכך – ובשל אי היכולת להיעזר ברכב של קרוב או חבר – רוב תושבי הכפרים מרותקים לכפריהם. הדבר פוגע גם – בכל הנוגע לכפר ערב א-רמאדין – בשירותי הדת. בכפר זה אין מסגד. תושבי הכפר נהגו להתפלל במסגד שבחבלה אשר היה במרחק הליכה מהכפר. הגדר מפרידה כעת בין הכפר למסגד. בהתחשב בכך שבכפר חמישה כלי רכב בלבד, אין אפשרות מעשית לתושבי הכפר לקיים תפילה בימי שישי ובמועדים. כמו כן מפרידה הגדר בין תושבי הכפרים לבין קרוביהם וחבריהם. קשה להזמין אורחים לטקסים שונים (כגון חתונות ולוויות), שכן כניסתם מחייבת היתר, וזה לא ניתן כלל או ניתן לאחר חלוף זמן רב ממועד הבקשה.

107. העותרים טוענים כי גדר ההפרדה המיטה על תושביה הערביים של מובלעת אלפי מנשה חורבן כלכלי וחברתי. היא יצרה ניתוק של התושבים מאדמותיהם החקלאיות ומכל השירותים הדרושים לקיום חיים תקינים. לטענת העותרים, "חייהם של מאות בני אדם הפכו בשל הקמת הגדר במובלעת לחיי אומללות הנידונים לגסיסה כלכלית, חברתית ותרבותית" (פסקה 4 לעתירה). לטענת העותרים, זכויות התושבים לחירות התנועה, לחיי משפחה, לבריאות, לחינוך, לשיוויון, לפרנסה ולכבוד אנושי נפגעו. פגיעה זו אינה מידתית, ועל כן דינה להתבטל.

108. המשיבים מכירים בכך כי גדר ההפרדה פוגעת בזכויותיהם של התושבים הערביים במובלעת אלפי מנשה. עם זאת, עמדת המשיבים היא כי המשטר הכללי שהונהג במרחב התפר, וההסדרים החדשים באשר למעברים ולשערים, הפכו את הפגיעות בפלסטינים בכלל, ובתושבי כפרי המובלעת בפרט, למידתיות. בעניין זה נמסר לנו כי ביולי 2004 תוקנה ההכרזה, באופן שהתושבים הקבועים של מרחב התפר צויידו ב"תעודת תושב קבוע". המחזיק בתעודה זו לא נדרש להצטייד בהיתר לשם כניסה למרחב התפר או שהייה בו. כדי לשמור על מירקם החיים במרחב התפר הוקמו נקודות ביקורת, המאפשרות מעבר מחלק אחד של גדר ההפרדה לחלקו האחר. נקודות הביקורת מאויישות בכל ימות השנה, ובכל שעות היממה. כן נפתחו שערים חקלאיים, המאפשרים לחקלאים לעבור ממקום מגוריהם לשדותיהם. השערים נפתחים שלוש פעמים ביום, לפרקי זמן קצובים וידועים מראש. כאשר שעות אלה אינן מספיקות ניתן

להאריכן. השערים יהיו פתוחים פרקי זמן ארוכים יותר בתקופות של עיבוד חקלאי אינטנסיבי, כגון בעונת מסיק הזיתים.

109. בגדר ההפרדה אשר במובלעת אלפי מנשה מצוי מעבר אחד ושלושה שערים. המעבר ("מעבר 109") פתוח בכל שעות היום והלילה, בכל ימות השנה. תושבי המובלעת יכולים, לאחר בדיקה, לעבור דרכו, ברגל וברכב, לקלקיליה ולכל שאר חלקי יהודה והשומרון, אם לצורכי עבודה ואם לכל צורך אחר. מקלקיליה ניתן לעבור ליהודה ולשומרון בלא לעבור כל מחסום. כן יצויין כי נפתח מעבר תת-קרקעי המחבר את קלקיליה לחבלה. הוא עובר מתחת לכביש 55 המוביל לאלפי מנשה. התנועה במעבר זה חופשית. בנוסף למעבר קיימים במובלעת שלושה שערים: שער ראס א-טירה, שער חבלה ושער קלקיליה-דרום. שער ראס א-טירה מחבר את המובלעת לחבלה ולראס א-עטייה. הוחלט כי הוא יהא פתוח משעה לאחר הזריחה ועד שעה לפני השקיעה. שני השערים האחרים נפתחים שלוש פעמים ביום למשך שעה. דרך שערים אלה יכולים החקלאים להגיע לאדמותיהם.

10. מידתיות הפגיעה בתושבים המקומיים

110. האם הפגיעה בתושבים של כפרי המובלעת היא מידתית? כפי שראינו, על פי פסיקתו של בית משפט זה – ובעקבות המשפט המשווה – נבחנת המידתיות על פי שלושה מבחני משנה. מבחן המשנה הראשון קובע כי פגיעה היא מידתית, רק אם קיים קשר רציונלי בין המטרה אותה מבקשים להשיג לבין האמצעי בו משתמשים להשגת המטרה. מבחן המשנה השני קובע כי הפגיעה היא מידתית, רק אם אין אמצעי שפגיעתו פחותה ושיש בו להגשים את המטרה אותה מבקשים להגשים. מבחן המשנה השלישי קובע כי הפגיעה היא מידתית, רק אם הפגיעה בזכות האדם היא ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו. אמת מידה זו הופעלה על ידינו בפרשת בית סוריק. האם היא מתקיימת במקרה שלפנינו?

111. העותרים טוענים כי מבחן המשנה הראשון (קשר רציונלי) אינו מתקיים במובלעת אלפי מנשה. זאת, משום שהתוואי הנוכחי "מספח, הלכה למעשה את תושבי חמשת הכפרים שמצאו עצמם במובלעת אל תוך מדינת ישראל ובמקום ליצור את אותה 'הפרדה' (שהיא, כך אנו מבינים, עיקרה של תורת הביטחון של הגדר) יוצרת מציאות שבה מאות פלסטינים נמצאים ממערב לגדר ומבלי כל מחסום או שער בינם לבין ערי ישראל. משום כך, קשה לראות כיצד מקדמת הפגיעה בזכויותיהם של תושבי הכפרים את ביטחון מדינת ישראל, צה"ל או אפילו ביטחונה של אלפי מנשה שכולם לא נפרדים

מתושבי הכפרים אלא להיפך" (פסקאות 140 ו-141 לעתירה). אין בידינו לקבל טיעון זה. גדר ההפרדה יוצרת הפרדה בין המחבלים לבין הישראלים (בישראל ובאזור), ומבחינה זו מתקיים הקשר הרציונלי הנדרש בין המטרה לבין האמצעים להגשמתה.

112. האם מתקיים מבחן המשנה <u>השני</u> (האמצעי שפגיעתו פחותה)? האם ניתן להבטיח את ביטחון הישראלים בתוואי אחר של הגדר, אשר פגיעתו בזכויות התושבים המקומיים פחותה? העותרים משיבים על שאלה זו בחיוב. לטענתם, ניתן להגן על הישראלים באמצעות גדר אשר תוקם על הקו הירוק. טיעון זה אין בידינו לקבלו. בצדק ציינו המשיבים בטיעוניהם בפנינו, כי הקמתה של גדר ההפרדה על הקו הירוק תותיר את אלפי מנשה בצד המזרחי של הגדר. היא תישאר חשופה לפיגועי הטרור מקלקיליה, חבלה ושאר ערי וכפרי השומרון. התנועה ממנה לישראל וחזרה תהא חשופה לפעולות טרור. אכן, כל תוואי של הגדר צריך להתחשב בצורך להעניק ביטחון ל-5,650 תושביה הישראלים של אלפי מנשה.

113. על רקע זה עולה השאלה, מדוע אין להשיג את המטרות הביטחוניות המונחות ביסוד גדר ההפרדה על ידי שינוי בתוואי הגדר, באופן שהתוואי החדש יקיף את אלפי מנשה, אך ישאיר את חמשת הכפרים של המובלעת מחוץ לגדר? תוואי זה יצור קשר טבעי בין כפרי המובלעת לבין קלקיליה וחבלה. הוא יצור קשר אל מכלול השירותים האזרחיים שניתנו לתושבים, לפני הקמת הגדר. מרבית הפגיעות בתושבי הכפרים יוסרו. אכן, חיי התושבים בתוואי הקיים קשים הם. המובלעת יוצרת טבעת חנק סביב הכפרים. היא פוגעת קשות בכל מירקם החיים. השינוי בתוואי, אשר יוציא את הכפרים מחוץ למובלעת, יפחית במידה רבה את הפגיעה בתושבים המקומיים. אם אין אפשרות להוציא את כל חמשת הכפרים שבמובלעות מחוץ לגדר, האם ישנה אפשרות לפיה מרביתם יוצאו ממנה? אכן, מתוך התשתית העובדתית כפי שהוצגה לנו, התוואי הקיים של גדר ההפרדה מעורר תהיות. נפתח בחלק הדרום מערבי של המובלעת. לא שוכנענו כלל כי קיים טעם ביטחוני-צבאי מכריע לקבוע את תוואי הגדר במקום בו הוא עובר עתה. מדוע לא ניתן לשנות התוואי באופן ששלושת הכפרים המצויים בחלק זה (ואדי א-ראשה, מעארת א-דבה וחירבת ראס א-טירה) או מרביתם יוצאו מחוץ לגדר? אמנם, קיימת תכנית שמצויה בשלב ההפקדה להרחיב את התפתחותה של אלפי מנשה לעבר החלק הדרום-מערבי של המובלעת. אך כפי שמר תירזה, שהציג לנו את מפת המובלעת ציין בפנינו, אין זה שיקול שיש להתחשב בו. נפנה עתה לחלק הצפוני והצפון-מערבי של המובלעת. מדוע לא יוצאו הכפרים ערב א-רמאדין וערב אבו-פארדה מחוץ לגדר? שיקול מרכזי בעניין זה יכול להיות הצורך להגן על כביש 55 המחבר את אלפי מנשה לישראל. בעניין זה ציין בפנינו מר תירזה, כי מיקומו של כביש 55 הוא בעייתי מבחינה

ביטחונית. ישראלים נפגעו בו מירי מכיוון קלקיליה. מהחומר שלפנינו למדנו כי על פי תכנית מקורית היה צריך להתבטל הקטע בכביש 55 המחבר את אלפי מנשה עם ישראל. תחתיו היה צריך להיסלל כביש חדש אשר מחבר את אלפי מנשה עם ישראל דרום-מערבית למובלעת, ליד הישוב מתן שבתוך הקו הירוק. לטענת העותרים – טענה שיש לה סימוכין בחומר שהוגש לנו מטעמם – תכנית זו לא התקבלה בשל התנגדותו של הישוב מתן, שסבר כי הדבר יפגע באיכות חייו. מר תירזה ציין בפנינו כי על הכביש המחבר את אלפי מנשה לישראל (הוא כביש 55) יש להשקיף כעל כביש זמני. במצב דברים זה, לא שוכנענו כלל, כי חיוני הוא, מטעמים ביטחוניים-צבאיים, לשמור על התוואי הצפון-מערבי של המובלעת. אם אמנם תוואי זה ישונה, תהא לכך השלכה נוספת בכך שניתן יהא לבטל את שתי הגדרות המפרידות בין קלקיליה לחבלה, ולשוב ולחברן לגוש אורבני גדול כפי שהיה בעבר, ולא להסתפק אך במעבר התת-קרקעי חחדש המחבר ביניהן.

114. הנה כי כן, לא שוכנענו כלל ועיקר כי מבחן המשנה <u>השני</u> של המידתיות מתקיים בתוואי הגדר היוצר את מובלעת אלפי מנשה. נראה לנו כי לא הושקע המאמץ הנדרש ולא נבחן לפרטיו תוואי חילופי, שיוכל להבטיח את הביטחון ושפגיעתו בתושבי הכפרים קטנה יותר. על המשיבים לשוב ולשקול את התוואי הקיים מחדש. עליהם לבחון האפשרות של הוצאת כפרי המובלעת, כולם או מקצתם, מחוץ לצד ה"ישראלי" של הגדר. כמובן, שינוי זה לא ניתן לעשותו בין יום, שכן הדבר מחייב הריסת הגדר הקיימת (בחלק הצפוני, הצפון-מערבי ובחלק הדרום מערבי), בניית גדר חדשה, וכל זאת תוך ביטולו של כביש 55 המחבר בין אלפי מנשה לבין ישראל, ובניית כביש חדש דרומית לאלפי מנשה. על המשיבים לבחון, איפוא, עריכת לוח זמנים ושלבי משנה שונים, שיהא בהם כדי להבטיח, בתוך זמן סביר, את שינויו של התוואי.

115. האם מתקיים תנאי המשנה <u>השלישי</u> של מבחן המידתיות (מידתיות במובן הצר)? כדי להשיב על שאלה זו יש לקבוע אם לתוואי הקיים של גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה יש תוואי חלופי המעניק לישראלים (בישראל ובאלפי מנשה) את מידת הביטחון הנדרשת? אם תוואי חלופי כזה קיים, יש לבדוק את מידת פגיעתו במירקם החיים של תושבי הכפרים. כך, למשל, אם אפשרי הוא, על פי שיקולי הביטחון, לצמצם את תוואי הגדר באופן שהמובלעת תכלול את אלפי מנשה בלבד, כי אז אין כל ספק שתוספת הביטחון המושגת על ידי התוואי הקיים (בהשוואה לתוואי החלופי) אינה שקולה כנגד תוספת הפגיעה שהתוואי הקיים (בהשוואה לתוואי החילופי), גורם לתושבים המקומיים (הפעלה "יחסית" של המידתיות במובן הצר: ראו פרשת בית סוריק, עמ' 840).

116. ומה הדין אם בחינת תוואי חלופי תוביל למסקנה כי התוואי היחיד המעניק את מינימום הביטחון הדרוש הוא התוואי הקיים? כי בלעדיו אין ביטחון לישראלים; כי עימו יש פגיעה קשה במירקם החיים של תושבי הכפרים? מה הדין במצב דברים זה (הפעלה "מוחלטת" של המידתיות במובן הצר: פרשת בית סוריק, עמ' 840)? זו הקשה שבשאלות. לא עמדנו בפניה בפרשת בית סוריק כי נמצאה שם חלופה המעניקה ביטחון לישראלים. כיצד נפתור קושי זה בפרשה שלפנינו? נראה לנו כי טרם הגיעה העת להתמודד עם קושי זה, ואולי העת אף לא תגיע כלל. יש לקוות כי בחינת התנאי השני של מבחן המידתיות תאפשר שינוי בתוואי הגדר, ברוח הערותינו, באופן שיימצא תוואי חדש אשר פגיעתו בחיי התושבים המקומיים תהא פחותה בהרבה מזו הנגרמת על ידי התוואי הנוכחי. נוכל להשאיר, אפוא, את בחינת קיומו של מבחן המשנה השלישי בצריך עיון, תוך שנמקד את הבחינה לעת הזו לקיומו של התנאי השני, כלומר לבחינת האפשרות של צמצום היקף המובלעת.

אשר על כן, אנו עושים את הצו-על-תנאי למוחלט באופן הבא: על המשיבים 1-4 לשקול מחדש, בתוך זמן סביר, את החלופות השונות של תוואי גדר ההפרדה באלפי מנשה, תוך שעליהם לבחון חלופות ביטחוניות הפוגעות פחות בחיי התושבים של כפרי המובלעת. בהקשר זה יש לבחון את החלופה לפיה המובלעת תכלול את אלפי מנשה בלבד וכביש מחבר לישראל, תוך העתקת הכביש הקיים המחבר בין אלפי מנשה לבין ישראל למקום אחר בדרום המובלעת.

ה נ ש י א

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי, הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי הנשיא.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

אני מסכים כי דין העתירה להתקבל, כמוצע על ידי חברי, הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לפסק דינו של חברי הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט ת

המישנה לנשיא מ' חשין:

קראתי את חוות דעתו המקיפה והמעמיקה של חברי הנשיא ברק, ואני מסכים להכרעתו בדין ולדרכו בשבילֵי העובדות וההלכה עד שהסיק מסקנות שהסיק. במהלך הדברים הרגיל לא הייתי מוסיף על דבריו של חברי - והרי כולנו ידענו כי לעיתים מזומנות יש שהמוסיף גורע - ואולם קריאה בהכרעת הדין של בית הדין הבינלאומי בהאג קוממה אותי עד שאמרתי אל ליבי אדברה וירווח לי.

2. המשפט הבינלאומי עבר תהפוכות רבות ומבורכות בעשרות השנים האחרונות. זכורני כי לפני יובל שנים - ואני סטודנט צעיר בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים - היה מקצוע המשפט הבינלאומי הפומבי (להבדילו מהמשפט הבינלאומי הפרטי) מקצוע זניח ושולי (הגם שנלמד בקורס חובה). המשפט הבינלאומי הפומבי כלל לא ראינוהו - אנו הסטודנטים - ראוי לתואר "משפט", וליחס דומה זכו המוסדות של הקהיליה הבינלאומית ובהם בית הדין הבינלאומי. חלפו שנים, והמשפט הבינלאומי הלאומי הפומבי צבר כוח והחל עומד על רגליו-שלו כשיטת משפט הראויה לתואר משפט. כך הוא, למיצער, בענייניהם של אזורים מסויימים או בענייניהן של מדינות מסוימות על פני הגלובוס. טוב שכך נתפתח המשפט הבינלאומי הפומבי, אף שעוד דרך רבה לפניו עד שיהפוך להיותו שיטת משפט מן-המניין, שיטת משפט שניתן לאכוף את הנורמות שבה על מי שמפר אותן נורמות. יחד-עם-זאת, ובתוך כל זאת, נדע ונזכור, כי בית הדין הבינלאומי בהאג - בית משפט הוא גם במקום שמתבקש הוא לכתוב חוות דעת מייעצת (Advisory Opinion). אכן, בשיבתו של בית הדין לדין כמחווה דעה מייעצת, ההליכים שלפניו אין הם הליכים אדוורסריים רגילים, ולהחלטתו אין נודעת משמעות אופרטיווית מיידית - להבדילה מהחלטת בית משפט רגילה - ואולם, דרכו של בית הדין בכותבו את חוות דעתו דרך בית משפט היא. דרך הילוכו של בית הדין היא, כעיקרון, דרך הילוכו של בית משפט, והשופטים היושבים לדין עוטים את גלימת השופט כפי שהיא מוכרת לנו מבתי המשפט הרגילים. טול מבית הדין

סממני-הליכים אלה המאפיינים בית משפט, ונטלת ממנו את רוחו כבית משפט. והרי פורומים פוליטיים יש לנו למכביר.

3. קראתי את חוות דעתו של בית הדין הבינלאומי בהאג (בדעת רוב), ולצערי נתקשיתי לגלות בו אותם סימנים מובהקים העושים מיסמך להיותו חוות דעת משפטית או פסק-דין של בית משפט. על דרך הכלל, ובלא שנפרט ונדקדק, שני חלקים עיקריים בו בפסק דין של בית משפט, וכמותו בחוות דעת של בית הדין הבינלאומי: חלק אחד מניח תשתית עובדות שהוכחה כיאות לבית הדין, ועל תשתית זו נבנה החלק האחר - החלק המשפטי. כך היא גם חוות דעתו של בית הדין הבינלאומי בענייננו, שחלק אחד בה הוא חלק העובדות, והחלק האחר - הבונה עצמו על החלק האחד - החלק המשפטי הוא. אשר לחלק המשפטי בחוות דעתו של בית הדין הבינלאומי, לא אוסיף על הדברים שכתב חברי הנשיא. נראה אף זאת, שאין חילוקי דעות מהותיים בינינו לבין בית הדין בנושאי חוק ומשפט, וטוב שכך. ואולם אם כך באשר לחלק המשפטי, הנה באשר לחלק העובדתי - והיא התשתית שעליו נבנה פסק הדין - אבקש לחלוק על בית הדין.

4. כפי שראינו בסקירתו של חברי, התשתית העובדתית שעליה בנה בית הדין את חוות דעתו - תשתית עובדתית רעועה היא. ויימצאו אף מי שיאמרו כי אין לו לפסק-הדין תשתית ראויה כלל. בית הדין קבע מימצאים על-פי חוות דעת כלליות, מימצאיו - מימצאים כלליים וסתמיים הם, ודומה כי - שלא כדרכו של בית הדין הבינלאומי - אין זה נכון להשתית פסק דין - בעניינים פעוטי-ערך-וחשיבות כבעניינים רבי-ערך-וחשיבות - על מימצאים כמימצאים שבית הדין השתית עליהם את פסק דינו. כלליות וסתמיות המאפיינות את חוות-הדעת בהיבט העובדות אינן מאותם סימנים הראויים כי יינתנו בחוות דעת משפטית או בפסק דין. יתר-על-כן: סתמיות וכלליות אלו נוסכות בחוות הדעת יסוד אמוציונלי במידה גדושה שאינה ראויה לחוות דעת משפטית. ועוד זאת אוסיף, שעל דרך זו נצבעת חוות הדעת בצבע פוליטי שהכרעה משפטית ראוי לה כי תרחק ממנו ככל הניתן. ואם בכל אלה אין די, הנה התעלמותו הכמעט-מוחלטת של בית הדין מבעיות הבטחון ומן הטרור הנוראים שפקדו את ישראל - ואוסיף: התעלמות כמעט-מופגנת - התעלמות זרה ומוזרה היא. אין לי אלא להסכים עם השופט בורגנטול (Burgenthal) - ובאורח חלקי עם השופטת היגיניס (Higgins) ועם השופט קוימנס (Kooijmans) והשופט אוודה (Owada) - כי התשתית העובדתית שעליה נבנה פסק הדין תשתית לקויה היא עד שאין מקום להכריע על-פיה דין ולו על דרך של חוות הדעת. וכדבריו של השופט בורגנטול (בפיסקה 1 לחוות דעתו):

> ... 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...

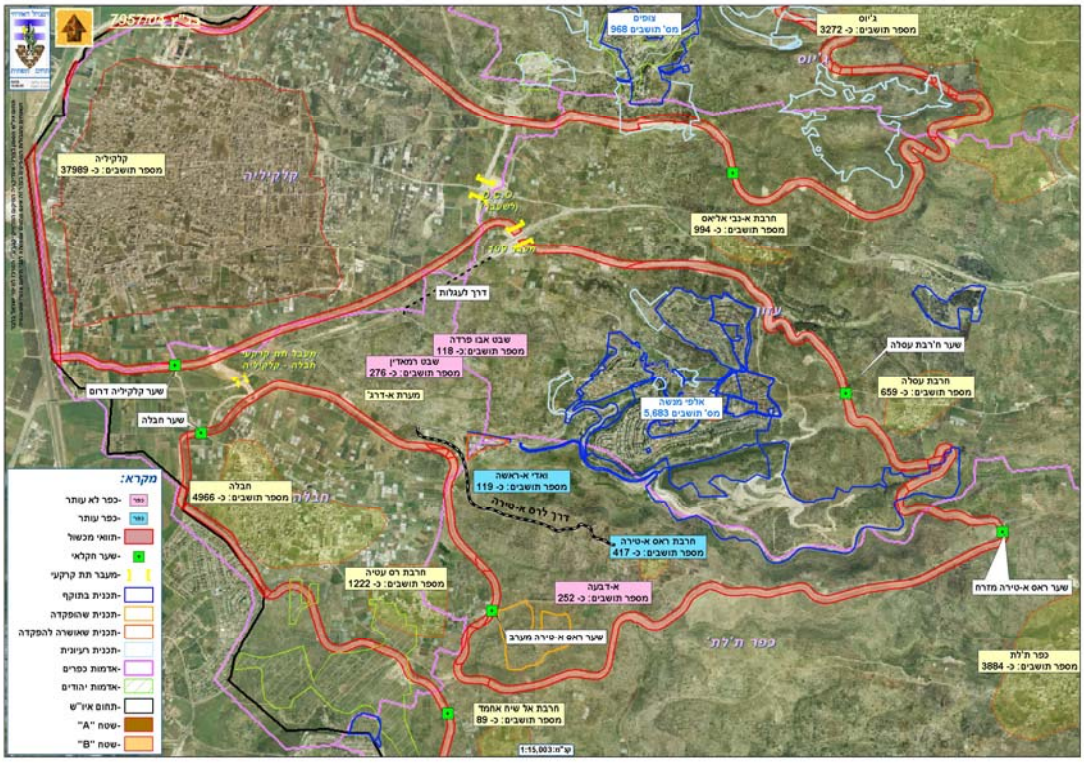
וכך בהמשך דבריו (ראו פיסקה 64 לחוות דעתו של הנשיא). צר לי, אך החלטתו של בית הדין הבינלאומי אין בכוחה להאיר את דרכי. אורה דל מכדי שאדריך עצמי על-פיה לעשות משפט אמת וצדק בדרכו של שופט כפי שלמדתי ממי שקדמו לי ובבית אבי.

המישנה לנשיא

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, י"א באלול התשס"ה (15.9.2005).

ה נ ש י א	המישנה לנשיא	ש ו פ ט ת
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט	ש ו פ ט
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט	ש ו פ ט ת


ג'יוס
מספר תושבים: כ- 3272
צופים
מס' תושבים 968
קלקיליה
מספר תושבים: כ- 37989
חרבת א-בני אל'אס
מספר תושבים: כ- 994
דרך לעגלות
שבט אבו פרידה
מספר תושבים: כ- 118
שבט רמאדין
מספר תושבים: כ- 276
מערת א-דרב'
שער קלקיליה דרום
שער חבלה
שער ח'רבת עסלה
חרבת עסלה
מספר תושבים: כ- 659
אלפי מנשה
מס' תושבים 5,683
חבלה
מספר תושבים: כ- 4966
נאדי א-ראשה
מספר תושבים: כ- 119
דרך לרס א-טירה
חרבת ראס א-טירה
מספר תושבים: כ- 417
חרבת רס עסיה
מספר תושבים: כ- 1222
א-דבעה
מספר תושבים: כ- 252
שער ראס א-טירה מזרח
שער ראס א-טירה מערב
כפר ת'לת'
כפר ת'לת'
מספר תושבים: כ- 3884
חרבת אל שיח אחמד
מספר תושבים: כ- 89
מקרא:
-כפר לא עותר
-כפר עותר
-תוואי מכשול
-שער חקלאי
-מעבר תת קרקעי
-תכנית בתוקף
-תכנית שהופקדה
-תכנית שאושרה להפקדה
-תכנית רעיונית
-אדמות כפרים
-אדמות יהודים
-תחום אזו"ש
-שטח "A"
-שטח "B"