

# על הגבול בין גדר לחומה ובין ביטחון לסיפוח: פסיקת בג"ץ ופסיקת בית הדין הבינלאומי בהאג ביחס לגדר ההפרדה איתי אפטר ועומר בכמן\*

## מבוא

א. נרטיב משפטי וטרמינולוגיה: תיאור הסכסוך וגדר ההפרדה

1. תיאור הרקע ההיסטורי

2. גדר או חומה?

ב. הדין החל: שאלת הסמכות לבניית הגדר

ג. מטרת גדר ההפרדה: ביטחון או סיפוח?

ד. המלחמה בטרור וחוקיות ההתנחלויות

1. המלחמה בטרור

2. חוקיות ההתנחלויות

## סיכום

## מבוא

משפטן מכוכב אחר שהיה מגיע לעולמנו וקורא את פסקי הדין בנושא גדר ההפרדה, לא היה מבין, כנראה, שמדובר בשני מסמכים העוסקים באותו העניין. ההבדלים בתיאור הגדר ובהצגת האירועים ההיסטוריים שהובילו לבנייתה רחבים עד כדי יצירת פער שמבלבל אפילו אנשים המעורים בסבך הפוליטיקה הבינלאומית-משפטית.

מומחי המשפט הרגישים לחשיבות הנרטיב הורונו זה מכבר שהבדלים אלו אינם אך עניין שבקישוט, אלא הם כלי המשמש את בתי המשפט ביצירת הרצף הלוגי המוביל להכרעותיהם ובשכנוע הקהל הנחשף לפסיקותיהם<sup>3</sup>. גם בנושא גדר ההפרדה ניכרת השפעת הנרטיב על ההבדלים בהכרעה השיפוטית, ואת השפעה זו ננסה לתאר ולנתח בפרק הראשון של הארה זו.

השפעת הנרטיב שנתאר היא חשובה ומשמעותית, אך היא חייבת למצוא בסיס בדין החל על העניין המשפטי הנדון, ולענייננו, כללי המשפט הבינלאומי הפומבי הנוגעים בהקמת גדר ההפרדה בשטחי הגדה המערבית. הפרק השני בהארה זו יציג את הפרשנויות האפשריות לאמנות הבינלאומיות החלות על תפיסה לוחמתית ולהיקף זכותה של המדינה הכובשת להגנה עצמית. הדינים העיקריים הנוגעים בענייננו הם כללי האג משנת 1907, אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 וסעיף 51 למגילת האו"ם (הצ'רט) משנת 1951<sup>4</sup>. לאחר הצגת דינים אלו נבחן האם המשפט הבינלאומי המסורתי החל על ענייננו וכאמור, הועלה על הכתב לפני כחמישים שנה, מספק מענה הולם לבעיית המלחמה בטרור, או שמא יש צורך בפיתוח דינים חדשים או ביצירת פרשנויות חדשות לדינים הקיימים כדי לספק מענה זה<sup>5</sup>.

\* סטודנטים למשפטים באוניברסיטת חיפה וחברי מערכת "הארץ דין".

- 1 החלטת בית הדין הבינלאומי בהאג (להלן: בית הדין) - ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (להלן: החלטת האג) ב-<http://www.icj.org> (ניתנת לצפייה ב-<http://www.icj.org>) ובג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) (להלן: החלטת בג"ץ).
- 2 חשוב לציין כי בית הדין בהאג לא נתן פסק דין של ממש אלא חוות דעת. אך למרות האופי המחייב פחות של אמצעי זה בהשוואה לפסק הדין של בג"ץ, בכל זאת לצורכי ההערה נתייחס לשניהם במידה שווה מפאת חשיבותה של חוות הדעת, משמעותה והמסקנות שבדעתנו להפיק מהשוואה זו.
- 3 S. Almog "As I Read I weep - In praise of Judicial Narrative" 26 Okla. City U.L. Rev. (2001) 471, 489. ראו גם י' יובל "צדק נרטיבי" מחקרי משפט יח (תשס"ב) 283.
- 4 M. Ottolenghi, "Note: The Stars and Stripes in Al-Fardos Square: The Implications for the International Law of Belligerent Occupation" 72 Fordham L. Rev. (2004) 2177, 2182-87.
- 5 ע' גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור - היבטים מוסריים ומשפטיים (תשס"ד) 16.

הפרק השלישי של ההארה יעסוק ביישום המשפט הבינלאומי בעובדות המקרה שלפנינו. ההבדל המהותי ביותר העולה מההשוואה בין הכרעת בג"ץ להכרעת בית הדין הבינלאומי בהאג הוא בחינת מטרת גדר ההפרדה והיחס לעמדת מדינת ישראל כי הגדר היא אמצעי ביטחוני-זמני ללא כל מטרת סיפוח. פער זה מחייב בחינה: האם ניתן להוכיח מהי מטרת הגדר באופן אובייקטיבי, או שמא על האורגן השיפוטי לקבל את כוונתו הסובייקטיבית של הממשל?

שאלה נוספת הקשורה ביישום הדין הבינלאומי לעובדות המקרה הנדון קשורה להגדרה היקף השאלה העומדת להכרעה בפני האורגן השיפוטי. ברקע לדיון בגדר ההפרדה עומדים שני נושאים המשפיעים על ההכרעה השיפוטית: קיומן של ההתנחלויות בשטח המדובר וחוקיותן במישור המשפטי הבינלאומי ותופעת פיגועי הטרור הפוקדים את ישראל והמאבק בה. בחלקה הרביעי של הארה זו אנו ננסה להציג בפני הקוראים את היחס של כל ערכאה לנושאים אלו ולשאל אם יש מקום להתייחס אליהם במסגרת הדין המשפטי. כמו כן נבחן את השלכותיו של כל אחד מהנושאים על פסיקת הערכאות השונות.

חשוב לזכור כי הדיון המהותי בבית הדין התקיים ללא ייצוג ישראלי או תגובות ישראליות לטענות הקשות שהועלו בפני השופטים. העמדה הישראלית התמקדה בהעדר הסמכות, עמדה שזכתה לגיבוי ממדינות מערביות רבות, אך נדחתה על ידי בית המשפט. ההחלטה שלא להופיע לדיון המשפטי, ובכלל זה ההחלטה שלא להתייחס לטענות הצד האחר לגופן, מחייבת דיון בפני עצמו. אנו נסתפק כאן באמירה כי לדעתנו, טעתה ישראל בהחלטתה שלא להשתתף בדיון. השתתפות כזו הייתה מספקת תמונה שלמה יותר של המציאות לשופטים ומקשה עליהם להגיע למסקנתם בקלות רבה כל כך.

העיסוק בנושא חוקיות הגדר, מעמד ההתנחלויות והאמצעים החוקיים העומדים לרשות מדינה בבואה להילחם בטרור (ובכלל זה בטרור שמקורו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית) בוודאי ימשיכו להעסיק את הציבור ואת אנשי המקצוע בישראל ומעבר לים. לא נתיימר לשים עצמנו במקומם של שופטי בית הדין או בית המשפט העליון, אלא רק ננסה לנתח באופן תמציתי את מקצת הגורמים להכרעותיהם ואת הכלים שנעשה בהם שימוש כדי להגיע אליהן.

## א. נרטיב משפטי וטרמינולוגיה: תיאור הסכסוך וגדר ההפרדה

"כשאני משתמש במלה", אמר המפטי דמפטי בנימה של בוז ניכר, "מובנה הוא בדיוק המובן שאני בוחר בשבילה - לא פחות ולא יותר."  
"השאלה היא", אמרה אליס, "אם אתה יכול לכפות על מלים מובנים כל-כך רבים ושונים."  
"השאלה היא", אמר המפטי דמפטי, "מי כאן האדון - זה הכול."<sup>6</sup>

נרטיב משפטי הוא ה"סיפור" שהשופט מספר בפסק הדין שהוא כותב. יש משמעות רבה לגבולות הנרטיב: איפה מתחיל הסיפור, ואיך הוא נגמר<sup>7</sup>. הסיפור המשפטי הוא בעל כוח נורמטיבי: הוא מכריז על תיאור מסוים

6 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 24. העמדה הישראלית כוללת, בין השאר, טענות לעניין חוסר הסמכות של העצרת הכללית לדון בסכסוך הישראלי-הפלסטינאי מאחר שהוא נמצא בסמכות מועצת הביטחון, טענות על האופי הפוליטי של השאלה וטענות לעניין הפגיעה האפשרית של מתן חוות דעת באפשרות למשא ומתן מדיני בין הצדדים לסכסוך.

7 שם, בפסקאות 51, 59.

8 שם, בפסקאות 24-61.

9 לואיס קרול מבעד למראה ומה אלס מצאה שם (ר' ליטוין מתרגמת, 1999) 109-110. ראו גם רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 254.

10 K.L. Scheppele "Legal Storytelling: Forward: Telling Stories" 87 Mich. L. Rev. (1989) 2073, 2094

של העובדות כמציאות, ואנו בקוראים נוטים לקבל אותה כנכונה וכללית מוטלת בספקיו. כוח זה נותן משמעות רבה למגמתיות הנרטיב המשפטי: אילו עובדות נכנסות לסיפור ואילו לא, מי מופיע על הבמה זמן רב יותר ומי הופך לשחקן משנה. יש הטוענים כי שופטים מתפתים להשמיט חלק מהעובדות הרלוונטיות כדי להדגיש עובדות אחרות המובילות אל התוצאה שאליה הם רוצים להגיע<sup>12</sup>, לעתים תוך שכנוע הקהל הדמיוני שמאזין להם כי זו התוצאה היחידה האפשרית, וכי אין מקום כלל לשיקול דעת שיפוטי בהכרעה<sup>13</sup>. אחרים סבורים כי מגמתיות זו נובעת מעולמו הפנימי של השופט ומנטייתו האנושית לשים לב לעובדות מסוימות. כותבים אלו מניחים כי לא ניתן להימנע לחלוטין מנרטיביות משפטי ולכתוב תיאור ריק של העובדות<sup>14</sup>, אך כדי לשמור על הוגנות ועל אי-משוא פנים במשפט יש להקפיד על הליך נאות של נרטיב או של אתיקה נרטיבית<sup>15</sup>. הליך נאות כזה הוא הליך שבו השופטים מספרים "סיפור הוגן" שבו כל הצדדים זוכים לכבוד, לקשב ולמעמד במידה שווה<sup>16</sup>. במסגרת הנרטיב יש לבחון את תיאור הרקע ההיסטורי או את אירועי העבר כשעולה השאלה אם תיאור זה רק מהווה ביטוי לתפיסת הקולקטיב שבקרב השופט יושב, או שמא יש לו השפעה על ההכרעה<sup>17</sup>. תופעת הנרטיביות המשפטית מאירה את ההבדלים הסגנוניים והתיאוריים בפסיקות בעניין גדר ההפרדה באור חדש: בחירת המילים ותיאור אירועי העבר אינם נייטרליים, והם מצביעים במידה רבה על התוצאה בסוף פסק הדין<sup>18</sup>.

## 1. תיאור הרקע ההיסטורי

כבר בתחילת הדרך נבחין בהבדלים בתיאור ההיסטורי בין הפסיקות. בית הדין הבינלאומי בהאג מתאר את תולדות השתייכות אזור הגדה המערבית שעליו הגדר נבנית, מהאימפריה העות'מנית, דרך תחילת המנדט הבריטי ב-1919 (ועמידה על כך שהמנדט היה זמני עד כינון מדינה עצמאית לתושבי השטח), עד תכנית החלוקה והצהרה על כינון שתי מדינות לשני עמים. לאחר מכן מתוארת מלחמת העצמאות, שסיומה בהסכמי רודוס יוצר את הקו הירוק (קווי הפסקת האש), שהוא לדעת בית המשפט, קו הגבול המוסכם היחיד בין ישראל למדינות ערב<sup>19</sup>. בהמשך בית הדין מתאר את רצף האירועים ממלחמת ששת הימים ועד היום תוך הדגשת כיבוש השטח על ידי ישראל, החלטות האו"ם הקוראות לפינוי השטח, הצעדים שנקטה ישראל לסיפוח מזרח ירושלים וההתנגדות הבינלאומית לכך. לסיום התיאור ההיסטורי בית הדין מתאר את תהליך השלום, את ההסכמים בין ישראל לירדן ואת הסכמי אוסלו, ומדגיש את הטענה שישראל לא יישמה את הסכמי אוסלו. בית הדין מכנה את ישראל ככובשת ומדגיש את הימשכות הכיבוש מ-1967 ועד היום<sup>20</sup>.

בית הדין משמיט את העובדה שאותם השטחים נכבשו על ידי ירדן ב-1949 בניגוד לתכנית החלוקה, וכי ישראל לא כבשה מדינה פלסטינית ריבונית, ומדינה זו מעולם לא התקיימה. הטענה כי ישראל הותקפה על ידי

11 ש' אלמוג "עיני המערער חשכו" - בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט טו (תש"ס) 295, 307.  
12 P.M. Wald "The Rhetoric of Results and the Results of Rhetoric: Judicial Writings" 62 U. Chi. L. Rev. (1995) 1371, 1390  
13 J.L. Harrison & S.E. Wilson "Law and Literature: a Collection of essays on John Grisham's The Rainmaker: Advocacy in Literature: Storytelling, Judicial Opinions, and The Rainmaker" 26 U. Mem. L. Rev. (2000) 1285, 1286  
14 Almog, לעיל הערה 3, בע' 496.  
15 י' יובל "צדק נרטיבי" לעיל הערה 3, בע' 310.  
16 שם, בע' 311.  
17 ד' ברק-ארז "והגדת לבנון: היסטוריה וזיכרון בבית המשפט" עיוני משפט כ"ו (תשס"ב) 773, 799.  
18 ידוע לנו כי בחירתנו במונח "גדר ההפרדה" אף היא לא חפה מנרטיביות, אך העדפנו לדבוק במונח השכיח והמקובל בתקשורת ובשיח הציבורי בישראל.  
19 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקאות 69-73.  
20 שם, בפסקאות 73-79.

מדינות ערב ב-1967 לא הוזכרה על ידי בית הדין, כמו גם האפשרות לראות במלחמה הגנה עצמית של ישראל מפני מדינות ערב. אמנם חשוב לציין כי אין ודאות שטענה כזו היא אמת היסטורית, אך הציפייה שבית הדין יתייחס אליה, היא בהחלט לגיטימית, לפחות כל עוד מצא בית הדין לנכון לפרוס את ההתפתחות ההיסטורית הרלוונטית. בהנחת התשתית העובדתית בצורה אגבית שכזו בית הדין "משכנע" אותנו כי אלו העובדות שאינן שנויות במחלוקת, אולם ברור שתיאור כזה, מכל נקודת מבט שהיא, אינו ממצה, אינו מאוזן ואינו מציג את התמונה במלואה<sup>21</sup>. יש שיגידו שבית הדין, בהיותו אורגן המייצג את הקהילה הבינלאומית<sup>22</sup>, פועל מתוך הזיכרון הקולקטיבי הבינלאומי, המייחד משקל ניכר לאשמת ישראל בהמשך הסכסוך. מנגד, יש שיטענו שבעשותו כן בית הדין פוגע ביכולתו לשכנע את הקהילה המקצועית בישראל ש"סיפור המסגרת" הישראלי הובא אף הוא בחשבון<sup>23</sup>.

בצורה דומה ניתן לאפיין את הצגת הרקע ההיסטורי על ידי בג"ץ. התיאור ההיסטורי מתחיל מ-1967, ולא מהעבר הרחוק, כמו בבית הדין, ומתאר בחמש שורות את השתלשלות האירועים עד סוף תהליך השלום ותחילת אינתיפאדת אל-אקצה. לאחר תיאור קצר זה בג"ץ סוקר באריכות את פיגועי הטרור והאלימות הפלסטינית, ומיד אחר כך באה הכותרת "ההחלטה על הקמת גדר ההפרדה"<sup>24</sup>. בכך למעשה אנו רואים את "נוסחת הנרטיבזם השיפוטי" בפעולה. כבר בעמוד השלישי (מתוך שלושים ואחד עמודים) הצגת העובדות יוצרת את הרושם שבניית הגדר ההפרדה היא תוצאה הכרחית של הטרור הפלסטיני ושל הסכסוך הישראלי-הערבי. רושם זה מחזק את הטענה כי שופטי בג"ץ כתבו את פסק דינם זה מתוך ההנחה המוקדמת כי גדר ההפרדה היא חוקית והכרחית, והם מובילים את הקורא למסקנה זו<sup>25</sup>. כמו בית הדין, גם בג"ץ בוחר להתעלם מעובדות שאינן מתאימות לנרטיב ההיסטורי שהוא מייצג: אין התייחסות לאירועים שקדמו ל-1967 ומצביעים על הזכות להגדרה העצמית של הפלסטינים, להחלטות האו"ם המחייבות את ישראל לפנות את השטח ולאי-ההכרה הבינלאומית בשליטה הישראלית בשטחי יהודה ושומרון. כמו בית הדין, גם בג"ץ רואה עצמו כמייצג הקולקטיב תוך שהוא משתמש בנרטיב ההיסטורי הרשמי שהוא הנרטיב האפשרי היחיד מבחינתו כדי למקם את עצמו במרכז הקונסנסוס הישראלי שמתוכו הוא בא<sup>26</sup>.

## 2. גדר או חומה?

כאמור, לרקע ההיסטורי תפקיד חשוב ומהותי במסגרת הנרטיב תוך שהוא מהווה בסיס לאופי הפסיקה כולה. אך מובן שבכך אין הדיון בסוגיה סבוכה זו מסתיים, וחשוב לבחון לעומק גם את נרטיב פסק הדין בעצמו. אי-אפשר שלא לשים לב להבדל במינוח שבו הערכאות משתמשות לתיאור גדר ההפרדה. בית הדין מכנה

21 שם, סעיף 16 לפסק דינה של השופטת היגנס (ניתן לצפייה ב-[http://www.icj-ב-לפסק דינו של השופט אוודה \(ניתן לצפייה ב-  
\[http://www.icj-ב-לפסק דינו של השופט אוודה \\(ניתן לצפייה ב-\]\(http://www.icj-ב-לפסק דינו של השופט אוודה \(ניתן לצפייה ב-\)](http://www.icj-ב-לפסק דינו של השופט אוודה (ניתן לצפייה ב-)

22 ברק-ארו, לעיל הערה 17, בע' 784.

23 יש שאף יטענו שבית הדין כשל במשימתו ליצור תקשורת נכונה מול מערכת המשפט הישראלית בכלל ובג"ץ בפרט. להרחבה בדבר רעיון התקשורת הרצויה בין בתי דין על-לאומיים ובתי דין מקומיים ולניסיון האירופי בתחום ראו A.-M. Slaughter "Human Rights International Law Symposium: A Typology of Transjudicial Communication" 29 *U. Rich L. Rev.* 99 (1995). כמו כן, ראו D. Kretzmer *The Occupation of Justice* (New York, 2002) וביקורת מאת א' רייכמן על ספר זה (עתידה להתפרסם בכרך ח של "משפט וממשל").

24 החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקאות 1-3.

25 Wald, לעיל הערה 12, בע' 1387 (יש הטוענים כי שופטים רבים מכריעים מהי התוצאה הנכונה, ורק אז בונים את הסיפור העובדתי המתאים).

26 ברק-ארו, לעיל הערה 17, בע' 801-802.

איתי אפטר ועומר בכמן "על הגבול בין גדר לחומה ובין ביטחון לסיפוח: פסיקת בג"ץ ופסיקת בית הדין הבינלאומי בהאג ביחס לגדר ההפרדה" הארת דין א (3) (התשס"ד) 172

אותה כ"חומה", ואילו בג"ץ מדבר על "גדר ההפרדה" או "מכשול קו התפר"<sup>27</sup>. הבחירה במינוח זה מתקשרת במישרין לתיאור הפיזי השונה של הגדר בכל אחת מהערכאות. בית הדין מתאר את הגדר באופן המקיים בעיני רוחם של הקוראים מבנה מסיבי וקבוע על ידי פריסתה של מעין "רשימת מכולת" המשתרעת על חצי עמוד המתאר בפרטי פרטים את מרכיבי הגדר<sup>28</sup>. התמונה המצטיירת מתיאור זה היא של מכשול קבוע ומורכב שקשה לפרקו, מכשול הקבוע, למעשה, עובדות בשטח<sup>29</sup>. לעומת זאת, בג"ץ מתון הרבה יותר, מתאר את הגדר כ"מכשול זמני" ומשתמש במונחים "ידידותיים" יותר: גדר "חכמה" ולא "חשמלית", "דרך טשטוש" ולא "כביש דו מסלולי". נוסף על כך בג"ץ מוצא לנכון לצמצם את רוחב השטח שייטפס בפועל ולציין כי בחלק מהמקומות יוקם מכשול צר יותר<sup>30</sup>. שני התיאורים אמינים באותה המידה, אך כל אחד מהם יוצר רושם שונה אצל הקוראת<sup>31</sup>. קיומו של הפער המתואר כאן מזמין למעשה את הקוראים לנסוע לאזור קו התפר ולהיווכח בעצמם. ניתן לטעון שבכך מערכת המשפט - הן בית הדין והן בית המשפט העליון - יוצאת נפסדת משום שאינה מצליחה לתאר בפני קהל הקוראים את המציאות באופן שמסיר ספק ולא מצריך את הקוראים "לשפוט בעצמם".

התופעה חוזרת על עצמה לאורך ההשוואה בין שני פסקי הדין ביחס למצב הנוכחי ביהודה ושומרון. בית המשפט הישראלי מתייחס לשטחים כנתונים ל"תפיסה לוחמתית"<sup>32</sup> - מושג המתיימר להיות נייטרלי - בעוד שבית הדין מתייחס לשטח כ"כבוש"<sup>33</sup>. הפער הנרטיבי בולט ביותר גם בהתייחסות שני הטריבונלים לטרור ולהתנחלויות<sup>34</sup>. חשוב לציין שלצד הפערים קיימות גם התייחסויות נרטיביות דומות. כך, לדוגמה, שני פסקי הדין מתייחסים לסבל הפלסטיני שתגרום הגדר על ידי יצירת מובלעות וגרימת קושי לחיי היום-יום של תושבי האזור. שתי הערכאות דוחות על הסף את הטענה כי יתאפשר לתושבים מעבר מספק באמצעות משטר רישוי של מחסומים ובדיקות ביטחוניות, וקובעות כי תהיה כאן פגיעה אנושה בזכויות הפלסטינים המתגוררים סמוך לגדר ההפרדה<sup>35</sup>.

## ב. הדין החל: שאלת הסמכות לבניית הגדר

What is not specifically prohibited is permitted.<sup>36</sup>

משהנחנו בקצרה את היסודות הנרטיביים שיוצרים את המסגרת ה"סיפורית" לפסיקה, נעבור לשלב הנורמטיבי. שתי הערכאות יצאו מנקודת המוצא שיש לדון בסוגיה לאור כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, אך

- 27 ככל הנראה, בג"ץ משתמש בטבעיות במינוח שבו השתמשה הממשלה בהליכי הקמת הגדר. ראו החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקה 4 לעומתו, בהחלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 67, בית הדין מסביר שהוא בוחר לאמץ את המונח שטבעה האספה הכללית, אף על פי שישראל משתמשת במונח "גדר", ואף על פי שהמכיר הכללי של האו"ם כינה אותה כ"מכשול". לטענת בית הדין, זה המונח המבטא את משמעותה הפיזית של הגדר בצורה הברורה ביותר.
- 28 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 82.
- 29 שם, בפסקאות 120-122.
- 30 החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקה 7.
- 31 Scheppele, לעיל הערה 10, בע' 2097.
- 32 עמדה זו אינה בגדר חידוש בהגדרתו של בג"ץ את שטחי הגדה המערבית. ראו בג"ץ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז (4) 785, 792. ראו לעניין זה גם Kretzmer, לעיל הערה 23, בע' 31-42.
- 33 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 73.
- 34 ראו דיון נרחב להלן בפרק ד.
- 35 ראו החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקה 68 והחלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 84.
- 36 עיקרון זה נקבע על ידי בית הדין (הקבוע) הבינלאומי לצדק עוד ב-1927 ומוכיח עד כמה חשובה שאלת הדין החל. מכיוון שאין בנמצא דין בינלאומי ספציפי לענייננו, יתמקד הדין בשאלת יישום הדינים הכלליים. ראו Lotus Case (1927) PICJ Ser. A N.10. אמנם מאז נכתב פסק הדין עבר זמן רב, והיכולת הריבונית של המדינה הצטמצמה באופן ניכר, אך עדיין לא נס לחו של פסק הדין, והעיקרון שריר וקיים במשפט הבינלאומי - לכל מדינה הזכות לפעול כל עוד אין עליה מגבלות ספציפיות במשפט הבינלאומי. ראו A.T. Guzman "Global Governance and the WTO" 45 Harv. Int'l L.J. (2004) 303, 334.

הן חלוקות בשאלת תחולתם של הכללים ובאופי פרשנותם. בית הדין מחיל במלואן את אמנת ג'נבה הרביעית ואת תקנות האג<sup>37</sup>, שמקובלות בקרב הקהילה הבינלאומית כקודיפיקציה של דיני המלחמה<sup>38</sup>. בג"ץ מסכים כי תקנות האג הן חלק מהמשפט הישראלי משום שהן משקפות משפט בינלאומי מנהגי הנקלט בדין המקומי ללא צורך בפעולה חקיקתית מפורשת, אך אינו מכיר בקליטתה הישירה של אמנת ג'נבה לאור טענת המדינה כי זו אמנה הסכמית המצריכה קליטה על ידי הכנסת בחקיקה ראשית<sup>39</sup>. עם זאת, בג"ץ מעניק תוקף משפטי להחלטת הוולונטרית של המדינה לפעול בהתאם להוראות ההומניטריות שבאמנה<sup>40</sup>. מהדין ההומניטרי של אמנת ג'נבה בג"ץ גוזר את מבחן המידתיות - מבחן החל על צה"ל גם מכוח המשפט המנהלי הישראלי - ומכריע כי תוואי הגדר הנדון אינו מידתי בחלקו<sup>41</sup>. חשוב לציין כי גם בפרשת הגדר נמנע בג"ץ מלהתייחס לעמדת ישראל המסורתית, כי בגדה המערבית ובחבל עזה אין אמנת ג'נבה חלה בשל כך שהשטח לא נכבש ממדינה ריבונית אלא מירדן, שכבשה אותו קודם לכן<sup>42</sup>. עמדה זו אינה מקובלת על האו"ם ועל מרבית המומחים בקהילה הבינלאומית<sup>43</sup>, אך יש הטוענים כי מנסחי אמנת ג'נבה לא ייעדו אותה להגנה על אזרחים בשטח כבוש, אלא להגנה על ריבונותן של מדינות בלבד<sup>44</sup>. בהקשר זה יש המצביעים על כך שמדינת ישראל היא בין המדינות הבודדות שכווננו ממשל צבאי בשטח שכבשו תוך ניסיון מוצהר ליישם את הוראות האמנה, בניגוד למדינות אחרות, שהתעלמו ממנה לחלוטין<sup>45</sup>. מנגד, יש המצביעים על כך שהכיבוש הישראלי הנו ארוך טווח במיוחד, עד כדי חשש לקולוניאליזם<sup>46</sup>.

בית הדין דחה בחדות את העמדה הישראלית בדבר אי-תחולת האמנה וקובע כי הרשות הפלסטינית צירפה את עצמה לאמנה, וכי היא חלה גם על סכסוכים שבהם לא היה כיבוש שטח ממדינה ריבונית<sup>47</sup>. גם אם תחולת האמנה תלויה באלמנט הכיבוש מריבון, ספק אם ניתן לקבל את טענתה של ישראל שבגדה המערבית שרר "ריק" ריבוני לפני יוני 1967<sup>48</sup>. גישה זו משתלבת בנטייה הגוברת והולכת במשפט הבינלאומי להכיר בכך שתפקידם של דיני המלחמה אינו רק הסדרת כללי הקרב הצבאי, אלא יצירת משפט בינלאומי "ציבורי" (פומבי)

- 37 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקאות 89 (לעניין תקנות האג) ו-96 (לעניין אמנת ג'נבה).
- 38 A. Imseis "On the Fourth Geneva Convention and the Occupied Palestinian Territory" 44 Harv. Int'l L.J. (2003) 65, 90
- 39 בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1. ראו גם ר' לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט (התשמ"ט) 807, 812; י' זילברשץ "שליטת צה"ל בי הודה שומרון ועזה: תפיסה לחמתית או כיבוש קולוניאלי" מחקרי משפט כ (תשס"ד) 547, 551.
- 40 החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקה 23. ראו גם ה' סומר "ואף-על-פי-כן חול תחול - לתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית בדין הישראלי" עיוני משפט יא (התשמ"ו) 263, 268. לניתוח הדין וביקורת ראו ד' קרצ'מר "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV - דרכו של בית המשפט העליון" משפטים כו (תשנ"ה) 49.
- 41 החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקאות 35, 82-86.
- 42 A/ES-10/248 of 24.11.2003, Report Of the Secretary General Submitted to the Resumed 10th Emergency Special Session of The General Assembly (להלן: עמדת ישראל). דוח המוכיר הכללי ניתן להורדה ב-<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>
- 43 למשל עמדת ה-ICRC (ועדת המומחים שהכינה את אמנת ג'נבה ודבריה נחשבים כפרשנות הרשמית לאמנה), כפי שמובאת אצל Kretzmer, לעיל הערה 23, בע' 54.
- 44 להרחבה ראו: D.J. Ball "Note: Toss the Travaux?: Application of the Fourth Geneva Convention to the Middle East Conflict - a Modern (Re)assessment" 79 N.Y.U.L. Rev. (2004) 990, 1029
- 45 Ottolenghi, 2192. בכל האירועים שבהם כבשו מדינות שטחים ממדינות אחרות במהלך סכסוכים, לא הגדירו עצמן המדינות הכובשות ככוח כובש ולפיכך לא החילו את האמנות. בין השאר ניתן למנות את כיבוש גרמניה ויפן על ידי בעלות הברית ואת כיבוש גרנדה על ידי ארצות הברית.
- 46 יש האומרים שממשלות ישראל מאז 1967 מתייחסות, מבחינה פוליטית לפחות, לשטחי יהודה, שומרון ועזה כאל קולוניות על כל המשתמע מכך תוך שהן מנצלות את משאביהן הטבעיים ומבחינות בין המעמד של התושבים ה"מקומיים" (natives) למעמד של המתישבים הישראלים. ראו Kretzmer, לעיל הערה 23, בע' 197.
- 47 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 101.
- 48 S. Howlett "Note: Palestinian Private Property Rights in Israel and the Occupied Territories" 34 Vand. J. Transnat'l L. (2001) 117, 154

של הגנה על זכויות אדם במצבי סכסוך בין כוחות חמושים<sup>49</sup>. בית הדין קבע שיש להחיל את אמנת ג'נבה גם מכוח החלטות העצרת הכללית ומועצת הביטחון ומכוח החלטת המדינות שהן צד לאמנה.

יתרה מזה, העמדה הישראלית גורסת כי אמנות נוספות הקשורות לזכויות אדם, שישראל צד להן, אינן חלות על תושבי השטחים, משום שאמנות אלו מגנות על נתינים מפני ממשלות בזמן שלום ואינן רלוונטיות למצב בגדה המערבית, שבו חלים רק דיני המלחמה. בהקשר זה תצוינה האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות<sup>50</sup> והאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות<sup>51</sup>. כזכור, ישראל מכירה רק בתחולתם של חלק מדינים אלו, בין השאר על פי העיקרון המבחין בין משפט בינלאומי מנהגי למשפט בינלאומי הסכמי<sup>52</sup>. בג"ץ אינו דן בכלל בשאלת תחולת אמנות אלו, אם בגלל שלא נטענו טענות אלו בפניו או משום שלדידו, חלים על הגדה המערבית בעיקר דיני המלחמה<sup>53</sup>. לעומתו בית הדין מקנה מקום נרחב יחסית לדיון בשאלה זו תוך שהוא שוב דוחה מכול וכול את טענות ישראל. נראה לנו שבמקרה זה יש ממש בהכרעתו. קשה להסכים עם העמדה של ישראל ביחס לאי-תחולת האמנות בזמן מלחמה מאחר שהן אמנות שמבטיחות זכויות אדם מהותיות ועקרוניות, ולא סביר שהכוונה הייתה להגבילן לזמן שלום משום שבזמן מצב לוחמתי דווקא צפויות פגיעות חמורות בזכויות אלו. במהלך דיון זה בית הדין מכריע בהכרעה חד-משמעית שאמנות אלו חלות גם בזמן מלחמה<sup>54</sup>, ומצטט מחוות דעתו הקודמת בנושא<sup>55</sup> וסומך ידיו על דיוני הוועדות באו"ם שתפקידן לבקר את פעילות המדינות שהן צד לאמנות האמורות. בכך, למעשה, בא לידי ביטוי העיקרון במשפט הבינלאומי שמדינה מחויבת ליישם אמנות שעליהן היא חתומה לא רק בשטחה שלה, אלא גם בשטחים שתחת תחום שיפוט, קרי בענייננו, הגדה המערבית<sup>56</sup>. בית הדין אף מדגיש שבמקרים מסוימים תחול האמנה על פעולה אקסטרטוריאלית של מדינה אם מדובר בהפעלת סמכותה באופן כזה או אחר<sup>57</sup>. משבית הדין מכריע כי אמנות אלו חלות במלואן, בית הדין מגיע למסקנה שבניית גדר ההפרדה היא הפרה חמורה של ההוראות הקבועות בהן<sup>58</sup>. עם זאת בהקשר זה אין בית הדין מתמודד עם ההשלכות האפשריות של תוואי חלופי על הוראות האמנות, בין שתוואי זה יחפוף את "הקו הירוק" ובין שלא יחפוף את "הקו הירוק".

מעבר לשאלת הדין הבינלאומי החל, קיימים פערים בין בית המשפט לבית הדין גם ביחס לפרשנות הדין. טיעון מרכזי של ישראל הוא שבניית הגדר היא ביטוי לזכותה הטבעית של ישראל להגנה עצמית הקיימת המעוגנת בסעיף 51 למגילת האו"ם<sup>59</sup> והמצויה גם במשפט הבינלאומי המנהגי<sup>60</sup>. בג"ץ לא התייחס במפורש לדין ההגנה העצמית, ככל הנראה מפני שטענה זו לא נטענה בפניו ומכיוון שככל הנראה הניח שיש לישראל סמכות

---

J. Rabkin "The New York University-University of Virginia Conference On Exploring the Limits of International Law: The Politics of the Geneva Conventions: Disturbing Background to the ICC Debate" 44 Va. J. Int'l L. (2003) 169, 178 49

כ"א 31, ע' 269.. 50

כ"א 31, ע' 205. 51

עמדת ישראל, לעיל הערה 42, בסעיף 4. ראו גם העמדה הישראלית כפי שהיא מובאת בנושא הסיכול הממוקד בתגובתה של האגודה לזכויות האזרח להודעה המשלימה מטעם פרקליטות המדינה בבג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (ניתנת לצפייה ב-<http://www.stoptorture.org.il/heb/images/uploaded/publications/56.pdf>). 52

החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקה 23. 53

החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 112. בפסקה 113 בית הדין מכריע כי נוסף על האמנות שהוזכרו לעיל, חלה בגדה המערבית גם האמנה לזכויות הילד (האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, ע' 221). 54

Advisory Opinion on the Legality of the Threat, ICJ Reports (1996) 240, at para 25 55

Howlett, לעיל הערה 48, בע' 155. 56

החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 109. 57

שם, בפסקה 137. 58

עמדת ישראל, לעיל הערה 42, בסעיף 6. 59

גרוס, לעיל הערה 5, בע' 54-53. 60

לבנות גדר כתגובה לטרור<sup>61</sup>. לעומת זאת בית הדין דחה את עמדת ישראל בטענה שזכות זו להגנה עצמית חלה רק כתגובה להתקפה מצדה של מדינה, ולא מצד ארגוני טרור. בית הדין מדגיש כי החלטות מועצת הביטחון של האו"ם<sup>62</sup> שהתקבלו לאחר אירועי 11.9.2001 וביססו את הזכות למלחמה בטרור על סעיף 51 למגילת האו"ם<sup>63</sup>, חלות רק כשמדובר בהתקפה חיצונית, בעוד שישראל שולטת בשטחים שמהם המחבלים יוצאים<sup>64</sup>. נימוק זה שימש את בית הדין כשקבע כי בניית הגדר כאמצעי הגנה בגדה המערבית אינה חוקית. פסיקה זו מתיישבת עם העמדה שגורסת כי רעיון ה"כיבוש מתגונן" אינו מוכר במשפט הבינלאומי, ואמצעי להגנה עצמית שנבנה על שטח כבוש, אינו חוקי<sup>65</sup>. עם זאת, בניגוד לעמדתו של בית הדין, נראה שעקב העלייה בתופעת הטרור הבינלאומי מתפתחת לאחרונה גישה הגורסת כי סעיף 51 למגילה, גם אם אינו מתייחס לכך, אינו שולל הגנה עצמית של מדינות מפני טרור<sup>66</sup>. גישה זו מתבססת על כך שכותבי המגילה התכוונו להסדיר סכסוכים בין מדינות, ולא להתמודד עם אלימות נקודתית שאינה מתבצעת על ידי צבא<sup>67</sup>. לפיכך יש הטוענים שסעיף 51 אינו יוצר הסדר שלילי אלא מאפשר פיתוח דינים חדשים העוסקים ספציפית במלחמה בטרור<sup>68</sup>. גישה אחרת לנושא מזהה בסעיף 51 מקור נורמטיבי מתאים להגנה עצמית מפני טרור וקוראת לפרשו פרשנות מרחיבה שתאפשר נקיטת אמצעי הגנה<sup>69</sup>. התומכים בגישה זו סבורים כי יש לפרש את לשון הסעיף הכללית, העוסקת ב"התקפה חמושה", בהתאם למציאות העכשווית שבה לא תבוא התקפה בצורת פלישה צבאית דווקא. ככל שיש בפרשנות זו סטייה מכוונת כותבי הטקסט, היא אפשרית, שכן על הפרשן להעדיף את הפרשנות התכליתית<sup>70</sup>. המצדדים בפרשנות זו מצביעים גם על כך שסעיף 51 נועד לעגן את זכות ההגנה העצמית כפי שהתקיימה קודם לכן במשפט הבינלאומי, מכיוון שהזכות להגנה עצמית הוכרה בעבר כנגד כל תוקפנות, ולא דווקא התקפה חמושה מצד צבא מדינתי מאורגן<sup>71</sup>. משמע, הרציונל שבבסיס הזכות אינו מוגבל לסוג ההתקפה או לשטח שממנו היא מגיעה. באותו האופן, ניתן לטעון כי הזכות קיימת גם לשם מניעת אסון עתידי, ולא רק כתגובה לאחר התרחשותו<sup>72</sup>.

אם נניח כי סעיף 51 חל על הגנה עצמית מפני טרור, עדיין ההגנה העצמית חייבת להיות מידתית להתרחשות שעומדת מולה, ובענייננו - בניית הגדר חייבת להיות מידתית לטרור שהיא מגינה מפניו<sup>73</sup>. בג"ץ

---

61 ראו דיון לעיל בפרק א.

62 S.C. Res. 1373, U.N. SCOR, 56th Sess., ;S.C. Res. 1368, U.N. SCOR, 56th Sess., 4370th mtg., UN Doc. S/RES/1368 (2001) 4370th mtg. UN Doc. S/RES/1371 (2001)

63 ל' מ' גודריץ' וא' האמברו מגילת האומות-המאוחדות: הערות ומסמכים: נוסח ועידת סן-פרנסיסקו 1945 (נ' בן יהודה מתרגם, תשס"ג) 113. סעיף 51 ניתן לצפייה ב-<http://www.un.org/aboutun/charter/chapter7.htm>

64 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 139.

65 Imesis, לעיל הערה 38, בע' 96-97 (אם יוכר רעיון הכיבוש המתגונן, קיים חשש אמתי שמדינות בעלות נטיות אימפריאליסטיות ינצלו רעיון זה להשתלטות על שטחי מדינות ריבוניות אחרות).

66 ראו גרוס, לעיל הערה 5, בע' 57-58.

67 M. Nabati "Symposium: Export of the Rule of Law: Dorothy Schramm Winner: International Law at a Crossroads: Self-Defense Global Terrorism and Preemption: A Call to Rethink the Self Defense Normative Framework" 13 *Transnat'l L. and Contemp. Probs.* (2003) 771, 782

68 ראו גרוס, לעיל הערה 5, בע' 16.

69 שם, בע' 56.

70 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 84, 85.

71 ראו גרוס, לעיל הערה 5, בע' 56.

72 E. Gross "The Laws of War Waged Between Democratic States and Terrorist Organizations: Real or Illusive?" 15 *Fla. J. Int'l L.* (2003) 389, 462

73 החלטת האג, סעיף 6 לדעת המיעוט של השופט בורגנטל (ניתנת לצפייה ב-<http://www.icj.org> [http://www.icj.org/idocket/imwp/imwp\\_advisory\\_opinion/imwp\\_advisory\\_opinion\\_declaration\\_buergenthal.htm](http://www.icj.org/idocket/imwp/imwp_advisory_opinion/imwp_advisory_opinion_declaration_buergenthal.htm))



מתרכזו בדיון במידתיות תוואי הגדר ומאזן בין שמירה על זכויות האדם ובין הצורך להילחם בטרור<sup>74</sup>, וכאמור, פוסל קטעים מהגדר בשל עילה זו<sup>75</sup>. קביעה זו של בג"ץ תואמת את העמדה כי יישום סביר של עקרונות המידתיות והצורך על ידי המדינה המתגוננת הוא אכן היסוד לעקרון ההגנה העצמית במשפט הבינלאומי<sup>76</sup>. כך הצורך הביטחוני של ישראל הוא בו זמנית הסיבה לבניית הגדר והגורם שמגביל את בנייתה ומכפיף את תוואי הגדר להגבלות המידתיות<sup>77</sup>. בית הדין אינו דן בהרחבה בנושא המידתיות אך מזכיר אותו בשורות בודדות וקובע כי אף אם היה דן בכך, הסבל הפלסטיני אינו פרופורציונלי לפגיעות הטרור<sup>78</sup>. קביעה גורפת זו מוטלת בספק כיוון שעל אף ההסכמה בדבר דרישת המידתיות לעניין ההגנה העצמית, נדירה הסכמה בדבר המשקל שיש להעניק למרכיבים השונים שיש להביא בחשבון<sup>79</sup>. חשוב לציין שהדיון במידתיות לא נעשה כלל בהקשר של סעיף 51. סביר להניח כי הדיון הקצר והלקוני<sup>80</sup> נובע מהכרעתו הקודמת של בית הדין כי ישראל אין כל סמכות לבנות את הגדר בשום נסיבה או בשל שום הגנה משפטית.

לדעתנו, נימוקי בית הדין הדוחים את סעיף 51 כהגנה מפני מתקפת טרור פנימית אינם משכנעים. הטענה כי ניתן להתגונן מפני מתקפת טרור חיצונית, אך לא מפני מתקפה פנימית נראית חלשה. מתעורר חשד כי בית הדין לא יעמוד בדרישה לפרש ולהפעיל את הדין בשוויוניות וכי נוצר כאן דין אחד למעצמות ענק או ל"מדינות מקורבות" ודין אחר למדינה קטנה שאיננה נהנית מתמיכה בינלאומית, בכל הקשור בזכות להילחם בטרור. בית הדין מציין בהסכמה את החלטת האו"ם ששימשה את ארצות הברית בתקיפתה באפגניסטן כהחלטה המבטאת את הזכות להגנה עצמית שחלה גם על הגנה מפני טרור<sup>81</sup>, אך מסרב להעניק זכות זו לישראל על בסיס האבחנה כי כאן מדובר בטרור פנימי, שכנגדו אין הזכות חלה<sup>82</sup>. השופט בורגנטל מבקר אבחנה זו. הוא גורס כי סעיף 51 אינו יוצר כל הבחנה בין תוקף שהוא מדינה לתוקף אחר, כי בכל מקרה ניתן לראות ברשות הפלסטינית מדינה תוקפת כיוון שהיא נתפסת על ידי האו"ם כמדינה, ומשום שאם הקו הירוק הוא הגבול המוכר היחיד בין ישראל לרשות, אין לראות בפגיעי הטרור התקפה פנימית, למרות שליטת ישראל בשטח<sup>83</sup>. יתרה מכך, אבחנה זו של בית הדין תיצור מצב שבו שום מדינה המותקפת על ידי טרור, לא תוכל להגן על עצמה מפני מפגעים הנמצאים בשטח כבוש שבשליטתה ובו בזמן לכבד את הוראות מגילת האו"ם בפרט והמשפט הבינלאומי ההומניטרי בכלל כפי שבית הדין מפרש אותם<sup>84</sup>. טענה אפשרית נוספת היא כי אף אם סעיף 51 אינו מקים טענת הגנה

74 בכך בג"ץ פועל כפי שפעל גם במקרה שנדרש לדון בשאלת העברתם הכפויה של פלסטינים ממקום מגוריהם. ראו בג"ץ 7015/02, 7019 עג'ורי ואח'י נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; עג'ורי ואח'י נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד (6) 352, 383.

75 החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקה 85.

76 C. Stahm "International Law Under Fire: Terrorist Acts as "Armed Attack": The Right to Self Defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter, and International Terrorism" 27 Fletcher F. World Aff. (2003) 35, 38

77 M. Bourbonnière "Law of Armed Conflict (LOAC) and the Neutralisation of Satellites or *Ius in Bello Satellitis*" 9 J. Conflict & Security L. (2004) 43, 47

78 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 136.

79 E. Cannizzaro, "The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures" 12 Eur. J. Int'l L. (2001) 889, 890-892.

80 שמטריד עוד יותר לאחר שבית הדין עצמו קבע כי מבחן המידתיות הוא עיקרון הטבוע במשפט הבינלאומי המנהגי בכל הנוגע בהגנה עצמית. ראו 1986 I.C.J. 14, 94 Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.) (להלן: עניין ניקראגווא).

81 אמנם האו"ם לא הסמיך במפורש את ארצות הברית לתקוף את אפגניסטן, אך ברור שארצות הברית ושאר העולם ראו בהחלטת אלו לגיטימציה של הקהילה הבינלאומית למתקפה זו.

82 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 139.

83 החלטת האג, דעת המיעוט של השופט בורגנטל, לעיל הערה 73, בפסקה 6. ביקורתו של השופט בורגנטל מתחדדת לאור האבסורד בהחלטת בית הדין כי ישראל אינה יכולה להתגונן באמצעות סעיף 51 כיוון שהיא שולטת בשטחים. האם בית הדין מציע כי ניתן לבנות גדר הפרדה בשטחי מדינות אויב שלא בשליטתן ולהצדיק כיבוש נוסף? האם כיבוש מדינות שלמות לצורך מלחמה בטרור אינו חמור יותר מבניית גדר בשטח שכבר נמצא בשליטתן?

84 לפיכך יהפוך סעיף 51 לאות מתה, כי רוב הלוחמה בתקופתנו לא נעשית על ידי צבאות המשייכים רשמית למדינה זו או אחרת. לדיון נרחב בפרשנויות האפשריות לסעיף 51 ראו גרוס, לעיל הערה 5, בע' 55-57.

עצמית המאפשרת בניית גדר הפרדה בשטח כבוש, ייתכן שבניית הגדר נתמכת בכלל ההגנה העצמית  
המנהגית שעשוי להיות רחב מסעף 51 כפי שנכתב עלי ספר<sup>85</sup>.

### ג. מטרת גדר ההפרדה: ביטחון או סיפוח?

הגורם המרכזי שהוביל להחלטת בית הדין כי גדר ההפרדה אינה חוקית מבחינת המשפט הבינלאומי,  
היה תפיסתו של בית הדין כי גדר ההפרדה נועדה לספח חלק מהגדה המערבית לישראל, דבר הנוגד את אמנת  
ג'נבה וכללי האג. בית הדין למד מתוואי הגדר ומאופן בנייתה כי מטרתה היא סיפוח, ולא שעה להצהרות  
ישראל כי מטרת הגדר ביטחונית בלבד, וכי לא יסופחו כל שטחים<sup>86</sup>. בג"ץ הפגין גישה שונה לחלוטין לנושא  
מטרתה של גדר ההפרדה: הנשיא ברק ציטט את דברי אלוף פיקוד המרכז ואת החלטות הממשלה כי מטרת  
הגדר ביטחונית, וקבע כי בהיעדר ראיות המצביעות על מטרה אחרת, הוא מקבל תצהירים אלו כאמת ורואה  
בגדר אמצעי ביטחוני ותו לא<sup>87</sup>. גישה זו של הנשיא אינה מתיישבת במלואה עם דברים קודמים שלו כי אין  
לראות במונח "צורך ביטחוני" מילת קסם החסינה מפני בדיקה שיפוטית, ויש לבדוק לפי העובדות  
האובייקטיביות אם אין כאן תכלית נסתרת<sup>88</sup>. דברים אלו מכוונים את השופט לצעוד בשביל הביניים בין  
תמימות לציניות ולבחון היטב את גבולות הצורך הביטחוני<sup>89</sup>. הגישה הסובייקטיביסטית שנקט בג"ץ בקבלת  
דברי המדינה לגבי מטרת הגדר, יכולה להתפרש כחלק מעמדה לא נייטרלית שהפגין בג"ץ כשפסק בענייני  
הגדה המערבית וחבל עזה<sup>90</sup>. יש הטוענים כי גישה זו נובעת מנטייתו להעדיף את עמדת המדינה, לא כל שכן  
בהתחשב בכך שהעותרים פלסטינים והעתירה מהווים חלק מסכסוך עם אויבי<sup>91</sup>. הסבר נוסף לנכונותו של בג"ץ  
לקבל את תצהירי המדינה כראיה לאופי הגדר הוא כי בג"ץ מבקש להימנע מלדון בנושא ההתנחלויות: ההנחה  
כי הגדר אינה מדינית מונעת את הדיון בראיות או בראיות לכאורה בדבר אופייה המספח של הגדר. דיון זה  
עלול להוביל לנושא לגיטימיות ההתיישבות היהודית בגדה המערבית, שלפי הדעה הרווחת בעולם, מנוגדת  
לאמנת ז'נבה<sup>92</sup>.

גישה אובייקטיביסטית סוברת שאין צורך לבחון למה התכוון אדם – ובכלל זה אורגן שלטוני – מתוך  
הצהרותיו אלא להסיק את משמעות המעשה (ומטרתו) מתוך המעשה עצמו. במקרה שלנו, יש להתבונן בגדר  
עצמה, ולא להסתפק בהצהרת מתכנניה. לעומת זאת גישה סובייקטיביסטית נשענת על הסקת מסקנות לגבי  
מטרותיו של אדם או גוף תוך "קפיצה" מהראיות למתרחש במוחו של המתכנן על ידי התמקדות בכוונותיו כפי  
שעולות מהראיות. בג"ץ מרחיק לכת בכך שמקבל ללא היסוס את תצהירי המדינה בדבר מטרותיה ללא בחינת  
הנתונים האובייקטיביים על מנת ללמוד על מטרת המדינה בבניית הגדר. ואולם בית הדין מחזיק בגישה  
אובייקטיביסטית: דוח המזכיר הכללי של האו"ם מלמד את בית הדין כי רובם המכריע של המתישבים בגדה  
המערבית מתגוררים בשטח שממערב לתוואי הגדר, ומכך הסיק בית הדין כי מטרת הגדר היא סיפוח

85 ראו עניין ניקראגווא, לעיל הערה 80.

86 שם, בפסקה 121.

87 החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקאות 28-29.

88 בייחוד לאור הנתונים כי בשטח שבין תוואי הגדר לקווי 1967 מצויים שמונים אחוז מן המתישבים היהודים בגדה המערבית (ראו החלטת  
האג, לעיל הערה 1, בפסקה 84). לדיון בשקיפות כוונות הממשל ותכלית נסתרת ראו ג' דוידוב, י' יובל, א' סבן, א' רייכמן "מדינה או  
משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ד-2004" הארץ דין א (התשס"ד) 62, 77.

89 A. Barak "Symposium: Fiss's Way: the Scholarship of Owen Fiss: III. The Judicial Power: The Role of Supreme Court in a  
Democracy, and the Fight Against Terrorism" 58 U. Miami L. Rev. (2003) 125, 138

90 דוגמה מובהקת לכך היא הבחירה בפרשנות לאמנת ג'נבה הרביעית שמטילה מגבלות מועטות ככל האפשר על התנהלותה של המדינה  
בגדה המערבית ובחבל עזה. ראו בג"ץ 785/87, 845, 27/88 עפ"ו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב(2) 4, 18.

91 קרצ'מר, לעיל הערה 23, בע' 93.

92 ראו דיון נרחב יותר להלן בפרק ד. כפי שקרצ'מר מראה בספרו, לעיל הערה 23, בית המשפט נמנע מלדון לעומק בסוגיית חוקיות  
ההתנחלויות.

איתי אפטר ועומר בכמן "על הגבול בין גדר לחומה ובין ביטחון לסיפוח: פסיקת בג"ץ ופסיקת בית הדין הבינלאומי בהאג ביחס לגדר ההפרדה" הארץ דין א(3) (התשס"ד) 172

המתיישבים והשטח<sup>93</sup>. ייתכן שהמבחן האובייקטיבי נבחר מטעמי נוחות, ולא היה המניע האמתי להחלטה זו של בית הדין. בית הדין קושר בין בניית הגדר למה שהוא מגדיר "האמצעים הלא חוקיים בהם השתמשה ישראל לאורך השנים בגדה המערבית ובמזרח ירושלים, אמצעים שגונו על ידי מועצת הביטחון"<sup>94</sup>. התיישרות זו של בית הדין עם עמדת רשויות האו"ם יכולה להיתפס כחלק ממגמה של בית הדין לחזק את מעמדו הן ביחס למועצת הביטחון והן ביחס לעצרת הכללית של האו"ם על ידי פסיקה בהתאם לציפיות רוב המדינות החברות בה<sup>95</sup>.

הן הגישה האובייקטיבית והן הגישה הסובייקטיבית מעוררות קשיים. לא קשה לאתר בקיעים בנימוקי הערכאות גם מבלי להיזקק לניתוח המשפטי של הגישה הביקורתית למשפט, שרואה בבית המשפט כלי המשמש את האליטות בקיבוע כוחן ומעמדן<sup>96</sup>, אם בישראל על ידי הבטחת זכויות היהודים ודיכוי הפלסטינים, ואם בזירה הבינלאומית על ידי הענקת זכויות יתר למדינות מקושרות ובעלות משאבים דוגמת מדינות ערב העוינות את ישראל. כלום ניתן להסיק מסקנות חד-משמעיות לגבי מטרותיה של מדינה אך ורק מנתונים יבשים בדבר מיקומם של המתיישבים או תוואי הגדר? מנגד, האם ניתן להסתפק בהצהרות הממשל ולא לבחון את מעשיו בפועל?

כנגד החלטת בית הדין ניתן לטעון כי כלל בסיסי הוא כי בבחינת נושא משפטי יש לזכור כי יש שני צדדים לכל מטבע, ויש לנסות לאזן בין הראיות הסותרות. כך, למשל, ההסכמים שערכה ישראל עשויים לשמש ראיה כי אין ישראל מתכוונת לספח שטחים, וכי היא מכירה בזכות הפלסטינים להגדרה עצמית בגדה המערבית. ראיות אלו היו צריכות לבוא בחשבון בהחלטת האג, וכאן עולה שוב ההחמצה בהיעדרו של ייצוג משפטי של ישראל בדין. טענה אפשרית שלא נטענה היא כי כל עוד לא הושגה הסכמה בדבר פינוי התנחלויות, שלום וסיום הסכסוך, ישראל מחויבת להגן על אזרחיה בכל מקום שהם מצויים, ובמקביל עולה השאלה אם אין על ישראל חובה מוקדמת יותר לפנות את אזרחיה מהשטח הכבוש. כנגד החלטת בג"ץ ניתן לטעון, כאמור, כי קבלת תצהירי המדינה לגבי הגדר אינה מתיישבת עם גישתו העקיבה לגבי בחינת מעשים הנעשים בגין צורכי ביטחון. כמו כן נראה שגישה זו אינה משרתת את ישראל בטווח הארוך כיוון שהיא עלולה ליצור את הרושם כי בג"ץ לא בחן את נושא חוקיות הגדר לכשעצמה לעומק, וכי הוא לא ביקר את מעשי המדינה ואת התכליות הנסתרות החבויות מאחוריהם ברמה הראויה<sup>97</sup>.

93 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקאות 121-122. כאן, כמו בנושאים אחרים, עולה תחושת החמצה מכך שישראל בחרה לא לשלוח נציגים משפטיים לדין בהאג, ואולי להקשות על ההחלטה הזריזה והמובנת מאליה, לכאורה, כי הגדר מספחת שטחים.

94 שם, בסוף פסקה 122.

95 בשנים האחרונות ניתן להצביע על הגברת האמון של המדינות החברות בבית הדין. יש לציין כי תשעים מהמדינות החברות הצביעו בעד ההחלטה להעביר (באופן בהול) את נושא הגדר לחוות דעתו של בית הדין. להרחבה ראו J.R. Crook "Current Development: The 2003 Judicial Activity of the International Court of Justice" Am. J. Int'l L. (2004) 309, 317. הגדר יש גם נקיטת עמדה המרחיבה את סמכויות העצרת ביחס לסמכויות המועצה, שכן בית הדין לא קיבל את הטענה כי הנושא מצוי בסמכותה של המועצה. לפיכך ניתן לראות בהפניה לעמדת המועצה כניסיון "לחזק גשרים" עם המועצה. כמו כן, בסופו של יום אימוץ חוות הדעת לכדי פעולות אופרטיביות מצוי בסמכות המועצה.

96 M.V. Tushnet "Perspectives on Critical Legal Studies: Introduction" 52 Geo. Wash. L. Rev. (1984) 239

97 Kretzmer, לעיל הערה 23, טוען בע' 187-198 כי כאשר בג"ץ מבקר את פעילות השלטון הצבאי בשטחים, הוא אינו מקפיד על הסטנדרטים הנהוגים בידו בבקרו את פעילות רשויות המדינה. בכך בג"ץ מעניק לגיטימציה לשלטון ועינו מהווה אמצעי בקרה יעיל. לטענתנו, יכולתו של בג"ץ להעניק לגיטימציה, לכל הפחות במשפט הבינלאומי, מוגבלת כל עוד גישתו לעמדת המדינה ביחס למטרותיה היא "סלחנית".

## ד. המלחמה בטרור וחוקיות ההתנחלויות

אנו שופטים: כשאנו יושבים לדין, אנו עומדים לדין.<sup>98</sup>

בבחינת בניית גדר ההפרדה אפשר להתייחס לנושאי המלחמה בטרור ולחוקיות ההתנחלויות כדי לשכנע בצדקת ההחלטה. כל ערכאה בחרה להדגיש נושא אחר בהתאם להחלטה הסופית שהגיעה אליה. בג"ץ לא התייחס כלל להתנחלויות ולחוקיותן, ואילו בית הדין התעלם כמעט לחלוטין משאלת המלחמה בטרור.

### 1. המלחמה בטרור

אין הסכמה רחבה לגבי ההגדרה המדויקת של מעשי טרור ושל טרוריסטים, אך אף על פי שיש מאה הגדרות שונות למונח זה, ברור כי אף לא אחת מהן תצדיק פעולות אלימות ללא הבחנה כלפי אוכלוסייה אזרחית.<sup>99</sup> כאמור, יש הטוענים כי הזכות להגנה עצמית אינה מוגבלת להתקפה של מדינה אחרת, וניתן להתאימה למאבק בטרור.<sup>100</sup> שאלה זו מעסיקה את הקהילה הבינלאומית זה שנים רבות, וביתר שאת מאז אירועי 11.9.2001, וניתן בהחלט לומר שלפני אותם אירועים התעורר הדיון בעיקר עקב הסכסוך הישראלי-הערבי.<sup>101</sup> בג"ץ רואה בעצמו גוף המעורב במישרין במאבק בטרור ומחויב אליו<sup>102</sup>, והדבר מסביר את הדיון הנרחב בטרור ובמאבק בו בפסיקה הישראלית.<sup>103</sup> מעבר לכך, הנשיא ברק סבור כי אין זה מתפקידו של בג"ץ לבחור אילו אמצעים ישמשו את ישראל במאבקה בטרור, ולכן עליו להתערב רק כשאמצעי אינו חוקי, דהיינו כאשר האמצעי פסול על פי המשפט הישראלי או הבינלאומי או כשהשימוש בו אינו מידתי בנסיבות.<sup>104</sup> לפיכך בג"ץ מספק מתחם רחב של סבירות לפעולות הצבאיות כנגד הטרור.

בית הדין הבינלאומי אינו מתייחס לטרור מלבד בשורות ספורות, והתעלמות זו מעוררת התנגדות מצד כמה שופטים בהרכב בית הדין.<sup>105</sup> אמנם בית הדין מגנה את האלימות הפוגעת באזרחי ישראל וקורא לשני הצדדים לחדול ממעשים בלתי חוקיים, אך תיאורו את הטרור הוא עמום, ואין איוון בין הדיון המעמיק בתוצאות גדר ההפרדה להזכרה הלקונית של הטרור והשלכותיו על אזרחי ישראל.<sup>106</sup> גם בהנחה שדיון דומה בטרור לא היה משפיע על הכרעתו הסופית של בית הדין, הרחבת הדיון ואמפתיה רבה יותר כלפי ישראל

98 החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקה 86 (דברי הנשיא ברק). ראו גם A. Reichman "When We Sit to Judge We are Being Judged" *The Israeli GSS Case, Ex Parte Pinochet and Domestic/Global Deliberation* 9 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* (2004) 41.

99 T. Stein "How Much Humanity Do Terrorists Deserve" *Humanitarian Law of Armed Conflict - Challenges Ahead* (A.J.M. Delissen, G.J. Tanja eds., Dordrecht, 1991) 567, 569. חשוב לציין כי אמנם יש כמה אמנות בינלאומיות שמגדירות פעולות מסוימות כטרור. בדרך כלל מדובר במצבים קיצוניים מאוד של פגיעה מסיבית באזרחים. אולם אין הגדרה כללית ל"טרור" שמחייבת את כל המדינות. כמו כן, מעניין לראות שבאזורים נעשים לאחרונה ניסיונות לנסח אמנה שתגדיר באופן ברור ומובהק מה נחשב כ"טרור", והדעות חלוקות אם ניתן להגיע להגדרה מוסכמת. אף על פי שרבים אינם מאמינים שחתימה על אמנה שכזו נראית באופק, יש מי שמתעקשים כי אף על פי שמדובר במשימה קשה ומסובכת, הדבר אפשרי. ראו: Sixth Committee Legal "Consensus, Not Confrontation Sought" *UN Chronicle* (2004) 30 *Over Controversial Issues in International Law* 41. לדין במהות הטרור והגדרותיו השונות ראו גרוס, לעיל הערה 5, בע' 29-42.

100 גרוס, לעיל הערה 5, בע' 80.

101 P.J.I.M. De Waart "Subscribing to the Law of Geneva as Manifestation of Self-Determination: The Case of Palestine" *Humanitarian Law of Armed Conflict - Challenges Ahead* (A.J.M. Delissen, G.J. Tanja eds., Dordrecht, 1991) 465, 478.

102 Barak, לעיל הערה 89, בע' 128. ראו גם פסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 3116-4/02 *ברכה ואח' נ' שר הביטחון ואח'*, פ"ד נו(3) 11, 16.

103 החלטת בג"ץ, לעיל הערה 1, בפסקאות 1-3, 86.

104 Barak, לעיל הערה 89, בע' 137. ראו גם פסק דינו של הנשיא ברק בעניין *ברכה*, לעיל הערה 102, בע' 16.

105 ראו החלטת האג, דעות המיעוט של השופטים הייגנס ואוורדה, לעיל הערה 21, ודעת המיעוט של השופט בורגנטל, לעיל הערה 73, בפסקה 5.

106 החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקה 142.

איתי אפטר ועומר בכמן "על הגבול בין גדר לחומה ובין ביטחון לסיפוח: פסיקת בג"ץ ופסיקת בית הדין הבינלאומי בהאג ביחס לגדר ההפרדה" הארץ דין א (3) (התשס"ד) 172

ואזרחיה הפגועים היו תורמות לביטחון דימויו של בית הדין כגוף אובייקטיבי השומר על הצדק ומניחות אבן יסוד ראשונית לגיטימיות של בית הדין בציבור הישראלי<sup>107</sup>.

## 2. חוקיות ההתנחלויות

משנת 1967 החלה ממשלת ישראל ליישב את אזור הגדה המערבית ומזרח ירושלים באזרחים ישראלים. בגדה המערבית הוקמו כמאה שבעים התנחלויות שבהן מתגוררים כיום כמאתיים אלף תושבים. בניית ההתנחלויות התעצמה מאז הסכמי אוסלו ב-1993 (או התגוררו בהתנחלויות כמאה וחמישה עשר אלף תושבים), ומספר התושבים הלך וגדל עד לממדיו כיום<sup>108</sup>. בניית ההתנחלויות זוכה לביקורת חריפה בעולם, המתבססת על הטענה כי הבנייה נוגדת את סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית ואת סעיף 8 לאמנת רומא, ולפיכך היא פשע מלחמה<sup>109</sup>.

בג"ץ אינו רואה לנכון להתייחס לנושא ההתנחלויות במסגרת הדיון על גדר הפרדה, ככל הנראה עקב קבלתו את עמדת ישראל כי מטרת הגדר היא ביטחונית ולא מדינית, ואין לה כל קשר להתנחלויות. מבחינה לוגית אין כל דופי בהצגה זו של הדברים, אך קבלת בג"ץ את עמדת תצהירי הממשלה על אופי הגדר מעלה סימן שאלה אם אין כאן, בעצם, הכרעה מוקדמת שלא לדון בהתנחלויות<sup>110</sup>. קרצ'מר עונה בספרו על שאלה זו כי בית המשפט העליון משתף פעולה עם מדיניות ההתנחלויות של הממשלה, שחרגה מתפיסה לחמתית לגיטימית ויצרה מצב של תפיסה קולוניאלית אסורה. לטענתו, בג"ץ מכשיר פעולה זו של הממשל ובכך מעניק לה לגיטימציה<sup>111</sup>. בג"ץ מנמק את חוסר הדיון בהתנחלויות בפסקי דין רבים בכך שחוקיות ההתנחלויות ומעמדן ייקבעו בהסכם שלום<sup>112</sup>.

כאמור בית הדין רואה בגדר כמספחת ולפיכך מוצא לנכון לדון בחוקיות ההתנחלויות. בית הדין משתמש באמנת ג'נבה הרביעית וטוען שההתנחלויות אינן חוקיות. לסיכום הוא פוסק כי בנייתן והפעולות הריבוניות במזרח ירושלים הן הפרה של המשפט הבינלאומי<sup>113</sup>.

פסיקה זו של בית הדין מעוררת ביקורת הטוענת כי בית הדין בחר לדון בהתנחלויות משיקולים פוליטיים אף על פי שהדיון בחוקיותן אינו נחוץ מהבחינה המשפטית: אף אם נצא בהנחה כי מטרת הגדר היא סיפוח חלק מהגדה המערבית, הרי שהדיון אמור היה להיות בסיפוח השטח בלבד, ולא בחוקיות ההתנחלויות. העובדה שבשטח שממערב לתוואי הגדר מתגוררים כשמונים אחוז מהמתנחלים, יכולה לשמש ראיה כי מטרת הגדר היא סיפוח, אך אינה מחייבת את ההכרעה כי ההתנחלויות עצמן אינן חוקיות.

עמדה זו יכולה למצוא חיזוק בתופעה הידועה בכינוי Singularity Effect: ניתן לטעון כי מכיון שבית הדין דן בנושאים הקשורים לישראל במקרים נדירים ביותר, הוא מרכז בפסיקה את כל ההכרעות הרלוונטיות לישראל גם כשאין כל צורך בדיון שכזה על מנת להגיע להכרעה<sup>114</sup>. בד בבד, כאמור, עלול להתעורר החשש

107 ד' בחור-ניר "תגובת משרד החוץ: החלטת בית הדין בהאג מתעלמת לחלוטין מהטרור" Ynet - חדשות 9.7.2004 (ניתנת לצפייה ב- <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2944591,00.html>).

108 J. Strawson "Reflections on Edward Said and the Legal Narrative of Palestine: Israeli Settlements and Palestinian Self-Determination" 20 Penn. St. Int'l L. Rev. (2002) 363, 371.

109 זילברשץ, לעיל הערה 39, בע' 559.

110 ראה דיון לעיל בפרק ג.

111 ראו לעיל הערה 97. אף על פי שקרצ'מר, כאמור, מבסס טיעון זה על פסיקותיו הרבות של בג"ץ בנושא, חשוב לציין כי יש הטוענים כי לא הביא די סימוכין לעמדתו זו. ראו זילברשץ, לעיל הערה 39, בע' 553.

112 פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 608. כן ראו בג"ץ 4363/02 זינדאח נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם).

113 לפירוט פעולות ישראל במזרח ירושלים ראו החלטת האג, לעיל הערה 1, בפסקאות 119-120.

114 תודה לד"ר אמנון רייכמן, שהאיר את עינינו לתופעה זו.

שבית הדין יוצר סטנדרט "תפור" למידותיה של ישראל, ואיננו בבחינת דין שווה לכל העמים, ולו רק משום שקיים סיכוי קלוש שבית הדין יאלץ לדון בשאלות דומות ביחס למדינות אחרות הנהנות מתמיכת עצרת האו"ם, דוגמת מדינות ערב.

טענה נוספת שעשויה להישמע נגד עמדתו של בית הדין יכולה להיות העובדה שהסעיף שעליו הפסיקה מתבססת אוסר "גירוש או העברה" של אוכלוסיית הכובש לשטח הכבוש, ואינו רלוונטי לעניין ההתנחלויות, שלפחות בחלקן נשענות גם על יזמה פרטית של אנשים או גופים, ובוודאי איננה העברה בכפייה<sup>115</sup>. טענה שכזו משתלבת בדברי ההסבר הרשמיים לאמנה, שמפרשים כי סעיף זה נכתב בשל העברה כפויה של אוכלוסייה על ידי גרמניה הנאצית בתקופת מלחמת העולם השנייה ומתוך מטרה למנוע הישנות של מצב שכזה<sup>116</sup>. חוקיות ההתנחלויות והמלחמה בטרור אינן העיקר בדיון בחוקיות גדר ההפרדה, ונראה כי שתי הערכאות יכלו להכריע גם מבלי להתייחס אליהן בהרחבה. עם זאת, לדעתנו, ההבדלים התהומיים בהתייחסות אליהן מצביעים יותר מכול על הפער בין שתי הערכאות, שהוא הגורם להבדל בהכרעותיהן.

## סיכום

הפיגוע הקשה שאירע ב-31.8.2004 בבאר שבע ממחיש מאוד את חשיבותה של גדר ההפרדה לאזרחי ישראל ואת האקטואליות של הדיון בה<sup>117</sup>. בהארה זו ניסינו לעמוד במטלה שלקחנו על עצמנו: לאתר את העומד מאחורי הפער המשמעותי בין הדיון המשפטי של בית הדין הבינלאומי וזה של בית המשפט הגבוה לצדק בנושא חוקיות גדר ההפרדה הנבנית בגדה המערבית. לכאורה, ניתן למצות מטלה זו בטענות קשות בדבר המניעים הפוליטיים העומדים מאחורי החלטותיו של כל אורגן משפטי (כפי שעושים חוגים מסוימים מתוך אסכולת הגישה הביקורתית למשפט<sup>118</sup>). עם זאת לא רצינו להיגרר לגישה זו למרות הפיתוי המתמיד לעבור מהמשפטי אל הפוליטי והרגשי (כדוגמת "כל העולם נגדנו" או "פשעי המלחמה של הציונים הגזענים"). לא הגענו למסקנות חד-משמעיות לגבי מניעה של מי הערכאות בבחינת חוקיות בניית הגדר.

לדעתנו, הגישה שהוצגה במהלך המאמר, שלפיה יש לבחון לא רק שאלה משפטית זו אלא גם השלכות משפטיות וחברתיות של בניית הגדר ושל הפסיקה היא הגישה המתאימה מפני שהיא מראה קשר אפשרי ומעניין בין אותן השלכות לבין הפער בין ההכרעות המשפטיות של בית המשפט העליון ובית הדין<sup>119</sup>. לדעתנו, הדבר האפשרי רק לאחר מחקר ממושך יותר, הכולל גישה אל ישיבות פנימיות ולדיונים בין השופטים<sup>120</sup>. לעומת זה, לדעתנו, לא נכון לענות על השאלה בדרך משפטית "סטריילית" ולומר ששופטי בית הדין בהאג דנים

115 טענה זו נכונה, כמובן, רק לגבי התנחלויות שאינן מתואמות עם עמדת הממשלה. ככל שהתנחלויות מבטאות את מדיניותה הרשמית של ממשלת ישראל, המדובר בפעולה ציבורית. לדיון ראו Kretzmer, לעיל הערה 23, בע' 75-99.

116 לדברי הפרשנות הרשמיים לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית יחד עם עמדתה הרשמית של ישראל לעניין טיעון זה נגד בניית ההתנחלויות ראו "Israel's Settlements - Their Conformity With International Law" (הדברים פורסמו ב-1.12.1996 וניתנים לצפייה ב-<http://www.mfa.gov.il/mfa/archive/peace%20process/1996/ISRAEL-S%20SETTLEMENTS%20--%20THEIR%20CONFORMITY%20WITH%20INTER>).

117 הדיון התקשורתי המחיש את הדעות החלוקות גם בישראל בנושא שאלת בניית גדר ההפרדה בכלל ותוואי הגדר בפרט. בייחוד רלוונטית הטענה כי גדר ההפרדה בדרום הר חברון לא נבנתה בשל ניסיונות לשינוי תוואי הגדר משום החשש כי בג"ץ יפסול את התוואי, ומרצון לפייס את בית הדין ולהיצמד לגבול קו הירוק. ראו ח' גרינברג "רה"מ בדק בחשאי את תוואי הגדר בהר חברון" [ynet](http://www.ynet.co.il) - חדשות 1.9.2004 (ניתן לצפייה ב-<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2971245,00.html>). ראייה ממשית לדיון הציבורי בעניין ולטענות שנשמעות מכל גוני הקשת הפוליטית, ניתן למצוא בתגובות הגולשים לכתבה זו.

118 Tushnet, לעיל הערה 96.

119 לאורך ההערה ניסינו להציג גישה שתשלב בחינה של תשובות משפטיות אחרות לשאלה זו מאחר שהרגשנו שלא הייתה לה רלוונטיות של ממש בהשוואה בין אופי הפסיקות. בבחינתנו את הנרטיב, הדין החל, מטרת בניית הגדר, המלחמה בטרור וחוקיות ההתנחלויות, למעשה בחרנו את הנושאים המרכזיים והאמתיים שלדעתנו עמדו מאחורי הפסיקות. נושאים אלו צפוי שיהוו את הבסיס לדיון עתידי ונרחב בהמשך בנייתה של הגדר, בניתוח פסיקות עתידיות של בג"ץ בנושא וביחסה של הקהילה המשפטית הבינלאומית לנושא זה.

120 וגם אז ספק רב אם בדיקה כזו תרחש, ואם היא תועיל לבירור אמתי של העניין.

בנושא לאור המשפט הבינלאומי, שהם רואים כעליון ויחיד ואילו שופטי בג"ץ דנים בנושא לאור המסקנה שהוראותיו של המשפט הבינלאומי הן אלמנט נוסף בדרגה גבוהה אך ללא מעמד עליון<sup>121</sup>.

קשר זה מוצא ביטוי בכמה נקודות מעניינות השופכות אור על ההחלטות ועל העומד מאחוריהן: ניתוח הנרטיב הלשוני וההיסטורי של כל ערכאה מצביע על התייחסות בלתי מאוזנת של כל אחת מן הערכאות לסיפור או לצד המטבע שאינו מתאים לתוצאת פסק הדין. שתי הערכאות משתמשות באותה הטכניקה של Judicial Storytelling<sup>122</sup>, אך עם זאת קיים הרושם כי בג"ץ שומר על נרטיב הוגן יותר במידת מה כלפי הפלסטינים. בית הדין שומר על נרטיב חד צדדי למדי, והדבר אף מקומם חלק משופטיו, הסבורים כי סיפור הוגן הכרחי לבניית אמון המדינות במשפט הבינלאומי ובבית הדין עצמו<sup>123</sup>.

כשם שהערכאות שונות זו מזו בנרטיבים שבהם הן בחרו להשתמש, כך הן חלוקות גם לגבי פרשנות המשפט הבינלאומי הרלוונטי לענייננו ותחולתו: הפער בנושא זה משקף מחלוקת רבת שנים בין ישראל ובין רוב המשפטנים בקהילה הבינלאומית בנושא תחולת אמנת ג'נבה הרביעית בגדה המערבית. ואולם כפי שמצאנו, קשה לקבוע אם אמנה זו חלה במלואה, ויש סתירות רבות בעמדות שני הצדדים, ולראיה לכך הדיון בישראל לגבי החלתה של אמנת ג'נבה בגדה המערבית, שהתחדש בעקבות החלטת בית הדין<sup>124</sup>. נושא נוסף שנחלק בו הצדדים לגבי הדין הבינלאומי הוא זכותה של ישראל להגנה עצמית וזיקתה אל סעיף 51 למגילת האו"ם. מחלוקת זו מעוררת שאלות קשות לגבי משוא פניו של בית הדין, לגבי הגדרתו של המונח "הגנה עצמית" והיכולת להחיל עליו את עקרון המידתיות ולגבי התאמתם של דיני המלחמה המסורתיים למציאות של מאבק מול טרור. תשובות לשאלות אלו לא יימצאו בהיקפן המצומצם של שורות אלו, אך אנו מקווים כי לכל הפחות הצלחנו להציג כראוי. מן הסתם, השלכותיהן של תשובות אלו הן רבות, ומשמעותן חורגת מנושא גדר ההפרדה בפרט ומאזור המזרח התיכון בכלל. הכרעה ומתן מענה לשאלות אלו חיוניים להמשך קיומו של המשפט הבינלאומי הפומבי שעלול להפוך "אות מתה", שבה כל צד יכול למצוא צידוק לפעולותיו<sup>125</sup>.

המפתח לפער בין הפסיקות הוא, לדעתנו, שאלת מטרת בניית גדר ההפרדה. זו המחלוקת שיוצרת את ההבדלים בתוצאתה של כל ערכאה יותר מכל בחירה של מילים, תיאור ההיסטוריה או פרשנותו של הדין. קשה לקבוע מה מתרחש ב"נפשה" של מדינה אולי אף יותר משקשה לקבוע את המתרחש בנפשו של אדם המואשם בעברה. ניסינו להראות כי שתי הערכאות נוטות לפתרונות קלים בתשובותיהן לשאלה זו. בנקודה זו הבחנו כי בג"ץ דווקא נוקט גישה מאוזנת פחות ומבטל עצמו בפני אחד הצדדים, שהוא במקרה המדינה. עם זאת, נראה שבית הדין בחר ללכת בגישה חדה וחד-משמעית, גישה שאינה בנויה על דיאלוג מתמיד אלא על פסיקה החותרת להכרעה אחת ולתמיד של שאלות רבות, אולי מתוך הנחה שזו כנראה ההודמנות היחידה של בית הדין לחוות את דעתו בנושא וליצור לחץ בינלאומי בכיוון הנראה לו ככיוון המתבקש מכללי המשפט הבינלאומי.

לבסוף בחרנו לדון בנושא התייחסות הערכאות למאבק בטרור ולחוקיות ההתנחלויות. התייחסות זו (או היעדרה) היא סממן לעומד מאחורי הכרעה של כל ערכאה, להשקפותיה ולסימפטיה רבה שיש לה כלפי מי

121 הדבר נלמד מכך שאף על פי ששופטי בג"ץ קובעים קביעה חד-משמעית, שהמפקד הצבאי בשטח כפוף להוראות המשפט הבינלאומי, הם משלבים בין הוראותיו לבין אלו של המשפט המקומי ואף מכריעים בעיקר לפי המשפט המקומי (אף על פי שמדובר בשטח שאינו בריבונות ישראלית מלאה).

122 ראו Harrison & Wilson, לעיל הערה 13.

123 ראו החלטת האג, דעת המיעוט של השופטת היגנס, לעיל הערה 21.

124 ראו א' בן "היעוץ המשפטי ממליץ לשרון: "לבדוק לעומק" החלטת אמנת ז'נובה בשטחים" הארץ 24.8.2004.

125 לעניין זה ראו דבריו האחרונים של הרמטכ"ל רב אלוף משה יעלון והסכמתו של פרופ' עמנואל גרוס לכך שיש צורך בעדכון כללי הלחימה המסורתיים לבעיית הטרור העולמית: א' פישמן "561 חקירות מצ"ח הן רק קצה הקרחון" ידיעות אחרונות - המוסף לשבת 27.8.2004, ע' 27.

איתי אפטר ועומר בכמן "על הגבול בין גדר לחומה ובין ביטחון לסיפוח: פסיקת בג"ץ ופסיקת בית הדין הבינלאומי בהאג ביחס לגדר ההפרדה" הארת דין א(3) (התשס"ד) 172

מהצדדים. קשה למצוא דין חד-משמעי המכריע בשאלות האלה, ועוד יותר קשה לקבוע אם נכון היה להתייחס אליהן בדיון בנושא הגדר.

לסיכום, ניתן רק לומר שאנו מקווים כי מאמר זה פותח פתח לבחינה משפטית, אמיתית ומעמיקה של הנושאים שהוצגו, בחינה שתאפשר לעוסקים במשפט הבינלאומי להתמקד ככל הניתן בדין ולהשאיר את הפוליטיקה לפוליטיקאים.