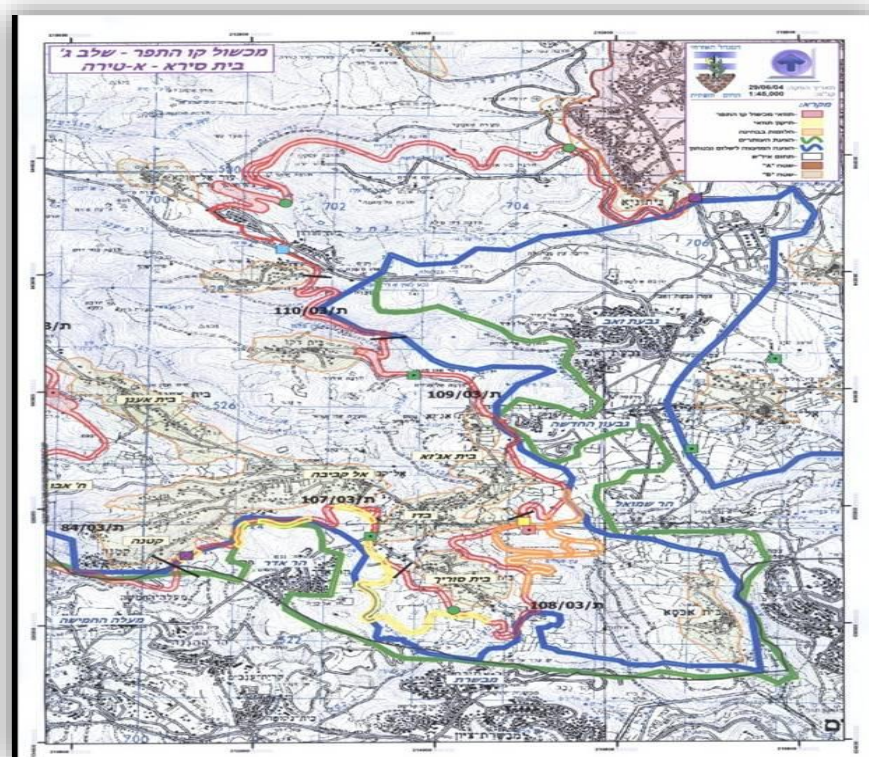


2004 – תוואי מכשול הביטחון

לאור בג"ץ בית סוריק וחוות הדעת המייעצת של ה-ICJ

מאת: קמ"ש דניאל ישאון, קצינת ייעוץ במדור מבצעים, מחלקת הייעוץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון.

בשנת 2003 החליטה ממשלת ישראל על הקמתו של מכשול הביטחון בשטחי יהודה והשומרון. הקמת המכשול הצריכה, בין היתר, את הוצאתם של צווי תפיסה עבור מקרקעין שחלקם בבעלות פרטית כנדרש במשפט הבין-לאומי. ההחלטה נתקפה בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (להלן: "פרשת בית סוריק"). פסק הדין בפרשה קבע את העקרונות המשפטיים לאורם נבחן תוואי מכשול הביטחון. כחודש לאחר מתן פסק הדין, פרסם בית הדין הבין-לאומי (ה-ICJ) את חוות דעתו המייעצת בעניין, וקבע כי המכשול בלתי חוקי.



תוואי מכשול הביטחון - שלב ג' בית סירא - א-טירה

(לקוח מפסק הדין בבג"ץ בית סוריק [קישור](#))

רקע עובדתי

שורשיו של מכשול הביטחון נעוצים בהחלטה ב/64, אשר נתקבלה על ידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי ביום 14 באפריל 2002. זאת, כחלק מהצעדים שנקטה ממשלת ישראל כדי להתמודד עם גל הטרור שפגע במדינת ישראל בתחילת שנות ה-2000. המכשול נועד לשפר ולחזק את היכולת המבצעית של צה"ל בעת ההתמודדות עם הטרור תוך סיכול חדירות ופעילות חבלנית מתחומי יהודה והשומרון לשטחה של מדינת ישראל.

ביום 30 ביוני 2004, ניתנה החלטת בג"ץ בפרשת "בית סוריק", בה נבחנה חוקיות המכשול וסמכותו של המפקד הצבאי להקים מכשול זה. בחלוף קצת יותר משבוע, ביום 9 ביולי 2004, פרסם בית הדין הבין-לאומי בהאג את חוות דעתו המייעצת, בשאלת חוקיות מכשול הביטחון. שנה מאוחר יותר, ביום 15 בספטמבר 2005, פורסמה החלטת בג"ץ בפרשת "מראעבה", בה נבחנה חוקיות המכשול וסמכותו של המפקד הצבאי להקים מכשול זה, בין היתר תוך התייחסות לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי בהאג.

כותרת פסק דינו של בית המשפט
העליון בשבתו כבית משפט גבוה
לצדק

	בג"ץ 2056 / 04
א	מועצת הכפר בית סוריק ואח' נגד 1. ממשלת ישראל 2. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
ב	בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק [30.6.2004]
ג	לפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא א' מצא והשופט מ' חשין
ד	בהתאם להחלטות הממשלה על הקמת מכשול קו התפר הוציא המשיב 2 (להלן – המשיב) צווי תפיסה של שטחי מקרקעין, חלקם בבעלות פרטית, באזור יהודה ושומרון לצורך הקמת גדר ההפרדה. העותרים, בעלי קרקע ותושבי כפרים באזור קו התפר, תוקפים את חוקיות הצווים בטענה כי המשיב חסר סמכות, על-פי המשפט הבינלאומי, להוציאם, וכן בטענה כי בהליך גיבוש הצווים נפלו פגמים הליכיים, לרבות פגיעה בזכות השימוע שלהם. כן הם מעלים את הטענה כי הגדר פוגעת קשה בזכויות קניין שלהם, בחופש התנועה ובשורה של חירויות בסיסיות אחרות בכך שהיא מאיימת לשכשך לחלוטין את אורחות חייהם ואת יכולתם לעבד את אדמותיהם.

ההליך המשפטי בפרשת "בית סוריק"

העותרים, בעלי קרקע ותושבי כפרים באזור קו התפר, תקפו את חוקיותם של צווי תפיסה שהוצאו על ידי המפקד הצבאי במטרה לתפוס מקרקעין שחלקם בבעלות פרטית, לצורך הקמת המכשול. זאת, בטענה כי למפקד הצבאי אין סמכות להוציאם; כן נטען, כי המכשול פוגע קשות בזכויות קניין שלהם, בחופש התנועה ובשורה של חירויות בסיסיות אחרות.

בפסק דינו, קבע בית המשפט, כי השיקולים שהמפקד הצבאי רשאי לשקול הם שיקולים צבאיים בלבד ולא שיקולים מדיניים. עליו למצוא איזון בין צורכי הצבא לבין צורכי התושבים המקומיים. כן נקבע, כי השיקולים שהנחו את המפקד הצבאי בבחירת תוואי גדר הביטחון היו ביטחוניים ולא מדיניים; בית המשפט ציין, כי על-פי תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית, רשאי המפקד הצבאי לתפוס מקרקעין, לרבות מקרקעין בבעלות פרטית, לצרכים צבאיים שונים. הקמתה של גדר הביטחון נופלת במסגרת זו, ובלבד שהדבר נדרש בשל צרכים צבאיים. עד כמה שהקמת הגדר היא צורך צבאי, אין בעצם פגיעתה בקניין הפרטי כדי לשלול את הסמכות להקימה.

בסופו של דבר, קבע בית המשפט, כי במקרה הקונקרטי, התוואי שאומץ על-ידי המפקד הצבאי אינו משקף איזון נאות בין הצרכים הביטחוניים לבין הפגיעה בתושבי האזור, משום שניתן לקיים את תכליתו של המכשול גם בלי שהתוואי יקיף את מלוא השטחים שנכללו במסגרתו. על כן, הורה בית המשפט על ביטולם של חלק מצווי התפיסה נושא העתירה והחזיר למפקד הצבאי את התוואי לבחינה מחודשת.

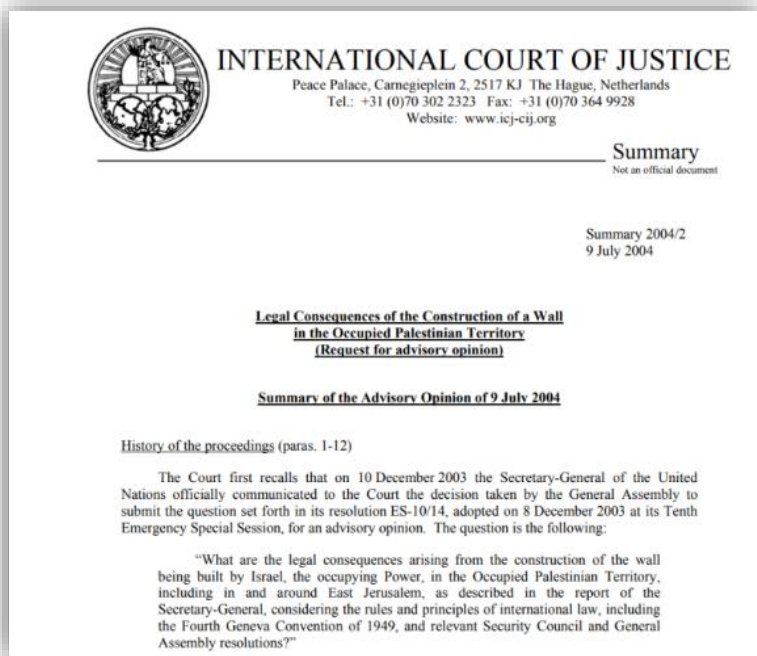
חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי לצדק

כאמור, ביום 9 ביולי 2004, כחודש לאחר מתן פסק הדין בפרשת "בית סוריק", פרסם בית הדין הבין-לאומי בהאג את חוות דעתו המייעצת, בשאלת חוקיות מכשול הביטחון; בית הדין החליט פה אחד כי יש בידיו הסמכות לדון בסוגיה חרף התנגדות ישראל וטענותיה במישור זה.

במישור תחולת הדינים, בית הדין קבע כי תקנות האג משנת 1907, העוסקות בדיני תפיסה לוחמתית, מחייבות את ישראל, וכי הוראות ג'נבה הרביעית חלות ביהודה ושומרון מלכתחילה, בניגוד לעמדת ישראל, לפיה באזור יהודה ושומרון חל רק הדין הבין-לאומי המנהגי הרלבנטי למצב ייחודי זה. כמו כן, בית הדין קבע כי אמנות זכויות האדם חלות ביהודה ושומרון, לצד הדין ההומניטרי, גם במצב של עימות מזוין, וגם במצב של תפיסה לוחמתית. אי לכך, מדינת ישראל מחויבת לאמנות דיני זכויות האדם שאשררה, כגון האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, גם ביהודה ושומרון.

בית הדין קבע, כי החומר אשר הוצג בפניו אינו מעלה צידוק ביטחוני מספק להקמת מכשול הביטחון לאור חומרת הפגיעה בזכויות אדם אשר המכשול יוצר. עוד קבע בית הדין, כי מכשול הביטחון מהווה הפרה של הוראות המשפט הבין לאומי ההומניטארי ואמנות זכויות האדם, משום שתוואי המכשול כולל בתוכו שטחי התיישבות בלתי חוקיים, דבר המנוגד לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית האוסר על העברת אוכלוסייה אל השטח המוחזק. בנוסף, קבע בית הדין כי, תוואי המכשול יוצר סיפוח בפועל של השטח הנכלא במסגרתו ולכן הוא משנה את גבולותיה של מדינת ישראל באופן קבוע. עוד נקבע כי הקמת המכשול פוגעת ברשימת זכויות אדם ענפה הכוללת בין היתר את הזכות לעבודה, הזכות לבריאות, הזכות לחינוך והזכות לתנאי מחייה הולמים.

בית הדין הבין לאומי לצדק קבע בחוות דעתו כי, על מדינת ישראל חלה החובה להפסיק באופן מידי את הקמת מכשול הביטחון, תוך פירוק חלקי המכשול אשר נבנו בשטחים וביטול הצווים שהוצאו לצורך הקמתה. עוד נקבע, כי המדינות החברות באו"ם נדרשות שלא להכיר במצב הבלתי חוקי הנובע מבניית המכשול; לבסוף, הצהיר הבית הדין כי על האו"ם לבחון אילו צעדים נלווים לחוות הדעת יש לבצע, בכדי להביא לסיום המצב הנובע מהקמת המכשול.



כשנה לאחר מכן, ניתן פסק הדין בבג"ץ 7957/04 יונס מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח'. שם, נקבע כי מסקנתו של בית הדין הבין לאומי לצדק מבוססת על תשתית עובדתית שונה מזו שהונחה לפני בית המשפט העליון, והיא אינה מהווה מעשה-בית-דין ואינה מחייבת את בית המשפט העליון לקבוע כי כל קטעי הגדר כולם נוגדים את המשפט הבין-לאומי. עוד נקבע, כי בית המשפט ימשיך לבחון כל קטע מקטעי תוואי הגדר, כפי שיובאו להכרעתו בבחון איזון מידתי בין הצורך הביטחוני-צבאי לבין זכויות האוכלוסייה המקומית.

בתמונה: כותרת חוות דעתו המייעצת של בית המשפט הבין-לאומי לצדק

חשיבות הפרשה

פרויקט הקמת מכשול הביטחון היווה

פרויקט בטחוני והנדסי רחב היקף ועתיר משאבים אשר לו השלכות במישור הביטחוני, המדיני, הבינלאומי ולא פחות חשוב מכך, על חייהם של התושבים בישראל ובאזור יהודה ושומרון.

בפרשת "בית סוריק" נותחה, לראשונה ובהרחבה, המסגרת המשפטית להקמת המכשול, ונקבעו מבחנים משפטיים לבחינת התוואי. פסק הדין הכיר בסמכות המדינה להקים את המכשול ולמעשה מיקד את הבחינה המשפטית מאותו רגע ואילך במישור המידתי ובאיזון בין זכויות הפרט הנפגע לבין צרכי הביטחון.

בכך, ניתן אור ירוק למעשה להמשך הקמת מכשול הביטחון תוך מתן תשומת לב למיקומה המסוים ולאיוון בין מכלול השיקולים האמורים.

חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי בהאג היא למעשה מסמך משפטי ראשון, מטעם טריבונל מוסמך של האו"ם, אשר ניתח את הדין החל באזור יהודה ושומרון. על אף שחוות הדעת אינה מחייבת, בית הדין חרץ דעה בנוגע לשורה של סוגיות שנויות במחלוקת כגון תחולת דיני זכויות האדם הבין-לאומיים ביהודה ושומרון. זאת כמובן, לצד הקביעה כי מכשול הביטחון אינו חוקי, וכי נדרש לפרק אותו.

מדוע בחרתי בנושא?

כקצינה במחלקת הייעוץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון, אני עוסקת רבות בדילמות הנוגעות להצבתן של תשתיות ביטחוניות ברחבי יהודה והשומרון. עלינו כיועצים משפטיים, לבחון כל העת את האיזונים בין הצרכים המבצעיים והפגיעה המסתמנת בפרט, ולסייע למפקד הצבאי לקבל את ההחלטה, לאחר ששקל את כל השיקולים הצריכים לעניין.

להרחבה בנושא, ראו את המקורות הבאים:

- בג"ץ 2056/04, מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ומפקד כוחות הצבא בגדה המערבית;
- בג"ץ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח';
- Advisory Opinion Concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice (ICJ), 9 July 2004 : זמין לעיון באתר הבא :
<https://www.refworld.org/cases,ICJ,414ad9a719.html> [accessed 4 May 2019]
- Request for Advisory Opinion (including the dossier of documents transmitted to the Court pursuant to article 65, paragraph 2 of the Statute), submitted on 10 December 2003