

## עוד לבנה בחומה: בין המשפט הישראלי וחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק

מאת מרואן דלאל<sup>1</sup>

### הרתעה משפטית

ב-30 ביוני 2004, תשעה ימים לפני פרסום חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג בעניין ההשלכות המשפטיות של בניית חומה בשטחים הפלסטיניים הכבושים, פירסם בג"ץ את פסק דינו בעניין בניית החומה באזור ירושלים. פסק הדין זה של בג"ץ, בעניין **בית סוריק**<sup>2</sup>, פורסם, באותו מעמד, גם באנגלית, והיה נגיש לכל המעוניין באתר האינטרנט של בית המשפט העליון. לפרסום כזה אין תקדים בישראל. אכן, אלמלא חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק, שכבר נראתה באופק, ספק רב אם מישהו במערכת בתי המשפט בישראל היה טורח לפרסם את פסק הדין, באותו מעמד, גם בשפה האנגלית.

פסק הדין בעניין **בית סוריק** עסק בקטע של 40 קילומטרים מהחומה באזור ירושלים. בג"ץ פסל את רוב התוואי שקבעה המדינה לחומה, בנימוק שתוואי זה אינו מידתי. מנגד, ב-9 ביולי 2004 פורסמה חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין מעמדה המשפטי של החומה והשלכותיה. בית הדין קבע, ברוב של 14 שופטים נגד אחד, כי הקמת החומה בשטח שנכבש בשנת 1967 אינה חוקית, וכי על ישראל לפרק את הקטעים שנבנו באותו שטח ולפצות את האזרחים הפלסטינים שנפגעו מבנייתה.

מדינת ישראל סירבה להתייצב לדיון בבית הדין הבינלאומי לצדק<sup>3</sup>, אך הגישה מסמך המפרט את טענותיה נגד סמכותו של בית הדין לעסוק בנושא. במסמך גם פורטו הסיבות שהביאו לבניית החומה, שלטענת ישראל אינן אלא סיבות ביטחוניות.

בעתירה אחרת שהוגשה לבג"ץ בעניין החומה, התבקשה המדינה להגיש את תגובתה לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק<sup>4</sup>. ב-23 בפברואר 2005 הגישה המדינה את עמדתה, הדוחה את חוות הדעת המייעצת של בית הדין. הנימוק העיקרי לדחייה הוא התשתית העובדתית הלקויה, לשיטת ישראל, שעמדה לפני בית הדין הבינלאומי. זו הובילה, לטענת ישראל, להנמקות משפטיות מוטעות. בתגובת המדינה מצוין כי ישראל מבקשת להיצמד לקביעות בבג"ץ **בית סוריק**, המהווה משפט מחייב כלפי המדינה<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> הכותב הוא עורך דין בעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.

<sup>2</sup> בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (פסק דין מיום 30.6.2004).

<sup>3</sup> ישראל פיתחה נוהג מוזר: חוסר שיתוף פעולה עם אורגנים חשובים של האו"ם, ולאחר מכן נפנוף בטענה של חוסר האיוון שבדו"חות שמפרסמים ארגונים אלה. ראו למשל הצהרת נציג המדינה בדיון בבג"ץ מיום 26.10.2004 בעניין מדיניות הריסת הבתים של ישראל בשטחים שנכבשו בשנת 1967, כי מדינת ישראל אינה משתפת פעולה עם הדווח המיוחד בעניין זכויות אדם בשטחים הכבושים, פרופסור ג'ון דוגרד. ראו Dan Izenberg "Barak: Israel Should Rethink Demolitions" *Jerusalem Post* October 27, 2004.

<sup>4</sup> בג"ץ 4825/04 מחמד חאלד עליאן ואח' נ' ראש הממשלה ואח'.

<sup>5</sup> עם פרסום פסק הדין בעניין **בית סוריק** הביעו חוגים ממשלתיים בישראל את מורת רוחם מתוכנו של פסק הדין. תקופה קצרה לאחר מכן השתמשו אותם חוגים בפסק דין זה כדי להדוף את הביקורת הבינלאומית סביב בניית

במאמר קצר זה אבקש להתמקד בכמה הנמקות משפטיות בעייתיות שעלו הן מפסק הדין של בג"ץ בעניין בית סוריק והן מתגובת המדינה לחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק.

### כובשים ללא כיבוש: מעמדה של אמנת ג'נבה הרביעית במשפט הישראלי

אמנות ג'נבה משנת 1949, ובייחוד אמנת ג'נבה הרביעית, העניקו משמעות חדשה לדין המחייב בזמן כיבוש או סכסוך מזוין (Armed Conflict). אמנת ג'נבה הרביעית מתמקדת במעמדם של אזרחים מוגנים בשטח כבוש, זכויותיהם והחובות המוטלות על המעצמה הכובשת (Occupying Power) כלפיהם. סעיף 27 של אמנת ג'נבה הרביעית, למשל, קובע כי על המעצמה הכובשת המוטלת החובה לכבד, בכל עת, זכויות יסוד בסיסיות של האזרחים המוגנים. הסעיף קובע כי:

"Art. 27. Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.

Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault."<sup>6</sup>

החומה בגדה המערבית. ראו חנן גרינברג, "החלטת בג"ץ תעכב בשלושה חודשים את בניית הגדר", YNET, 30.6.2004; טל רוזנר, "היועמ"ש נוף באל"מ במילואים דני תירזה שאמר כי פסיקת בג"ץ היא שגיאה קריטית", YNET, 1.7.2004. לעומת זאת מצא ראש הממשלה, אריאל שרון, נקודות לזכות פסיקת בג"ץ לקראת החלטת בית הדין הבינלאומי וציין: "לאור מעמדם בעולם של בית המשפט העליון בישראל ושל נשיאו, השופט אהרן ברק, פסיקותיו יהיו לנו לעזר בהאג. הן נותנות מענה משפטי [לטענות שיועלו נגד ישראל]. ראו דיאנה בחור-ניר "שרון: פסיקת בג"ץ תעזור בהאג", YNET, 4.7.2004. כחודשיים לאחר מכן סטה שרון ממסלול המחמאות לבג"ץ והציע לשופטיו לבקר בבית קברות, אם יתהו מדוע החומה אמורה לכלול את כל גוש עציון ובהכרח לפלוש לתחומו של שטח כבוש: "בפעם הבאה, אם ישאלו אתכם שופטי בג"ץ על השיקולים שהביאו אתכם לכלול את כל יישובי גוש עציון בתוך הגדר – אני מציע לכם לשלוח אותם להר-הרצל לקבר האחים של חללי הגוש, שנרצחו על-ידי המון ערבי במלחמת השחרור. הביקור של השופטים בהר-הרצל יסייע להם להבין את ההחלטה שלנו". ראו YNET ו"ידיעות אחרונות", "שרון שלח את שופטי בג"ץ להר-הרצל" YNET, 9.9.2004. השוו לדבריו של שרון מיולי 2005 על הרחבת ההתנחלות אריאל, שלטענתו היא חלק בלתי נפרד מישראל. הכללת אריאל בשטח ישראל תגרום בהכרח להשארותה בצד המערבי של החומה, שתנגוס קרקע נוספת בשטח כבוש. לשיטת שרון, "באתי לראות כיצד ניתן להרחיב את העיר ולחזק את הגוש (אריאל), כפי שאני עושה בגושים אחרים. הגוש הזה יהיה לעולם חלק בלתי-נפרד ממדינת ישראל ובקשר טריטוריאלי רציף אתה". ראו דיאנה בחור-ניר ויצחק בן חורין, "שרון באריאל: באתי לבדוק כיצד להרחיב את הגוש", YNET, 21.7.2005. השוו זאת לדבריו הבהירים של הדווח המיוחד מטעם האו"ם פרופסור דוגרד ממארס 2005, שהדיש כי "Increasingly, the Wall is coming to be seen as the new border between Israel and Palestine instead of the Green Line. The fact that the course of the Wall follows the ruling of the Israeli High Court in the *Beit Surik* case is seen as giving legitimacy to the new "boundary". In 2003 the Special Rapporteur warned that the Wall constituted "a visible and clear act of territorial annexation under the guise of security" (E/CN.4/2004/6, para. 6). At the time this warning was dismissed with John Dugard scorn by many as an exaggeration. Today it is fast becoming accepted wisdom." **Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied by Israel Since 1967**, 3.3.2005, par. 14.

<sup>6</sup> בפרשנות המוסמכת לאמנה זו מטעם הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום, שחיבר ז'אן ס' פיקטה, מודגשת המשמעות העליונה שיש לסעיף 27 לאמנה, המשקף את השדרוג המשמעותי בזכויות אזרחים מוגנים בעת כיבוש ו/או סכסוך מזוין. סעיף זה הוא למעשה היסוד שעליו מושתתים "דיני ג'נבה". בנוגע לסעיף 27 מציין פיקטה: "Article 27, placed at the head of Part III, occupies a key position among the Articles of the Convention. It is the basis of the Convention, proclaiming as it does the principles on which the whole of 'Geneva Law' is founded. It proclaims the principle of respect for the human person and the "inviolable character of

מעמדה של אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 בשיטת המשפט הישראלית אינו ברור. על פי שיטת המשפט הישראלית, האמנה אינה מחייבת את המדינה משום שהיא משתייכת לקטיגוריה של המשפט הבינלאומי ההסכמי. כלומר, אף על פי שהמדינה היא צד לאמנה ואף שהאמנה אושררה על ידי ישראל, אין זה בהכרח מחייב את האורגנים של המדינה בהתנהלותם במסגרת של האמנה. בג"ץ קבע כי כדי שהוראות אמנת ג'נבה הרביעית יחייבו את מדינת ישראל, על המחוקק הישראלי לאמץ את הוראות האמנה בחקיקה של הכנסת.<sup>7</sup>

לעומת זאת, המשפט הבינלאומי המנהגי, כלומר נורמות משפטיות הקיימות בזירה הבינלאומית זה שנים רבות, שיש הסכמה בינלאומית רחבה בדבר אופיין המנהגי, כן מחייבות את מדינת ישראל ואין צורך בחקיקה מקומית שתאמץ אותן.<sup>8</sup> המשפט הישראלי, לדוגמה, מכיר בתקנות האג משנת 1907 כמשפט בינלאומי מנהגי, ולכן תקנות אלה מחייבות את ישראל בפני עצמן.

עם זאת, מדינת ישראל אינה מצהירה בפני בג"ץ על שלילתה המוחלטת של אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949. למעשה, התפתח נוהג עקבי שבמסגרתו מצהירה המדינה כי היא מחויבת ל"הוראות ההומניטריות" שבאמנת ג'נבה הרביעית, ומיד לאחר מכן קובע בג"ץ שאין צורך לדון במעמדה של האמנה. הנימוק: המדינה ממילא מחייבת את עצמה, בלי להתחייב בדבר תקפותה של האמנה באותו שטח, ב"הוראות ההומניטריות" של אמנת ג'נבה הרביעית. כך ביטא זאת בג"ץ בפסיקתו בעניין בית סוריק:

"שאלת תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית התעוררה לא פעם בפני בית המשפט העליון... השאלה לא התעוררה בפנינו, שכן מוסכם על המשיבים כי ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית חלות בענייננו".<sup>9</sup>

בתגובתה המדינה חוזרת על עמדתה כי "מדינת ישראל התחייבה לפעול, דה פקטו, בהתאם להוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית, בשטחים המוחזקים הנתונים לשליטתה"<sup>10</sup>. מקורה של גישה זו הוא ברצונה של ישראל לא להכיר בשטחים הנתונים לשליטתה כשטחים כבושים. עמדתה הרשמית של ישראל היא שאי אפשר להחיל את אמנת ג'נבה הרביעית בגדה

Jean S. Pictet (ed.), *Commentary: IV Geneva* the basic rights of individual men and women. *Convention Relative to the Protection of Civilians in Times of War (Geneva, International Committee of the Red Cross, 1958)* 200-201. בסוף הסעיף מצוין כי אפשר לסייג את זכויות האזרחים המוגנים המנויות בו "However, the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war." עם זאת, ולמרות שיקול הדעת הרחב לכאורה שהסעיף מעניק בכל הנוגע לפגיעה בזכויות אזרחים מוגנים, מוטלת על המעצמה הכובשת החובה לכבד אותן זכויות גם כאשר פעולות אלה מוצדקות לפי אמנת ג'נבה הרביעית עצמה. פיקטה מדגיש בהקשר זה כי "What is essential is that the measures of constraint they adopt should not affect the fundamental rights of the persons concerned. As has been seen, those rights must be respected even when measures of constraint are justified." עמ' 208.

<sup>7</sup> ראו בג"ץ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד מב (2) 4, 38.

<sup>8</sup> שם.

<sup>9</sup> פסקה 23 לפסק הדין. יודגש כי ישראל אינה חתומה על שני הפרוטוקולים לאמנות ג'נבה משנת 1977, הכוללים הוראות הומניטריות מפורטות ברוח "דין ג'נבה". כמו כן, בג"ץ אינו מנתח את פעולות הצבא הישראלי בהתאם לאותן הוראות.

<sup>10</sup> פסקה 179 לתגובת המדינה.

המערבית, רצועת עזה וירושלים המזרחית, משום שאין מדובר בשטח של מדינה שהיא צד לאמנת ג'נבה הרביעית.<sup>11</sup>

מה הן "ההוראות ההומניטריות" הנכללות באמנת ג'נבה הרביעית? מה מייחד אותן מההוראות שאינן הומניטריות שנקבעו באותה אמנה עצמה? מהי התוצאה המשפטית של המחויבות העצמית לחלק מהוראות אמנת ג'נבה הרביעית, ההוראות "ההומניטריות", בהנחה שניתן להבחין בין הוראות שונות של אותה אמנה, שתכליתה הבסיסית היא הומניטרית? האם אפשר לטעון כי הוראות האמנה שאינן נחשבות הומניטריות אינן יכולות להוות מקור נורמטיבי לפעולות ישראל, שכן ממילא היא אינה מחויבת להן, בניגוד להוראות ההומניטריות שבאמנה? האם ייתכן שבאמנת ג'נבה הרביעית קיימת הוראה הכוללת ממד הומניטרי, שישראל מחייבת את עצמה לנהוג על פיו, ובצדו ממד שאינו הומניטרי, שגם אינו יכול להוות מקור לגיטימציה לפעולותיה של ישראל?<sup>12</sup>

על פי ההבחנה הנוצרת בין "הוראות ההומניטריות" באמנת ג'נבה הרביעית להוראות שאינן כאלה, אפשר לטעון כי כל הוראה שאינה מיטיבה עם האזרחים המוגנים על פי האמנה, אינה הוראה הומניטרית. בנוסף, כל הוראה באמנה זו שהיא הוראה "צבאית", תהווה הוראה ש"אינה הומניטרית". מכאן שהוראות המאפשרות, ולו בדרך של יוצא מן הכלל, לפגוע בזכויותיהם של אזרחים מוגנים לפי אמנת ג'נבה הרביעית, הן בהכרח הוראות שאינן הומניטריות. ישראל

<sup>11</sup> ישראל אף סיפחה את ירושלים המזרחית בניגוד לעמדתה הברורה של הקהילה הבינלאומית. ראו החלטות מועצת הביטחון 252 מיום 21.5.1968; 267 מיום 3.7.1969; 271 מיום 15.9.1969; 476 מיום 30.6.1980; ו-478 מיום 20.8.1980. בית הדין הבינלאומי לצדק קבע עמדה שונה, שמהותה תחולת אמנת ג'נבה הרביעית דה יורה בשטחים נשוא הדין לפניו (ירושלים המזרחית והגדה המערבית):

"...the Court considers that the Fourth Geneva Convention is applicable in any occupied territory in the event of an armed conflict arising between two or more High Contracting Parties. Israel and Jordan were parties to that Convention when the 1967 armed conflict broke out. The Court accordingly finds that that Convention is applicable in the Palestinian territories which before the conflict lay to the east of the Green Line and which, during that conflict, were occupied by Israel, there being no need for any enquiry into the precise prior status of those territories." פסקה 101 לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק מיום 9.7.2004. הדין בתקופתה של אמנת ג'נבה במשפט הישראלי יכול להתייחס בנקל, בהתחשב במעמד המנהגי של אמנה זו, שנקבע על ידי בית הדין הבינלאומי לצדק בחוות הדעת המייעצת שלו משנת 1996 בעניין השימוש בנשק גרעיני, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 July 1996, par. 79. וראו גם עמדתו של המלומד שריף בסיוני, הקובעת את מנהגיותן של אמנות ג'נבה, *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*, 42 *Va. J. Int'l L.* 81, 115-116 (2001).

<sup>12</sup> שאלות אלה טרם נדונו על ידי משפטנים העוסקים במשפט בינלאומי הומניטרי, גם לא על ידי אלה העוסקים בהקשר של יישומו או הפרתו על ידי מדינת ישראל. למשל, במאמר של דוד קרצ'מר העוסק בעניין **בית סוריק** ובחוות הדעת המייעצת בעניין החומה של בית הדין הבינלאומי לצדק, אין התייחסות למעמד המשונה של אמנת ג'נבה הרביעית במשפט הישראלי, פרי שיתוף הפעולה בין פרקליטות המדינה ובג"ץ. ראו David Kretzmer "Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: the Advisory Opinion: the Light Treatment of International Humanitarian Law" 99 *A.J.I.L.* 88 (2005). המאמר מציין קרצ'מר כי הסוגיות המשפטיות הקשות שעמדו לפני בג"ץ לא הועלו בשום ערכאה שיפוטית בעולם, מקומית או בינלאומית. דומה כי יש באמירה זו הפרזה יתרה בהתחשב, בין השאר, בדיונים שקיים בית הדין האירופי לזכויות אדם בטענות בדבר הפרת זכויות הכורדים על ידי השלטונות תורכיה. הפירכה שבטענתו של קרצ'מר מתחדדת עוד יותר כשמשווים את התוצאות שהתקבלו בשני הפרומים השיפוטיים. בנוסף, ולמרות הצהרתו כי המאמר נועד בראש ובראשונה לקדם את כיבוד המשפט הבינלאומי ההומניטרי, מציע הכותב פרשנות רחבה ביותר לאמנת ג'נבה הרביעית. הדבר נעשה באמצעות הרחבת משמעותו של סעיף (2)64 לאמנה, הן בחובות המעצמה הכובשת ובהסמכתה לשנות את **הדין הקיים** בשטח כבוש למען קיום חובותיה על פי האמנה או למען ביטחון המעצמה הכובשת. לפי קרצ'מר, מסעיף (2)64 אפשר להסיק כי המעצמה הכובשת יכולה לפעול בשטח כבוש גם מעבר לשינוי דין קיים, וזאת כדי לתמוך בטענתו העקרונית בדבר האפשרות לבנות את החומה בשטח כבוש. הצעה זו של קרצ'מר מרחיקה לכת אפילו יותר מהפרשנות הרשמית של ישראל לאמנת ג'נבה הרביעית, מכיוון שהיא הופכת הוראה הומניטרית על פניה להוראה שאינה כזו. **שם**, עמ' 101.

הצהירה כי טענות אלה אינן בתוקף לגביה, שכן הן נמנות על החלק הלא הומניטרי שבאמנת ג'נבה הרביעית. במלים אחרות, לשיטת ישראל, הוראות אלה באמנת ג'נבה הרביעית אינן דין המחייב אותה.

החלוקה הדיכוטומית שעושה ישראל בין הוראות הומניטריות להוראות שאינן הומניטריות באמנת ג'נבה הרביעית, חותרת תחת הטיעון המרכזי שאמור לספק לה צידוק נורמטיבי לבניית החומה בכלל, ובשטח כבוש בפרט, שמקורו באותה אמנה. לדוגמה, הן בג"ץ **בית סוריק**<sup>13</sup> והן בתגובת המדינה בעניין חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק, מפנים לסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית כמקור נורמטיבי לבניית החומה בשטח כבוש. סעיף זה קובע כלל בדבר איסור הריסת רכוש, ויוצא מהכלל מתיר את ההרס אם מתקיים צורך צבאי מוחלט. סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי:

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

הנה הוראה באמנת ג'נבה הרביעית הכוללת שני ממדים: ממד הומניטרי, דהיינו הגנה על רכוש, לרבות רכוש של אזרחים מוגנים, מפני הריסה; ממד שאינו הומניטרי, אלא צבאי גרידא, שתכליתו אפשרות המתקיימת כיוצא מן הכלל להרוס רכוש של אזרחים מוגנים. העמדה הרשמית של ישראל היא שלילה של תחולת אמנת ג'נבה, למעט ההוראות ההומניטריות שבה. הרישא של סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, איפוא, תקפה ומחייבת את הרשויות הישראליות. לעומת זאת, הסיפא של סעיף 53 אינה הוראה הומניטרית ועל כן ישראל אינה מקבלת על עצמה את תחולתה ותקפותה. יוצא שלשיטת ישראל עצמה, מכוח ההבחנה שהיא יצרה בין מחויבות להוראות הומניטריות באמנת ג'נבה הרביעית לשלילת שאר ההוראות שבאותה אמנה, אי אפשר להסתמך על סעיף 53 כמקור נורמטיבי המעניק לגיטימציה לבניית החומה בשטח כבוש.

#### **נצח הזמניות: החלטיות שיקול הדעת של המפקד הצבאי**

בעניין **בית סוריק** חיזק בג"ץ פעם נוספת את שיקול דעתו של המפקד הצבאי, שהחלטותיו ופעולותיו עמדו לבחינה משפטית. לפי בג"ץ, קשה עד בלתי אפשרי לאתגר את שיקול הדעת של המפקד הצבאי, שמצהיר לפני בית המשפט כי המקור החלטותיו ופעולותיו הוא השיקול הצבאי, וכי הפעולה נשוא האתגור המשפטי זמנית היא<sup>14</sup>, חרף מימדיה האדירים, וההשקעה הכספית האדירה הכרוכה במימושה.

יתרה מכך, דומה שבעקבות בג"ץ **בית סוריק** עותרים לבג"ץ לא יוכלו עוד להסתייע בחוות דעת מקצועית של איש ביטחון בכיר שכבר אינו בתפקיד. בג"ץ קבע, באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי הוא תמיד יעדיף את שיקול הדעת של המפקד הצבאי שבתפקיד, עקב האחריות הרובצת על

<sup>13</sup> פסקה 35 לפסק הדין.

<sup>14</sup> פסקה 29 לפסק הדין.

כתפיו של האחרון<sup>15</sup>. בהתחשב בקביעות אלה, מתאינת האפשרות לטעון נגד שיקוליו של המפקד הצבאי, שכן תצהירו לפני בג"ץ בגיבויה של החלטת ממשלה, גם אם זו לעתים קרובות סותרת את הצהרות הממשלה הפומביות, לעולם יזכה בברכת הדרך המשפטית של בג"ץ. שופטי בג"ץ לא יבדקו את התנהלותו של המפקד הצבאי בהקשר רחב יותר מזה שאליו מתייחס תצהירו, וממילא לא עומדת לעותרים האפשרות לכרסם במהימנותו בגלל העדרו של הליך חקירה נגדית לפני בג"ץ.

לכן אין פלא שבג"ץ נתן לגיטימציה, במשך שנים רבות, להפרות רבות ובוטות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי בידי ממשלות ישראל. נטען כי הפרות אלה הן זמניות בלבד וכי מקורן בשיקול הדעת המהימן והמבורך תמיד של המפקד הצבאי, שבסופו של דבר השאיר פחות קרקע לאזרחים המוגנים על פי אמנת ג'נבה. הקרקע הזאת נועדה להקמת התנחלויות, סלילת כבישים עוקפים ובניית מפקדות צבאיות<sup>16</sup>.

אף שאמנת ג'נבה הרביעית מכירה בקיומו של שיקול דעת למפקד הצבאי בשטח כבוש לביצוע פעולות שבהכרח פוגעות בזכויותיהם של אזרחים מוגנים, שיקול דעת זה הוא היוצא מן הכלל. הכלל באמנת ג'נבה הרביעית הוא איסור על פגיעה בזכויות הבסיסיות המוקנות לאזרחים מוגנים. כלומר, חובה לבחון את שיקול הדעת של המפקד הצבאי בהקשר של האיסורים המוטלים עליו מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי. שיקול הדעת שלו עלול, ברמה גבוהה של הסתברות, לפגוע בזכויות האזרחים המוגנים, גם אם אותו מפקד פועל לכאורה על פי מרחב צר של חוקיות בדמות חריג לכלל המוגדר על פי אמנת ג'נבה הרביעית עצמה. פיקטה מדגיש את הסכנה הזאת, בהקשר של החריג לכלל שבסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית האוסר על הריסת רכוש. החריג מתיר את ההריסה בהתקיים "צורך צבאי מוחלט". פיקטה מדגיש כי:

"...it will be for the Occupying Power to judge the importance of such military requirements. It is therefore to be feared that bad faith in the application of the reservation may render the proposed safeguard valueless; for unscrupulous recourse to the clause concerning military necessity would allow the Occupying Power to circumvent the prohibition set forth in the Convention."<sup>17</sup>

### **הקלות הבלתי נסבלת של יציאה מהכלל**

בעניין **בית סוריק** קבע בג"ץ כי הוראות סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית וסעיף 23(g) לתקנות האג הן מקור לחוקיות בנייתה של החומה בגדה המערבית. בג"ץ קבע בהקשר זה:

"אשר לטענה בעניין הסמכות שהועלתה בפנינו, דעתנו הינה כי המפקד הצבאי מוסמך – על פי המשפט הבינלאומי החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית – לתפוס חזקה במקרקעין אם הדבר דרוש

<sup>15</sup> פסקה 47 לפסק הדין. יודגש, כי המומחים הצבאיים מטעם העותרים בעניין **בית סוריק**, שדעתם לא נתקבלה על ידי בג"ץ, לא טענו כי החומה צריכה להיבנות על הקו הירוק, אלא אפשר וראוי לבנות אותה גם בשטח כבוש. כלומר, בג"ץ העדיף את חוות הדעת הצבאית המצדדת בחדירה עמוקה יותר לשטח כבוש.

<sup>16</sup> ראו פסקי הדין שבפסקה 32 לפסק הדין.

<sup>17</sup> פיקטה, עמ' 302.

לצורכי הצבא (ראו סעיפים 23(g) ו-52 לתקנות האג; סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית)<sup>18</sup>.

בניגוד לבג"ץ, בית הדין הבינלאומי לצדק קבע כי לא יכולה להיות תחולה לסעיף 23(g) לתקנות האג בהקשר של המצב בגדה המערבית, שכן הקשרו של סעיף זה הוא פעולות צבאיות התקפיות המבוצעות תוך כדי סכסוך מזוין: "means of injuring the enemy, sieges, and bombardments". בית הדין הבינלאומי לצדק קבע בהקשר זה כי:

"With regard to the Hague Regulations of 1907, the Court would recall that these deal, in Section II, with hostilities and in particular with "means of injuring the enemy, sieges, and bombardments". Section III deals with military authority in occupied territories. Only section III is currently applicable in the West Bank and article 23(g) of the regulations, in Section II, is thus not pertinent."<sup>19</sup>

ישראל מתעקשת על תחולתו של סעיף 23(g) לתקנות האג ומסתמכת על התייחסותו הלקונית של בג"ץ בעניין **בית סוריק** לתחולתו של הסעיף:

"...תקנה זו אינה אוסרת על הקמת המכשול גם אם היא מחייבת תפיסת מקרקעין, מכיוון שהוא נחוץ באופן הכרחי לצורך בלימת מתקפת הטרור. לכן לדעת המשיבים ישראל מוסמכת להקים את המכשול על פי דיני ניהול הלחימה, גם אם הדבר כרוך בתפיסת קרקע פרטית, מכיוון שהקמת המכשול עומדת בתנאים שקבע סעיף 23(g). כך אף נקבע בעניין **בית סוריק**"<sup>20</sup>.

בתגובתה מותחת המדינה ביקורת על התשתית העובדתית שעמדה לפני בית הדין הבינלאומי לצדק, לרבות התשתית העובדתית שהובילה את בית הדין לקבוע כי הפרק השני של תקנות האג אינו חל בהקשר של בניית החומה בגדה המערבית. עם זאת, בתגובת המדינה עצמה אפשר לראות כי להגדרתה "סכסוך המזוין עם הפלסטינים" יש משמעות רחבה ביותר, הכוללת גם "הפרות סדר בקנה מידה נרחב". הגדרה זו מעמידה בספק רב את תוקף מסקנותיה של המדינה בדבר הדינים התקפים לגביה, והיא אף מערערת את תוקף מחויבותה להוראות ההומניטריות לאמנת ג'נבה הרביעית. זאת בנוסף לסכנה הממשית העולה מהגדרה זו לאזרחים מוגנים בשטח כבוש. לשיטת המדינה:

"על כן, הסכסוך המזוין עם הפלסטינים לובש ופושט צורה. החל מהפרות סדר בקנה מידה נרחב, דרך ביצוע פיגועים באמצעות מחבלים מתאבדים, ועד שייגור טילים לעבר מרכזי האוכלוסייה הישראלית בישראל ובאזח"ע"<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> פסקה 32 לפסק הדין.

<sup>19</sup> פסקה 124 לחוות הדעת המייעצת.

<sup>20</sup> פסקאות 490-491 לתגובת המדינה.

<sup>21</sup> פסקה 56 לתגובת המדינה. המדינה מוסיפה וטוענת כי יש לבחון את הקמת החומה במבט רחב. לשיטתה, מבט זה יראה כי בניית החומה תיטיב עם האוכלוסייה הפלסטינית: "המכשול מקטין את הצורך בפעילות צה"ל בקרבת הערים, את הצורך בפעולות כמו כתר או סגר. בעקבות הקמת המכשול ירד הצורך בהטלת כתרם על ערים פלסטיניות, הסמוכות לקו התפר, כמו ג'נין. כמו כן, הצטמצם אף הצורך בקיומם של מחסומים רבים בתוך תחומי איו"ש. על כן הוחלט על צמצום מספר המחסומים בתוך תחומי איו"ש". ראו פסקה 94 לתגובת המדינה. האחרונה אינה מציינת בתגובתה כי הגוף הדוחף להקמת החומה, השב"כ, הוא אותו גוף הדורש בעקביות לבצע פעולות צבאיות שונות בעומק השטח הפלסטיני הכבוש.

הן בג"ץ בעניין **בית סוריק** והן הפרקליטות בתשובתה לעניין חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק אינם מפרטים כיצד בניית החומה עולה בקנה אחד עם תנאיו של סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית. למעשה, אין הם עומדים על כך שמדובר בסעיף שהכלל בו הוא דווקא איסור על פגיעה ברכוש של, בין היתר, אזרחים מוגנים, ורק החרג בדבר צורך צבאי החלטי בעת פעילות צבאית מבצעית יכול לאפשר פגיעה ברכוש האמור, כאשר גם אפשרות זו כפופה לכללים רבים של המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

אבל מעבר לסוגיית עקרוניות, האיסור שבסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית - שאינו מודגש הן על ידי בג"ץ והן על ידי הפרקליטות - קיימת בעייתיות משפטית משמעותית בהחלט סעיף זה כמקור למתן לגיטימציה לבניית החומה. לבעייתיות זו שני ממדים. ראשית, החרג שבסעיף 53, המאפשר הרס רכוש בשטח כבוש על יד המעצמה הכובשת, קובע כי הפגיעה יכולה להתקיים כצורך צבאי מוחלט הנובע מפעילות צבאית: "except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations." מדובר איפוא בחרג צר, שהקשרו פעילות צבאית מבצעית. הכללתה של בניית החומה במסגרת המונח "פעילות צבאית מבצעית" תרחיב את משמעות המונח ותרוקן מתוכן את היותו חריג לכלל בסיסי, שתכליתו העיקרית שמירה על רכוש של אזרחים מוגנים. ההנחה שהמונח "פעולות צבאיות" אינו מצומצם לפעולות המבצעיות של המעצמה הכובשת, מובילה למסקנה כי כל בנייה שזו יוזמת בשטח הכבוש מצדיקה פגיעה ברכוש של אזרחים מוגנים, לפי שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ובלי שקיימת חובה לפצות את האזרח המוגן שרכושו נפגע. אכן, העובדה שסעיף 53 אינו כולל אפשרות לפצות את האזרח המוגן על הפגיעה ברכושו מחדדת את הקשרו המצומצם של החרג שבסעיף 53, המוגבל לפעולות צבאיות מבצעיות.

שנית, האפשרות של המעצמה הכובשת לפגוע ברכוש בשטח הכבוש, לרבות רכושם של אזרחים מוגנים, מקורה בצורך צבאי מוחלט. כלומר, לא מספיק צורך צבאי סתם. ההחלטיות של הצורך הצבאי מחייבת את המסקנה שקיים קשר אינהרנטי של קרבה בזמן בין הצורך הצבאי המוחלט לפעולה הפוגעת ברכוש בשטח הכבוש. אין ספק שבניית החומה בשטח הכבוש, הדורשת זמן רב לתכנונה והקמתה בפועל, אינה עומדת גם בתנאי זה שבסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית.

ספק רב אם גם סעיף 52 לתקנות האג משנת 1907 יכול לשמש מקור נורמטיבי לבניית החומה בשטח כבוש<sup>22</sup>. האפשרות להחרים קרקע מכוח סעיף זה מוגבלת לצורכי הצבא. אכן, לא ניתן למתוח את הפרשנות של סעיף זה מעבר לצרכים הבסיסיים של צבא הכיבוש. אם מתירים החרמה של קרקע לשם בנייה בשטח כבוש מכוח סעיף זה, למטרה שאינה לצורכי הצבא במשמעות הצרה של המלה, למשל למען אזרחי המעצמה הכובשת בשטח הכבוש, יתרוקן מתוכן האיסור המוחלט

<sup>22</sup> סעיף 52 לתקנות האג משנת 1907 קובע כי "Requisitions in kind and services shall not be demanded from municipalities or inhabitants except for the needs of the army of occupation. They shall be in proportion to the resources of the country, and of such a nature as not to involve the inhabitants in the obligation of taking part in military operations against their own country. Such requisitions and services shall only be demanded on the authority of the commander in the locality occupied. Contributions in kind shall as far as possible be paid for in cash; if not, a receipt shall be given and the payment of the amount due shall be made as soon as possible."



שבסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית על העברת אזרחי המעצמה הכובשת אל השטח הכבוש. שכן, מכוח פרשנות כזו לסעיף 52, אפשר יהיה לנגוס בשטח הכבוש לטובת המעצמה הכובשת מכוח צורכי אזרחיה שהועברו לשם בניגוד לדין, להבדיל מצורכי הצבא עצמו.<sup>23</sup>

לא נראה כי הצבא הישראלי יכול להזדקק לסעיף 52 לתקנות האג משנת 1907, משום שלפי הצבא בניית החומה נובעת מצורך ביטחוני מבצעי.<sup>24</sup> אבל דומה כי סעיף 52, הנמצא בחלק השלישי של התקנות שכותרתו "Military Authority Over the Territory of the Hostile State", אינו מאפשר החרמת קרקע לצורך המוצהר על ידי ישראל. חלק זה של התקנות כולל הוראות שתכליתן היא להגן על האוכלוסייה שנקלעה למצב של כיבוש על ידי מדינה זרה. כלומר, מדובר בחלק המהווה המקור לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, המפרטת משטר של הגנה על האוכלוסייה האזרחית בזמן של כיבוש. כך, למשל, קובע סעיף 43 לתקנות האג (1907), הנמצא אף הוא בחלק השלישי של התקנות, את חובת הכובש (Occupant) לפעול כאילו היה השלטון הלגיטימי של האוכלוסייה הנמצאת תחת כיבוש:

"Art. 43. The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country."

דומה לכך, קובע סעיף 46 לתקנות אלה, הנמצא אף הוא בחלק השלישי לתקנות, את חובת הכובש לכבד זכויות יסוד בסיסיות של האוכלוסייה האזרחית. למעשה, זהו מקורו של סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית. סעיף זה אף מדגיש את חוסר האפשרות להפקיע רכוש פרטי:

"Art. 46. Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.  
Private property cannot be confiscated."

סעיף אחר בתקנות דן בהקשר המוצהר על ידי ישראל, הוא סעיף 23(g) מהחלק השני של התקנות, שכותרתו "**Means of injuring the enemy, sieges, and bombardments**". הסעיף מאפשר, כחריג בלבד, פגיעה ברכוש פרטי עד כדי הריסה אם "imperatively demanded by the necessities of war". כאמור, בית הדין הבינלאומי לצדק קבע כי סעיף 23(g) אינו חל בהקשר של הקמת החומה בגדה המערבית.<sup>25</sup> יתר על כן, ישראל אינה יכולה לטעון לתקפותו של סעיף 23(g) לתקנות האג כמקור הצדקה לפגיעה ברכוש של אזרחים פלסטינים, ובה בעת לטעון לאפשרות של אותה פגיעה מכוח סעיף 52 לתקנות האג. סעיף 52 לתקנות האג דן בניהול השטח שבשליטת

<sup>23</sup> ראו פסקה 64 לעמדת המדינה, שבה מצוין כי "המכשול אמור להגן אף על הישראלים המתגוררים באיו"ש, וכן על אתרים אחרים בעלי חשיבות כמו כבישים, קווי מתח גבוה ועוד. לכן הוא עובר בחלקו באיו"ש".

<sup>24</sup> לשיטת המדינה, בפסקה 4 לתשובתה, החומה מוקמת כ"אמצעי ביטחוני זמני לבלימת המתקפה". המדינה מוסיפה בפסקה 6 כי "רובו של המכשול עובר, מטעמים ביטחוניים, בתחומי איו"ש, אך הוא עובר גם בתחומי ישראל". ראו והשוו עם ההגנה על רכוש אזרחי שבסעיפים 52 ו-254(2) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977.

<sup>25</sup> גם אם סעיף 23(g) לתקנות האג חל בהקשר הנדון, יש לפרשו באופן דומה לפרשנות של סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, ביחוד בכל האמור לצורך בקרבה ברורה בזמן בין הצורך הצבאי להרס הרכוש.

הצבא בעת כיבוש, ולא בלחימה בו. התשתית המבססת את קיומו של סעיף 52, איפוא, אינה זו הנטענת על ידי ישראל עצמה.<sup>26</sup>

### משפט זכויות האדם הבינלאומי

בית הדין הבינלאומי לצדק מייחד בחוות דעתו חלק נכבד<sup>27</sup> לדיון בהפרת זכויותיה של האוכלוסייה הפלסטינית כתוצאה מבנייתה של החומה, בהתאם למשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובייחוד לפי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, האמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות, ותרבותיות משנת 1966, והאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989, שאושרו על ידי ישראל בשנת 1991. בהסתמך על דו"חות של דווחים וועדות מטעם האו"ם, מגיע בית הדין למסקנה כי זכויות מכוח אותן אמנות הופרו. לפי בית הדין הבינלאומי לצדק:

"...to sum up, the Court is of the opinion that the construction of the wall and its associated régime impede the liberty of movement of the inhabitants of the Occupied Palestinian Territory (with the exception of Israeli citizens and those assimilated thereto) as guaranteed under Article 12, paragraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights. They also impede the exercise by the persons concerned of the right to work, to health, to education and to an adequate standard of living as proclaimed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and in the United Nations Convention on the Rights of the Child."<sup>28</sup>

בעניין **בית סוריק** בג"ץ אינו מקיים שום דיון בזכויות מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי. דומה כי לפחות לפי נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, אין לזכויות אלה תחולה בשטחים כבושים.<sup>29</sup> גם לשיטת המדינה אין לאמנות זכויות האדם הבינלאומיות תחולה בשטחים שנכבשו על ידה בשנת 1967.<sup>30</sup>

המדינה מוסיפה וטוענת בתגובתה, כי יחסי הגומלין בין הזכויות לפי האמנות בדבר זכויות האדם הבינלאומיות למשפט הבינלאומי ההומניטרי, יכולים בהחלט להגביל את הזכויות הראשונות. המדינה מדגימה זאת בהקשר של איסור שלילה שרירותית של הזכות לחיים, הקיים בסעיף 6 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966). המדינה טענה בתגובתה כי האיזון הקיים בסעיף

<sup>26</sup> ההסתמכות על סעיף 52 לתקנות האג מכרסם ביעילות גם בטענתה של ישראל כי היא זכאית לבנות חומה בשטח כבוש מכוח הזכות להגנה עצמית שבסעיף 51 למגילת האו"ם. קיימת בעייתיות משפטית נוספת, וברורה, הכרוכה בהזדקקות לטיעון ההגנה העצמית. סעיף 51 למגילת האו"ם מאפשר הגנה עצמית בהתקיים מתקפה של מדינה. ישראל טענה כי בית הדין הבינלאומי לצדק אינו יכול לספק את חוות הדעת המייעצת בעניין החומה, משום שהפלסטינים אינם מייצגים מדינה. כך גם לגבי טענת ישראל בדבר אי תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית בשטחים שנכבשו בשנת 1967, שמקורה בהיעדרה של מדינה לפלסטינים.

<sup>27</sup> פסקאות 123-137 לחוות הדעת המייעצת.

<sup>28</sup> פסקה 134 לחוות הדעת. גם השופט בורגת'יל הסכים בדעת המיעוט שלו לקיומה של חובה המוטלת על ישראל לכבד את הזכויות שבאמנות זכויות האדם, גם בשטחים הכבושים "I share the court's conclusion that International humanitarian law, including the Fourth Geneva Convention, and international human rights law are applicable to the Occupied Palestinian Territory and must there be faithfully complied with by Israel".

<sup>29</sup> ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** (כתר, 2004) 147 – 148.

<sup>30</sup> פסקה 497 לתגובת המדינה.

זה מתמצה במונח שרירות, כאשר המשפט הבינלאומי ההומניטרי יוצק תוכן למשוואת האיזון האמורה. לשיטת המדינה, המשפט הבינלאומי ההומניטרי מאפשר, בתנאים מסוימים, נטילת חייהם של חפים מפשע, ולכן הוא מכרסם באיסור הקיים בסעיף 6 לעיל. המדינה אינה מפנה לסעיף כלשהו במשפט הבינלאומי ההומניטרי המאפשר את הנטילה שהזכירה, ובכל זאת הטענה נטענה כמובנת מאליה:

"...סעיף 6 לאמנה הנ"ל (זכויות אזרחיות ופוליטיות – מ"ד) אוסר על שלילה "שרירותית" של הזכות לחיים. שאלת השרירותיות של נטילת החיים תיבחן על פי עקרונות המשפט ההומניטרי, המאפשר נטילת חיים בתנאים מסוימים, כולל חיים של חפים מפשע."<sup>31</sup>

דומה כי מקורה של גישה זו בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין חוקיות האיום או השימוש בנשק גרעיני ( Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapon ) מיום 8.7.1996. לא בכדי אין המדינה מזכירה את המקור, מתוך ניסיון מודע לא להעניק מעמד מחייב לחוות דעת מייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק, בייחוד מכיוון שבית הדין הבינלאומי קבע באותה חוות דעת באופן ברור ומפורש את תקפותו ותחולתו של משפט זכויות האדם הבינלאומי במצב של לחימה:

"The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself."<sup>32</sup>

למרות הדמיון הקיים לכאורה בין גישת המדינה התיאורטית<sup>33</sup>, לבין הניתוח של בית הדין הבינלאומי לצדק באשר ליחס בין המשפט הבינלאומי ההומניטרי כחוק ספציפי שאינו מוציא את תחולת משפט זכויות האדם אך משליך על תוכנו, בית הדין אינו מרחיק לכת. בניגוד לניתוח המדינה, בית הדין הבינלאומי לצדק אינו מסיק את אפשרות נטילת חייהם של חפים מפשע מכוח הניתוח האמור<sup>34</sup>, גם לא "בתנאים מסוימים".

<sup>31</sup> פסקה 507 לתגובת המדינה.

<sup>32</sup> פסקה 25 לחוות דעת בית הדין הבינלאומי בעניין האיום בנשק גרעיני או השימוש בו, 8.7.1996.

<sup>33</sup> יוזר, עמדתה בפועל של המדינה היא שלילת תחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח כבוש גם בעת סכסוך מזוין.

<sup>34</sup> לא ברור מה מקור ההשראה לאקרובטיקה המשפטית של פרשנות המדינה. עם זאת, ראו יובל יעז, "כבוד בית הדין הבינלאומי אינו יודע מהו סח", הארץ, 6.3.2005. בכתבה נאמר: "ישראל לא השאירה אבן על אבן מחוות הדעת

**סיכום**

בעוד עיני הקהילה הבינלאומית מופנות לתוכנית ההתנתקות מעזה שיזמה ממשלת ישראל, שנראה כי רבים הסיכויים שלא תביא לסיום הכיבוש גם ברצועה, שרון וממשלתו ממשיכים לבנות במרץ רב הן את החומה והן את ההתנחלויות בגדה המערבית. בכך הם פוגעים בהכרח בזכויות יסוד בסיסיות של האוכלוסייה הפלסטינית המתגוררת שם.

חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין החומה נשללה על ידי ישראל. אין היא מתכוונת לקיימה. אחת הטענות של ישראל נגד חוות הדעת מתייחסת לתשתית העובדתית הרעועה שעמדה לכאורה לפני בית הדין הבינלאומי לצדק. אכן, היום ישנן עובדות אחרות מאלה שהיו לפני בית הדין הבינלאומי. אבל עובדות אלה אינן מובילות לשינוי במסקנותיו של בית הדין הבינלאומי לצדק: הבנייה היא בעומק השטח הפלסטיני ועל חשבון זכויותיהם של אזרחים מוגנים במשפט הבינלאומי ההומניטרי<sup>35</sup>.

החלטת בג"ץ בעניין **בית סוריק** אינה יכולה להוות תחליף למסקנות בית הדין הבינלאומי לצדק. במקרה הטוב, המדינה נאחזת בטענת המידתיות שבהחלטת בג"ץ. למרות זאת, היא מפירה בבטות זכויות של אזרחים מוגנים. במקרה הרע, פסק הדין של בג"ץ מעניק לגיטימציה רחבה ביותר לשיקול הדעת של המפקד הצבאי בשטח, באופן שיהיה קשה ביותר לאתגרו בהקשר של שיטת המשפט הישראלית.

ההחלטה להעלות את שאלת אי חוקיותה של החומה לפני טריבונל בינלאומי מבורכת ומחויבת. ללא ההליך שהתקיים בבית הדין הבינלאומי, ספק רב אם היתה מתקבלת החלטת בג"ץ בעניין **בית סוריק**. יישומן של מסקנות בית הדין הבינלאומי לצדק יהיה תלוי בפעילות נגד החומה. בתקופה מורכבת כל כך, עומד אתגר עצום לפני הפעילים בתחום זה: הגברת המודעות הבינלאומית לעוולות הכיבוש והאצת המאבק בנושאת דגלו - החומה.

- במידה רבה בצדק, אומר הפרופ' יורם דינשטיין, מומחה בעל שם עולמי למשפט בינלאומי, שסייע לפרקליטות בחיבור המסמך [תגובת המדינה לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין החומה – מ"ד].<sup>35</sup> השוו עם דבריו של הדווח המיוחד מטעם האו"ם, פרופסור ג'ון דוגרד, בדו"ח שפירסם ביום 3.3.2005, פסקה 13:

The Special Rapporteur visited Barta'a ash Sharqiya in the "closed zone". Its 4,000 residents have main access through only one gate, Reikan, to the West Bank; the gate at Um Al Rihan is limited to schoolchildren residing near to the gate. (The Special Rapporteur was denied passage through the latter gate.) This has seriously curtailed access to health services, education, basic consumer goods, food and water in the West Bank. To add insult to injury, Barta'a ash Sharqiya's only olive mill was destroyed in 2004 despite a court injunction and difficulties are placed in the way of marketing its olive harvest by restrictions "placed on the transportation of olives into Israel or the West Bank."