

מכשול הביטחון הישראלי לאור דיני העימות המזוין

בארי פיינשטיין *

- א. הקדמה
- ב. העדר צורך מתבקש להקמת מכשול ביטחון
- ג. קביעת תוואי המכשול
- ד. במתווה הקו הירוק
- ה. עימות מזוין לא קונבנציונאלי
- ו. צורך צבאי מול שיקולים הומניטריים
- ז. הרס ותפיסת רכוש
- ח. מגבלות על חופש התנועה
- ט. סיכום

א. הקדמה

יהא אשר יהא הכינוי לתופעה שאין האנושות סובלתה – אם "טרור", "מאבק מזוין בכיבוש", או "ג'יהאד" – התקפות אלימות המתבצעות ע"י קבוצות חמושות המכוונות לפגיעה באוכלוסיה אזרחית ובמטרות לא צבאיות, מהוות שאלה של חיים-ארמוות חובקת עולם. אל מול שאלה זו, מדינות רבות המצויות בחזית המלחמה העולמית בטרור נוקטות אמצעי הגנה. אמצעים אלו, שתכליתם הפחתת

* דוקטור, מרצה בכיר למשפט בינלאומי, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה; Visiting Professor of Law, McGeorge School of Law, University of the Pacific, Sacramento, California (summers since 1998); Visiting Professor of Law, Institut Commercial de Nancy (ICN), Ecole de Management, Universite de Nancy (2), France (first semesters since 2004); Senior Fellow and Member of the Board of Governors, S. Daniel Abraham Center for Strategic Dialogue, Netanya Academic College. תודתי וחובתי לגב' נעמי קסלר-פיינשטיין על הגיונה ובהירות מחשבתה, על שטרחה, יגעה ותמכה. כמו כן תודותי העמוקות והכנות ניתנות למר יותם שושני, סטודנט שנה ג בזמנו בבית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה על עבודת התרגום המסובכת והמצוינת שביצע במאמר זה עבורי.

האיומים הנוצרים על-ידי גלי הטרור המתמשכים, כוללים שדות מוקשים, אזורי פירוז, אזורי חיץ, תעלות, שוחות, חיישנים, מצלמות, שקי חול, צינורות מבוטנים, תיל דוקרני, גדרות וביצורים.

מדינת ישראל אינה לבדה בבניית מכשול פיזי במאמץ להגן על אזרחיה מפני התקפות קטלניות המתבצעות מצד אוכלוסיה שכנה עוינת. מדינות רבות נהגו בדומה בהקימן מחסומי ביטחון למניעת חדירה חבלנית עוינת לתחומן, בעוד אחרות יצרו מכשולים למניעת הברחות או הגירה בלתי חוקית, הזכות להכרה הולכת וגוברת כמעשים המהווים איום על בטחונה הלאומי של המדינה. מדינות אחרות כיוונו ביצירת מחסומים שכאלו, להשגת שלל מטרות במקביל. מכשולים אלו מגבילים ומצמצמים בהכרח תנועה אנושית בגבולות או באיזורים סמוכים להם על אף חוסר הנוחות שבצידם. מטבע הדברים, אך מתבקש הוא כי לעיתים תצריך בנייתם של מכשולים אלו, תפיסתו של רכוש בבעלות פרטית. מכשולים כאלה קיימים בכל העולם כולו, רבים מהם, ובמיוחד אלו הנבנים משיקולי ביטחון, מוקמים בשטחי מריבה ו/או לאורך גבולות שנויים במחלוקת. להלן דוגמאות ספורות מתוך שלל המכשולים הקיימים כיום בעולם ולו לשם המחשת שכיחותה של התופעה.

ערב הסעודית למשל עושה לבנייתו של מכשול ביטחון בגבולה השנוי במחלוקת עם שכנתה תימן¹ המשתרע, לפי אומדנים שונים, בין 1350²–1800³ קילומטרים, וכולל גדרות, מצלמות ומיני אמצעי חישה אלקטרוניים אחרים.⁴ וזאת לטענתה של ערב הסעודית לשם הפסקת זרם כניסתם של מחבלים ואמצעי לחימה לתוכה.⁵ עלותה המשווערת של המכשול הסעודי הינו 8.57 מיליארד דולר,⁶ זאת בנוסף להיותו משתרע,

1 ראו: Brian Whitaker "Saudi Security Barrier Stirs Anger in Yemen" *The Guardian* (17.2.04) <http://www.guardian.co.uk/saudi/story/0%2C11599%2C1149721%2C00.html> (נבדק ב-19.8.07).
2 ראו גם, Yotam Feldner "The Saudi Separation Fence" *The Middle East Media Research Institute Inquiry and Analysis Series No. 162*, 2004, <http://memri.org/bin/articles.cgi?Page=archives&Area=ia&ID=IA16204> (נבדק ב-19.8.07);
3 Gary Fitleberg "India Builds Security & Separation Fence While Israel Stands Trial At ICJ" *Pakistan Today* <http://www.paktoday.com/gary27.htm> (נבדק ב-17.4.04).

2 ראו: "Yemen Rejects Riyadh Building of a Wall on its Borders" *Arabic News.com* (2.2.04) <http://www.arabicnews.com/ansub/Daily/Day/040202/2004020212.html> (נבדק ב-19.8.07).

3 ראו: Michel Cousins "Kingdom-Yemen Emergency Talks Set Over Border Fence" *Arab News* (10.2.04) <http://www.arabnews.com/services/print/print.asp?artid=39304&d> (נבדק ב-19.8.07).

4 ראו: *Id.* ראו גם: *supra* note 2.

5 ראו: Feldner, *supra* note 1.

6 ראו: John R. Bradley "Saudi Arabia Enrages Yemen With Fence" *Independent* (11.2.04) http://news.independent.co.uk/world/middle_east/story.jsp?story=490024 (נבדק ב-21.2.05);
Gwynne Dyer "Why Walls Are Going Up All Over the World?" *Arab News*; (13.2.07) (נבדק ב-19.8.07).

כך דווח, על שטחים תימניים עד כדי חדירה לעומק של למעלה משישה קילומטרים לשטחי תימן.⁷ כמו כן בשנת 1999, החלו כוחות רוסים בחפירת תעלה המגודרת בתיל דוקרני ומגובה במגדלי תצפית, המשתרעת לאורכם של קרוב ל-110 קילומטרים, כחלק ממאמץ נחוש לפקח על איזור בלתי יציב זה וכדי להתגונן מפני התקפות המורדים הצ'צ'נים.⁸ באופן דומה, נהגה הודו בחבל המריבה קאשמיר, כתשובה הולמת לחדירתם של מחבלים לתחומה מהחלק הפקיסטני בקאשמיר,⁹ בהקמת מכשול ביטחון¹⁰ חשמלי.¹¹ עלותו של מכשול זה נאמדת ב-2.5 מיליארד דולר.¹² המכשול, שנבנה מבטון וכולל תיל דוקרני המגובה בחיישנים אלקטרוניים,¹³ מהווה מרכיב אחד במערכת רב-שלבית של חיישני קרקע, אמצעי זיהוי טרמיים, ציוד לראיית לילה ומוקשים, ומשתרע לאורך מאות קילומטרים.¹⁴

מרוקו בנתה שש חומות או מכשולים, הידועים כ-"berms"¹⁵ לשם הגברת שליטתה ואחיזתה ברוב¹⁶ חלקיה של סהרה המערבית הנתונים

7 ראו: Jonathan Gurwitz "Blame Terror, not Fence, for no Peace" *Seattle Post-Intelligencer*; http://seattlepi.nwsource.com/opinion/162732_wall02.html (2.3.04) (נבדק ב-19.8.07); Fitleberg, *supra* note 1; Feldner, *supra* note 1.

8 ראו: Associated Press "Russia May Face New Chechen Conflict" *Free Republic.com*; <http://www.freerepublic.com/forum/a3784c2cb685f.htm> (8.7.99) (נבדק ב-19.8.07).

9 ראו: Ranjit Devraj "India Pursues Fence Construction in Kashmir" *Inter Press Service News Agency* (5.12.03) <http://www.ipsnews.net/print.asp?idnews=21423> (נבדק ב-19.8.07).

10 חברת מגל מערכות בטחוניות, בע"מ, המספקת להודים טכנולוגיה כגון גלאי תנועה ומצלמות, נוטלת חלק בבנייתו בקאשמיר של מכשול ביטחון הדומה במאפייניו למכשול הישראלי המשמש אף הוא למניעת חדירת מחבלים; ראו: Manjeet Kripalani & Neal Sandler "Building Fences — And Growing Closer" *BusinessWeek* (23.2.04) http://www.businessweek.com/magazine/content/04_08/b3871062.htm (נבדק ב-19.8.07).

11 ראו: Devraj, *supra* note 9.

12 *Id.*

13 ראו: Fitleberg, *supra* note 1.

14 ראו: United Press International "India to Continue Building Security Fence" (19.1.04) <http://feeds.bignewsnetwork.com/?sid=e01e8eea939> 49560; Raul Singh "Gen. Vij: Fencing Along LoC Going on Well" (19.8.07) (נבדק ב-19.8.07) *Times of India* (9.11.03) <http://timesofindia.indiatimes.com/articleshow/273981.cms> (נבדק ב-19.8.07) "We Have Right to Build Defences in J&K: India" *The Hindu* (4.4.01) www.hinduonnet.com/2001/04/04/stories/01040003.htm (נבדק ב-19.8.07).

15 ראו: *Int'l Campaign to Ban Landmines, Landmine Monitor Report 2003*: "Western Sahara (2003)" (נבדק ב-19.8.07) http://www.icbl.org/lm/2003/western_sahara.html (להלן: *Landmine Monitor Report 2003*).

16 ראו: Ian Williams & Stephen Zunes "Self Determination Struggle in the Western Sahara Continues to Challenge the UN" *Foreign Policy in Focus* (Sept. 2003) <http://www.fpiif.org/papers/sahara2003.html> (נבדק ב-19.8.07); Michael Bhatia "Western Sahara Under Polisario Control: Summary Report of Field Mission to the Sahrawi Refugee Camps (Near Tindouf, Algeria)" 28 *Review of African Political Economy* (2001) 291 <http://www>.

במריבה,¹⁷ וזאת בניגוד¹⁸ להחלטות בית הדין הבינלאומי¹⁹ ומועצת הביטחון של האו"ם.²⁰ מחסומי הגנה אלה מרקיעים לגובה של כשלושה מטרים²¹ ואורכם נאמד לפי דיווחים מסוימים בכ-1200 קילומטרים,²² ולפי דיווחים אחרים²³ מתארכים הם לכ-2200 קילומטרים ואף יש טוענים שעולים על אומדן זה.²⁴ המחסומים מגובים בתעלה ומשתרעים על נקודות טופוגרפיות גבוהות כגון גבעות וצוקים²⁵ ובאיזור זרועים כמליון עד שני מיליון מוקשי נגד אדם ונגד טנקים.²⁶ דיווחים מן האיזור מורים כי חלק מן המוקשים לאורך המחסומים ממולכדים במכלי גז פטרוליאום נוזלי.²⁷ חומות ההגנה נמשכות לאורך אמצעו של מדבר הסהרה ומשתרעות לכל

- “The United Nations Failure in Southern Morocco” *GlobalSecurity.org* (1997) <http://www.globalsecurity.org/military/library/report/1997/Said.htm> (נבדק ב-19.8.07); ראו גם: Toby Shelley “Behind the Baker Plan for Western Sahara” *Middle East Report Online* (1.8.03) <http://www.merip.org/mero/mero080103.html> (נבדק ב-19.8.07).
- 17 ראו: Carolyn Culver “Arms to Morocco Challenge” *Red Pepper (London)* (Nov. 2000) <http://www.wsahara.net/2001/armschall.html> (נבדק ב-19.8.07).
- 18 ראו: Stefan Armbruster “Oil: Western Sahara’s Future” *BBC News* (4.3.03) <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/2758829.stm> (19.8.07).
- 19 ראו: “Western Sahara, Advisory Opinion” *I.C.J. Reports* 1975 (16.10.75) <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf> (נבדק ב-19.8.07).
- 20 ראו: S.C. Res. 379 (1975); S.C. Res. 280 (1975) <http://www.un.org/documents/sc/res/1975/res75.htm> (נבדק ב-19.8.07).
- 21 ראו: *Landmine Monitor Report 2003*, *supra* note 15; *Int’l Campaign to Ban Landmines*, *Landmine Monitor Report 2002*: “Western Sahara (2002)” http://www.icbl.org/lm/2002/Int'l_western_sahara.html (נבדק ב-19.8.07) (להלן: *Landmine Monitor Report 2002*); *Landmine Monitor Report 1999*: “Western Sahara (1999)” http://www.icbl.org/lm/1999/western_sahara.html (נבדק ב-19.8.07) (להלן: *Landmine Monitor Report 1999*).
- 22 ראו: *Bureau of Political-Military Affairs, U.S. Department of State, To Walk the Earth in Safety: The United States Commitment to Humanitarian Demining, Appendix F: “Hidden Killers 2001 — The World’s Landmine Problem”* (2001) <http://www.state.gov/t/pm/rls/rpt/hk/2001/6961.htm> (נבדק ב-19.8.07).
- 23 ראו: Bhatia, *supra* note 16.
- 24 לפי Fatimetou Mofdh Sidi מן ה-International Youth and Student Movement for the United Nations אורכו של המכשול החשמלי של מרוקו הינו כ-2499 קילומטרים. ראו: *Commission on Human Rights Commission on Human Rights Adopts Resolutions on Self-Determination in Western Sahara, Palestine* (6.4.01) <http://www.unog.ch/news2/documents/newsen/cn0139e.html> (נבדק ב-18.2.04).
- 25 ראו: Bhatia, *supra* note 16.
- 26 ראו: *Landmine Monitor Report 1999*, *supra* note 21.
- 27 *Landmine Monitor Report 2003*, *supra* note 15; *Landmine Monitor Report 2002*, *supra* note 21; *Landmine Monitor Report 1999*, *supra* note 15.

אורך הגבול שבין אלג'יריה ומוריטניה ובין חלקי סהרה המערבית שבשליטת מרוקו במערב האיזור,²⁸ בהיותם חוסמים את מרבית איזוריה המערביים של סהרה המערבית. כמו כן, חומות הגנה אלו מאפשרות איחוד שטחים מוחזקים על ידי מרוקו מצפון לדרום.²⁹ בכך הופרד מרבית השטח של סהרה המערבית מהשטח המזרחי שבשליטת הפוליסארי, תנועה מיליטנטית הנלחמת לעצמאותה של סהרה המערבית.³¹ בכפיפות ל-administering authority של מרוקו³² יושב האיזור, מאז שנת 1975, בכ-200,000 מתיישבים מרוקניים.³³

שימוש במכשולים אחרים, שלא לשם מתן מענה לפעילות חבלנית, נעשה במדינות רבות בעולם. כך למשל הציבה ארה"ב בגבולה עם מקסיקו מכשול כחלק ממאבק כולל בתופעות הברחות הסמים וההגירה הבלתי חוקית, שהוגדרו על ידה כאיום בטחוני לאומי.³⁴ חלק מהמכשול בגבול ארה"ב-מקסיקו בנוי בטון וחלקו מלוחות ברזל. מכשול זה מורכב משלושה שלבים ובמקומות מסוימים מתנשא לגובה של חמישה מטרים והוא מוקף בגדר תיל דוקרני באופן מיוחד ומצויד במצלמות, בזרקורים ובאמצעי חישה אלקטרוניים ומגנטיים ונשמר על ידי שומרים חמושים וכלבי תקיפה.³⁵ האיחוד האירופי אף הוא תכנן הקמתו של מכשול לאורך מאות קילומטרים לשם הפרדתו מרוסיה, אוקראינה ובלארוס על מנת למנוע תנועה חופשית ובלתי מבוקרת של מהגרים המבקשים להיכנס לתחומי האיחוד האירופי.³⁶

28 ראו: Pascale Harter "Africa's Last Colony" *BBC News* (21.10.03) <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/32080123.stm> (נבדק ב-19.8.07); "Background, Chronology of the Sharawi Struggle" *BBC New* (6.12.98) <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/229007.stm> (נבדק ב-19.8.07).

29 *Landmine Monitor Report 1999, supra note 21*.

30 ראו: Bhatia, *supra note 16*.

31 ראו למשל: *Western Sahara Online, Polisario Front* <http://www.wsahara.net/polisario> (נבדק ב-19.8.07).

32 ראו: Bhatia, *supra note 16*.

33 *Id.* ראו גם: Ian Urbina "The Other Mideast Settlers" *Jordan Times The Middle East Research and Information Project* (12.7.01) http://www.merip.org/newspaper_opeds/IA-Other-MidEast-Settlers.html (נבדק ב-19.8.07).

34 ראו למשל: James S. Robbins "When Bad Neighbors Require Good Fences" *nationalreview.com* (1.8.03) <http://www.nationalreview.com/robbins/robbins080103.asp> (נבדק ב-19.8.07); "Excelentissimo Clinton" *Economist* (10.5.97) 30.

35 Robbins, *id.* ראו גם: Latin America Working Group "United States Border Patrol, Mexico-Arizona Border Fencing Project: Facts About the Fence" <http://www.lawg.org/docs/what%20is%20the%20fence.pdf> (נבדק ב-19.8.07).

36 ראו: Felix Frisch "Magal to Participate in Tender for European Separation Fence" *Globes [Online]* (12.2.05) <http://www.globes.co.il/serveen/globes/docview.asp?did=823974&fid=942> (נבדק ב-19.8.07); Aaron Klein "The New World Disorder, EU to Build Wall After Blasting Israel's" *WorldNetDaily* (17.8.04) http://www.worldnetdaily.com/news/article.asp?ARTICLE_ID=39998 (נבדק ב-19.8.07). חברת מגל מערכות בטחוניות המתמחה

בעוד שמכשולים אלו כמעט ולא זוכים לתשומת לב תקשורתית, "זוכה" מכשול הביטחון הישראלי מסיקור תקשורתי נרחב וממיקוד תשומת הלב העולמית. מועצת הביטחון של האו"ם דנה בזמנו בנוסח החלטה,³⁷ לפיו מפרה ישראל, בבניית ה"החומה", את הוראות המשפט הבינלאומי, ועל כן בנייתה חייבת להיפסק ואף יש להחזיר את המצב לקדמותו.³⁸ מהלך זה נכשל.³⁹ אולם, ב-21 באוקטובר 2003, קיבלה העצרת הכללית של האו"ם החלטה שדרשה מישראל לחדול מבניית "החומה" ולפעול להחזרת המצב לקדמותו בבנייתה בשטחים הפלשתינים המוחזקים.⁴⁰ בהמשך, במהלך שני במחלוקת, פנתה העצרת הכללית ב-8 בדצמבר 2003 לבית הדין הבינלאומי בהאג בבקשה לקבלת חוות דעתו המייעצת בעניין⁴¹ "the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel".⁴² מכאן, נטל על עצמו בית הדין להוציא חוות דעת מייעצת (ולא מחייבת) בסוגיה, ובהוראתו Organizing the Proceedings, וקבע במפורש, כי על בית הדין מוטלת החובה לנקוט בכל הצעדים ההכרחיים על מנת להאיץ את הדיון בנושא ההליך.⁴³ בראשית שנת 2004 קיים בית הדין דיונים פומביים בעל פה ובנוסף הוגשו אינספור ניירות עמדה עמוסות לעייפה.⁴⁴ ב-9 ביולי 2004 פסק בית הדין הבינלאומי כי מכשול ההפרדה נבנה בניגוד

בבניית מכשולי התראה ומערכות בטחוניות היתה מיועדת להשתתף במכרוז וליטול חלק בשיתוף פעולה עם חברה מערבית גדולה אחרת בבנייתם של מכשולים אלה כמו גם של מערכות שליטה ובקרה. חברה ישראלית אחרת, אל-פר אלקטרוניקס אף היא היתה מיועדת להשתתף במכרוז ביחד עם שותף רב לאומי חשוב. ראו: Frisch, *id.*

37 ראו: *Guinea, Malaysia, Pakistan and Syrian Arab Republic: Draft Resolution, UN Security Council, S/2003/980* (14.10.03) <http://domino.un.org/unispal.nsf/561c6ee353d740fb8525607d00581829/a00015d72cb20ac285256dbf0072af4c!OpenDocument> (נבדק ב-19.8.07).

38 *Id.*

39 ראו: U.N. SCOR, 4841st mtg., U.N. Doc. S/PV.4841; U.N. SCOR, 4842d mtg., U.N. Doc. S/PV.4842 (14.10.03) *Advisory Opinion: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, I. C. J. 2004, 43 I.L.M. (2004) 1009 (להלן: עניין חוות הדעת המייעצת).

40 ראו: G.A. Res. ES-10/13, U.N. GAOR, 10th Emergency Spec. Sess., 23rd mtg., at 2, U.N. Doc. A/RES/ES-10/13 (2003) <http://domino.un.org/unispal.nsf/561c6ee353d740fb8525607d00581829/6da605bd436674fe185256dce00617927!OpenDocument> (נבדק ב-19.8.07).

41 ראו: *U.N. Charter art. 96(1)*.

42 G.A. Res. ES-10/14, U.N. GAOR, 10th Emergency Spec. Sess., 23rd mtg., U.N. Doc. A/ES-10/L (2003), <http://domino.un.org/unispal.nsf/561c6ee353d740fb8525607d00581829/f953b744269b9b7485256e1500776dca!OpenDocument> (נבדק ב-19.8.07).

43 ראו: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Request for Advisory Opinion, Order organizing the proceedings* (19.12.03) <http://domino.un.org/unispal.nsf/22f431edb91c6f548525678a0051be1d/7112c39bf71fe0c485256e010053077d> (נבדק ב-19.8.07).

44 ראו עניין חוות הדעת המייעצת, לעיל הערה 39, בפסקה 5.

למשפט הבינלאומי וכי: "Israel is under an obligation ... to cease forthwith the works of construction of the wall, והוסיף כי: "Israel is under an obligation to make reparation for all damage caused by the construction of the wall"⁴⁵. בהמשך לכך, העבירה העצרת הכללית החלטה התומכת בחוות דעתו המייעצת של בית הדין הבינלאומי וקראה לישראל למלא אחר מחויבויותיה המשפטיות כפי שזכרה בחוות הדעת המייעצת.⁴⁶

על שום מה נגרר מכשול הביטחון הישראלי לסלעה של מחלוקת, חרף דמיונו לרבות שכמותו הפזורים ברחבי העולם? ודאי עילות פוליטיות וחברתיות תרמו לריכוז תשומת לב סביבו. על מנת להבחין בכך, יש צורך בניתוח מדויק של המשפט הבינלאומי הרלבנטי ובמיוחד תחולת דיני העימות המזוין וליתר דיוק, דיני הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית, ככל שאלה נוגעים לתפיסה והרס רכוש ולהגבלות על התנועה. ניתוח זה הינו מטרת מאמר זה.

ב. העדר צורך מתבקש להקמת מכשול ביטחון

בתוככי ההתרחשויות האחרונות במזרח התיכון, דעכו לאיטם זכרונות הסטוריים. בין השנים 1993–2000, שקועים היו פלשתינים וישראלים במשא ומתן ליישוב מחלוקת ביניהם בת דורות בדרכי נועם.⁴⁷ האופוריה בישראל גאתה, והכלכלה הרקיעה עמה. השקעות החוץ לא איחרו לבוא, ומכאן הקדישה עצמה ישראל להפיכת הפלשתינים לשכן משגשג, כמו גם לשותף עסקי, דרך שילובם בהתקשרות כלכלית נרחבת וענפה.⁴⁸ כשלושים עד ארבעים אחוזים מהכנסות כח העבודה הפלשתיני צמחו אז מתעסוקה בשטחי ישראל,⁴⁹ בעוד כמחצית מכלל ההכנסות בעזה, מקורן היה בעבודה בתחומיה של ישראל.⁵⁰

45. *Id.* ראו גם אלוף בן "השופטים בביהמ"ש הבינלאומי בהאג: הגדר לא חוקית, צריך לפרק אותה ולפצות את הפלשתינאים" הארץ (9.7.04) א1.

46. ראו: G.A. Res. ES-10/15, U.N. GAOR, 10th Emergency Spec. Sess., 27th mtg., U.N. Doc. A/RES/ES-10/15 (2004) <http://domino.un.org/unispal.nsf/357668878a81e92785256df9005c23c2f3b95e613518a0ac85256eeb000683444!OpenDocument> (נבדק ב-19.8.07).

47. ראו: Barry A. Feinstein & Mohammed S. Dajani-Daoudi "Permeable Fences Make Good Neighbors: Improving a Seemingly Intractable Border Conflict Between Israelis and Palestinians" 16 *Am. U. Int'l L. Rev.* (2000) 1, 3.

48. ראו: *Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (1995), Annex V* <http://www.israel.org/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/THE+ISRAELI-PALESTINIAN+INTERIM+AGREEMENT.htm> (נבדק ב-19.8.07) (להלן: הסכמי אוסלו).

49. Israel Ministry of Foreign Affairs *Economic Relations Between Israel and the Palestinian Authority — Update May 1998* (1998) <http://www.israel-mfa.gov.il/mfa/go.asp?MFAH01vn0> (נבדק ב-19.8.07); Feinstein & Dajani-Daoudi, *supra* note 47, at p. 85.

50. ראו "עובדים פלשתינאים בישראל — עובדות ומספרים". הארץ (30.8.99) א6.

בספטמבר 2000 עמדה ההכנסה השנתית של פועלים פלשתיניים המועסקים בישראל, על כמיליארד דולר ומסגרת היחסים הכלכליים בין ישראל לבין פלשתינים, הוערכה בכארבעה מיליארד דולר.⁵¹ שיתוף הפעולה בין ישראלים ובין פלשתינים התרחב לתחומים רבים כמו בריאות, שיטור, ביטחון, חקלאות, שירותי הצלה, כיבוי אש, מניעת זיהום ואוניברסיטאות.⁵² ישראל ופלשתינים היו נחשפים לשפר את המצב הסוציו-אקונומי באיזור כולו שכן שני הצדדים השכילו להכיר ביחסים הכלכליים הנרקמים כחינויים להצלחת תהליך השלום.⁵³ במישור החברתי, נרקמו חברויות אישיות בין ישראלים לבין פלשתינים אשר ביקרו בערים ישראליות, ערכו קניות במרכזי קניות ישראלים, אכלו במסעדות ישראליות, והשתתפו בארועים חברתיים ואתלטיים בישראל. אף אחד מראשי ממשלותיה של ישראל, לא העלה בדעתו לבוא בעומקיה של ההוצאה הכספית העצומה הכרוכה בבנייתו של מכשול ביטחון כאמצעי נגד חדירה חבלנית משטחי הגדה המערבית. פשיטא כי לא עלה הצורך ולא נמצאה ההצדקה לפרויקט יקר שכזה, שימים גילו כי היה לאחת מתוכניות הבנייה היותר יקרות בתולדות מדינת ישראל.⁵⁴

בשנת 2000, במהלך משא ומתן עם ישראל לסיום העימות המתמשך בין ישראל לפלשתינים קיבל לידי ראש הרשות הפלשתינית, יאסר ערפאת, הצעה, שלדבריי השגריר דניס רוס, ראש הצוות האמריקאי למשא ומתן לתהליך השלום במזרח התיכון דאז, ביקשה להעניק לפלשתינים מדינה על 97% משטחי עזה, הגדה המערבית וירושלים.⁵⁵ במסגרת הצעה זו יכללו שכונות ערביות של מזרח ירושלים במדינה הפלסטינית, ירושלים המזרחית תוכר כבירתה, ותוענק זכות שיבה בלתי מוגבלת לפליטים פלשתינים לתחומיה.⁵⁶ ביסוד הצעה זו ניצבו הפסקת האלימות

51 ראו עמוס הראל "היור" מעדיף ביזנס לפני עצמאות" הארץ (13.9.00) א.2. Feinstein & Dajani-Daoudi, *supra* note 47, at pp. 85, 87.

52 ראו: Feinstein & Dajani-Daoudi, *id.* at pp. 122–123.

53 ראו: Israel Ministry of Foreign Affairs & Israel Ministry of Defence *Israeli-Palestinian Economic Relations: August 1998* (1998) http://www.israel-mfa.gov.il/mfa/go.asp?MFA_H07sc0 (נבדק ב-19.8.07).

54 ראו: John W. Anderson "Israel's Fence Mixes Security and Politics" *Washington Post* (23.9.03) A15 <http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A49363-2003Sep22?lang=printer> (נבדק ב-19.8.07). העלות הכוללת של 560 הקילומטרים המתוכננים של מכשול הביטחון מוערכת בכ-1.3 מיליארד דולר, שהם כ-2.3 מיליון דולר לקילומטר. מציאת חלופות למכשול הביטחון, כמצוות בית המשפט העליון בעניין בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פד נח(5) 807 (2004) (להלן: עניין בית סוריק), אף הרחיבה את מעגל ההוצאות בכ-23 מיליון דולר. ראו מוטי בסוק ואמנון ברזילי "עלות השינויים הדרושים בתוואי גדר ההפרדה בשל פסיקת בג"ץ – 80–100 מיליון שקלים" הארץ (7.1.05) א.3.

55 ראו: Dennis B. Ross "Think Again: Yasir Arafat" *Foreign Policy* (July/Aug. 2002) <http://www.middleeast.org/launch/redirect.cgi?num=228&a=37&c=2> (נבדק ב-19.8.07); Barry A. Feinstein "Terror Forces Israel to Act in Self-Defense" *Baltimore Sun* (9.7.04) 13A.

56 Ross, *id.*; Feinstein, *id.*

מצד הפלשתינים והוויתור על תביעתם לזכות שיבה לישראל.⁵⁷ תגובתו של ערפאת להצעה נדיבה זו היתה בהשבת חרב תחת שיחה ואשר דרכה שלל מן העם הפלשתיני את ההזדמנות לדר-קיום בשלום, בכבוד ובשגשוג כלכלי, תוך שהוא מסית ומדיח את הפלשתינים לאלימות ולטרור.⁵⁸

למן ספטמבר 2000 כיסתה עננה שחורה את המזרח התיכון, וישראל וישראלים היוו יעד למתקפת טרור מרוכזת, רחבה ומתמשכת. עשרות אלפי פיגועים בוצעו כנגד ישראלים בשבע השנים שחלפו,⁵⁹ באמצעות מגוון רחב היקף של אמצעי לחימה ביניהם שילוח מחבלים מתאבדים וירי מרגמות ושיגור טילים לעבר מרכזי אוכלוסין ישראלים, לצד אלפי תקריות ירי. התקפות אלו גרמו ליותר מ-8740 קרבנות הרוגים ופצועים.⁶⁰ מרבית ההרוגים בפעולות טרור מאז ספטמבר 2000, למעלה מ-760 בני אדם, היו אזרחים כמו מרבית הפצועים, שהם כ-5330 בני אדם.⁶¹ קרוב ל-900 מהתקפות אלו בוצעו על ידי מחבלים בתחומי הקו הירוק.⁶²

מחבלים מתאבדים רבים התפוצצו בערים וישובים ישראלים, המרוחקים אך צעדים בודדים משטחים הנשלטים על ידי הפלשתינים,⁶³ ובאמצעות הליכה קצרה מצאו עצמם בתוככי המון ישראלי. משימת המחבלים לזרוע מוות חסר אבחנה הושגה בקלות מעצם

.Id. 57

ראו: Feinstein, *id.*; Israel Ministry of Foreign Affairs *The Reasons Behind the Fence*: 58
Palestinian Terror Assault <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45212&MissionID=45187&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1>
(נבדק ב-19.8.07).

ראו תגובה מקדמית מטעם המשיבים, בעניין בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט נ' ממשלת 59
ישראל, בפסקאות 5-9 (להלן: תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט); תגובת המדינה
בעתירת האגודה בעניין המעברים בגדר הפרדה, בג"ץ 11344/03 סלים נ' מפקד כוחות צה"ל
ביהודה ושומרון, פסקאות 15-16 <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=16-15>
813 (נבדק ב-19.8.07) (להלן: תגובת המדינה בעניין סלים); Israel Defense Forces *Total of*
Attacks in the West Bank, Gaza Strip and Home Front Since September 2000 (24.7.04)
http://www1.idf.il/SIP_STORAGE/DOVER/files/9/2189.doc
ורק עד יולי 2004, בוצעו מעל ל-22,400 התקפות טרור. *Id.*

ראו: Israeli Defense Forces *Casualties Since 29.09.2000 Updated 15.01.2006*: 60
http://www1.idf.il/SIP_STORAGE/DOVER/files/7/21827.doc
(נבדק ב-19.8.07).

.Id. 61

ראו: Israel Defense Forces, *supra* note 59. עד יולי 2004, בוצעו 889 התקפות טרור בתוך 62
הקו הירוק. *Id.*

ראו כתב תשובה בעניין בג"ץ 4825/04, 4938/04 עליאן נ' ראש הממשלה, בפסקה 53 (להלן: 63
כתב תשובה בעניין עליאן); תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקה
Israel Ministry of Foreign Affairs *Reasons Behind the Fence: Geography* <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45210&MissionID=45187&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1>
Miki Arbel *Fence*; (נבדק ב-19.8.07) 87 <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/missionhome.asp?MissionID=45187&404>; <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/weyyyb/main/document.asp>
(נבדק ב-19.8.07).

שכיחותם של חסרי ישע במוקדי התופת, זקנים, נשים וטף אשר כמנהגא דיומא נמצאים בקניון, במסעדה, בפאב, בתור לדיסקוטק, או בנסיעה באוטובוס.⁶⁴ כך למשל כחמש עשרה דקות הליכה מפרידות בין העיר הפלשתינית קלקיליה לבין כפר סבא, בה נרצחו חמישה בני אדם בהתקפות הטרור האחרונות. כך גם כרבע שעה הליכה מפרידה בין שטחים בשליטה פלשתינית לבין קיבוץ מצר, שהוכה בשתי התקפות טרור בהן נרצחו שישה בני אדם. בין צומת מגידו, בה נקטלו 17 בני אדם, לבין שטחים פלשתיניים מפרידה צעידה בת כשלושים דקות. מרחק של כשישים דקות הליכה מפריד בין עפולה מוכת הטרור, בה נמנו 26 נרצחים בחמישה פיגועים שונים, לבין שטחים בשליטה פלשתינית. גל הטרור המופנה כלפי ישראל וישראלים באשר הם, נחשב למעשה לפשע נגד האנושות וכלשון המסקנה של אירגון זכויות האדם ה-“The Human Rights Watch : scale and systematic nature of the [terrorist] attacks on [Israeli] civilians ... Rome Statute of the International Criminal Court”⁶⁵ meets the definition of a crime against humanity of the International Criminal Court משנת 1998 מגדיר בסעיף השביעי שבו את עבירת הרצח כפשע נגד האנושות ממש כפי ש-“[o]ther inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health” כשאלה מכווצים כחלק מהתקפה שיטתית או נרחבת, מודעת ומכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית.⁶⁶ יתרה מכך, עד כמה שניתן לראות בפלשתינים צד לעימות בינלאומי מזוין מול ישראל ואזרחיה, ניתן לומר כי מעשי ארגוני הטרור הפלשתינים משוייכים לספירת פשעי המלחמה, באשר אלו:

“Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking a direct part in hostilities; Intentionally directing attacks against civilian objects, that is, objects which are not military objectives...Killing or wounding treacherously individuals belonging to the hostile nation or army...Utilizing the presence of a civilian or other protected person to render certain points, areas or military forces immune from military operations.”⁶⁷

64 ראו: Israel Ministry of Foreign Affairs *Reasons Behind the Fence: First Priority – Saving Lives* <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45> (נבדק ב-19.8.07).

65 ראו: Human Rights Watch *Erased In A Moment: Suicide Bombing Attacks Against Israeli Civilians* (Oct. 2002) http://hrw.org/reports/2002/isrl-pa/ISRAELPA1002-04.htm#P586_122723 (נבדק ב-19.8.07).

66 Rome Statute of the International Criminal Court (1998) art. 7, <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm> (נבדק ב-19.8.07).

67 ראו: U.K. Ministry of Defence *The Manual of the Law of Armed Conflict* (2004) 432–433, para. 16.34 (להלן: המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004).

לו היתה מפגינה ההנהגה הפלשתינית תחת שליטת ערפאת, מסירות לתהליך השלום ולא חוטאת בהסתה ואלמות, היה מתייחר הצורך במכשול הביטחון⁶⁸ ולא היה מתבקש קיומו.⁶⁹ בד בבד עם התעצמות הטרור,⁷⁰ החלה להשתרש ההכרה המשותפת כמעט לכל עברי המפה הפוליטית הישראלית בנחיצות מכשול ביטחון כאמצעי לצמצום פעילות חבלנית עוינת. חשוב מכך, הנסיון הישראלי ברצועת עזה, אשר הופרדה משך שנים משטחי ישראל באמצעות מכשול ביטחון, מלמד כי הפעילות החבלנית פחתה משמעותית לכשנעשה שימוש באמצעי שכזה. בהתאם, גם הנסיון הישראלי לגבי חלקי המכשול שנבנו עד כה בגדה המערבית מלמד על יעילותם.⁷¹ השוואת נתוני ההרג והפציעה למשל, בין השנה שקדמה לבניית המכשול לבין השנה בה הוחל בבנייתה, תעיד על ירידה של כ-92% במספר הפצועים בהתקפות טרור ועל ירידה של 84% במניין ההרוגים.⁷²

68 ראו: Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 58.

69 ראו: Israel Ministry of Foreign Affairs *Reasons Behind the Fence: A Last Resort* <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45216&MissionID=1&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1> (נבדק ב-19.8.07); Ministry of Foreign Affairs *Reasons Behind the Fence: Protecting the Peace Process* <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45214&MissionID=1&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1> (נבדק ב-19.8.07).

70 ראו למשל, כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 51, 57.

71 ראו תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקה 32; Israel Ministry of Foreign Affairs *Concept and Guidelines: A Proven Effectiveness* http://www.israel.gov/emb.org/articles/The_fence/a-proven-effectiveness.htm (נבדק ב-19.8.07) וכן http://www.osa.ceu.hu/galeria/the_divide/chapter04.html (נבדק ב-19.8.07).

72 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקה 77. מטבע הדברים יהיו הבדלים בין דיווחים שונים האומדים באחוזים את מידת הצלחתן של פעולות מנע נגד מחבלים בהתחשב בין היתר בשעת עריכת הבדיקה, במספר המשתנים ובאלו מן הגורמים האפשריים נלקחו בחשבון ובוהות האומד. דיווחים מסוימים אכן הציגו נתוני הצלחה עד כדי תשעים אחוזים, כפי שצוין לעיל, במניעת התקפות באיוורים מסוימים. ראו למשל: Intelligence and Terrorism Information Center, Center for Special Studies *Anti-Terrorist Fence Cuts Samaria-Based Attacks by 90 Percent (5.7.04)* http://www.intelligence.org.il/eng/c_t/fence/images/july_Tekla_Szymanski_Israel's_Security_Fence_Back_to_the_Wall?_6_04.pdf (נבדק ב-19.8.07); <http://www.tekla-szymanski.com/eng18fence.html> (2004) (נבדק ב-19.8.07). אחרים מצביעים על מניעה העולה כדי 80 אחוזים מפעולות טרור המתבצעות בתוך ישראל. ראו: Laura King, "Israel's High Court Puts a Dent in West Bank Barrier" *L.A. Times* (1.7.04) A1 בעת שכיחן כיועץ בכיר של ראש הממשלה לשעבר אריאל שרון, אף צוטט בהצבעה על צמצום של כשבעים אחוזים בסך הכול של פעולות הטרור אשר בוצעו בזכות החלק של המכשול שנבנה עד אז. ראו: "Israeli High Court: Redraw Part of Barrier" *CNN.com* (30.6.04) <http://www.cnn.com/2004/WORLD/meast/06/30/israel.barrier> (נבדק ב-19.8.07). קיימים אף דיווחים אחרים המורים על ירידה של כחמישים אחוזים במספר פעולות טרור המתאבדים. ראו: Matthew Gutman, "Analysis: Fence Has Momentum of its Own" *The Jerusalem Post* (20.1.04) <http://www.jpost.com/servlet/Satellite?pagename=JPost/JPostArticle/ShowFull&cid=1074485522> (נבדק ב-17.6.05) וכן <http://www.acj.org/Daily%20News/129&p=1006688055060> (נבדק ב-17.6.05).

לשון אחר, מכשול הביטחון הינו אמצעי הגנתי, לא אלים ויעיל מפני פעילות חבלנית עוינת.⁷³

בהתעצמות גל הטרור הפלסטיני, דחה ערפאת כמו גם מנהיגים פלשתיניים אחרים, בשפה רפה ובאמתלות שווא, נסיונות ישראליים רבים לשוב למשא ומתן על מנת לשים קץ ליריבות רבת השנים. המאמץ הפלשתיני לא רוכז להשגת הסכמות וליישוב של העימות רב השנים עם ישראל בדרכי שלום, כי אם להיסח הדעת הבינלאומית מדחייתם של הפלשתינים את תהליך השלום ובחירתם בחרב הטרור. בשיטתיות מצערת חזרו הם על נסיונותיהם להסב את תשומת לב הקהילה הבינלאומית מן הנסיבות אשר כפו על ישראל ההזקקות לבנייתו של מכשול ביטחון מפני מרחץ הדמים החבלני. לא בתום לב מושמעת הביקורת על מכשול הביטחון הישראלי מפיות מנהיגים פלשתיניים, שכן עומדת היא, בשירות טשטוש העירנות הבינלאומית והסחת הדעת משלילת תהליך השלום על ידי הפלשתינים.

ג. קביעת תוואי המכשול

משא ומתן ישראלי-פלשתיני הינו תנאי בלעדיו אין, לכל קביעה סופית של תוואי גבול קבוע.⁷⁴ עד בואו של יום בו יוכרע גבול קבע בינות שני הצדדים יודגש חזור והדגש, כי אין בבניית מכשול הביטחון בכדי ליצור כל סיפוח טריטוריאלי לישראל⁷⁵ ואין בו כדי לערוך שינויים בבעלות פלשתינית בקרקעות פרטיות או לגרוע ממעמד פלשתיני משפטי אחר.⁷⁶ ישראל עושה כל שבאפשרותה להקמת המכשול על שטחים לא פרטיים, אך באותם המקרים בהם לא ניתן לעשות זאת ונדרשת תפיסת קרקע פרטית,

2004/January/Jan_20.htm#11 (נבדק ב-19.11.05). עם זאת, יהא נתון זה אשר יהא ויהא מקורו של נתון זה אשר יהא, מכשול הביטחון ממלא בבירור את היעוד שלשמו הוקם בהפחיתו באופן משמעותי את מספר פעולות הטרור. מכאן שהוכיח המכשול את היותו האמצעי היעיל ביותר שיכולה היתה ישראל לנקוט לשם מזעור איומי הטרור כנגדה וכנגד אזרחיה. ראו עמוס הראל "חשש: המחבלים ילמדו מגנבי הרכב לעקוף את הגדר" הארץ (17.1.05) 17.1.05. 17.1.05.

73 ראו: Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 71. ראו גם כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 79-82.

74 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקה 52.

75 ראו תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקה 36; Israel Ministry of Foreign Affairs *Concept and Guidelines: A Line of Defense – Not a Border* <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45392&MissionID=45> 187&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1 (נבדק ב-19.8.07).

76 ראו תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, שם, בפסקאות 36, 45; Israel Ministry of Foreign Affairs *Legal Aspects: Overview* <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45665&MissionID=45187&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1> (נבדק ב-19.8.07).

מוצעים פיצויים בעבור השימוש בה שעד כה הסתכמו בעשרות מיליוני שקלים.⁷⁷ לא זו אף זו שאדמת בור מועדפת על פני אדמה חקלאית מעובדת ואדמה שאינה פוריה על פני אדמה פוריה.⁷⁸

אף חשוב לציין, כי ישראל לוקחת בחשבון את השלכות מכשול הביטחון על שגרת היום של תושבי האיזור הפלשתינים כשיקול מרכזי ומנחה בקביעת תוואי המכשול.⁷⁹ עוד יוער, כי קביעת תוואי המכשול נעשית תוך שימת לב מאומצת להיבטי שגרת היום והתחשבות בתושבים מקומיים בעיניים כמו מיקומם של שדות חקלאיים, קשרי משפחה, תכניות מתאר קיימות, קשרים חינוכיים ומסחריים וכן גישה לשירותים רפואיים ומוניציפליים.⁸⁰ לכשמתאפשר, מוכרע תוואי המכשול על פי השיקולים השונים למניעת הפרעה לשגרת היום.⁸¹ באותם המקרים בהם לא מתאפשרת התאמת מתווה המכשול לאותם שיקולים מנחים, נמצאים פתרונות מקומיים לענייני היום יום. כל מאמץ נעשה אם כן במטרה לצמצם את השפעות בניית המכשול על שגרת החיים של האוכלוסיה הפלשתינית.⁸²

ההליך לתפיסת מקרקעין לשם הקמת המכשול מכיל הגנות משמעותיות המובנות

- 77 ראו, למשל, תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, שם, בפסקאות 27, 37, 45; כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 70, 73, 493; תגובת המדינה בעניין סלים, לעיל הערה 59, בפסקה 21; ראו גם עניין בית סוריק, לעיל הערה 54 (דברי הנשיא ברק); בג"ץ 8172/02 אבראהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(4) 1078 (2002) (דברי השופטת בייניש) (להלן: עניין אבראהים); Israel Ministry of Foreign Affairs *Concept and Guidelines: A Temporary Measure* <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45221&MissionID=45187&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1> (נבדק ב-19.8.07); צה"ל תהליך הקמתה של הגדר הביטחונית במרחב התפר (2004). גם מי שגידוליו או האדמות שלו נפגעו עקב הקמת המכשול יקבל פיצויים. ראו כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקה 73; צה"ל, שם.
- 78 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקה 70. תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקאות 37, 45; תגובת המדינה בעניין סלים, לעיל הערה 59, בפסקה 38. Israel Ministry of Foreign Affairs *Humanitarian Aspects: Impact on Palestinians*, <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45227&MissionID=45187&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1> (נבדק ב-19.8.07).
- 79 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקאות 63, 68, 69, 70, 73; תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, שם, בפסקאות 37, 45; תגובת המדינה בעניין סלים, לעיל הערה 59, בפסקה 21.
- 80 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, קטע א.3.ב; ראו גם צה"ל, לעיל הערה 77; Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 78; תגובת המדינה בעניין סלים, לעיל הערה 59, בפסקה 38.
- 81 ראו, כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקה 69; צה"ל, שם; Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 77; עניין בית סוריק, לעיל הערה 54; בן אלון וארנון רגולר "שרון: לבחון מחדש את כל תוואי הגדר בהתאם לבג"ץ" הארץ (2.7.04) א1; תגובת המדינה בעניין סלים, שם, בפסקאות 21, 23.
- 82 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקאות 63, 68, 69, 70, 73; תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקאות 40, 45; צה"ל, לעיל הערה 77; ראו גם Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 77; of Foreign Affairs, *supra* note 78.

בו ובכללן תרופות מנהליות בטרם יופקעו האדמות ובטרם תתבצע בניית המכשול.⁸³ בהתאם, דבר התפיסה מובא לידיעת בעל האדמה, וכולל הודעה על הזכות להגיש התנגדות כנגד התפיסה וכן הודעה על זכותו לפיצוי ולדמי שימוש בגין הקרקעות העתידות להיתפס. יידוע הבעלים על התפיסה הצפויה וזכויותיו נעשה בכמה דרכים: מסירת צו התפיסה, בנוסף להזמנה לסיור בשטח לאורך התוואי המתוכנן, במישרין לידי בעל הקרקע באמצעות משרדי הקישור הפלשתיני; פירסום עותקים של צו התפיסה וההזמנה לסיור בלוחות מודעות של מנהלות התיאום והקישור הגזרתיות; ופיזור עותקים בשטח המיועד לתפיסה.⁸⁴

לאחר פרסום צו התפיסה וההזמנה כאמור, נערך סיור ביום הנקוב בהזמנה לאורך התוואי המתוכנן. מטרת הסיור הינה הבהרת המתווה המדויק המתוכנן והצגת האדמות העתידות להיתפס וכן מתן האפשרות לכל בעל קרקע להעריך את היקף נזקיו הצפויים. מאות בעלי קרקעות השתתפו בסיורים שכאלו, כמו גם נציגים רשמיים כגון ראשי כפרים ומנהלים של הכפרים המושפעים מן התפיסה.⁸⁵

בעלי מקרקעין, העתידים להיות מושפעים מן המתווה המתוכנן מדווחים תוך כדי הסיור, על פרק הזמן העומד לרשותם להגשת התנגדויות לתפיסת אדמותיהם. בעל אדמה המתנגד לתפיסה, אינו מחויב בייצוג משפטי, אם כי נתונה לו הרשות לכך, כפי שרוב המתנגדים אכן עשו. דרך הכלל תלמד כי בעלי קרקעות שביקשו ארכה לפרק הזמן המוקצב להגשת ההתנגדות, נענו בחיוב שכן כעניין שבשגרה אלו מאושרות. כמו כן לצורך מימוש זכויותיו של בעל הקרקע להגיש את התנגדותו לצו התפיסה מעוכב ביצוען של העבודות לבניית המכשול. מאות התנגדויות מעין אלו הוגשו עד היום והליכי ההתנגדות הביאו לשינויי מתווה מקומיים רבים, ובמקרים אחרים פתרונות מקומיים אחרים נמצאו, שינויים ופתרונות אשר מעיקרם נועדו להבטחת שגרת החיים המקומיים לאורך המכשול.⁸⁶

יתר על כן, משנקבע מתווה המכשול, נערכת בדיקה נוספת לקבוע את שימושי הקרקע ולבחינת זיקות נוספות לאותם השטחים שבין המכשול לבין קו שביתת הנשק (הוא איזור התפר). תושבי האיזורים המצויים ממזרח למכשול הביטחון באיזור התפר המבקשים לעבד אדמותיהם בתוככי מרחב התפר, או לממש זיקות אחרות לאותן הקרקעות שבאותו מתחם, זוכים להסדרים וסידורים פרטניים להבטחת מימושן.⁸⁷ היה ולא התרצה בעל מקרקעין מתוצאותיו של הליך ההתנגדות, עומד לרשותו

83 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקה 71; תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקאות 21, 37, 45.

84 ראו צה"ל, לעיל הערה 77.

85 שם, שם.

86 שם.

87 ראו למשל, כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, פסקאות 74, 91–93, 433–435; תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקה 23. ראו גם, תגובת המדינה בעניין סלים, לעיל הערה 59, בפסקאות 21, 33–44.

סעד נוסף והוא הזכות לעתור לבג"ץ.⁸⁸ יתרה מזו, משמוגשת העתירה מוקפאים הליכי הבניה באותו חלק של המכשול, בכדי לאפשר לעותר להמשיך בעתירתו.⁸⁹ שורה של עתירות כאלו כבר הוגשה.⁹⁰ שינויים רבים הוכנסו לתוואי המקורי במסגרת הליך הגשת ההתנגדות וההליך המשפטי, לצד צעדים נוספים אחרים שנקטו לשיפור חיי היומיום לאורך מכשול הביטחון.⁹¹ יתר על כן, לא פעם בוטלו צוי תפיסה צבאיים באותם המקרים בהם זיהה הבג"ץ כי לא ניתן משקל נאות להפרעה לשגרת היום הפלשתינית והורה על מציאת חלופה אחרת למתווה המכשול. כך היה למשל בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל,⁹² בו התקבלה עתירה פלשתינית ובוטלו כמה צוי תפיסה.⁹³ מפסיקת הבג"ץ בעניין בית סוריק עולה, כי היתרונות הביחוניים המושגים מן המתווה המתוכנן של חלק מהמכשול סמוך לירושלים, לא היו מידתיים ביחס לפגיעה בשגרת היום הפלשתינית באזור. לגבי חלקים מסוימים של המכשול דרש בית המשפט מציאת חלופות ובחלקים אחרים הורה לבחון מחדש את התוואי תחת נוסחת האיזון שבין שיקולים בטחוניים לבין שיקולים הומניטריים.⁹⁴ כמצוות הבג"ץ, הורה ראש הממשלה דאז, אריאל שרון, למערכת הביטחון ולמשרד המשפטים, להתוות חלופה פחות פוגענית למכשול המקורי.⁹⁵ לאחר חודשים של דיונים ושקילה מחדשת,

88 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקה 71; צה"ל, לעיל הערה 77; תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, שם, בפסקאות 21, 42; Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note; 78; Dan Izenberg "IDF Stunned as Court Keeps Fence in Limbo" *The Jerusalem Post* (28.1.05) 3 <http://www.unitedjerusalem.org/index2.asp?id=547534&Date=1/27/2005> (נבדק ב-19.8.07).

89 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקה 71; Izenberg, *Id.*; צה"ל, לעיל הערה 77.

90 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, פסקאות 71, 439; צה"ל, שם.

91 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, פסקאות 69, 72, 84, 85, 439, 441.

92 לעיל הערה 54.

93 על אף זאת, קבע הבג"ץ כי לאור העובדה כי אין מטרת פוליטיות מניעות את בניית המכשול, הרי שלא נמצאה הצדקה לאסור המשך בנייתו. שם.

94 שם. באופן דומה פסק הבג"ץ פה אחד, כי בקטע המכשול אשר באזור אלפי מנשה מחוייבת המדינה: "לשקול מחדש, בתוך זמן סביר, את החלופות השונות של תוואי גדר ההפרדה....תוך [שעליה] לבחון חלופות ביטחוניות הפוגעות פחות בחיי התושבים של כפרי המובלעת." בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005 (3) 3333 (2005).

95 ראו אלוף ורגולר, לעיל הערה 81, בע' 1א. "Israel's Aim Is Self-Defense, Not Hurting Palestinians" *Chicago Sun-Times* (8.7.04) 39, <http://www.freerepublic.com/focus/f-news/1167723/posts> (נבדק ב-19.8.07). כתוצאה מהחלטת הבג"ץ עניין בית סוריק, לעיל הערה 54, נערכה במשרד המשפטים בדיקה מפורטת לגבי כל חלק וחלק של המכשול לאורך התוואי כולו וזאת בכדי להעריך מחדש לאור הסטנדרטים החדשים אשר נקבעו על ידי ההכרעה בעניין הבג"ץ. ראו, יובל יועז "בין האג להתנתקות, היועץ מנסה להפסיק הטמנת הראש בחול ביחס למשפט הבינלאומי" הארץ (5.1.05) 5א. במקביל, הוחלט במערכת הביטחון כי לאור פסיקת הבג"ץ בעניין בית סוריק, יוצב תוואי המכשול המתוקן ככל האפשר סמוך לקו הירוק. אף הגדילה לעשות מערכת הביטחון שבחנה את מתווה המכשול כולו ולא רק את אותם עשרות קילומטרים בלבד שמהם עלו קשיים לאור עניין בית סוריק. בהתאם לכך, במסגרת הערכה זו לא נעשתה אבחנה בין חלקי המכשול שכבר נבנו לבין חלקיו שבבניה ושבתכנון. יובל יועז וארנון רגולר

הציגה מערכת הביטחון לראש הממשלה שרון ולשר הביטחון דאז, שאול מופז, תוואי חדש ומתוקן של מכשול ההפרדה אשר הפחית בכשישים אחוזים את היקף השטח שנכלל במתווה המקורי.⁹⁶

עובדה היא כי מרבית תושבי הגדה הפלשתינים מיושבים בצדו המזרחי של מכשול הביטחון ורק כפרים בודדים מצוים ממערב לו.⁹⁷ לנכון לומר כי המכשול אכן מגביל באופן מסוים את חופש התנועה, שהרי מטרתו כמובן הינה ההגנה על חיי אזרחי ישראל ואשר לפיכך ממלא את ייעודו בהרחקתם של מחבלים מישראל.⁹⁸ אולם מסוימות זו, סימן היא למאבק הישראלי חסר הפשרות לצמצום מקסימלי של אי הנוחות וניכר הדבר בהיתרי המעבר לאנשים ולסחורות דרך השערים הרבים המצוים לאורך המכשול,⁹⁹ לשימושם של פלשתינים כמו גם לשימושם של ישראלים.¹⁰⁰

האפשרות הטמונה במכשול לפגיעה בשגרת החיים לאורכו נלקחת בחשבון במהלך הבניה. לא זו בלבד אלא שהתוואי הראשוני של המכשול נבחר כך שימזער עד כפי היכולת הפרעות הצפויות לשגרת היום. פתרונות לקשיים צפויים מיושמים מבעוד מועד בתוואי המתוכנן של המכשול.¹⁰¹ בשלב הראשון לקביעת מסלול המכשול, נעשו שגיאות מספר משמעותיות אחרות מבודדות משטחיהן החקלאיים וקהילות פלשתיניות אחרות נותרו סגורות בתוך המכשול. בפרק הזמן הראשון בו הושמש המכשול, ביצע המנהל האזרחי הישראלי בדיקה של השפעות הבניה בשטח. תחילת יישומן של המלצות הבדיקה הייתה בפירוק קטעי המכשול הראשוני באיזור בקע אל שרקייה.¹⁰² שינויים אחרים אכן נערכו בתוואי המקורי¹⁰³ ושינויים נוספים מתוכננים. יתר על כן, דרכים חדשות תוכננו להקל על צרכי היומיום של תושביו הפלשתינים

“במערכת הביטחון הוחלט: הגדר לכל אורכה תיצמד ככל הניתן לקו הירוק” הארץ (14.7.04).^{א5}

96 ראו אמנון ברזילי “תוואי הגדר החדש יספח לישראל 400 אלף דונמים משטח הגדה” הארץ (29.11.04) א1. ראו גם כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 87–89, 415.

97 ראו: Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 75.

98 ראו תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקאות 33–34; Yosef ; 13 Goell “Pardon the Inconvenience” *Jerusalem Post* (5.7.04).

99 ראו, תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, שם, בפסקה 23; כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 70, 74, 91–93; Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note ; 78 ראו גם תגובת המדינה בעניין סלים, לעיל הערה 59, פסקאות 21, 33–44.

100 ראו: Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 78.

101 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 63, 68, 69, 70, 73; תגובת המדינה בעניין סלים, לעיל הערה 59, בפסקה 21; תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקה 42.

102 ראו תגובת המדינה בעניין סלים, שם, בפסקה 23; כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקאות 415, 419 *The Jerusalem Post* “There are Two Sides to Every Fence” Erik Schechter (23.2.06), <http://www.jpost.com/servlet/Satellite?cid=1139395472383&pagename=JPost> (23.2.06), <http://www.jpost.com/servlet/Satellite?cid=1139395472383&pagename=JPost> (נבדק ב־19.8.07). %2FJPArticle%2FShowFull

103 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקאות 69, 72, 74, 84, 85, 415.

של האזור, ובשם אותו טעם מרכזי לשימור החיים הסדירים לאורך המכשול, הותאמו תוכניות אוטובוסים להבטחת הגעת תלמידים לכיתותיהם בזמן ביוזמתה ובמימונה של ישראל.¹⁰⁴

למעלה מ-95 אחוזים מכלל אורכו של מכשול הביטחון, שבנייתם הושלמה,¹⁰⁵ עשויים גדר שתי וערב. חלקים אחרים המהווים כחמישה אחוזים מאורכו הכולל,¹⁰⁶ עשויים בטון וממוקמים ליד עורקי תנועה בין-עירוניים, לשם מניעת פעילות צלפים כנגד רכבים ישראלים.¹⁰⁷ מדובר בתולדה הגיונית לניסיון מר ורב שנים. כמו כן נעשה שימוש בחלקים מבוטנים באיזורים מאוכלסים אחדים, שימוש המצמצם ככל האפשר את נתח האדמות הנדרשות לבנייתו של המכשול באיזורים אלה.¹⁰⁸

על אף שבמידה מסוימת המכשול אכן מגביל מעבר נוח של פלשתינים מדי פעם מנקודה אחת למשנה, אי הנוחות כשלעצמה, אינה משליכה על חוקיות המכשול תחת המשפט הבינלאומי ההומניטרי. אף אם נאמר כי אי הנוחות באה דווקא על אלו אשר אינם נוטלים חלק או מסייעים בפעילות חבלנית עוינת, הרי שגם עליהם חלה חובת ההסתגלות למציאות נקיטתם של אמצעים הנובעים מצרכים צבאיים.¹⁰⁹ אין לך עימות

104 ראו תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקה 40; כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקה 436; ראו גם תגובת המדינה בעניין סלים, לעיל הערה 59, בפסקאות 33-44.

105 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקה 49, שם צוין כי נכון לחודש ינואר 2005, הושלמו כ-213 קילומטרים של המכשול כאשר נמשכו עבודות הבנייה על 114 קילומטרים נוספים.

106 ראו: *Written Statement of the Government of Israel on Jurisdiction and Propriety, Request for an Advisory Opinion from the 10th Emergency Special Session of the United Nations General Assembly on "the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel," International Court of Justice (30.1.04) para. 2.7* <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1579.pdf> (נבדק ב-19.8.07) (להלן: **הצהרה בכתב של ממשלת ישראל**). דיווחים על אחוזי כמות הבטון במכשול משתנים. דיווחים אחדים מצביעים על כך שכ-3.8 אחוזים מכלל המכשול מבוטנים. ראו: Israel Ministry of Foreign Affairs *The Anti-Terrorist Fence — Facts and Figures (2004)* <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/Data/49058.pps>, slide 14 (נבדק ב-19.8.07). לקראת סוף מרץ 2004 דווח גם ממשרד החוץ כי פחות משלושה אחוזים יהיו בנויים מבטון. Israel Ministry of Foreign Affairs *Concept and Guidelines: A Fence, not a Wall* <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45874&MissionID=45187&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1> (נבדק ב-19.8.07). בכתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקה 49, הוזכר כי 7.6 אחוזים עשויים בטון, אשר הינם בסך כולל של כ-16 קילומטרים. אך היא האחוז המדויק של בטון בבניית המכשול אשר יהא, משיושלם, יתברר כי אותם החלקים המבוטנים, מהווים חלק מזערי מכלל המכשול. ראו: Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 77.

107 ראו למשל Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 77.
108 ככלל, השטח הדרוש לבניית חלקיו המבוטנים של המכשול באותם איזורים מאוכלסים, מהווה כשליש מן השטח הנדרש לבניית מכשול השתי וערב.

109 ראו תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקה 38. כפי שחווה דעתו, השופט לנדוי בבג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2)169, 178 (1973) (להלן: עניין חילו): "גם אם הפעילות החבלנית ... פחתה לעת-עתה, אין לדעת אם היא אינה עלולה להתלקח

מזוין שלא ימצאו בו כאלו הנאלצים להתמודד עם אי נוחות כמו גם פרטים הסובלים נזק ואובדן איומים ונוראים. זהו הרי אחד מצדדיה היותר עצובים של המלחמה, חלק מהמציאות הקשה של הלוחמה,¹¹⁰ הצרכים האכזריים של המלחמה,¹¹¹ שמשקפים את המציאות הקרה של השימוש חסר-הרחמים בכוח בעיתות מלחמה.¹¹² למותר לומר כי מצערת העובדה כי לא יתאפשר לנתק את השלכותיה האיומות, המרות והכואבות של המלחמה על מרקם החיים האזרחיים של כל תושבי הסביבה. Julius Stone אף מציין, כי גם שמירה על הוראותיהן הספציפיות של תקנות האג, האוסרות ביזה וניצול חורג של משאבים על ידי מעצמה מחזיקה, עלולה להותיר את האוכלוסייה המקומית ואת שטחה במצב של הרס כלכלי.¹¹³ השלכותיו הנוראות והפראיות של העימות המזוין גם לא נעלמו מעיניהם של מנסחי התקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה¹¹⁴ ואמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה.¹¹⁵ עם זאת ועל אף זאת, הכירו אדריכלי אמנות בינלאומיות אלו בחיוניותו ומהותיותו של צורך צבאי ואף בחוקיותו וכפי שעולה מן המבוא לאמנת האג הרביעית, לפיו צורך צבאי הינו מנדבכי תחיקת הוראותיה: "the wording of [the Convention's provisions] has been inspired by the desire to diminish the evils of war, as

מחדש, ומוטב להקדים רפואה למכה ולהשלים את אמצעי הביטחון האחרים שנקטו, על-ידי בידודו השלם של האזור בפני חדירה בלתי-מבוקרת מבחוץ." וראו גם בג"ץ 606/78 אויב' נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113, 130-131 (1979) (להלן: עניין אויב'). באופן דומה פסק בג"ץ שוב מפי השופט לנדוי כי "תכנון צבאי ראוי חייב להביא בחשבון לא רק סכנות קיימות אלא גם סכנות העלולות להיווצר כתוצאה מהתפתחות דינמית בשטח" בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 93 (1979).

110 ראו: Gerhard von Glahn *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation* (1957) 227

111 ראו: Jean S. Pictet *Commentary, IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (1952) 184

112 ראו: Julius Stone *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes- and War-Law* (2d ed. 1959) 726

113 "It certainly could not be: Ernst Fraenkel *Id.* at p. 729 said that the years 1920-22 were for Germany a period of peaceful development. On the contrary, it was then that the German people first began to realize the full social and economic devastation of the war." Ernst Fraenkel *Military Occupation and the Rule of Law, Occupation Government in the Rhineland 1918-1923* (1944) 111

114 Hague Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907) (להלן: תקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה).

115 Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949) (נבדק ב-19.8.07) (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה).

...far as military requirements permit...¹¹⁶ יהא זה חזרה על הידוע, כי לשיקולים צבאיים ניתן תפקיד חיוני ומכריע בכל מצב של עימות מזוין.

ד. במתווה הקו הירוק

פעמים אין ספור הדגישה ישראל, כי מכשול הביטחון הינו בבחינת צעד זמני, אמצעי ביניים כתריס בפני פורענות הטרור במאמץ לסיכול ביצוען של פעולות חבלניות עוינות נגד אזרחים תמימים.¹¹⁷ על כך יוכלו להעיד צוי תפיסתן של קרקעות פרטיות המותנים בתוקף לזמן מוגבל.¹¹⁸

לשם מילוי מטרה מניעתית ומגננתית זו, אין להצטרך לאותו קו ארכאי אשר מסיבות פוליטיות הן שסימנו שרירותית את מהלכו על מפה בצבע ירוק,¹¹⁹ ולראותו כמכריע לשם השגתה. הקו הירוק הוא קו שביתת הנשק (אשר הינו למעשה קו טרום-1967 "הקו הירוק") מהסכם שביתת הנשק הכללית בין ישראל לירדן משנת 1949,¹²⁰ מחלק כפרים ערביים שלמים באמצעם,¹²¹ ונמצא עונה לצרכיה של מציאות תקופתית אחרת. אולם,

116 המבוא לתקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, לעיל הערה 114.

117 ראו הצהרה בכתב של ממשלת ישראל, לעיל הערה 106, בפסקה 1.8; כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 52, 54, 55; תגובה משלימה מטעם המשיבים בעניין בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, בפסקאות 7, 16, 18 (להלן: תגובה משלימה מטעם המשיבים בעניין מראעבה); Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 77; Greer Fay; Cashman "Shalom to Foreign Press: Fence is not a Wall" *The Jerusalem Post* (19.1.04) <http://www.jpost.com/servlet/Satellite?pagename=JPost/JPArticle/ShowFull&cid=1074> Karin Laub "Israel May End Construction of Barrier"; בפסקה 41; תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקה 41; (נבדק ב-2.7.05); 485518797&p=1008596981739 *The Associated Press* (25.11.04) <http://www.comcast.net/data/news/html/2004/11/25/36273.html> (נבדק ב-19.8.07).

118 ראו למשל כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקאות 54, 55; תגובה משלימה מטעם המשיבים בעניין מראעבה, שם, בפסקה 16. צה"ל, לעיל הערה 77.

119 ראו הצהרה בכתב של ממשלת ישראל, לעיל הערה 106, בפסקה 3.45; Gil Sedan "Back-grounder: Green Line Began as Cease-Fire Line, but now has Great Political Meaning" *Jewish Telegraphic Agency* (18.6.02) <http://www.jta.org/cgi-bin/iowa/news/article/20020618GreenLinebegan.html> (נבדק ב-19.8.07).

120 Hashemite Jordan Kingdom — Israel: General Armistice Agreement (1949) <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/561c6ee353d740fb8525607d00581829/f03d55e48f77ab698525643b00608d34?OpenDocument> (נבדק ב-19.8.07) (להלן: הסכם שביתת הנשק הכללית בין ישראל לירדן).

121 מספר דוגמאות ראיות לציון הינו, הכפר ברטעה שבאיזור ואדי ערה ושני כפרים נוספים אשר נמצאים דרומית לו. ראו: Sedan, *supra* note 119.

ניכר כי יש בו מענה שולי בלבד לצרכי סיכולן ומניעתן של חדירות מחבלים המיועדות לפגוע בישראלים בימנו.

הסכם שביתת הנשק עצמו מורה בסעיף II(2) כי הוא אינו פוגע בשום אופן בזכויות, בטענות ובעמדות של ישראל או ירדן בדבר יישובה הסופי בדרכי שלום של שאלת פלסטין, שכן הוא מבוסס על שיקולים צבאיים בלבד.¹²² יתרה מזאת, לפי סעיף VI(9) מסכימות ישראל וירדן על קו שביתת הנשק בלי שיהיה בכך לפגוע בטענות הצדדים, ביישוב העתידי של הסכסוך הטריטוריאלי או בקביעת קווי הגבול הרלוונטיים.¹²³

המחזה בו נישא נס הקו הירוק בידיים פלשתיניות, על אף שמעולם לא ראו בו כמחייב אותם או כמגביל את שאיפותיהם הלאומיות,¹²⁴ חושף את המניעים באותה תביעה פלשתינית לחיוב חד צדדי של הקו הירוק את ישראל.¹²⁵

בחינה גיאוגרפית, טופוגרפית ודמוגרפית, ובחינת קריטריונים בטחוניים עכשוויים¹²⁶ ולא הסדר פוליטי מיושן שמעולם לא ביקש לשמש גבול קבע,¹²⁷ הינן אם כן האפשרות היחידה למניעה יעילה ומספקת של פעילות חבלנית עוינת. במקביל למשימת תכנון בניית המכשול, יש לזכור כמתואר לעיל, כי נעשים מאמצים כבירים לצמצום ההפרעה לשגרת היום הפלשתינית והישראלית לאורך נתיבותיו.¹²⁸

122 ראו סעיף II(2) להסכם שביתת הנשק הכללית בין ישראל לירדן, לעיל הערה 119; הצהרה בכתב של ממשלת ישראל, לעיל הערה 106, בפסקה 3.47.

123 ראו שם, סעיף IV(9) להסכם שביתת הנשק הכללית בין ישראל לירדן; הצהרה בכתב של ממשלת ישראל, שם.

124 ראו למשל: Letter dated 25 March 1999 from the Permanent Observer of Palestine to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/53/879, S/1999/334 (25.3.99) <http://www.jcpa.org/art/jid-apx.htm> (נבדק ב-19.8.07). ראו גם ההתייחסות למכתב אל מזכ"ל האו"ם מאת המשקיף הפלשתיני (ולאחר מכן שר החוץ הפלשתיני): "Palestinian Envoy Queries Israel's Pre-1967 Borders" *Future News: The Daily Report* (26.3.99) <http://www.future.com.lb/news/archive/1999/e2603.htm>.

125 באופן משונה ב: Written Statement submitted by Palestine (Request for an Advisory Opinion), Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice, Jan. 30, 2004, <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1555.pdf> (נבדק ב-19.8.07) טענו הפלשתיניים בתוקף כי הקו הירוק הוא הגבול הקודם (*Id.* at para. 185).

126 ראו למשל, כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 60, 64; Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 75; Israel Ministry of Foreign Affairs *Concept and Guidelines: The Route* <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45876&MissionID=45187&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1> (נבדק ב-19.8.07).

127 ראו הצהרה בכתב של ממשלת ישראל, לעיל הערה 106, בפסקאות 3.47–3.48.

128 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 62, 63, 68; Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 75; Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 126; Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 78.

אוכלוסיה ישראלית לא קטנה, אשר באופן מתמיד הייתה קורבן לפעולות טרור, חיה מעברו השני של הקו הירוק בשטחי המריבה, שמעמדם הסופי לפי הסכמים בינלאומיים עם הפלשתינים נועד לידון במשא ומתן.¹²⁹ עם זאת, עד שיובהר מעמדם של שטחים אלה במשא ומתן בין הצדדים, וכמובן אף לאחר קביעת גורלם של השטחים האלה, מחויבת ממשלת ישראל, ככל ממשלה מתוקנת אחרת, להגן על כל אזרחיה מפני אימת הטרור.¹³⁰ חובתה של ישראל לספק את ההגנה המירבית והיעילה ביותר לכל אזרחיה, כוללת גם את החובה לספק הגנה על אוכלוסיה אזרחית המיושבת בשטחי מריבה.¹³¹ חובה זו זכתה אף להכרה רשמית בהסכמי אוסלו עם הפלשתינים, לפיהם "ישראל ... תישא באחריות לביטחון הכולל של ישראלים וישובים ישראלים, לשם הבטחת ביטחון הפנים והסדר הציבורי שלהם, ותחזיק בכל הכוחות לנקוט צעדים נחוצים לשם מילוי אחריות זו."¹³²

ה. עימות מזוין לא קונבנציונאלי

במהלך העשור האחרון בוצעו מעל 22,400 התקפות חבלניות כנגד ישראל וישראלים.¹³³ התקפות אלו, המבוצעות באמצעות מחבלים מתאבדים, מרגמות, טילים, מכונות תופת, מקלעים, רימוני יד, מוקשים, מטעני צד ורקטות על ריכוזי אוכלוסין כמו

129 בהצהרת העקרונות שבין ישראל לפלשתינים, נקבע במפורש כי סוגיות כגון התחלואות, ירושלים וסידורי ביטחון יוכרעו בדרך של משא ומתן. ראו: Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements (1993), art. V <http://www.israel.org/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/Declaration+of+Principles.htm> (נבדק ב-19.8.07)

130 ראו בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(4) 608 (2002) (דברי הנשיא ברק) (להלן: עניין גוסין); בג"ץ 4363/02 זינדאח נ' מפקד כוחות צה"ל, תק"על 2002(2) 1836 (2005) (להלן: עניין זינדאח); בג"ץ 72/86 זלום נ' המפקד הצבאי לאיזור, פ"ד מא(1) 528, 532 (1987) (דברי השופט ברק) (להלן: עניין זלום); ראו גם כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 61, 64.

131 ראו עניין זלום, שם, בע' 528, 532; ראו גם, בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124, 138 (1973) (דברי השופט לנדוי) (להלן: עניין חברת החשמל); עניין זינדאח, שם; כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 61, 64.

132 ראו סעיף XII להסכמי אוסלו, לעיל הערה 48. ראו גם סעיף VIII להצהרת העקרונות בין ישראל לפלשתינים, לעיל הערה 129.

133 ראו: Israel Defense Forces, *supra* note 59.

גם אינספור תקריות ירי, הביאו מאז ספטמבר 2000 ליותר מ-8740 נפגעים ומהם 1080 הרוגים בצד הישראלי.¹³⁴

134 ראו: Israeli Defense Forces, *supra* note 60. רובם המכריע של הנפגעים היה אזרחים. *Id.* מדגיש Greenspan כי תפיסה צבאית יכולה להימשך תקופה ארוכה. ראו: Morris Greenspan von Glahn, *supra* note 181. *The Modern Law of Land Warfare* (1959) 266 note 110, at p. 276. אי לכך מערכת היחסים בין המחזיק לבין תושבי השטח הנתון בתפיסה לוחמתית אף היא כמובן עשויה להתמשך לפרק זמן ארוך. מטרת דיני המלחמה בקשר לתפיסה צבאית לכן הינה להבטיח *modus vivendi* בין המחזיק לבין תושבי השטח המוחזק התואם את מצב המלחמה. *Id.* Greenspan. דיני המלחמה אם כן מחייבים את הרשות המחזיקה לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר על כנם ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והביטחון הציבוריים בטריטוריה המוחזקת, חובה אשר בוודאי שוקלת את טובת תושבי השטח המוחזק, במקביל לטובתו של הכח המחזיק. *Id.* לכן Greenspan גורס כי: “[i]t would be difficult to argue that this duty on the part of the occupant does not imply a corresponding duty on the part of the general inhabitants to refrain from acts which would interfere with public order and safety. To hold otherwise would be to claim that while the occupant was under a duty to ensure public order, the population was free to keep the territory in a turmoil.” *Id.* לפיכך, המשפט הבינלאומי דורש חובה הדדית של תושבי השטחים המוחזקים לציות לסמכותו של הכח המחזיק ולחובתו להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים. כלומר חובת הציות הנדרשת מתושבי האיזורים המוחזקים לסמכותה של המעצמה המחזיקה היא זו אשר תבטיח את ביטחון כוחותיו של המחזיק ואת סדרה והנהלתה של הטריטוריה המוחזקת בדרך נאותה. למעשה, מעיר Greenspan, תושבי השטח המוחזק מצויים תחת חובת ציות למעצמה המחזיקה הוזהר בעצם לחובת הציות שלהם כלפי הממשלה הליגיטימית הקודמת, ואף רשאית המעצמה המחזיקה אפילו לכפות ציות זו. *Id.* at p. 264. האזרחים בשטח המוחזק נדרשים להמשיך בחיים שלווים ככל האפשר, להימנע מלקחת חלק במעשי העוינות ומכל פגיעה בגייסות המעצמה המחזיקה ובפעילותיהן, וככלל לצייט בדווקנות להוראות פקידי הרשות המחזיקה. ראו: *The Law of Land Warfare* U.S. Department of the Army (1976) para. 432 (להלן: מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה); ראו גם המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.15.1. מצד דברים בו רק כח אחד הכפוף לדיני הלחימה לא זוכה כלל להנות מהם בעוד הצד השני אינו כפוף לדינים אלה אך נהנה מהיתרונות הטמונים בהם אינו מתקבל על השכל הישר. ראו: “The Limits of the Operation of” Hersch Lauterpacht *30 British Yearbook of International Law* (1953) 206, 212 “the customary rights ... to prohibit anything tending to promote or stimulate a spirit of resistance or of hostility on the part of the inhabitants against the new authorities...” *Id.* von Glahn, *supra* note 110, at p. 141. היה ותושבי האיזורים הנתונים בתפיסה לוחמתית נוטלים חלק בלחימה לא יוכלו הם להיחשב צד לוחם חוקי מבלי למלא אחר התנאים המיוחדים והיסודיים שבסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישי משנת 1949 בדבר היחס לשבויי מלחמה. לפי סעיף זה יוכרו חברי תנועות התנגדות מאורגנות כלוחמים חוקיים אם הם משתייכים לאחד מהצדדים לעימות ובלבד שנתמלאו בהם ארבעת התנאים המצטברים שלהלן: שמפקד עליהם אדם האחראי לפקודיו, שיש להם סמל אבחנה קבוע שאפשר להבחין בו ממרחק, שהם נושאים נשק בגלוי וכן שהם מבצעים פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה. ראו: Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, art. 4(A) (1949) <http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/91.htm> (נבדק ב-19.8.07); *Id.* at p. 266. באם לא ימלאו תושבי האיזור המוחזק אחר ארבעת תנאים

בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל,¹³⁵ הבהיר הנשיא דאז אהרן ברק את יחודיות הקשיים העומדים בפני מדינת ישראל במלחמתה בטרור הפלסטיני ואת הקשיים לאפיינה:

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרתית. זהו סכסוך מזוין...מציאות חדשה וקשה ניצבת בפני מדינת ישראל, הנלחמת על ביטחונה וביטחון אזרחיה."¹³⁶

בהחלטה קודמת בבג"ץ 2461/01 כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל,¹³⁷ הודגש כי "באיזור יהודה ושומרון ובחבל עזה מתרחשים אירועי לחימה של ממש".¹³⁸ באחת ההחלטות המתעמתות ישירות עם בניית מכשול הביטחון, בג"ץ 8172/02 אבראהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית,¹³⁹ הוזכר המצב הייחודי שבשטחי המריבה, שם דובר ב"מצב הלחימה בו נתון האיזור".¹⁴⁰ באופן דומה ובסמוך לאחרי האחד עשר בספטמבר 2001, היום בו בא טרור המתאבדים בשערי האומה האמריקאית, חתם נשיא ארצות הברית, ג'ורג' בוש, על פקודה צבאית אשר ממנה עולה, כי היקפם, מידתם ועוצמתם של האירועים הנוראים הללו יוצרים מצב של "עימות מזוין":

"International terrorists, including members of al Qaida, have carried

הכרחיים וחיוניים אלו, לא יוכלו ליטול חלק בפעולות איבה כנגד הרשות המחזיקה. *Id.* at 265, note 181. בהתאם, כוחות מזוינים או פרטיזנים הפועלים ביוזמתם אינם ממלאים אחר הדרישה והתנאי: "that an armed force should be under a command responsible to a party to the conflict for the conduct of its subordinates" המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, שם, בפסקה 4.3.3. אף יתרה מכך: "[a]ny force, group, or unit which in the course of its operations systematically fails to [comply with the law of armed conflict] runs the risk of being regarded as not being subject to an effective disciplinary system and therefore not being a legally recognizable armed force under international law. The members of such a force would not be entitled to combatant status" 4.3.4. וכמובן תושבי האיזורים המוחזקים שנוטלים חלק בביצוע פעולות טרור אינם ממלאים אחר הדרישה והתנאי של ביצוע פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה. מכאן, שהפרת ההתחייבויות הנ"ל על ידי תושבי השטח המוחזק הינה ברת עונשין מבחינת הכח המחזיק. ראו: Greenspan, *id.* at p. 265. כך גם המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, שם, בפסקה 11.14. עם זאת, היו מספר מקרים שנדונו בבתי משפט לאחר מלחמת העולם השנייה, בהם נפסק כי לא חלה חובה על תושבי שטח הנמצא במצב של תפיסה לוחמתית להימנע מהתנהגות תוקפנית כלפיי כוחות המחזיק או המחזיק עצמו. ראו: Greenspan, *id.* at p. 265, note 181.

135 פ"ד נו(6) 352 (2002) (להלן: עניין עג'ורי).

136 שם, בע' 358.

137 תק-על 2001(1) 1600 (2001).

138 שם, שם.

139 לעיל הערה 77.

140 שם, שם.

out attacks on United States diplomatic and military personnel and facilities abroad and on citizens and property within the United States on a scale that has created a state of armed conflict that requires the use of the United States Armed Forces.”¹⁴¹

ממציאות נושנה וברורה בה ניטש שדה הקרב המסורתי, הפכה תבל על כל קצוותיה זירת לחימה בתופעת הטרור. לאור זאת, הצהיר נשיא ארצות הברית, ג'ורג' בוש, כי המלחמה בטרור תהיה רחבה יותר משדות הקרב וראשי החוף מן העבר, ותתנהל בכל מקום בו טרוריסטים מתחבאים, בורחים או מתכננים את זממם.¹⁴² הרי אותן ההתקפות החבלניות הפלשתיניות כנגד ישראל ואזרחיה היוצאות משטחי המריבה שקולות בהיקפן ובעוצמתן לנוראות ה-11 בספטמבר 2001 בהויה האמריקאית שכזכור מדבריי הנשיא בוש יצרו מצב של עימות מזוין אשר חייב את הפעלתם של הכוחות המזוינים של ארה"ב.¹⁴³ ולמען הדיוק, לאור מספר הקרבנות שמנתה ישראל עד כה כתוצאה מפעולות הטרור במהלך העשור האחרון וביחס להיקף אוכלוסייתה, ניתן לומר כי היקף הנזק שקול מאז שנת 2000 לכ-104 פעמים של נזקי אסון ה-11 בספטמבר 2001.

תדירות, היקף ואינטנסיביות האירועים, בעיקר במהלך העשור האחרון בהחלט מצדיקים סיווגו של המצב כעימות מזוין,¹⁴⁴ זאת כפי שציין הנשיא ברק, וכפי שהוסבר בפסקיהם של שופטים אחרים בבית המשפט העליון. עם זאת, ככלל, תוגדר מלחמה כעימות בין כוחות צבא של שתי מדינות או יותר,¹⁴⁵ תנאי אשר איננו מתקיים בהתרחשות הישראלית-פלשתינית.¹⁴⁶ אומנם ייתכן ויהא נכון לסווג את המצב המשפטי השורר בין

141 ראו: *President Issues Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* (13.11.01) [http://www.whitehouse.gov/Cf. Jennifer Elsea ;\(19.8.07\) news/releases/2001/11/20011113-27.html](http://www.whitehouse.gov/Cf. Jennifer Elsea ;(19.8.07) news/releases/2001/11/20011113-27.html) “Terrorism and the Law of War: Trying Terrorists as War Criminals before Military Commissions” *CRS Report for Congress* (Updated 11.12.01) CRS-14 <http://www.fpc.state.gov/documents/organization/7951.pdf> (נבדק ב-19.8.07).

142 ראו: *Radio Address of the President to the Nation* (29.9.01) <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010929.html> (נבדק ב-19.8.07).

143 ראו: *supra* note 141.

144 ראו למשל: Tracy Wilkinson “Israeli Activists Urge Army to Probe Civilian Slayings” *L.A. Times* (31.12.01) <http://www.ccmeep.org/hotnews2/123101latimes.htm> (נבדק ב-19.8.07). אל"מ דניאל רייזנר, דאז ראש ענף הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית, הסביר כי מימדיו של העימות הישראלי-פלסטיני, ביניהם היקפה של ההתכתשות ומספר הקורבנות הרב, הם שמאפיינים אותו כמלחמה. *Id.*

145 ראו למשל: *L. Oppenheim II International Law: A Treatise: Disputes, War and Neutrality* 202 (H. Lauterpacht ed., 7th ed., 1952).

146 על כך מורה רייזנר כי העימות הישראלי-פלשתיני באופן טכני אינו מצב מלחמה רשמי. ראו: Wilkinson, *supra* note 144.

ישראל לבין הפלשתינים כ"עימות מזוין" אך כ"עימות מזוין פחות ממלחמה".¹⁴⁷ ועיונו בקביעה של ה-International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia באומר מילים אלו:

"[A]n armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups"¹⁴⁸

רק מחזק עמדה זו, שלפיכך ישראל הינה אכן:

"engaged in an armed conflict short of war. This is not a civilian disturbance or a demonstration or a riot. It is characterized by live-fire attacks on a significant scale [T]he attacks are carried out by a well-armed and organized militia"¹⁴⁹

ההשלכה העיקרית מסיווגו של מצב כ-"state of armed conflict" הינה ביחס לתחולתם של כללי העימות המזוין המוכרים כדיני המלחמה.¹⁵⁰ זאת על אף שאין העימות המזוין הבינלאומי מהווה מלחמה במלוא היקפה ועוצמתה.¹⁵¹ חרף השוני המילולי שבין ההגדרה המילולית למלחמה לבין המצוי למעשה, מבהירה Ruth Wedgwood:

"one may need to place antiterrorist actions within the international legal paradigm of war, rather than unbroken peace, with a right of

147 רייזנר מגדיר את הטורור הפלשתיני כ: "armed conflict short of war", כך לפי מימדו, רוחבו והיקפו של העימות. *Id.* תיאור דומה של המציאות האלימה כ: "armed conflict short of war" נמצא גם במקורות אחרים. ראו למשל: *Sharm El-Sheikh Fact-Finding Committee Report* (נבדק ב-19.8.07) (להלן: דו"ח מיטשל). במונח מסוים, וכפי שמאיר יורם דינשטיין, מלחמה היא שימוש כולל בכוח ביחסים בין שתי מדינות או יותר. אך עם זאת, מאורעות חוזרים ורחבי היקף יוכלו להיחשב כ: "short of war". ראו: Yoram Dinstein "The International Law of Inter-State Wars and Human Rights" 7 *Israel Year Book on Human Rights* (1977) 140, 142.

148 *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-I, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2.10.95) para. 70 <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm> (נבדק ב-19.8.07) (להלן: עניין *Tadic*); המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 15.3.1.

149 צוטט בדו"ח מיטשל, לעיל הערה 147.

150 ראו עניין *Tadic*, לעיל הערה 148. המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 15.3.1.

151 ראו: Yoram Dinstein *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (2004) 14.

ongoing offensive action against an adversary's paramilitary operations and network."¹⁵²

במישור המעשי, התקפות המבוצעות על ידי גורמים לא מדינתיים אין בהם כדי להכשיל יישום דיני המלחמה באופן כללי, על אף השאלות העולות מנקודת מבט תיאורטית.¹⁵³ בהתאם לכך, סובר Charles Allen, סגן היועץ המשפטי לעניינים בינלאומיים במחלקת ההגנה האמריקאית בזמנו, כי למרות העובדה שהטורוריסטים מהווים אויב בלתי קונבנציונלי, עקרונות היסוד של דיני העימות המזוין בהחלט חלים בכל הנוגע ללחימה העולמית בטרור:

"[T]he fundamental principles of the law of armed conflict have proven themselves to be applicable to this conflict With regard to the global war on terrorism, wherever it may reach, the law of armed conflict certainly does apply..."¹⁵⁴

עקב כך, מוסיף Antonio Cassese, כי: "the body of international customary and treaty rules relating to international armed conflicts, in particular to occupatio bellica of foreign territory" הוא אכן הדין שלתחולתו נענות פעולות האיבה בין ישראל למחבלים הפלשתינים.¹⁵⁵ אי לכך אותם כללים החלים בשדה הקרב המסורתי ראויים ליישום גם במלחמה בטרור.¹⁵⁶ חרף איפיונו של העימות הנוכחי בין ישראל לפלשתינים כעימות בינלאומי מזוין, נבדל הוא במאפיינים יחודיים לטבעו. שכן אין נלחמים בעימות זה צדדים המחילים באופן דומה את מערכת הכללים המסדירים את התנהגותם. זהו עימות בין כוחות

Ruth Wedgwood "Responding to Terrorism: The Strikes Against bin Laden" 24 *Yale J. Int'l L.* (1999) 559, 575

.Cf. Elsea, *supra* note 141, at CRS-13

154 ראו: Anthony Dworkin "Law and the Campaign Against Terror: The Case from the Pentagon" *Global Policy Forum* (16.12.02) <http://www.globalpolicy.org/intljustice/gene ral/2002/1216terror.htm> (נבדק ב-19.8.07).

155 ראו: Antonio Cassese *Expert Opinion on Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law* (2003) <http://www.stoptorture.org.il/eng/images/uploaded/publications/64.pdf> (נבדק ב-19.8.07); ראו Kenneth Watkin "Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms : גם המייעצת, לעיל הערה 39, בפסקאות 78, 89, 101; כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, פסקה 477.

156 ראו למשל: Adam Roberts "Counter-terrorism, Armed Force and the Laws of War" 7 *Survival* (2002) 44(1). את המאמר ניתן מצוא באתר: Social Science Research Council After Sept. 11, http://www.ssrc.org/sept11/essays/roberts_text_only.htm (נבדק ב-19.8.07).

מדינה האזוקה בלחימתה לכללי המשפט ולדיני המלחמה לבין ארגוני חבלה אשר ביד רמה רומסים את ליבת הכללים הנוגעים להתנהלות המלחמה. בכיצוע פעולות הלחימה שלהם מחללים ארגוני המחבלים את העקרון המקודש ביותר בכל דיני המלחמה, הוא עקרון ההבחנה (principle of distinction). הפרת כלל זה מצד המחבלים ניכרת בסירובם להבדיל בין לוחמים ללא לוחמים כמטרות להתקפותיהם ובהתכחשותם לחובתם להבדלתם העצמית כלוחמים מן האוכלוסיה האזרחית החפה מפשע שמקרבה הם פועלים ואשר אותה הופכים הם לפיכך יעד לפגיעה לא מכוונת. יפה עשה הנשיא ברק במתיחת קו יחודיות העימות הזה כאשר ציין כי:

“לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי הישובים היהודיים באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים וכישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסיה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסיה האזרחית בכלל וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בפרט.”¹⁵⁷

במציאות דוחקת זו נדרשת ישראל, כמדינות אחרות הלוחמות בטרור, לבצע פעולותיה הצבאיות. מאפיינים יחודיים אלו דורשים התאמות מסוימות של דיני המלחמה המסורתיים אשר מחייבים מדינות בחזית הלחימה בטרור לבחון ולהתאים בקביעות את הכללים וההנחות במסגרתם הן פועלות ולנסות ליישם עד כמה שאפשר, זאת על אף שפותחו במקורם להתמודדות עם עימותי צבאות המתנגשים תחת תנאים של שוויון.

מאפיין נוסף לייחודו של עימות מזוין מעין זה ימצא בעובדה שפעולות האיבה אינן מבוצעות בכל עת ובכל רחבי הגדה המערבית, ובנקל נסיק כי משטרים משפטיים שונים חלים במקביל בשטח.¹⁵⁸ באזורים מסוימים מתרחש עימות מזוין גרידא, בעוד באזורים אחרים, נמשכים החיים כסדרם. דיני התפיסה הלוחמתית הבינלאומיים חלים באזורים מסוימים בעוד שבאזורים אחרים חלים ההסדרים היחודיים sui generis שנוצרו בהסכמי אוסלו.

ניתן להשוות בנקל את המציאות הצבאית בה מצויה ישראל בשטחים המוחזקים עם זו הכפויה על כוחות הקואליציה המצוים בעיראק, בשל קיומם במקביל של: “a state of armed conflict and a state of occupation.”¹⁵⁹ היוצא הוא שהן דיני התפיסה

157 עניין עג'ורי, לעיל הערה 135, דברי הנשיא ברק.

158 המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 1.33.6. Cf.

159 Interview by Human Rights Watch with Col. Marc Warren, Col. Mike Kelly, and Major P.J. Perrone, Baghdad, Iraq (23.9.03) appearing in “Hearts and Minds: Post-War

הלוחמתית והן דני הלחימה ישימים בעת ובעונה אחת. וכפי שציינה בזמנו ה־Coalition Provisional Authority לגבי המערכה הצבאית האמריקאית בעיראק כי: "Iraq is currently a combat zone, and forces here are engaged in combat operations against determined enemy forces of significant size"¹⁶⁰ וזאת למרות הצהרתו של הנשיא בוש, שנאמרה כשישה חודשים לפני כן ב־1 במאי 2003, כי פעולות הלחימה העיקריות בעיראק הסתיימו.¹⁶¹

באשר לעימות הפלשתיני-ישראלי, נראה בבהירות, כי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי חלים בשטחים המוחזקים. כתוצאה מסתברת, בנוסף להוראות המתייחסות להגנה על אזרחים בשטחים המצויים בתפיסה לוחמתית כעולה מתקנות האג וכן מאמנת ג'נבה הרביעית יחולו גם הכללים בקשר לדרכי ולאמצעי הלחימה. המשפט הבינלאומי ההומניטרי יחלוש אם כן על הפעלת כח לשם ביצוע הלחימה.¹⁶² Brian D. Tittmore מבהיר את תחולתן של נורמות משפטיות בינלאומיות בו זמנית הן במצב של תפיסה לוחמתית והן במצב של עימות מזוין:

"An occupation of the territory of one state by the armed forces of another also triggers the rules of international armed conflict, as well as specific rules regarding the administration of an occupied territory by an occupier."¹⁶³

כיוון ששני המצבים קיימים בו זמנית במישור הישראלי-פלסטיני, הן המצב של עימות מזוין והן המצב של תפיסה לוחמתית, אזי שתי מערכות משפט בינלאומיות חלות בעת ובעונה אחת. קרי, הן המשטר של דיני התפיסה הלוחמתית והן המשטר של דני הלחימה ישימים ובמקביל. ניתן לבחון לפיכך את פעולותיה של ישראל בגדה המערבית ביחס למכשול הביטחון לאור שתי מערכות דינים שונות הישמות במצב העכשווי: דיני ניהול הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית.¹⁶⁴ משנקבע כי מצב של

Civilian Deaths in Baghdad Caused by U.S. Forces" 15 No. 9(E) *Human Rights Watch* (נבדק ב־19.8.07) 1, 7 (2003) <http://www.hrw.org/reports/2003/iraq1003/6.htm>
 160 Vivienne Walt "Iraqi families want retribution for deaths" *San Francisco Chronicle* (24.11.03) http://www.ccmep.org/2003_articles/Iraq/112403_iraqi_families_want_retribution.htm (נבדק ב־19.8.07)
 161 Lisa Burgess "Different Iraqi prisoners have different legal rights" *Stars and Stripes* (6.8.03) <http://www.estripes.com/article.asp?section=104&article=16235&archive=true> (נבדק ב־19.8.03)
 162 ראו: Watkin, *supra* note 155, at p. 28. בית הדין הבינלאומי בהאג סבור כי הן תקנות האג והן אמנת ג'נבה הרביעית חלות בשטחים המוחזקים. ראו עניין חוות הדעת המייעצת, לעיל הערה 39, בפסקאות 78, 89, 101.
 163 Brian D. Tittmore "Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations" 33 *Stan. J. Int'l L.* (1997) 61, 66-67
 164 חרף העובדה כי עמדתה הרשמית של ישראל היא כי אמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה

עימות מזוין מתקיים, ושהכללים הרלבנטיים לבחינת המצב הינם דיני העימות המזוין *jus in bello* התחשבות בצידוקי *jus ad bellum* להפעלת כח אינם רלבנטיים עוד. ההשלכות מקביעה עובדתית שמצב של עימות מזוין אכן מתרחש, כמו במצב שבין ישראל לבין הפלשתינים, הינן בכך ששאלת חוקיות השימוש בכח לראשונה איננה במקום¹⁶⁵ וכן דיני העימות המזוין הבינלאומיים אינם מבחינים בין האזרחים או כוחותיו החמושים של התוקפן לבין האזרחים או כוחותיו החמושים של היריב הפועל במסגרת הגנה עצמית.¹⁶⁶ חרף התמקדות מאמר זה ב-*jus in bello*, ראוי להבהיר, כי עד כמה

jure בשטחים המוחזקים, היא אכן בכל זאת מיישמת את הכללים ההומניטריים המצויים בה. ראו: Meir Shamgar "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government : The Initial Stage" *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967-1980: The Legal Aspects* (Meir Shamgar, ed., 1982) 13, 42; כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקה 179; תגובה משלימה מטעם המשיבים בעניין מראעבה, לעיל הערה 117, בפסקה 29; יובל יעזו "הערכה במשרד המשפטים: נסיגה מציר פילדלפי תיחשב בעולם כסיום הכיבוש ברצועה" הארץ (19.12.04). עם זאת, ועדת שרים בין-משרדית (שם) והיועץ המשפטי לממשלה (ראו יעזו, לעיל הערה 95, בע' 5א) הציעו, כי ממשלת ישראל תקים צוות מקצועי לבחינת תחולת אמנת ג'נבה הרביעית *de jure* בשטחים המוחזקים. בהיותו מצדד בגישה חדשה זו, מצביע דינשטיין, כי בשל היישום הישראלי של אמנות ג'נבה למעשה, אין עוד מקום לגישה שאיננה שימושית. שם. יתרה מכך, כבר בשנים הראשונות להתחזקת השטחים הוחלט בישראל, כי מעשי הממשל הצבאי יהיו נתונים לפיקוח בג"ץ. ראו למשל: Shamgar, *id.*, at pp. 42-43. בהתאם לכך, הורשו תושבי השטחים לעתור לבתי משפט בישראל בגין מעשיהם של הממשל הצבאי, המדינה ורשויותיה. לפיכך כפופים פקידי המנהל האזרחי והצבאי שבגדה המערבית לאותם כללי משפט מנהלי החלים על פקידי רשויות המינהל בישראל. ראו למשל, בג"ץ 69/81 עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, 231 (1983). תושבי איזורים אלו, הרואים עצמם נפגעים מהחלטה מינהלית, זוכים לפיכך למלוא הזכויות וההגנות של המשפט המנהלי בדומה לאזרחים ישראלים. כל זאת לפני משורת הדין הנגזרת מהוראות אמנת ג'נבה הרביעית (לעיל הערה 115), ותקנות אמנת האג הרביעית (לעיל הערה 114), שאינן מחייבות את המחזיק ליתן גישה לתושבי השטחים שבחזקתו לבתי משפט הלאומיים שלו. לא ידועה כל דוגמא אחרת, בה הורשו תושבי איזור מוחזק להגיש תביעות משפטיות ולטעון כלפי המעצמה המחזיקה, בהיכלי המשפט שלה עצמה. ראו, למשל: Eli Nathan "The Power of Supervision of the High Court of Justice over Military Government" *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967-1980: The Legal Aspects* (Meir Shamgar ed., 1982) 109, 110. מתן גישה לבית המשפט בארץ לאלו אשר אינם אזרחי של ישראל אך מיושבים בשטחים שבחזקתה נראה כי תקדימית היא. במאמר מוסגר יאמר, כי לפי המשפט הבינלאומי בתי משפט מקומיים בשטח מוחזק נעדרים סמכות שיפוט כלפי המעצמה המחזיקה. ראו: von Glahn, *supra* note 110, at p. 108.

165 ראו למשל: "Words My Mother never Taught Me — 'In Defense of the International Court'" 99 *Am. J. Int'l L.* (2005) 76, 83-84

166 ראו: Dinstein, *supra* note 151, at p. 4. גם: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims in International Armed Conflicts (1977) (Protocol I), preamble <http://www.ohchr.org/english/law/proto> Christopher Greenwood "Historical Development and Legal Basis" *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Dieter Fleck ed., 1995) 10.

זכותה הטבועה להגנה עצמית כדי למנוע פעולות טרור כלפיה וכלפי אזרחיה ולהסיר כל איום מצד גורמי חבלה עוינים. חסימת חדירת מחבלים לתחומה באמצעות מכשול הביטחון היא פשוט מימוש למופת של זכות זו.¹⁶⁷ בית הדין הבינלאומי בהאג אף הוא הכיר בזכותה של ישראל לפעול כנגד מחבלים ובפרט בחובתה של ישראל לנקוט צעדים לשם הגנה על אזרחיה וכך בלשון הפסק:

“The fact remains that Israel has to face numerous indiscriminate and deadly acts of violence against its civilian population. It has the right, and indeed the duty, to respond in order to protect the life of its citizens.”¹⁶⁸

ו. צורך צבאי מול שיקולים הומניטריים

עיקרון בסיסי המונח ביסודם של דיני העימות המזוין, כפי שמוסבר במדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004 הינו צורך צבאי, המאפשר למדינה שהינה צד לעימות מזוין להשתמש ב:

“that degree and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of life and resources.”¹⁶⁹

באופן דומה פסק בית הדין בעניין *Hostages*:

“Military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life and money.”¹⁷⁰

בנוגע ליישום המעשי של עיקרון הצורך הצבאי בהקשר של belligerent occupation

167 ראו למשל כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 35, 168.
 168 עניין חוות הדעת המייעצת, לעיל הערה 39, בפסקה 141; ראו כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 35, 168.
 169 המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 2.2.
 170 *The Hostages Trial, Trial of Wilhelm List and Others*, VIII Law Reports of Trials of War Criminals 34, 66 (1949) (להלן: עניין *Hostages*); *Trial of Wilhelm List and Others, United States Military Tribunal, Nuremberg, Part IV* (נבדק ב-19.8.07) <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List4.htm>

מפנה המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004 לעניין *Hostages* וקובע כי יהיה זה חוקי להרוס כל רכוש שעשוי לשמש את האויב, כך שניתן להרוס גם בתים פרטיים ואפילו כנסיות אם הדבר נחוץ לפעילות הצבאית.¹⁷¹ אך הכללים בני זמננו אשר מבוססים על אמנות האג משנת 1907 מתייחסים בין היתר להסדרת השימוש בכח בעתות מלחמה ולצעדים בהם מותר למדינה מחזיקה לנקוט בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית כמו גם לשאלה מי רשאי להנות ממעמד של צד לוחם.¹⁷² תקנות האג מסדירות לפיכך באופן בסיסי ביצוען של פעולות צבאיות.¹⁷³ עקרונותיה החדשניים של אמנת ג'נבה הרביעית לאחר מלחמת העולם השנייה שיקפו צעד משמעותי לקראת הגנת תושבים שאינם בני הלאום של המעצמה המחזיקה, אשר תחתיה נכפו למציאות המלחמה או לשטח הנמצא במצב של תפיסה לוחמתית. עקרונות אמנת ג'נבה הושתתו על הגנתם של אזרחים אשר נמנעים מנטילת חלק בלחימה ובשל כך יש לנהוג בהם בדרך אנושית.¹⁷⁴ כללי ג'נבה אם כך מתייחסים למעשה להגנה על קורבנות העימות המזוין.¹⁷⁵ הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ג'נבה משנת 1977,¹⁷⁶ למעשה מרחיבים באופן מהותי את העקרונות הקיימים.¹⁷⁷

171 ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 2.2.3.
 172 ראו: 1055 (5th ed., 2003) *Malcolm N. Shaw International Law*. אמנות האג משקפות את דיני העימות המזוין כפי שנכתבו מנקודת מבטו של החייל, במובן זה שהן נוסחו כהצהרות ברבר הזכויות והחובות של הצבאות בסכסוך מזוין, והוכרו במידה רבה כמשפט בינלאומי מנהגי. ראו: Greenwood, *supra* note 166, at pp. 18, 24. ראו גם למשל המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 27.16; Dinstein, *supra* note 151, at p. 01; עניין חוות הדעת המייעצת, לעיל הערה 39, בפסקה 89. אמנת האג הרביעית ותקנותיה אשר נקבעו הן על ידי בית הדין הצבאי הבינלאומי בנירנברג (ראו: "International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, October 1, 1946, Judgment" 41 *Am. J. Int'l L.* 172, 248-249 (1947)) והן על ידי בית הדין הצבאי הבינלאומי למזרח הרחוק בטוקיו (ראו: Dinstein, *id.*), כמהוות חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי ולפיכך הריהן מחייבות את כל מדינה. הן עדיין בעלות חשיבות ממדרגה ראשונה וסעיפים 42-56 עודם למעשה מהווים: "the principal text on the government of occupied territory and the treatment of property in occupied territory." Greenwood, *id.* at pp. 24-25.

173 ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 1.9.
 174 ראו: 1055 (5th ed., 2003) *Malcolm N. Shaw International Law*, *supra* note 172, at p. 1055.

175 ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 1.9.
 176 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 21 August 1949, and relating to the Protection of Victims in International Armed Conflicts (1977) (Protocol I) <http://www.ohchr.org/english/law/protocol1.htm> (נבדק ב-19.8.07) להלן: פרוטוקול ראשון לאמנות ג'נבה; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) <http://www.ohchr.org/english/law/protocol2.htm> (נבדק ב-19.8.07).

177 ראו: 1056 (5th ed., 2003) *Malcolm N. Shaw International Law*, *supra* note 172, at p. 1056. עם זאת, ראוי לציין כי הפרוטוקולים אינם זוכים להכרה הכמעט אוניברסלית של אמנות ג'נבה משנת 1949, ועוד לא הוחלו באופן רשמי בכל עימות מזוין משמעותי. ראו: Greenwood, *supra* note 166, at p. 25.

אמנת ג'נבה הרביעית לפיכך מפרטת את אותם הכללים המוחלים בעיתות מלחמה להגנה על אזרחים¹⁷⁸ והפרוטוקול הנוסף הראשון מכיר בעקרון, כי פעולות צבאיות יכולות להתכוון אך ורק כלפיי מטרות צבאיות. יתרה מכך, ההבחנה בין מטרות צבאיות לבין אזרחים מוכרחה להתקיים, כפי שמתחייבת ההבחנה בין לוחמים לבין אוכלוסיה אזרחית כשלעצמה.¹⁷⁹ באופן כללי, אם כן אלה שאינם נוטלים חלק בלחימה, צריכים להיות נבדלים מלוחמים.¹⁸⁰ כלל ראשון במעלת חשיבותו בדיני המלחמה הינו אותה ההבחנה המתחייבת בין אזרחים לבין לוחמים. דיני העימות המזוין פורשים את הגנתם על אותם פרטים מבין האוכלוסיה האזרחית בהבחינם בין לוחמים, הנוטלים חלק בלחימה ובין אלה שאינם לוחמים, הנמנעים מלהשתתף בה ומכאן שיש לגונן עליהם ככל האפשר מהשפעותיה של הלחימה.¹⁸¹ כל עוד לא נטלו חלק בפעולות הלחימה, אין הלא לוחמים בגדר יעד לגיטימי לתקיפה.¹⁸²

אי הבדלתם העצמית של הלוחמים מן הלא לוחמים, אין בה אלא יצירת סיכון אמיתי לאוכלוסיה האזרחית, לפי שבמחדלם זה הופכת ההבחנה קשה ועלולים חפים מפשע להוות מטרות לתקיפות שבשגגה.¹⁸³ לכן, לכל קבוצה מן השתיים, לוחמים ושאינם לוחמים, חובות וזכויות נפרדות. בהיות אדם משויך לאחת משתי הקבוצות לא יוכל הוא בו זמנית להנות גם מן הזכויות של הקבוצה האחרת.¹⁸⁴ מסביר דינשטיין כי הטעם לאותה הבחנה מהותית נועד לוודא בכל דרך אפשרית כי עימות מזוין בינלאומי יתנהל אך ורק בין לוחמי הצדדים לעימות. לוחמים חוקיים יכולים לתקוף לוחמי אויב או מטרות צבאיות ועל ידי כך לגרום להרג, לפגיעה ולהרס.¹⁸⁵ כלל הלוחמים יכולים למעשה להוות מטרה לגיטימית ובקרב אלה אשר מהווים מטרה לגיטימית מצוים כל הכוחות המזוינים בין אם נוטלים חלק מעשי בפעילות לחימה ובין אם לאו.¹⁸⁶ מפקד הכוחות הלוחמים, אף אם רחוק הוא קילומטרים רבים מאזור הלחימה, הינו מטרה לגיטימית ושוות ערך בכשרותה לאותו מפקד המציעד כוחותיו ללחימה.¹⁸⁷ למן הרגע שתויג הפרט כלוחם מתירים באופן ברור דיני המלחמה את דמו.¹⁸⁸ אי לכך אין דיני המלחמה מתנים ייעודו של לוחם כמושא לתקיפה לגיטימית בשעת מלחמה, בעיסוק

178 Shaw, *id.* at p. 1061.

179 *Id.* at p. 1063. ראו גם המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 4.4.1; סעיפים 48, 51 לפרוטוקול ראשון לאמנות ג'נבה, לעיל הערה 176.

180 Shaw, *id.* at p. 1056.

181 ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 4.1.

182 שם, בפסקה 4.1.1.

183 שם, בפסקה 4.4.1.

184 שם, בפסקה 4.1.1.

185 ראו: Dinstein, *supra* note 151, at p. 27.

186 *Id.* at p. 94.

187 ראו: Michael N. Schmitt "State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law" 17 *Yale J. Int'l L.* (1993) 609, 674.

188 *Id.*

בלחימה מעשית.¹⁸⁹ שני מקרים שארעו בעיצומה של מלחמת העולם השנייה יספיקו לשם המחשת הכלל האמור. בנובמבר 1941 פשטו כוחות בריטים על Beda Littoria שבלוב במהלך נסיון לחיסולו של פילדמרשל Erwin Rommel.¹⁹⁰ באפריל 1943 נהרג בהתרסקות מטוסו האדמירל היפני Yamamoto Isoroku, שניהן כמפקד העליון של הצי המשותף ותכנן את ההתקפה על פרל הרבור בדצמבר 1941, במארב יזום של מטוסי קרב אמריקאיים.¹⁹¹

מאידך, אזרחים אינם מורשים להשתתף בפעולות לחימה, שכן בעשותם כן, יאבד להם מעמדם כ"אזרחים".¹⁹² אין אדם יכול ומורשה לאחוז בו זמנית בשני שרביטים, האזרח והלוחם, ומשנמצא מקומו בקבוצה אחת, אין הוא רשאי עוד לקפץ אל המעמד האחר. לשון אחר, אין אדם יכול לאחוז חרב בידו ובו בעת לחבוש את כובעו האזרחי.¹⁹³ והכלל ידוע, נאה דורש את ההטבות היוצאות מדיני המלחמה, נאה מקיים את הכללים ומכבדם.¹⁹⁴

המשפט הבינלאומי בכלל, ודיני העימות המזוין בפרט שוללים מפרטים הנוטלים חלק בלחימה את החסינות מפני התקפה, ואת ההגנה תחת מעמד האזרח.¹⁹⁵ בהתאם לכך, פרטים ההופכים לוחמים נחשבים ללוחמים עד תום פעולות האיבה ולא רק בשעת ארגון, ייזום או ביצוע תקיפה. לפיכך הם מהווים מטרה צבאית לגיטימית בין בשעת תכנון המעשה ובין לאחר ביצועו.¹⁹⁶

מדינה המגנה על עצמה באופן לגיטימי מפני לוחמים בלתי חוקיים, המעורבים ברצף מתמשך של פעילות חבלנית עוינת המופנית כלפיה או כלפי נתיניה (פעולות טרור על ידי לוחמים לא חוקיים אלו, הנחשבות כשלעצמן פשעים נגד האנושות ופשעים כנגד השלום והביטחון של האנושות וניתן אף לטעון שיוכלו מעשים אלו להחשב פשעי מלחמה כלפיי המדינה המותקפת ונתיניה), לא תוכל באופן הגיוני

.Id. 189

190 ראו למשל: "Raid on Rommel led by an ex-King's Mead schoolboy" Keven Gordon *SussexExpress* (26.1.06) <http://www.sussexexpress.co.uk/ViewArticle.aspx?SectionID=1436&ArticleID=1327988> (נבדק ב-19.8.07); "LRDG-SAS raid Beda Littoria" *World War 2 Sites On the trail of the Second World War in Europe* <http://www.ww2sites.com/> Joseph B. Kelly "Assassina- tion in War Time" 30 *Military L. Rev.* (1965) 101, 102 (נבדק ב-19.8.07);

191 ראו למשל: "Yamamoto Isoroku" *Encyclopedia of Modern Asia* <http://www.bookrags.com/research/yamamoto-isoroku-ema-06> (נבדק ב-19.8.07); Kelly, *id.* at pp. 102–103; Dinstein, *supra* note 151, at p. 95.

.Dinstein, *id.* at p. 27 192

.Id. at p. 28 193

.Id. at p. 43 194

195 ראו למשל: Israel Ministry of Foreign Affairs, *Targeting Terrorists — Background* (1.8.01) <http://www.israel-mfa.gov.il/mfa/go.asp?MFAH0k9d0> (נבדק ב-19.8.07).

196 *Id.*; ראו גם גרעון אלון "היועץ המשפטי תומך ב'מדיניות החיסולים'" הארץ (2.12.01) א.3.

להיות כפופה להגבלות חוקיות חמורות יותר על היקף פעילותה, מאלו שהיו מוחלות אם היתה המדינה מעורבת בפעילות הגנה לגיטימית כנגד לוחמים חוקיים של צבאה של מדינה זרה עוינת. כל מסקנה אחרת פירושה כי על מחבלים, שהם לוחמים בלתי חוקיים, נפרשות חסינות והגנות רחבות היקף העולה לאין שיעור על אלו אשר היו עומדות להם אילו היו משתייכים לצבא מדינה אחרת תחת מעמד לוחמים חוקיים במלחמה המתנהלת כנגד המדינה המותקפת המגנה על עצמה.

שני ענפי משפט המוחלים על עימותים מזוינים, כלומר "דיני האג" ו"דיני ג'נבה", הפכו עתה קרובים וחופפים עד שנשזרו זה בזה לכדי מערכת דינים אחת, שמוכר לנו כיום בכינויה המשפט הבינלאומי ההומניטרי, וכך גם חיוה דעתו בית הדין הבינלאומי בשנת 1996.¹⁹⁷ דרך דיני מלחמה אלו, הקהילה הבינלאומית שואפת אם כן להסדרת ניהולן של פעולות האיבה שבין מדינות.¹⁹⁸ בהצבת כללים המכפפים את המשתתפים לעשיית פעולותיהם בדרך אנושית ובהגנה על קורבנות המלחמה במהלך העימות, משתדלים לשמור דיני העימות המזוין הבינלאומיים על האיזון העדין והרגיש שבין השיקול ההומניטרי לבין הצורך הצבאי.¹⁹⁹ לפיכך, בשאיפה להשגת יתרון צבאי, מידת הסבל שנגרם מטבע הדברים אינה יכולה להיות בלתי פרופורציונאלית.²⁰⁰ ביצוען של פעולות איבה מזוינות ביבשה מוסדרות על ידי דיני המלחמה ביבשה אשר נוסחו בהשראת הרצון לצמצם את פגעי המלחמה על ידי הגנה מפני סבל שאינו הכרחי ללוחמים כמו גם לשאינם לוחמים. בהתאם לכך, הם מבטיחים ומעגנים מספר זכויות בסיסיות של פרטים הנופלים ביד האויב, בייחוד שבויי מלחמה, חולים ופצועים ואזרחים וכן מקדמים את האפשרות להשבת השלום.²⁰¹ יתרה מכך, דיני העימות המזוין תואמים את השימוש החסכוני והיעיל בכח וכוונתם אומנם הקטנת הסבל הנגרם מן העימות המזוין, אך אין מטרתם פגיעה ביעילות הצבאית.²⁰²

הפעלת המחזיק את השליטה המנהלית בשטחים בני סמכותו וחובתו להחזיר על כנם את הסדר הציבורי והביטחון הציבורי עד כמה שהדבר אפשרי, מורות ללא ספק, כי אין מינהל השטח הנתון בתפיסה לוחמתית מכוון רק למען אותם צרכים צבאיים ואחרים של המחזיק כי אם גם להבטחת טובתם של תושבי האיזור עד כמה שאפשר.²⁰³

197 ראו: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, section 75 (1996) <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> (בדק ב-19.8.07).

198 ראו בופן כללי: Shaw, *supra* note 172, at pp. 1054–1068.

199 *Id.* at p. 1063; Myres S. McDougal & Florentino P. Feliciano *The International Law of War: Transnational Coercion and World Public Order* (1994) 82.

200 ראו: Shaw, *id.* at pp. 1065–1066 (5th edition, 2003).

201 ראו מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 2.

202 ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 2.1.

203 ראו: von Glahn, *supra* note 110, at pp. 33–34.

אף על פי כן, אם צדקת האנושיות היתה למאור היחיד בדרכם של הכוחות החמושים בעימות מזוין, ולא היתה כרוכה המלחמה בתוצאותיה ההרסניות כמו מרחץ דמים, סבל אנושי והרס, הרי שמהות אופיה כמלחמה היה ניטל ממנה.²⁰⁴ מן העבר השני, אילו היה הצורך הצבאי לשיקול היחיד, לא היתה בנמצא הגבלה מכל סוג שהוא על חופש פעולתן של מדינות המעורבות בעימות מזוין.²⁰⁵ דרך המיצוע, היא הנבחרת בדיני העימות המזוין הבינלאומיים במתן מרחב תמרון ראוי למדינות לוחמות במענה לצורך הצבאי המתבקש וכו בעת בהגבלת חופש פעולותן בשם האנושיות.²⁰⁶ דינשטיין מבהיר כי במהותם דיני המלחמה הינם:

“all based on a subtle balance between two opposing considerations: military necessity, on the one hand, and humanitarian sentiments, on the other... Each one of the laws of war discloses a balance between military necessity and humanitarian sentiments, as produced by the framers of international conventions or as crystallized in the practice of States. The equilibrium may be imperfect, but it is legally binding in the very form that it is constructed.”²⁰⁷

דיני המלחמה למעשה יצרו לפיכך את אותו האיזון הרגיש והעדין בשני עבריה, אגף הצורך הצבאי ואגף העקרונות ההומניטריים. אך גם משנמצא חופש הפעולה של צד לוחם מוגבל, נשמר לו מרחב עשייה רחב היקף לביצוע פעולותיו הצבאיות. תכליתם הכוללת של דיני המלחמה, במונחיה של ה־St. Petersburg Declaration משנת 1868 הינה: “alleviating as much as possible the calamities of war”.²⁰⁸ אין מהותה של תכלית זו להביא להמתקה מלאה של מרורי המלחמה, אלא להקל במידת האפשר מפורענויותיה, שפרושה הקלה עד כמה שהדבר אפשרי בהתחשב באינטרס הבסיסי של כל צד לוחם, להכריע את כף הלחימה לשם נצחוננו שלו.²⁰⁹ ומכאן מוצאה של פשרה שבין האידיאליים ההומניטריים לבין מציאותם של הצרכים הנדרשים הנובעים ממצב המלחמה.²¹⁰ כפי שמוזכר בהקדמה לאמנת האג הרביעית, הוראות אלה ערוכות

204 ראו: Dinstein, *supra* note 151, at p. 16.

205 *Id.*

206 *Id.* at pp. 16–17.

207 Yoram Dinstein “Military Necessity” III *Encyclopedia of Public international law* (1997) 395.

208 Declaration of St. Petersburg (1868), preamble. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/decpeter.htm> (נבדק ב־19.8.07).

209 ראו: Dinstein, *supra* note 147, at p. 146; Dinstein, *supra* note 151, at p. 17.

210 ראו, 9 “The Underlying Principles of International Humanitarian Law” D. W. Greig *Australian Year Book of International Law* (1985) 46, 53.

בהשראת השאיפה לגרוע ככל האפשר מפגעי המלחמה, אך רק עד כמה שדרישות צבאיות תאפשרנה ("as far as military requirements permit").²¹¹ לבל נשכח מושכלות ראשוניים, כי אין לך מלחמה שלא נועדה לניצחון. ככלל גורף ניתן לומר, כי מעצם מהותה, כרוכה המלחמה בכאב, סבל ואבידות בנפש, אולם כל עוד היא נמשכת, שיקולים הומניטריים לא יוכלו להוות משתנים יחידים בביצוע פעולות הקרב. דיני העימות המזוין הבינלאומי, אמורים להגביל ולמעשה אכן מגבילים דרכי התנהגות שונות, כדי למזער אבידות, כאב וסבל. אולם, הגבלה זו מותנית במציאת חלופות מעשיות שניתן ליישבן עם תכלית הלחימה שהיא הנצחון. שמא תמצא שלא להתיר באופן תאורטי את כל המתחייב מאופי המלחמה, שאז באופן מעשי יוותרו ההגבלות מילה ריקה עלי דף כי פשוט יתעלמו מהן במציאות.²¹² מרקם רגיש זה לאיזון בין שני עקרונות סותרים ואף מתנגשים אלו, צורך צבאי ושיקולים הומניטריים, כנוסחת פשרה עליה מתבססים דיני העימות המזוין, יוצרים את אותו מתח טבעי בין דרישות בלתי פוסקות של צורך צבאי לבין שיקולים אנושיים. קוי המתאר של אותה הפשרה משתנים מעימות אחד לרעותו, אך יוער ויוסבר, כי ככלל, אין חלק בדיני העימות המזוין הבינלאומי המתעלם מהצורך הצבאי כמו שאין חלק באותם דינים המעלים עינו משיקולים הומניטריים. כל החלקים המרכיבים את שלדו של דין זה בגישתם לעימות המזוין אינם נובעים ממניעים אידיאליסטיים גרידא אלא ממניעים ריאליסטיים.²¹³

בבסיס קו מנחה של דיני המלחמה של הקלה ככל האפשר של פורענותיה של המלחמה²¹⁴ לא ניצבים ההקטנה והצמצום המוחלטים של נוראות חרב הלחימה, שהינם בהכרח בלתי אפשריים, אלא ההקלה מפגעי המלחמה עד כמה שאפשר ובכניעות לאמיתה כי מלחמות מנוהלות במטרה להשיג יעדים צבאיים וכי המטרה העיקרית של כל צד לוחם הינה בוודאי השגת נצחון.²¹⁵ לישנא אחרא, דיני המלחמה שואפים להשיג פשרה בין צורך צבאי לבין שיקולים הומניטריים,²¹⁶ בהתחשבם ברשותו של צד לוחם לעשות ככל שמתחייב מצרכיו הצבאיים לשם הכרעת המלחמה לטובתו ובלבד שאין הוא חורג מגבולות הלגיטימיות אשר הותוו לו בדיני העימות המזוין הבינלאומי.²¹⁷ ישאל השואל כיצד נקבע אותו צורך צבאי? צורך צבאי בשעת מלחמה יכול להיחשב לצעדים הכרחיים הננקטים לשם תמיכה ישירה בפעולות צבאיות מסוימות, והן לצעדים שהאפקט המצטבר שלהם הינו הרס יכולת הלחימה של האויב שמטבע

211 תקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיני ומונהגיה של המלחמה ביבשה, לעיל הערה 114, מבוא.

212 ראו: 224 p. at, *von Glahn, supra note 110*; *Dinstein, supra note 151*, at pp. 1–2; *Cf.*

213 ראו: 16–17 pp. at, *Dinstein, id.*

214 ראו: 208 note, *Declaration of St. Petersburg, supra note 208*.

215 ראו: 17 p. at, *Dinstein, supra note 151*.

216 ראו: 146 p. at, *Dinstein, supra note 147*.

217 ראו: 18 p. at, *Dinstein, supra note 151*.

הדברים מקרב את המלחמה לקיצה ביתר מהירות. העקרון הראשון והמרכזי שבין העקרונות הבסיסיים והיסודיים ביותר באשר לדרכי ניהולה של המלחמה והאמצעים המוכשרים לשם עשייתה הינו אם כן עיקרון הצורך הצבאי, קרי הזכות לשימוש במידת וסוג הכוח הדרושים להשיג כניעתו של אויב בכמה שפחות זמן, אבדות וכסף.²¹⁸ משמעות הצורך הצבאי הינה העקרון המצדיק נקיטת אמצעים שלא נאסרו על ידי המשפט הבינלאומי, שהינם חיונים להבטחת כניעתו המלאה של האויב מהר ככל האפשר.²¹⁹ מדינה המעורבת בעימות מזוין רשאית אם כן להשתמש בסוג ומידת הכח הנדרשים, בתנאי שהדבר לא נאסר על ידי דיני העימות המזוין, על מנת להגשים תכליתו הלגיטימית של העימות, שהינה כניעת אויב חלקית או מלאה בזמן הקצר ביותר ובמינימום אבדות בנפש והוצאות משאבים.²²⁰

באופן מובן, אין שאלת הנסיבות המקימות צורך צבאי, נחתכת בכללים נוקשים ואחידים.²²¹ על אף שיש גורסים, כי במצב של עימות מזוין תוכל מדינה להשתמש בכח הדרוש להשגת יעדיה,²²² יתכן כי אמת-מידה הגיונית להערכת צדקת מעשיה, כהרס ותפיסת רכוש המבוצעים בשם הטענה של צורך צבאי, תהיה סבירותם של מעשים אלה. או במילים אחרות, האם מפקד סביר, הנושא באמתחתו את כללי דיני המלחמה, היה מתיר הרס או תפיסה כאלו, תחת נסיבות דומות.²²³ יישום המבחן האמור מחייב מרחב תימרון נאות ואת הפנמת הנחת היסוד כי הפרט המקבל החלטותיו באשר לביצוע פעולות צבאיות שרוי בלחץ הנסיבות בהן פעל, ויש לפיכך לבחוננו ממקום הימצאו בשעתו ולאור הנסיבות והתנאים ששררו בשטח אז ולא בינות כתליו הנינוחים של ההליך השיפוטי. אך יש להבחין בין הרס ותפיסה אשר בוצעו עקב צורך צבאי לבין הרס ותפיסה שבוצעו ללא כל הצדקה ושמידתם חורגת באופן משמעותי מן הנדרש

218 ראו: Greenspan, *supra* note 134, at pp. 313–314.

219 ראו מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 3.

220 ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 2.2; עניין *Hostages*, לעיל הערה 170, בע' 66. כפי שמסביר Oppenheim: "the purpose of war is... : Oppenheim *the purpose of war is... : Oppenheim* 'no moral or legal duty : the overpowering and utter defeat of the opponent ...' exists for a belligerent to stop the war when his opponent is ready to concede the object for which war was made". Oppenheim, *supra* note 145, at p. 225 מדינה ליטול חלק במלחמה לגיטימית עד לנצחון ולתבוסתו המוחלטת של התוקפן. ראו: Josef L. Kunz "Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations" 41 *Am. J. Int'l L.* (1947) 872, 678–877. הרי לפי Levontin המלחמה: "is unlimited in object in the sense that every war may be regarded, potentially, as undertaken with a view to the total subjugation or *debellatio* of the enemy." A. V. Levontin *The Myth of International Security: A Juridical and Critical Analysis* (1957) 63–64 [ההדגשה במקור].

221 ראו: Greenspan, *supra* note 134, at p. 285.

222 ראו: Greenwood, *supra* note 166, at p. 31.

223 ראו: Greenspan, *supra* note 134, at p. 280.

ומכל סיבה סבירה לביצועם.²²⁴ חוקיות הריסת הרכוש תלויה בחיוניות הפגיעה כפי שהיא מוכתבת מצרכי המלחמה. ונהיר לן כי הרס והשחתה לשם עצמם הינם הפרה של המשפט הבינלאומי, ומכאן שנדרש קשר הגיוני כלשהו בין פעולות הריסת רכוש לבין הבסתו של הכח העוין.²²⁵

השיקול המכריע למעצמה מחזיקה הינו לנהל את המלחמה עד לסיומה המוצלח מבחינתה.²²⁶ בדיקת שיקול הדעת של המעצמה המחזיקה באם עניין לנו בצורך צבאי המצדיק עשיית פעולות מסוימות אשר אחרת היו אסורות,²²⁷ חייבת לבוא על רקע העובדות הידועות וכן, אם הדבר אפשרי לאור כל ראיה המוכיחה קיומה של אמונה כנה ובתום לב כי צורך זה אכן היה קיים כשלעצמו.²²⁸ אם ניתן הדבר להוכחה, כי צורך דחוף כפה פעולה, שבעקבותיה הכלל המסויג בצורך הונח הצידה ולמעשה הופר אך לא על ידי פעולה פרטית ופזיזה או נמהרת אלא פעולה שקולה ומבוקרת או בפיקוח, תזכה בדרך כלל טענת הצורך לתוקף.²²⁹

מקום בו מתיר המשפט הבינלאומי ההומניטרי באופן מפורש התנהגות אסורה מחמת צורך צבאי אזי ברור כי פעולות שבגדרה יותרו.²³⁰ הרשאה שכזו בשם הצורך הצבאי מהווה חלק בלתי נפרד מן המשפט הבינלאומי ההומניטרי במצבים של עימות מזוין, ומשקפת את האיזון המכוון בין עקרונות הומניטריים ובין הדרישות המתחייבות ממצאות המלחמה הלובשות את הצורה של צורך צבאי.²³¹ על אף שיש להבטיח את שגרת החיים של תושבי השטח המצוי בתפיסה לוחמתית עד כמה שאפשר, זכויותיו וחובותיו של המשטר הצבאי באיזור המוחזק חייבות להביא בחשבון גם את צרכיו של המחזיק עצמו.²³²

סעיף 43 לתקנות האג קובע כי על המעצמה המחזיקה לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר על כנם ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והביטחון הציבוריים:

“[T]he occupant ... shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety”²³³

Id. at pp. 279–280 224

ראו עניין *Hostages*, לעיל הערה 170, בע' 66. 225

ראו: von Glahn, *supra* note 110, at p. 224. 226

Id. 227

Id. at p. 226 228

Id. 229

ראו: Greenwood, *supra* note 166, at p. 32. 230

Id. at p. 33 231

ראו למשל עניין חברת החשמל, לעיל הערה 131, בע' 138 (דברי השופט לנדוי). 232

תקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, לעיל הערה 114, סעיף 43. 233

מובן כי החובה להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים כוללת בתוכה שמירה על מינהל מסודר המבטיח ביטחון,²³⁴ וברור כי צורך צבאי עשוי להיות שיקול לגיטימי במערכת מעשיו של הכח המחזיק בשטח.²³⁵ לבל נחטא לאמת, לא תוכלנה מטרות המלחמה להפרד מן הצורך הצבאי, שעשוי לכלול מטבע הדברים גם פעולות שעושה המעצמה המחזיקה להגנה על אזרחיה שלה. הרשות המחזיקה ובמיוחד במצב של לוחמנות מתמשכת, אחראית למניעתן של סכנות מיידיות בתוך השטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, לא רק לאיזור המוחזק, אלא גם לה עצמה. ההיבט הצבאי הינו אם כן אחד וזהו להיבט הבטחוני. ראוי להביא בתוככי הדיון מדבריו של השופט ויתקון בכג"ץ 606/78 אויב' נ' שר הביטחון,²³⁶ בהתייחסו לשאלת תפיסת קרקעות בשטח מוחזק:

"המצב הקיים הוא מצב של לוחמנות, ועל המעצמה המחזיקה מוטלת האחריות להשליט סדר וביטחון בשטח המוחזק. עליה גם לקדם את פני הסכנות הנשקפות מתוך שטח כזה לשטח המוחזק עצמו ולמדינה עצמה. הלחימה שבימים האלה לובשת צורה של מעשי חבלה, ואף מי שרואה במעשים אלה (הפוגעים באזרחים שלווים), צורה של מלחמת גרילה, יודה שהמעצמה המחזיקה מוסמכת ואף חייבת לנקוט בכל האמצעים הדרושים למניעתם. ההיבט הצבאי וההיבט הבטחוני אינם איפוא אלא היבט אחד."²³⁷

צורך צבאי לפיכך עשוי לכלול פעולות המחזיק הננקטות בשטח שבידיו ושהשלכותיהן המגננות מכוונות לא רק לשטח הנתון בתפיסה לוחמתית אלא גם לשטחיה של המעצמה המחזיקה עצמה.²³⁸ כך מצטט ארנסט פרנקל (Ernst Fraenkel) מדבריו של בן ימי מלחמת העולם הראשונה לאחר שנסיימה:

"The occupation of a foreign territory does not represent an end in itself; its end is the realization or the protection of certain public interests; it is an act of sovereignty. The occupying power makes use of its army, which is nothing else but its executive agent, in order to exercise its sovereignty and to realize and protect its interests."²³⁹

בהקשר להענקת סמכות לבתי דין צבאיים הנוגעת לביטחון הצבא המחזיק, מוסיף פרנקל מדבריו אותו צופה המדגיש כי הענקת הסמכות הזאת היתה מכוונת: "to

234 ראו בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622, 629 (1981) (דברי השופט שילה).
 235 ראו יורם דינשטיין "שמירת הסדר והחיים הציבוריים בשטחים המוחזקים" עיוני משפט י (תשנ"ד) 405, 407. ראו גם בג"ץ 393/82 אלמלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785, 794 (1983).
 236 עניין אויב', לעיל הערה 109.
 237 שם, בע' 117 (דברי השופט ויתקון).
 238 ראו למשל שם, שם; עניין חילו, לעיל הערה 109, בע' 178 (דברי השופט לנדוי).
 239 ראו: Fraenkel, *supra* note 113, at p. 198.

protect not only the army itself but also the state of which it is the executive agent, and that state's sovereignty and independence”²⁴⁰. ככאב ויסורים הוותוה האמת שראויה להישמע בבהירות, כי לשם ההגנה על ישראל וישראלים מפני התקפות חבלניות, ובייחוד טרור מתאבדים, מכשול הביטחון חיוני ליצירת חיץ בין רוב התושבים הפלשתינים בגדה המערבית לרוב הישראלים. ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי החליטה לפיכך ב-14 באפריל 2002 על בנייתו של מכשול הפרדה בכדי: “לשפר ולחזק את ההערכות והיכולות המבצעיות במסגרת התמודדות עם הטרור, כדי לסכל, לשבש ולמנוע חדירת פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לישראל”.²⁴¹ ההחלטה אושרה לאחר מכן על ידי הממשלה.²⁴² ניתן באופן כללי לחלק למעשה את התפיסה הלוחמתית לשני שלבים. השלב הראשון הוא השלב של הקרבות או ה-“wake-of-battle” אשר מתחיל מהרגע בו הכוח המחזיק שולט בשטח. השלב השני או ליתר דיוק השלב ה-“תפיסתי” מתרחש כאשר המולת הקרב דועכת במרחק מספיק מן השטח הנמצא במצב של תפיסה לוחמתית, התנאים בו פחות או יותר מסודרים וניהול השטח ולא הקרב הופך לקושי העיקרי.²⁴³ או אז בדרך כלל, מתהווה תפיסה לוחמתית כשלב של פעולות האיבה שמשקף את המצב בו הלחימה העזה הסתיימה בשטח המוחזק.²⁴⁴ תקופה זו, היא השלב הצבאי בו חלפו פעולות איבה מן השטח המוחזק, וניכרת במאמציו של המחזיק לכונן מנהל מסודר.²⁴⁵ יוטעם בכלליות, כי סמכויות הכוח התופס הינן להמשיך בהסדרת המינהל התקין וליטול השליטה על המשאבים הארציים ולנצלם ככל הנדרש לטובת תכלית זו וכן לשם מילוי אחר הצרכים הצבאיים שלו עצמו.²⁴⁶ המתרחש באופן מהותי הוא שהממשלה הלגיטימית מנועה מלהפעיל את סמכויותיה, ויהא זה הכח המחזיק בעצמו שלמעשה יפעיל.²⁴⁷ אי לכך המעצמה המחזיקה רוכשת לעצמה את הזכות הזמנית לנהל את השטח המוחזק ותושביו²⁴⁸ והינה אחראית לממשלו המסודר של השטח.²⁴⁹ סעיף 43 לתקנות האג מעניק את היסוד לסמכות ולאחריות אלו בקבעו, כי

Id. 240

241 עניין אבראהים, לעיל הערה 77 (דברי השופטת ביניש); ראו כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקה 42.

242 עניין אבראהים, שם, שם; כתב תשובה בעניין עליאן, שם, בפסקה 43.

243 ראו: Greenspan, *supra* note 134, at p. 214.

244 ראו: McDougal & Feliciano, *supra* note 199, at p. 740; Myres S. McDougal & Florentino P. Feliciano *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion* (1961) 740

245 ראו: von Glahn, *supra* note 110, at p. 226.

246 ראו: Stone, *supra* note 112, at p. 697.

247 ראו: Oppenheim, *supra* note 145, at p. 436; מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 362.

248 Oppenheim, *id.*

249 ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.16.1.

המעצמה המחזיקה תנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר על כנם ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והביטחון הציבוריים.²⁵⁰ לכשנתפס שטח עוין, התוצאה המעשית הינה כי כל תפקידי ממשל האויב, תחיקתיים, ביצועיים, או מנהליים, כלליים, איזוריים או מקומיים, מופסקים או נמשכים רק באישורו המפורש או המשתמע של המחזיק. במקומם מכונן המחזיק מנהל משל עצמו, ואין משמעות לכינוי משטר זה, צבאי כאזרחי. הנסיבות שמתוכן צמח לבדן יעידו על טבעו האמיתי, וכמחזיק צבאי הוא יחוב בכללי המשפט הבינלאומי הרלבנטיים.²⁵¹

עם זאת, לא ניתן להשוות מינהל המוחל מכח המחזיק למינהל רגיל, שכן מתייחד הוא ונבדל מן האחרון בהיותו ממשל צבאי. בניהולו משוחרר המחזיק מכל הגבלה חוקתית או תחיקתית שבשטחים אשר תחת ידו, שכן התפיסה של השטח הינה ממטרות הלחימה, והשמירה על ביטחון כוחותיו וכן תכלית המלחמה עומדות בבסיס האינטרסים של המחזיק, ועליו לקדמן תחת כל התנאים והנסיבות. ככל שהדבר נוגע לבטחונו של הצבא המחזיק ולמטרת המלחמה, למחזיק מוענקת סמכות כמעט מוחלטת והוא מחויב להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים.²⁵² לשם המחשת היבט זה של הממשל הצבאי, נראה כי יאה זה מועיל להביט אל המינהל האמריקאי בגרמניה במלחמת העולם השנייה. באפריל 1945 הוציא ה-Combined Joint Chiefs of Staff הנחיה (directive) לגנרל דויט אייזנהאור (Dwight D. Eisenhower), המפקד הכללי של ה-occupation forces של ארצות הברית בגרמניה, על מנת להדריכו באשר לזכויות ולחובות החוקיות של הממשל הצבאי האמריקאי בגרמניה המוחזקת בתפיסה לוחמתית. ההנחיה מורה במפורש כי:

“you are, by virtue of your position, clothed with supreme legislative, executive, and judicial authority in the areas occupied by forces under your command. This authority will be broadly construed and includes authority to take all measures deemed by you necessary, appropriate or desirable in relation to military exigencies and the objectives of a firm military government.”²⁵³

250 ראו סעיף 43 לתקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, לעיל הערה 114; המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.9.

251 ראו: Greenspan, *supra* note 134, at p. 223.

252 ראו: Oppenheim, *supra* note 145, at p. 437.

253 Directive to Commander-in-Chief of United States Forces of Occupation Regarding the Military Government of Germany, para. 2(b) (Apr. 1945) <http://www.yale.edu/law> web/avalon/wwii/ger02.htm (נבדק ב-19.8.07). הנחיה זו עניינה במדיניות כוחות הברית בגרמניה בתקופה הראשונה של השלב שלאחר המלחמה. *Id.*

למעשה, הסביר ג'רארד פון גלאן (Gerhard von Glahn), הדרגים הגבוהים ביותר של כוחות הברית הגיעו להחלטה (בוועידת ילטה) כי: "the occupying powers would have authority greater than the traditional 'military occupant' possessed (Allied occupation) ואורכה הצפויה של תפיסתה של גרמניה על ידי כוחות הברית (of Germany) תמיד היתה אז נידונה במונחים של עשרות שנים (decades).²⁵⁴ מבין יעדיו המנויים של הממשל הצבאי בגרמניה המוחזקת היתה ההנחיה ש:

"The principal Allied objective is to prevent Germany from ever again becoming a threat to the peace of the world. Essential steps in the accomplishment of this objective are the elimination of Nazism and militarism in all their forms, the immediate apprehension of war criminals for punishment, the industrial disarmament and demilitarization of Germany, with continuing control over Germany's capacity to make war, and the preparation for an eventual reconstruction of German political life on a democratic basis."²⁵⁶

באגב אורחא יוער, כי הן מסמכי הכניעה של היפנים והן ה-Potsdam Proclamation²⁵⁷ ב-1945, העניקו לבעלות הברית סמכויות העולות על אלו המופיעות בתקנות האג ביחס לשטחים המוחזקים על ידן.²⁵⁷

בכניסת כוחותיה של ישראל לשטחי הגדה המערבית בשנת 1967, חייב אותה לכן המשפט הבינלאומי ליטול על עצמה כל אותן מטלות בעלות אופי מנהלי אשר לא יכלה ירדן למלא, ולהפעילן בהיותה הרשות בעלת השליטה למעשה בשטחים. קבלת ישראל את האחריות, החובות והסמכויות הירדניות הקודמות, היתה לפיכך עקבית עם כללי המשפט הבינלאומי המעניקים לתופס את הסמכות לנהל את השטח המוחזק במקום המנהל הקודם כדי למנוע את הריק בהמשכיות הסדר הציבורי ובניהול היעיל של חיי היומיום התקינים באזור שבחזקתו. מטרתו הראשונה והחשובה ביותר של הממשל הצבאי הישראלי בשטחים אשר באו תחת שליטתה של ישראל הייתה השבתם של הסדר והביטחון הציבוריים והשמירה עליהם.²⁵⁸ כניסתו של צה"ל לשטחים העניקה לישראל את הזכות, ואף את החובה, לכונן מנהל סדור והוגן. מצב דברים זה לא נחשב רק כאחת ממטרות הלחימה או כאמצעי לשמירה על הכוחות הצבאיים ובטחונם, אלא נחשב הוא כתוצר של מחויבות המחזיק להתמסר בכל מצב, גם בזה של ממשל צבאי,

254 ראו: von Glahn, *supra* note 110, at p. 276.

Id. 255

256 Directive to Commander-in-Chief of United States Forces of Occupation Regarding the Military Government of Germany, para. 4(c), לעיל הערה 253.

257 ראו: von Glahn, *supra* note 110, at p. 286.

258 ראו: Shamgar, *supra* note 164, at p. 43.

לחובותיו המשפטיות.²⁵⁹ כינון הממשל הצבאי הינו תוצאה ישירה של העימות המזוין ושל כניסתו של צה"ל לשטחים, בהם נבצר מממשלות קודמות להפעיל את סמכויותיהן, היה מעמדן החוקי אשר היה.²⁶⁰ כתוצאה מכך ובהתאם למשפט הבינלאומי, מעיר נשיא בית המשפט העליון לשעבר, מאיר שמגר, כי ממשל צבאי יכול להימשך פרק זמן אפילו בלתי מוגבל:

“the exercise of the right of military administration over the territory and its inhabitants had no time-limit, because it reflected a factual situation and pending an alternative political or military solution this system of government could, from the legal point of view, continue indefinitely.”²⁶¹

שיקולי הצורך הצבאי והשיקולים ההומניטריים והשלכותיהם במהלך התפיסה הלוחמתית שונים בדרך כלל מאלו שבזמן הקרב, שאז התרחקו הקרבות לשטחים אחרים או פסקו לגמרי.²⁶² עם זאת, במהותה, התפיסה הלוחמתית הינה למעשה: “a phase of war as yet undecided”, כותב פון גלאן והריהי למעשה בגדר: “a temporary phenomenon, subject to the changing fortunes of the conflict”²⁶³. מוסיף ארנסט פילצ'נפלד (Ernst Feilchenfeld) כי תפיסה לוחמתית הינה תופעה לא יציבה במאפייניה ושהמשפט הבינלאומי מפגין:

“cognizance of that kind of precariousness which results from the fact that a war is still going on The territorial change of belligerent occupation ...is treated as precarious as long as the war continues.”²⁶⁴

מציאות משתנה ולא בטוחה עשויה אז להתהוות, מיטלטלת בין מלחמה כוללת ובין השלווה היחסית של ניהול השטח הנתון בתפיסה לוחמתית.²⁶⁵ ג'ורג' שוורצנברגר (Georg Schwarzenberger) גורס, היות ש:

.Id. 259

.Id. 260

.Id. 261 וכפי שצוין לעיל לפי Greenspan תפיסה צבאית יכולה להימשך תקופה ארוכה. ראו: von Glahn, *supra* note 110, at p. 266 note 181. Greenspan, *supra* note 134, at p. 276 note 181. p. 276

262 ראו: McDougal & Feliciano, *supra* note 199, at pp. 739–740; McDougal & Feliciano, *supra* note 244, at pp. 739–740; Greenspan, *supra* note 134, at p. 214; von Glahn, *id.* at p. 226

263 Ernst H. Feilchenfeld *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (1942) 4, 7. von Glahn, *id.* at p. 273

.Feilchenfeld, *id.* at p. 5 264

.Cf. von Glahn, *supra* note 110, at p. 275 265

“any part of a territory controlled by a belligerent is a potential fighting zone... the distinction between fighting zones, occupied enemy territories and unoccupied territories of belligerents is becoming increasingly blurred, and all these areas tend to merge into potential fighting zones.”²⁶⁶

לשם דוגמא, לאחר שביתת הנשק במלחמת העולם הראשונה מ-11 בנובמבר 1918, עת הוחזק הריינלנד (Rhineland) על ידי בעלות הברית, ננקטו בשטח המוחזק אמצעים צבאיים שונים מתוך ציפיה כי עלולה אולי המלחמה לפרוץ בשנית.²⁶⁷ בעיניו של בן התקופה אף כונתה התפיסה הלוחמתית בריינלנד מלחמה מתמדת (continuing “war”).²⁶⁸ אם כן, יתקשה בטיעונו הסובר כי הנחת היסוד של התפיסה הלוחמתית, קרי סיומה של לחימה עזה באותם השטחים הנתונים בתפיסה זו, תמיד מתקיימת בהם,²⁶⁹ כפי שהוזכר לעיל. מכאן, שאף בעיתות רגיעה יחסית בשטח מוחזק, מבצעים צבאיים המוצאים לפועל מתוך ציפיה לאיום הטרור, עשויים להיות נחוצים בעיתם, ובעטיים עלולה להיטשטש ההבחנה בין סמכות המעצמה המחזיקה בלחימה פעילה לבין סמכויותיה בעיתות הפוגה.²⁷⁰ צורך צבאי חיוני אינו מצטמצם רק ללחימה פעילה, והרי חיוניותו אף עשויה להיות ניכרת גם בתוך הטריטוריה המוחזקת לשם מניעתן של סכנות ממשיות בטרם עת.²⁷¹ התוצאה המסתברת ממצב זה כפי שכבר הוסבר לעיל הינה כי הן דיני התפיסה הלוחמתית והן דיני ניהול הלחימה ישימים בעת ובעונה אחת. דוגמא נאה להכרה בקיומו של מצב מיוחד זה תהא אישורו של ה-Combined Joint Chiefs of Staff ליישום נרחב מאוד של צורך צבאי המתהווה באותה הנחיה הנוכרת לעיל מאפריל 1945 לגנרל אייזנהאואר ביחס לחובות ולזכויות החוקיות של ניהולו של הממשל הצבאי האמריקאי בשטחי גרמניה המוחזקים. ההנחיה, בבחנה את בסיס הממשל הצבאי, העניקה לגנרל אייזנהאואר כזכור את הסמכות העליונה לחקיקה, לביצוע ולשיפוט באיזורים התפוסים על ידי הכוחות תחת פיקודו. ההנחיה אף הורתה, כי סמכות זו יש לפרשה באופן רחב ככוללת את כל אותם האמצעים, שבהתאם לשיקול דעתו, דרושים, ראויים או רצויים בקשר לצרכים צבאיים דוחקים וגם למטרות של ממשל צבאי נוקשה.²⁷²

Georg Schwarzenberger *II International Law as applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflicts* (1968) 314–315 266

ראו: Fraenkel, *supra* note 113, at p. 9 267

Id. at 107 268

McDougal & Feliciano, *supra* note 199, at p. 740; McDougal & Feliciano, *supra* note 244, at p. 740 269

ראו למשל עניין אויב, לעיל הערה 109, בע' 131 (דברי השופט לנדוי). 270

ראו שם, בע' 117 (דברי השופט ויתקון); ראו גם עניין חילו, לעיל הערה 109, בע' 178 (דברי השופט לנדוי). 271

Directive to Commander-in-Chief of United States Forces of Occupation Regarding 272

מניעתם של פיגועים קטלניים המתבצעים מתוך השטחים המוחזקים על ידי מחבלים כנגד ישראל וישראלים היא פעולה לגיטימית המתבצעת על ידי ישראל במסגרת מילוי חובתה להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים. המחבלים יוצאים מהשטחים המוחזקים ועוברים דרכם בנסיונם לבצע את פיגועיהם. הצורך הצבאי ההכרחי והחיוני המצביע על נחיצות הקמתו של מכשול הביטחון אם כן מתבטא בכך שהוא מסייע לאין שעור לכוחותיה של ישראל כמעצמה מחזיקה להביא להורדה משמעותית ברמת הפיגועים הקטלניים המתבצעים על ידי מחבלים כנגד ישראל וישראלים. מעבר לכך, יעילותו של המכשול אף מביאה למעשה להגנה על שלומם של תושבי השטחים המוחזקים על ידי הפחתת הצורך בפעילות צבאית. המכשול לפיכך מוקם בהתאם לחובתה של ישראל להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים.²⁷³

ז. הרס ותפיסת רכוש

מצער הוא טבען של פעולות צבאיות בעיתות מלחמה המלוות בתפיסה ובהרס של רכוש פרטי כמו גם רכוש ציבורי. אולם נסיון ליתן לרכוש בארצות הנמצאות במצב של תפיסה לוחמתית את אותה הגנה אשר יוכלו לטעון לגביה בעיתות שלום היא עקר, שכן ההגבלות על המעצמה המחזיקה הכרוכות בנסיון שכזה כלל אינן אפשריות במציאות של מלחמה.²⁷⁴ הוראות תקנות האג הנוגעות לתפיסה ולהפקעה (requisition) של רכוש פרטי הינן ראייה לרצון לשוות את ההפקעה והתפיסה בשטח מוחזק ל-expropriation בעיתות שלום. מטבע הדברים ברור כי תקנות האג אינן עונות על מה שנדרש בעיתות שלום. אומנם תקנות האג מכוונות להתקרב אל הנורמות החלות בעיתות שלום אך זאת עד כמה שנסכיבות המלחמה מאפשרות.²⁷⁵ יובן אם כן, כי תפיסה והפקעה תחת דיני התפיסה הלוחמתית עשויות להיבחן כמקבילות ל-expropriation החוקית תחת דיני השלום.²⁷⁶ העקרון השולט והמנחה בטיפול ברכוש אויב בלחימה מצוי בסעיף 23 לתקנות

the Military Government of Germany, para. 2(b) לעיל הערה 253. למרות שהנחיה זו עניינה במדיניות כוחות הברית בגרמניה בתקופה הראשונה של השלב שלאחר המלחמה, הרי שלא הוגבלה תחולתה לפרק זמן מסוים. הגבלת תוקפה של ההנחיה בעת הוצאתה באפריל 1945, היתה מעוררת קשיים ואולי אפילו היתה בלתי אפשרית לקבוע. שם. הגם שהנחיה זו לא נתכונה להצהיר על מדיניות סופית ומוחלטת של ארצות הברית לגבי יחסה לגרמניה שלאחר המלחמה (שם), ואין פירושה כי האמצעים המוזכרים בה לא יהיו אמצעים חיוניים גם לאחר פרק הזמן הראשוני לתפיסה.

273 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, פסקאות 181, 186–189.

274 ראו: 243, at p. 243. Schwarzenberger, *supra* note 266.

275 *Id.* at p. 246.

276 *Id.* at p. 272.

האג האוסר הרס ותפיסה של רכוש אויב, אלא אם ההריסה או התפיסה הינן נחוצות באופן הכרחי לצרכי המלחמה ("it is especially forbidden...[t]o destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war").²⁷⁷ לפיכך, מקום בו הפעולות המלחמתיות הופכות זאת לחיוני במפגיע, ניתן לתפוס ואף להרוס רכוש אויב, ציבורי או פרטי.²⁷⁸ הצרכים החיוניים של פעולות צבאיות מתירים את השימוש או ההיזק לרכוש אויב פרטי, דנידי כמו דלא נידי, ללא חובה לשלם פיצויים בגין הנזק או שכר שימוש ראוי. למשל בניינים, גדרות, יערות ויבולים עשויים להוות מושא להשמדה, הורדה או סילוק תחת ובשם הצורך הצבאי החיוני.²⁷⁹ וכלשונה של פסקה 11.78 למדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004:

"Land and buildings may be used temporarily for the needs of the occupying power, even if that use impairs its value. Military use would include, for example, use for ... construction of defensive positions ... If necessary, houses, fences, and woods may be cleared to open up a field of fire or the materials used for bridges, roads, or fuel imperatively needed by the occupying forces. The owner of property used in this way may claim neither rent nor compensation...."²⁸⁰

²⁷⁷ Greenspan, *supra* note 134, at p. 278; סעיף 23(g) לתקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, לעיל הערה 114. ראו מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 58; המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.75. לשם הרשאת הנזק: "[t]here must be some reasonably close connection between the destruction of property and the overcoming of the enemy's army. Thus the rule requiring respect for private property is not violated through damage resulting from operations, movements, or combat activity of the army; that is, real estate may be used for marches, camp sites, construction of field fortifications, etc. ... Fences, woods, crops, buildings, etc., may be demolished, cut down, and removed to clear a field of fire, to clear the ground for landing fields, or to furnish building materials or fuel if imperatively needed for the army." בפסקה 56.

²⁷⁸ ראו: Greenspan, *id.* at p. 281.

²⁷⁹ ראו: Greenspan, *id.* at 283. יש לזכור, כי על אף העובדה שאין המשפט הבינלאומי בהכרח מטיל עליה חובה לשלם פיצויים בנסיבות הנזכרות לעיל, אף במקרים כאלה שאין בהם חובה לשלם פיצויים בגין תפיסת מקרקעין ופגיעה ברכוש, ישראל בכל זאת מסכימה לתתם. ראו, למשל, עניין בית סוריק, לעיל הערה 54 (דברי הנשיא ברק); עניין אבראהים, לעיל הערה 77 (דברי השופטת בייניש); תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקאות 27, 37, 45; כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 70, 73, 493; תגובת המדינה בעניין סלים, לעיל הערה 59, בפסקה 21; Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 78. צה"ל, לעיל הערה 77.

²⁸⁰ המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.78.

על הצרכים הנדרשים להצדקת הרס או תפיסת רכוש לפי סעיף 23(g) לתקנות האג להיות דחופים וחיוניים ביותר.²⁸¹ בהקשר העימות המזוין שבין הפלשתינים לבין ישראל, על אף שבנייתו כרוכה בהרס ותפיסה מסוימים, מכשול הביטחון הינו ללא ספק דחוף וחיוני ביותר לביטחון ישראל ולאזרחיה מפני התקפות הטרור המתמשכות. צורך זה מצדיק לפיכך הרס ותפיסה למטרות הקמתו של המכשול. אם נשאל מדבריו של פון גלאן, אומנם בהתייחסותו לעניין אחר, המעצמה המחזיקה נקלעה למצב חירום אמיתי המצדיק הרס של רכוש צבורי או פרטי.²⁸² במקרה מיוחד זה של בניית מכשול הפרדה ובנסיבות של פרצי הטרור המתמשכים כנגד ישראל וישראלים, הרס רכוש הופך לגיטימי, שכן אם נשאל שוב מדבריו של פון גלאן: “the evidence shows that the evidence shows that: ²⁸³“necessity existed logically under then prevailing conditions”

מעבר ליישומו המובן במקרים שהינם נחוצים באופן הכרחי לצרכי המלחמה (“where imperatively demanded by the necessities of war”), סעיף 23(g) הוא רלוונטי, לדעת מלומדים: “directly to all territories under a belligerent’s control: ²⁸⁴“or, at least, to fighting zones and occupied territories”

הפרשן הבינלאומי הידוע של אמנות ג'נבה מ-1949, ג'אן פיקטה (Jean Pictet), מסיק, למשל, כי מכיוון שסעיף 23(g) מצוי בחלק החוסה תחת הכותרת של “עוינות” (“hostilities”) בתקנות האג, הרי שהוא מכסה את כל סוגי הרכוש בטריטוריה המצויה במלחמה.²⁸⁵ אשר על כן, סעיף זה גם רלבנטי ככל שהדיון נוגע לחוקיות תפיסת קרקעות בשטחים הנתונים בתפיסה לוחמתית.²⁸⁶ שוורזנברגר מסכם כי ניתן בהחלט לטעון לתחולה ישירה של סעיף 23(g) לכל הטריטוריות המצויות תחת שליטתם של צדדים לוחמים.²⁸⁷ בנוסף הוא מציין שגם אם ניתן היה ליישם במישורין את הכלל הנכלל בסעיף 23(g) לאיזורי לחימה בלבד, הרי שאז ניתן להחילו בעזרת היקש לשטחים מוחזקים.²⁸⁸ עוד מסביר שוורזנברגר, כזכור, כי כל חלקת שטח שהינו:

“controlled by a belligerent is a potential fighting zone. Thus, contrary to the typical situation as it existed in 1899 and 1907, the distinction

281 ראו: von Glahn, *supra* note 110, at p. 227.

Id. 282

Id. at p. 228 283

284 “[i]t would be difficult to square either variant with the intention of the Parties to the Hague Conventions.” *Id.*

285 ראו: Pictet, *supra* note 111, at p. 301.

286 ראו למשל עניין בית סוריק, לעיל הערה 54 (דברי הנשיא ברק).

287 Schwarzenberger, *supra* note 266, at p. 314. עם זאת, מציין שוורזנברגר כי מקרה שכזה הינו: “hardly one based on the intention of the Parties to the Hague Conventions. ...”

Id.

Id. at pp. 253, 257 288

between fighting zones, occupied enemy territories and unoccupied territories of belligerents is becoming increasingly blurred, and all these areas tend to merge into potential fighting zones.”²⁸⁹

לא רק בעת לחימה בפועל יחול סעיף 23(g) אלא גם בשטחים מוחזקים בעת דיכוי פעולות עוינות.²⁹⁰ לפיכך, כפי שמסכם ה-Manual of Military Law הבריטי, סעיף 23(g) חל הן על טריטוריה מוחזקת והן על טריטוריה שאינה מוחזקת.²⁹¹ התייחסות ספציפית להרס רכוש אויב בשטח הנמצא במצב של תפיסה לוחמתית מצויה בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, המתיר למעצמה מחזיקה להרוס רכוש בשטח המוחזק. זאת בתנאי שפעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההרס הזה “Any destruction by the Occupying Power of real or personal property ... is) prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary ²⁹².(by military operations”

Id. at pp. 314–315 289

290 ראו עניין חילו, לעיל הערה 109, בע' 178 (דברי השופט לנדוי); עניין גוסין, לעיל הערה 130 (דברי הנשיא ברק).

291 ראו: The War Office [UK] *The Law of War on Land Being Part III of the Manual of* 1958) 163, para. 588, comment 1 *Military Law*; ראו גם המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.75. *The Law of War on Land Being Part III of the Manual of Military Law* של Hersch Lauterpacht בסיועו של Gerald Draper נחשב: “internationally as a classic text on its subject” המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בע' vii. באופן מעניין, על אף מסקנת ה-*Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied by Israel Since 1967*, לפיו סעיף 23(g) לתקנות האג הינו אכן רלבנטי לבחינת חוקיותו של מכשול הביטחון הישראלי (כפי שאוזכר ב-*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (separate opinion of Judge Higgins)* (July 9, 2004) <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1681.pdf> (נבדק ב-19.8.07), בפסקה 23), בית הדין הבינלאומי בחוות דעתו המייעצת הצהיר דווקא כי: “Article 23(g) of the Regulations, in Section II, is ...not pertinent” לקביעת חוקיותו של המכשול. עניין חוות הדעת המייעצת, לעיל הערה 39, בפסקה 124.

292 סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, לעיל הערה 115. ראו מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 393; המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.75; עניין *Hostages*, לעיל הערה 170, בע' 66. ראו גם המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, שם, בפסקה 2.2.3. כך ללא חקירה וניתוח מעמיקים לגבי חוקיותו של המכשול הישראלי ובהעדר הסבר לגבי התשתית העובדתית והראייתית לביסוס קביעותיו, חרף בית הדין הבינלאומי כי: “on the material before it, the Court is not convinced that the destructions carried out contrary to the prohibition in Article 53 of the Fourth Geneva Convention were rendered absolutely necessary by military operations”. עניין חוות הדעת המייעצת, לעיל הערה 39, בפסקה 135. זאת חרף הדברים שכבר הוזכרו בהקשר אחר, כי לפי פסקה 11.78 במדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004: “[I]and and buildings may be used temporarily for the

סעיף 53 מחזק את הכלל המגולם בסעיף 23(g) לתקנות האג.²⁹³ מכאן שסעיף 53 מהווה למעשה ניסוח נוסף של הכלל האמור בסעיף 23(g) לתקנות האג. סעיף 53, מסביר מוריס גרינספאן (Morris Greenspan), הוא בעצם ריסטייטמנט של סעיף 23(g) לתקנות האג החל על כל היבטיה של הלוחמה תוך הפניה ספציפית ומיוחדת לשטחים המצויים בתפיסה לוחמתית²⁹⁴ והמתיר הן את תפיסת רכוש האויב והן את הריסתו כאשר הדבר הינו נחוץ באופן הכרחי לצרכי המלחמה.²⁹⁵ יתרה מכך, שוורזנברגר מוסיף, כי את סעיף 53 יש לקרוא בצוותא עם הסייגים הכלליים הנכללים בסעיף 64(2) לאמנת ג'נבה הרביעית. כלומר, יש לקרוא באותה נשימה הן את סעיף 53 והן את סעיף 64(2) הקובע כי הרשות המחזיקה רשאית:

“[to] subject the population of the occupied territory to provisions which are essential to enable the Occupying Power to fulfill its obligations under the present Convention, to maintain the orderly government of the territory, and to ensure the security of the Occupying Power, of the members and property of the occupying forces or administration ...”²⁹⁶

מכאן נובע, מסביר שוורזנברגר, כי ההוראה המסייגת בסעיף 53 הינה פחות צרה

needs of the occupying power, even if that use impairs its value. Military use would include, for example, use for ... construction of defensive positions. ... If necessary, houses, fences, and woods may be cleared to open up a field of fire or the materials used for bridges, roads, or fuel imperatively needed by the occupying forces. The owner of property used in this way may claim neither rent nor compensation ...”

293 ראו: The War Office [UK], *supra* note 291, at p. 163, para. 588. ראו גם, המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, שם, בפסקה 11.75 בהערה 129.

294 Greenspan, *supra* note 134, at p. 287.

295 *Id.* at pp. 278, 287.

296 סעיף 64 פסקה 2 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, לעיל הערה 115. ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 57. לפי פיקטה, משמעות הדבר היא כי הרשות המחזיקה הינה: “authorized to promulgate penal provisions for its own protection. This power has long been recognized by international law. The provision is sufficiently comprehensive to cover all civilian and military organizations which an Occupying Power normally maintains in occupied territory. The Convention mentions ‘the Occupying Power’ itself besides referring to the members and property of the occupying forces or administration, so that general activities such as activities on behalf of enemy armed forces are covered. The Occupying Power is entitled to use establishments and lines of communication for its own needs; it is therefore entitled to take appropriate measures to ensure their security.” Pictet, *supra* “[t]he occupying power can create punishable offences in: לפיכך: note 111, at p. 337 המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, שם, בפסקה 11.15, ראו גם שם, בפסקה 11.57.

ממה שנראה במבט ראשון.²⁹⁷ למעשה, וכפי שנקבע בעניין *Hostages*, צורך צבאי באופן כללי מצדיק נקיטת אמצעים הנחוצים למחזיק לשם אבטחת ביטחון כוחותיו והמסייעים בהשגת הצלחת פעילותיו.²⁹⁸ כדאי להזכיר כי אין כללי ההכרעה לשאלת קביעתו של צורך צבאי אחידים וברורים.²⁹⁹ ראוי כי פעולת הרס מותרת תיבחן בעיניו של המפקד האחראי בשטח ואין מקום לבדיקת המסכת העובדתית בחכמה בדיעבד.³⁰⁰ לפי פיקטה, תהא זו המעצמה המחזיקה שתשקול את חשיבות הדרישות הצבאיות להצדקת הרס רכוש פרטי וציבורי בשטח הנמצא במצב של תפיסה לוחמתית:

“The prohibition of destruction of property situated in occupied territory is subject to an important reservation: it does not apply in cases ‘where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations’. The occupying forces may therefore undertake the total or partial destruction of certain private or public property in the occupied territory when imperative military requirements so demand. Furthermore, it will be for the Occupying Power to judge the importance of such military requirements. ... The Occupying Power must ... try to interpret the clause in a reasonable manner: whenever it is felt essential to resort to destruction, the occupying authorities must try to keep a sense of proportion in comparing the military advantages to be gained with the damage done.”³⁰¹

פיקטה אף מוסיף כי בתי משפט שלאחר מלחמת העולם השנייה אישרו במקרים מיוחדים דרכי פעולה אשר כללו אמצעים שהיו בבחינת מדיניות של “אדמה חרוכה” (“scorched earth”), כלומר, הרס שיטתי של אזורים שלמים על ידי כוחות מחזקים נסוגים. זאת, כמובן, בנסיבות חריגות, וכשנדרש הדבר משיקולים צבאיים ומטעמים צבאיים לגיטימיים. מאותן פסיקות עולה גם גינוי וסלידה מהרס כללי כשהוא נרחב או מוגזם ומופרז ללא הבחנה (extensive or wanton destruction), או שאינו נדרש לפעילות צבאית.³⁰²

297 ראו: Schwarzenberger, *supra* note 266, at p. 315.

298 ראו עניין *Hostages*, לעיל הערה 170, בע' 66.

299 ראו: Greenspan, *supra* note 134, at p. 285 (citing the British Manual of Military Law, *Amendments* (No. 12) (“The Laws and Usages of War on Land”) at chap. xiv, para. 434).

300 ראו: *Id.* at p. 286 note 37.

301 Pictet, *supra* note 111, at p. 302.

302 *Id.*

ומסביר פיקטה:

“Article 6(b) of the Charter of the International Military Tribunal describes ‘the wanton destruction of cities, towns or villages or devastation not justified by military necessity’ as a war crime. Moreover, Article 147 of the Fourth Convention includes among the ‘grave breaches’ liable to penal sanctions under Article 146, extensive destruction ... of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly.”³⁰³

והיוצא לדברי גרינספאן הוא כי:

“among the war crimes defined by Art. 6(b) of the Charter of the International Military Tribunal, 1945, is ‘devastation not justified by military necessity,’ which obviously implies that devastation is justified by military necessity.”³⁰⁴

עניין *Hostages* למעשה אף קבע כי צורך צבאי אכן מצדיק הרס מוגזם ומפורז ללא הבחנה כל עוד התכלית לביצועו איננה רק לשם גרימת סבל.³⁰⁵ נראה, אם כן, כי הדעה המקובלת הינה, שחורבן כולל של שטחי אויב ככלל אסור בתכלית, אלא אם מדובר בנסיבות יוצאות דופן כשהחורבן נחוץ באופן הכרחי לצרכי המלחמה.³⁰⁶ לא זו אף זו, מכל היבטיו של האיסור הרי שהוא מתייחס ל"הרס" בלבד. המשפט הבינלאומי מכיר בזכותן של הרשויות המחזיקות להשתמש ברכוש, בנסיבות מסוימות. קרי, קיימת הכרה בזכותן של הרשויות המחזיקות להפקיע רכוש

303 “Wanton destruction and seizure may be distinguished from that which is necessary. *Id.* by the gross disparity between the extent of the destruction and seizure and any valid reason for it. A belligerent is liable to pay compensation for the destruction and seizure of property not justified by the imperative necessities of war” Greenspan, *supra* note 134, at p. 280

304 Greenspan, *id.* at pp. 286–287 note 37

305 ראו עניין *Hostages*, לעיל הערה 170, בע' 66; Greenspan, *id.* at p. 286 note 37; המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 2.2.3.

306 ראו: Greenspan, *id.* at p. 285. מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 56 מתאר את מידת הנוק המותרת באופן הבא: “The measure of permissible devastation is found in the strict necessities of war. Devastation as an end in itself or as a separate measure of war is not sanctioned by the law of war. There must be some reasonably close connection between the destruction of property and the overcoming of the enemy’s army.” יחד עם זאת סעיף 54 לפרוטוקול ראשון לאמנות ג'נבה, לעיל הערה 176, קובע איסור “to attack, destroy, remove or render useless objects indispensable to the survival of the civilian population”

פרטי המצוי בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, ובזכותן לנהל ואף להנות מהשימוש במקרקעין השייכים למדינה המוחזקת.³⁰⁷ סעיף 46 לתקנות האג אמנם מורה כי יש לכבד רכוש פרטי ואין להחרימו (private) "property ... must be respected [and] ... cannot be confiscated".³⁰⁸ אולם, איסור זה על החרמת רכוש פרטי כפוף לכללי המשפט הבינלאומי המאפשרים למעצמה המחזיקה, מסיבות של רווחת הציבור או בשם צורך צבאי לעשות שימוש ברכוש פרטי או להגביל את שימוש בעליו בו. בהתאם לכך, מצוי חריג בגדריו של אותו סעיף 46 והוא ה־expropriation של מקרקעין בבעלות פרטית לשם צרכים ותמורת תמורה ששולמה ובהתאם להליכי חוק מקומיים בדרך כלל.³⁰⁹ והאיסור על החרמה גרידא (outright "confiscation") של רכוש פרטי שבסעיף 46, לא יספק הגנה מפני נזקים שארעו כתוצאה מהפקעות, מהיטלים (contributions), מ־expropriation ומתפיסות חוקיים של הרשות.³¹⁰ לפיכך, ועל אף האמור בפסקה 406 למדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה של צבא ארצות הברית החוזר על האמור בסעיף 46 לתקנות האג כי לא יוחרם רכוש פרטי,³¹¹ והפסקה הבאה אף מחזקת את שהובאה לפניה בכך שלא נידי של האויב בכל אופן אסור בתפיסה,³¹² הרי שאותה פסקה 407 מספקת את המוצא לכלל האמור ולפיה ניתן בכל זאת להפקיע רכוש דלא נידי פרטי של האויב (private enemy) "property ... may, however, be requisitioned...".³¹³ המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004 נותן את הטעם לכך. הדרישה לכבד רכוש פרטי כפופה לתנאים היוצאים ממהותו של העימות המזוין, כדוגמת פעולות צבאיות אשר באופן בלתי נמנע מביאות נזקים על נכסים בבעלות פרטית או הפקעה של רכוש שמבצעים כוחותיו של המחזיק לשם השגת מטרות צבאיות הכרחיות.³¹⁴ בעוד סעיף 46 לתקנות האג קובע מפורשות כי לא יוחרם רכוש פרטי, ראוי לציין כי מושג ההחרמה שונה הוא משימוש זמני במקרקעין ובבניינים פרטיים למטרות שונות הנדרשות מכורח המלחמה. בהידרש, מסביר Oppenheim, ניתן להשתמש למשל ברכוש פרטי ולהפכו לביצורים.³¹⁵

307 ראו: Pictet, *supra* note 111, at p. 301.

308 סעיף 46 לתקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, לעיל הערה 114.

309 ראו: Feilchenfeld, *supra* note 263, at p. 50; "[P]rivate property of enemy aliens found within the territory of a belligerent... may be subjected to control during hostilities" Greenspan, *supra* note 134, at pp. 48–49. אם זאת בדרך כלל לא קיימת בספרות המקצועית בנושא הבחנה ברורה בין expropriations לבין הפקעות. ראו: Feilchenfeld, *supra* note 263, at p. 50 note 4.

310 ראו: Feilchenfeld, *id.* at p. 51.

311 ראו מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 406.

312 שם, בפסקה 407.

313 שם, שם.

314 ראו, המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.76.2.

315 ראו: Oppenheim, *supra* note 145, at pp. 403–404.

כפי שה-Romanian-German Mixed Arbitral Tribunal פסק בעניין
: *Goldenberg & Sons v. Germany*

“military requisition is a form *sui generis* of expropriation for purposes of public utility. The latter is an accepted exception to the principle of the respect for private property. It is the same with requisition ...”³¹⁶

לפיכך, על אף שההחרמה המוחלטת אסורה בכל עת, החובה להפגין התחשבות ברכוש הפרטי לא תוכל לפגוע במגוון פעולות צבאיות הנוגעות לו ואף לא בהפקעה של מגוון נכסים פרטיים.³¹⁷ אם כן המקרקעין הדרושים כדי להקים את מכשול הביטחון אינם מוחרמים על ידי ישראל. עם זאת, ניתן לנצל באופן זמני קרקע בבעלות פרטית למטרות המתחייבות מצרכי המלחמה, וזאת חרף האפשרות כי המקרקעין ינזקו או שיפחת ערכם בגין השימוש בהם. הבעלים אינם רשאים לטעון לשיפוי בעבור כל נזק שנגרם מן התפיסה או לשכר ראוי עבור השימוש באדמות.³¹⁸ אף על פי כן, ולפנים משורת הדינים שלעיל, מציעה ישראל כזכור פיצועים לבעלי קרקע פלשתיניים שנצרכו מקרקעיהם לבנייתו של מכשול הביטחון.³¹⁹

אף נקבע כי זכותה וחובתה של המעצמה המחזיקה להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית לאור סעיף 43 לתקנות האג³²⁰ תכלולנה expropriation – של רכוש לשם אותן הבטחת ושמירת הסדר והביטחון הציבוריים.³²¹ סעיף זה יוצר למעשה חובה המוטלת על התופס לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר על כנם ולהבטיח, במידת האפשר, את הסדר והביטחון הציבוריים.³²² עם האמצעים האמורים עשויה כמובן להימנות גם תפיסתו של רכוש.³²³

316 *Goldenberg et Fils v. Germany (Romania v. Germany)*, 2 R.I.A.A. (1928) 901, 909 [ההדגשה במקור].

317 ראו: Greenspan, *supra* note 134, at p. 294.

318 *Id.* at 295. אך בכל זאת, מסביר Greenspan, על מנת להקל על סבלם של בעלי האדמות למעשה משולמים לעתים קרובות דמי שכירות במקרים שכאלה. *Id.*

319 ראו למשל: Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 77; עניין בית סוריק, לעיל הערה 54 (דברי הנשיא ברק); עניין אברהמים, לעיל הערה 77 (דברי השופטת ביניש); תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקאות 27, 37, 45; כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 70, 73, 493; תגובת המדינה בעניין סלים, לעיל הערה 59, בפסקה 21; Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 78; צה"ל, לעיל הערה 77.

320 סעיף 43 לתקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, לעיל הערה 114.

321 ראו: *The Krupp Trial, Trial of Alfred Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven Others*, X Law Reports of Trials of War Criminals 135 (1949); Feilchenfeld, *supra* note 263, at p. 50; Greenspan, *supra* note 134, at p. 296.

322 ראו: סעיף 43 לתקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, לעיל הערה 114; ראו גם: Greenspan, *id.* at p. 295.

323 ראו למשל עניין אויב, לעיל הערה 109, בע' 130–131 (דברי השופט לנדוי); Greenspan, *id.* at p. 296.

סעיף 52 לתקנות האג ילמדנו כי הפקעות אכן עשויות להיתבע מהתושבים לצרכי הכוחות המחזיקים (Requisitions ... shall not be demanded from ...) "inhabitants except for the needs of the army of occupation".³²⁴ בהתאם לכך, כתב שוורנברגר כי:

"Requisition may ... be described as an act of State, authorised on conditions laid down by international law, by which a belligerent occupant may deprive a private person or local authority of ownership in movables and possession in immovables."³²⁵

ומכיוון שלשון סעיף 52 רחבה דיה כדי לכלול נכסים דלא ניידים,³²⁶ יוצא כי צד לוחם רשאי לשלול מאדם פרטי או מרשות מקומית את החזקה בנכסי דלא ניידים.³²⁷ פון גלאן גם הוא מסביר כי שימוש זמני בקרקעות אכן מותר אם עומד מאחוריו צורך צבאי:

"Under normal circumstances an occupant may not appropriate or seize on a permanent basis any immovable private property, but on the other hand a temporary use of land and buildings for various purposes appears permissible under a plea of military necessity."³²⁸

ומאליה נפקא המסקנה כי בין ה"מטרות המגוונות" ("various purposes") המותרות לשם "צורך צבאי" של הגנה על ישראל וישראלים מפני התקפות קטל חבלניות ישכון כמובן גם מכשול הביטחון. כך תעיד אף פסקה 11.78 למדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004 וכפי שהוזכר לעיל:

"Land and buildings may be used temporarily for the needs of the occupying power Military use would include, for example, use for ... construction of defensive positions...."³²⁹

324 סעיף 52 לתקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דינייה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, לעיל הערה 114. מדריך השדה האמריקאי לדיניי הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 412, חוזר על עיקרון זה ובהמשך מפרט את אותם הדברים אשר יוכלו להיתפס: "Practically everything may be requisitioned under this article that is necessary for the maintenance of the army, such as fuel, food, clothing, building materials, machinery, tools, vehicles, furnishings for quarters, etc. Billeting of troops in occupied areas is also authorized"

325 Schwarzenberger, *supra* note 266, at p. 288

326 *Id.* at p. 269

327 *Id.* at p. 288. ראו גם: *Id.* at pp. 246, 276, 282. כפי שהוזכר תפיסה והפקעה תחת דיני התפיסה הלוחמתית ניתן לראותן כמקבילות ל-expropriations חוקיים תחת דיני השלום. *Id.* at p. 272

328 von Glahn, *supra* note 110, at p. 186

329 המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 78.11. לבית הדין הבינלאומי בכל זאת התחוויר בפשטות כי: "... [it] ... from the information submitted to [it] ..."

כנגד תפיסת רכוש על רקע צורך צבאי המותרת מכוחו של סעיף 52 לתקנות האג, נדרשים תשלומי פיצויים. לפיכך, וכפי שכבר הוצגו הדברים, אכן מציעה ישראל פיצויים לבעלי הקרקעות הנוגעים בעבור תקופת הזמן בה ישמשו מקרקעיהם לטובת המכשול. זאת בהתאם לנוהג הכללי בשטחים הנתונים בתפיסה לוחמתית, מאחר וכפי שמורה פילצ'נפלד: "almost invariably the occupant merely takes possession and pays for using the land"³³⁰. ראוי כאן לשוב אל הידוע, כי אין מכשול הביטחון אלא בגדר אמצעי ארעי³³¹ אשר ניתן יהיה להזיזו, עת יאפשר זאת המצב הבטחוני.³³² אף מבנה המכשול עצמו יעיד על ארעיותו, היותו מיועד להעברה מהירה וקלה לכשישוב הביטחון ויאפשר זאת. ואל יכחד, כי נאמרו דברים אלו לבית הדין הבנלאומי בהאג מטעמה של ישראל:

"Israel expects, in due course, when the terrorist threat has ceased, that the fence will be moved to reflect any agreement between the two sides. Israel is fully committed to doing so. It has moved such fences before — on its borders with Egypt, Jordan and Lebanon in the context of peace agreements or other arrangements."³³³

כך גם לדברי שר החוץ דאז, סילבן שלום, כי לכשיושג הסכם השלום עם הפלשתינים, יועבר מכשול הביטחון:

that the construction of the wall has led to the destruction or requisition of properties under conditions which contravene the requirements of Articles 46 and 52 of the Hague Regulations of 1907 and of Article 53 of the Fourth Geneva Convention" עניין חוות הדעת המייעצת, לעיל הערה 39, בפסקה 132.

330 Feilchenfeld, *supra* note 263, at p. 38.

331 ראו הצהרה בכתב של ממשלת ישראל, לעיל הערה 106, בפסקה 1.8; כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 54, 55; תגובה משלימה מטעם המשיבים בעניין מראעבה, לעיל הערה 117, בפסקאות 16, 18; תגובה מקדמית בעניין המוקד להגנת הפרט, לעיל הערה 59, בפסקה 41. ראו גם: Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 77; Cashman, *supra* note 117; Laub, *supra* note 117. אף על פי כן, נראה שבית הדין הבנלאומי: "refused to regard taking land for the barrier as temporary requisition and saw it as a form of confiscation" חרף פסיקת הבג"ץ כי אין החרמה נוגעת לעניין המכשול. David Kretzmer "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law" 99 *Am. J. Int'l L.* (2005) 88, 98.

332 ראו למשל: Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 77. הסיכוי שיוסרו מחסומים אגב רק הביא חששות כבדים על הנהגת הרשות הפלשתינית, אם היתה ישראל לדוגמא אכן מסירה מרבית המחסומים ומעניקה היתרי מעבר לרכבים פלשתינים לכבישים עוקפים, על בסיס הסכמים בינה ובין מנהיגות פלשתינית מקומית, בלא מעורבות הרשות הפלשתינית, באותם האיזורים בהם נתארכה תקופה ממושכת של רגיעה. ראו יועז ורגולר, לעיל הערה 95, בע' 5א. 333 הצהרה בכתב של ממשלת ישראל, לעיל הערה 106, בפסקה 8.1. ראו כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקה 54.

“[J]ust as the fence between Israel and Egypt was moved in the aftermath of a peace accord, the fence between Israel and Jordan was moved following a peace agreement, and the fence between Israel and Lebanon was moved following Israel’s withdrawal from Lebanon.”³³⁴

והוסיף על כך ברורות, נשיא המדינה דאז, משה קצב כי: “[i]f the Palestinians end terror, Israel must stop building the separation fence”³³⁵. ישראל אף אינה נוטלת קרקעות מבעליהן, אלא כזכור תופסת אותם זמנית למשך תקופת הזמן הנדרשת. כך שבשום מקרה, לא משתנת הבעלות באדמות. מה גם שמצד ישראל עומדת ההבטחה להשיב הקרקעות לבעליהן, לכשיוסר מכשול הביטחון. בינתיים, כפי שכבר הוזכר, מוצעים לבעלי קרקעות דמי שימוש בהתאם לערך הקרקע לפי הערכת שמאי. אם מצא בעל הקרקע את אומדן ערך נכסיו כלא הוגן או לוקה באי דיוק, רשאי הוא, כאמור לעיל, להתנגד להערכה ולבסוף לעתור לבג"ץ אם ירצה בכך.

“אין ספק שהקמת מרחב התפר פוגעת בתושבים הפלסטינים שבאזור המרחב.”³³⁶ כך השופטת (וכעת הנשיאה) ביניש בעניין אבראהים, וממשיכה שם באמרה כי “לצורך הקמת המכשול ייתפסו ונתפסו אדמות חקלאיות ועלולה להיגרם פגיעה משמעותית ביכולתם של התושבים לנצל קרקעות שברשותם, עלולה גם להיפגע נגישותם לקרקע. פגיעה זו היא כורח השעה והיא תוצאה של מצב הלחימה בו נתון האזור.”³³⁷ ברוח דברים אלו נדחתה העתירה ובסיכום הוער באותו מעמד: “אף כי התפיסה תגרום נזק, קשיים ואי נוחות לתושבים מקובל עלינו כי מדובר באמצעים שנועדו לשמש רכיב חשוב בתפיסת הלחימה של צה"ל, עליו החליטו הגורמים המופקדים על הביטחון....”³³⁸ התוצאה המסתברת היא כי על אף שמכשול הביטחון גורם מטבע הדברים לפגיעה מסוימת ברכושו של חלק מתושבי השטחים המוחזקים, למרות המאמץ הניכר של ישראל למעזרה, הרי שהוא מוקם עקב הצורך הצבאי החיוני וההכרחי למנוע ביצועם של פיגועים קטלניים המתבצעים על ידי מחבלים כנגד ישראל וישראלים. ואכן מצליח הוא למלא בהצלחה רבה את משימתו, תורם להבטחת הסדר והביטחון הציבוריים בשטחים המוחזקים לפי דיני התיפסה הלוחמתית, ונחוץ הוא באופן הכרחי לצרכי המלחמה לפי דיני ניהול הלחימה.³³⁹

334 צוטט ב: Cashman, *supra* note 117. ראו גם כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקה 54; תגובה משלימה מטעם המשיבים בעניין מראעבה, לעיל הערה 117, בפסקה 16.

335 צוטט ב: Laub, *supra* note 117.

336 עניין אבראהים, לעיל הערה 77 (דברי השופטת ביניש). ראו גם כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 62, 94.

337 עניין אבראהים, שם.

338 שם.

339 ראו כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקאות 196, 197, 208.

ח. מגבלות על חופש התנועה

אמנת ג'נבה הרביעית מתיחסת להגבלות על תנועת אזרחים בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית ובסעיף 27 ימצא היתר מפורש להגבלת חופש התנועה על ידי נקיטתם של אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה (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"³⁴⁰. סעיף 27 הינו הסעיף הראשון לסימן א (Section I) של החלק השלישי (Part III). סימן א מונה את אותם הסעיפים המוחלים על שטחים מוחזקים כמו גם על שטחי הצדדים לעימות עצמם ואף מוכתר באופן מתאים בכותר הוראות משותפות לשטחי בעלי העימות ולשטחים מוחזקים (the Provisions Common to the Territories of the Parties to the Conflict and to Occupied Territories)³⁴¹. באופן דומה, הן מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה והן המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004 מדגישים את ההיתר החד משמעי של המשפט הבינלאומי להגבלת חופש התנועה של אזרחים בשטחים מוחזקים. ולאחר חזרה מפורשת בפסקה 266 לפרק החמישי³⁴² על ההיתר האמור באמנת ג'נבה הרביעית לנקוט אמצעי ביטחון ושליטה ככל הנצרך מן המלחמה כלפי אוכלוסיה אזרחית בשטחים מוחזקים,³⁴³ מחיל מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, בפסקה 379 לפרק השישי,³⁴⁴ אמצעי פיקוח וביטחון אלו באופן מפורש על אוכלוסיה אזרחית בשטחים מוחזקים. בכך מובהר כי אותם אמצעי ביטחון ושליטה ככל שהם נוגעים לאזרחים אכן יחולו על אוכלוסיתו של שטח מוחזק.³⁴⁵ המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, שב על אותם העקרונות בדרך דומה,³⁴⁶ שאף זוכים לתמיכתו של גרינספאן.³⁴⁷ לשם הסבר ופירוש הכוונה שביסוד אמצעי השליטה והביטחון להם כפופים אזרחים, בהתאם להוראות סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, מעיר פיקטה כי:

"[t]he right to personal liberty, and in particular, the right to move about freely, can naturally be made subject in war time to certain restrictions made necessary by circumstances. So far as the local population

340 סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, לעיל הערה 115.

341 שם, חלק שלישי סימן א סעיפים 27–34.

342 ראו מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 266.

343 שם, שם.

344 שם, בפסקה 379.

345 שם, שם.

346 ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 9.22.

347 ראו: Greenspan, *supra* note 134, at p. 168. ראו גם: *Id.* at p. 50.

is concerned, the freedom of movement of civilians of enemy nationality may certainly be restricted, or even temporarily suppressed, if circumstances so require. That right is not, therefore, included among the other absolute rights laid down in the Convention.”³⁴⁸

המדינות המחזיקות רשאיות לנקוט במגוון אמצעי ביטחון ושליטה, הנעות מהגבלות הנחשבות קלות באופן יחסי כמו חובת רישום ודיווח בתקופות קצובות למשטרה ועד להוראות חמורות יותר, כמו איסור על שינוי מקום המושב ללא אישור, איסור גישה לאזורים מסוימים, הגבלות תנועה, ואפילו הקצאת מקום מושב וכליאה.³⁴⁹ סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית מוסיף מפורשות כי בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית הגבלות על חופש התנועה מותרות למעצמה המחזיקה אם נסיבות צבאיות חיוניות דורשות זאת. כך בפסקה השניה לאותו סעיף 49 נקבע כי רשאית המעצמה המחזיקה לבצע את פינוי השלם או החלקי של אזור מסויים, אם ביטחון האוכלוסייה או שיקולי הכרח צבאיים ידרשו זאת. פינוי כזה אסור לו שיגרור עקירתם של אזרחים מעבר לגבולות השטח המוחזק, אלא אם כן אי אפשר, מסיבות של ממש, למנוע את עקירתם:

“[T]he Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement.”³⁵⁰

כך גם מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה פורט את הידוע במילים דומות באשר לאותה סמכות הקמה למחזיק מכח סעיף 49 להטיל הגבלות על חופש התנועה.³⁵¹ ובאותו אופן חוזר המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004 על הסמכות האמורה.³⁵² פיקטה אף הוא חוזר על היתר הגבלת חופש התנועה של אזרחים בנסיבות פינוי, שטעמים צבאיים הכרכיים דורשים זאת (imperative “military reasons so demand”)³⁵³ או כאשר נוכחותם של אזרחים מסכלת פעילויות

348 Pictet, *supra* note 111, at p. 201–202.

349 ראו שם. לדוגמאות לאמצעים מגבילים מותרים שכאלה, תחת נסיבות ספציפיות מסוימות, ראו למשל, סעיפים 41, 42, 46, ו-78 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, לעיל הערה 115.

350 שם, סעיף 49(2).

351 ראו מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 382.

352 ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.55.

353 ראו: Pictet, *supra* note 111, at p. 280.

צבאיות (when the presence of protected persons in an area hampers military operations).³⁵⁴ יתרה מכך, הפסקה החמישית לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית מתירה במפורש לרשות המחזיקה להורות לתושבי השטח להימצא במקום מוגדר, אפילו חרף האפשרות שיחשפו בכך לסיכוני המלחמה. זאת כאשר שיקולי הכרח צבאיים מחייבים זאת:

“The Occupying Power shall not detain protected persons in an area particularly exposed to the dangers of war unless the security of the population or imperative military reasons so demand.”³⁵⁵

מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה,³⁵⁶ כמו גם המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004,³⁵⁷ חוזרים על הסמכות האמורה. פיקטה אף מאריך בהסבר על אותו סעיף 49(5) כך:

“[T]he rule whereby individuals are free to move from place to place is subject to certain restrictions in wartime. Two such restrictions are mentioned here: the Occupying Power is entitled to prevent protected persons from moving, even if they are in an area particularly exposed to the dangers of war, if the security of the population or imperative military reasons so demand.”³⁵⁸

כתוצאה מכך, שני שיקולים – ביטחון האוכלוסיה וטעמים צבאיים חיוניים – מצדיקים את מניעת תנועתם של אזרחים או פיגועים בהתאם לנסיבות.³⁵⁹ סעיף 43 לתקנות האג, המורה כי על המעצמה המחזיקה לנקוט בכל האמצעים שביכולתה כדי להחזיר על כנם ולהבטיח, ככל האפשר, את הסדר והביטחון הציבוריים,³⁶⁰ מתיר גם הוא הטלת הגבלות על חופש התנועה של אזרחים בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית. לפיכך, בשטח מוחזק דיני התנועה נתונים מטבעם לשינוי, לביטול או להשעיה בשם צרכיו, ביטחונו ושלומו של המחזיק.³⁶¹ למעשה אופייני הדבר, כי הרשות המחזיקה תתנה על זכות התנועה החופשית בשטח מוחזק על ידי השעייתה או

.Id. 354

סעיף 49(5) לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, לעיל הערה 115.

ראו מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 382.

ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.55.

Pictet, *supra* note 111, at p. 282.

.Id. at p. 283.

ראו סעיף 43 לתקנות אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, לעיל הערה 114.

ראו: von Glahn, *supra* note 110, at p. 98.

הגבלתה,³⁶² מאחר ולה נתונה הזכות להסדרת תנועתם של אנשים בשטח אויב מוחזק. לעתים קרובות הוראות נוספות אף מתנות תנועה מעבר למרחק מסוים ממקום מושבו של הפרט בנשיאת אישורי מעבר שהוענקו על ידי רשויות המחזיק.³⁶³ ברוח האמור קובע מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, כי:

“[t]he occupant may withdraw from individuals the right to change their residence, restrict freedom of internal movement, forbid visits to certain districts, prohibit emigration and immigration.”³⁶⁴

המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, מתיר באופן דומה הגבלות על אזרחים בצורת אמצעי ביטחון הננקטים על ידי המעצמה המחזיקה.³⁶⁵ דיני הלחימה, אם כן, מגבילים באופן ניכר את חופש התנועה, וכך מסיק גרינספאן:

“One of the usual methods of exercising control over the population is to issue identity cards to all inhabitants. Movement by civilians within the territory is restricted, and only allowed outside defined areas by a system of passes. Road blocks are set up at various points to enforce such regulations. Certain areas may be entirely closed to the inhabitants living outside them. Entry and exit from the territory is strictly regulated. Curfews are often imposed...”³⁶⁶

הגבלות שכאלה אף משקפות למעשה את התנהגותן במציאות של מעצמות המחזיקות בשטחים הנתונים בתפיסה לוחמתית. כך לשם המחשה במהלך התפיסה הלוחמתית של הריינלנד על ידי בעלות הברית במלחמת העולם הראשונה, ומן החשש שמא יבהיק ניצוץ המלחמה בשנית, נטלו הכוחות הצבאיים של בעלות הברית את האחריות לאבטחת הסדר הציבורי והגבלות רחבות היקף הוטלו על חירויות הפרט של האוכלוסיה שבשטח התפוס.³⁶⁷

ניתן לכלול בצורך צבאי המחייב צמצום חופש תנועתם של תושבי שטח הנמצא במצב של תפיסה לוחמתית גם פעולות אשר ננקטות לשם הגנה על המעצמה המחזיקה

³⁶² ראו: Greenspan, *supra* note 134, at p. 223.

³⁶³ ראו: von Glahn, *supra* note 110, at p. 141. יתרה מכך, כזכור, אף למעצמה המחזיקה: “the customary rights ... to prohibit anything tending to promote or stimulate a spirit of resistance or of hostility on the part of the inhabitants against the new authorities”

Id.

³⁶⁴ מדריך השדה האמריקאי לדיני הלחימה ביבשה, לעיל הערה 134, בפסקה 375.

³⁶⁵ ראו המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 11.37.

³⁶⁶ Greenspan, *supra* note 134, at p. 233.

³⁶⁷ ראו: Fraenkel, *supra* note 113, at p. 9.

עצמה.³⁶⁸ ההגבלות על חופש התנועה הינן מן הדרכים המקובלות להפעלת שליטה, במהלך לחימה ממשית כמו גם בשטח מוחזק. מכיוון שלרשות מחזיקה, באותם מקרים בהם נסיבות צבאיות חיוניות דורשות זאת, קיימת הזכות, ובנסיבות מסוימות אפילו החובה, להטיל הגבלות על חופש התנועה של אזרחים מקומיים בשטח מוחזק, חופש התנועה אינו מנוי על זכויותיהם המוגנות בשטחים אלו. כפי שמסכם פיקטה, הכלל כי בני אדם חופשיים לנוע ממקום למקום כפוף להגבלות בעיתות מלחמה.³⁶⁹ טבעי הוא כי מצבים של עימות מזוין יולידו עמם הגבלות על חופש התנועה של אזרחים בשטחים המצויים בתפיסה לוחמתית. ישראל, בעושה לבנייתו של מכשול ביטחון במטרה לעכב ולמנוע פעולות אלימות של מחבלים, לא רק שאיננה סותרת בעניין זה את כללי המשפט הבינלאומי, אלא היא גם למעשה ובין היתר פועלת לשם הבטחת הסדר והביטחון הציבוריים בשטחים המוחזקים.

ט. סיכום

מאז שנת 2000 זרעה ההנהגה הפלשתינית פורענות בישראל באלימות גואה ובלתי פוסקת. היתה זו היא אשר הסיתה, עוררה, הלהיבה, עודדה, מימנה וקידמה מעשי חבלה נגד יעדים ישראליים, והיא היא אשר עמדה בסירובה לנקוט את הצעדים הדרושים, היעילים והראויים נגד מחבלים. בחדלון עשייתה כפתה היא על ישראל את בנייתו של מכשול הביטחון.³⁷⁰

³⁶⁸ ראו למשל עניין חילו, לעיל הערה 109, בע' 178 (דברי השופט לנדוי); ראו גם Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (separate opinion of Judge Higgins) לעיל הערה 291, בפסקה 34; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (Declaration of Judge Buergenthal) (July 9, 2004), <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1687.pdf> (נבדק ב-19.8.07), בפסקה 3; עניין אויב, לעיל הערה 109, בע' 117 (דברי השופט ויתקון). עם זאת יוער כי במצוות סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל הערה 115, כאשר אזרח בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית: "is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power ... [he] shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present Convention". ראו גם המדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004, לעיל הערה 67, בפסקה 9.19.

³⁶⁹ ראו: Pictet, *supra* note 111, at p. 282.
³⁷⁰ יש להפיג את הספקות, כי לא ימצא מכשול אשר יש בו כדי לענות על כל דפוסי האלימות והטרור באופן מלא ומוחלט. ראו: Yaakov Amidror "Israel's Security: The Hard-Learned Lessons" *Middle East Quarterly* (Winter 2004) 30–44 <http://www.washingtoninstitute.org/templateC06.php?CID=384> (נבדק ב-19.8.07); כתב תשובה בעניין עליאן, לעיל הערה 63, בפסקה 59. מטבע הדברים טילים ומרגמות אינם נרתעים מהמכשול והוא אף עלול להפריע לפעולות הכרחיות של צה"ל. ראו: Amidror, *id.* ראו גם: Szymanski, *supra* note 72.

רוע מעלליה של ההנהגה הפלשתינית ומחדליה הצורמים, הם שחרצו את תוואי מכשול הביטחון הישראלי.³⁷¹ העקרון שבבסיס מכשול הביטחון, כמרכיב חיוני במלחמה בטרור, הינו יצירת חיץ ראוי בין רוב הפלשתינים המיושבים בשטחי המריבה לבין הרוב הישראלי שבצידו האחר. הערמת קושי זה על יכולת החדירה משפרת את יכולתה של ישראל בהגנתה על אזרחיה.³⁷² עם זאת, חותרת ישראל בהתמדה ליצירת האיזון הראוי שבין שיקולי ביטחון לגיטימיים מחד, לבין מגבלות על רכוש וחופש תנועה מאידך. במצב של עימות מזוין כמו גם במשטר של תפיסה לוחמתית, הרי זו הזכות והחובה הן של הצד הלוחם בעימות מזוין והן של הרשות המחזיקה בשטחים הנמצאים במצב של תפיסה לוחמתית, להפעיל את אותם אמצעים צבאיים הנחוצים להשלמת מטרת המלחמה. הדרכים הננקטות כדי להגשים את תכליות המלחמה בדרך כלל ומטבע הדברים כרוכות בשימוש ברכוש המצוי בשטחים מוחזקים, באמצעות תפיסתו או אפילו הריסתו, ובהגבלת חופש התנועה.

371 באופן דומה, הראשון ברשימת המטרות הבסיסיות של הממשל הצבאי שנכללו בהנחיה שניתנה באפריל 1945 למפקד הכללי של ה-occupation forces של ארצות הברית בגרמניה לקראת סיומה של מלחמת העולם השנייה, לעיל הערה 253, היה: "to bring home to the Germans that Germany's ruthless warfare and the fanatical Nazi resistance have destroyed the German economy and made chaos and suffering inevitable and that the Germans cannot escape responsibility for what they have brought upon themselves"

372 ראו: Israel Ministry of Defence, *Israel's Security Fence: Purpose* (2007) <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/purpose.htm> (נבדק ב-19.8.07); Israel Ministry of Foreign Affairs, *supra* note 75