



המכללה לביטחון לאומי
מחזור מ"ו, 2018-2019

משפט ציבורי

גדר ההפרדה בראי בג"ץ: התבססות תפיסת ההגנה הפאסיבית מול הטרור

מגיש: יהודה ואך

מנחה אקדמי: פרופ' סוזי נבות

ינואר 2019

תוכן עניינים

מבוא

פרק ראשון : בג"ץ והגדר : בית סוריק, אלפי מנשה

פרק שני : למשמעות המונח "גדר ההפרדה" בפסיקות בג"ץ

פרק שלישי : גדר נגד טרור - משמעותה בפסיקות בג"ץ

פרק רביעי : בג"ץ ותפיסת ההגנה הפאסיבית

סיכום

מבוא

גדר ההפרדה באזור קו התפר אושרה בהחלטת ממשלה ב- 23.6.2002. אורכה של הגדר הוא כ- 700 ק"מ והיא מוקמת בשלבים. ישראל החליטה על בניית גדר ההפרדה כתוצאה משיקולים ביטחוניים ובעיקר על מנת למנוע פיגועים בתוך שטחה. סוגיית חוקיות הגדר וסוגיות שונות, הקשורות בתוואי של גדר ההפרדה באזור קו התפר, העסיקו את בית המשפט ואף הגיעו לפתחו של בית הדין הבינלאומי בהאג.

בניית הגדר יצרה מתחים שונים בשיח הציבורי בישראל. יש שטענו שבניית הגדר מעצם היותה מכשול פיזי תשפיע בעתיד על המדיניות הפוליטית ביחס לגבולות, מדיניות אשר ממנה לא ניתן יהיה לחזור בעתיד. עוד נשמעו בעבר טענות בעניין יכולתה של הגדר למנוע טרור.

אבי דיכטר, לשעבר ראש השב"כ, טען בהקשר לשיקול הביטחוני: "כל מוחמד שמתחשק לו נכנס לגנין, ומשם חומק מעבר לגבול לוואדי ערה ולתוך ישראל. בעזה יש גדר ואף מתאבד לא יצא מתחום הרצועה לתוך ישראל דרכה".¹ לעומתו טען ראש הממשלה אריאל שרון: "הגדר היא הבל, היא לא תמנע דבר ורק תיצור לחצים בין לאומיים על ישראל".²

בסופו של דבר, מתוך לחץ ציבורי ובהמלצתו של שירות הביטחון הכללי, הוחל בבניית הגדר. עם תנופת בניית הגדר וההצלחה בהורדת כמות הפיגועים בתוך מדינת ישראל, הפכה הגדר להישג שהכול רצו להתהדר בו, שהוא המקור האמיתי לירידת הפיגועים הקשים אותם חוו אזרחי מדינת ישראל. תופעת הגדר וסיפור הצלחתה, הלכו והתפשטו בכל גבולותיה של מדינת ישראל, בהתמודדות עם תופעת המסתננים בגבולה המערבי, בגבול רמת הגולן, וכן בגבולות ההולכים ונבנים כחומה, הן ברצועת עזה והן בגבולה הצפוני של המדינה. כיום הגדר היא חלק מתפיסת ההגנה הפאסיבית של ישראל, המעדיפה להתבצר מאחורי גדרות על פני פעולה בעומק שטח האויב ולפעול באמצעים אחרים לפגיעה בתשתית הטרור.

מטרת עבודה זו היא להבין ולנתח את הפרשנות שנתן בית המשפט למונח "גדר ההפרדה". זאת להבדיל מהמונח "חומה" ששולט בשיח הבינלאומי ומשתקף בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג. כמו כן, ייערך כאן ניסיון לבסס את הטענה שמדינת ישראל הולכת ומגבשת תפיסת הגנה פאסיבית של התבצרות מאחורי גדרות, ופסיקות בג"ץ בעניין הגדר יש להם חלק בהתבססות תפיסה זו.

¹ דרוקר ושלח, בומרנג: כשלון המנהיגות באינתיפאדה השנייה, עמ' 261
² הארץ, ראיון 13.4.01

פרק ראשון: בג"ץ והגדר

א. פרשת "בית סוריק" – בג"ץ 2056/04

בשנת 2004 הגישו תושבי כפר סוריק עתירה לבג"ץ נגד תוואי גדר ההפרדה.³ עם בניית גדר ההפרדה באזור הכפר נוצר מצב שבו כ-3400 דונם מן האדמות החקלאיות נותרו במרחב התפר מעבר לגדר ההפרדה. בפרשת 'בית סוריק', שמהווה חלק משלב ג' של הקמת הגדר, דן בית המשפט בשאלת חוקיות הקמתה של הגדר. טענתם של העותרים הינה שהגדר אינה חוקית ויש לפרקה. העותרים היו קבוצה כפרים, בתוכם הכפר 'בית-סוריק', בעלי-הקרקעות שנפגעו מעצם הקמת הגדר.

עיקרי טענתם: המפקד הצבאי, אינו מוסמך להורות על הקמת גדר הפרדה. כמו כן הצווים שניתנו, לא פורסמו ונודע להם על כך בדרך עקיפה בלבד, דבר שלא אפשר להם להגיש ערעור בזמן שנקבע. טענתם נשענת על חוות הדעת של הוועדה המייעצת בבית 'הדין בהאג', שהגדר אינה מידתית ומפלה: "גדר ההפרדה אינה חוקית, ויש לפרקה, מתוך העיקרון של זכות הקניין, הזכות לחופש תנועה חופש הדת ושיבוש בשגרת חייהם".

בפני בית המשפט עמדו, איפוא, שתי שאלות: האחת, נוגעת לעצם חוקיות הגדר והסמכות לבנות אותה והשאלה השנייה היא על התוואי. בפסק דין תקדימי זה נותן בית המשפט את מלוא כובד משקלו על מנת לבסס את חוקיותה של הגדר, ולהסביר את הקשר שבין מניעת טרור ובין בניית הגדר. אשר לסוגיית התוואי, שהיא הסוגיה שמשפיעה בסופו של יום על חיי התושבים שבאים לדבר על שגרת יומם – ניסה בית המשפט להפחית מחשיבותה.

בית המשפט דחה את הטענה של העותרים בדבר הסמכות של הצבא לבנות את הגדר וקבע כי הטעם להקמת הגדר הוא ביטחוני והקמתה בידי צה"ל היא חוקית.

בעניין התוואי של הגדר נצמד בית המשפט לעיקרון המידתיות: "כחוט השני עובר בפסיקתו של בית המשפט העליון עיקרון המידתיות כאמת מידה המגבילה את כוחו של המפקד הצבאי". בעניין זה קיבל בית המשפט את עמדת העותרים וקבע שהפגיעה בתושבי הכפר כתוצאה מתוואי הגדר לא עומדת בעיקרון המידתיות, ולכן יש לשנותו. נראה כי יש חשיבות לכך שבית המשפט קבע שלכל חלק בגדר יש להתייחס באופן שונה והעובדה שמשנים תוואי כזה או אחר היא בהתאם לנסיבות מקומיות.

³ בג"ץ 2056/04 כפר סוריק נ' ממשלת ישראל ומפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

ב. פרשת אלפי מנשה - בג"ץ 7957/04

מקרה זה עוסק בעתירה, שהוגשה על ידי מספר כפרים פלסטיניים באזור אלפי מנשה אשר נכללו בתוך התוואי של גדר ההפרדה בתוך השטח ה"ישראלי". גדר ההפרדה ניתקה אותם משאר חלקי האזור ויצרה מובלעת. גם בעתירה זו טוענים העותרים שגדר ההפרדה אינה חוקית. בוודאי שהם גם עותרים נגד התוואי, אך נשיא בית המשפט, השופט ברק העדיף לנסח רק שאלה אחת: "האם גדר ההפרדה היא כדיון – זו השאלה הניצבת לפנינו"⁴. בית המשפט העדיף באופן ברור לבסס את חוקיותה של הגדר מאשר לדון בפרטים הקטנים של התוואי במובלעת זו או אחרת. ברור היה לבית המשפט ששאלת חוקיותה של הגדר בהיבט הציבורי, התקשורתי והבינלאומי היא השאלה המרכזית. הגדר הפכה להיות סמל למאבק הפלסטיני ובית המשפט רוצה ויכול לתת לה תוקף חוקי והעדיף לעשות זאת מאשר לדון בפרטים הקטנים של התוואי.

הגדר על פי התייחסותו של בית המשפט הינה אמצעי ביטחון, הקמתה אינה מבטאת גבול מדיני או אחר. הקמתה באה לתת מענה למניעת חדירה של מחבלים וביצוע פיגועים בתוך שטחה של מדינת ישראל.

פסק הדין מתייחס באריכות לכמה עניינים. האחד, נוגע לסמכותו של המפקד הצבאי על פי דיני התפיסה הלוחמתית, להורות על בניית גדר ההפרדה. השני, האופן בו מומשו יעדים אלה הלכה למעשה בפרשת 'בית-סוריק'. השלישי, בעניין חוות הדעת של בית הדין בהאג.

בעניין סמכותו של המפקד הצבאי קובע פסק הדין כי: "הגענו למסקנה (...) המניע לגדר אינו מדיני. הקמת הגדר נפלה לאור מציאות הטרור הקשה אשר פקדה את מדינת ישראל מאז ספטמבר 2000"⁵. בית הדין מפרט באריכות את כמות הנפגעים וההרוגים כתוצאה מהעימות המזוין ומפיגועי הטרור ואת הצלחתה של הגדר כשהוקמה לצמצם באופן דרמטי את אירועי הטרור הרבים קודם להקמת הגדר ומוצא שיש בהוכחות אלה, הוכחה על חשיבותה הביטחונית של הקמת הגדר.

בעניין חוקיות הקמת הגדר: בעניין זה העמיק בית הדין והחליט לגעת בשאלה זו דרך ההתבוננות בשאלת המידתיות. קרי, האם השיקול הביטחוני מובהק דיו, באופן שיגבר על שאלת הפגיעה המובהקת בזכויות הקניין שהציגו העותרים בפרשה?

בית הדין בחר לעסוק בשאלה זו דרך שלושה מבחני משנה: הראשון, שפגיעה היא מידתית כל עוד נבחן הקשר בין המטרה שאנו מבקשים, לבין האמצעים בהם אנו בוחרים להשתמש כדי להגיע למטרה זו. השני, האם ניתן להשיג את אותה המטרה בדרך אחרת? השלישי,

⁴ בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פסק הדין, תשובת השופט ברק

⁵ בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פסק הדין

הפגיעה בזכות האדם היא ביחס ראוי לתועלת שתצמח ממנה. (בית הדין נתן את דוגמת 'בית סוריקי' כנקודת יחס). בסוגיית המידתיות הנידונה, קבע בית הדין שעיקרון זה, בשונה מעיקרון הביטחון שהובא לעיל, הינו תחום התמחותו כבית דין.

התוואי: בג"ץ קבע שעל פי העיקרון השני בעניין השגת המטרה באמצעים אחרים ניתן להשיג את עקרון הביטחון בדרך אחרת. קרי: הסתת הגדר מעבר לטבעת החנק שנוצרה סביב מובלעת הכפרים. התוואי הקיים לדברי בית הדין, "מעורר תהיות". בית הדין לא התחמק מהשאלה המתבקשת באם לא יימצא תוואי חלופי למעבר הגדר, דבר שיעמיד בקונפליקט את ביטחון הישראלים מול מרקם החיים של תושבי הכפרים? בית הדין לא ענה על השאלה הזאת וקיווה שהתוואי החלופי יאפשר את השילוב בין ביטחון ובין מרקם החיים. בית הדין קבע שלא הושקעה די מחשבה בעניין וחייב את המדינה לשנות את תוואי הגדר בהתאם.

במקביל בעיסוק בסוגיה בבית המשפט, עלתה הסוגיה גם מבית הדין בהאג. שם נדונה השאלה: האם הגדר מפירה את זכויות האדם ואת החוק הבין לאומי. לאורך פסקי הדין בג"ץ מתדיין עם חוות הדעת הבין לאומית ומנסה ליצור הבדל בין הנרטיבים השונים.

השופט חשין התייחס למה שפסק בית הדין בהאג בביקורת נוקבת הן על האופן בו בחר בית הדין בהאג לבחון את הטענה: "תשתית רעועה, יש שיאמרו בלתי ראויה" שאין מקום להשתית עליה פסק בית דין. בנוסף, ציין השופט חשין שחוות הדעת של בית הדין: "סתמיות וכלליות ונוסכות בפסק הדין יסוד אמוציונאלי, רגשי (..) וכן צבועים הם בדעת פוליטית שראוי לה למערכת משפט, כי תרחיק ממנו ככל שניתן". בנוסף, בחר השופט חשין בסיום דבריו לציין שבפסיקת בית הדין בהאג, בחרו להתעלם מבעיות הביטחון שפקדו את ישראל ועל כן פסק הדין שניתן לקוי ואין מקום להכריע על פיו ו"אין בידי בית הדין הבינלאומי להאיר את דרכי, אורה דל מכדי שאדריך עצמי על-פיה לעשות משפט אמת וצדק בדרכו של שופט כפי שלמדתי ממי שקדמו לי בבית אבי".⁶

פרק שני: למשמעות המונח "גדר הפרדה" בפסיקות בג"ץ

בשני פסקי דין הללו ובפסיקות נוספות ביסס בג"ץ תפיסה כוללת בנוגע לעניין הגדר באמצעים שונים. הדבר הבולט הראשון היה בשימוש שעשה בית המשפט במונח "גדר הפרדה". מדוע חשוב השימוש במונח? ומה ההבדל בין גדר הפרדה, גדר ביטחון, מכשול קו התפר, חומה ועוד?

⁶ בגץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פסק הדין, תשובתו של השופט חשין

הקלישאה האומרת ש"לאסקימוסים יש עשרות מילים לענייני שלג ולבדואים עשרות מילים לענייני גמלים. לנו יש מילים רבות, מעל לצורך סביר, לכל הקשור בגבול".⁷ ניתן למצוא מונחים רבים בשפה העברית שמשמעותם גבול כמו למשל: קו, חומה, גדר ועוד. במערכת הביטחון בחרו לכנות את ה"גדר" "מכשול" ו"קו התפר". מבחינה צבאית התפיסה היא שיש מכשול שמקשה על המעבר. בבית הדין הבינלאומי בהאג השתמשו במונח "חומה". גם מונח זה אינו מקרי. נעמוד כעת על ההבדלים הטרימינולוגיים ונראה כיצד הם משפיעים על הנרטיב ועל הלך הרוח בנוגע לנושא הגדר.

גבול מדיני הוא קו המפריד בין מדינה למדינה, או בין יחידת מנהל שכנות.⁸ גבול מדיני הוא תוצר מלאכותי מעשה ידי אדם, הדרוש לכל אוכלוסייה על מנת שתוכל לבטא בתחומה את הריבונות שלה. לגבול בין מדינות יש משמעות רחבה הרבה יותר מאשר התוואי עצמו. הגבול משפיע על האוכלוסייה מבחינה ביטחונית, כלכלית וחברתית. הגבול קובע את מרחב המחיה של האוכלוסייה, את מידת החופש והניידות, את מידת העצמאות ואת מידת הלכידות הפנימית. מכאן, שלתפיסת גבולות יש גם השלכות תודעתיות ופסיכולוגיות. לנוכחות של קו גבול יש השפעה סביבתית. השפעה זו באה לידי ביטוי בסלילת דרכים, חציבה, חפירות, ביצורים ושימושי קרקע שונים.⁹

גדר ביטחון היא "חלק ממערכת אמצעי הגנה שהוקמה באזורים שונים בארץ, כדי למנוע חדירת מחבלים. היא כוללת גדרות תיל, מוקשים, אמצעי גילוי אלקטרוניים תאורת ביטחון, עמדות תצפית, דרך פטרולים ודרך טשטוש, מגדלי תצפית ועמדות ירי".¹⁰ כלומר, זהו מונח צבאי בעיקרו, המפרט את האופן שבו הגדר משמשת לצרכי ביטחון.

"גדר הפרדה" היא מונח שיש לו משמעויות אחרות מ"גדר ביטחון". גדר הפרדה היא קודם כל קיר, שמטרתו ליצור הפרדה. בניגוד לגבול שיכול להיות מקום פתוח ושקט ומאפשר מעבר באופן קל יחסית הרי שגדר הפרדה כל מטרתה היא סגירות. גדר תמיד תיבנה על מנת לא לאפשר מעבר פתוח: "הגדר לוקחת חלק בהתפתחות הסכסוך ומטרתה ליצור הפרדה".¹¹ ניתן לומר, שבעוד גבול יכול לאפשר מצב של "דו קיום" הרי שגדרות מונעות את דו הקיום. במושג הגבול כרוכה הדדיות, אך נוכחות של "גדר" כוללת אמצעים של "סגר" והיא נחשבת בתפיסה כחד צדדית. בניגוד ל"סגר" שהוא זמני וניתן להסרה הרי שגדר כרוכה בבנייה פיזית. לגדר יש השפעות פוליטיות לעיתים אף יותר מאשר לקו גבול. "הם שם ואנחנו כאן" הייתה

⁷ רוביק רוזנטל, הזירה הלשונית - <http://www.ruvik.co.il/%D7%94%D7%98%D7%95%D7%A8-%D7%94%D7%A9%D7%91%D7%95%D7%A2%D7%99/2007/02022007.aspx>

⁸ מילון למונחי צה"ל, ע"מ 83, 1998

⁹ אלישע אפרת, גאוגרפיה של כיבוש, עמ' 21, 2002, הוצאת כרמל

¹⁰ מילון למונחי צה"ל, ע"מ 85, 1998

¹¹ ורשבסקי מיכאל, על הגבול, עמ' 13, 2011, הוצאת כרמל ירושלים

סיסמת הבחירות של מפלגת העבודה ואהוד ברק נהג לומר: "גדרות גבוהות עושות שכנים טובים". המילה הפרדה קשורה קשר הדוק עם המילה גדר.¹²

בג"ץ, בפסיקתו קובע חד משמעית שהגדר מטרתה ליצור הפרדה. אלא שהוא אינו אומר שהגדר מפרידה בין אוכלוסיות – הישראלית והפלסטינית אלא בין הישראלים ובין המהבליים: **"גדר ההפרדה יוצרת הפרדה בין המהבליים לבין הישראלים ומבחינה זו מתקיים הקשר הרציונלי בין המטרה ולבין האמצעים להגשמתה"**.¹³ בהבחנה זו בג"ץ כנראה, מבלי משים שם את כל מי שנמצא מהצד השני של הגדר כ"מהבליים". זאת בוודאי לא הייתה כוונתו. בג"ץ בא לדון כאן בעתירה של תושבים פלסטינים, שהגדר מפרידה אותם מאדמתם. והם אגב נמצאים בצידה הישראלי של הגדר. מדוע, אם כן, בג"ץ כל כך חד משמעית בקביעתו? מפני שחשוב לו להראות את העיקרון של הקשר בין טרור ובין גדר. ללא הקשר הזה לא מתקיים התנאי הראשון, שהוא הציב לעצמו בפסיקתו: התנאי על פיו המטרה קשורה לאמצעים.

בית הדין הבינלאומי בהאג אינו משתמש במונח "גדר הפרדה" אלא במילה "חומה". לחומה לעומת גדר יש משמעות שונה לגמרי. החומה הסינית העצומה היא אחת הדוגמאות המפורסמות ביותר לשימוש בחומה אימתנית המחזיקה מעמד לאורך אלפי שנים. בקרב מתנגדי ההפרדה בין האוכלוסיות היא מכונה "חומת אפרטהייד". בכך מאמץ בית הדין בהאג את התפיסה הפלסטינית ואת יחסה לגדר כאל דבר קבוע שאינו מכוון למנוע טרור אלא בא למנוע זכויות מהעם הפלסטיני. זאת, בניגוד למושג גדר של בג"ץ שהוא בעיקרו זמני.

האינתיפאדה השנייה מסמלת את תחילתה של ההפרדות בין החברה הישראלית והפלשתינית באמצעות הגדר גם עבור החברה הפלסטינית. ואולם תכנית ההפרדה, כפי שהוצגה בצד הישראלי, כ"הצעה נדיבה" של ישראל נתפסה אצל היריב הפלשתיני כעלבון צורב.¹⁴

בניית גדר ההפרדה עוררה כעס רב בקרב הפלסטינים, ומיד לאחר תחילת בנייתה ביוני 2002 הכריז ערפאת שהיא פשע נגד העם הפלסטיני ונגד האדמות הפלסטיניות ואקט של גזענות ציונית "ואפרטהייד כנגד הפלסטינים".¹⁵ ערפאת ציין, שבניית הגדר נוגדת את ההסכמים שעליהם חתמה ישראל עם הפלסטינים. חומת ההפרדה נתפסה בצד הפלשתיני כגורם שיהרוס את הסיכוי לפתרון פוליטי של הסכסוך, תמנע הקמת מדינה פלסטינית ותסכל את

¹² ורשבסקי מיכאל, על הגבול, עמ' 187, 2011, הוצאת כרמל ירושלים
¹³ בג"ץ אלפי מנשה 7957/04 עמ' 72.

¹⁴ ורשבסקי מיכאל, על הגבול, עמ' 189, 2011, הוצאת כרמל ירושלים

¹⁵ שיפטן דן, כורח ההפרדה, אוניברסיטת חיפה, חיפה, 1999.

האפשרות לדיאלוג ישראלי-פלסטיני. הפלסטינים גם הזהירו מפני תכנית התנתקות חד-צדדית של ישראל על בסיס הגבולות המותווים על ידי "חומת הבדלנות".

בשתי פסיקות בג"ץ, שהוזכרו לעיל, מגוללים את משמעותה של גדר ההפרדה מבחינת החברה הישראלית אך אין התייחסות לתפיסה של הצד השני את הגדר.

פרק שלישי: גדר נגד טרור – המשמעות בפסיקת בג"ץ

שתי הפסיקות של בג"ץ, שהבאנו לעיל, מקדישות חלק ניכר מפסק הדין לביסוס הטענה שהגדר מונעת טרור.¹⁶ בית המשפט עושה זאת בכמה דרכים. ראשית בהבאת נתונים. למשל, בתחילת פסק הדין מונים את אלפי ההורגים בפיגועים של האינתיפאדה השנייה: "עד לאמצע יולי 2005 בוצעו בתחומי מדינת ישראל קרוב לאלף פיגועים. בתחומי יהודה ושומרון בוצעו 9000 פיגועים, אלפי פיגועים בוצעו בחבל עזה. למעלה מאלף ישראלים קיפחו את חייהם (...). **השכול והכאב שוטפים אותנו**". המטפורה, שבה משתמש הנשיא אהרון ברק היא מכוונת ומדברת על שיטפון. על מנת לעצור את השיטפון ברור שיש להקים אמצעי פיזי כמו סכר, גדר או כל גורם שיכול באמצעים ממשיים לעצור את השיטפון. המטפורה היא מתחום הגאוגרפיה מכיוון שהפתרון שמוצא לה הוא מאותו תחום: גאוגרפי. למשל, ברור ששיטפון לא עוצרים במילים. או במשא ומתן. שיטפון הוא דבר הרסני, שמכלה את כל מה שהוא פוגש בדרכו. לכן מטפורה זו מתאימה על מנת לקשור את הפתרון של ה"גדר" למציאות הביטחונית. זה מה שנדרש למעשה בית המשפט להראות; שיש קשר בין הפתרון ובין המציאות שנוצרה.

האם יש עוד דרכים למנוע טרור? בוודאי. בג"ץ אפילו מזכיר אותם בקצרה, בשורה אחת ולא מקדיש להם מקום בדיון. דרך אחת למנוע טרור היא כמובן באמצעות הסכם שלום. אופציה זו נעדרת כמעט לחלוטין מהנרטיב של בג"ץ בשני פסקי הדין שהובאו. אולם בג"ץ מתייחס לאופציה הצבאית: "ישראל נקטה בשורה של צעדים להגנה על חיי תושביה. נערכו פעולות צבאיות כנגד ארגוני הטרור. הן נועדו להכריע את תשתית הטרור הפלסטינית (...). פעולות אלה לא נתנו מענה מספיק לצורך המידי בהפסקת הטרור". עוד הוא אומר שהעימות המזוין במבצע חומת מגן "לא צלח". בג"ץ מכוון כאן את דבריו לשני הצדדים של הסכסוך. לצד הפלסטיני נאמר שאם לא הייתה גדר היה צורך בעוד ועוד פעולות צבאיות והן בוודאי היו פוגעות פגיעה קשה יותר בתושבים, מאשר הפגיעה של הגדר, ולכן כדאי להם להבין את המשמעות של החלופה של הגדר - עימות צבאי. מצד שני, בית המשפט גם אומר משהו על יכולת הפעולה של הצבא. לצבא ניתנו הזדמנויות לטפל בתשתית של הטרור. גם בהזדמנויות

¹⁶ בעניין זה ראה גם אלוביץ טל, גדר נגד טרור: הדוגמה של רצועת עזה ושל יהודה ושומרון, משרד הביטחון:

אלה החברה הישראלית שילמה מחיר והפעולות לא הביאו להפסקת הטרור. לכן גם לצבא כדאי להתגמש על ה"תוואי", כפי שהוא יצטרך להתגמש בסוף הפסיקה הזאת. השופט מכין כאן את הבסיס לפשרה של ההתגמשות על התוואי, שהיא טובה מבחינתו לשני הצדדים מאשר לשוב לעימותים צבאיים.

פרק רביעי: הגנה פאסיבית לעומת הגנה אקטיבית – בית המשפט נגד עימות מזוין

מחקרים מצביעים על כך, שיש שינוי ביחס במדינת ישראל לתפיסת ההגנה ומעבר מפעילות התקפית יזומה לפעילות הגנתית פאסיבית. צה"ל עובר היום מעימות אקטיבי להתמקדות בהגנה פאסיבית סביב הגדר.¹⁷ מכיוון שכל הרעיון של גדר הוא הגנתי, פאסיבי מיסודו אזי כל המרכיב ההתקפי של הגנת גבולות הולך ודועך ומוחלף באמצעים אחרים. משנת 2000, מאז נסיגת צה"ל מלבנון, ומאז ההתנתקות מעזה מדינת ישראל משקיעה משאבים רבים בבניית גדרות ומתרחקת עם הכוחות ככל שניתן מהגדר. הגדר הפכה למרחב עימות מאוים. האויב הפך את הגדר למקום לחימה. בתחרות בין האויב ובין צה"ל, פיתחו האויבים דרכי מעקף של הגדר, כמו למשל, חפירת מנהרות.

מצד אחד יש תקווה במדינת ישראל שהגדר היא מרתיעה ובלתי עבירה. מצד שני ברור לשני הצדדים, שאפשר לעבור את הגדר. בפסיקת בג"ץ יש התייחסות מעניינת לנושא הזה.

השופט מביא לדוגמה אירוע, שדרכו הוא רוצה להמחיש את היעילות של הגדר בשמירה נגד הטרור. אלא שכפי שנראה את האירוע הזה אפשר לפרש בדרך שונה מאוד ממה שבית המשפט התכוון. וכך כתוב בפסק הדין: "ארגון הג'יהאד האסלאמי ביקש לפוצץ מחבל מתאבד מאזור ג'נין בבית ספר ביוקנעם או בעפולה. המחבל המתאבד והמוביל שלו יצאו בשעות הבוקר מג'נין והתכוונו להגיע לוואדי ערה ומשם לעפולה או ליוקנעם. בעידן שקדם להקמתה של גדר ההפרדה מלאכתם של המחבלים הייתה קלה. קו התפר היה פרוץ וניתן היה להגיע בנקל לוואדי ערה. דרך זו חסומה עתה".¹⁸ עד כאן בעצם הסיפור מאוד ברור ומנסה להראות את המציאות לפני ואחרי הגדר. אלא שדווקא ההמשך מלמד שלא בטוח שהגדר כל כך יעילה. הרי המחבל לא חזר לביתו ואמר לעצמו שבגלל הגדר הוא יוותר. גם לא בטוח שבית המשפט צודק כאשר הוא כותב שלפני עידן הגדר הדרך שלהם הייתה קלה. מחסומים שונים, גורמי מודיעין ונוכחות של צבא ומשטרה ידעה לסכל פיגועים גם לפני הגדר. והנה המחבל ועוזרו לא מתייאשים מהגדר: "אי לכך נאלצו המחבלים להגיע לוואדי ערה בנתיב ארוך בהרבה. דרך אזור שבו טרם הוקמה גדר (...). מדובר בעיקוף שהאריך את הדרך מ-27 ק"מ ל-105 ק"מ." וכאן מגיע הקטע החשוב של הסיפור. "העיקוף הארוך העניק שהות

¹⁷ ברלוביץ' אייל, התפתחות תפיסת הגנת הגבולות בצה"ל 1948-2016, עמ' 65, פרסומי מרכז דדו, ינואר 2017

¹⁸ בג"ץ אלפי מנשה 7957/04 עמ' 67

לכוחות הביטחון לאסוף מודיעין, לארגן הכוחות ולאתר את השניים בדרכם". ומסיפור זה מסיק בית המשפט על יעילותה של הגדר.

ואולם ניתן להבין את המקרה לגמרי אחרת. מה שבסופו של דבר עצר את המחבל זה המודיעין שנאסף. בשביל מודיעין כזה צריך להיות בתוך שטח האויב ולא מעבר לגדר. כמו כן, הכוחות בשטח, שעצרו אותם בתוואי הגדר יכלו לעצור אותם הרבה קודם, אם היו פרושים בעומק השטח של הצד השני ולא לאורך הגדר. מדוע, אם כן, מתעלם בית המשפט מפרשנות זו ומציג את הגדר כפתרון היחיד לבעיית הטרור? כי בית המשפט רוצה כנראה לבסס את ההגנה הפאסיבית. הוא מעדיף כל דבר על פני עימות מזוין ועל פני שיטות אחרות, שמבחינתו יביאו להסלמה. לכן עדיף לבית המשפט להוכיח שהגדר יעילה ולא לתת פתח להכניס את הכוחות שוב פנימה לפעולות יזומות, כדוגמת "חומת מגן" ועוד.

סיכום

בארי פינשטיין במאמרו "מכשול הביטחון לאור דיני העימות המזוין"¹⁹, כותב כי כיום יותר מאשר בתחילת הבנייה של הגדר מדינת ישראל לוקחת בחשבון את צרכיהם של התושבים הפלסטינים החיים לצד הגדר. כנראה שכל זה התרחש בעקבות הפקת לקחים שנעשתה וגם אולי בהשפעת הפסיקות של בג"ץ בעניין תוואי הגדר. ברור שהמדינה כיום למדה לקח אחרי שנדרשה לפרק גדר ולהזיז את התוואי. נראה כי עצם העובדה שבג"ץ התאמץ מאוד להכשיר את הגדר ויצא נגד הקביעה של בית הדין הבינלאומי בהאג שהגדר אינה חוקית היא זאת שאפשרה את הפקת הלקחים ואת השינויים בתוואי. העיקרון שמבסס בית המשפט הוא עיקרון שהגדר מונעת טרור. הערמת הקושי עבור המחבלים להיכנס לשטח ישראל נתפסת כחלק לגיטימי בעימות גם אם זה מגביל את חופש התנועה של כלל האוכלוסייה. בג"ץ מעדיף לעסוק בסוגיה הכללית של גדר הפרדה ולא בסוגיות קטנות כמו תוואי. את בעיית התוואי פתר בג"ץ בכך שהוא אמר שכל קטע בגדר הוא בפני עצמו ואינו קשור לקטעים אחרים וכן שבכל קטע צריך לשקול את החלופות הפחות פוגעות. בכך הוא נמנע מפסיקה עקרונית ומשאיר את הצדדים להציע חלופות. יותר חשוב לו לומר שהגדר היא צודקת ומוצדקת.

¹⁹ בארי פינשטיין, מכשול הביטחון הישראלי לאור דיני העימות המזוין, מאזני משפט, גיליון 6, ע"מ 211-272, 2007