

# שלטון אחד, שתי מערכות חוק: משטר הדינים של ישראל בגדה המערבית

**כתיבה:** עו"ד לימור יהודה, עו"ד אן סוצ'יו, עו"ד הגר פלגי הקר, עו"ד משכית  
בנדל, עו"ד רגד ג'ראיסי, עו"ד נירה שלו ועו"ד תמר פלדמן  
המתמחות טליה רמתי ורוני פלי

**עריכה:** טל דהן, עו"ד תמר פלדמן וגילי רעי

**עיצוב:** סטודיו אוסו באיו, קונספטים/אסתי סגל

## One Rule, Two Legal Systems: Israel's Regime of Laws in the West Bank

### תודות:

אנו מודים מקרב הלב למי שהעירו והתייחסו לטינטות הדוח בשלביו השונים: פרופ' איל בנבנישתי, פרופ' אייל גרוס, פרופ' קנת מן, פרופ' דוד קרצמר ופרופ' יובל שני. השופט (בדימוס) בעז אוקון, עו"ד סמדר בן נתן, עו"ד גבי לסקי, עו"ד נרי רמתי ועו"ד מיכאל ספרד. אדר' אלון כהן-ליפשיץ וניר שלו מעמותת במקום – מתכננים למען זכויות תכנון.

עו"ד דנה אלכסנדר, עו"ד דן יקיר, נירית מוסקוביץ', עו"ד לילה מרגלית, אהוד עוזיאל, נועה ריבלין וליזה רוזובסקי מהאגודה לזכויות האזרח.

האגודה לזכויות האזרח מוקירה תודה לתורמים ולקרנות שתמיכתם הנדיבה אפשרה את פרסומו של הדוח: דיאקוניה, אוקספם ג'י בי והאיחוד האירופי. האחריות על תוכן המסמך היא של האגודה לזכויות האזרח בישראל, התוכן אינו משקף בשום צורה את עמדותיהן של הקרנות התומכות.

## תוכן עניינים

5	מבוא
10	פרק ראשון: התפתחות שתי מערכות משפט
10	1. הקמת מערכת המשפט הצבאית בגדה המערבית
11	2. החלת הדין הישראלי על מתנחלי הגדה המערבית
11	א. החלת הדין הישראלי על ישראלים בחקיקה ישראלית
13	ב. החלת הדין הישראלי על ישראלים בתחיקה צבאית
15	ג. החלת הדין הישראלי על ישראלים באמצעות פסיקת בתי המשפט בישראל
21	פרק שני: הדין הפלילי
21	1. ההפרדה בדין הפלילי – המסגרת החקיקתית
22	א. ההפרדה בדין הפלילי – מדיניות פרקליטות המדינה
24	ב. ההפרדה בדין הפלילי – מדיניות הפרקליטות הצבאית
25	2. דיני מעצרים
26	א. סמכויות חיפוש
27	ב. סמכויות מעצר
28	ג. תקופות המעצר
34	3. הזכות להליך הוגן
34	א. מניעת מפגש עם עורך דין
35	ב. פגיעה בייצוג – כליאה בשטח מדינת ישראל
37	ג. חסמים להליך הוגן – שפה ותרגום
38	4. הדין המהותי – הגדרת העברות ורמת הענישה
40	5. קטינים
42	א. גיל הקטינות
43	ב. מעצר וחקירה

46	..... ג. סדרי דין
46	..... ד. ענישה
49	..... פרק שלישי: דיני תעבורה
51	..... פרק רביעי: חופש הביטוי והמחאה
52	..... 1. דיני ההפגנה
58	..... 2. הגבלות נוספות על ביטויים ועל פרסומים
59	..... פרק חמישי: תכנון ובנייה
60	..... 1. הפרדה במוסדות התכנון
	..... 2. התוצאה: היעדר תוכניות מתאר לישובים פלסטיניים, היעדר היתרי בנייה
62	..... לפלסטיניים
64	..... 3. הפרדה ואפליה בתחום האכיפה
65	..... פרק שישי: הגבלות על חופש התנועה
66	..... 1. הפרדה בכבישים
67	..... 2. איסור כניסה להתנחלויות
68	..... 3. "שטחי ביטחון מיוחדים" האסורים בכניסת פלסטינים
68	..... 4. איסורים ב"מרחב התפר" החלים על פלסטינים בלבד
72	..... פרק שביעי: מדיניות הגירה והחופש לבחור מקום מגורים
75	..... פרק שמיני: אי חוקיותה של ההפרדה במערכת המשפט
76	..... 1. הפרת עקרון השוויון ופגיעה בכבוד האדם
83	..... 2. הפרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי
87	..... סיכום
89	..... נספח א: סיכום ההפרדה במערכת המשפט
91	..... נספח ב: תגובת משרד המשפטים

## מבוא

"על התושבים הישראלים המתגוררים באותם שטחים מוחלים חלקים נרחבים מן המשפט הישראלי, לצד חקיקה מיוחדת מטעם המפקד הצבאי החלה אף היא על התושבים הישראלים בלבד. התושבים הפלסטינים המתגוררים באותם שטחים עצמם כפופים לדין הירדני ולחקיקת המושל הצבאי החלה עליהם. תוצאה זו יוצרת משטר שבמסגרתו חלות בפיסת שטח אחת מערכות דינים שונות".<sup>1</sup>

אחד ממאפייניו הבולטים והמטרידים של השלטון הצבאי הישראלי בגדה המערבית<sup>2</sup> הוא יצירתו ופיתוחו של משטר משפטי רשמי וממוסד של שתי מערכות חוק ומשפט נפרדות על בסיס אתני-לאומי. ישיבתם ארוכת השנים של אזרחי מדינת ישראל, הכוח הכובש, בהתנחלויות בלב השטח הכבוש – שהיא כשלעצמה נוגדת את המשפט הבינלאומי – הובילה לאפליה שיטתית, המעוגנת בחקיקה ובפסיקה, ומשפיעה על כל היבט בחייהם של התושבים הפלסטינים בגדה המערבית. שיטה משפטית כפולת-פנים זו היא העומדת במרכזו של דוח זה.

עם כיבוש הגדה המערבית בשנת 1967 כונן באזור משטר צבאי: המפקד הצבאי הכריז על עצמו כריבון בשטח, ונטל לידייו את סמכויות השלטון והחקיקה. במהלך השנים הכניס המפקד הצבאי שינויים מרחיקי לכת בדין החל בגדה, באמצעות מנשרים וצווים. לכאורה, הממשל הצבאי, והדינים שנחקקו מכוחו, חלים על כל מי ששוהה באזור, כולל ישראלים, בין אם הם מבקרים באזור ובין אם הם מתגוררים בו. אלא שבפועל, במקביל להתפתחותה של מערכת המשפט הצבאית, החיל המחוקק הישראלי על הישראלים החיים בגדה פרקים נרחבים מהדין הישראלי באופן אישי וחוף-טריטוריאלי, ובכלל זאת הדין הפלילי, חוק ביטוח בריאות ממלכתי, חוק ביטוח לאומי, דיני מיסוי, דיני הבחירות לכנסת ועוד.

גם המפקד הצבאי הכפיף את ההתנחלויות על תושביהן לשורה ארוכה של דברי חקיקה ישראלית במגוון תחומים אזרחיים, באמצעות צווים שהוחלו על יישובים יהודיים בלבד באזור. כך נוצרו בגדה המערבית שני סוגים של יישובים: ערים וכפרים פלסטיניים, הכפופים לחוק הירדני ולפקודות הצבאיות, ומועצות מקומיות ואזוריות יהודיות, הכפופות לחוק הישראלי ונהנות מההטבות ומהתקציבים שמקנה החקיקה

<sup>1</sup> בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, סב (3) 264, פס' 25 לפסק דינו של הש' ריבלין (2007) (להלן: עניין קו לעובד).

<sup>2</sup> לצורך דוח זה ההתייחסות ל"גדה המערבית" אינה כוללת את ירושלים המזרחית, שישראל סיפחה לאחר כיבושה ב-1967 והחילה עליה את ריבונותה. פעולת הסיפוח מנוגדת למשפט הבינלאומי ולכן ירושלים המזרחית עודנה נחשבת שטח כבוש על פי הדין הבינלאומי, וכך היא גם נתפסת על ידי תושביה הפלסטינים ועל ידי רוב מדינות העולם. יחד עם זאת, כתוצאה מהסיפוח והחלת הדין הישראלי על ירושלים המזרחית תושביה אינם נתונים לשלטון צבאי, והתופעה המתוארת בדוח זה – של הכפפת התושבים הפלסטינים למערכת דינים נפרדת ושונה מזו החלה על הישראלים – אינה רלוונטית להם באופן ישיר. הפרות זכויות האדם כלפי האוכלוסייה הפלסטינית בירושלים המזרחית רבות, אך המסגרת הנורמטיבית שבה הן נבחנות היא שונה.

**הישראלית.** מצב דברים זה יצר מערכת משפט חדשה, אשר כונתה על ידי פרופ' אמנון רובינשטיין כבר לפני 25 שנה "**משפט המובלעות**".<sup>3</sup>

הערכאות השיפוטיות בישראל, ובפרט בית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ), עיגנו בפסיקתן את ההפרדה בין מערכות המשפט, על ידי החלת הדין הישראלי על ישראלים כל אימת שסברו כי הדבר אפשרי. בג"ץ עשה זאת לא רק כאשר הדין חייב, אלא גם במקרים שבהם הדין נתן בידו שיקול דעת, ולעתים אף הרחיב את תחולתו של הדין הישראלי על ישראלים מיוזמתו שלו. בתי המשפט מתייחסים להתנחלויות בשטחים כאל "איים ישראליים" שהשכל הישר מחייב להחיל עליהם את הדין הישראלי.

**כך, בתהליך הדרגתי אשר נמשך על פני ארבעה עשורים, הוחלה על המתנחלים בגדה המערבית מערכת המשפט הישראלית כמעט בכללותה, בעוד התושבים הפלסטינים החיים באותו שטח נותרו כפופים למערכת המשפט הצבאית.** לכפילות הדינים תחת השלטון הישראלי בגדה המערבית יש משמעויות מרחיקות לכת מבחינת זכויותיהם של התושבים הפלסטינים וחיי היום-יום שלהם. **ככלל, התחיקה הצבאית שלהם הם כפופים מחמירה בהרבה מן החקיקה הישראלית החלה על המתנחלים, והאפליה נוגעת כמעט בכל תחומי החיים.**

**הדין הפלילי** הוא אחד התחומים שבהם ההבדלים בין שתי מערכות המשפט ניכרים מאוד, והשלכותיהם על זכויות היסוד, ובעיקר על הזכות לחירות, הן משמעותיות ביותר. זהותו הלאומית של החשוד או הנאשם היא הקובעת איזה דין יחול עליו, ולמי תהיה סמכות השיפוט בעניינו. בכל שלב משלבי מיצוי הדין – החל במעצר הראשוני, דרך ההעמדה לדין וכלה בענישה – מופלים הפלסטינים ביחס לישראלים. הדבר נכון גם לגבי בגירים וגם לגבי קטינים. מערכות האכיפה של **חוקי התנועה** אף הן נפרדות ומפלות כלפי הפלסטינים – גם בהיקף האכיפה וגם בחומרת הענישה.

לזכות היסוד של **חופש הביטוי** יש חשיבות עליונה עבור הפלסטינים: בהעדר ייצוג בקרב הריבון השולט עליהם (המפקד הצבאי), ובהיעדר אפשרות להשפיע על ההחלטות הקובעות את מציאות חיהם, הבעת מחאה היא אפיק מרכזי עבורם למימוש האוטונומיה שלהם, כמו גם מגוון זכויות אחרות. אולם מבחינה משפטית ומעשית, חופש הביטוי של

<sup>3</sup> אמנון רובינשטיין "מעמד המשטנה של ה'שטחים' – מפקדון מוחזק לייצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא 439, 450 (1987). ראו גם:

Eyal Benvenisti, LEGAL DUALISM: THE ABSORPTION OF THE OCCUPIED TERRITORIES INTO ISRAEL (1989).

בבנישתי מתאר את האופן בו, באמצעות חקיקה צבאית נרחבת, החלה אקס-טריטוריאלי של חקיקה ישראלית ופסיקה של בתי משפט ישראלים, הוחל הדין הישראלי על ישראלים בשטחים ועל שטחי ההתנחלויות. לדבריו, כבר לפני 25 שנים קווי '67 נמחקו מבחינה משפטית כמעט לכל מטרה המשקפת את האינטרסים הישראליים. לעומת זאת, במה שנוגע לאינטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית, הגבולות המשפטיים נותרו שרירים וקיימים.

הפלסטינים בגדה כמעט ואינו קיים. התחיקה הצבאית מגדירה עצרות והפגנות של פלסטינים כהתקהלויות בלתי חוקיות, כוחות הצבא והמשטרה מתייחסים אליהן כאל איום, וחלקן הגדול מפוזר על ידם תוך הפעלת אלימות, שמביאה לעתים לתוצאות קטלניות. מנגד, יחסן של הרשויות להפגנות שמקיימים ישראלים בשטחים מבטאת הכרה רחבה בחופש הביטוי שלהם ובזכותם להפגין. חוץ מהזכות להפגין, הוראות התחיקה הצבאית אוסרות ומגבילות מיני ביטויים נוספים המותרים בדין הישראלי.

בתחום **התכנון והבנייה** קיימת הפרדה חקיקתית ומוסדית בין מערכות התכנון של ישראלים ופלסטינים. הפרדה זו מאפשרת את מימוש המדיניות של עידוד בנייה בהתנחלויות והקפאתה ביישובים פלסטיניים. ישראלים נהנים מייצוג משמעותי של האינטרסים שלהם במוסדות התכנון, והם שותפים מלאים להליכי התכנון הנוגעים להם. למרבית ההתנחלויות בגדה המערבית יש תוכניות מתאר מפורטות ומעודכנות, המאפשרות את הרחבתן והוצאת היתרי בנייה. מנגד, הפלסטינים מודרים כליל ממערכת התכנון, ואין להם כל יכולת השפעה על הליכי התכנון. הבנייה במרבית הכפרים הפלסטינים מוגבלת באמצעות הקפאת המצב התכנוני שהיה קיים לפני למעלה מארבעה עשורים, באופן שאינו מאפשר בנייה ופיתוח. מדיניות האכיפה והריסת מבנים שהוקמו ללא היתר קפדנית בהרבה כלפי האוכלוסייה הפלסטינית מאשר כלפי זו הישראלית.

**חופש התנועה**, הנשמר בקפדנות במשפט הישראלי, הוא תנאי הכרחי למימושן של מרבית זכויות היסוד. בגדה המערבית יכולת זו של אדם לנוע נגזרת משיוכו הלאומי. מזה יותר מעשור מוטלות על הפלסטינים הגבלות תנועה הכוללות בין היתר מחסומים, חסימות, גדר הפרדה ואיסורי תנועה. הגבלות אלה מקשות על תנועתם בין אזורים השונים של הגדה ובתוך כל אזור. לעומת זאת, תנועתם של ישראלים מותרת כמעט ללא הגבלה במרבית שטחה של הגדה. אמנם, על רקע השיפור הניכר במצב הביטחוני הוקל בשנים האחרונות מצבם של הפלסטינים תושבי הגדה המערבית בכל הקשור לחופש התנועה, אולם תנועתם עודנה מוגבלת באופן ניכר ביחס לישראלים. כמו כן, הגבלות על המעבר בין עזה לגדה ועל העתקת המגורים לגדה פוגעים בזכותם של הפלסטינים לבחור את מקום מגוריהם ולקיים חיי משפחה.

הדוח שלפניכם מתאר את המשטר המשפטי הכפול והמפלה הנוהג בגדה המערבית. הפרק הראשון יספק רקע ויתאר את האופן שבו התפתחו שתי מערכות החוק הנפרדות בגדה. בפרקים הבאים תובא סקירה השוואתית של הדינים הנפרדים החלים על ישראלים ועל פלסטינים בתחומים השונים: הדין הפלילי, דיני התעבורה, חופש הביטוי וההפגנה, תכנון ובנייה, חופש התנועה והאפשרות לבחור מקום מגורים. הפרק השמיני והאחרון ידון בפגמים הנורמטיביים בתמונת המצב המתוארת, ובאופן שבו כפילות הדינים והאפליה הנובעת ממנה מפרים את עקרון השוויון, פוגעים בכבוד האדם ונוגדים את הוראות המשפט ההומניטרי הבינלאומי.

נציין כבר בראשית הדברים, כי דוח זה לא יעסוק במערכת המשפט שמקיימת הרשות הפלסטינית בחלקים מהגדה המערבית. במסגרת הסכמי הביניים (הסכמי אוסלו)<sup>4</sup> העבירה ישראל חלק מהאחריות השלטונית באזורים מסוימים בגדה לידי הרשות הפלסטינית.<sup>5</sup> כתוצאה מכך, מידת כפיפותם של התושבים הפלסטינים למערכת הדין הצבאית הישראלית שונה מאזור לאזור. תושבי המרכזים העירוניים (המכונים שטחי A) מושפעים פחות מהדין הצבאי לעומת פלסטינים החיים באזורים הכפריים (שטח C), אשר נשלטים באופן ישיר על ידי המפקד הצבאי כמעט בכל היבט של חייהם. יחד עם זאת, כיוון שישראל לא ויתרה על השליטה הכוללת בשטחי הגדה, אלו כמו אלו נותרו תחת ריבונותו של המפקד הצבאי, אשר ממשיך להחזיק ולהפעיל סמכויות שלטוניות, לרבות סמכות שיפוט, גם בשטחי A.<sup>6</sup> יתר על כן, שליטתו המלאה של צה"ל במרחב הכפרי משפיעה באופן עקיף אך ניכר על תושבי השטחים כולם.<sup>7</sup> הקמתה של הרשות

<sup>4</sup> חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה) התשנ"ו-1995. בגדה המערבית אומץ ההסכם באמצעות המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה ושומרון) מס' 7, התשנ"ו-1995.

<sup>5</sup> הסכמי אוסלו חילקו את הגדה לשלושה אזורים – A, B ו-C. ישראל ממשיכה להפעיל שליטה אזרחית וביטחונית מלאה בשטחי C, שמהווים כ-60% משטח הגדה. בשטחי B לישראל שליטה ביטחונית ולרשות הפלסטינית נתונה האחריות האזרחית. בשטחי A, שתופסים כ-18% משטח הגדה ובהם מתגוררת רוב האוכלוסייה הפלסטינית, ניתנה לרשות הפלסטינית אחריות אזרחית וביטחונית, למעט בתחומים שבהם ממשיך המפקד הצבאי להפעיל את סמכויותיו. יצוין, כי לרשות הפלסטינית ניתנה סמכות שיפוט לגבי פלסטינים בלבד, גם בשטחי A. הסמכות על ישראלים בשטחים נותרה לחלוטין בידי ישראל. ראו:

Celia Wasserstein Fassberg, *Israel and the Palestinian Authority: Jurisdiction and Legal Assistance*, 28 ISR. L. REV. 318 (1994).

<sup>6</sup> במסגרת הסכמי אוסלו נקבע כי תחיקת הביטחון תחול בכללותה בשטחי B ו-C וכי בתי המשפט הצבאיים יהיו מוסמכים לדון בכלל העבירות בשטחים אלה. בשטחי A הותר ההסכם בידי המפקד הצבאי את סמכות השיפוט לגבי עברות על רקע בטחוני שפגעו או שנועדו לפגוע באזור (סעיף 10 (ו) לצו בדבר הוראות ביטחון). בשנת 2007 הורחבה סמכות השיפוט של בתי המשפט הצבאיים על תושבי שטח A גם ביחס לעברות שעניין גניבת רכבים ישראליים (סעיף 10 (ז) ל צו בדבר הוראות ביטחון, שהוסף בתיקון מס' 96). כלומר, תחיקת הביטחון חלה במלואה על שטחי B ו-C, וביחס לשטחי A קיימת תחולה המוגבלת לעברות ביטחון ורכב.

לדיון בסמכויות השיפוט של בתי המשפט הצבאיים בגדה ראו:

Sharon Weill, *The Judicial Arm of the Occupation: the Israeli Military Courts in the Occupies Territories*, 89 INT'L RE. RED CROSS 405-406 (June 2007).

לדיון בסמכות השיפוט של בתי המשפט הצבאיים על שטחי A. ראו: ע (איו"ש) 3924/06 רביע מחמד ע/לטיף סעדי נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 17.10.2007).

דוגמה לאישום תושב שטח A בעברת גניבת רכב ראו בע (איו"ש) 111/00 איימן אסמעיל מחמד צרי נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 1.8.2000).

<sup>7</sup> בשל האופן שבו תוכננה החלוקה בין השטחים בהסכמי אוסלו, אזורי A ו-B המיושבים מוקפים בשטחי C. חלוקה זו מייצרת פרגמנטציה, שמטילה מגבלות על חופש התנועה ומקשה על ניהול חיים



הפלסטינית והעברתן של חלק מסמכויות השיפוט לידיה אמנם הוסיפו מורכבות לתמונת הדינים החלים על התושבים הפלסטינים בגדה, אולם לא שינו במאום את האופן שבו ישראל מנהלת את מערכת הדינים הכפולה **תחת שלטונה בשטחים**. ככל שיידרשו לעמוד מול רשויות השיפוט או האכיפה הצבאיות, פלסטיני שמתגורר בשטח A ופלסטיני שמתגורר בשטח C יופלו שניהם במידה שווה לעומת ישראלי המתגורר בגדה.

---

תקינים במרחב הפלסטיני. יש להבהיר כי ההגדרה של שטחי A, B ו-C יצרה חלוקה שלטונית לאורך קווים גיאוגרפים מלאכותיים, אשר אינם משקפים את האופן שבו תופסים התושבים הפלסטינים את המרחב שבו הם חיים, ואף על פי כן מייצרים עבורם אילוצים שונים. כך למשל, רוב עתודות הקרקע לבנייה ולפיתוח נמצאות בשטחי C. על כן, אף שסמכויות התכנון והבנייה בשטחי A ו-B הועברו לידי הרשות הפלסטינית, המפתח לפיתוח הגדה לטובת תושביה הפלסטינים נמצא במידה רבה בידי ישראל. ראו הרחבה בנושא בפרק החמישי לדוח זה.

## פרק ראשון: התפתחות שתי מערכות משפט

פרק זה יסקור בקצרה את התפתחותן של שתי מערכות הדינים והמשפט בגדה המערבית, מאז כיבושה ב-1967 ועד ימינו. כפי שיוצג להלן, עם תחילת הכיבוש כוננה ישראל בגדה המערבית משטר צבאי, והמפקד הצבאי באזור הכריז על עצמו כריבון. מכוח משטר זה הוקמה מערכת המשפט הצבאית בגדה המערבית. במקביל להתפתחותה של זו, התפתחה ויושמה מדיניות של החלת הדין הישראלי על ההתנחלויות ועל המתנחלים באזור – הן בתחום הפלילי הן במגוון תחומים אזרחיים.

### 1. הקמת מערכת המשפט הצבאית בגדה המערבית

מיד עם כיבושה של הגדה המערבית, ביום 7.6.1967, פרסם המפקד הצבאי **מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל**,<sup>8</sup> אשר כונן ממשל צבאי באזור, ו**מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט**,<sup>9</sup> שבמסגרתו הכריז על עצמו המפקד הצבאי כריבון החדש באזור ונטל לידיו את כלל הסמכויות של "שלטון, חקיקה, מינוי ומינהל לגבי האזור או תושביו". עוד נקבע במנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט כי המשפט שהיה קיים באזור עד לכיבושו ימשיך לעמוד בתוקפו, בכפוף למנשרי המפקד הצבאי ולצויו. הוראה זו, שנועדה להבטיח כי לא ייווצר ריק משפטי באזור, מתחייבת מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי, הקובע כי על המפקד הצבאי בשטח כבוש לקיים את המשפט המקומי שחל בשטח לפני הכיבוש.<sup>10</sup> נוסף על אלה פרסם המפקד הצבאי מנשר ומספר צווים, שכוננו דין פלילי ומערכת בתי משפט צבאיים.<sup>11</sup> מנשר וצווים אלה אוחדו בשנת 2009 **בצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון)** (להלן: צו בדבר הוראות ביטחון).<sup>12</sup>

הממשל הצבאי והדינים שנחקקו מכוחו הוחלו על כל שטח הגדה המערבית ויושביה, כך שגם המתישבים הישראלים באזור, כמו יתר תושבי המקום, היו כפופים למרותם של המפקד הצבאי ושל התחיקה הצבאית. כדברי השופט לנדוי בפרשת **אלון מורה**:

<sup>8</sup> מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (מס' 1), התשכ"ז-1967.

<sup>9</sup> מנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967.

<sup>10</sup> תקנה 43 לתקנות האג הנלוות לאמנת האג בדבר דיניה ומנהיגיה של הלחימה ביבשה (1907) (להלן: תקנות האג).

<sup>11</sup> מנשר בדבר כניסתו לתוקף של צו בדבר הוראות ביטחון (אזור הגדה המערבית) (מס' 3), התשכ"ז-1967, צו בדבר הוראות ביטחון, התשכ"ז-1967 וצו בדבר כינון בתי משפט צבאיים (צו מס' 3), התשכ"ז-1967.

<sup>12</sup> צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן: צו בדבר הוראות ביטחון).

"[...] הנורמה הבסיסית שעליה הוקם מבנה השלטון הישראלי ביהודה והשומרון בפועל הוא [כך במקור], כאמור, עד היום, נורמה של ממשל צבאי, ולא החלת המשפט הישראלי שיש עמו ריבונות ישראלית".<sup>13</sup>

## 2. החלת הדין הישראלי על מתנחלי הגדה המערבית

### א. החלת הדין הישראלי על ישראלים בחקיקה ישראלית

לכאורה, הממשל הצבאי והדינים שנחקקו מכוחו חלים על כל מי ששוהה באזור, כולל ישראלים, בין אם הם מבקרים באזור ובין אם הם מתגוררים בו. אולם מנקודת מבטן של הרשויות הישראליות, מן הראוי שענייניהם של יושבי היהודים של האזור יוסדרו על פי הדין הישראלי, כפי שהיה קורה לו היה מתגוררים בתוך מדינת ישראל ולא בשטח הכבוש. על כן, פעלו המחוקק הישראלי והמפקד הצבאי להחלה הדרגתית של הדין הישראלי על מתנחלים, ולהוצאתם, הלכה למעשה, מתחום שיפוטו של הדין הצבאי. הנחת המוצא שהנחתה את הרשויות הישראליות היתה כי, ככלל, אזרחים צריכים להיות כפופים לדין אזרחי ולהישפט בפני בתי משפט אזרחיים וכי לא ייתכן שהדין הצבאי ינהל את חייהם, בוודאי לא לאורך זמן. על פי תפיסה זו, תושביה הפלסטינים של הגדה המערבית הם החריג לכלל. כיוון שהם נתונים לשלטון צבאי בהתאם להוראות הדין הבינלאומי, אשר אוסר על החלתו של הדין הישראלי עליהם, אין ברירה לכאורה אלא להכפיף אותם למערכת המשפט הצבאית.

בהתאם לאותה תפיסה, וכיוון שהמחוקק הישראלי אינו יכול להחיל את הדין הישראלי על השטחים באופן טריטוריאלי מבלי להפר את האיסור בדין הבינלאומי על סיפוח, החילה הכנסת דינים ישראליים על המתנחלים באופן פרסונלי וחוץ-טריטוריאלי, באמצעות **תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית)**<sup>14</sup> (להלן: תקנות שיפוט בעבירות). תקנות אלו, המוארכות ומתוקנות מדי כמה שנים,<sup>15</sup> חלות על אזרחי ישראל המתגוררים בגדה המערבית, כמו גם על יהודים זכאי חוק השבות המתגוררים באזור, גם אם אינם אזרחי ישראל.<sup>16</sup> התקנות מחילות על **תושביה היהודים של הגדה המערבית את הדין הפלילי הישראלי**, גם בגין עבירות שביצעו בשטחי הגדה,

<sup>13</sup> בג"ץ 390/79 מחמד מוסטפה דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 4, 12 (1979) (להלן: פרשת אלון מורה). ראו גם בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2005) (להלן: פרשת חוף עזה).

<sup>14</sup> תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967.

<sup>15</sup> חוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשע"ב-2012.

<sup>16</sup> לעיל ה"ש 14, תקנה 6ב.

וכן **17 חוקים נוספים המנויים בתוספת לתקנות**, ובהם חוקים שעניינם כניסה לישראל, ביטוח בריאות ממלכתי, ביטוח לאומי, מס הכנסה ועוד.<sup>17</sup>

בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ביום 18.2.2002 בעניין הצעת החוק לתיקון ולהארכת התקנות, הסביר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד מני מזוז, את מטרתו:

"התקנות האלה נחקקו לראשונה בשנת 1967 מייד אחרי מלחמת ששת הימים. המטרה העיקרית שלהן היא לעשות סינכרון בין הדין הישראלי לבין הפעילות של מדינת ישראל בשטחים בהם חל דין אחר. הענין הלך והתרחב כאשר התחילה התיישבות ישראלית בשטחים. **אחת המטרות העיקריות של התקנות האלה היום היא להסדיר את מעמדם של המתיישבים הישראלים בשטחים שמצד אחד הם ישראלים, מצד אחר הם גרים במקום שעליו לא חל החוק הישראלי. הכוונה היא להחיל על הישראלים שגרים בשטחים את הדינים הישראלים ובראש וראשונה את הדינים העיקריים כמו חוק שירות בטחון, פקודת מס הכנסה, חוק מרשם האוכלוסין, חוק הביטוח הלאומי, חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תקנות התעבורה ועוד**".<sup>18</sup>

במהלך השנים תיקנה הכנסת חוקים שונים על מנת לאפשר את החלתם על מתנחלים המתגוררים בגדה המערבית, ובהם חוקים שעניינם מס הכנסה, הגנת הצרכן ועוד.<sup>19</sup> תיקון מס' 2 לחוק הבחירות לכנסת משנת 1970 קבע כי ישראלים המתגוררים בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל רשאים להצביע לבחירות לכנסת במקום מגוריהם.<sup>20</sup> תיקון זה מהווה חריג לעיקרון לפיו אין הצבעה מחוץ לגבולות ישראל, אלא לנציגי המדינה ולשליחיה.<sup>21</sup> ראוי להבהיר כי משמעות התיקון היא שמתנחלים ישראלים בגדה רשאים לקחת חלק בבחירת נציגים למוסדות השולטים עליה ככוח כובש, בעוד שלפלסטינים –

<sup>17</sup> בין 17 החוקים המנויים בתוספת לתקנות ניתן למנות את חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, פקודת מס הכנסה, חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשכ"ח-1968, פקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961, חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, חוק הירושה, התשכ"ה-1965, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ב-1962.

<sup>18</sup> פרוטוקול ישיבה מס' 488 של ועדת החוקה חוק ומשפט, 18.6.2002 (ההדגשה הוספה).

<sup>19</sup> חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 32), התשל"ח-1978, חוק מס ערך מוסף (תיקון מס' 3), התשל"ט-1979, חוק פיקוח על מצרכים (תיקון מס' 12), התשמ"ב-1982, חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה) (תיקון מס' 15), התשמ"ד-1984, חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 11), התשמ"א-1981, חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון מס' 10), התשנ"ה-1995 ועוד.

<sup>20</sup> חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 2), התשל"ל-1970. שולב כסעיף 147 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969.

<sup>21</sup> סעיף 6 לחוק הבחירות לכנסת.

תושביו המקוריים של אותו השטח, הכפופים גם הם לפעולות ולהחלטות של אותם מוסדות – אין אפשרות להשתתף בבחירתם ולהשפיע על אופן התנהלותם.

על ידי הרחבת תחולתם של דברי חקיקה ישראלים על מתנחלים בגדה המערבית, הקנה המחוקק הישראלי למערכת המשפט בישראל סמכות מקבילה לזו של מערכת המשפט הצבאית ביחס לתושבים אלה. התוצאה שהתקבלה היא, כי חרף היותו של המפקד הצבאי הריבון היחיד בגדה המערבית, רבים מתושביה כפופים למערכת משפט חיצונית, והוא אינו מפעיל את סמכויותיו כלפיהם. לא זו אף זו, המפקד הצבאי עצמו פעל בהרחבה לאורך השנים לשם החלת הדין הישראלי על מתנחלים, כפי שיתואר להלן.

### **ב. החלת הדין הישראלי על ישראלים בתחיקה צבאית**

בסוף שנות ה-70 ותחילת שנות ה-80 הרחיב המפקד הצבאי משמעותית את תחולתם של הדינים האזרחיים והמנהליים הישראליים על תושביה הישראלים של הגדה המערבית, באמצעות צווים שהוחלו על יישובים ישראלים בלבד באזור. שני הצווים המרכזיים הם אלה המסדירים את ניהול הרשויות המקומיות הישראליות: הצו בדבר ניהול מועצות מקומיות<sup>22</sup> והצו בדבר ניהול מועצות אזוריות.<sup>23</sup> צווים אלה ותקנון המועצות המקומיות<sup>24</sup> (להלן: התקנון) שהוצא מכוחם יצרו שני סוגים של יישובים בגדה המערבית: ערים וכפרים פלסטיניים, הכפופים לחוק הירדני ולפקודות הצבאיות, ומועצות מקומיות ואזוריות ישראליות, הכפופות לחוק הישראלי ונהנות מההטבות והתקציבים שמקנה החקיקה הישראלית. תחיקה זו העמיקה את הפערים העצומים בין הערים והכפרים הפלסטיניים לבין המועצות הישראליות בכל הקשור להקצאת משאבים, לשירותים, לתשתיות וכיו"ב.

תקנון המועצות המקומיות שפורסם ב-1981 מסדיר את אורחות חייהם של המתיישבים הישראלים המתגוררים בגדה המערבית. הוא מסדיר את ניהולן של המועצות המקומיות ואת סמכויותיהן להתקין חוקי עזר, לגבות מיסים, להעניק רישיונות על פי חוק רישוי עסקים, לקיים בחירות למועצה וכדומה. ההסדרים המשפטיים הכלולים בצווים ובתקנון מבוססים במידה רבה על החקיקה המוניציפלית החלה בישראל על מועצות מקומיות, ולרוב הועתקו מן החקיקה המקבילה בישראל במלואם, בשינויים המחויבים.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> צו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), התשמ"א-1981.

<sup>23</sup> צו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979.

<sup>24</sup> תקנון המועצות המקומיות (יהודה והשומרון), התשמ"א-1981 (להלן: התקנון).

<sup>25</sup> ע"א 287/95 נועם פדרמן נ' היועץ המשפטי למפקד איו"ש, פ"מ תשנ"ה(3) 177, 182 (1995).

התקנון קובע גם את ייסודם של בתי דין רבניים ובתי משפט לעניינים מקומיים, שהוקמו כדי לטפל בסוגיות בעלות אופי מוניציפלי הנוגעות ליישובים הישראליים בגדה.<sup>26</sup> בבוחנו את מטרת הקמתם של בתי המשפט לעניינים מקומיים בגדה, קבע בג"ץ כי אלה נועדו לאפשר תפקוד ראוי של הרשויות וניהול אורח חיים תקין של המתנחלים בתחומי המועצות. עוד עמד בג"ץ על כך שמטרת הקמתם של בתי משפט אלה הייתה כפולה: "מצד אחד, הקלה על ציבור המתדיינים הנזקק לשירותי בית-המשפט; מצד אחר, השוואה מרבית של ההליכים בבית-המשפט באזור להליכים בבתי-המשפט בישראל".<sup>27</sup>

סעיף 126 לתקנון המועצות המקומיות מסמיך את בתי המשפט לעניינים מקומיים לדון בשורה ארוכה של עניינים אזרחיים ופליליים, הן על פי התחיקה הצבאית הן על פי החקיקה הישראלית. העניינים האזרחיים המרכזיים שבהם מוסמכים בתי המשפט לעניינים מקומיים לדון על פי התחיקה הצבאית הם תכנון ובנייה,<sup>28</sup> תעבורה,<sup>29</sup> דיני עבודה,<sup>30</sup> ורשויות מקומיות.<sup>31</sup> נוסף על כך, הסעיף מרחיב משמעותית את הדין הישראלי החל על תושבי ההתנחלויות, וזאת באמצעות נספחים 1-12 לתקנון, הכוללים שנים-עשר תחומים שבהם הוחלו החוקים הישראליים על ההתנחלויות, וניתנה לבתי המשפט המקומיים סמכות השיפוט בעניינם: דיני רווחה, דיני סטטיסטיקה, דיני משפחה, דיני חינוך, דיני בריאות, דיני עבודה, דיני חקלאות, דיני בתים משותפים, דיני איכות הסביבה, דיני צרכנות, תעשייה ומסחר, דיני תקשורת ודיני דתות. כן מוסמכים בתי המשפט לעניינים מקומיים לדון בתביעות קטנות<sup>32</sup> ובענייני הוצאה לפועל.<sup>33</sup>

סעיף 126 לתקנון אף מסמיך את בתי המשפט לעניינים מקומיים לדון בעבירות פליליות הנגזרות מכל אחד מדברי החקיקה המנויים לעיל ואשר בוצעו בתחום שבו חל התקנון. בתקנון נקבע במפורש כי סמכות בתי המשפט בעניינים פליליים קמה רק כאשר

<sup>26</sup> עת"מ (אריאל) 6/07 המרכז האוניברסיטאי אריאל נ' מל"ג אינ"ש (לא פורסם, 24.3.2008).

<sup>27</sup> בג"ץ 336/99 דלתא השקעות ומסחר (קרני שומרון) בע"מ נ' בתי המשפט לעניינים מקומיים באריאל, פ"ד נה(3) 246, 259 (2001) (ההדגשה הוספה).

<sup>28</sup> צו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א-1971.

<sup>29</sup> צו בדבר חוק התעבורה (יהודה והשומרון) (מס' 56), התשכ"ז-1967, צו בדבר תעבורה (סדרי תנועה) (יהודה והשומרון) (מס' 399), התשל"ל-1970.

<sup>30</sup> הסמכות בעניין דיני עבודה מוקנית לבתי המשפט המקומיים ביחס לתחיקה הצבאית ולחקיקה הישראלית גם יחד. התחיקה הצבאית הנכללת בתוספת הינה הצו בדבר מתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (יהודה והשומרון) (מס' 997), התשמ"ב-1982 והצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסויימים (יהודה והשומרון) (מס' 967), התשמ"ב-1982.

<sup>31</sup> סעיף 126(ב) לתקנון, לעיל ה"ש 24.

<sup>32</sup> סעיף 138 לתקנון.

<sup>33</sup> סעיף 137 לתקנון.

הנאשם הינו תושב או אזרח ישראל.<sup>34</sup> כמו כן משמש בית המשפט לעניינים מקומיים **כבית משפט לנוער.**<sup>35</sup>

נוסף על כל אלה, בשנת 1996 הועבר הפיקוח על הרשויות המקומיות היהודיות בגדה המערבית מהממונה על היישובים הישראליים במנהל האזרחי למשרד הפנים. כך, בעוד הרשויות הפלסטיניות בשטח C מפוקחות על ידי המנהל האזרחי, הפיקוח על היישובים הישראליים בגדה זהה לפיקוח על רשויות מקומיות בתוך ישראל.

כפי שעולה מהאמור לעיל, על תושביה הישראליים של הגדה המערבית הוחל עיקר החקיקה הישראלית. מצב דברים זה יצר מערכת משפט חדשה, אשר כונתה על ידי הפרופסור אמנון רובינשטיין "משפט המובלעות".<sup>36</sup>

### **ג. החלת הדין הישראלי על ישראלים באמצעות פסיקת בתי המשפט בישראל**

בתי המשפט בישראל משרישים את ההפרדה בין מערכות המשפט בגדה על ידי החלת הדין הישראלי על מתנחלים כל אימת שהם סבורים כי הדבר אפשרי. הם עושים זאת לא רק כאשר הדין מחייב זאת, אלא גם במקרים שבהם הדין הפקיד בידיהם את זכות הבחירה, ולעתים אף מרחיבים את תחולתו של הדין הישראלי על מתנחלים מיוזמתם שלהם. בתי המשפט מתייחסים להתנחלויות בשטחים כאל "אי ישראלי" שאין אלא להחיל עליו את הדין הישראלי.<sup>37</sup> על תפיסת בתי המשפט בעניין זה אפשר ללמוד גם מדבריו של השופט רובינשטיין:

"ה'מובלעות' הן מעין 'איים' שעליהם הוחלו דיני ישראל על ידי נקיטת דרכים משפטיות, ומתוך הנחה כי אין הבדל של ממש בתחומים רבים בין הדין החל בישראל לבין זה הצריך לחול במובלעות אלה. דומה כי בהקשר זה תוצאה ראויה תביא ליצירת אחידות, ככל הניתן, בין המשפט החל בתוך המובלעות, לבין המשפט המסדיר את קיומן וסמכויותיהן. **באזרחי ישראל עסקינן, שההנחה היא כי עיקרי חיייהם צריכים להיות קרובים ככל האפשר לאלה של שאר אזרחי ישראל.**"<sup>38</sup>

<sup>34</sup> סעיף 136 לתקנון.

<sup>35</sup> סעיף 138 לתקנון.

<sup>36</sup> רובינשטיין, לעיל ה"ש 3, בע' 450.

<sup>37</sup> איריס קנאור "ישראל והשטחים: על משפט בינלאומי פרטי, משפט בינלאומי פומבי ומה שביניהם" **משפט וממשל** ח (2005).

<sup>38</sup> בג"ץ 10104/04 **שלום עכשיו נ' הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון**, סא (2) 93 בעמ' 14 לפסק הדין (2006), (ההדגשה הוספה).

## ג.1. החלת הדין הישראלי על סכסוכים אזרחיים בין ישראלים לפלסטינים

בפני בתי המשפט בישראל מובאים סכסוכים אזרחיים רבים בין תושבי הגדה המערבית לבין אזרחי ישראל המתגוררים בה. בבואם ליישב סכסוכים אלה, על בתי המשפט לקבוע מהו הדין שיחילו עליהם. סקירת הפסיקה מהשנים האחרונות מגלה כי בתי המשפט נוטים להעדיף, באופן מובהק, להחיל את הדין הישראלי על סכסוכים שכאלה.<sup>39</sup> כלומר, הדרך המרכזית שבה הרחיבו בתי המשפט בישראל את תחולת הדין הישראלי היא באמצעות כללי ברירת הדין של המשפט הבינלאומי הפרטי.

כל הנוגע לסכסוכי עבודה בין ישראלים לפלסטינים, בית המשפט העליון קבע באופן עקבי כי הדין שחל הוא הדין הישראלי. בשנת 2004, בפסק דין שניתן בפרשת **ינון**,<sup>40</sup> בית המשפט שב והצהיר כי חרף העובדה שבהתאם לכללי המשפט הבינלאומי חלים על שטחי הגדה המערבית הדינים הירדניים והצבאיים, הרי שכללי ברירת הדין של המשפט הבינלאומי הפרטי עשויים לקבוע כי על סכסוך מסוים חל הדין הישראלי.<sup>41</sup> אז סקר בית המשפט את כללי ברירת הדין בנזיקין, וקבע כי על בסיס העיקרון הטריטוריאלי, הדין שיחול על סכסוך נזיקי הוא הדין החל בטריטוריה שבה בוצעה העוולה ("דין מקום ביצוע העוולה"). עם זאת ציין בית המשפט כי במקרים שבהם "מצויה מדינה אחרת אשר לה זיקה הדוקה יותר באופן משמעותי לעוולה", יש לחרוג מן הכלל בדבר דין מקום ביצוע העוולה.<sup>42</sup>

בבואו ליישם את הכלל ואת החריג לו על הסכסוך שבפניו, שקל בית המשפט אם יש מקום להחיל את דין מקום ביצוע העוולה, הוא הדין הירדני, או שמא יש לסטות מכלל זה ולהחיל את החריג, הוא הדין הישראלי. בית המשפט קבע כי במקרה זה "החריג זועק ליישום", שכן נוכח התחולה האישית והחוץ-טריטוריאלי של חלקים נרחבים מהמשפט הישראלי על ישראלים הגרים בגדה המערבית, הרי שלא מתקיימים יסודות הכלל בדבר מקום ביצוע העוולה. עוד קבע בית המשפט כי:

"אופיו המשפטי, מנקודת הראות של המשפט הישראלי הפנימי, של היישוב הישראלי כ'מובלעת' – אשר אינה כפופה בפועל למשפט החל

39 ראו:

Michael Karayanni, *CONFLICTS IN A CONFLICT: A CONFLICT OF LAWS CASE STUDY ON ISRAEL AND THE PALESTINIAN TERRITORIES* (Oxford, 2014).

כן ראו קנאור, לעיל ה"ש 37, בעמ' 556.

<sup>40</sup> פסק הדין בעניין ע"א 1432/03 **ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן**, פ"ד נט(1) 345 (2004) (להלן: פרשת **ינון**). בית המשפט העליון דן בשאלה איזה דין חל על סכסוך בין פלסטינית תושבת הגדה המערבית לבין מעסיקתה, חברה ישראלית, על רקע תאונת עבודה שהתרחשה באזור.

<sup>41</sup> שם, בעמ' 356.

<sup>42</sup> שם, בעמ' 373-374.



באותה טריטוריה – הוא ההופך את הקשר בין העוולה לבין המדינה שדינה היה ברגיל דין מקום ביצועה, למקרי. הזיקה של פעולות משפטיות פרטיות המבוצעות באותם יישובים שבשטחים לבין מדינת ירדן היא חסרת נפקות במקרה הזה. הדבר משתקף בצפיפותיהם של התושבים הישראלים".<sup>43</sup>

בשנת 2005, שנה לאחר פסק הדין בפרשת **ינון**, שב ופסק בית המשפט העליון, בשבת כבית המשפט הגבוה לצדק, בסוגיית הדין החל על סכסוכים אזרחיים בין ישראלים לפלסטינים.<sup>44</sup> בית המשפט דן בשאלה איזה דין חל על יחסי העבודה שבין פלסטינים המועסקים בהתנחלויות לבין מעסיקהם הישראלים. בהתאם לפסיקתו בפרשת **ינון**, גם בפרשת **קו לעובד** קבע בית המשפט כי העיקרון הטריטוריאלי מאבד מכוחו כאשר מדובר ביישובים הישראליים בגדה המערבית, נוכח קיומו של "משטר שבמסגרתו חלות בפיסת שטח אחת מערכות דינים שונות".<sup>45</sup> לאחר שבחן את יתר הזיקות, קבע בית המשפט כי ראוי שיחול על יחסי העבודה במקרים אלה הדין הישראלי.<sup>46</sup>

חשוב לציין, כי במקרים רבים החלת הדין הישראלי על מעסיקים ישראלים של עובדים פלסטינים מיטיבה עם העובדים ופועלת למיצי טוב יותר של זכויותיהם, זאת בשל ההגנות שמעניקים דיני העבודה וחוקי המגן בישראל.<sup>47</sup> עם זאת, הדוגמאות שיובאו להלן ממחישות את האופן שבו נעשה שימוש בכללים משפטיים לשם הפעלת משטר משפטי

<sup>43</sup> שם, בעמ' 378.

<sup>44</sup> עניין **קו לעובד**, לעיל ה"ש 1.

<sup>45</sup> שם, בעמ' 26.

<sup>46</sup> בית המשפט פנה לניתוח השאלה באופן דומה לדרך שבה נקט בפרשת **ינון**. הוא פתח את דבריו בקביעה כי בעוד שהמשפט הבינלאומי הפומבי קובע מהו הדין שיחול בשטח נתון, כללי המשפט הבינלאומי הפרטי קובעים מהו הדין שיחול על סכסוך פרטי קונקרטי. בבחינתו את כללי ברירת הדין של המשפט הבינלאומי הפרטי, עמד בית המשפט על כך שדיני עבודה הם מקרה פרטי של דיני החוזים, ועל כן הבהיר כי בניגוד לקביעתו בפרשת **ינון** באשר לכלל הטריטוריאלי, בדיני החוזים נדרשת גמישות גדולה יותר, ועל כן לא תינתן עדיפות לזיקה מסוימת מראש, ובמקום זאת "ראוי לבחון בכל מקרה ומקרה את מכלול הזיקות לפי טיבן ומשקלן היחסי בנסיבות המקרה" (בעמ' 16). עם זאת, קבע בית המשפט כי המבחן המקובל לברירת הדין בדיני החוזים הינו הסמכת הצדדים, ובהיעדר הסכמה שכזו – מבחן "מירב הזיקות" (בעמ' 19). בית המשפט המשיך וקבע כי כלל ברירת הדין בדיני עבודה יושפע הן מההסכמה בין הצדדים הן מתפיסות היסוד הקוגנטיות של דיני העבודה, כך שמקום בו לא הוסכם בין הצדדים מהו הדין שיחול, יוחל מבחן "מירב הזיקות", והמשקל שיינתן לזיקות יותאם לתפיסות יסוד אלו. בבואו להכריע בעתירות שהונחו לפניו, בהיעדר הסכמה בין הצדדים בדבר הדין החל על יחסיהם, בחן בית המשפט את השאלה באמצעות מבחן "מירב הזיקות". בהתאם לפסיקתו בפרשת **ינון**, קבע בית המשפט כי העיקרון הטריטוריאלי מאבד מכוחו כאשר מדובר ביישובים הישראליים בגדה המערבית, נוכח קיומו של "משטר שבמסגרתו חלות בפיסת שטח אחת מערכות דינים שונות" (בעמ' 26).

<sup>47</sup> Michael M. Karayanni, *Choice of Law under Occupation: How Israeli Law Came to Serve Palestinian Plaintiffs*, 5 J. PRIVATE INT'L L.1 (2009).

באזור מסוים בהתאם לנוחות ולמטרה, ובניגוד לכללים אחרים החלים באזור מכוח דיני הכיבוש.

## ג.2. החלה מפורשת של הדין הישראלי על ישראלים בלבד באמצעות פרשנות לחוקי היסוד

הרחבת תחולתו של הדין הישראלי על המתנחלים, והעמקת ההפרדה בדינים בינם לבין הפלסטינים המתגוררים בשטחים, קיבלה ביטוי מובהק נוסף בפסיקת בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין התוכנית לפינוי יישובי מועצת חוף עזה ותושביהם (תכנית ההתנתקות).<sup>48</sup> בשורה ארוכה של עתירות הועלו טענות בדבר אי-חוקתיותו של החוק שבמסגרתו נקבעה תכנית הפינוי. בבוחנו את הטענות דן, ביקש בית המשפט לפתוח בבדיקת תחולתם של חוקי היסוד על מתיישבים ישראלים בשטחים, בהיותם שטחים הנתונים לתפיסה לוחמתית של מדינת ישראל.<sup>49</sup> בהקשר זה ראוי לציין כי הגם שעמדת המדינה הייתה כי "קיימות כמה אינדיקציות לכך שחוקי היסוד הם בעלי תחולה טריטוריאלית", בעיקר כאשר המפקד הצבאי פועל מכוח המשפט הבינלאומי ולא מכוח הסמכה בחוק, טענה המדינה בד בבד כי לצורך הדיון בעתירות היא מוכנה להניח כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל בעניינם של העותרים. עוד ציינה המדינה כי אין צורך להכריע בשאלת התחולה הישירה של חוקי היסוד באזור, ודי בעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית לשם הכרעה בעתירות.<sup>50</sup> בית המשפט לא הסתפק בהסכמת המדינה לדון בעתירות כאילו אין מחלוקת בדבר תחולת חוקי היסוד בהקשר זה, וקבע כי נוכח כוונתו להורות על בטלות או על צמצום כמה מהוראות החוק שבמחלוקת, עליו להכריע בדבר תחולתם האקסטרטוריאלית-פרסונלית של חוקי היסוד על ישראלים יושבי השטחים:

**"לדעתנו, חוקי היסוד מעניקים זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה. היא פרי התפיסה כי על ישראלים המצויים מחוץ למדינה אך באזור הנתון לשליטתה בדרך של תפיסה לוחמתית חלים חוקי היסוד של המדינה באשר לזכויות האדם".<sup>51</sup>**

<sup>48</sup> בג"ץ חוף עזה, לעיל ה"ש 13.

<sup>49</sup> שם, בפסקה 76 לפסק דינו של הנשיא ברק.

<sup>50</sup> שם, בפסקה 78 לפסק דינו של הנשיא ברק.

<sup>51</sup> שם, בפסקאות 79-80 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשות הוספו).

על ההלכה בדבר תחולת חוקי היסוד על ישראלים המתגוררים בשטחים חזר בית המשפט בשורה ארוכה של פסקי דין בשנים האחרונות.<sup>52</sup> אולם לצד קביעה מפורשת זו, בחר בית המשפט להשאיר ב"צריך עיון" את השאלה הרחבה בדבר תחולתם הטריטוריאלית של חוקי היסוד על הפלסטינים המצויים בשטח שבשליטת ישראל.<sup>53</sup> בית המשפט מחיל לעתים את חוקי היסוד על הפלסטינים בשטחים במסגרת דיונים בעתירות המכוונות נגד החלטותיו ופעולותיו של המפקד הצבאי באזור; עם זאת, במקרים אלה נעשה הדבר מתוך התפיסה כי המפקד הצבאי, בהשתייכו לשלטון הישראלי, חב בחובות מסוימות על פי חוקי היסוד, ולא מתוך השקפה כי לאוכלוסיה הפלסטינית ישנן זכויות מכוח חוקי היסוד. כך אף על פי דברי בית המשפט:

"למשפט הישראלי אין אמנם תחולה ישירה באזור, אך בית-משפט זה מחיל את עקרונות היסוד שלו על המפקד הצבאי באזור ועל פקודיו מכוח הסמכות הפרסונאלית, בהיותם נמנים עם רשויות המדינה ופועלים שם בשירותה".<sup>54</sup>

ברוח זו, גם בתי המשפט הצבאיים, שבהם נשפטים בעיקר פלסטינים, קבעו שוב ושוב כי הם אינם כפופים לחוקי היסוד של מדינת ישראל אלא לדין הבינלאומי החל באזור, אם כי "רוחם" של חוקי היסוד מרחפת מעל פסיקתם.

**לסיכום**, במהלך השנים נוצרה הבחנה ברורה בין הדין החל על מתיישבים ישראלים בגדה המערבית, לבין הדין החל על התושבים הפלסטינים במקום. הדבר נעשה באמצעות החלה פרסונלית של הוראות שונות בדין הישראלי על תושבי ההתנחלויות – על ידי חקיקה של הכנסת, תחיקה צבאית, ופסיקת בתי המשפט הישראליים.<sup>55</sup> פרופ' רובינשטיין מתאר את תוצאתה של השיטה המשפטית הייחודית שנוצרה כך:

"תושב מעלה אדומים, למשל, כפוף לכאורה למימשל הצבאי ולמשפט הירדני המקומי, אך למעשה הוא חי על פי דיני ישראל הן מבחינת משפטו האישי והן מבחינת הרשות המקומית בה הוא מתגורר.

<sup>52</sup> ראו לדוגמה בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005); בג"ץ 4101/10 עקיבא הכהן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 1.7.2010); וכן בג"ץ 8222/08 חברת "דווקא" בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם בנבו, 21.12.2009).

<sup>53</sup> לדוגמה ראו: בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, תק-על 2006(4) 3675, 3686 (2006).

<sup>54</sup> בג"ץ 3940/92 ג'ראר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד מז(3) 298, 305 (1993).

<sup>55</sup> אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כך ב 928-927 (2005).

## המימשל הצבאי אינו אלא שלט, דרכו פועלים החוק והמימשל הישראליים".<sup>56</sup>

אם כן, סקרנו את האופן שבו הופרדו המשטרים המשפטיים שישראל מחילה על ישראלים ופלסטינים בגדה המערבית. בפרקים הבאים נסקור כמה מהתחומים בהם חל משטר משפטי נפרד, באופן מלא או חלקי, על ישראלים ועל פלסטינים החיים באותו אזור: הדין הפלילי, דיני התעבורה ודיני התכנון והבנייה. נוסף על אלה נבקש להצביע על ההבדלים בהכרה בזכותם של ישראלים ופלסטינים לחופש תנועה ולחופש מחאה, וביכולתם של אלה האחרונים לממש זכויות אלה. על פי רוב, ההבדלים שנתאר עולים מהדין הכתוב. במקומות שבהם נתייחס למדיניות האכיפה הנבדלת של החוקים השונים על ישראלים ופלסטינים נציין זאת במפורש.

---

<sup>56</sup> רובינשטיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 456.

## פרק שני: הדין הפלילי

שני אנשים תושבי אזור חברון מתקוטטים בתוך שטח הגדה המערבית ונעצרים. אחד מהם, יהודי תושב קריית ארבע, מובא לתחנת משטרה קרובה, נחקר מיד בידי שוטר ומובא תוך 24 שעות לדין בבית משפט שלום בירושלים. בדיון, בית המשפט מחליט להורות על שחרורו בתנאי ערובה; אין מדובר בתיק חמור במיוחד, והנאשם טוען להגנה עצמית. השני, פלסטיני תושב חברון, נעצר למשך 96 שעות לפני הבאתו בפני שופט צבאי. הוא נחקר, הלכה למעשה, רק פעם אחת במהלך תקופה זו בחשד לתקיפה על רקע לאומני, הנחשבת לעברת ביטחון, מואשם ונשפט בפני בית משפט צבאי, שם הוא צפוי לעונש מאסר ממושך.

לא מדובר בתרחיש דמיוני או תיאורטי, אלא במצב הדברים הנוהג בגדה המערבית, בה פועלות שתי מערכות משפט פליליות נפרדות ושונות – ישראלית וצבאית. זהות החשוד או הנאשם היא הקובעת איזה דין יחול עליו, ולמי תהיה סמכות השיפוט בעניינו: תושב ההתנחלויות המואשם בביצוע עברה פלילית יישפט על פי הדין הפלילי הישראלי, בפני בית משפט בישראל, בעוד שפלסטיני תושב הגדה המואשם בביצוע עברה דומה (וכפי שיוסבר להלן, לעתים גם ערבי אזרח או תושב ישראל), יישפט על פי תחיקת הביטחון בפני אחד מבתי המשפט הצבאיים.

### 1. ההפרדה בדין הפלילי – המסגרת החקיקתית

מיד עם כינונו של הממשל הצבאי בגדה המערבית ונטילת סמכויות השלטון על ידי המפקד הצבאי, הוחל על תושבי הגדה המערבית הדין הצבאי, ולבתי המשפט הצבאיים הוקנתה הסמכות לדון בענייניהם, באמצעות הצו בדבר הוראות בטחון (אזור הגדה המערבית), התשכ"ז-1967. לימים תוקן הצו ואוחד עם צווים אחרים במסגרת הצו **בדבר הוראות ביטחון**.<sup>57</sup>

לכאורה, תחולתו של הדין הצבאי על שטחי הגדה המערבית הינה טריטוריאלית, וחלה על כל תושבי האזור, ובכלל זאת תושבי ישראלים. אלא שחרף זאת, מתקיימת בגדה הפרדה כמעט מוחלטת במערכות המשפט הפלילי. כפי שתואר לעיל, **תקנות שיפוט בעברות הרחיבו את תחולתו של הדין הפלילי הישראלי באופן פרסונלי על תושביה הישראליים של הגדה המערבית**, והקנו לבית המשפט בישראל סמכות שיפוט ביחס

<sup>57</sup> צו בדבר הוראות ביטחון, לעיל ה"ש 12.

לישראלים המבצעים עברות בשטחי הגדה – **"הסמכות הישראלית האמורה משתרעת הן על שאלת הדין והן על שאלת הדיין"**.<sup>58</sup> כדברי השופט לוין:

"היתה זו מטרתן התחיקתית של התקנות להשוות את דינו של ישראלי, שעבר עבירה ב'אזור', לדינו של ישראלי, שעבר עבירה דומה בישראל, לפי עקרונות פרסונאליים מובהקים; **משל כאילו נושא עמו הישראלי בכליו, עם כניסתו לאזור, את הדין הישראלי**".<sup>59</sup>

התקנות העניקו לבתי המשפט הישראליים **סמכות מקבילה** לזו של בתי המשפט הצבאיים לשפוט ישראלים המתגוררים בשטחים. ואולם, כפי שיפורט להלן, בהתאם למדיניות של פרקליטות המדינה, מתנחלים המבצעים עברות בשטחי הגדה המערבית מועמדים לדין אך ורק בפני בתי המשפט בישראל.

#### **א. ההפרדה בדין הפלילי – מדיניות פרקליטות המדינה**

ישראלים המתגוררים בגדה המערבית כפופים מבחינה פורמלית לשתי מערכות משפט פליליות: הצבאית, החלה עליהם בהיותה הדין הטריטוריאלי החל באזור, והישראלית, שהוחלה עליהם באופן פרסונלי באמצעות תקנות שיפוט בעברות. עם זאת, חרף האפשרות להעמיד לדין ישראלים על פי התחיקה הצבאית, מדיניותה של פרקליטות המדינה היא שלא לעשות כן.

מדיניותה של פרקליטות המדינה בדבר אי העמדתם לדין של מתנחלים בפני בתי המשפט הצבאיים אינה מעוגנת בנהלים כתובים, אך מסמכים רשמיים מלמדים על קיומה והנחלתה.<sup>60</sup> גורמי אכיפת החוק מתייחסים למדיניות זו כעניין הברור מאליו מזה שנים. למשל, כך השיב דובר צה"ל ביום 12.11.2007 לפניית ארגון יש דיין בעניין:

"אכן, לבתי המשפט הצבאיים סמכות טריטוריאליה לשפוט כל מי שעבר עבירה בשטח השיפוט שלהם. עם זאת, **מאז תחילת שנות השמונים קבע היועץ המשפטי לממשלה כמדיניות שאזרחי מדינת ישראל לא יעמדו לדין בפני טריבונאל צבאי**".<sup>61</sup>

<sup>58</sup> ע"פ 163/82 דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1), 622, 631 (1983) (להלן: עניין דוד).

<sup>59</sup> ע"פ 831/80 צובא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2), 169, 174 (1982) (להלן: עניין צובא) (ההדגשה הוספה).

<sup>60</sup> ראו לדוגמה סיכום ישיבה בלשכת פרקליטת המדינה מיום 14.2.1992 בנושא "מעצר תושבי שטחים שביצעו עבירה בישראל ומעצר תושבי ישראל שביצעו עבירה בשטחים", בעמ' 3. עותק ברשות האגודה לזכויות האזרח.

<sup>61</sup> ליאור יבנה **משפטים בחצר האחורית: מימוש זכויות ההליך ההוגן בבתי המשפט הצבאיים בשטחים** בעמ' 43 (יש דיין, דצמבר 2007) (להלן: **משפטים בחצר האחורית**) (ההדגשות הוספו).

דו"ח ועדת שמגר לבדיקת הטבח במערת המכפלה הצביע על התפיסה העומדת בבסיסה של מדיניות זו:

"אף שקיימת סמכות מקבילה לבתי המשפט הצבאיים ולבתי המשפט בישראל לדון ישראלים, המדיניות ככלל היא שלא להגיש כתבי אישום נגד ישראלים תושבי האזור או תושבי ישראל שעברו עבירה באזור, אלא לבתי המשפט בישראל; אם כי בעבר היו מקרים בהם הובאו ישראלים לדין בפני בתי משפט צבאיים. **הטעם למדיניות המעדיפה את השיפוט בישראל נעוץ, כפי שהסביר לנו תא"ל אילן שיף, הפרקליט הצבאי הראשי, בתפיסה החוקתית, העומדת גם ביסוד החוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום הנ"ל, לפיה 'במדינה נאורה כאשר המים לא מגיעים עד נפש, וכאשר אין מצב מאוד מאוד מיוחד במינו, ותודה לאל למצב כזה לא הגענו, מי שמטפל באזרחים [...] היא המערכת האזרחית כולה כולל מערכת החקירות**"<sup>62</sup>.

כתוצאה מהשילוב של תקנות שיפוט בעבירות עם מדיניות של פרקליטות המדינה, הנורמות הפליליות החלות על מתנחלים תושבי הגדה זהות לאלה החלות על אזרחים המתגוררים בתוך ישראל.<sup>63</sup> המקרים היחידים שבהם עניינם של מתנחלים נדון על ידי שופטים צבאיים הם כאשר המתנחלים מערערים על צווים מנהליים המוצאים נגדם, ובכלל זה מעצרים מנהליים המופעלים כלפיהם לעתים מכוח תחיקת הביטחון (ולא מכוח **חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים)**), התשל"ט-1979, שמעגן את הסמכות להטיל מעצר מינהלי על אזרחי ישראל).<sup>64</sup> במקרים אלו בית המשפט הצבאי, או גורם מטעמו, הוא הסמכות האחראית לביקורת השיפוטית.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה בחברון, **דו"ח הוועדה** 160 (התשנ"ד-1994) (להלן: **דוח ועדת שמגר**) (ההדגשות הוספו).

<sup>63</sup> הפסיקה דחתה את הגישה המצמצמת שנקבעה **בעניין צובא** ולפיה עבירות בעלות זיקה מקומית-ישראלית ספציפית לא יחולו אם התבצעו בגדה ("הגישה המוחשית"). **בעניין דוד**, נקבעה ההלכה המרחיבה לפיה כל מעשה או מחדל שהתרחשו בגדה מהווים עברה בישראל אילו התרחשו בה באמצעות המרה היפותטית של הנתונים העובדתיים. כך, אם קיימת עברה מקבילה בחוק הישראלי, אפשר להעמיד לדין ישראלים על עברות שבוצעו בגדה ("הגישה המושגית"). ב-בש"פ 2762/08 **לנדסברג נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.4.2008) הוחלה הגישה המושגית, ונקבע כי בתי המשפט בישראל מוסמכים לדון במקרים של כניסת ישראלים לשטח סגור בגדה המערבית.

<sup>64</sup> ראו לדוגמה בג"ץ 2612/94 **שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד מח(3) 675 (1994).

<sup>65</sup> בהתאם לסעיף 287 לצו בדבר הוראות ביטחון, ביקורת שיפוטית על מעצר מינהלי צריכה להתבצע על ידי שופט בית המשפט הצבאי שדרגתו לפחות רב-סרן. לעומת זאת, ביקורת על צווי הגבלה ופיקוח נעשית על ידי ועדת ערעורים, שממנה נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים ובה לפחות חבר אחד שהוא שופט בדרגת רב-סרן לפחות (סעיף 296(ג) לצו בדבר הוראות ביטחון).

## ב. ההפרדה בדין הפלילי – מדיניות הפרקליטות הצבאית

סעיף 10 לצו בדבר הוראות בטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 מעניק לבתי המשפט הצבאיים בשטחים סמכויות טריטוריאליות ואקס-טריטוריאליות לשפוט כל אדם שעבר עברה, בשטחים או מחוצה להם, תהא אזרחותו אשר תהא – ישראלית, פלסטינית או אחרת: "בית משפט צבאי מוסמך לדון בכל עבירה שהוגדרה בתחיקת בטחון ובדין". אולם הנחיות התביעה הצבאית הראשית בדבר "העמדה לדין של מי שאינם תושבי האזור" קובעת, כי ברירת המחדל היא שאזרחי ישראל ותושביה יועמדו לדין בבתי המשפט האזרחיים בישראל.

עם זאת, כאשר מירב הזיקות של הנאשם ושל העברה המיוחסת לו הן לגדה המערבית, התביעה רשאית להחליט על העמדתו לדין בבית משפט צבאי, גם אם מדובר באזרח או בתושב ישראל. מבחן "מירב הזיקות" בוחן את מידת הזיקה של החשוד לישראל ואת מרכז חייו בפועל, כמו גם נתונים נוספים ובהם טיב העברה וחומרתה וקיומם של שותפים לביצוע העברה מהאזור.<sup>66</sup>

החקיקה והמדיניות של גופי התביעה אינן מבחינות בין אזרחי ישראל השונים, ועל פניו הינן שוויוניות. אלא שבחינת יישומן בפועל מלמדת, כי ישנה הבחנה בין אזרחי ישראל היהודים לאזרחיה הערביים: מאז שנות ה-80, כל האזרחים הישראלים שהועמדו לדין בפני בתי המשפט הצבאיים היו ערבים אזרחי ישראל או תושביה.<sup>67</sup> הלכה למעשה, נמנעת התביעה הצבאית מלהעמיד לדין בבתי המשפט הצבאיים מתנחלים, אך עושה כן ביחס לאזרחי ישראל הערבים, הן בעברות בטחון הן בעברות פליליות אחרות,<sup>68</sup> וזאת באמצעות הפעלתו של מבחן "מירב הזיקות" אך ביחס לאחרונים.

מבחן "מירב הזיקות" כלל אינו מיושם ביחס לנאשמים שהינם ישראלים יהודים, גם כאשר, על פניו, יישומו יכול היה להוביל להעמדתם לדין בפני בתי המשפט הצבאיים, כמו במקרים שבהם מתנחלים ביצעו עברות נגד פלסטינים בשטחי הגדה המערבית.<sup>69</sup> במקרים כאלה, הזיקה היחידה שבין העברה ומבצעה לבין מדינת ישראל היא אזרחותו של הנאשם.

<sup>66</sup> הנחיות התביעה הצבאית הראשית: העמדה לדין של מי שאינם תושבי האזור (6.01.2005).

<sup>67</sup> בשנות ה-70 הועמדו לדין בפני בתי המשפט הצבאיים מפגינים ישראלים מארגוני שמאל, ובשנות ה-80 הועמדו שם לדין מפגינים על רקע פינוי חצי האי סיני. משפטים בחצר האחורית, לעיל ה"ש 61, בעמ' 42.

<sup>68</sup> ע"מ 1121/11 גראדת נ' התביעה הצבאית (פורסם בנבו, 31.1.2011), ע"מ (איו"ש) 3166/06 עלקם נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 15.9.2006).

<sup>69</sup> ת"פ 149/93 מדינת ישראל נ' שקולניק (לא פורסם, 28.4.1994), תפ"ח 5034/02 מדינת ישראל נ' מורג (פורסם בנבו, 17.9.2003).



לעומת זאת, במקרים שבהם עומדים ערבים ישראלים לדין בפני בית משפט צבאי ומעלים טענות בדבר היעדר סמכות ובקשות להעברת הדיון לבית המשפט בישראל, עמדת התביעה הצבאית או פרקליטות המדינה היא, כי מבחן "מירב הזיקות" מוביל למסקנה כי בית המשפט הצבאי הוא המקום הראוי לניהול ההליכים נגד העצור או הנאשם. זאת, אף במקרים שבהם הקשר היחיד לשטחי הגדה הוא ששם בוצעה העברה.<sup>70</sup>

החלטותיהן של רשויות התביעה נתונות לפיקוח מצומצם, אם בכלל. בית המשפט הגבוה לצדק הביע לא אחת את עמדתו לפיה התערבות בשיקול דעתן של רשויות התביעה צריכה להיעשות במשורה.<sup>71</sup> יתרה מכך, בית המשפט הצבאי קבע כי כבית משפט שבפניו מתנהל הליך פלילי, הוא כלל אינו מוסמך לבחון את שיקול דעתה של התביעה.<sup>72</sup> בהתאם לעמדות אלו, ונכון לכתובת שורות אלו, לא נמצא אף פסק דין שבו התקבלה בקשתו של אזרח ערבי להעביר את הדיון בעניינו מבית המשפט הצבאי לבית המשפט בישראל.

## 2. דיני מעצרים

סעיף 88 לצו בדבר הוראות בטחון קובע כי "בית משפט צבאי רשאי להורות בכל ענין של סדרי-דין שלא נקבע במפורש בצו זה, על סדרי הדין שייראו לו כמתאימים ביותר לעשיית דין צדק". בחלק מהסוגיות מאמצים בתי המשפט הצבאיים את סדרי הדין הנהוגים בישראל, אם לצורך השלמת החסרים הרבים בצו בדבר הוראות בטחון ואם לצורך פרשנות של הוראות דיוניות קיימות.<sup>73</sup> ואולם, החלה פסיקתית של ההוראות הדיוניות הישראליות נעשית כעניין של שיקול דעת ולא תמיד באופן אחיד, ובכל מקרה אינה מוצאת ביטוי בדין החרות.<sup>74</sup>

כמה מההבדלים המשמעותיים ביותר בין שתי מערכות הדינים נוגעים להליכי מעצר וחיפוש. הדין החל על הפלסטינים בגדה המערבית מתאפיין במתן סמכויות מעצר וחיפוש רחבות ביותר, ובביקורת שיפוטית פחותה מזו הנהוגה בישראל. יש בהוראותיו פגיעה

<sup>70</sup> ע"מ (איו"ש) 2120/08 אבו הנייה נ' התביעה הצבאית (2.4.2008), ע"מ (איו"ש) 2197/05 נגיב נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 24.7.2005), ע"מ 1675/11 מוסא נ' התביעה הצבאית (פורסם בנבו, 5.6.2011).

<sup>71</sup> בג"ץ 3634/10 אגבאריה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.12.2010).

<sup>72</sup> ע"מ 4662/07 אלגואד נ' התביעה הצבאית (פורסם בנבו, 9.12.2007).

<sup>73</sup> נתנאל בנישו "על המשפט הפלילי באזור יהודה, השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות" משפט וצבא 18, 293, 302-304 (התשס"ה).

<sup>74</sup> אהרון משניות "המשפט והשיפטה ביהודה ושומרון – בין המצוי לרצוי" (צפוי להתפרסם, זמין ברשת (SSRN)

קשה ביותר בחופש התנועה של חשודים ונאשמים פלסטינים ובזכויותיהם לחירות, לפרטיות ולכבוד.<sup>75</sup>

## א. סמכויות חיפוש

ההפרדה בדינים מקבלת ביטוי ממשי בעת השוואת החקיקה בעניין סמכויות החיפוש כלפי אזרחים ישראלים, הקבועות בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סד"פ), לעומת פלסטינים, שהסמכויות לגביהם קבועות בצו בדבר הוראות ביטחון. ככלל, לשם חיפוש בביתו של מתנחל נדרש צו חיפוש, או עמידה בתנאים מגבילים עד מאוד. בדומה, חיפוש על גופו של מתנחל דורש לעמוד בסף גבוה יחסית של חשד כלפיו. גם הסדרי חקיקה ספציפיים ומאחרים יותר בדין הישראלי, כמו חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, שקובעים תנאים והסדרים מחמירים מאוד לחיפוש בגופו של אדם, אינם חלים על פלסטינים.<sup>76</sup> מנגד, חיפוש בבתי פלסטינים ועל גופם אינו מחייב צו ודרישות הסף לשם ביצוע החיפוש הן נמוכות. הטבלה שלהלן מסכמת את ההבדלים:

פלסטינים (צו בדבר הוראות ביטחון)	ישראלים (פקודת סד"פ)	
אין צורך בצו חיפוש, וכל קצין או חייל שהקצין הרשהו מוסמכים לבצע חיפוש בכל מקום (סעיף 67).	סמכויות החיפוש במקום המוקנות לשוטרים מותנות, ככלל, בקבלת צו חיפוש (סעיף 23-24).	<b>צו חיפוש במקום</b>
עילות החיפוש רחבות וכוללות, מעבר לחשד לביצוע עברה, גם חשד לפגיעה בשלום הציבור, בביטחון כוחות צה"ל או בקיום הסדר הציבורי, או חשד כי במקום נמצא אדם שעבר על הוראות הצו או חפץ הצפוי לתפיסה על פי הצו בדבר הוראות ביטחון (סעיף 67).	מותר לערוך חיפוש במקום ללא צו בנסיבות חריגות, כגון מקום שיש יסוד להניח שמבוצע בו פשע או שבוצע שם פשע זה מקרוב (סעיף 25). העילות לחיפוש בצו שיפוטי רחבות יותר.	<b>עילות חיפוש במקום</b>
כל חייל רשאי לבצע חיפוש באדם, ומספיק <b>טעם לחשד</b> שהוא מחזיק בכל חפץ הצפוי לתפיסה לפי הצו בדבר הוראות ביטחון (סעיף 68).	חיפוש על גופו של אדם ללא צו מותר רק במקרים מוגדרים כגון: 1. תוך כדי חיפוש בביתו, בתנאי שהוא נמצא במקום החיפוש או בקרבתו	<b>עילות חיפוש באדם</b>

<sup>75</sup> בנישו, לעיל ה"ש 73, בעמ' 306-308.

<sup>76</sup> ראוי לציין כי לאחרונה, הוספה לצו בדבר הוראות ביטחון סמכות מפורשת ליטול דגימות דנ"א מחשודים, נאשמים ומורשעים בעבירות שונות גם בשטחים – ראו סעיפים 69א-69ג לצו.

	<p>ויש חשד סביר שהוא מסתיר חפץ שהחזקתו אסורה או חפץ שמחפשים אחריו (סעיף 29).</p> <p>2. תוך כדי מעצר (סעיף 22).</p> <p>3. במצבים קונקרטיים שבהם אדם חשוד בביצוע עברה ספציפית, כגון נשיאת נשק או סמים שלא כדין.<sup>77</sup></p>	
--	--	--

## ב. סמכויות מעצר

הסדרי המעצר החלים על אזרחי ישראל (בגירים), לרבות אלה החיים בשטחים, קבועים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) ובחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות בטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן: חוק עברות ביטחון). הסדרי המעצר החלים על פלסטינים בשטחים מצויים בפרק ג' לצו בדבר הוראות ביטחון. ההוראות הקבועות בהסדרים אלה שונות, ומפלות לרעה את הפלסטינים.

כמפורט בטבלה שלהן, הצו בדבר הוראות ביטחון, בניגוד לחוק המעצרים בישראל, אינו מתנה את השימוש בסמכות הקיצונית לעצור חשוד או נאשם בקיומה של עילת מעצר כגון מסוכנות או חשש להימלטות מן הדין. בפסק דין מרכזי משנת 1995, בית המשפט הצבאי לערעורים קבע, כי הצו בדבר הוראות ביטחון קבע הסדר שלילי, שמשמעותו שחומרת העברה כשלעצמה יכולה להוות בסיס מספק למעצר. יחד עם זאת, ראוי לציין, כי מאז שנות ה-2000, בתי המשפט הצבאיים החלו בפועל להתבסס בפסיקתם על עילות המעצר הקבועות בחוק המעצרים.<sup>78</sup> אולם פורמאלית לא חל שינוי בדין החרות

<sup>77</sup> לאחרונה, בעניין **בן חיים**, בית המשפט העליון הבהיר כי לא ניתן לעקוף מגבלות אלה על ידי הסתמכות על "הסכמתו" של אדם, אלא אם מבהירים לו היטב כי זכותו לסרב לחיפוש ושסירובו לא יפגע בו. בהקשר זה הבהירה הנשיאה דאז ביניש, כי: "סקירת ההוראות השונות הנוגעות לסמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם ללא צו שיפוטי מראה כי סמכות זו מותנית בקיומו של חשד סביר לכך שאותו אדם מחזיק בחפץ כלשהו שהחזקתו אסורה או שהוא מושא לחיפוש על ידי המשטרה". רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 6.3.2012).

<sup>78</sup> דוגמה בולטת לכך אפשר למצוא בע"מ (אזח"ע) **157/00 התובע הצבאי נ' אבו סלים** (פורסם בנבו, 6.11.2000), שם נקבע כי "הגם שאין מחלוקת כי הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996, אינן חלות באזור, הרי שכלל מנחים אנו עצמנו לפעול בהתאם לעקרונות שהותנו באותו חוק". ראו גם בנישו, לעיל ה"ש 73, בעמ' 314-318.

והחלת כללי המעצרים הנוהגים בישראל נעשית על פי שיקול דעתם של השופטים וישנם גם מי שאינם מצדדים בה.<sup>79</sup>

פלסטינים (צו בדבר הוראות ביטחון)	ישראלים (חוק המעצרים)	
<p>כל עברה או חשד לעברה על הוראות הצו מהווה עילה למעצר, ומעניקה לחייל סמכות לעצור בלא פקודת מעצר (סעיף 31א)).</p>	<p>מעצר בלא צו אפשרי רק במקרה של "יסוד סביר לחשד" לביצוע עברה שאיננה עברת חטא, ובהתקיים אחד משישה תנאים הקבועים בסעיף 23א), שעיקרם חשש כי החשוד עצמו מסוכן או שיש חשש כי ישבש הליכי משפט או יימלט מן הדין.</p>	<p><b>מעצר ללא צו</b></p>
<p>צו הוראות ביטחון אינו קובע כל מגבלה על מעצר בטרם הגשת כתב אישום.</p>	<p>צו מעצר לפני הגשת כתב אישום מוגבל למקרים שבהם קיים חשד סביר לביצוע עברה שאיננה חטא, ובהתקיים אחת משלוש עילות:</p> <p>1. יסוד סביר לחשש שהשחרור יביא לשיבוש הליכים;</p> <p>2. יסוד סביר לחשש שהחשוד מסוכן;</p> <p>3. הליכי החקירה מחייבים את המעצר (סעיף 13).</p>	<p><b>מעצר טרם הגשת כתב אישום</b></p>
<p>אין מגבלות על מעצר עד תום ההליכים (סעיף 43 לצו).</p>	<p>לאחר הגשת כתב אישום רשאי בית משפט להורות על מעצר עד תום ההליכים, אם ישנן ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ואם קיימת אחת משתי עילות:</p> <p>1. יסוד סביר לחשש ששחרור יביא לשיבוש הליכים או להימלטות מן הדין;</p> <p>2. יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את ביטחונו של אדם, ציבור או המדינה. (סעיף 21).</p>	<p><b>מעצר עד תום ההליכים</b></p>

### ג. תקופות המעצר

להפרדה בדינים החלים על ישראלים ועל פלסטינים בגדה ישנן משמעויות חמורות בכל הנוגע לתקופות שבהן מוחזקים האחרונים במעצר. תקופות המעצר המרביות הקבועות בתחיקה הצבאית ארוכות במידה משמעותית מאלה הקבועות בדין הישראלי, וכפועל

<sup>79</sup> בנישו, לעיל ה"ש 73, בעמ' 308.

יוצא פלסטינים מצויים במעצר פרקי זמן ארוכים הרבה יותר מאשר ישראלים המואשמים בביצוע אותן עברות, וחשופים על כן לפגיעה קשה וחמורה בזכויותיהם.

סוגיות אלו נדונו בשתי עתירות שהוגשו לבג"ץ בשנת 2010: עתירת משרד האסירים הפלסטיני ועתירת האגודה לזכויות האזרח והארגונים יש דין והוועד הציבורי נגד עינויים בישראל.<sup>80</sup> בעתירת האגודה לזכויות האזרח נטען, כי תקופות המעצר הקבועות בתחיקה הצבאית והחלות על פלסטינים בלבד ארוכות הרבה יותר מתקופות המעצר הקצרות שחלות על ישראלים החיים בשטחים; כי הן אינן מידתיות; כי הן פוגעות בזכויותיהם של הפלסטינים להליך הוגן, לכבוד ולחירות; וכי הן מהוות אפליה אסורה. בעקבות העתירות קוצרו תקופות המעצר המרביות החלות על פלסטינים, אולם גם לאחר קיצורן הן עדיין ארוכות מאלה הקבועות בחוק הישראלי.<sup>81</sup> יצוין, כי העתירות עדיין תלויות ועומדות, וביום 6.4.2014 ניתן בהן פסק דין חלקי.<sup>82</sup>

להלן סיכום תקופות המעצר השונות החלות על ישראלים ועל פלסטינים, וכן השינויים שבוצעו בתחיקה הצבאית בעקבות עתירותיהם של משרד האסירים הפלסטיני ושל האגודה לזכויות האזרח:

---

<sup>80</sup> בג"ץ 3368/10 משרד האסירים הפלסטיני נ' שר הביטחון ובג"ץ 4057/10 האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (פסק דין חלקי פורסם בנבו, 6.4.2014) (להלן: עניין תקופות המעצר).

<sup>81</sup> ראו הודעות עדכון של פרקליטות המדינה מהימים 9.1.2011, 1.6.2011, 6.2.2012, 16.12.2012 ו-29.10.2013 בעניין תקופות המעצר. [כתבי בית הדין זמינים באתר האגודה](#). חלק מהתיקונים נוגעים לתקופות המעצר של קטינים ואליהם נתייחס בנפרד בהמשך פרק זה.

<sup>82</sup> בפסק דינו החלקי מיום 6.4.2014, בג"ץ הורה למדינה לשוב ולשקול שלושה נושאים, ולהגיש לגביהם הודעת עדכון עד יום 15.9.2014: תקופות המעצר החלות על קטינים פלסטינים, תקופות המעצר לפני הגשת כתב אישום, החלות על בגירים החשודים בעברות שאינן מוגדרות כעברות ביטחוניות, ותקופות המעצר עד תום ההליכים.

<p><b>ההסדר החדש עבור פלסטינים (ומועד כניסתו לתוקף)</b></p>	<p><b>ההסדר הישן עבור פלסטינים (צו בדבר הוראות ביטחון)</b></p>	<p><b>ההסדר עבור ישראלים (חוק המעצרים וחוק עברות ביטחון)</b></p>	
<p>עברות רגילות: 48 שעות, ובמקרים חריגים 96 שעות עברות ביטחון: 96 שעות, עם אפשרות להארכה במקרים חריגים עד 6 או 8 ימים (1.8.12).</p>	<p>8 ימים</p>	<p>חוק המעצרים: 24 שעות, ובמקרים חריגים 48 שעות חוק עברות ביטחון: עד 96 שעות במקרים חריגים מאד, באישור גורמים בכירים.</p>	<p><b>תקופת המעצר הראשונית עד להבאה בפני שופט</b></p>
<p>20 ימים (6.10.13)</p>	<p>30 ימים</p>	<p>חוק המעצרים: 15 ימים חוק עברות ביטחון: 20 ימים</p>	<p><b>הארכת מעצר שיפוטית ראשונה לצורכי חקירה</b></p>
<p>שופט בית משפט צבאי יכול להאריך את המעצר לתקופות נוספות של 15 ימים כל אחת, עד 75 ימים (6.10.2013). שופט בית משפט צבאי לערעורים רשאי להאריך את המעצר מעבר לכך, לתקופות נוספות של עד 90 ימים כל אחת, לבקשת הפרקליט הצבאי הראשי וללא הגבלה על מספר ההארכות (6.10.2013).</p>	<p>שופט בית משפט צבאי יכול להאריך את המעצר לתקופות נוספות של 30 ימים כל אחת, עד לתקופה של 90 ימים בסך הכל. שופט בית משפט צבאי לערעורים רשאי להאריך את המעצר מעבר לכך, לתקופות נוספות של עד 90 ימים בסך הכל, לבקשת היועץ המשפטי של האזור.</p>	<p>שופט יכול להאריך את המעצר לתקופות נוספות של 15 ימים כל אחת, עד 75 ימים בסך הכל (לאחר 30 ימים – או 35 ימים בעברות ביטחון מסוימות – נדרש אישור היועץ המשפטי לממשלה). בחוק קיים סעיף, המאפשר לבית המשפט העליון להאריך את המעצר מעבר לכך לפרק זמן של עד 90 ימים כל אחד, אך לא ידוע לנו על הפעלת סמכות זו במסגרת מעצר לצורכי חקירה.</p>	<p><b>סך כל תקופת מעצר לצורכי חקירה</b></p>

תקופת מעצר בין סיום החקירה ועד להגשת כתב אישום	5 ימים	אין הסדר מקביל	8 ימים (1.6.2012)
תקופת מעצר מעת הגשת כתב האישום ועד תחילת המשפט	30 ימים, אלא אם הסנגור או הנאשם ביקשו אחרת.	אין הסדר מקביל	60 ימים (1.8.2012)
מעצר עד תום ההליכים	9 חודשים, ופרקי זמן נוספים של 90 ימים (או בנסיבות מסוימות 150 ימים), אם הורה בית המשפט העליון.	שנתיים, ופרקי זמן נוספים של 6 חודשים באישור בית המשפט הצבאי לערעורים.	שנה, ובעברות ביטחון – 18 חודשים (1.8.2012). פרקי זמן נוספים של שישה חודשים באישור בית משפט צבאי לערעורים.

מהטבלה לעיל עולה כי גם לאחר תיקון ההסדרים המשפטיים הקבועים בתחיקת הביטחון, אפשר להחזיק בפלסטינים במעצר פרקי זמן ארוכים בהרבה מפרקי הזמן המקבילים החלים על ישראלים החיים בשטחים. הפער בתקופת המעצר הראשונית, לפני ההבאה בפני שופט, הוא ביטוי קיצוני להבדלי הגישות שבבסיס המשפט הישראלי והדין הצבאי ביחס לחשיבות השמירה על זכויות האדם במסגרת הדין הפלילי. בדברי ההסבר לתיקון חוק המעצרים משנת 1995, שהפחית את תקופת המעצר טרם הבאה בפני שופט מ-48 שעות ל-24 שעות, נכתב כי השינוי מוצע:

**"במגמה להגן על זכויות האדם, להבטיח שאדם נעצר רק כשהמעצר הוא צעד הכרחי ולהעניק לבית המשפט סמכות בקרה על פעולות החקירה שבוצעו עד להבאתו של העצור בפניו".**<sup>83</sup>

מנגד, נראה כי לשיטת התביעה הצבאית, מטרתו של המעצר הראשוני של פלסטינים, טרם הבאתם בפני שופט, היא **גיבוש חשד סביר** נגד העצור, וכי ביקורת שיפוטית פוגעת בניהולה התקין של החקירה.<sup>84</sup>

<sup>83</sup> הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה-1995 (תיקון מס' 1), ה"ח התשנ"ה מס' 2366 (8.2.1995), בעמ' 316-317 (ההדגשות הוספו).

" [...] מקום בו אדם נעצר והחקירה מצויה אך בתחילתה או בעיצומה, הרי שקביעה של דיון בבקשה לביטול פקודות המעצר הראשוניות (המקנות סמכות מעצר לתקופה של שמונה ימים) – תאיין, למעשה, את קיומה וניהולה של החקירה [...] אם תושב האזור החשוד בביצועה של עבירה יובא לדיון כבר במהלך תקופת המעצר הראשונית של שמונה ימים, כאשר פעולות החקירה מצויות בעיצומן – מחד תיפגע ותשובש החקירה בצורה ממשית, ומאידך קיומו של הדיון (נוכח השלב בו מצויה החקירה) לא יתרום דבר ולא יוכל להתקיים פיקוח משפטי מהותי".<sup>85</sup>

כך, לדוגמה, במקרה של חשד לשימוש בנשק חם שלא כדין של תושב קריית ארבע, הובא החשוד לבית משפט השלום בירושלים כנדרש, פחות מ-24 שעות ממועד מעצרו. לאחר שהוגשה הצהרת תובע, הורה בית המשפט על שחרור החשוד בתנאים, ארבעה ימים לאחר מעצרו (לאחר הגשת כתב האישום נגדו החליט בית המשפט על מעצר בית).<sup>86</sup> לעומת זאת, פלסטיני, תושב נעלין, נעצר במהלך הפגנה נגד גדר ההפרדה בחשד לכניסה לשטח צבאי סגור ולתקיפת עובד ציבור, טרם השינויים שבוצעו בתחיקה הצבאית בעקבות העתירות בעניין תקופות המעצר. רק לאחר ששהה במעצר **שבעה ימים** הוא הובא בפני בית המשפט הצבאי, אשר הסכים לשחררו לאחר הפקדת ערבות כספית.<sup>87</sup>

פער משמעותי נוסף העולה מן הנתונים הוא זה שבין תקופות המעצר עד תום ההליכים: החקיקה הישראלית מגבילה מעצר עד תום ההליכים ל**תשעה חודשים**, בעוד שתקופת המעצר עד תום ההליכים בתחיקה הצבאית, לאחר התיקון לצו, היא **שנה**, ובעברות ביטחון **שנה וחצי**. כבר בשנת 1993 מתח מבקר המדינה ביקורת על משך זמן הכליאה של עצורים פלסטינים עד תום ההליכים.<sup>88</sup> מתצפיות שערך ארגון יש דין בבתי המשפט הצבאיים במשך מספר שנים, לפני התיקון לחוק, עלה כי משך הזמן הממוצע ממועד הגשת כתב האישום וההחלטה על מעצר עד תום ההליכים ועד לתחילת המשפט (הקראת כתב האישום) עמד על 61 יום – **כפול** מהזמן המרבי שמתיר בעניין זה חוק

<sup>84</sup> זאת בניגוד מוחלט לקביעת בג"ץ, שהבהיר שמטרת המעצר הראשוני אינה יכולה להיות גיבוש חשד סביר, ושהביקורת השיפוטית מהווה חלק מהשתכללות עילת המעצר מלכתחילה. ראו בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז (2) 349 (2003).

<sup>85</sup> ערעור התביעה הצבאית בב"ש 620/09 (יהודה) **התובע הצבאי נ' עבד אל כרים** פסקה 14 (לא פורסם, 29.12.2009). עותק ברשות האגודה לזכויות האזרח.

<sup>86</sup> בש"פ 10534/08 **מדינת ישראל נ' זאב בראודה** (פורסם בנבו, 14.12.2008).

<sup>87</sup> דיון במעצר בתיק 3990/08 **התביעה הצבאית נ' מוחמד עמירה** מיום 14.8.2008. עותק ברשות האגודה לזכויות האזרח.

<sup>88</sup> מבקר המדינה, **דוח שנתי מס' 43 (אפריל 1993)**, בעמ' 871.



המעצרים הישראלי (סעיף 21 לחוק המעצרים).<sup>89</sup> הדוחות השנתיים של יחידת בתי המשפט הצבאיים מלמדים שבסופה של שנת 2010 הוחזקו 13% מהעצורים הפלסטיניים עד תום ההליכים יותר משנה במעצר.<sup>90</sup> אין ברשותנו נתונים לגבי מעצרים אחרי התיקון בחוק. בפועל, רוב העבירות שבהן מואשמים פלסטינים הן עברות ביטחון,<sup>91</sup> שבהן אפשר לעצור אותם לתקופה של שנה וחצי עד לתום ההליכים ללא צורך באישור מיוחד (יזכר כי בדין הישראלי הארכת מעצר עד תום הליכים מעבר לתשעה חודשים מחייבת את אישורו של שופט בית המשפט העליון).

נוסף על כל אלה, חוק המעצרים קובע כי במקרה של חריגה מתקופת מעצר מרבית שנקבעה, ברירת המחדל היא שחרור העצור באופן אוטומטי (טרם הגשת כתב אישום, ממועד הגשת כתב האישום ועד לתחילת המשפט ובהיעדר הכרעת דין עד תום תקופת המעצר עד תום ההליכים). לעומת זאת, בצו בדבר הוראות ביטחון אין הסדר דומה. משמעות הדבר היא כי עם סיומה של תקופת המעצר המרבית הקבועה בדין, לא קמה חובה ברורה לשחרר את העצור הפלסטיני, ועניין שחרורו מן המעצר נתון לשיקול דעתו של שופט בית המשפט הצבאי לערעורים.<sup>92</sup> יש לציין, כי במקרים רבים תקופת המעצר הממושכות גורמות לפלסטינים שמתנהל נגדם משפט לסיימו בהסדר טיעון, רק כדי

<sup>89</sup> הנתונים מ"יש דין" רלוונטיים לשנים שעד 2007. לא ידוע לנו על נתונים עדכניים.

<sup>90</sup> **משפטים בחצר האחורית**, לעיל ה"ש 61, בעמ' 100.

<sup>91</sup> ההגדרה של עברות ביטחון בתחיקה הצבאית הינה רחבה וכוללת עברות שמקבילותיהן בדין הישראלי נחשבות פליליות אזרחיות ולא ביטחוניות. בשנת 2012, כתוצאה מההתדיינות בעניין **תקופות המעצר**, תוקנה רשימת עברות הביטחון, המנויה בתוספת השלישית לצו בדבר הוראות ביטחון וצמצמה בכשליש. ראו צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 26) (יהודה והשומרון) (מס' 1712), התשע"ב-2012 והתייחסות לתיקון בהודעת העדכון מטעם המשיבים מיום 16.12.12, <http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2012/12/hit4057idkun1212.pdf>

ברם, גם לאחר התיקון, הרשימה עדיין כוללת מגוון רחב של סעיפים, שאין בינם ובין תקופות מעצר ארוכות יותר כל קשר סביר. כך, למשל, עדיין כוללת הרשימה עבירות כגון זריקת חפצים (לרבות זריקת אבנים לעבר רכוש – עבירה לפי סעיף 212 לצו בדבר הוראות ביטחון); ארגון הפגנה ללא רישיון (עברה לפי סעיף 10א) רישא לצו בדבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת); הפרת צו שטח צבאי סגור (עברה לפי סעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון) ועוד. ראו התייחסות בתגובה מטעם העותרים בבג"ץ 4057/10 מיום 17.2.2013,

<http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/02/hit4057otrim0213.pdf>

<sup>92</sup> בבג"ץ 3687/10 **חאדג' נ' בית המשפט הצבאי לערעורים בעופר** (פורסם בנבו, 1.11.2010) ביקש נאשם פלסטיני לבטל את החלטת בית המשפט הצבאי לערעורים להאריך את מעצרו עד תום ההליכים למרות שחלפו שנתיים ומעצרו לא הוארך בזמן. בג"ץ השאיר בצריך עיון את שאלת תחולת הוראות חוק המעצרים על מעצר על פי הצו בדבר הוראות ביטחון לעניין הנפקות של פקיעת תקופת מעצרו של נאשם. במסגרת עניין **תקופות המעצר**, לעיל הערה 80, תוקנה ההוראה הנוגעת לשחרורו של נאשם ממעצר טרם תחילת המשפט ונקבע בפירוש כי זו תהיה נתונה לשיקול דעתו של שופט בית המשפט הצבאי לערעורים. ראו סעיף 43א לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009.

למנוע את המשך הישיבה במעצר. כך, האפליה בתקופות המעצר פוגעת לא רק בזכות לחירות במהלך תקופת המעצר עצמה, אלא גם בזכות למשפט הוגן, וכתוצאה מכך – שוב, וביתר שאת – בזכות לחירות בטווח הארוך.

### 3. הזכות להליך הוגן

האפליה הנובעת מהפרדתם של ישראלים ופלסטינים תושבי הגדה המערבית לשתי מערכות משפט שונות מקבלת ביטוי גם בזכותם של נאשמים לקיום הליך הוגן בעניינם. מערכת המשפט הישראלית חרטה על דגלה את השמירה על זכותו של נאשם להליך הוגן, ובית המשפט העליון הכיר בזכות זו כבעלת מעמד חוקתי, הנובע מזכויותיו של הנאשם לחירות ולכבוד.<sup>93</sup> הזכות להליך הוגן כוללת שורה ארוכה של זכויות ושל הגנות, מהותיות ודיוניות כאחת, ובכלל זאת מתן אפשרות אמיתית להתגונן, באופן סביר, מפני האישומים. כפועל יוצא ממעמדה של הזכות להליך הוגן, נחקקו בדין הישראלי הוראות חוק שונות אשר נועדו להבטיח זכות זו. על כן, ככלל, למתנחלים המועמדים לדין בבתי המשפט בישראל עומדות הערובות המובטחות לפי כללים אלה.

פלסטינים הניצבים בפני בתי המשפט הצבאיים אינם זוכים להגנה דומה, שכן מערכת המשפט הצבאית אינה מייחסת לזכות להליך הוגן ולזכויות הנגזרות ממנה מעמד דומה. רבות מההוראות הקיימות בדין הישראלי שעניינן הזכות להליך הוגן נעדרות מן התחיקה הצבאית. בתי המשפט הצבאיים יוזמים לעתים הרחבה של זכויות אלה, אך לא בהכרח בצורה אחידה או מחייבת. להלן נציג מספר דוגמאות המשקפות את הפרת הזכות להליך הוגן בבתי המשפט הצבאיים.

#### א. מניעת מפגש עם עורך דין

"זכותו של אדם לקבלת שירותים משפטיים, ובכללה הזכות להיפגש עם עורך-דין והזכות להיות מיוצג על-ידיו, היא זכות יסוד, המגשימה את החירות המוקנית לו למנות לעצמו שלוח כרצונו, וכן את זכותו להליך הוגן".<sup>94</sup>

על פי תחיקת הביטחון גורמי החקירה רשאים למנוע מפגש של עצור פלסטיני עם עורך דין למשך **96 שעות**,<sup>95</sup> וזאת לעומת תקופה מרבית של **48 שעות** על פי חוק המעצרים

<sup>93</sup> ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל פסקה 10 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בבנו, 23.11.2011).

<sup>94</sup> בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות (2004) (ההדגשות הוספו).

<sup>95</sup> סעיף 56(ה) לצו בדבר הוראות ביטחון.

הישראלי.<sup>96</sup> כאשר מדובר בחשוד בעברת ביטחון, ורק במקרה כזה, חוק המעצרים מאפשר למנוע מפגש עם עורך דין למשך תקופה של עד **21 ימים**; בעשרת הימים הראשונים דורשת הארכה זו אישור של הממונה על החקירה ולאחר מכן נדרשות הוראה של נשיא בית המשפט המחוזי ואישור היועץ המשפטי לממשלה.<sup>97</sup> לעומת זאת, תחיקת הביטחון קבעה (לפני התיקון שנזכר לעיל), כי בעברות בטחון המנויות בתוספת לצו, רשאים גורמי החקירה למנוע מפגש עם עורך דין למשך 30 ימים, בית משפט צבאי רשאי למנוע את המפגש למשך 30 ימים נוספים, ונשיא או סגן נשיא של בית המשפט הצבאי רשאי להורות על מניעת מפגש למשך 30 ימים נוספים.<sup>98</sup> כך, אפשר היה למנוע מעצור פלסטיני לפגוש את עורך דינו במשך **90 ימים** רצופים. בפברואר 2012 תוקן הצו, כך שבעברות בטחון המנויות בתוספת לצו, רשאים גורמי החקירה למנוע מפגש עם עורך דין למשך **30 ימים**, ובית משפט צבאי רשאי למנוע את המפגש למשך 30 ימים נוספים.<sup>99</sup> כך, אפשר למנוע מעצור פלסטיני לפגוש את עורך דינו במשך **60 ימים** רצופים. הטבלה הבאה מסכמת את ההבדלים:

	ישראלים	פלסטינים
בעברות רגילות	48 שעות	96 שעות
בעברות בטחון	עד 21 ימים	עד 60 ימים

## ב. פגיעה בייצוג – כליאה בשטח מדינת ישראל

ישראל אינה מחזיקה מתקני כליאה בגדה המערבית, למעט בית הסוהר "עופר", המיועד לעצירים ולאסירים ביטחוניים.<sup>100</sup> לפיכך, פלסטינים רבים הנשפטים בפני בתי המשפט הצבאיים מוחזקים במעצר ובמאסר במתקני כליאה בתחומי מדינת ישראל. להחזקה של פלסטינים במתקני כליאה בתוך ישראל יש מספר השלכות, ובהן הקושי של עורכי דינם של העצירים והאסירים לבקרום.

רבים מהסנגורים המייצגים עצירים ונאשמים בבתי המשפט הצבאיים הם פלסטינים תושבי הגדה המערבית. חרף סמכותם למנות סנגורים במימון המדינה, בתי המשפט הצבאיים נסמכים על עורכי הדין הללו, כמעין תחליף לסנגוריה ציבורית. בתי המשפט

<sup>96</sup> סעיף 34 לחוק המעצרים.

<sup>97</sup> סעיף 35 לחוק המעצרים.

<sup>98</sup> סעיפים 58-59 לצו בדבר הוראות ביטחון.

<sup>99</sup> סעיפים 58-59 לצו בדבר הוראות ביטחון.

<sup>100</sup> ראו אתר שירות בתי הסוהר <http://ips.gov.il/Web/He/Prisons/Districts/Default.aspx>

נוהגים דרך קבע להפנות נאשמים שאינם מיוצגים אל עמותות פלסטיניות המעניקות ייצוג משפטי, ואף פונים לעורכי דין שנוכחים במקרה באולם בבקשה כי ייצגו את העצור המובא לפניהם.<sup>101</sup> עורכי הדין הפלסטינים, ובהם אלה שבית המשפט עצמו מבקש מהם לייצג נאשמים מולו, כפופים לנוהלי הכניסה לישראל כמו יתר התושבים הפלסטינים של הגדה המערבית, ובודדים מהם מחזיקים באישורי כניסה למדינה. על כן, מתקשים מרבית הסנגורים לבקר את מרשיהם המוחזקים במתקני הכליאה בישראל, אף במהלך ניהול משפטם, ובפועל, במקרים רבים העצורים הפלסטינים אינם זוכים לייצוג הולם ולהליך הוגן.

בשנת 2009 הגיש ארגון יש דין, יחד עם האגודה לזכויות האזרח והמוקד להגנת הפרט, עתירה לבג"ץ נגד החזקתם של פלסטינים תושבי הגדה במתקני כליאה בישראל. העתירה נדחתה, תוך ציון כי: "בהקשר זה של אפשרות ראויה והוגנת לייצוג בידי עורכי דין בהליכי המעצר, מוטלת חובה על המדינה לקיים הסדרים מתאימים שיבטיחו ייצוג הולם לעצורים, ואנו מניחים כי טענה זו תיבדק על-ידי המשיבים באופן פרטני ככל שיוגשו להם בקשות בעניין זה".<sup>102</sup>

יש לציין, כי בנושא זה של כליאה בשטחי ישראל מתקיימת לכאורה האחדה של המערכות המטפלות בפלסטינים ובישראלים, שכן אלו כמו אלו מוחזקים במתקנים של שירות בתי הסוהר, שאמורים להיות מופעלים על פי סטנדרטים אחידים. אלא שמיקומם הגיאוגרפי של מתקני הכליאה ומגבלת הנגישות הפיסית פוגעים באופן משמעותי בזכויותיו של אסיר פלסטיני לעומת אסיר ישראלי, כפי שהוסבר לעיל. יתר על כן, רוב רובם של האסירים הפלסטינים המוחזקים בישראל מסווגים על ידי ישראל כביטחוניים ומוטלות מגבלות חמורות על תנאי כליאתם – מגבלות אשר אינן מוטלות בהכרח על אסירים יהודים המסווגים כביטחוניים.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> משפטים בחצר האחורית, לעיל ה"ש 61, בעמ' 78-79. וכן: [כולם אשמים! תצפיות בבית המשפט הצבאי לנוער 2010-11 פרק 6](#) (משפט ללא גבולות, יולי 2011).

<sup>102</sup> בג"ץ 2690/09 "יש דין" - ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנוב, 28.03.2010).

<sup>103</sup> מדיניותו של שירות בתי הסוהר לגבי אסירים יהודיים המסווגים כביטחוניים היא לקיים אבחון אינדיבידואלי, המסתמך על מאפייניהם האישיים ולא רק על סיווגם כאסירים ביטחוניים. ראו: [נייר עמדה: תנאי מאסר בלתי אנושיים של אסירים פלסטינים המסווגים כביטחוניים בבתי כלא בישראל](#) (רופאים לזכויות אדם, עדאלה וארגון אל-מיזאן, יולי 2012).

בסוף חודש אפריל 2014 הוחזקו על ידי שירות בתי הסוהר הישראלי 5,021 עצירים ואסירים ביטחוניים פלסטינים, 373 מהם תושבי רצועת עזה. כמו כן הוחזקו בסוף חודש זה במתקני הכליאה של השב"ס 1,333 פלסטינים בגין שהייה בלתי חוקית בישראל, 21 מהם מרצועת עזה. כלואים אלה מוגדרים על-ידי השב"ס כעצירים ואסירים פליליים. הנתונים מאתר בצלם:

[http://www.btselem.org/hebrew/statistics/detainees\\_and\\_prisoners](http://www.btselem.org/hebrew/statistics/detainees_and_prisoners)

## ג. חסמים להליך הוגן – שפה ותרגום

בפני בתי המשפט הצבאיים מובאים, מזה עשרות שנים, רק עצורים ונאשמים ששפת אמם ערבית, ושרק חלקם דובר את השפה העברית על בוריה. חרף כך, מרבית אנשי בית המשפט, החל מהעומדים בשעריו ועד התובעים והשופטים הצבאיים, אינם דוברי ערבית.

בצו בדבר הוראות ביטחון כלולה הוראה שכותרתה "מתרגם לנאשם" (סעיף 116 לצו). ההוראה קובעת כי על בית המשפט למנות מתרגם לנאשם שאינו דובר עברית, וכן מתירה לבית המשפט להורות על תרגום ראייה שאינה "בעברית או בלשון אחרת השגורה בפני בית המשפט ובעלי הדין". אולם בפועל, כתבי אישום, חומרי חקירה וראיות לא תורגמו לערבית לאורך השנים.<sup>104</sup>

באפריל 2011 הגישו כמה עורכי דין פלסטינים המופיעים בבתי המשפט הצבאיים עתירה לבג"ץ, בבקשה לחייב את המפקד הצבאי ואת התביעה הצבאית לתרגם לערבית את חומרי החקירה, כתבי האישום, פרוטוקול הדין והחלטות בתי המשפט בהליכים בבתי המשפט הצבאיים, וכן לתקן את הצו בדבר הוראות ביטחון בהתאם. בעקבות העתירה הסכימה המדינה לתרגם את כתבי האישום, ובית המשפט קבע כי העתירה מיצתה את עצמה וכי שאר המסמכים בהליך אינם חייבים בתרגום.<sup>105</sup>

כך, חומרי החקירה והראיות המוגשות בכתב אינם מתורגמים כיום לערבית, אלא מועברים לידי הנאשם וסנגורו בעברית בלבד. גם הפרוטוקולים של הדיונים בבתי המשפט הצבאיים וכן החלטות בתי המשפט, לרבות גזרי דין, נכתבים בשפה העברית בלבד, ואינם מתורגמים לערבית.<sup>106</sup> יכולתם של הסנגורים הפלסטינים להיעזר במתורגמנים המצויים בבית המשפט מוגבלת,<sup>107</sup> וממילא התרגום נעשה בתנאים בעייתיים. המתורגמנים המוצבים בבתי המשפט הצבאיים הם ברובם חיילים בשירות חובה, הדוברים ערבית ועברית מבית, ואשר עוברים הכשרה קצרה בבתי המשפט עצמם.<sup>108</sup> המתורגמנים אינם בעלי השכלה משפטית כלשהי ואינם מקבלים הכשרה

<sup>104</sup> משפטים בחצר האחורית, לעיל ה"ש 61, בעמ' 70; כתב העתירה בג"ץ 2775/11 עו"ד אלעארג' נ' אלון פיקוד המרכז פסקה 14 (פורסם בנבו, 3.2.2013).

<sup>105</sup> עניין אלעארג', שם.

<sup>106</sup> נמסר מפי עו"ד סמדר בן נתן, המייצגת חשודים פלסטינים בבתי המשפט הצבאיים, אפריל 2013.

<sup>107</sup> משפטים בחצר האחורית, לעיל ה"ש 61, בעמ' 70-71.

<sup>108</sup> שירה ליפקין [נורמות וכללי אתיקה בקרב מתורגמנים בבתי המשפט הצבאיים: בית המשפט יהודה כמקרה מבחן](#) 66, 88 (עבודה לשם קבלת תואר מוסמך בהנחיית ד"ר רות מוריס, אוניברסיטת בר אילן, המחלקה לתרגום וחקר התרגום, דצמבר 2006). להלן: ליפקין, [מתורגמנים בבתי המשפט הצבאיים](#). נוסף על העדר ההכשרה המקצועית וההשכלה המשפטית, תפקודם של המתורגמנים באולמות בתי המשפט הצבאיים נפגע נוכח האחריות המוטלת עליהם במסגרת "פקודות קבע

מקצועית בתרגום משפטי, ועל כן אינם בקיאים במונחים משפטיים ובמהות ההליכים שהם מתרגמים. הם אינם מכירים את בעלי התפקידים הניצבים באולם, ואינם בקיאים בכללי האתיקה המקצועית.

היעדר התרגום של כתב האישום, חומרי החקירה והראיות, יחד עם התרגום הלקוי בדיון עצמו ועריכת הפרוטוקולים בעברית, פוגעים קשות ביכולתם של הנאשמים ושל עורכי דינם להבין לעומק את שמתרחש באולם, וכתוצאה מכך – בזכותם של הנאשמים למשפט הוגן ובזכותם לחירות. על הפגיעה בהבנתו של הנאשם את הנאמר בדיון בעניינו עמד בית המשפט העליון:

"בשבתנו לדיון אנו נתקלים מעת לעת במקרים בהם אין הנאשמים מבינים בצורה מלאה את הנטען ונאמר במהלך הדיון [...] בשל תרגום שאינו מתאים או בשל היעדרו של תרגום. במצב דברים זה כמעט שאין כל נפקות ממשית להתייצבותו של הנאשם לדיון, ומדובר לטעמי בפגיעה בזכויותיהם של נאשמים שאין להשלים עמה"<sup>109</sup>.

יש לומר, כי בעיית הנגישות השפתית, כמו גם בעיית הנגישות הפיסית של עורכי הדין (בשל הכליאה בשטחי ישראל), אינן נובעות באופן ישיר מקיומה של מערכת דינים כפולה. אלו הן בעיות מערכתיות, שנובעות ממבנה הכיבוש הישראלי בגדה ומהמדיניות שבחרה ישראל בהקשרים אלו, והן היו עלולות להתקיים גם לו שתי האוכלוסיות היו כפופות למערכת דינים אחת ויחידה. ואולם, בהינתן שתי מערכות דינים נפרדות, חסמים אלו מוסיפים ומעמיקים את הפער בין ישראלים לפלסטינים בהליך הפלילי, ועל כן ראינו לנכון להתייחס אליהם בפרק זה.

#### 4. הדין המהותי – הגדרת העברות ורמת הענישה

ההפרדה בין מערכות המשפט מקבלת ביטוי נוסף כשמשווים את הוראות הדין הפלילי המהותי בשתי המערכות. ראשית, ישנן עברות הנכללות בתחיקה הצבאית אך לא בישראלית. על אלה נמנות בין היתר: יידוי אבנים; תקיפת חייל (אשר על פי התחיקה הצבאית היא חמורה מתקיפה סתם); איום על חייל; גרימת נזק ברשלנות לחייל; חברות

למתורגמנים". על פי פקודות אלה, המתורגמנים נושאים בשורה ארוכה של תפקידים מנהלתיים באולם, שעליהם לבצע במקביל לתרגום המתרחש בו. תפקידים אלה, הכוללים אחריות על ניקיון האולם והשלטת סדר בו, נתפסים בעיני המתורגמנים כעיקר עבודתם (עמ' 82-85). ראו גם: **משפטים בחצר האחורית**, לעיל ה"ש 61, בעמ' 68, 70, 112-113; דפנה גולן **מערכת השיפוט הצבאי בגדה המערבית** 19, 34 (בצלם, נובמבר 1989).

<sup>109</sup> ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל פסקה 3 לפסק דינו של השופט דניציגר (פורסם בגבו, 3.11.2010).

בקבוצה המבצעת פעולות אסורות; הפרת הוראת התייצבות; והפרת עוצר. יודגש, כי לא מדובר בעברות קלות, וכי העונש הנמוך ביותר הנקוב בצידן הוא חמש שנות מאסר.

שנית, בחלק מהעברות הקיימות גם בדין הצבאי וגם בזה הישראלי יש הבדלים בין שני הדינים בהגדרת העברה ובעונש הנקוב בצידה; לרוב, העונשים הקבועים בתחיקת הביטחון חמורים לאין ערוך מאלה הקבועים בחוק העונשין. להבדלים בעונשי המקסימום התייחס גם בית המשפט הצבאי לערעורים:

"אין זה סוד כי המחוקק הצבאי ראה לקבוע עונשי מקסימום גבוהים מאלה המקובלים בישראל. כך, מוצאים אנו כי בעוד שבשאר ישראל נקבע עונש מרבי של 20 שנות מאסר לעבירת ההריגה, הרי שבאזור הועמד העונש המרבי על מאסר עולם".<sup>110</sup>

כך, למשל, סעיף 209(א) לצו בדבר הוראות בטחון קובע **עונש מוות** בגין "גרימת מוות בכוונה" או ניסיון לכך, וסעיף 210(א) קובע **מאסר עולם** בגין "הריגה".<sup>111</sup> לעומת זאת, חוק העונשין קובע עונש של **מאסר עולם** בגין עברת "רצח" (סעיף 300 לחוק העונשין), **עשרים שנות מאסר** בגין ניסיון רצח (סעיף 305 לחוק העונשין), ו**עשרים שנות מאסר** בגין "הריגה" (סעיף 298 לחוק העונשין).<sup>112</sup> כמו כן, תחיקת הביטחון קובעת כי העונש בגין עברות של "ניסיון לשידול" יהיה זהה לעונש הקבוע לעברה עצמה (סעיף 206 לצו), בעוד שחוק העונשין קובע כי העונש בגין עברות אלו יהיו מחצית מן העונש הקבוע לעברה העיקרית (סעיף 33 לחוק העונשין).

דוגמה נוספת לאפליה אפשר למצוא בעברת ה"תקיפה". על פי חוק העונשין, העונש על תקיפה סתם הוא מאסר **שנתיים** (סעיף 379 לחוק), ועל תקיפה הגורמת חבלה ממשית – **שלוש שנות מאסר** (סעיף 380 לחוק). לעומת זאת, הצו בדבר הוראות בטחון קובע עונש של **חמש שנות מאסר** על תקיפה סתם, **שבע שנות מאסר** על תקיפה הגורמת חבלה של ממש (סעיף 211 (א) לצו) ו**עשר שנות מאסר** על תקיפת חייל (סעיף 215 (ב) לצו).

<sup>110</sup> ע' (איו"ש) 99/79 שמאסנה נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 29.9.2005).

<sup>111</sup> על פי סעיף 165 לצו בדבר הוראות ביטחון, לא יוטל על הנאשם בבית-משפט צבאי גזר-דין מוות, אלא אם היה מותב בית המשפט מורכב משלושה שופטים שדרגתם איננה פחותה מסגן אלוף וגזר הדין ניתן פה אחד. כמו כן, על גזר-דין מוות יש ערעור אוטומטי (סעיף 156). חשוב לציין, כי בפועל מעולם לא הוטל עונש מוות על נאשם בבתי המשפט הצבאיים וכי מדיניות התביעה הצבאית כיום היא שלא לבקש ענישה זו.

<sup>112</sup> בבג"ץ 3450/06 דויב נ' המפקד הצבאי (פורסם בנבו, 12.2.2008) עתרו לבג"ץ פלסטינים שבית משפט צבאי גזר עליהם עונש של מאסר עולם בגין גרימת מוות בכוונה על מעורבותם בפגיעה בקפה "קפית". בעתירתם טענו כי שותפם לעברה, תושב ירושלים המזרחית, שנשפט בבית משפט אזרחי בישראל, נשפט ל-22 שנות מאסר בלבד, אף שמעורבותו בביצוע העברה הייתה רחבה יותר.

גם בעברות בנשק קיים פער ניכר בעונש הצפוי למבצען. על פי סעיף 144 לחוק העונשין, העונש על החזקת נשק בלא רשות הוא **שבע שנות מאסר**, על נשיאת נשק – **עשר שנות מאסר**, ועל ייצור נשק בלא רשות – **חמש-עשרה שנות מאסר**. לעומת זאת, הצו בדבר הוראות בטחון קובע בסעיף 230 עונש **מאסר עולם** על נשיאה, החזקה או ייצור כלי נשק ללא היתר.

יש לסייג ולומר כי **תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945**, החלות גם על ישראלים, קובעות עונשים קיצוניים מאד, ולעתים אף חמורים יותר מהעונשים הקבועים בתחיקת הביטחון, אולם השימוש בהן נדיר, ובדרך כלל הן מופעלות כלפי פלסטינים.

עתירות שהוגשו לבג"ץ נגד מדיניות הענישה בבתי משפט צבאיים בגדה המערבית בהשוואה לזו הנוהגת בבתי המשפט בישראל נדחו, בקביעה כי: "עניין זה עומד כמובן בבסיס ההבדלים שבין העונשים הקבועים בחוק הישראלי לבין העונשים בתחיקת הביטחון השוררת באזור, והוא נובע מן ההתמודדות עם הנסיבות באזור".<sup>113</sup> קביעה זו אינה מתמודדת עם העובדה כי גם מתנחלים החיים ב"אזור" וכפופים, כביכול, למשטר הצבאי החל ב"אזור", אינם כפופים לאותו הדין אף אם מדובר בעברות בטחון, וכי הפערים בענישה קיימים גם לגבי עברות פליליות שאינן קשורות ל"נסיבות באזור".

## 5. קטינים

ההפרדה בין מתנחלים לבין פלסטינים בהליך הפלילי אינה פוסחת אף על קטינים הבאים בשערי הליך זה: שני ילדים, יהודי ופלסטיני, המואשמים בביצוע אותו מעשה, דוגמת יידוי אבנים, יזכו לטיפול שונה מהותית על ידי שתי מערכות משפט נפרדות. הילד הישראלי יזכה להגנות ולזכויות הנרחבות המוענקות לקטינים על פי הדין הישראלי, השם דגש רב על טובת הקטין ועל שלומו. לעומתו, הילד הפלסטיני יהיה זכאי להגנות ולזכויות מצומצמות, שאין בהן די לשם הבטחת שלומו הפיסי והנפשי, ואשר אינן נותנות ביטוי מספק לצרכיו המיוחדים כקטין. יתר על כן, במקרים רבים הדין הפלילי החל על קטינים פלסטינים הינו נוקשה וחמור אף מזה שמוחל על בגירים ישראלים.

המשפט הבינלאומי<sup>114</sup> והישראלי<sup>115</sup> הכירו זה לא מכבר בצורך להעניק טיפול שונה לקטינים במסגרת ההליך הפלילי – טיפול שבבסיסו ניצבים עקרון טובת הקטין וזכויותיו

<sup>113</sup> בג"ץ 1073/06 מסאלמה נ' בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש (פורסם בנבו, 26.3.2006).  
כן ראו: בג"ץ 10416/05 חרוב נ' בית המשפט הצבאי ביהודה (פורסם בנבו, 24.5.2007); בג"ץ 7932/08 אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש (פורסם בנבו, 29.12.2009).

<sup>114</sup> במשפט הבינלאומי ישנם מספר מסמכים המתייחסים לזכויות הילד בכלל, ולזכויותיו בהליך הפלילי בפרט. אלה המרכזיים שבהם: האמנה בדבר זכויות הילד (1989), אותה אשררה ישראל ביום 2.11.1991; כללי בייג'ינג, הקובעים כללי יסוד בדבר קטינים בהליך הפלילי:



לשוויון, להשתתפות בהליך, להישרדות ולהתפתחות.<sup>116</sup> לשם כך מוענקת לקטינים שורה ארוכה של זכויות והגנות, ובמקביל מוטלות על גורמי אכיפת החוק מגבלות וחובות באשר לאופן שבו יש לעצור קטינים, לחקור אותם, לשפוט אותם ולטפל בהם.

התחיקה הצבאית מסדירה את הטיפול בקטינים בהליך הפלילי בצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009. בניגוד לדין הישראלי ביחס לקטינים, ובפרט חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, התחיקה הצבאית אינה מבוססת על התפיסה שלפיה יש להתאים את הוראות סדר הדין הפלילי למצבם הייחודי של קטינים, ואינה כוללת צו מיוחד המפרט את הוראות הדין החלות על קטינים פלסטינים בשלבים השונים ההליך הפלילי.

במשך קרוב לארבעים שנה של שלטון צבאי, ההגנות היחידות שמהן נהנו קטינים פלסטינים בשטחים היו מגבלות מסוימות על תקופת מאסרם והתחשבות בגילם בעת גזירת עונשם. רבים מהקטינים לא נהנו אף מהגנות מעטות אלה, באשר גיל הקטינות עמד, עד לשנת 2011, על 16 שנים בלבד (לעומת 18 בחקיקה הישראלית<sup>117</sup>). הגם שבשנים האחרונות נערכו מספר תיקונים בתחיקה הצבאית ביחס לקטינים, הרי שהשוואה של מספר עקרונות והסדרים מרכזיים בדין הישראלי ובתחיקה הצבאית מעלה כי התפיסות שביסוד הטיפול בקטינים בשתי המערכות עודן רחוקות זו מזו, וכי ההגנות הניתנות לקטינים במסגרת התחיקה הצבאית והפרקטיקה הנגזרת ממנה נופלות בהרבה מאלה המוענקות לקטינים בדין הישראלי.

עובדה זו לא נעלמה מעיניהם של שופטי בית המשפט הצבאי, אשר בחרו לא פעם להרחיב את ההגנות הניתנות לקטינים פלסטינים במסגרת ההליך הפלילי בשטחים על ידי החלת רוח חוק הנוער הישראלי בחלק מהתחומים בהם התחיקה הצבאית חסרה. כך למשל כתב נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים אהרון משניות בעניין **אבו רחמה**:

---

UN General Assembly, United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules"), 29 November 1985, A/RES/40/33 <http://www.refworld.org/docid/3b00f2203c.htm>.

לסקירה מקיפה אודות זכויות קטינים בהליך הפלילי במשפט הבינלאומי ראו: נעמה באומגרטרן-שרון **ילד אסור, ילד מותר: הפרת זכויותיהם של קטינים פלסטינים שנעצרו בחשד ליידי אבנים** 9-7 (יעל שטיין עורכת, בצלם, יולי 2011), (להלן: **ילד אסור, ילד מותר**).

<sup>115</sup> חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער) מאגד בתוכו את הכללים בדבר הטיפול בקטינים בהליך הפלילי. בשנת 2008 בוצע תיקון רחב בחוק, על בסיס מסקנות הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשותה של השופטת (בדימוס) סבינה רוטלוי: משרד המשפטים **דוח ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי** (2003) (להלן: דוח ועדת רוטלוי).

<sup>116</sup> דוח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 115, בעמ' 32-35.

<sup>117</sup> סעיף 1 לחוק הנוער.

"אף שהוראות תיקון מס' 14 לחוק הנוער אינן חלות באזור, לא ניתן להתעלם מהרוח הנושבת מהן, ומהעקרונות העומדים ביסודן בדבר ההגנה על זכויותיו של קטין, גם אם הוא חשוד בביצוע עבירות, ומתן משקל דומיננטי לעיקרון העל של טובת הקטין, כפי שנאמר בהצעת החוק. בסופו של דבר, **קטין הוא קטין הוא קטין**, בין אם הוא מתגורר במקום שהחוק הישראלי חל עליו במלואו, ובין אם הוא מתגורר במקום אחר שהחוק הישראלי אמנם אינו חל בו במלואו, אך הוא נתון להשפעה ממשית של שיטת המשפט הישראלית".<sup>118</sup>

המגמה של הרחבת ההגנות הניתנות לקטינים פלסטינים בהליך הפלילי בשטחים באמצעות פסיקות בתי המשפט הצבאיים מייצרת פער הולך וגדל בין הדין הצבאי לבין ההלכה הפסוקה של בתי המשפט שאמונים על יישום דין זה. מצב זה אינו רצוי מבחינה נורמטיבית, שכן הוא מותיר את החלת ההגנות לקטינים לשיקול דעתו של בית המשפט ופוגע בוודאות המשפטית של החשודים והנאשמים. כל עוד ההגנות אינן מעוגנות בתחיקה הצבאית, תוקפן מוגבל ולא ניתן לבצע ביקורת שיפוטית על יישומן. על כן, בפרק זה נתייחס בעיקר למצב זכויות הקטינים בהליך הפלילי כפי שהוא משתקף בדין הצבאי.

## א. גיל הקטינות

בדין הפלילי הישראלי, "קטין" נחשב מי שטרם מלאו לו 18 שנים. לעומת זאת, במשך עשרות שנים, ועד לשנת 2011 הוגדרו שלוש קטגוריות של קטינים: **ילד** – מי שטרם מלאו לו 12 שנים; **נער** – מי שמלאו לו 12 שנים אך טרם מלאו לו 14 שנים; ו**בוגר רך** – מי שמלאו לו 14 שנים אך טרם מלאו לו 16 שנים. היינו, אדם אשר מלאו לו 16 שנים הוגדר בתחיקה הצבאית כבגיר. התיקון משנת 2011 לצו בדבר הוראות ביטחון שינה את ההגדרה של "קטין", לצורך הליכי השפיטה בלבד, וכעת נכנס לקטגוריה זו מי שטרם **מלאו לו 18 שנים**. ואולם לצורך הליכים אחרים – מעצר, עיכוב וחקירה – גיל הבגירות עודנו עומד על 16.<sup>119</sup>

<sup>118</sup> ע"מ (איו"ש) 2912/09 **התביעה הצבאית נ' אבו רחמה** (פורסם בנבו, 31.8.2009) (ההדגשות במקור). תיקון מס' 14 לחוק הנוער הישראלי מעגן הגנות נרחבות בחקירה, במעצר, בשפיטה ובענישה של קטינים. ראו חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ח-2008.

<sup>119</sup> צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 10) (יהודה והשומרון), התשע"א-2011 (צו מס' 1676) (להלן: הצו לתיקון גיל הקטינות). הצו תיקן את הגדרת ה"קטין", בפרק ה', סימן ז' – שיפוט נוער (הוראת שעה) לצו בדבר הוראות ביטחון. ההגדרות הכלליות של "קטין" ושל "בוגר רך" בפרק ההגדרות לצו בדבר הוראות ביטחון נותרו בעינן, כך שלצורך הליכים אחרים חוץ מהשפיטה גיל הבגירות כאמור עודנו 16.

## ב. מעצר וחקירה

בשנת 2013 שהו במעצר, בממוצע, 199 קטינים פלסטינים בחודש.<sup>120</sup> התחיקה הצבאית אינה מקנה זכויות מיוחדות לקטינים, למעט החובה להודיע להורה או לקרוב אחר של הקטין על מעצרו, שנוספה בשנת 2011 בצו לתיקון גיל הקטינות. להיעדר הזכויות וההגנות לקטינים יש ביטויים ממשיים, כפי שיפורט להלן.

דיווחים רבים של ארגוני זכויות אדם וסוכנויות או"ם מצביעים על נוהג צבאי להגיע לבית המשפחה בשעות הלילה המאוחרות ולעצור את הקטין הישן במיטתו.<sup>121</sup> תחת הוראות הדין הישראלי, מעצר קטין יעשה כאמצעי אחרון בלבד ולפרק הזמן הקצר ביותר הנדרש,<sup>122</sup> ועל כן, ככלל, חוק הנוער אינו מתיר מעצרי לילה, אלא במקרים חריגים ביותר. נוסף על כך, אין בתחיקה הצבאית מגבלה על שעות החקירה של קטינים; זאת בניגוד לדין הישראלי אשר קובע כי, ככלל, אין לחקור קטינים בשעות הלילה.<sup>123</sup> כמו כן, על אף החובה להודיע להורי קטין על מעצרו וחקירתו, לא עומדת לקטין הפלסטיני הזכות להיוועץ עם הורה טרם חקירתו, או שזה יהיה נוכח בחקירה – זכויות המוקנות לקטינים על פי הדין הישראלי.<sup>124</sup>

השוואת התחיקה הצבאית לדין הישראלי מלמדת, כי גם במקום שבו נראה על פניו כי הוקנו לקטינים פלסטינים זכויות זהות לאלה שניתנו לקטינים ישראלים, אין הדבר כך. כך, למשל, הסעיף שעניינו הזכות להיוועץ בעורך דין טרם החקירה. התחיקה הצבאית מטילה על הקטין את החובה לספק בעצמו פרטים של סנגור;<sup>125</sup> ספק רב אם קטין, שגילו לעתים מעט מעל 12 שנים, מסוגל לספק את פרטיו של סנגור, ודאי כאשר לא עומדת לו הזכות לשוחח עם הוריו. מנגד, הדין הישראלי קובע כי בטרם יחקר קטין יודיע החוקר לסנגורו על החקירה, ובהעדר סנגור, יודיע החוקר את האמור לסנגוריה הציבורית.<sup>126</sup>

קטינים פלסטינים, בדומה לבגירים, מוחזקים במתקני כליאה ומעצר בתוך ישראל, ועל כן נמנע מבני משפחתם לבקרם. עבור קטינים, העלולים להיות מנותקים מהוריהם במשך

<sup>120</sup> מעקב של Military Court Watch על מספר העצורים הביטחוניים הקטינים והבגירים המוחזקים בישראל, ראו כאן:

<http://www.militarycourtwatch.org/page.php?id=J5V0bQevz8a19020AWwFbv7lxv2>

<sup>121</sup> ילד אסור, ילד מותר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 24-26. כן ראו:

[\*Children in Israeli Military Detention: Observations and Recommendations\*](#), UNICEF (Feb 2013).

<sup>122</sup> סעיף 10א לחוק הנוער, לעיל ה"ש 115.

<sup>123</sup> סעיף 9 לחוק הנוער.

<sup>124</sup> סעיף 9ו, 9ז, 9ח לחוק הנוער.

<sup>125</sup> סעיף 53(ג) לצו בדבר הוראות ביטחון.

<sup>126</sup> סעיף 9ט(ב) לחוק הנוער.

שנים, מדובר בפגיעה חמורה במיוחד. במסגרת ההליך נגד האפליה בתקופות המעצר החלות על פלסטינים בשטחים, שהוגשו בשנת 2010 ושצוינו לעיל,<sup>127</sup> הודיעה פרקליטות המדינה על שינויים בתקופות המעצר הקבועות בתחיקה הצבאית, גם בנוגע לקטינים. אך כמו במקרה של הבגירים, גם לגבי הקטינים נותר עדיין פער משמעותי בין תקופות המעצר של קטינים פלסטינים לעומת קטינים יהודים, המתגוררים גם הם בגדה המערבית.

להלן סיכום תקופות המעצר השונות החלות על קטינים יהודים ופלסטינים, וכן השינויים שבוצעו בתחיקה הצבאית בעקבות העתירות:

תקופת מעצר טרם הבאה בפני שופט	הדין הישראלי	התחיקה הצבאית לפני השינוי	התחיקה הצבאית היום
	קטין מתחת לגיל 14: 12 שעות, ובמקרים חריגים – 24 שעות קטין מעל גיל 14: 24 שעות, ובהתקיים סיבה מיוחדת – 48 שעות	8 ימים	<p><b>בעברות שאינן עברות ביטחון:</b></p> <p>בגיל 12-14 – 24 שעות, עם אפשרות לעכב את הביקורת השיפוטית עד 48 שעות במקרים מיוחדים</p> <p>בגיל 14-18 – 48 שעות, עם אפשרות לעכב את הביקורת השיפוטית עד 96 שעות מרגע המעצר במקרים מיוחדים</p> <p><b>בעברות ביטחון:</b></p> <p>בגיל 12-14 – 24 שעות, עם אפשרות לעכב את הביקורת השיפוטית עד 48 שעות במקרים מיוחדים</p> <p>בגיל 14-16 – 48 שעות, עם אפשרות לעכב את הביקורת השיפוטית עד 96 שעות במקרים מיוחדים</p> <p>בגיל 16-18 – 96 שעות, עם אפשרות לעכב את הביקורת השיפוטית עד 8 ימים מרגע המעצר במקרים מיוחדים.</p>

<sup>127</sup> עניין תקופות המעצר, לעיל ה"ש 80.

15 ימים	30 ימים	10 ימים	<b>הארכת מעצר שיפוטית ראשונה לצורכי חקירה</b>
<p>שופט יכול להאריך את המעצר לתקופות נוספות של עד 10 ימים כל אחת, עד 40 ימים.</p> <p>שופט של בית המשפט הצבאי לערעורים רשאי להאריך את המעצר מעבר ל-40 ימים, 90 ימים כל אחת, לבקשת הפרקליט הצבאי הראשי.</p>	<p>שופט יכול להאריך את המעצר לתקופות נוספות של 30 ימים כל אחת, עד 90 ימים בסך הכל.</p> <p>שופט בית משפט צבאי לערעורים רשאי להאריך את המעצר מעבר לכך, לתקופות נוספות של עד 90 ימים בסך הכל, לבקשת היועץ המשפטי של האזור.</p>	<p>שופט יכול להאריך את המעצר לתקופות נוספות של 10 ימים כל אחת, עד 40 ימים בסך הכל (לאחר 20 ימים נדרש אישור היועץ המשפטי לממשלה).</p> <p>בחוק קיים סעיף, המאפשר לבית המשפט העליון להאריך את המעצר מעבר לכך לתקופות של עד 45 ימים כל אחת, אך לא ידוע לנו על מקרים בהם הופעלה הסמכות במסגרת מעצר לצורכי חקירה של קטינים.</p>	<b>סך תקופות המעצר לצורכי חקירה</b>
<p>קטין מעל גיל 12: שנה, אותה אפשר להאריך מעת לעת ב-3 חודשים בכל פעם, בהוראת בית המשפט הצבאי לערעורים.</p>	<p>קטין מעל גיל 12: שנתיים, אותן אפשר להאריך מעת לעת ב-6 חודשים בכל פעם, בהוראת בית המשפט הצבאי לערעורים.</p>	<p>קטין מתחת לגיל 14: אין לעצרו כלל עד תום ההליכים</p> <p>קטין מעל גיל 14: 6 חודשים, אותם אפשר להאריך מעת לעת ב-45 ימים בכל פעם, בהוראת בית המשפט העליון.</p>	<b>מעצר עד תום ההליכים</b>

## ג. סדרי דין

בשנת 2009 נעשה צעד משמעותי בעניין זכויותיהם של קטינים בתחיקה הצבאית, כאשר הוחלט על הקמת בתי משפט צבאיים לנוער.<sup>128</sup> עם זאת, צו בית המשפט הצבאי לנוער חל רק על ההליך העיקרי, ודיוני מעצר ושחרור עודם מתנהלים בפני בתי המשפט הצבאיים הרגילים. נוסף על הקמת בתי המשפט לנוער, עוגן בצו מעמדם של הורי הקטין המועמד לדין, ונקבע כי הורה הקטין רשאי להגיש לבית המשפט כל בקשה שהקטין עצמו רשאי להגיש, וכן רשאי לחקור עדים ולהשמיע טענות במקום הקטין או יחד איתו.<sup>129</sup>

פער משמעותי בין הדינים בעניין קטינים נוגע להגנה על פרטיותם. על פי הדין הישראלי, דיונים פליליים בעניינם של קטינים יתנהלו בדלתיים סגורות,<sup>130</sup> ולפיכך חל איסור פרסום על הדיון, אלא ברשות בית המשפט.<sup>131</sup> הדין הישראלי אף אוסר על פרסום שמו של קטין שהובא בפני בית המשפט.<sup>132</sup> התחיקה הצבאית כוללת הוראה כללית בלבד בעניין סגירת דלתיים, ולפיה בית משפט צבאי רשאי להורות על סגירת דלתיים, בין היתר לשם הגנה על עניינו של קטין.<sup>133</sup> ואכן, בתקופה האחרונה נוהגים בתי המשפט הצבאיים לנהל דיונים בעניינם של קטינים בדלתיים סגורות. יחד עם זאת, אין הגבלה על פרסום שם הנאשם, פרטי האישום ומהלך הדיונים ופסקי הדין של בתי המשפט הצבאיים מפורסמים כאשר הם נושאים את שמותיהם המלאים של נאשמים קטינים.

## ד. ענישה

החקיקה הישראלית בעניין קטינים בהליך הפלילי שמה דגש רב על שיקומו של הקטין ועל החזרתו למסלול חיים רגיל ונורמטיבי, ולכן מחייבת את בית המשפט לנוער לבחון דרכי ענישה וטיפול מגוונות טרם גזירת הדין. אם הגיע בית המשפט למסקנה כי הקטין ביצע את העבירה, עליו לקבוע זאת בהכרעת הדין אך לא להרשיע את הקטין, ולבקש כי יוגש תסקיר. לאחר קבלת התסקיר, רשאי בית המשפט להרשיע את הקטין ולגזור את דינו, לצוות על נקיטת אמצעים או דרכי טיפול, או לפטור את הקטין מענישה וטיפול.<sup>134</sup> בשתי החלופות האחרונות רשאי בית המשפט שלא להרשיע את הקטין, אלא להסתפק

<sup>128</sup> צו בדבר הוראות ביטחון (הוראת שעה) (תיקון מס' 109) (מס' 1644) (29.7.2009) (להלן: צו ביהמ"ש לנוער).

<sup>129</sup> סעיף 46ב(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון.

<sup>130</sup> סעיף 9 לחוק הנוער.

<sup>131</sup> סעיף 70(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

<sup>132</sup> סעיף 24(א)(1) לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960.

<sup>133</sup> סעיף 89(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון.

<sup>134</sup> סעיפים 24-25 לחוק הנוער.

בקביעה כי ביצע את העברה. על פי נתוני משטרת ישראל, **בשנת 2010**<sup>135</sup> **59.7%** מהקטינים אשר נקבע כי ביצעו את העברה נידונו ללא הרשעה, 20.6% הורשעו ונשפטו למאסר ו-19.7% נידונו לעונשים אחרים.

האפשרות לקבוע כי קטין ביצע את העברה אך להימנע מלהרשיעו, כמו גם האפשרות להפנות קטין לדרכי טיפול מגוונות, אינה קיימת בתחיקה הצבאית, להוציא האפשרות לבקש תסקיר לאחר הרשעת הקטין,<sup>136</sup> שבה נעשה שימוש מועט.<sup>137</sup> בפני בית המשפט הצבאי לנוער עומדות בפועל שתי אפשרויות בלבד – להרשיע את הקטין או לזכותו. מתצפיות שנערכו בבתי המשפט הצבאיים עולה כי **שיעור ההרשעות של קטינים קרוב ל-100%**,<sup>138</sup> בדומה לשיעור ההרשעות בבתי המשפט הצבאיים הרגילים.<sup>139</sup> הטלת עונש מאסר היא "דרך המלך" בענישת קטינים בבתי המשפט הצבאיים, ובכלל זאת הטלת עונשי מאסר על קטינים בני פחות מ-14. בניגוד לדין הישראלי, האוסר על מאסר מי שטרם מלאו לו 14 שנים,<sup>140</sup> התחיקה הצבאית מאפשרת הטלת עונש מאסר של עד שישה חודשים על "נער" (מי שמלאו לו 12 אך טרם מלאו לו 14), ועד שנת מאסר ל"בוגר רך" (מי שמלאו לו 14 אך טרם מלאו 16). המגבלה בדבר תקופת המאסר המרבית בעניין "בוגר רך" לא חלה אם הקטין ביצע עברה שדינה חמש שנות מאסר ומעלה.

יפים לעניין זה דבריה של שופטת בית המשפט הצבאי לנוער ריבלין אחאי:

"בתי המשפט הצבאיים הביעו דעתם לא פעם כי יש לעשות כל מאמץ, בכפוף לנסיבות המיוחדות לאזור על מנת להשוות ככל הניתן את המצב הנוגע לקטינים באזור למצב בישראל. ברור כי יצירת כלי שיקום באזור אינה קלה בייחוד כאשר מדובר בעבירות אשר נעברות לא פעם מטעמים אידיאולוגים בתמיכת החברה הסובבת את הקטין. מכל מקום, אני סבורה שהמחוקק באזור לא יכול שלא להידרש לנושא ולמצוא דרכים יצירתיות אשר יאפשרו טיפול בקטינים עבריינים שלא רק במסגרת של כליאה ממשית".<sup>141</sup>

<sup>135</sup> משטרת ישראל דין וחשבון שנתי 2010 37 (2011).

<sup>136</sup> סעיף 46(יג) לצו ביהמ"ש לנוער.

<sup>137</sup> תצפיות בבית המשפט הצבאי לנוער, לעיל ה"ש 101, בעמ' 33.

<sup>138</sup> שם, בעמ' 6; ילד אסור, ילד מותר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 16.

<sup>139</sup> משפטים בחצר האחורית, לעיל ה"ש 61, בעמ' 52.

<sup>140</sup> סעיף 25(ד) לחוק הנוער.

<sup>141</sup> 3905/10 התביעה הצבאית נ' עומר (פורסם בנבו, 17.1.2011).

לסיכום, הדין הפלילי הוא תחום שבו ההבדלים בין שתי מערכות המשפט בגדה המערבית ניכרים מאוד, והשלכותיהם על זכויות היסוד, ובעיקר על הזכות לחירות, הן המשמעותיות ביותר. זהותו הלאומית של החשוד או הנאשם היא הקובעת איזה דין יחול עליו, ולמי תהיה סמכות השיפוט בעניינו. בכל שלב משלבי מיצוי הדין – החל במעצר הראשוני, דרך ההעמדה לדין וכלה בענישה – מופלים הפלסטינים ביחס לישראלים. הדבר נכון הן לגבי בגירים הן לגבי קטינים.



## פרק שלישי: דיני תעבורה

בהתאם למדיניות ההפרדה במערכות המשפט בין ישראלים לבין פלסטינים בגדה המערבית, גם המערכות של אכיפת חוקי התנועה הן נפרדות.<sup>142</sup> ישראלים המבצעים עבירות תעבורה בגדה המערבית נשפטים בפני בית משפט ישראלי, על פי פקודת התעבורה הישראלית,<sup>143</sup> פלסטינים נשפטים בבתי המשפט הצבאיים, בהתאם לסדרי הדין הקבועים ברובם **בצו בדבר התעבורה (יהודה והשומרון) (מס' 1310)**, **התשנ"ב-1992** ובתקנות שהותקנו על ידי ראש המנהל האזרחי (תקנות התעבורה (יהודה והשומרון), התשנ"ב-1992). דברי חקיקה אלה אימצו, ככלל, את הוראות דיני התעבורה הנוהגות בישראל. אולם על אף שהדינים המהותיים החלים על שתי האוכלוסיות בגדה דומים, ההפרדה בין מערכות השיפוט משמרת ומעמיקה את האפליה בין המתנחלים לבין הפלסטינים. יתרה מזאת, מדיניות הענישה שונה ומחמירה יותר ביחס לפלסטינים.

משטרת ישראל היא האמונה על אכיפת דיני התעבורה על המתנחלים ועל הפלסטינים. האפליה באכיפת החוק מתחילה כבר באמצעי האכיפה השונים המוקנים למשטרת ישראל ביחס לכל אחת מהאוכלוסיות: התחיקה הצבאית מסמיכה שוטרים לבצע שורה ארוכה של פעולות אכיפה שאינן מוקנות להם בדין הישראלי. כך למשל, "כל תושב מקומי שעובר עברת תנועה נאלץ להפקיד ערבות כספית על מנת להבטיח את הגעתו לבית משפט";<sup>144</sup> הדין הישראלי אינו קובע חובת הפקדת ערבות שכזו. נוסף על כך, אם שוטרים נתקלים, במקרה, בנהג שמאחר בתשלום קנס תעבורה, התחיקה הצבאית מתירה להם להחרים את רישיון הנהיגה שלו ואף את מסמכי הרכב.<sup>145</sup> כן מסמיכה אותם התחיקה הצבאית לפסול רישיון נהיגה ואף להחרים כלי רכב במקרה שבו ניתן דו"ח לאדם שטרם שילם קנס קודם.<sup>146</sup> אין מקבילה להוראות אלה בדין הישראלי.

על הגישה המפלה של מערכת המשפט כלפי נהגים פלסטינים אפשר ללמוד אף ממראם של דו"חות התעבורה עצמם. בדומה לנדרש על פי הדין הישראלי, גם לפלסטינים ניתנים שני סוגים של דו"חות תעבורה – דו"ח ברירת קנס ודו"ח הזמנה לדין. אלא שעל גבי הדו"חות הניתנים לנהגים ישראלים מופיעים מספרי טלפון של תחנות משטרה ושל בתי

<sup>142</sup> מבקר המדינה, דו"ח שנתי 52א – לשנת 2001 188 (2002) (להלן: דוח מבקר המדינה לשנת 2001).

<sup>143</sup> פקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961.

<sup>144</sup> דורון ישראלי, ראש אגף התנועה במחוז ש"י, מתוך [פרוטוקול ישיבה מס' 277 של ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, הכנסת ה-18 \(8.11.2010\)](#), בעמ' 4.

<sup>145</sup> חיה אופק [מורה נבוכים להתנהלות משטרת ישראל בשטחים הכבושים](#) 33 (מחנ Watch), דצמבר 2010 (להלן: [מורה נבוכים](#)).

<sup>146</sup> טעיף 29 לצו בדבר התעבורה (יהודה והשומרון) (מס' 1310), התשנ"ב-1992.

משפט לתעבורה, על מנת שיוכל הנהג לברר פרטים נוספים. מספרי טלפון שכאלה נעדרים מן הדו"חות שמקבלים נהגים פלסטינים בגדה.<sup>147</sup> על פניו, מדובר בהבדל טכני בלבד; עם זאת, יש בו כדי להצביע על הפער שבין מערכות המשפט השונות החלות על ישראלים ופלסטינים בגדה המערבית: האחת מזמינה לברר ולשאול, בעוד שהאחרת מבהירה כי אין זה מעניינה לעמוד לשירותו של התושב, ומסכלת את יכולתו לערוך בירורים.

בכל שנה כ-3,000 פלסטינים מועמדים לדין בבתי המשפט הצבאיים בגין עבירות תנועה.<sup>148</sup> נהגים רבים אינם מגיעים לדיונים בעניינם, וננזפים על כך על ידי בית המשפט, הגם שכפי שצוין לעיל, מעולם לא נמסרו להם מספרי הטלפון הרלוונטיים כדי שיוכלו לברר האם והיכן מתקיים משפטם.<sup>149</sup> כאשר גזר הדין ניתן שלא בפני הנאשם, על האחרון להשיג בעצמו את ההחלטה, דבר הכרוך בקשיים לא מבוטלים;<sup>150</sup> זאת בניגוד לנהגים ישראלים שגזרי דין ושוברי תשלום נשלחים אליהם בדואר. מבקר המדינה אף עמד על כך שגזרי הדין המוטלים על פלסטינים בעברות תעבורה לא מועברים למערכת המשטרית הממוחשבת, דבר המקשה לעקוב אחר גזרי הדין ותשלום הקנסות.<sup>151</sup> אי תשלום קנס במועד עלול להוביל לשלילת אישור הכניסה לישראל לתקופה בת מספר חודשים,<sup>152</sup> דבר שעלול לפגוע פגיעה אנושה ביכולתו של אדם לעבוד לפרנסתו.

גם הענישה בגין עברות תנועה בבתי המשפט הצבאיים מחמירה יותר מזו המוטלת בגין עברות מקבילות בבתי המשפט בישראל. בדיון שהתקיים בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 8.11.2010 בנושא אכיפת עברות תנועה ביהודה ושומרון, סיפר ראש אגף התנועה במחוז ש"י כי "הערבים המקומיים נשפטים בבית המשפט הצבאי, ופסקי דין שמקבלים שם הם מהחמורים שקיימים, הרבה יותר מאשר מקבלים בארץ".<sup>153</sup> בהקשר זה חשוב לציין, כי גם כאשר מוטלים על פלסטינים קנסות הזיהים בגובהם לאלה המוטלים בישראל יש בכך משום אפליה מובנית, נוכח הפערים המשמעותיים ברמת ההכנסה בין הגדה המערבית לבין ישראל.<sup>154</sup>

<sup>147</sup> מורה נבוכים, לעיל ה"ש 145, בעמ' 29.

<sup>148</sup> שם, בעמ' 37.

<sup>149</sup> שם, שם.

<sup>150</sup> שם, בעמ' 38.

<sup>151</sup> דוח מבקר המדינה לשנת 2001, לעיל ה"ש 142, בעמ' 189-190.

<sup>152</sup> מורה נבוכים, לעיל ה"ש 145, בעמ' 25.

<sup>153</sup> פרוטוקול ישיבה מס' 277 של ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, לעיל ה"ש 144.

<sup>154</sup> על פי סוכנות הביון המרכזית (CIA) בארה"ב, בשנת 2008 עמד התוצר המקומי הגולמי לנפש בגדה המערבית על 2,900 דולר, ובישראל על 29,300 דולר.

## פרק רביעי: חופש הביטוי והמחאה

משפט זכויות האדם מספק הגנה רחבה לחופש הביטוי ולזכות ההפגנה והמחאה. חופש הביטוי, כמו גם נגזרתו, הזכות להפגין, נחשבים לזכויות יסוד, זכויות שהן בעלות ערך פנימי רב נוסף על היותן כלי חיוני להגשמתן של זכויות אחרות, ומעוגנים בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם ובסעיף 19 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות<sup>155</sup> גם הזכות להתכנסות שקטה מעוגנת באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, כאשר בצידה רובצת על המדינה החובה להכיר בזכות ולאפשר את מימושה.<sup>156</sup> חובה זו נחשבת כיום לנורמה של המשפט הבינלאומי המינהגי.<sup>157</sup>

בית המשפט העליון עמד לא אחת על חשיבותה של הזכות להפגין בהקשרים מעוררי מחלוקת:

"בית-משפט זה קבע פעמים רבות בעבר כי **חופש הביטוי וההפגנה אינם רק החופש לבטא דברים מוסכמים, נעימים או ערבים לאוזן.** 'חופש התהלכה אינו רק החופש של ילדים וזרי פרחים בידיהם לצעוד ברחובה של העיר, אלא גם **חופש הצעידה של אנשים, אשר... עצם צעידתם מרגיזה ומעוררת כעס... אלה כאלה זכאים לצעוד, וזכותם זו אינה קשורה במידת החיבה או הכעס שהם מעוררים**'"<sup>158</sup>.

ואכן, חופש הביטוי וההפגנה נועדו להגן לא רק על דעות מקובלות ואהודות, אלא גם – ובכך עיקר מבחנו של חופש הביטוי – על דעות שעשויות להיות מקוממות או מכעיסות.<sup>159</sup> הרשות הנתונה בידי השלטון להגביל את חופש הביטוי של אזרחי המדינה מצומצמת, ושמורה למקרים חריגים בלבד. התפיסה המקובלת במדינות דמוקרטיות הינה כי הגבלת חופש הביטוי, ובכלל זאת הגבלה ומניעה של הפגנות, היא אמצעי אחרון, אשר ככלל ייעשה בו שימוש רק כאשר הדבר נדרש לשם הגנה על הסדר הציבורי,

וגם: [http://www.indexmundi.com/israel/gdp\\_per\\_capita\\_%28ppp%29.html](http://www.indexmundi.com/israel/gdp_per_capita_%28ppp%29.html)

<sup>155</sup> סעיפים 19-20 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948); סעיפים 19 ו-21 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966), אותה אשררה ישראל בשנת 1991.

<sup>156</sup> סעיף 21 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

<sup>157</sup> John Quigley, *The Relation Between Human Rights Law and the Law of Belligerent Occupation: Does an Occupied Population Have a Right to Freedom of Assembly and Expression?*, 12 B. C. INT'L & COMP. L. REV. 13, 23-24 (1989).

<sup>158</sup> בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל פ"ד לח(2) 393, 411 (1984) (ההדגשות הוספו).

<sup>159</sup> בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' אילן פרנקו – מפקד מחוז ירושלים, פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בבנו, 27.12.2006).

ביטחון הציבור וזכויות יסוד, וזאת תוך שימוש במבחן המחמיר של "ודאות קרובה" לפגיעה באלה.<sup>160</sup>

אמנם, תחת כיבוש צבאי מעמדו של חופש הביטוי שונה, וככלל נתונה בידי הכוח הכובש הסמכות להגביל את חופש הביטוי, לרבות חופש המחאה, ככל שהדבר נדרש לצורך שמירה על הסדר הציבורי ועל הביטחון בשטח.<sup>161</sup> אולם לעמדתנו הזכות לחופש הביטוי, לרבות הזכות למחאה, חלה כיום בגדה המערבית הן מתוקף הדין ההומניטרי הבינלאומי הן מתוקף דיני זכויות האדם, ועל כן חובתו של המפקד הצבאי להכיר בה ולאפשר את מימושה.<sup>162</sup> סמכותו של הכוח הכובש להגביל את חופש הביטוי מבוססת על ההנחה שהכיבוש הוא מצב זמני, ובכל מקרה, יש לאזנה עם חובתו של המפקד הצבאי לדאוג לאינטרס של האוכלוסייה המקומית, המוגנת, לכבד את מנהגיה ולהגן על זכויותיה.<sup>163</sup> בהקשר של כיבוש מתמשך, כפי שהוא המצב בגדה המערבית, חובה זו להגן על רווחת האוכלוסייה המוגנת מקבלת משנה תוקף. לתושבים הפלסטינים אין ייצוג בקרב הריבון השולט עליהם (המפקד הצבאי) ואין באפשרותם להשפיע על ההחלטות הקובעות את מציאות חייהם. לפיכך, הבעת מחאה היא אפיק מרכזי עבורם למימוש האוטונומיה שלהם ולהיאבק על מימוש זכויות אחרות, כגון הזכויות לחיים, לחירות, לקניין, לחיי משפחה, לפרנסה, לתנועה ועוד. נוסף על כך, בהתחשב במשכו של הכיבוש וגם בכך שמזה שנים רבות לא מתקיים בגדה עימות מזוין, ההצדקה הביטחונית להגבלתו של חופש הביטוי נחלשת.

אולם בפועל, חופש הביטוי של פלסטינים בגדה כמעט ואינו קיים. עצרות והפגנות של פלסטינים מוגדרות כהתקהלויות בלתי חוקיות, כוחות הצבא והמשטרה מתייחסים אליהן כאל איום וחלקן הגדול מפוזר על ידם תוך הפעלת אלימות, שמביאה לעתים לתוצאות קטלניות. מנגד, יחסן של הרשויות להפגנות שמקיימים ישראלים בשטחים מבטא הכרה רחבה בחופש הביטוי שלהם ובזכותם להפגין.

## 1. דיני ההפגנה

הוראות הדין הישראלי באשר לקיום הפגנות משקפות הכרה בערכו של חופש הביטוי ומקנות לו הגנה. פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, המאגדת את עיקר

<sup>160</sup> בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, פס' 8-7 (1987).

<sup>161</sup> תקנה 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 10, וסעיף 70 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949, כ"א 1, מס' 30, עמ' 559 (1949) (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית).

<sup>162</sup> רגד ג'ראיסי ותמר פלדמן, [מעמדה של הזכות להפגין בשטחים הכבושים](#) (נייר עמדה, האגודה לזכויות האזרח, אוקטובר 2014).

<sup>163</sup> תקנה 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 10, וסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 161.

ההוראות בעניין הזכות להפגין, קובעת כנקודת מוצא כי התקהלויות אינן מחייבות קבלת אישור מראש. על פי הפקודה, יש לבקש רישיון להתקהלות רק כאשר היא מתקיימת במרחב הציבורי, משתתפים בה חמישים אנשים או יותר, והיא כוללת נאום מדיני או תנועה ממקום למקום.<sup>164</sup>

פורמלית, פקודת המשטרה לא הוחלה באופן פרסונלי על ישראלים בגדה המערבית. אך הלכה למעשה, בכל הנוגע להפגנות ולאירועי מחאה מוחל על ישראלים הדין הישראלי. ישראלים המקיימים הפגנות בלתי מאושרות בשטחים נשפטים בבתי המשפט האזרחיים של מדינת ישראל, על פי חוק העונשין והנורמות של הדין הישראלי, ובכלל זאת גם הסטנדרטים הנהוגים בישראל לגבי חופש הביטוי וההפגנה.<sup>165</sup> על פי הידוע לנו, המקרה היחיד שבו נעשה שימוש בתחיקה הצבאית בהקשר של חופש הביטוי של ישראלים בשטחים היה ב-2008, כאשר צה"ל ניסה למנוע סיוורים של ארגון "שוברים שתיקה" בחברון.<sup>166</sup>

בניגוד מוחלט לגישת המשפט הישראלי החל על מתנחלים ביחס לחופש הביטוי וההפגנה, התחיקה הצבאית מתייחסת להפגנות ולהתקהלויות של פלסטינים כאל איום ביטחוני, ומגבילה באופן קיצוני את חופש הביטוי שלהם. כפי שיוצג להלן, עמדת השלטון ביחס לחופש הביטוי של הפלסטינים בגדה המערבית, כפי שהיא משתקפת מהתחיקה הצבאית ומפעולות הצבא, היא כי אין לאפשר לאוכלוסייה זו לממש את חופש ביטוי שלה ואת זכותה להפגין.

ההוראות בדבר הפגנות בשטחים מעוגנות בצו בדבר איסור פעילות הסתה ותעמולה עוינת (יהודה והשומרון) (מס' 101), התשכ"ז-1967 שכבר משמו ניתן ללמוד על יחסו של המפקד הצבאי לזכות לחופש ביטוי תחת שלטונו. קריאת הוראות הצו מלמדת כי ישנו איסור כמעט מוחלט על קיומן של הפגנות, וכי גם מרבית צורות הביטוי האחרות מוגבלות ומחייבות קבלת אישור מראש.<sup>167</sup>

<sup>164</sup> סעיפים 83-84 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

<sup>165</sup> דוגמה לכך ניתן למצוא בכתבי האישום שהוגשו נגד ישראלים שהפגינו נגד ההתנתקות, לדוגמה: ערר (ב"ש) 20240/05 מדינת ישראל נ' נמבורג (פורסם בנבו, 21.2.2005).

<sup>166</sup> בג"ץ 4526/08 ארגון "שוברים שתיקה" נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 10.1.2011).

<sup>167</sup> הדרישה לבקשת היתר להפגנות משקפת ציפייה לא מציאותית שהתושבים המקומיים, תושבי השטח הכבוש, יבקשו את הסכמתו של המפקד הצבאי, המייצג משטר שבעיניהם הוא לא חוקי ולא לגיטימי, להפגין נגדו ונגד עצם קיומו. יצוין כי גם לו היו הפלסטינים מעוניינים לבקש מהצבא רישיון להפגין, לא קיימים כיום נהלים של הצבא המגדירים את התהליך ואת התנאים לקבלת רישיון כזה: לא קיים צו המפרט לאיזה גורם צריך להגיש את הבקשה לקבלת רישיון להפגנה; מתי יש להגיש; איזה מידע בקשה כזו צריכה להכיל; או איך אפשר לערער על ההחלטה של הצבא בדבר מתן הרישיון. ראו: מעמדה של הזכות להפגין בגדה המערבית, לעיל ה"ש 162.

**הדין הצבאי מחייב ברישיון כל הפגנה של למעלה מעשרה אנשים כאשר נישאים בה נאומים בעניין מדיני או בעניין היכול להתפרש ככזה, אף אם היא מתקיימת במרחב הפרטי.** כך בעצם, התקהלות ללא רישיון של עשרה אנשים או יותר הדנים בנושא הנוגע לסוגיה מדינית, בכל מקום שהוא, כולל בביתו הפרטי של אדם, היא אסורה ומהווה עבירה שהעונש המרבי עליה הוא 10 שנות מאסר. הצו אף מגדיר "הפגנה" (אסיפה, תהלוכה או משמרת) באופן רחב בהרבה מההגדרה הקבועה בחוק הישראלי.<sup>168</sup> הטבלה שלהלן מסכמת את ההבדלים בין הדינים:

הדין הפלילי הישראלי	הדין הצבאי	
<ul style="list-style-type: none"> <li>התקהלות של <b>חמישים אנשים</b> או יותר</li> <li><b>תחת כיפת השמים</b> כדי לשמוע נאום או הרצאה</li> <li>בנושא בעל <b>עניין מדיני</b></li> </ul> (סעיף 83 לפקודת המשטרה)	<ul style="list-style-type: none"> <li>התקהלות של <b>עשרה אנשים</b> או יותר</li> <li><b>בכל מקום (גם פרטי)</b> שבו מושמע נאום או מתקיים דיון</li> <li>בנושא <b>מדיני או לעניין היכול להתפרש כמדיני</b></li> </ul> (סעיף 1 לצו איסור פעולות הסתה)	<b>הגדרת אסיפה</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li><b>חמישים אנשים</b> או יותר המהלכים יחד</li> </ul> (סעיף 83 לפקודת המשטרה)	<ul style="list-style-type: none"> <li><b>עשרה אנשים</b> או יותר המהלכים יחד</li> </ul> (סעיף 1 לצו איסור פעולות הסתה)	<b>הגדרת תהלוכה</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li><b>אין חובת רישיון</b> לכל התקהלות שאינה אסיפה או תהלוכה</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>התקהלות של <b>עשרה אנשים</b> או יותר <b>למטרה מדינית או לעניין היכול להתפרש כמדיני</b></li> </ul> (סעיף 1 לצו איסור פעולות הסתה)	<b>הגדרת משמרת</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>התקהלות של שלושה אנשים או יותר, אשר מתנהגים בצורה המעוררת יסוד סביר לחשוש כי יעשו מעשה שיפר את השלום, וכן קיום הפגנה הטעונה רישיון ללא רישיון, או בניגוד לתנאיו – <b>שנת מאסר</b></li> </ul> (סעיף 151 לחוק העונשין)	<ul style="list-style-type: none"> <li>ארגון תהלוכה, אסיפה או משמרת ללא רישיון או השתתפות בהן – <b>עשר שנות מאסר</b> ו/או קנס</li> </ul> (סעיף 10 לצו איסור פעולות הסתה)	<b>הדין ביחס להפגנה בלתי מאושרת</b>

<sup>168</sup> על פי נתוני ארגון בצלם, השימוש בצו זה, שהיה נפוץ מאד באינתיפאדה הראשונה, פחת עם תחילת תהליך אוסלו, אולם גבר שוב מתחילת שנת 2010. ראו נעמה באומגרטן-שרון [זכוכת להפגין בשטחים](#) (נייר עמדה, בצלם, יולי 2010).

בשנת 2010 אישרה הכנסת את חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010.<sup>169</sup> החוק הורה להפסיק את ביצועם של גזרי דין ולמחוק רישומים פליליים של כל מי שהורשע בעברה "על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות", אלא אם הוטל עליו עונש מאסר בפועל שלא הומר בעבודות שירות. החוק גם חסם את הדרך מפני הגשת כתבי אישום נוספים בעברות אלה. חוק זה הוא דוגמה מובהקת לתפיסתה של מדינת ישראל את ההפגנות על רקע פוליטי שמקיימים ישראלים בשטחים, ואת ההכרה הרחבה בזכותם להפגין בשטחים, תפיסה אשר מנוגדת לחלוטין לתפיסתם את ההפגנות ואירועי המחאה שמקיימים פלסטינים.

נוסף על ההגבלות בתחיקה הצבאית, משתמשים כוחות הביטחון באמצעי תחיקתי נוסף לשם הגבלת הזכות להפגין בשטחי הגדה המערבית – צו שטח צבאי סגור. על פי הנחיות הצבא, "מפקד צבאי יכריז על שטח צבאי סגור כאשר צרכי הביטחון או הצורך בשמירת הסדר הציבורי מחייבים את סגירת השטח".<sup>170</sup> במספר מקרים שתיעדה האגודה לזכויות האזרח הוחלט על הוצאת צווים לסגירת שטח על מנת לפזר הפגנות לא אלימות אשר היו בעיצומן, ללא שנשקלו כלל השיקולים הרלוונטיים לעניין.<sup>171</sup>

לעיתים מוכרז שטח כסגור מראש כדי למנוע הפגנות. כך למשל, בחודש נובמבר 2012, פורסמו ארבעה צווים צבאיים שהכריזו על האדמות הסמוכות לכפרים בלעין, נעלין, כפר קדום, וא-נבי צאלח – ארבעה מוקדי הפגנות מרכזיים בגדה, שבהם מתקיימות הפגנות מדי יום שישי – כשטח צבאי סגור בפני כל מי שאינו תושב המקום.<sup>172</sup> הצווים אף חולקו לבתייהם של פעילים ישראלים המשתתפים באופן קבוע באותן הפגנות. פרסום הצווים וחלוקתם נועדו למנוע באופן גורף את ההפגנות השבועיות באותם כפרים, כפי שעולה באופן ברור מתגובתה של משטרת מחוז ש"י לכתבה שפורסמה בנושא:

"במהלך פעילות של מחוז ש"י חולקו צווי הכרזה לשטח צבאי סגור בארבעה מוקדי חיכוך – בילעין, ניעלין, נבי סאלח וקדום. במקומות אלו מפגינים פעילי שמאל, אנרכיסטים ופלסטינים באופן קבוע ויוצרים פרובוקציה ומפרים את החוק. הצו מדבר על כל אדם שלא ייכנס

<sup>169</sup> ס"ח תש"ע מס' 2225. הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בה"ח הכנסת תשס"ח מס' 252 עמ' 440.

<sup>170</sup> **מסמך עיקרי דגשים – סגירת שטח** הועבר לידי האגודה לזכויות האזרח ביום 8.3.2010 על ידי יועמ"ש איו"ש <http://bit.ly/1IsMrIh>.

<sup>171</sup> ראו למשל פניית האגודה לזכויות האזרח בישראל אל מפקד אוגדת איו"ש ומפקד מג"ב איו"ש מיום 5.9.2011 בנושא "שימוש לא חוקי בצו שטח צבאי סגור להגבלת מחאה חוקית – הכפר א-תוואנה" <http://www.acri.org.il/he/?p=16094>.

<sup>172</sup> ראו בעניין זה פנייתה של האגודה לזכויות האזרח לפרקליט הצבאי הראשי מיום 12.11.2012 <http://bit.ly/OPQM8z>.

לשטח בו הוכרז הצו. הצווים חולקו ל-16 פעילי שמאל שפועלים באופן לא חוקי מדי יום שישי בתחום הפרות הסדר ונמסר להם אישית כחלק מתפיסה של פעילות התקפית יזומה שמוביל מפקד המחוז. זאת, על מנת למנוע הגעה ופעילות לא חוקית בטענה של חוסר ידיעה שהמקומות הינם שטח צבאי סגור. זוהי חלק מהפעילות היומיומית של מחוז ש"י כנגד מבצעי הפרות סדר על רקע לאומני מכל צד פוליטי שהוא [...]".<sup>173</sup>

על תפיסתה של מערכת המשפט הצבאית את חופש הביטוי וההפגנה של פלסטינים בגדה המערבית אפשר ללמוד גם מעניינו של עבדאללה מחמוד מוחמד אבו רחמה, שהואשם והורשע בגין שורה של עברות שעיקרן פעילות נגד הסדר הציבורי והסתה, על רקע השתתפותו בהפגנות הקשורות להקמת גדר ההפרדה. בדיון על תנאי מעצרו התנגדה התביעה הצבאית לכל שינוי בתנאי השחרור, בין היתר בטענה כי "**אין עומדת לתושבי האזור זכות ההפגנה כלל**".<sup>174</sup> במסגרת הטיעונים לעונש טענה ההגנה כי יש להקל עם אבו רחמה, שכן בהיעדר זכות להביע את מחאתם נגד השלטון על דרך ההצבעה, הדרך היחידה הפתוחה בפני הפלסטינים לעשות כן היא באמצעות הפגנות.

**בית המשפט הצבאי הותיר בצריך עיון את שאלת זכות ההפגנה של הפלסטינים תושבי הגדה המערבית,**<sup>175</sup> ואף קבע כי "אמנם, לנאשם אין כמובן ייצוג בכנסת שהרי הוא אינו אזרח ישראלי, ואף אין לו ייצוג ישיר אצל הריבון במקום מגוריו, מפקד האזור. אך אין בכך להגיע למסקנה שלנאשם, או שלוחיו, לא יכולה להיות השפעה על מהלכים והחלטות של מפקד האזור".<sup>176</sup> קביעתו של בית המשפט כי בידי הפלסטינים אמצעים חלופיים להביע מחאה, כמו שליחת מכתב למפקד הצבאי או הגשת עתירה לבג"ץ, משקפת נאמנה את גישתו של המפקד הצבאי שמצמצמת, ובפועל מאיינת, את חופש הביטוי של הפלסטינים בגדה.

גישתו של השלטון הצבאי לזכותם של פלסטינים להפגין בשטחים משתקפת גם בפרקטיקה של כוחות הצבא הפועלים בשטח. גורמים בצבא ציינו לא פעם שצו 101 אינו מיושם בפועל באופן גורף, ושכעניין של מדיניות, הצבא מאפשר קיומן של הפגנות בגדה, לפנים משורת הדין, כל עוד הן לא אלימות ואינן מפרות את הסדר הציבורי או מהוות

<sup>173</sup> יהושע בריינר "**צה"ל נגד מפגיני בלעין: קיבלו 'צווי הרתעה' לביתם**" וואלה! חדשות 11.11.2012.

<sup>174</sup> ראו: פרוטוקול דיון מיום 10.4.2006 בערר בעניין תנאי שחרורו של מחמד אבו רחמה בהליך ע"מ (איו"ש) 1913/06 אבו רחמה נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 10.4.2006).

<sup>175</sup> ע"מ (איו"ש) 1913/06 אבו רחמה נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 10.4.2006).

<sup>176</sup> ע"מ 3206/05 התביעה הצבאית נ' אבו רחמה (פורסם בנבו, 20.7.2010).



סכנה לביטחוננו של הציבור או האזור.<sup>177</sup> מצב עניינים זה, של חקיקה מגבילה שלכאורה אינה מיושמת מצד אחד, ושל העדר כלל ברור ואחיד לגבי יישום המדיניות בפועל מצד שני, מותיר בידי המפקד הצבאי בשטח שיקול דעת עצום להחליט אילו הפגנות מייצרות איום על הסדר הציבורי, והאם, מתי ועד כמה לאפשר מימוש של הזכות להפגין בגדה.<sup>178</sup>

במקרים רבים החיילים בשטח מפעילים כוח רב כדי לפזר הפגנות ואירועי מחאה בגדה,<sup>179</sup> ובמקרים חריגים אף משתמשים באמצעים קטלניים. השימוש המופרז בכוח עומד בניגוד לכללי אכיפת החוק אשר מחייבים את כוחות הצבא בכל מקרה בו הם נדרשים להתמודד עם אזרחים לא חמושים בשטח הכבוש.<sup>180</sup> חשוב לציין כי לא מדובר באירועים בודדים; במהלך השנים תיעדו ארגוני זכויות אדם מקרים רבים של שימוש מופרז באמצעים לפיזור הפגנות.<sup>181</sup> דפוס התנהגות זה משקף את תפיסת הצבא ולפיה הפגנות של פלסטינים בשטחים מהוות במהותן ומעצם קיומן הפרה של הסדר הציבורי.

<sup>177</sup> דברים שנמסרו לנציגות האגודה בפגישות עם מפקדים בכירים בצבא בהזדמנויות שונות. ראו גם, למשל חנן גרינברג "צה"ל במסר לפלסטינים: תרגיעו את ההפגנות" [ynet](http://ynet.com) 14.4.2010.

<sup>178</sup> ראו הרחבה בנייר העמדה של האגודה: **מעמדה של הזכות להפגין בשטחים הכבושים**, לעיל ה"ש 162.

<sup>179</sup> נעמה באומגרטן-שרון **הפגנת כוח: טיפול כוחות הביטחון בהפגנות השבועיות בכפר א-נבי אאלח** (יעל שטיין עורכת, בצלם, ספטמבר 2011).

<sup>180</sup> **מעמדה של הזכות להפגין בשטחים הכבושים**, לעיל ה"ש 162, בעמ' 7-8.

<sup>181</sup> ראו לדוגמה כמה פניות של האגודה לזכויות האזרח בנושא בשנים האחרונות: פניית האגודה מיום 20.6.2011 למפקד מג"ב איו"ש בעקבות הפיזור האלים והלא חוקי של הפגנה שבועית שהתקיימה בכפר א-נבי צאלח שבמחוז רמאללה <http://www.acri.org.il/he/?p=16493>; פניית האגודה מיום 21.3.2012 למפקד אוגדת איו"ש, בה היא דורשת להפסיק את השימוש בפרקטיקה הלא חוקית של שיסוי כלבים באזרחים בכלל, ובמפגינים בפרט <http://www.acri.org.il/he/protestright/24078>.

דוגמה אחת לשימוש פסול בנשק לפיזור הפגנות היא השימוש השכיח שעושים כוחות הצבא והמשטרה בשטחים בכדורי מתכת מצופים גומי ("כדורי גומי"). ארגון בצלם תעד מקרים רבים של פגיעות באזרחים כתוצאה מירי לא חוקי ולא מבוקר של כדורי גומי. מאז שנת 2000 נהרגו באופן זה לפחות 19 פלסטינים, מהם 12 קטינים, ונפצעו רבים. ראו: שרית מיכאלי **אמצעים לפיזור הפגנות בשטחים** (בצלם, דצמבר 2012).

ראו גם פנייתם של האגודה לזכויות האזרח ובצלם מיום 30.7.2013 למשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), בעניין "ירי בלתי חוקי של כדורי מתכת מצופים גומי ע"י חיילים ושוטרי משמר הגבול במהלך פיזור הפגנות ואירועי מחאה בשטחים" <http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/07/rubber-bullets300713.pdf>

## 2. הגבלות נוספות על ביטויים ועל פרסומים

חופש הביטוי של הפלסטינים בגדה המערבית מוגבל גם באמצעות הוראות התחיקה הצבאית אשר אוסרות ומגבילות מיני ביטויים המותרים בדין הישראלי:

א. **עברת ההסתה:** עברת ה"הסתה" מוגדרת בדין הצבאי באופן רחב ביותר, וכוללת כל מקרה שבו אדם **מנסה** להשפיע על דעת הקהל באופן **העלול לפגוע בשלום הציבור או בסדר הציבורי**.<sup>182</sup> העונש בצד הוא עשר שנות מאסר. עברת ההסתה משמשת את בתי המשפט הצבאיים לדון פלסטינים בעברות שעניינן, בין היתר, תליית כרוזים וכתובת סיסמאות נגד הכיבוש.

במשפט הישראלי, לעומת זאת, עברת ההסתה מתייחסת אך ורק למקרים שבהם אדם **מפרסם דבר שנועד להסית לאלימות או לטרור**,<sup>183</sup> ובתנאי שיש בפרסום **אפשרות ממשית** שיביא לעשיית מעשה האלימות או הטרור.<sup>184</sup> העונש הקבוע בצד עברות אלו הוא חמש שנות מאסר.

ב. **פרסומים:** צו איסור פעולות הסתה **אוסר על הפצתם של פרסומים מכל סוג אשר "מכילים חומר שיש לו משמעות מדינית" ללא אישור של המפקד הצבאי**.<sup>185</sup> כן אוסר הצו על החזקה, הנפה או הצגה של סמלים לאומיים בלי היתר מהמפקד הצבאי.<sup>186</sup> העובר על הוראות אלה דינו עשר שנות מאסר ו/או קנס. הדין הישראלי, לעומת זאת, אינו אוסר חלוקה של פרסומים מכל סוג שהוא ואין צורך בקבלת רישיון לכך, מלבד במקרים שבהם יש בפרסומים כדי להמריד או שהם נועדו להסית לאלימות או לטרור.<sup>187</sup>

<sup>182</sup> סעיף 7 לצו בדבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת וכן סעיף 251 (ב)1 לצו בדבר הוראות בטחון (ההדגשות הוספו).

<sup>183</sup> סעיף 2ד144 לחוק העונשין.

<sup>184</sup> תנאי דומה אפשר למצוא בסעיף האוסר הסתה לגזענות (סעיף 144ב לחוק העונשין).

<sup>185</sup> סעיף 6 לצו בדבר איסור פעולות הסתה.

<sup>186</sup> סעיף 5 לצו בדבר איסור פעולות הסתה.

<sup>187</sup> סעיף 3ד144 לחוק העונשין.

## פרק חמישי: תכנון ובנייה

בגדה המערבית קיימות שתי מערכות תכנון נפרדות לישראלים ולפלסטינים: ישראלים נהנים מייצוג משמעותי של האינטרסים שלהם בוועדות השונות, והם שותפים מלאים להליכי התכנון הנוגעים להם, להנפקת רישיונות ולפיקוח על בנייה. מנגד, הפלסטינים מודרים כליל ממערכת התכנון, ואין להם כל יכולת השפעה בעניין תכניות מתאר ליישוביהם. מצב זה נוצר באמצעות תחיקה צבאית מדורגת ששינתה את חוק התכנון הירדני שחל בגדה לפני כיבושה. כפי שיתואר להלן, השינויים פגעו בחלקים מהותיים מעקרונותיו של החוק, והפכו אותו מחד גיסא לכלי להגבלת בנייה פלסטינית, ומאידך גיסא לכלי יעיל לתכנון בנייה בהתנחלויות.

בשנת 1976 חיו בגדה המערבית כ-3,200 אזרחים ישראלים. כיום חיים בשטחי הגדה (לא כולל ירושלים המזרחית, שעליה הוחל החוק הישראלי) כ-341,000 ישראלים,<sup>188</sup> המתגוררים בלמעלה מ-130 התנחלויות שהוכרו על ידי המדינה, ובכ-100 מאחזים שהוקמו ללא אישור רשמי.<sup>189</sup> ההתנחלויות הוקמו על קרקעות הגדה בשלוש שיטות עיקריות:<sup>190</sup> תפיסת הקרקע "לצרכים צבאיים"; הכרזה או רישום של הקרקע כ"אדמות מדינה", כאשר המדיניות היא שאדמות מדינה אינן מוקצות לפלסטינים אלא לישראלים ולקידום אינטרסים ישראלים;<sup>191</sup> והפקעת קרקעות ל"צרכי ציבור". באמצעות הקצאת האדמות הציבוריות, כמו גם באמצעות מוסדות התכנון הנפרדים, השתלטה ישראל על

<sup>188</sup> הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, [שנתון סטטיסטי לישראל 2013](#), לוח מס' 2.15 – אוכלוסייה לפי מחוז, נפה ודת.

<sup>189</sup> ראו טבלת נתונים על התנחלויות ומאחזים בגדה המערבית באתר שלום עכשיו

[http://www.peacenow.org.il/sites/default/files/settlements%20database%20for%20pub  
lication.xls](http://www.peacenow.org.il/sites/default/files/settlements%20database%20for%20publication.xls)

ראו גם: אייל הראובני [כל האמצעים כשרים: מדיניות ההתנחלות בגדה המערבית](#) 9 (בצלם, יולי 2010) (להלן: [כל האמצעים כשרים](#)).

<sup>190</sup> שם, בעמ' 17.

<sup>191</sup> מנתונים שמסר המנהל האזרחי עולה כי מאז 1967 הוקצו לגורמים פלסטינים רק 8,600 דונם – כ-0.7% מאדמות המדינה באזור C. לעומת זאת, הקצה המינהל האזרחי לגורמים ישראלים כ-51% מאדמות המדינה בשטח זה: כ-400,000 דונם (כ-31% מכלל אדמות המדינה באזור C) להסתדרות הציונית העולמית, שעוסקת בפיתוח התנחלויות; כ-103,000 דונם (כ-8%) לחברות סלולר ישראליות ולרשויות המוניציפליות של ההתנחלויות (המועצות המקומיות והאזוריות); וכ-160,000 דונם (כ-12%) למשרדי ממשלה ולחברות תשתית ישראליות כמו בזק, חברת החשמל ומקורות. הנתונים נחשפו בעקבות עתירת חופש מידע שהגישו האגודה לזכויות האזרח ובמקום – מתכננים למען זכויות תכנון. עת"מ 40223-03-10 [במקום – מתכננים למען זכויות תכנון נ' המינהל האזרחי בגדה המערבית](#) (פורסם בנבו, 9.1.2012). לכתבי בית הדין ולנתונים שנחשפו בעקבות העתירה ראו:

<http://www.acri.org.il/he/?p=2463>

כמחצית משטחי הגדה המערבית,<sup>192</sup> והבטיחה את הרחבת ההתנחלויות ואת הגבלת צמיחתם של יישובים פלסטינים.<sup>193</sup>

יצוין כי בעקבות הסכמי אוסלו, הועברו סמכויות התכנון בשטחי A ו-B לידי הרשות הפלסטינית. בידי המפקד הצבאי נותרו סמכויות התכנון בשטחי C, המהווים כ-60% מכלל שטח הגדה. בפועל, מערכת התכנון הצבאית בשטחי C ממשיכה להשפיע גם על אפשרויות הבנייה של חלק מהתושבים בשטחי A ו-B.<sup>194</sup>

## 1. הפרדה במוסדות התכנון

עם כיבוש הגדה המערבית, הועברה סמכות התכנון בה לידי המפקד הצבאי. בשנת 1971 הוציא המפקד הצבאי את הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (מספר 418) (להלן: צו תכנון ערים), שתיקן את החוק הירדני ויצר את התשתית החקיקתית למערכת התכנון לפלסטינים בגדה. הצו שינה את מבנה מוסדות התכנון בגדה המערבית: הוא ביטל את ועדות התכנון המחוזיות והמקומיות, שבהן נהנו הפלסטינים תושבי הגדה מייצוג, והעביר את סמכויותיהן לידי מועצת התכנון העליונה<sup>195</sup> ולוועדות המשנה שלה, שהוקמו על ידי המפקד הצבאי, ואשר כיום אין לפלסטינים ייצוג בהן.<sup>196</sup> כך, באופן מכוון, בוטל כליל ייצוגה של האוכלוסייה הפלסטינית בגדה ברשויות התכנון האמונות על האזור.

צו תכנון ערים שינה גם את הרכבה של מועצת התכנון העליונה, שהורכבה עד אותה העת מנציגים ששיקפו מגוון רחב של אינטרסים של האוכלוסייה המקומית (בין היתר: השר הממונה, נציג הרשויות המקומיות, מנכ"ל משרד העבודות הציבוריות, המזכיר הכללי של המועצה הירדנית לבינוי, יו"ר ארגון המהנדסים ומנכ"ל משרד הבריאות). הצו קבע כי הוועדה תמונה על ידי מפקד האזור, ותכלול נציגים של השלטון המרכזי

<sup>192</sup> כל האמצעים כשרים, לעיל ה"ש 189, בעמ' 17.

<sup>193</sup> ארנה בן-נפתלי, אייל גרוס וקרן מיכאלי "כיפוח": כיבוש, סיפוח, קיפוח – על המבנה המשפטי של משטר הכיבוש" תיאוריה וביקורת 31, 15, 23 (2007).

<sup>194</sup> בשל האופן שבו תוכננה החלוקה בין השטחים בהסכמי אוסלו, ושעל פיה אזורי A ו-B המיושבים מוקפים בשטחי C, בחלק גדול מאזורי הגדה המערבית האדמות הפנויות לבנייה נמצאות באזור C. על כן, בפועל, ממשיכה ישראל במידה רבה לשלוט גם על אפשרויות הפיתוח של יישובים פלסטינים בשטחי A ו-B.

<sup>195</sup> סעיף 2(2) לצו תכנון ערים. הוועדה המחוזית הייתה הגוף החשוב ביותר מבין מוסדות התכנון, נוכח סמכותה לאשר תוכניות מתאר מפורטות שמכוחן אפשר לקבל היתרי בנייה.

<sup>196</sup> לפלסטינים הבוודדים שהיו חברים בוועדות המשנה לא היה חלק ממשי במערכת התכנון לאחר 1971, וממילא אחרי הסכם הביניים נעלמו גם מעטים אלו ממוסדות התכנון. כיום אין כלל ייצוג לפלסטינים במערכת התכנון בשטח C.

**הישראלי בלבד.** כיום מכהנים במועצת התכנון העליונה שבעה נציגים של המנהל האזרחי, נציג משרד הביטחון, והיועץ המשפטי לאיו"ש או נציגו.

בשנת 1975 תוקן צו תכנון ערים<sup>197</sup> ונקבע כי מפקד האזור רשאי למנות "ועדות תכנון מיוחדות" לגבי אזור מוגדר, ולהפקיד בידיהן סמכויות הנתונות לוועדות מקומיות ומחוזיות לתכנון.<sup>198</sup> סמכותו של מפקד האזור למנות ועדות תכנון מיוחדות אינה חלה על תחומי עיריות ומועצות כפריות שאליהן משתייכים כלל היישובים הפלסטיניים. מכאן, שוועדות תכנון מיוחדות יכולות לקום, הלכה למעשה, רק בהתנחלויות.<sup>199</sup> בהסתמך על הוראה זו, הגדיר הממשל הצבאי את הרשויות המקומיות היהודיות בגדה המערבית כוועדות תכנון מיוחדות, המוסמכות להגיש למועצת התכנון העליונה תכניות מתאר מפורטות ומקומיות ולהנפיק לתושבים היתרי בנייה.

התיקון לצו הסמיך את מועצת התכנון העליונה להקים ועדות משנה ולאצול להן מסמכויותיה.<sup>200</sup> מכוח סמכות זו הקימה מועצת התכנון העליונה את ועדת המשנה להתיישבות, והסמיכה אותה להחליט על הפקדת תוכניות מתאר ותוכניות מפורטות עבור ההתנחלויות, ולאשר מתן תוקף לתוכניות אלו. המתנחלים הם שותפים מלאים להליכי תכנון אלה; יתרה מכך, ההתנחלויות עצמן אחראיות על הנפקת רישיונות בנייה ועל הפיקוח על הבנייה.

מנגד, כאמור, הפלסטינים נעדרים ייצוג במועצת התכנון העליונה. גם בוועדת המשנה לתכנון מקומי ורישוי, האחראית על רישוי בנייה ביישובים הפלסטיניים ועל אישור תוכניות לכפרים, אין כל ייצוג לפלסטינים.<sup>201</sup> צו תכנון ערים ביטל גם את האפשרות למנות מועצה כפרית לוועדת תכנון מקומית, כפי שהיה נהוג על פי החוק הירדני. במקום זאת, קיימת בצו אפשרות תיאורטית שאינה מיושמת מזה עשרות שנים, להקים "ועדות תכנון כפרים" הפועלות במסגרת המנהל האזרחי וממונות על ידי המפקד הצבאי.<sup>202</sup>

<sup>197</sup> תיקון מס' 2 (צו מס' 604).

<sup>198</sup> סעיף 2א לצו תכנון ערים.

<sup>199</sup> העיריות הישראליות בגדה המערבית, כגון אריאל ומעלה אדומים, מוגדרות גם הן מבחינה מוניציפלית כ"מועצה מקומית".

<sup>200</sup> סעיף 7א לצו תכנון ערים.

<sup>201</sup> ניר שלו ואלון כהן-ליפשיץ **התחום האסור: מדיניות התכנון הישראלית בכפרים הפלסטיניים בשטח C** 29-34 (במקום – מתכננים למען זכויות תכנון, יוני 2008) (להלן: **התחום האסור**).

<sup>202</sup> סעיף 2(4) וסעיף 4 לצו תכנון ערים. ועדות לתכנון כפרים אינן קיימות מזה עשרות שנים, למרות שהן נקבעו על ידי צו 418, אף לפני הסכמי אוסלו. קיימות ועדת משנה לתכנון מקומי, ועדת משנה לפיקוח וועדת משנה לרישוי. לוועדת המשנה לפיקוח יש סמכות לדון בבקשות להיתרים, והיא בעלת סמכויות של ועדה מקומית ושל ועדה מחוזית גם יחד.

בשנת 2011 עתרו לבג"ץ מועצת הכפר דיראת-רעפיה וארגוני זכויות אדם, בבקשה כי יורה לשר הביטחון, למפקד הצבאי, לראש המנהל האזרחי ולמועצת התכנון העליונה להחזיר על כנן את ועדות התכנון המחוזיות והמקומיות על פי הדין הירדני. בעתירה נטען, כי ביטול הוועדות המחוזיות והמקומיות על ידי שינוי החוק הירדני נעשה ללא סמכות ובניגוד לעקרונות הברורים של דיני הכיבוש. כמו כן נטען כי ישנה חובה פוזיטיבית להשיב את הוועדות על כנן נוכח המחדל התכנוני המצטבר והמתמשך הנובע, בין היתר, מביטולן, ואשר פוגע באוכלוסיה אזרחית בשטח כבוש. עוד נטען כי נטילת סמכויות התכנון מידי האוכלוסייה המקומית והעברתה לידי האוכלוסייה הכובשת, תוך הקמת ועדות מקומיות בעבור ההתנחלויות, מהווה אפליה "מוסדית ושיטתית המפרידה בין האוכלוסיות אך ורק על בסיס השתייכות לאומית, תוך נישול האוכלוסייה המקומית מכל ייצוג וסמכות תכנונית".<sup>203</sup> העתירה תלויה ועומדת.

## 2. התוצאה: היעדר תוכניות מתאר לישוים פלסטיניים, היעדר היתרי בנייה לפלסטינים

ההפרדה החקיקתית והמוסדית בין מערכות התכנון של ישראלים ופלסטינים אפשרה למדינת ישראל לממש מדיניות של עידוד בנייה בהתנחלויות והקפאתה בישוים פלסטיניים. למרבית ההתנחלויות בגדה המערבית יש תוכניות מתאר מפורטות ומעודכנות, המאפשרות פיתוח, הרחבה והוצאת היתרי בנייה. לעומת זאת, במרבית הכפרים הפלסטינים הבנייה מוגבלת באמצעות הקפאת המצב התכנוני שהיה קיים לפני למעלה מארבעה עשורים.

אמנם, בין השנים 1989-1995 הכין המנהל האזרחי "תוכניות מתאר מיוחדות" עבור כ-400 כפרים ועיירות פלסטינים. אולם במקום לאפשר פיתוח של הכפרים, שימשו תוכניות המתאר בעיקר לתיחום גבולות הבנייה שלהם. ברוב המקרים שורטטו הקווים התוחמים של התוכניות בצמוד לשטח הבנוי, וכך, ככלל, הן מאפשרות בנייה רק בשטחים פנויים בתוך המתחם הבנוי של הכפרים, שמשמעותה הגדלה קיצונית של הצפיפות ושינוי מהותי של דפוס הבנייה. לעתים אף הותירו התוכניות מחוץ לגבולותיהן מבנים שכבר היו קיימים בזמן אישורן, וקיבעו בכך את "אי חוקיותם". יתרה מזאת, סך כל השטח שתוכניות אלו אישרו לבנייה באופן חוקי עבור פלסטינים בשטח C הוא 18,000 דונם, שהם כ-0.5% בלבד משטח C.<sup>204</sup> אדמות אלו ברובן בנויות ממילא ואין אפשרות ממשית להוסיף

<sup>203</sup> העתירה בבג"ץ 5667/2011 מועצת הכפר דיראת רעפיה נ' שר הביטחון פסקאות 5-9

<http://rhr.org.il/heb/?p=2859>

<sup>204</sup> שקף 3 במצגת נתונים "המחדל והאפליה התכנונית בשטח C 1972-2013" באתר שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם (להלן: מצגת שומרי משפט).

ולבנות בהן. כתוצאה מכך, פלסטינים אינם מורשים כיום לבנות בשטח C, גם אם מדובר באדמותיהם הפרטיות, אם אלה נמצאות מחוץ לשטח שהוגדר בתוכניות כשטח המותר לבנייה. לטובת ההתנחלויות, לעומת זאת, אושרו לתכנון 26% משטח C.<sup>205</sup>

על פי נתוני עמותת במקום – מתכננים למען זכויות תכנון, מאז שנת 2009 לא הפקיד המנהל האזרחי אף תכנית חדשה לכפר פלסטיני, להוציא תיקונים לתוכניות קיימות. תשע תכניות שהוכנו על ידי הכפרים עצמם הופקדו ורק שתיים מהן אושרו.<sup>206</sup> לעומת זאת הופקדו, אושרו ופורסמו עשרות תוכניות מתאר להתנחלויות בכל רחבי הגדה (כגון עלי, עפרה, איתמר, סנסנה, נופי פרת והמאחז ברוכין).<sup>207</sup> עוד עולה מנתוני במקום, כי בין השנים 2007-2012 ניתנו לפלסטינים בשטח C 129 היתרי בנייה בלבד, המהווים כ-5% בלבד מהבקשות שהוגשו. באותן שנים אושרו 8,746 התחלות בנייה לישראלים בהתנחלויות.<sup>208</sup>

נוסף על כל אלה, לאחרונה שינה המנהל האזרחי את פרשנותו לגבי תכניות המתאר המנדטוריות. תכניות אלה, שנערכו מטעם השלטונות הבריטיים בשנות ה-40 וכוללות את כל שטחי הגדה, עדיין עומדות בתוקפן. אמנם הן אינן מתאימות לצרכיה המשתנים של האוכלוסייה הפלסטינית, אולם בעבר אפשר היה לקבל מכוחן היתרי בנייה פרטניים, ואליהם כאלה ניתנו בכל שנה. כיום, הפרשנות שנותנת רשויות התכנון הישראליות לתוכניות המנדטוריות אינה מאפשרת כמעט קבלת היתרי בנייה מכוחן.<sup>209</sup>

מדיניות התכנון המגבילה והלא מעודכנת של השלטון הישראלי אינה עונה על צורכי האוכלוסייה, ומובילה לצפיפות דיור גדולה בכפרים הפלסטיניים. משפחה שגדלה אינה יכולה להרחיב את ביתה או להקים יחידות סמוכות לבניה ולבנותיה שנישאים ומקימים משפחות משל עצמם. במקרים רבים נאלצים זוגות צעירים לעזוב את כפרם ולעבור ליישובים פלסטיניים אחרים, שנמצאים בשטחי A או B. מי שנשארים ובונים, למרות האיסורים, עומדים בפני סכנת הריסה – ועל כך להלן.<sup>210</sup>

<sup>205</sup> שם, שקפים 4 ו-5.

<sup>206</sup> נמסר לאגודה לזכויות האזרח במייל מעמותת במקום בתאריך 3.11.2013 ובתכתובת מיום 22.6.2014.

<sup>207</sup> ההליך התכנוני כולל שלושה שלבים: הראשון – הפקדה לעיון הציבור ולהגשת התנגדויות, השני – אישור למתן תוקף והשלישי – פרסום למתן תוקף.

<sup>208</sup> על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, המצוטטים אצל חיים לוינסון "[שיא של עשור במספר התחלות הבנייה בשטחים: זינוק של 123% לעומת 2012](#)" הארץ 3.3.2014.

<sup>209</sup> כך לדוגמה, אף כי התוכניות המנדטוריות מאפשרות בנייה לצורכי מגורים ותשתיות ציבוריות בשטחים החקלאיים המהווים את רוב שטח C על פי התוכניות, מוסדות התכנון של המנהל האזרחי חוסמים אפשרות זו. לפירוט ראו [התחום האסור](#), לעיל ה"ש 201, בעמ' 47-59.

<sup>210</sup> [התחום האסור](#), לעיל ה"ש 201, בעמ' 7.

### 3. הפרדה ואפליה בתחום האכיפה

לפי חוק התכנון הירדני, הגוף האמון על ביצוע עיקר האכיפה נגד בנייה ללא היתר הוא הוועדה המקומית. כאמור לעיל, למרבית ההתנחלויות יש ועדות מקומיות (המכונות ועדות תכנון מיוחדות), בעוד שוועדות התכנון המקומיות ביישובים הפלסטינים בוטלו בצו תכנון ערים משנת 1971. בפועל, המנהל האזרחי, באמצעות ועדת המשנה לפיקוח, הוא האחראי על האכיפה בגדה המערבית – כלפי מתנחלים ופלסטינים כאחד. גם לוועדות המקומיות הפועלות במסגרת המועצות המקומיות של ההתנחלויות מוקנות בצו סמכויות אכיפה על הבנייה בהתנחלויות, אולם ככל הידוע לנו הן אינן עושות בהן שימוש.

גם ועדת המשנה לפיקוח בחרה להשתמש בסמכויות האכיפה שלה במידה מצומצמת כלפי יישובים ישראליים. על פי חוות הדעת בנושא מאחזים בלתי מורשים: "בשנת 1998 החליט מפקד האזור להגביל את תחום הפיקוח של ועדת המשנה לפיקוח. הותר לה שלא לפקח ביישובים בתחום בו חלה תוכנית מפורטת בת תוקף. אך בניגוד להנחיה, 'מתחה' יחידת הפיקוח את הגבלת הפיקוח שקיבלה הרבה מעבר לתחום שהותר לה, והפסיקה לפקח בתחום יישובים ישראליים באיו"ש בכלל [...]"<sup>211</sup>. על פי הנתונים הרשמיים, בין השנים 1996-2006 נפתחו 3,449 תיקי בנייה ללא היתר בהתנחלויות, אך רק ב-3% מהם (107 תיקים) ננקטו צעדי אכיפה.<sup>212</sup> מנתוני המנהל האזרחי עולה, כי בשנים האחרונות הוגברה האכיפה כלפי בנייה ישראלית ללא היתר.<sup>213</sup> אולם מניתוח נתוני האכיפה משלושת העשורים האחרונים עולה כי ועדת המשנה לפיקוח של המנהל האזרחי מפעילה מדיניות אכיפה קפדנית יותר כלפי האוכלוסייה הפלסטינית לעומת הישראלית, הן מבחינת כמות צווי ההריסה המוצאים לבנייה בלתי חוקית (בב"ח) הן מבחינת מימושם של הצווים, היינו היקף ההריסות בפועל. על פי נתונים שהציג ארגון "שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם", בין השנים 1987-2013 הוצאו 12,570 צווי הריסה למבנים פלסטינים ו-6,309 לבב"חים ישראליים; בפועל נהרסו 2,445 מבנים של פלסטינים (כ-20% מכלל הבב"חים) לעומת 524 מבנים של ישראלים (כ-8% מכלל הבב"חים). כלומר היקף האכיפה כלפי פלסטינים גבוה פי 2.5 מהיקף האכיפה כלפי ישראלים המתגוררים בהתנחלויות.<sup>214</sup>

<sup>211</sup> "חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים" 37-38 (חוות דעת של עו"ד טליה ששון, 2005)

<sup>212</sup> כל האמצעים כשרים, לעיל ה"ש 189, בעמ' 26.

<sup>213</sup> נתונים ממצגת שהציג מתאם פעולות הממשלה בשטחים בוועדת החוץ והביטחון באפריל 2014. העתק השקפים הרלוונטיים ברשות האגודה לזכויות האזרח.

<sup>214</sup> מצגת שומרי משפט, לעיל ה"ש 204, שקפים 6 ו-8. המידע במצגת מבוסס על ניתוח שכבות GIS של בב"חים שהושגו בבקשת חופש מידע של עמותת במקום מהמנהל האזרחי וכן על נתונים שנמסרו מהמנהל האזרחי למר דרור אטקס. נתונים מלאים על הריסות מבנים ועל הוצאת צווי הריסה



## פרק שישי: הגבלות על חופש התנועה

חופש התנועה, הנשמר בקפדנות במשפט הישראלי, הוא תנאי הכרחי למימושן של מרבית זכויות היסוד. ללא אפשרות לנוע מתקשה אדם להתפרנס, לקבל חינוך ושירותי בריאות, לקיים חיי משפחה ועוד. כדברי השופט אור בפרשת חורב:

"לאדם בישראל שמורה הזכות לחופש תנועה. זכות זו היא זכות יסוד [...] היא כוללת גם את חירותו של כל אדם להתנועע בחופשיות בכל מקום בתוכי המדינה [...] זכות זו חיונית היא למימושו העצמי של האדם."<sup>215</sup>

אלא שבגדה המערבית יכולת זו של אדם לנוע נגזרת משיוכו הלאומי.

זה יותר מעשור תנועתם של פלסטינים בגדה המערבית מוגבלת באופן הפוגע פגיעה אנושה ביכולתם לקיים חיים תקינים במחוזות חייהם, בארצם ובביתם. ההגבלות המוטלות על הפלסטינים כוללות בין היתר מחסומים, חסימות, גדר הפרדה ואיסורי תנועה, ומקשות הן על תנועת התושבים בין אזוריה השונים של הגדה הן על תנועתם בתוך כל אזור. אמנם, על רקע השיפור הניכר במצב הביטחוני הוסרו בשנים האחרונות חלק מהגבלות על תנועת פלסטינים בגדה: מחסומים וחסימות בתוכי הגדה הוסרו או נפתחו והותרה מחדש תנועת פלסטינים בכבישים מסוימים. עם זאת, תנועתם של פלסטינים ברחבי הגדה עודנה מוגבלת באופן ניכר ביחס לישראלים, בעיקר ב"מרחב התפר" שמערב לגדר ההפרדה, באזורים הסמוכים להתנחלויות, וכן באזורים שהוגדרו שטחי אש ושמורות טבע. גם בחברון קיימות עדיין מגבלות תנועה חמורות.<sup>216</sup> לעומת זאת, תנועת ישראלים מותרת כמעט ללא הגבלה במרבית שטחה של הגדה המערבית.<sup>217</sup>

המדיניות בעניין חופש התנועה, כפי שהיא משתקפת מהמצב בשטח, היא שיש להבטיח את תנועתם החופשית והבטוחה של מתנחלים ולאפשר להם לקיים חיים תקינים ונורמליים – גם על חשבון שכניהם הפלסטינים. כמו בתחומי החיים האחרים המתוארים בדוח זה, התפיסה העומדת בבסיס קבלת ההחלטות בעניין חופש התנועה היא שיש להפריד את הפלסטינים מן המתנחלים ככל האפשר, וכי פגיעה בזכויות היסוד של פלסטינים היא תוצר לוואי בלתי נמנע של הפרדה זו. הגבלות התנועה על פלסטינים

אפשר למצוא בדוחות השבועיים של משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים – OCHA <http://www.ochaopt.org/reports.aspx?id=104>

<sup>215</sup> בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 95 (1997).

<sup>216</sup> לרקע ולעדכונים שוטפים על ההפרדה בתנועה בחברון ראו דף "[מרכז העיר חברון](#)" באתר בצלם.

<sup>217</sup> צו המפקד הצבאי אוסר על כניסתם של ישראלים לשטחי A שבגדה המערבית. שטחים אלה מהווים כ-18% משטח הגדה, וכוללים רק את הערים הפלסטיניות. מרבית שטחה של הגדה המערבית – שטחי B ו-C – מותרים לתנועת ישראלים בלא הגבלה.

מוצאות את ביטויין בשורה של צווים ופקודות החלות במובחן **על פלסטינים בלבד**, כמתואר להלן.

## 1. הפרדה בכבישים

כחלק ממפעל ההתנחלויות, ועל בסיס מדיניות ההפרדה בין מתנחלים לפלסטינים, נסללו צירי תנועה רבים בין ההתנחלויות לבין עצמן, ובין לבין ישראל. בכבישים אלה, המותרים לשימוש בלתי מוגבל של ישראלים, הוחלו הגבלות תנועה נרחבות על הפלסטינים מאז תחילת האינתיפאדה השנייה, בסוף שנת 2000.<sup>218</sup> רוב רובן של ההגבלות אינן מעוגנות בצווים, אלא מיושמות באמצעות פרקטיקות של חיילים ושוטרי מג"ב על סמך פקודות והנחיות שבעל פה. נכון לחודש פברואר 2014, ישראל מייחדת 65 ק"מ מכבישי הגדה לשימושם הבלעדי, או הכמעט בלעדי, של ישראלים, ובראש וראשונה של מתנחלי הגדה המערבית.<sup>219</sup>

תנועתם של פלסטינים בכבישי הגדה מוגבלת גם באמצעות מחסומים, קבועים וזמניים, וחסיונות דרכים שונות. בשנים האחרונות צמצם צה"ל את מספר המחסומים הפנימיים הקבועים המוצבים בגדה המערבית, אולם רבים נותרו על כנם, ובפברואר 2014 עמד מספרם על 99.<sup>220</sup> כמו כן, על פי נתוני האו"ם לשנת 2012, בכל חודש מוקמים כ-410 מחסומי פתע זמניים.<sup>221</sup> נוסף על כך חסמה ישראל את דרכי הגישה לחלק מהכבישים הראשיים בגדה באמצעות מאות חסימות פיזיות, ובהן סוללות עפר, קוביות בטון, שערי ברזל ותעלות. מספר החסימות משתנה לעיתים מזומנות בהתאם לנסיבות הפוליטיות והביטחוניות; בשנת 2012 נספרו בממוצע 445 חסימות פיזיות בחודש.<sup>222</sup>

במקביל להגבלת תנועתם של הפלסטינים על כבישים המיועדים למתנחלים, ולכאורה כחלופה בעבורם, סלל המנהל האזרחי כבישים נפרדים לפלסטינים, המכונים כבישי

<sup>218</sup> בג"ץ 3969/06 אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 22.10.2009); בג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 29.12.2009).

<sup>219</sup> "[מחסומים, חסימות פיזיות וכבישים אסורים](#)" באתר בצלם (עודכן 10.3.2014) (להלן: מחסומים וחסיונות – נתוני בצלם).

<sup>220</sup> מתוכם, 59 הם מחסומים פנימיים המוצבים בעומק הגדה, הרחק מהקו הירוק. נתון זה כולל גם 17 מחסומים המוצבים באזור H2 בחברון, שבו קיימות נקודות ההתנחלות הישראליות. 32 מכלל המחסומים הפנימיים מאוישים באופן קבוע. ראו מחסומים וחסיונות – נתוני בצלם, לעיל ה"ש 219.

<sup>221</sup> [עדכון בנושא תנועה וגישה בגדה המערבית](#) (האומות המאוחדות, המשרד לתאום עניינים הומניטריים – OCHA, ספטמבר 2012).

<sup>222</sup> מחסומים וחסיונות – נתוני בצלם, לעיל ה"ש 219.

"מרקם חיים", באורך כ-49 ק"מ.<sup>223</sup> כבישים אלה, שלצורך סלילתם הופקעו אדמות פרטיות רבות של פלסטינים,<sup>224</sup> מנציחים את הדרתם ואת הרחקתם של הפלסטינים מרשת הכבישים המרכזית בגדה המערבית. כך, בעוד שישראלים נוסעים בכבישים מהירים במפלסים העליונים, הפלסטינים נאלצים לנסוע בכבישים נפרדים שאיכותם ירודה במפלס התחתון.

### כביש 443 כמשל

עד לסגירתו בפני פלסטינים בשנת 2002, שימש כביש 443 כציר תנועה מרכזי בין העיר רמאללה לבין הכפרים שממערב לה. בשנת 2007 עתרו לבג"ץ שישה כפרים פלסטינים הניצבים לצד הכביש, בבקשה כי יורה לבטל את האיסור שהוטל על פלסטינים לנסוע בכביש. לקראת סוף שנת 2009 קיבל בג"ץ את העתירה, וקבע שסגירת הכביש בפני פלסטינים נעשתה בחוסר סמכות וכי אינה מידתית.<sup>225</sup> חרף זאת, בג"ץ השאיר למפקד הצבאי שיקול דעת רחב באשר לאופן יישומו של פסק הדין, במידה שרוקנה אותו מתוכן. בפועל, הותר לפלסטינים לעלות על הכביש בשתי נקודות בלבד, ולרדת ממנו בשתי נקודות אחרות, שעה שהשימוש ההיסטורי המרכזי בו, לשם כניסה לרמאללה, נותר אסור. נוסף על כך, המחסומים בנקודות העלייה לכביש אינם פועלים באופן רציף והבדיקות בהם ארוכות ומחמירות, דבר המונע, הלכה למעשה, שימוש של פלסטינים בכביש. במקביל נסלל מערך כבישים חלופי, לפלסטינים בלבד, המוביל בין כפרי האזור לרמאללה. הנסיעה בדרך החלופית מתבצעת על כבישים פנימיים רעועים ומסוכנים ואורכת זמן רב.

## 2. איסור כניסה להתנחלויות

בשנת 1997 פרסם מפקד כוחות צה"ל בגדה צו המכריז על כל השטחים המוניציפליים של ההתנחלויות כ"שטח צבאי סגור" בפני פלסטינים. הצו, המנוסח באופן גורף, קבע כי "הוראות הכרזה זו אינן חלות על ישראלים", וכלל בתוך המונח "ישראלי" את אזרחי ישראל ותושביה, יהודים זכאי שבות וכן כל מי שאינו תושב האזור ומחזיק באשרת כניסה

<sup>223</sup> [דכון בנושא תנועה וגישה בגדה המערבית](#) 6 (האומות המאוחדות, המשרד לתאום עניינים הומניטריים – OCHA, מאי 2009).

<sup>224</sup> ענת ברסלע [אי תנועה: שלילת חופש התנועה של פלסטינים בגדה המערבית](#) 76-78 (יחזקאל לין עורך, בצלם, אוגוסט 2007).

<sup>225</sup> עניין [אבו צפיה](#), לעיל ה"ש 218.

בתוקף לישראל.<sup>226</sup> כך, כל תייר שנכנס לישראל או כל יהודי באשר הוא רשאים להיכנס להתנחלויות באופן חופשי, בעוד שהפלסטינים, תושבי המקוריים של האזור, זקוקים לאישור מיוחד של מפקד האזור כדי להיכנס לשטחי ההתנחלויות.

### 3. "שטחי ביטחון מיוחדים" האסורים בכניסת פלסטינים

למניעת הגישה בפני פלסטינים לשטחי ההתנחלויות הצטרף בעשור האחרון מכשול נוסף, שנועד למנוע את אפשרות התנועה בשטחים נרחבים המקיפים את ההתנחלויות: בשנת 2002, בעקבות אירועי האינתיפאדה השנייה, הודיע הצבא על הקמת "אזורי חיץ" המקיפים את הגבולות החיצוניים של כמה התנחלויות ושנועדו לספק להן מרחב הגנה. שטחים אלה, שכוננו "שטחי ביטחון מיוחדים" ("שב"מים"), נתחמו באמצעות גדרות, שבילי סיוור, חיישנים אלקטרוניים ומצלמות.<sup>227</sup> השב"מים הוכרזו שטח צבאי סגור, ונאסרה כניסת אנשים לשטח התחום בין הגדרות; אולם למרות שהם נועדו לשמש "שטח הרתעה" ריק מאדם, השב"מים פתוחים לגישה חופשית של המתנחלים, ללא פיקוח.<sup>228</sup>

נכון לספטמבר 2008, הגדיר צה"ל אזורי חיץ רשמיים סביב 12 התנחלויות שנתרו ממזרח לגדר הפרדה. שטחים אלה כוללים כ-5000 דונמים, ויותר ממחציתם כוללים בתחומיהם אדמות חקלאיות בבעלות פלסטינית פרטית. בד בבד עם סגירת השטחים גובש נוהל שמאפשר לפלסטינים בעלי אדמות חקלאיות שנכלאו בשטח זה (וכן לבני משפחתם הגרעינית ולעובדיהם) להיכנס כדי לעבד את אדמותיהם, בכפוף לתיאום מוקדם עם גופי המנהל האזרחי. החקלאים הפלסטינים המבקשים להיכנס לאדמתם נדרשים להוכיח בעלות על הקרקע ולתאם עם המנהל האזרחי את מועד כניסתם לשטח.

### 4. איסורים ב"מרחב התפר" החלים על פלסטינים בלבד

בשנת 2003 החלה ישראל להפעיל משטר הפרדה רחב וממוסד בשטחי "מרחב התפר" – השטחים הכלואים בין גדר הפרדה לבין הקו הירוק. השטחים האמורים הוכרזו שטח

<sup>226</sup> צו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל-1970, הכרזה בדבר סגירת שטח (ישובים ישראליים) (יהודה ושומרון), התשנ"ז-1997 (להלן: צו סגירת שטח).

<sup>227</sup> אופיר פוירשטיין **אדמה שדודה: חסימת הגישה של פלסטינים לקרקע סביב התנחלויות** (בצלם, ספטמבר 2008) (להלן: **אדמה שדודה**). ראו גם הגדרת "שטח ביטחון מיוחד" באתר הפרקליטות הצבאית, תחת הכותרת: שאלות ותשובות < אזור יהודה ושומרון <http://www.law.idf.il/338-he/Patzar.aspx>

<sup>228</sup> **אדמה שדודה**, לעיל ה"ש 227.

סגור,<sup>229</sup> וכל פלסטיני, גם אם היה תושב המקום כל חייו, חייב בהיתר אישי או בתעודת תושב מרחב תפר, כדי לעבור, לחיות או לעבוד באזור. לעומת זאת, לישראלים ולתיירים יש היתר כללי לשהות בשטחים אלה.<sup>230</sup> התוצאה המתקבלת היא הפרדה נוספת, פיסית וחוקית, בין פלסטינים לישראלים, כמו גם ביתור שטחי המחיה של האוכלוסייה הפלסטינית, ובידודם של כפרים שלמים.

כדי לקבל היתרים לשהייה ב"מרחב התפר" נאלצים התושבים הפלסטינים להתמודד עם מנגנון בירוקרטי מסורבל.<sup>231</sup> כל היתר ניתן לתקופה קצובה ומחייב חידוש עם סיום תוקפו, ובכל פעם יש להוכיח מחדש זיקה למקום, על פי רשימה סגורה של עילות (ניהול עסק, מסחר, תעסוקה, עבודה בחקלאות ועוד מספר מצומצם של תפקידים ופעולות).<sup>232</sup> המגבלות הבירוקרטיות מעוגנות בקובץ פקודות הקבע **החל על פלסטינים בלבד** ומכונה "קפ"ק מרחב התפר".<sup>233</sup>

ההחלטה על מתן ההיתר או על סירוב לתיתו מתקבלת בהתאם לשיקול הדעת הבלעדי של המנהל האזרחי, תוך שלילת הזכות להליך הוגן: ללא הנמקה, שימוע, תיעוד או אפשרות אמיתית לערער. ההליך הבירוקרטי של משטר ההיתרים מתחיל עם הגשת בקשה לקבלת היתר במת"ק (משרד התיאום והקישור) הפלסטיני. זה אמור להעביר את הבקשה למנהל האזרחי, שמחזיר את תשובתו למת"ק הפלסטיני, משם מועברת ההודעה למבקש. המבקש אינו מקבל תיעוד בדבר עצם הגשת הבקשה במת"ק, ולעיתים קרובות הבקשות אינן מגיעות ליעדן. התהליך הבירוקרטי אורך לעיתים חודשים ארוכים ובמהלכם אין לאדם אפשרות לעקוב אחר מצב הטיפול בבקשתו.

יש להדגיש כי קבלת היתר כניסה ל"מרחב התפר" איננה מקנה את האפשרות לנוע בחופשיות אל השטח והחוצה ממנו: הגישה לאדמה החקלאית שמעבר לגדר מתועלת דרך 74 שערים, שמרביתם (52) פתוחים רק בעונת מסיק הזיתים, בחודשים אוקטובר-דצמבר.<sup>234</sup> ההיתר שניתן לכל חקלאי **מוגבל לכניסה וליציאה משער אחד בלבד**.<sup>235</sup>

<sup>229</sup> הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03/ס' (מרחב התפר) (יהודה והשומרון), התשס"ד-2003.

<sup>230</sup> היתר כללי לכניסה למרחב התפר ולשהייה בו, התשס"ד-2003.

<sup>231</sup> אלעד כהנא ויונתן קונוניץ' **משטר ההיתרים: הפגיעה בזכויות האדם בשטחי הגדה המערבית המכונים "מרחב התפר"** (המוקד להגנת הפרט, מרץ 2013) (להלן: **דוח משטר ההיתרים**). ראו גם: אייל הראובני, **חיים בהפרעה: ההשפעות ארוכות הטווח של גדר ההפרדה** 13-25 (בצלם, אוקטובר 2012).

<sup>232</sup> אלה מנויים בתוספת א' להוראות בדבר היתרי כניסה למרחב התפר והשהייה בו, התשס"ד-2003.  
<sup>233</sup> הקפ"ק העדכני לינואר 2014 מפורסם באתר המתפ"ש (יחידת תיאום פעולות הממשלה בשטחים)

[http://www.cogat.idf.il/Sip\\_Storage/FILES/2/4392.pdf](http://www.cogat.idf.il/Sip_Storage/FILES/2/4392.pdf)  
<sup>234</sup> **ההשפעה ההומניטרית של הגדר** (משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים – OCHA, יולי 2013).

<sup>235</sup> הוראות בדבר מעברים במרחב התפר והשהייה בו, התשס"ד-2003.

מרבית המעברים אינם פתוחים ברציפות אלא למשך שעות מוגבלות. ככלל, אין הפלסטינים מורשים ללון ב"מרחב התפר", ומכאן שבנוסף להגבלת טווח התנועה שלהם מוגבל גם סדר יומם. הכניסה ברכב ל"מרחב התפר" מחייבת השגת היתר מיוחד, אף לתושביו הקבועים של השטח הסגור, וכן נדרש היתר מיוחד לחקלאים בעלי היתר המבקשים לשנע את התוצרת או לעבד את אדמותיהם באמצעות רכב חקלאי.

העתקת מגורים לכפר פלסטיני שנותר כלאו ב"מרחב התפר" כפופה אף היא לשיקול הדעת של המנהל האזרחי: רק במקרה שבו המנהל האזרחי סבור כי יש לפלסטיני סיבה טובה דיה להעתיק את מקום מגוריו, הוא עשוי לזכות להיתר לעשות כן. את הבקשה לקבל היתר "תושב חדש" ב"מרחב התפר" צריכים להגיש הן המבקש הן "קרוב המשפחה (תושב קבוע במרחב התפר)";<sup>236</sup> המשמעות היא כי העתקת מגורים למרחב התפר כפופה לעילה האחת והיחידה של "איחוד משפחות", משל מדובר בהגירה למדינה אחרת. לעומת זאת, כל ישראלי, יהודי זכאי שבות ואפילו תייר, חופשי לעבור להתגורר בהתנחלות המצויה ב"מרחב התפר" ללא כל צורך בהיתר.

"משטר היתרים" הפך את הפלסטינים במובלעות גדר ההפרדה לשוהים בלתי חוקיים בבתייהם ובאדמותיהם שלהם, והוא פוגע קשות בזכויות היסוד שלהם, ובראש ובראשונה בחופש התנועה, בזכות לפרנסה ולקיום בכבוד ובזכות לחיי משפחה. על פי נתוני משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים (OCHA), בשטחים שישראל הכריזה עליהם כעל "מרחב התפר" התגוררו ביולי 2012 כ-7,500 תושבים ב-12 קהילות פלסטיניות. על פי ההערכות, עם השלמת בניית החומה ימצאו את עצמם 23,000 אלף פלסטינים נוספים במובלעות דומות.<sup>237</sup> מספר גדול בהרבה של פלסטינים – כ-150 קהילות – תלויים במשטר ההיתרים כדי לעבד את אדמותיהם, הממוקמות ב"מרחב התפר".<sup>238</sup>

משטר ההיתרים מוביל לנישול שיטתי של תושבים פלסטינים מאדמותיהם שב"מרחב התפר". במחקר שערך OCHA לגבי 67 קהילות בגדה המערבית, נמצא כי רק 18% מהאנשים שנהגו לעבד את האדמות באזור הסגור לפני הקמת גדר ההפרדה, זכו להיתר להמשיך ולעשות כן. משמעות הדבר הינה כי באמצעות הקמת גדר ההפרדה והחלת משטר ההיתרים שללה ישראל מכ-80% מהאנשים אשר עיבדו את אדמותיהם ואדמות

<sup>236</sup> על פי חלק ב' לתוספת להוראות בדבר תעודת תושב קבוע במרחב התפר (יהודה והשומרון), התשס"ד-2004.

<sup>237</sup> [השפעתה ההומניטרית של הגדר בגדה המערבית](#) (משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים – OCHA, יולי 2012).

<sup>238</sup> [ההשפעה ההומניטרית של הגדר](#), לעיל ה"ש 234.

משפחתם את הגישה אליהן.<sup>239</sup> נתונים דומים עולים גם מתשובות המדינה לעתירות שהגישו האגודה לזכויות האזרח והמוקד להגנת הפרט בשנת 2004 נגד משטר ההיתרים, אשר מראות כי מספר ההיתרים לשהייה ב"מרחב התפר" ירד באופן דרסטי במהלך השנים.<sup>240</sup>

סה"כ	היתר חקלאי זמני	היתר חקלאי קבוע	
11,464	1,487	9,977	<b>2007</b>
4,909	2,308	2,601	<b>2008</b>
4,085	2,445	1,640	<b>2009 (עד חודש יולי)</b>

מהנתונים עולה, כי בין 2007 ל-2009 חלה ירידה של למעלה מ-80% במספר החקלאים הזכאים להיתר קבוע ל"מרחב התפר", וירידה של 65% בסך ההיתרים (קבועים וזמניים).<sup>241</sup> חרף נתונים חמורים אלה, בשנת 2011 דחה בג"ץ את העתירות, וקבע כי בכפוף לשינויים אחדים בהסדרים, ההחלטה על סגירת השטח ועל החלת משטר ההיתרים בו היא מידתית.<sup>242</sup>

<sup>239</sup> [משטר אישורי המעבר בשערי הגדר לאחר ארבע שנים: השפעה על המצב ההומניטארי בצפון הגדה המערבית](#) 2 (דוח מיוחד, משרד האו"ם לתאום עניינים הומניטאריים – OCHA, נובמבר 2007).

<sup>240</sup> בג"ץ 9961/03 [המוקד להגנת הפרט נ' ממשלת ישראל](#) (פורסם בנוב, 5.4.2011) ובג"ץ 639/04 [האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש](#) (פורסם בנוב, 5.4.2011) (להלן יחד: עניין משטר ההיתרים).

<sup>241</sup> בנוסף להיתרים לחקלאי קבוע וחקלאי זמני ניתנו בשנת 2009 גם 9,935 היתרי תעסוקה (לפועלים או לבני משפחה של חקלאים, בדרך כלל לפרקי זמן קצרים של בין חודש לחצי שנה). מספר היתרי התעסוקה בשנת 2007 עמד על מספר דומה – 9,309 היתרים.

<sup>242</sup> בג"ץ 639/04 [האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון](#) (פורסם בנוב, 5.4.2011).

## פרק שביעי: מדיניות הגירה והחופש לבחור מקום מגורים

מדיניות ההגירה של ישראל בגדה המערבית היא לצמצם את האוכלוסייה המקומית בגדה, ויותר מכך – להעביר את אוכלוסייתה שלה לשטחים אלה. זאת חרף חובתה, על פי המשפט הבינלאומי, לשמר את המצב שהיה קיים בשטח הכבוש טרם כיבושו. מדיניות זו מתבטאת בהגבלת יכולתם של הפלסטינים להתגורר בשטחי הגדה ולקיים שם חיי משפחה כרצונם, בעוד שישראלים חופשיים לעבור ולהתגורר באזור ללא הגבלה, ואף נהנים מהטבות ותמריצים שונים לעשות כן.

מדיניות נפרדת זו החלה עם כיבוש הגדה המערבית, אז פרסם צה"ל צו שהכריז על הגדה המערבית כולה כשטח סגור,<sup>243</sup> וקבע כי הכניסה לאזור תהיה כפופה לקבלת היתר מהצבא.<sup>244</sup> כך, פלסטינים המבקשים לעבור להתגורר בגדה חייבים לקבל היתר מהצבא. מדיניות זו אף הוחלה על כ-270,000 פלסטינים שהתגוררו בגדה ובעזה לפני 1967, אך לא נכחו באזור בעת שערך המפקד הצבאי מפקד של התושבים הפלסטינים, בין משום שנמלטו במהלך המלחמה ובין משום ששהו בחו"ל לצורך לימודים, עבודה או מטעמים אחרים. ישראל לא כללה פלסטינים אלה במרשם האוכלוסין, וזמן קצר לאחר מכן מנעה מרבים מהם, ובכלל זה כל הגברים בין גיל 16 לגיל 60, לשוב לשטחים בטענה שאינם זכאים להגיש בקשה למעמד תושבות.<sup>245</sup> המפקד הצבאי אף גרע ממרשם האוכלוסין אלפי פלסטינים שיצאו משטח הגדה ועזה ושהו בחו"ל תקופה ממושכת. משנת 1967 מחקה ישראל מהמרשם כ-130 אלף פלסטינים מהגדה המערבית, ובכך מנעה מהם לגור בשטח זה כתושבי קבע חוקיים.<sup>246</sup>

במהלך השנים הקשיחה ישראל את המדיניות באשר למעבר בין עזה לגדה ולהפך. ב-1972 פרסם צה"ל צווים שהכריזו על "היתר יציאה כללי" מעזה ומהגדה המערבית,<sup>247</sup> ואפשרו לתושבי השטחים להיכנס לישראל רק לצורך מעבר מעזה לגדה המערבית ולהפך. ישראל אפשרה לתושבי השטחים להעתיק את מגוריהם מאזור אחד למשנהו

<sup>243</sup> צו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (תיקון) (מס' 34), התשכ"ז-1967.

<sup>244</sup> סעיף 2 לצו בדבר שטחים סגורים.

<sup>245</sup> **"שכח ממנו, הוא לא כאן"** – שליטת ישראל במעמד התושבות של הפלסטינים בגדה המערבית וברצועת עזה 17-18 (Human Rights Watch, פברואר 2012).

<sup>246</sup> תשובת היועץ המשפטי לגדה המערבית לעתירת המוקד להגנת הפרט לפי חוק חופש המידע בנושא "הקפאת רישום במרשם האוכלוסין של השטחים הכבושים (עת"מ 28741-02-11 המוקד להגנת הפרט נ' מתאם פעולות הממשלה בשטחים) מיום 30.3.2011

<http://www.hamoked.org.il/files/2011/114221.pdf>

<sup>247</sup> היתר יציאה כללי (מס' 5) (יהודה ושומרון), התשל"ב-1972.



בקלות יחסית, בכפוף לשינוי המען במרשם האוכלוסין שנוהל במנהל האזרחי. בפברואר 1991 שינתה ישראל את המצב החוקי, וכל תושב שטחים שביקש להיכנס לישראל נדרש להצטייד בהיתר יציאה אישי. ב-1993 הטילה ישראל "סגר כללי" על השטחים, שנמשך עד היום. המעבר מעזה לגדה הוגבל, ומתאפשר רק בכפוף להיתרים פרטניים.<sup>248</sup>

עם פרוץ האינתיפאדה השנייה, החליטה ישראל להקפיא את עדכון הכתובות בין רצועת עזה לגדה המערבית, כחלק ממגמה כללית ליצירת הפרדה בין רצועת עזה לבין הגדה. המידע הרשום באותה עת בהעתק מרשם האוכלוסין שבידי ישראל הוקפא בלא אפשרות לשנותו, לתקנו, או לערער על נכונותו. בשנת 2007 אף החלה ישראל להתייחס אל פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית, אולם כתובתם הרשומה במרשם היא ברצועה, כאל "שוהים בלתי חוקיים" בגדה, אלא אם הם מחזיקים בהיתר שהייה צבאי. בהתאם לכך, החל הצבא להעביר בכפייה פלסטינים מבתיהם שבגדה לרצועת עזה, על סמך כתובתם השגויה, כפי שהיא מופיעה במרשם האוכלוסין. זאת ועוד, בשנת 2009 פרסם מתאם פעולות הממשלה בשטחים נוהל, החוסם באופן כמעט מוחלט את האפשרות לעבור מרצועת עזה לגדה המערבית לצורך מגורים. במסגרת הנוהל נקבע, כי פלסטינים מהרצועה יורשו "להשתקע" בגדה אך ורק במקרים הומניטריים חריגים וקיצוניים, ורק לאחר עמידה בתנאי סף נוקשים ביותר.<sup>249</sup>

נוסף על כך, בשנת 2000 הפסיקה ישראל לקבל בקשות חדשות לאיחוד משפחות, הקפיאה את הטיפול בבקשות קיימות וסירבה לאפשר את מימושו של בקשות שאושרו בעבר.<sup>250</sup> מכאן, שזה למעלה מעשור אין לתושב פלסטיני בגדה אפשרות לקיים חיי משפחה כחוק בשטחים אם בן או בת זוגו אינם תושבי הגדה אף הם, למעט במקרים חריגים שבהם מתערב בג"ץ.<sup>251</sup>

<sup>248</sup> ראו דף רקע "[מעבר בין עזה לגדה ולהיפך](#)" באתר המוקד להגנת הפרט.

<sup>249</sup> "ישראל ממשיכה במדיניות הבידול בין הגדה המערבית לרצועת עזה: מתאם פעולות הממשלה בשטחים מציג נוהל מעודכן למעבר פלסטינים מעזה לגדה לצורך מגורים, המתגלה כדרקוני לא פחות מקודמו", עדכון המוקד להגנת הפרט (1.11.2013)

<http://www.hamoked.org.il/Document.aspx?dID=Updates1257>

המוקד, יחד עם ארגוני זכויות אדם נוספים, ובהם האגודה לזכויות האזרח, הגיש בשנת 2010 שתי עתירות עקרוניות לבג"ץ נגד מדיניות הבידול וההפרדה שנוקטת ישראל בין הגדה לרצועה. עתירה אחת כוונה נגד "נוהל ההשתקעות" שמונע מעבר מעזה לגדה, ונדחתה במאי 2012 (בג"ץ 2088/10 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד אזור הגדה המערבית (טרם פורסם, 24.5.2012)); השנייה נגעה לעדכון הכתובות, ונמחקה באפריל 2013 (בג"ץ 4019/10 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד אזור הגדה המערבית (טרם פורסם, 21.4.2013)).

<sup>250</sup> עדכון המוקד להגנת הפרט (2.10.2008)

[www.hamoked.org.il/Document.aspx?dID=578\\_upd](http://www.hamoked.org.il/Document.aspx?dID=578_upd)

<sup>251</sup> כך למשל, בעקבות שורת עתירות שהוגשו בעניין איחוד משפחות הודיעה מדינת ישראל כי תבחן

באפריל 2010 חלה החמרה נוספת במגבלות שמטילה ישראל על מימוש זכותם של פלסטינים להתגורר בגדה המערבית, הפעם באמצעות תיקון לצו בדבר מניעת הסתננות (תיקון מס' 2) ולצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 112). התיקון לצו בדבר מניעת הסתננות קובע כי כל אדם שנמצא בגדה ללא היתר מהמפקד הצבאי או מהרשויות הישראליות, מוגדר מסתנן וצפוי לעונשי מאסר, אף אם מקום מגוריו הקבוע הוא בגדה. לשון הצו מאפשרת את החלתו על ישראלים ופלסטינים כאחד, אך דובר צה"ל הבהיר עם פרסומו כי לא ייעשה בו שימוש נגד ישראלים.<sup>252</sup>

התיקון הפך עשרות אלפי פלסטינים החיים בגדה לעבריינים בעל כורחם. לנוכח מדיניות ה"הקפאה" של ישראל בבחינת בקשות לאיחוד משפחות, אין באפשרותם לקבל היתר לשהות בגדה, והם עלולים להיות מגורשים ממנה אף אם הם חיים שם שנים רבות, או שעברו לאזור לצורך איחוד עם בני זוגם או עם הוריהם.

לאי-הרישום במרשם האוכלוסין ולא-מתן ההיתרים להתגורר בגדה יש השלכות חמורות על זכויות האדם: מדיניות זו פוגעת ביכולתם של הפלסטינים לבחור את מקום מגוריהם, לנוע בחופשיות, לצאת לחו"ל, לקיים חיי משפחה ועוד.

לעומת זאת, אזרחי ישראלי הבוחר לעבור ולהתגורר בשטח הכבוש אינו נתקל בחסמים כלשהם – נהפוך הוא: לאורך השנים מקבלים ישראלים תמריצים כלכליים ואחרים לעבור להתגורר בגדה המערבית. עם כיבוש הגדה המערבית העניק המפקד הצבאי היתר כניסה כללי לשטחי הגדה לתושבים ישראלים.<sup>253</sup> ב-1970 נקבע בצו כי ישראלי המעוניין להעתיק את מקום מגוריו לגדה המערבית נדרש לשאת תעודת היתר אישית;<sup>254</sup> אולם בפועל, איש ממאות-אלפי המתנחלים שעברו להתגורר בגדה במהלך השנים לא התבקש לשאת תעודה כזאת. המדיניות שהנחתה את הרשויות מאז כיבוש הגדה הייתה לאפשר מעבר חופשי ובלתי מוגבל של ישראלים לגדה ללא כל צורך בהיתר מיוחד, כאילו היו ישראל והגדה יחידה טריטוריאלית אחת.<sup>255</sup> כך הפכה הגדה המערבית לשטח הסגור בפני פלסטינים, אך פתוח בפני ישראלים.

מספר מוגבל של בקשות כמחווה. במסגרת זו אושרו כ-32,000 בקשות, אך המהלך הופסק בחודש פברואר 2009. ראו בהקשר זה את הדף "[איחוד משפחות בשטחים](#)" באתר המוקד להגנת הפרט.

<sup>252</sup> עמירה הס, "[צו צבאי חדש יאפשר לצה"ל לגרש עשרות אלפי פלסטינים מהגדה המערבית](#)" **הארץ** - **חדשות** 11.4.2010.

<sup>253</sup> צו בדבר שטחים סגורים (תיקון) (מס' 34), התשכ"ז-1967 (היתר כניסה כללי מס' 2).

<sup>254</sup> היתר כניסה כללי (מס' 5) (תושבים ישראלים ותושבי חוץ) (יהודה והשומרון), התש"ל-1970.

<sup>255</sup> תשובת דובר צה"ל מיום 25.10.2010 לבקשה לפי חוק חופש המידע של המוקד להגנת הפרט בנושא היתרים לישראלים <http://www.hamoked.org.il/files/2010/113142.PDF>

## פרק שמיני: אי חוקיותה של הפרדה במערכת המשפט

בשטח טריטוריאלי אחד, ותחת אותו שלטון, חיות זו לצד זו שתי אוכלוסיות הכפופות לשתי מערכות משפט נפרדות. מי שמשתייכים לאוכלוסיה האחת נהנים מזכויות אדם ואזרח, ומי שמשתייכים לאוכלוסיה האחרת אינם זכאים להן, או זכאים להן במידה פחותה בהרבה. הישראלים החיים בגדה המערבית מנהלים את חייהם, כמעט בכל דבר ועניין, כמו תושבי ישראל. מנגד, שכניהם הפלסטינים חיים מזה עשרות שנים תחת משטר כיבוש צבאי, וכפופים לתחיקה שאינה עומדת בסטנדרטים בינלאומיים או ישראליים.

הסקירה שהוצגה בדוח זה תיארה את התפתחותו של משטר ההפרדה והאפליה בגדה המערבית ואת תוצאותיו, כמו גם את התמיכה וההכשרה שהעניקה לו המערכת המשפטית בישראל. החומרה המיוחדת העולה מסקירה זו היא כי אין מדובר באפליה נקודתית או טכנית, או בהחלטות פרטניות, כי אם **במערכת המעגנת אפליה ממוסדת באמצעות החקיקה ומוסדות השלטון.**

חשוב להבהיר, כי השלטון הצבאי בגדה המערבית מפר הוראות במשפט ההומניטרי הבינלאומי ובדיני זכויות האדם, בתחומים שנסקרו בדוח זה ובאחרים, גם במנותק מקיומן של שתי מערכות הדינים ומהאפליה הכרוכה בהן. כך, למשל, תקופות המעצר הנוהגות לגבי פלסטינים בשטחים אינן תואמות לדעתנו את הסטנדרט הבינלאומי גם מבלי להשוותן לאלו החלות על הישראלים המתגוררים בשטחים. בדומה, העדר תכנון לכפרים פלסטינים ומניעת פיתוח פלסטיני בשטח C מפרים, כשלעצמם, את חובותיה של ישראל על פי הדין הבינלאומי, גם בהתעלם מהפיתוח המואץ של ההתנחלויות. יתר על כן, חלק מההפרות שהוזכרו בדוח זה היו מתקיימות ככל הנראה גם לו היו כפופים פלסטינים וישראלים למערכת דינים אחת תחת השלטון הישראלי בשטחים. לדוגמה, בעיית הנגישות השפתית שהוזכרה לעיל:<sup>256</sup> כיוון שמערכת המשפט דוברת עברית ואינה דואגת לתרגום מספק לערבית, הפלסטינים סובלים מחוסר נגישות ומנחיתות מובנית ביחס אליה והיו סובלים מאלו גם לו היו הישראלים נשפטים באותה המערכת עצמה.

ואולם, האפליה הממוסדת המתוארת בדוח זה מעמיקה ומחריפה את הפגיעה בזכויותיהם של הפלסטינים ובחלק מהמקרים היא מהווה את הגורם להפרה. כך, למשל, כאשר גישתם של פלסטינים לאדמותיהם נמנעת כתוצאה מקיומן של ההתנחלויות ומהעדפת צרכיהם של הישראלים המתגוררים בהן. יתר על כן, המשטר המשפטי הכפול והמפלה מהווה כשלעצמו הפרה של הדין הבינלאומי, שכן עצם קיומו עומד בסתירה

<sup>256</sup> ראו לעיל פרק שני, סעיף 3.ג.

לעקרונות יסוד של המשפט המודרני, ומהווה פגיעה בוטה בשוויון ובכבוד האדם כערכים מוסריים וכעקרונות משפטיים, כפי שיפורט להלן.

## 1. הפרת עקרון השוויון ופגיעה בכבוד האדם

קיומן של מערכות המשפט הנפרדות, המפלות את הפלסטינים כמעט בכל תחומי החיים הוא הפרה ברורה של עקרון השוויון ברמה הערכית והמשפטית כאחד והוא עומד בסתירה לאיסור האפליה המעוגן באמנות בינלאומיות שונות.

מדינת ישראל חתמה על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) ואף אשררה אותה. במסגרת אמנה זו התחייבה ישראל:

"[...] **לכבד ולהבטיח לכל היחידים בתחומיה והכפופים לשיפוטה את הזכויות שהוכרו באמנה זו, ללא הפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית, או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס או כל מעמד אחר**".<sup>257</sup>

מדינת ישראל אף חתמה ואשררה את האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית (1965). סעיף 1 לאמנה זו קובע כי:

"באמנה זו המונח 'אפליה גזעית' משמעו יהא כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדים על נימוקי גזע, צבע, יחוס משפחתי, מוצא לאומי או אתני, שמגמתם או תוצאתם יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה והשימוש, או לפגום בהכרה בהנאה או בשימוש, על בסיס שווה, של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים, או בכל תחום אחר בחיי הציבור".<sup>258</sup>

<sup>257</sup> סעיף 2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) (ההדגשות הוספו).

<sup>258</sup> ההדגשות הוספו. יש לציין, כי על פי סעיף 3 לאמנה "המדינות בעלות האמנה מגנות הפרדה גזעית ואפרטהייד ומתחייבות למנוע, לאסור או לעקור מן השורש, בשטחים שבתחומי שיפוטן, כל נהגים מסוג זה". יש הטוענים כי משטר הדינים הכפול שמקיימת ישראל בגדה המערבית מפר גם מחויבות זו, כיוון שניתן לזהות בו לכל הפחות אלמנטים של אפרטהייד ואף של קולוניאליזם האסורים על פי המשפט הבינלאומי. דוגמה בולטת היא הדוח של הַדָּוֹח המיוחד של האו"ם לעניין מצב זכויות האדם בשטחים הפלסטיניים הכבושים מ-2007, ג'ון דוגארד:

John Dugard, [Human rights situation in Palestine and other occupied Arab territories: report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967](#), UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, 29 January 2007, A/HRC/4/17, pp. 3, 23.

על אף התחייבויותיה, מקיימת ישראל משטר של הפרדה ואפליה במערכות המשפט, על בסיס מוצא לאומי-אתני. הגם שדברי החקיקה מנוסחים לרוב בלשון עקיפה, מרביתם מבחינים בין פלסטינים לבין יהודים (אזרחי ישראל ותושביה, ועימם יהודים זכאי חוק השבות<sup>259</sup>). לעתים מצורפים לאחרונים גם תיירים המחזיקים באשרת כניסה תקפה לישראל, באופן המבודד את הפלסטינים ומבחין ביניהם לבין כל היתר לעניין הוראות הדין.

כך למשל, הורה המחוקק הצבאי על סגירת ההתנחלויות בגדה המערבית בפני כל מי שאינו "ישראלי" כהגדרתו בצו. בהגדרה זו נכללים תושב ישראל, אזרח ישראל, "זכאי חוק השבות", וכן כל מי שאינו תושב האזור ומחזיק אשרת כניסה בתוקף לישראל.<sup>260</sup> באופן דומה נסגר אזור "מרחב התפר" בפני פלסטינים בלבד.<sup>261</sup>

על פי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, מדינה רשאית אמנם לגרוע מהתחייבויותיה על פי האמנה בשעת חירום, במידה הנדרשת מן המצב, ובלבד שהאמצעים שתנקוט לא יגררו אפליה אשר תהא מבוססת רק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת או מוצא חברתי.<sup>262</sup> יש להדגיש, כי קיומה של אפליה נקבע לפי התוצאה המפלה, ולא על פי המניע. כלומר, גם אם תטען ישראל כי מערכות המשפט השונות החלות על פלסטינים וישראלים החיים בשטחים לא נועדו להפלות את הפלסטינים על רקע מוצאם הלאומי או האתני, אלא להגן על ביטחונה או על האינטרסים של אזרחיה, הרי שתוצאתו של משטר ההפרדה היא מפלה באופן מובהק על רקע מוצא לאומי ואתני, ועל כן פסולה.<sup>263</sup>

יש לציין, כי עמדתה הרשמית של ישראל היא שאמנות זכויות האדם אותן אשררה אינן חלות מחוץ לטריטוריה הריבונית שלה, ועל כן אינן מחייבות אותה לגבי פעולותיה בשטחים הכבושים. השקפה זו נדחתה על ידי ועדות האו"ם האמונות על יישום ההוראות

---

האיסור על אפרטהייד מעוגן בעיקר באמנה הבינלאומית לדיכוי וענישה של פשע האפרטהייד (1973) ובחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי (1998), אם כי ההגדרה של "אפרטהייד" שונה במקצת בכל אחת מהן. ישראל אינה צד לאמנות אלו, אולם האיסור על אפרטהייד נחשב כיום כמשפט מנהגי מחייב. בדוח זה לא נתייחס לשאלה אם ובאיזו מידה עונה השלטון הישראלי בגדה המערבית להגדרה המשפטית של "אפרטהייד", שכן העיסוק בשאלה זו מסיט לטעמנו את תשומת הלב ממהות העניין המתואר באריכות בדוח זה.

<sup>259</sup> סעיף 6ב(א) לתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967.

<sup>260</sup> צו סגירת שטח, לעיל ה"ש 226.

<sup>261</sup> היתר כללי לכניסה למרחב התפר ולשהייה בו, התשס"ד-2003.

<sup>262</sup> סעיף 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966.

<sup>263</sup> ראו, לשם ההשוואה: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד (2) 309, 333 (1988).

הקבועות באמנות,<sup>264</sup> כמו גם על ידי בית הדין הבינלאומי בהאג.<sup>265</sup> על פי הגישה המובילה בקרב הגופים הבינלאומיים ובספרות המשפטית, אמנות זכויות האדם חלות גם בשטחים המצויים תחת שליטתה האפקטיבית של מדינה החברה באמנה, גם אם הם מחוץ לטריטוריה הריבונית שלה, ובכלל זאת שטחים כבושים ושטחים במעמד מיוחד.<sup>266</sup> בג"ץ החיל גם הוא הוראות מדיני זכויות האדם הבינלאומיים בשורה של פסיקות בענייני שטחים ואף קבע מפורשות שדינים אלו חלים במקביל למשפט ההומניטרי הבינלאומי ומשלימים אותו מקום בו הוא חסר.<sup>267</sup> יתר על כן, עקרון איסור האפליה נחשב לכלל מנהגי המשפט הבינלאומי.<sup>268</sup> והאיסור על אפליה גזעית אף נהנה ממעמד קוגנטי (jus cogens), היינו ממעמד של נורמת-על שלא ניתן להתנות עליה.<sup>269</sup> כיוון שכך, דינים אלו הינם חלק מהמשפט הישראלי והם מחייבים את ישראל ואת שלוחיה בכל פעולותיהם בישראל ומחוצה לה.

<sup>264</sup> לתיאור המחלוקת בין ישראל לאו"ם בנושא, ראו:

O. Ben-Naftali & Y. Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights to Occupied Territories*, 37 Is. L.R. (2003-3004).

<sup>265</sup> בחוות דעתו של בית הדין בעניין גדר ההפרדה. ראו:

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Territories, advisory opinion of 9 July 2004, 43 I.L.M. 1009, para. 108-111.

<sup>266</sup> ארנה בן-נפתלי ויובל שני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** 216 (2006). יצוין, כי בנוסף לשאלת התחולה הטריטוריאלית, ישנה שאלת תחולתם העניינית של דיני זכויות האדם בסיטואציה של עימות מזוין או כיבוש. בהקשר זה, הדעה המקובלת כיום בספרות ובפסיקה היא שנורמות של זכויות אדם חלות תמיד, לא רק בזמן שלום, ועל כן יחולו גם בזמן עימות מזוין ובוודאי שבמהלך תפיסה לחמתית, היינו כיבוש. ראו:

Al-Skeini v. United Kingdom, App. No. 55721/07, 53 Eur. H.R. Rep. 589 (2011).

הדיון בספרות כיום הוסט משאלת התחולה של דיני זכויות האדם תחת כיבוש, לשאלת היקף התחולה והיחס בין שני ענפי המשפט השונים, במיוחד במצבים של סתירה ביניהם. ראו:

Noam Lubell, *Human Rights Obligations in Military Occupation*, 94 INT'L RE. RED CROSS 317, 337(2012).

שאלת היחס בין הדינים הינה שאלה מורכבת והדעות לגביה חלוקות, אולם מקובל לחשוב כי ככל שהכיבוש מתמשך, גוברים ההצדקה והצורך בהחלה רחבה יותר של דיני זכויות האדם. ראו:

Orna Ben-Naftali and Yuval Shany, *Living In Denial*, *supra* note 264, pp. 100-105.

<sup>267</sup> בג"ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(1) 507 פסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

<sup>268</sup> "המשפט המנהגי הבינלאומי" הוא אותם כללים והתחייבויות אשר התבססו כנהוג בפרקטיקה של מדינות בזירה הבינלאומית, להבדיל מ"המשפט ההסכמי הבינלאומי", המתייחס להתחייבויות שמדינות לוקחות על עצמן באמנות בינלאומיות. ישנן אמנות שעושות קודיפיקציה של משפט מנהגי שהיה קיים לפניו וישנם כללים שהפכו מנהגיים בעקבות או לאחר קיבועם באמנות.

<sup>269</sup> בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 266, בעמ' 199, 217.

הקביעה הגורפת שפלסטינים תושבי השטחים ראויים כולם למערכת משפטית נפרדת, הנחותה באופן ניכר ומובנה לעומת זו המוחלת על תושביה היהודיים של הגדה, פוגעת באופן עמוק לא רק בזכותם לשוויון, אלא אף **בזכותם לכבוד**. קביעה זו טומנת בחובה הנחת יסוד פסולה, ולפיה הם **ראויים פחות מאנשים אחרים לשמירה קפדנית על זכויותיהם**.

בית המשפט חזר בשנים האחרונות על ההלכה כי הפרדה בין אנשים על פי השתייכות קבוצתית שעניינה גזע, דת, מוצא, לאום וכיוצא באלה עומדת בסתירה לעקרון השוויון ופוגעת בכבוד האנושי. כך למשל, פסק בג"ץ בעניין הפרדתם של יוצאי אתיופיה במערכת החינוך כי היא "כרוכה באי-שוויון הגובל בהשפלה וביזוי הפוגע בכבוד האנושי".<sup>270</sup> וברוח דומה פסק בג"ץ בעניין הפרדתן של ילדות על בסיס מוצא עדתי בבית הספר "בית יעקב" שבעמנואל: "יחס שונה אל שווים, הפליה והפרדה משמעותן מנהג שרירותי של איפה ואיפה שאין לו הצדקה. ההפרדה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני אדם. תחושת ההפליה מביאה להרס מרקם היחסים בין אדם לחברו".<sup>271</sup>

נוכח דברים אלה תמוהה נטייתו של בית המשפט הישראלי לקבל את קיומן של מערכות משפט נפרדות ומפלות בגדה המערבית כעובדה שאין עליה עוררין, ואת החלת הדין הישראלי על מתנחלים – כמובנת מאליה. כך הסביר השופט גולדברג את החלת המשפט הישראלי על ההתנחלויות:

**"הנה כי כן, חייבה המציאות בשטח חקיקת כנסת המביאה להבחנה בין הדין הפרסונאלי החל על מתיישבים ישראלים באזור [...] לבין הדין החל על התושבים המקומיים. ומציאות זו היא שחייבה את [מפקד כוחות צה"ל ביו"ש] להתאים לה את תחיקת הבטחון לגבי ההתיישבות הישראלית על כל תחומי חייה [...] אפשרות אחרת לא עמדה בפניו] [...] כשלא היה בידו להשאיר 'ריק תחיקתי' בנושא ההתיישבות הישראלית באזור".<sup>272</sup>**

בחינת הפסיקה מלמדת כי בית המשפט מעדיף להימנע מלדון באי החוקיות שבמדיניות המכתיבה הפרדה זו. במקום זאת, בוחן בית המשפט רק את ההחלטה או את הפעולה המצויים בלב העתירה המובאת בפניו, ומתעלם מהמצב בכללותו. יתר על כן, חרף ביטוייה הקשים של ההפרדה במערכות המשפט, פעמים רבות נמנע בית המשפט כליל מדיון בטענות בדבר אפליה ופגיעה בשוויון.

<sup>270</sup> בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 31.8.2010).

<sup>271</sup> בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009).

<sup>272</sup> בג"ץ 5808/93 חברה כלכלית לירושלים בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מט(1) 89, 97 (1995) (ההדגשות הוספו).

כך למשל, בפסק הדין בעניין סגירתו של כביש 443 לנסיעת פלסטינים, כלל לא נדונה טענת האפליה שהועלתה בהרחבה במסגרת העתירה. ההתייחסות היחידה לטענה זו היא בחוות דעתה של הנשיאה ביניש, ואף זו אינה מתייחסת לטענה עצמה, אלא מותחת ביקורת על טיבה ועל האופן שבו נטענה על ידי העותרים.<sup>273</sup> הנשיאה ביניש חזרה על ביקורת זו בפסק דין נוסף, בעניין "מרחב התפר".<sup>274</sup>

במקרים הנדירים שבהם בוחר בית המשפט לדון בטענות בדבר אפליה, הוא נוטה לעשות כן מתוך אחת משתי נקודות מוצא. נקודת מוצא אחת היא טענת המדינה, כי המתנחלים והפלסטינים משתייכים לשתי קבוצות שוויון שונות, שיש ביניהן שוני רלוונטי, ועל כן אין ביחס השונה אליהן משום אפליה פסולה. כך נטען כי השוני הרלוונטי בין הקבוצות מקורו בסיכון הביטחוני הטמון בפרטים מן הקבוצה הפלסטינית.<sup>275</sup> הטענה כי מאפיין של מספר מסוים של פרטים, המשתייכים לקבוצה המונה מיליוני אנשים, הוא בגדר מאפיין המבסס שוני רלוונטי בין קבוצות ומצדיק יחס שונה כלפיהן, היא פסולה ואינה עומדת במבחנים המקובלים של שוויון. ייחוס הסיכון הפוטנציאלי הטמון במספר מסוים של פלסטינים לכלל האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית, אך בשל השתייכותם לאותה קבוצה לאומית, מהווה הבחנה אסורה על בסיס לאומי.

על הסכנה שבהתייחסות כוללת לקבוצת אנשים עמדה השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה (בדעת מיעוט) בעניין חוק האזרחות:

**"עלינו להישמר מסכנה אורבת הטמונה בפגיעה גורפת בבני אדם המשתייכים לציבור מסוים על ידי הדבקת תווית של סיכון בלא אבחנה, ומפני החשש הכרוך בשימוש בטענת הבטחון כעילה לפסילה כוללת של קהילה שלמה. זכורים מקרים מן ההסטוריה בהם הדבר ארע, ובחשיבה חוקתית מאוחרת הוכרה הטעות בכך, טעות הניכרת על פניה. די להביא דוגמא אחת לכך מהפרשה הידועה בעניין U.S. v. Korematsu, 323 U.S. 214 (1944) בה הובלו תושבים ואזרחים אמריקניים ממוצא יפני, החיים בארצות הברית, להסגר במדינתם הם, בעת מלחמת העולם השנייה, כאשר ארצות הברית נלחמה נגד יפן. היו יחידים מאותו ציבור שנחשדו בחוסר נאמנות למדינה. בעקבות כך, הוטלה סנקציה כללית של הסגר על ציבור שלם.**

<sup>273</sup> עניין אבו צפייה, לעיל ה"ש 218, בפסקה 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

<sup>274</sup> עניין משטר ההיתרים, לעיל ה"ש 240, פסקה 44 לפסק הדין.

<sup>275</sup> בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 22.10.2009); עניין משטר ההיתרים, לעיל ה"ש 240.



אמצעים גורפים אלה אושרו ברוב דעות בבית המשפט העליון  
האמריקאי. המיעוט סבר אחרת".<sup>276</sup>

אלם הגישה שהציגה השופטת פרוקצ'יה אינה רווחת בפסיקות בית המשפט העליון בעתירות הנוגעות לאפליית תושביה הפלסטינים של הגדה ביחס למתנחלים המתגוררים בה. לרוב מוכן בית המשפט לקבל את הטענה כי הסכנה הנשקפת ממספר מצומצם של פרטים בקבוצה מצדיקה פגיעה בקבוצה כולה.

נקודת המוצא השנייה שבה משתמש בית המשפט בעת בחינת טענות אפליה נגד פלסטינים בשטחים היא שההבחנה בין מתנחלים לפלסטינים מותרת מכיוון שהמסגרת החקיקתית המסדירה את ענייניהם שונה.<sup>277</sup> תפיסה זו מצדיקה את מופע האפליה הקונקרטי הנדון באותה עתירה על יסוד ההפרדה והאפליה הבסיסיות שקיימות בין מערכות המשפט החלות על ישראלים ופלסטינים בגדה, מבלי לבחון את חוקיותן. בבסיסה של תפיסה עומדת ההנחה שמשטר ההפרדה הוא מחויב המציאות, וקיומו אינו חלק רלוונטי מהדין:

"אין הצו מפלה באופן פסול כי אם נסמך על הבחנה קיימת ולוואנטית בין האוכלוסיות: היישובים הישראליים באזור יהודה והשומרון מוסדרים מראשית דרכם במסגרת משפטית השונה מיסודה מאשר זו של היישובים הערביים באזור, מטעם זה לא הייתה כל מניעה לקבוע הוראות מיוחדות באשר להמשך הליכי התכנון ביישובים אלה. הנה כי כן – חקיקתו של הצו דן המתייחס להתיישבות הישראלית בלבד אינה מעשה חקיקה חריג ויוצא דופן; בדיוק כפי שהחלטות הממשלה בעבר בדבר הקמת יישובים ישראליים ותנופת הפיתוח בהם לא היו מעשה חריג היכול להיכנס לגדר המושג הפליה, שכן דובר ביישומה של המדיניות הממשלתית באותה עת".<sup>278</sup>

כך, בית המשפט מקבל את ההפרדה בדינים כמובנת מאליה, ומתעלם מהשאלה המשפטית העומדת בפניו: מה דין המדיניות אשר "מראשית דרכה" מפרידה בין היישובים היהודיים לבין היישובים הערביים בגדה? בהימנעו מלדון בשאלה זו, מכשיר בית המשפט את יישומה המפלה של מדיניות ההפרדה באזור. הלגיטימציה שמעניק בג"ץ למשטר המשפטי הכפול הקיים בגדה מתבטא גם בנכונותו להתמודד עם התוצאות של אנומליה

<sup>276</sup> בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 14.5.2006) (ההדגשה הוספה).

<sup>277</sup> בג"ץ 548/04 אמנה – תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת דורנר (פורסם בנבו, 26.2.2004).

<sup>278</sup> בג"ץ 4400/92 המועצה המקומית קרית ארבע חברון נ' מר יצחק רבין, פ"ד מח(5) 597, 613 (1994) (ההדגשה הוספה).

זו ולהסדיר את השאלות המתעוררות ממנה: מהו הדין שיחול על פלסטיני המועסק בתוך ההתנחלויות?<sup>279</sup> מהו הדין החל על תביעה נזיקית של פלסטינית שנפגעה בתוך התנחלות?<sup>280</sup> מהן סמכויות בתי המשפט לעניינים מקומיים בהתנחלויות?<sup>281</sup>

בפני גופים בינלאומיים הציגה מדינת ישראל את העמדה, שלפיה האפליה בין פלסטינים למתנחלים בגדה אינה פסולה, שכן היא הבחנה מותרת בין אזרחי המדינה לבין מי שאינם אזרחיה. ועדת האו"ם למניעת אפליה גזעית מתחה ביקורת על עמדה זו במסגרת המלצותיה בעניין ישראל, שפורסמו בחודש מרץ 2007.<sup>282</sup>

הטענה שלפיה משטר ההפרדה אינו פסול בהיותו מבוסס על הבחנה מותרת בין אזרחי מדינת ישראל לבין מי שאינם אזרחיה שגויה בכמה מובנים. ראשית, ממילא לא מדובר בהבחנה על בסיס אזרחות אלא על בסיס השתייכות לאומית. כפי שפורט בהרחבה לעיל, בשורה ארוכה של דברי חקיקה מובחנים הפלסטינים לא רק מאזרחי ישראל ומתושביה, אלא גם מיהודים זכאי חוק השבות ומתיירים. שנית, הבחנה זו אינה רלוונטית כאשר מדובר בזכויות אדם (להבדיל מזכויות אזרח). ישראל אמנם מסרבת להכיר בתחולתן של אמנות זכויות האדם על השטח הכבוש, אך כאמור, עמדתה זו אינה מקובלת בעולם ואף לא בבג"ץ. מעמדם האזרחי השונה של הישראלים ושל הפלסטינים החיים בגדה המערבית אינו רלוונטי ליחס המפלה כלפי האחרונים בכל תחומי החיים האזרחיים, לרבות בשירותים ובתשתיות שניתנים להם, ואינו מצדיק את הפערים בסטנדרטים המשפטיים המוחלים על שתי האוכלוסיות. בפרט, בהינתן מעמדה של האוכלוסייה הפלסטינית המקומית כאוכלוסייה מוגנת, הזכאית להגנות מיוחדות על פי דיני התפיסה הלוחמתית. ועל כך נרחיב להלן.

<sup>279</sup> עניין קו לעובד, לעיל ה"ש 1.

<sup>280</sup> פרשת ינון, לעיל ה"ש 40.

<sup>281</sup> בג"ץ 336/99 דלתא להשקעות ולמסחר בע"מ נ' בית המשפט לעניינים מקומיים באריאל (פורסם בנבו, 5.3.2001).

<sup>282</sup> טענה שהועלתה על ידי ישראל במסגרת הדיווח שלה לוועדה המפקחת על מילוי חובותיהן של המדינות החתומות על האמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית:

[UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination \(CERD\), Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention: Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Israel, 14 June 2007, Article 32, CERD/C/ISR/CO/13.](https://www.unhcr.org/refugees/article/48c4b211.html)

## 2. הפרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי

קיומן של שתי מערכות המשפט הנפרדות למתנחלים ולפלסטינים פסולה אף על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המטיל על מדינה הכובשת שטח את החובה להגן על האינטרסים ועל הזכויות של האוכלוסייה המקורית של השטח הכבוש, אלא אם צורכי ביטחון מחייבים אחרת.

על פי תקנה 43 לתקנות האג, <sup>283</sup> סמכות הכוח הכובש מוגבלת לנקיטת "כל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, אלא אם כן נבצר ממנו הדבר לחלוטין". הפרשנות המקובלת לתקנה 43 היא כי על המדינה הכובשת לנהל את השטח הכבוש לטובת האינטרסים של האוכלוסייה המקומית, <sup>284</sup> ולשמר את המצב שהיה הקיים בשטח ערב כיבושו. <sup>285</sup> תקנה 43 מתירה איזון בין צרכיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הכבוש לבין צרכי הביטחון של הכוח הכובש **בשטח הכבוש עצמו**. <sup>286</sup> על היקף השיקולים הביטחוניים שמוסמך המפקד הצבאי לשקול עמד הנשיא (דאז) א' ברק בפסק הדין בעניין **אסכאן**: <sup>287</sup>

"שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור. **אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית.** אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב".

יש לציין, כי עמדתה של ישראל היא שהגדה המערבית כפופה ככלל לדיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי (laws of belligerent occupation), ובראשם תקנות האג מ-1907, אשר מייצגות דין מנהגי. <sup>288</sup> מעמדה של אמנת ג'נבה הרביעית במשפט הישראלי

<sup>283</sup> תקנות האג (1907), לעיל ה"ש 10.

<sup>284</sup> בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי, לעיל ה"ש 193, בעמ' 19.

<sup>285</sup> יפה זילברשץ "שליטת צה"ל ביהודה, שומרון ועזה: תפיסה לוחמתית או כיבוש קולוניאלי" **מחקרי משפט** כ 547, 556 (2004).

<sup>286</sup> בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי, לעיל ה"ש 193, בעמ' 19.

<sup>287</sup> בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאוויה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון**, פ"ד לז(4) 785, 793 (1983) (להלן: פרשת **ג'מעית אסכאן**) (ההדגשות הוספו).

<sup>288</sup> זילברשץ, לעיל ה"ש 285, בעמ' 551; ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי "פרשת לך לך: בין אדם למקום - בעקבות בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" **המשפט** ט 107, 110

מורכב יותר: ישראל הינה צד לאמנה, אולם עמדתה הרשמית היא כי האמנה אינה חלה ביחס לשטחי יהודה ושומרון.<sup>289</sup> יחד עם זאת, ישראל הודיעה באופן חד צדדי שהיא מכבדת את ההוראות ההומניטריות של אמנה זו, מבלי לפרט מהן לשיטתה הוראות אלו,<sup>290</sup> וגם בג"ץ דן בחוקיותן של פעולות המדינה בשטחים לאור הוראות אמנה זו.<sup>291</sup> עמדתה של ישראל בנוגע לאי-תחולתה העקרונית של אמנת ג'נבה בשטחים נדחתה על ידי הקהילה הבינלאומית ומרבית המשפטנים הבינלאומיים העוסקים בתחום והעמדה המקובלת כיום היא כי לאמנת ג'נבה יש תחולה מלאה בשטחים שתחת שליטת ישראל.<sup>292</sup>

לעמדתנו, המשטר המשפטי שמפעילה ישראל בגדה המערבית מפר את הוראות המשפט הבינלאומי. משטר זה, המבחין בין התושבים הפלסטינים לתושבים הישראליים בגדה, ומבכר באופן שיטתי את צורכיהם של האחרונים מנוגד לחובתו של השלטון הצבאי לפעול לטובת האינטרסים של התושבים הפלסטינים.

בעוד שמפעל ההתנחלויות הוא הבסיס להפרדה בין מערכות המשפט בגדה, יש לשוב ולהדגיש כי קיומן של ההתנחלויות מהווה כשלעצמו הפרה נפרדת של הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. במסגרת תפיסתו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי את הכיבוש

---

(תשס"ד); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, פסקאות 77-76 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005). ראו הסבר ביחס למעמדו המחייב של המשפט המנהגי הבינלאומי לעיל בה"ש 268.

<sup>289</sup> כיוון שלטענתה לא מתקיים התנאי הקבוע בסעיף (2) לאמנות ג'נבה כי השטח הנכבש הנו "ארצו של אחד מבעלי האמנה". לשיטת ישראל, העובדה כי ירדן לא הייתה ריבון חוקי בשטחי הגדה משחררת את ישראל מן החובה ליישם את האמנה הרביעית בשטחים אלה. ראו: בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 266, בעמ' 139; זילברשץ, לעיל ה"ש 285, בעמ' 551.

<sup>290</sup> Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 *ISR. Y.B. HUM. RTS.* 262, 266 (1971).

<sup>291</sup> עמדת בג"ץ היא כי האמנה כמכלול אינה מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, ומכאן שללא חקיקה פנימית הקולטת את האמנה אל תוך הדין הישראלי, אין מדובר בדין פנימי שניתן לאכוף בבג"ץ. יחד עם זאת, לפי בג"ץ חלק מהוראותיה של האמנה מייצגות דין מנהגי בינלאומי ואלו אכיפות בבג"ץ. בפועל, בג"ץ החיל את האמנה בשורה ארוכה של פסקי דין בענייני שטחים. ראו למשל, בג"ץ 7015/02 **עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 352, 364 (2002); בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807, 827 (2004); בג"ץ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנוב, 15.9.2005) (להלן: **פרשת אלפי מנשה**). לניתוח ביקורתי של יישום בג"ץ את דיני הכיבוש ראו:

David Kretzmer, *The law of belligerent occupation in the Supreme Court of Israel*, 94 *INT'L RE. RED CROSS* 207 (2012).

<sup>292</sup> בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 266, בעמ' 140. ראו למשל חוות דעתו של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין חוקיות גדר ההפרדה:

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Territories, advisory opinion of 9 July 2004, 43 *I.L.M.* 1009, paras. 108-111.

כמצב זמני, ובהתאם לחובת הנאמנות של המדינה הכובשת כלפי השטח הכבוש ויושבו, נאסר במפורש על המדינה הכובשת להעביר חלקים מאוכלוסייתה אל השטח שכבשה.<sup>293</sup> איסור זה נועד למנוע השתלטות של המדינה הכובשת על השטח הכבוש באמצעות שינוי המצב הדמוגרפי בו,<sup>294</sup> בין אם באופן ישיר או עקיף.<sup>295</sup>

באופן אבסורדי, ישראל, אשר הפרה את הוראות המשפט ההומניטרי כאשר הקימה את ההתנחלויות, משתמשת בהוראות המשפט ההומניטרי עצמו כדי להצדיק הפרה זו מאז ועד היום. הקמת ההתנחלויות, ותפיסת קרקעות בגדה המערבית לשם כך, הוצדקו בשנות ה-70 וה-80 כצעדים ביטחוניים הכרחיים, באשר צורכי הביטחון של המדינה הכובשת הם שיקול שהמפקד הצבאי בשטח הכבוש רשאי לשקול.<sup>296</sup> מאז דבקה ישראל בעמדה שצורכי הביטחון של המדינה כוללים גם את ההגנה על ביטחונם של המתנחלים וההתנחלויות ועל האינטרסים שלהם, ומצדיקים פגיעה בזכויות הפלסטינים. יוצא, כי הפלסטינים נפגעים פגיעה כפולה: מעצם הקמת ההתנחלויות בלב השטח הכבוש, ומהצעדים הננקטים על מנת להגן על ביטחונם ועל אורחות חייהם של המתנחלים.<sup>297</sup>

בית המשפט, שקיבל את משטר ההפרדה בין מערכות המשפט כמחויב המציאות, כפי שתיארנו לעיל, עשה צעד נוסף בהכשרת ההפרדה כאשר קיבל עמדה זו של המדינה. כך, קבע בג"ץ בפסק הדין בעניין **בית-אל** כי מותר להפקיע אדמות פרטיות בגדה המערבית לשם הקמת יישוב אזרחי, כל עוד הדבר נעשה לשם צורכי הצבא ועל ידו.<sup>298</sup> בית המשפט העליון הצהיר כי הוא נמנע במכוון מלדון בחוקיות ההתנחלויות, וקבע כי

<sup>293</sup> סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 161.

<sup>294</sup> International Committee of the Red Cross, COMMENTARY ON THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949: IV GENEVA CONVENTION RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR 283 (Jean S. Pictet ed., 1958).

<sup>295</sup> מדינת ישראל הביעה לא אחת את עמדתה לפיה הקמת ההתנחלויות אינה מפרה את סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר על העברת אוכלוסיית הכח הכבוש אל השטח הכבוש, מכיוון שהקמת ההתנחלויות לא נעשתה על ידי המדינה עצמה, אלא היו יוזמה עצמאית של אזרחים פרטיים. טענה זו אין לקבל. מדינת ישראל העניקה ועודנה מעניקה שורה ארוכה של הטבות ותמריצים ליושבי ההתנחלויות, ומאפשרת את הקמתן והרחבתן על ידי הקצאת קרקעות. כמו כן, די בהכשרה בדיעבד של מדינת ישראל את ההתנחלויות על מנת לקבוע כי מדובר בהפרה של הוראות המשפט הבינלאומי. פרשנות סעיף 49 לאמנה ג'נבה הרביעית ככזה האוסר גם העברה עקיפה של אוכלוסיית המדינה הכובשת לשטח הכבוש קיבלה משנה תוקף באמנת רומא (1998), שייסדה את בית הדין הפלילי הבינלאומי.

<sup>296</sup> להרחבה על טיעון הצורך הביטחוני שבהקמת ההתנחלויות ראו: מנחם הופנונג **בטחון המדינה מול שלטון החוק 1948-1991** 304 (תשס"א); פרופ' לאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק; בשולי ובשבילי הפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק בשטחים" **עיוני משפט** יז(2) 757, 781 (1993).

<sup>297</sup> בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי, לעיל ה"ש 193, בעמ' 28.

<sup>298</sup> בג"ץ 606/78 **אויב נ' שר הביטחון** פ"ד לג(2) 113 (1979).

שאלת חוקיותן איננה משליכה על חובתם של המדינה ושל הצבא להגן על יושביהן.<sup>299</sup> בכך מתנער בית המשפט מתפקידו להגן על האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים. קבלת העמדה שלפיה על המפקד הצבאי לשקול, נוסף על טובת האוכלוסייה הפלסטינית וצרכי הביטחון, גם את צרכי המתנחלים, מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי, לפיו על המשטר הצבאי בשטח כבוש לאזן בין שני שיקולים בלבד – טובת האוכלוסייה המוגנת וצרכי הביטחון של המדינה הכובשת – ומטשטשת את ההבחנה בין תושבים מוגנים לבין אזרחי המדינה הכובשת.<sup>300</sup>

הפלסטינים מוגדרים כ"תושבים מוגנים", באשר מצאו את עצמם תחת שלטונו של כוח כובש. לעומתם, ישראלים ואזרחים זרים אינם זכאים להגנות המיוחדות שהדין ההומניטרי הבינלאומי מקנה לתושבים המקוריים של השטח הכבוש. כהגדרתו של סעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית:

"מוגנים על ידי האמנה הזאת הם אלה המוצאים את עצמם – באיזה זמן שהוא ובאיזו דרך שהיא – בשעת סכסוך או כיבוש – בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיו של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת [...] אזרחיה של מדינה נייטרלית המוצאים את עצמם בשטח מדינה לוחמת ואזרחיה של מדינה שותפת במלחמה – לא יהיו רואים אותם כמוגנים, כל זמן שהמדינה, שהם אזרחיה, יש לה ייצוג דיפלומטי רגיל במדינה, שבידיה הם נמצאים."

כלומר, ככל שקיים שוני רלוונטי בין שתי האוכלוסיות הוא זה: שהאחת מוגנת על פי הדין הבינלאומי והשנייה איננה. על כן, בתחומים שבהם הדין ההומניטרי מעמיד חובות מחמירות יותר כלפי הכוח הכובש מהחובות שמקימים הדין הישראלי או דיני זכויות האדם הבינלאומיים,<sup>301</sup> על המפקד הצבאי לבכר את הדין ההומניטרי ולהעניק לתושבים הפלסטינים שתחת שלטונו הגנה מירבית. ההתייחסות לזכויותיהם ולצרכיהם של המתנחלים כקודמים לצרכי הפלסטינים מייצרת תמונת ראי מעוותת של אחד העקרונות הבסיסיים ביותר של הדין ההומניטרי הבינלאומי.<sup>302</sup>

<sup>299</sup> בג"ץ 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל 18 (פורסם בנבו, 15.9.2005).

<sup>300</sup> Aeyal M. Gross, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, 18 EJIL (2007).

<sup>301</sup> Yael Ronen, *Blind in Their own Cause: The Military Courts in the West Bank*, CJICL (2)4 739 (2013) 756-760.

<sup>302</sup> Ronen, *ibid.* Gross, *supra* note 300.

הסקירה שהוצגה בדוח זה חושפת משטר רשמי ומקיף של הפרדה בדינים החלים על מתנחלים לעומת פלסטינים בגדה המערבית, על בסיס הבחנה אתנית-לאומית. למרות הצהרותיה של ישראל כאילו השטחים מוחזקים בדרך של תפיסה לוחמתית

מבלי שהיא מספחת אותם, בפועל הפכו ההתנחלויות ל"איים" ישראלים כמעט לכל דבר ועניין, והכפיפות של המתנחלים למשטר הצבאי אינה אלא פיקציה. ההפרדה בין הדינים שלהם כפופות שתי האוכלוסיות מלווה באפליה ברורה נגד הפלסטינים בכל תחומי החיים: הם כפופים להסדרים פליליים מחמירים הרבה יותר, הפוגעים בזכויות היסוד שלהם; הם אינם זוכים להשתתף בהליכי התכנון והבנייה הנוגעים להם, והאכיפה בתחום זה חמורה יותר כלפיהם; הם מנושלים מאדמותיהם באמצעות משטר ההיתרים; חופש התנועה שלהם נפגע; וחופש הביטוי שלהם מוגבל. אפליה משפטית זו מפרה את הנורמות הבסיסיות של שיטת המשפט המודרנית, את דיני התפיסה הלוחמתית ואת משפט זכויות האדם הבינלאומי.

ההפרדה המשפטית היא תוצר של תהליך מתמשך שבו נוספו שכבות על גבי שכבות של צווים וחוקים, החלים באופן סלקטיבי רק על אחת משתי האוכלוסיות המתגוררות בגדה. את התהליך הוביל המפקד הצבאי, שהוא בעל סמכויות החקיקה והשפיטה בשטח הכבוש, באמצעות צווים שהסדירו את חייהם האזרחיים של המתנחלים והחריגו אותם מהסדרי החוק החלים על הפלסטינים. לתהליך זה הייתה שותפה מלאה גם הכנסת, שתקינה חוקים ישראלים כך שיחולו על תושביה היהודים של הגדה המערבית, ואשר ממשיכה להאריך את התקנות היוצרות הפרדה בדין הפלילי ובסמכות השיפוט החלים על פלסטינים לעומת המתנחלים. בתי המשפט הישראלים מתייחסים לשתי שיטות המשפט שנוצרו בגדה המערבית כתוצאה בלתי נמנעת של נוכחותם של אזרחים ישראלים בגדה המערבית, ונוטים להימנע מדיון בטענות על אפליה ובאי החוקיות של מדיניות ההפרדה המשפטית.

שתי שיטות המשפט הקיימות בגדה המערבית הן מאפיין מיוחד, פוגעני וחמור במיוחד של הכיבוש הישראלי המתמשך. חומרתה של אפליה זו מתבטאת בעומק המיסוד המשפטי שלה. עקרון השוויון וכבוד האדם, עקרונות חוקתיים בסיסיים שעליהם מבוססת מערכת המשפט הישראלי, מתערערים מאוד כאשר אותה מערכת עצמה מקימה ומקיימת משטר משפטי מקביל ומפלה על רקע אתנו-לאומי. מדיניות זו מכתימה את כל מוסדותיה המשפטיים של המדינה.

הפער העצום בין ההסדרים החוקיים החלים על המתנחלים לעומת אלה החלים על הפלסטינים ממחישים היטב את אי החוקיות ואת העיוותים האינהרנטיים הכרוכים בשליטתה המתמשכת של ישראל בגדה המערבית. בעוד ברור לכל, כי לא ראוי להחיל על המתנחלים הסדרים צבאיים המאפיינים משטר צבאי ומגבילים את חירויות האדם,

הסדרים אלה – שנועדו להתמודד עם מצב זמני של כיבוש צבאי – ממשיכים לחול על הפלסטינים בגדה המערבית זה כמעט חמישה עשורים.



## נספח I: סיכום ההפרדה במערכת המשפט

פלטטינים בגדה	מתנחלים בגדה		
	צווי המפקד הצבאי	חקיקה של הכנסת	
	צו בדבר ניהול מועצות מקומיות /אזוריות (יהודה ושומרון): הקמת בתי משפט לעניינים מקומיים ובתי דין רבניים בהתנחלויות אימוץ כ-80 חוקים ישראלים בתחומי: <b>דיני רווחה, דיני סטטיסטיקה, דיני משפחה, דיני חינוך, דיני בריאות, דיני עבודה, דיני חקלאות, דיני בתים משותפים, דיני איכות הסביבה, דיני צרכנות, תעשייה ומסחר, דיני תקשורת ודיני דתות.</b>	<b>תקנות שעת חירום (שיפוט בעבירות):</b> הדין הפלילי הישראלי חוק הכניסה לישראל חוק שירות ביטחון פקודת מס הכנסה חוק הביטוח הלאומי פקודת התעבורה חוק ביטוח בריאות ממלכתי פקודת מס הכנסה ועוד... <b>תיקוני חקיקה:</b> חוק הבחירות לכנסת חוק מס ערך מוסף חוק פיקוח על מצרכים ועוד...	
תחיקת הביטחון + הדין הירדני			<b>החוקים החלים</b>
בצריך עיון	יש תחולה (פרשנות בג"ץ)		<b>חוקי יסוד</b>
בתי משפט צבאיים	בתי משפט אזרחיים בישראל		<b>סמכות השיפוט בפלילים</b>
בתי המשפט הצבאיים	בתי המשפט לעניינים מקומיים בהתנחלויות		<b>סמכות שיפוט בדיני תעבורה (שטח C)</b>

<p>ביטול ועדות התכנון המקומיות והמחוזיות שייצגו אינטרסים פלסטיניים</p> <p>העברת מרבית הסמכויות למועצת התכנון העליונה</p>	<p>ועדות תכנון מיוחדות להתנחלויות בלבד</p> <p>מועצת התכנון העליונה – נציגים ישראלים בלבד</p>	<p><b>תכנון ובניה</b></p>
<p>אין כניסה למרחב התפר אלא בהיתר</p>	<p>היתר כניסה כללי למרחב התפר לאזרחים ישראלים, ליהודים ולתיירים</p>	<p><b>משטר ההיתרים במרחב התפר</b></p>
<p>אין הכרה בזכות לחופש ביטוי</p> <p>הפגנות נתפסות כהפרות סדר שניתן להגביל ולפזר לפי שיקול דעת המפקד הצבאי</p>	<p>הכרה רחבה בחופש הביטוי והגנה מהותית על הזכות להפגין, גם כאשר מפגינים ללא רישוי</p>	<p><b>חופש ביטוי ומחאה</b></p>
<p>נדרש היתר מיוחד</p>	<p>הגירה חופשית של ישראלים ושל כל יהודי לפי חוק השבות</p>	<p><b>הגירה לשטחי הגדה</b></p>

## נספח II: תגובת משרד המשפטים



מדינת ישראל  
משרד המשפטים  
State of Israel  
Ministry of Justice

מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט בין-לאומי)

תאריך: ה' בחשוון, תשע"ה

29 באוקטובר, 2014

מספר: 5737

לכבוד

גב' תמר פלדמן

האגודה לזכויות האזרח

שלום רב,

הנדון: התייחסות לטיטת דוח: " שלטון אחד, שתי מערכות חוק:

משטר חדינים של ישראל בגדה המערבית"

1. הדוח שבנדון מבקש לתאר את מערכות החינוך השונות שחלות על ישראלים ופלסטינים בגדה המערבית, תמונה שהינה חלק מהמציאות המורכבת, העובדתית והמשפטית, של הגדה המערבית. יחד עם זאת, בניגוד לתמונה שמנסה הד"ח לצייר, ההבדלים בין מערכות החינוך אינם תוצר של מניעים פסולים וניסיון ליצירת הפליה מכוונת, אלא נובעים מטעמים ענייניים הנובעים מהמצב הביטחוני והמעמד המשפטי השונה בין ישראל לגדה המערבית, ומהצורך ליצור איזון בין אחריותו של המפקד הצבאי לשמירה על בטחון הגדה המערבית לבין צרכיה של האוכלוסייה המקומית וחובותיו של המפקד הצבאי כלפיה מכוח הדין הבין-לאומי. לעיתים איזון זה מחייב החלת מערכת נורמות שונה, בין אם בשל קיומן של מסגרות נורמטיביות שונות החלות במקביל על אותם אנשים או אותה סיטואציה ובין אם בשל מצב עובדתי שונה בעת החלת אותן הנורמות על אוכלוסיות שונות.

2. מעבר לכך, הדין המוחל על הישראלים המצויים בגדה המערבית, אזרחים וחיילים, כמו גם על יישובים ומתקנים ישראליים באזור זה, מהווה כלי מרכזי בידי מדינת ישראל, וצה"ל – בתור שלוחה באזור- לאכוף את שלטונה וחוקיה על אזרחיה השוהים בגדה המערבית.
3. בניגוד לתמונה שמנסה לצייר הדו"ח, במקרים רבים הדין שמוחל על ישראלים ופלסטינים באזור מבחינה מהותית – חד הוא. באותם המקרים והדוגמאות המובאים בדו"ח, בהם קיימים הבדלים בין המשטר החל על ישראלים באזור לבין פלסטינים באזור, הרי שהבדלים אלו – בדין יסודם. עם זאת, כמו בכל מערכת גם במערכת הדינים המורכבת והמסועפת החלה בגדה המערבית ניתן לאתר פגמים וכשלים הראויים לתיקון. המפקד הצבאי, בשיתוף עם כלל הגורמים הפועלים בשטח, יחד עם משרד המשפטים, פועלים ללא לאות לשיפור מתמיד של תחיקת הביטחון ושל המדיניות הנוהגת, בין היתר באמצעות שיח שוטף ומתמיד מול ארגוני זכויות האדם הפועלים בגדה המערבית.
4. ראויה לציון בהקשר זה עבודת מטה נרחבת שהחלה בשנת 2008 יחד עם מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים וממשיכה עד היום, שעניינה שיפור וקידום זכויותיהם של קטינים פלסטיניים חשודים, עצורים ושפוטים בגדה המערבית. תוצאותיה של עבודת המטה, אשר נערכה ברוח תיקון נרחב לדין הישראלי החל על קטינים בהליך הפלילי ואמנת האו"ם לזכויות הילד, הניבו הקמת בתי משפט לנוער והוספת סימן חדש בצו המסדיר את הדין הפלילי בגדה המערבית ואשר קובע הוראות ייחודיות החלות על קטינים, וביניהן קיום דיון בפני שופט נוער, הוראות בדבר מעמדו של הורה, הגבלת הזמן להעמדת קטין לדין ועוד. לצד זה קובע הצו תקופות מעצר ייחודיות לקטינים.
5. בנוסף, לאורך השנים, בתי המשפט בישראל, ובראשם בית המשפט העליון, כמו גם הרשות המחוקקת בישראל והמפקד הצבאי ביהודה ושומרון, יצרו משטרי זכויות מורכבים בעבור האוכלוסייה הישראלית ובעבור האוכלוסייה הפלסטינית המתגוררת באזור תוך יישום ופיתוח עקביים של חובות ישראל מכוח דיני הלחימה והתפיסה הלוחמתית במשפט הבין-לאומי.
6. בהקשר זה, ראוי לציין, כי הדין הבין-לאומי עצמו יוצר מגבלות רבות על היכולת להחיל את דין המדינה המחזיקה אזור בתפיסה לוחמתית על האוכלוסייה המקומית המתגוררת באותו אזור, כך שעל אותה אוכלוסייה מקומית חלים הדין המקומי שחל באותו אזור ערב כניסתו של המפקד הצבאי, בכפוף לתיקונים הכרחיים. זאת ועוד, גם הסכמי הביניים בין ישראל לרשות הפלסטינית מכירים למעשה במשטרים משפטיים נפרדים ביחס לאוכלוסיות שונות באותו השטח. אלה כשלעצמם עומדים בבסיס ההבדלים בין מערכות הדינים השונות החלות על ישראלים ופלסטינים בגדה המערבית.

7. תחת אילוצים אלו, כוחות צה"ל ומערכות המשפט, השיפוט והשפיטה ביהודה ושומרון פועלים כדי לאפשר חיים בביטחון לכלל התושבים באזור, תוך איזון מתמיד בין השיקולים והגורמים המעצבים את המציאות המורכבת בגדה המערבית.
8. לעיתים רבות, המצב המורכב מחייב פתרונות יצירתיים, שיאפשרו את דו הקיום בפועל בשטח, אף אם נדמה, מהתבוננות קצרה או חד-מימדית, כי הסדר כזה או אחר מקשה על האוכלוסייה תוך יצירת הפלייה. במבט רחב, הרי שההסדרים הם מתקדמים, ומנגנוניהם עוצבו על-מנת לאזן בין השיקולים הבטחוניים לצרכיה של האוכלוסייה המקומית, וכך הם מתווים את שיקול דעתו של המפקד הצבאי ונציגיו בגדה המערבית – שיקול דעת שחייב להיות מאוזן על פי מערכת דינים בת מספר רבדים, מהמורכבות בעולם, היונקת הן מהמשפט הבין-לאומי החל בשטח, הן מהמשפט הקיים בו, הן ממרכיבי תחיקת הביטחון ההכרחיים לניהולו והן מההשראה המחויבת מכללי המשפט המנהלי במשפט הישראלי.
9. בהקשר זה צה"ל ומכלול הגורמים הפועלים בגדה המערבית פועלים בהתאם לכללי הדין הבין-לאומי, למסגרות הנורמטיביות הרלבנטיות בדין הישראלי ובדין המקומי החל, ועל-פי הנחיות הדרג המדיני.

בברכה,

עו"ד הילה טנא-גלעד  
הילה טנא-גלעד  
ממונה על זכויות אדם וקשרים עם ארגונים בינלאומיים

התגובה זמינה גם באתר האגודה לזכויות האזרח בכתובת:

<http://www.acri.org.il/pdf/2laws291014.pdf>