



Ahmad Al-Bazz, ActiveStills: צילום

מעמדה של הזכות להפגין בשטחים הכבושים

האגודה לזכויות האזרח בישראל
جمعية حقوق المواطن في إسرائيل
The Association for Civil Rights in Israel



www.acri.org.il

מעמדה של הזכות להפגין בשטחים הכבושים

כתיבה: עו"ד רגד ג'ראיסי, עו"ד תמר פלדמן

עריכה : טל דהן

עריכה לשונית: נגה קדמן

עיצוב: סטודיו אוסו באיו

The Status of the Right to Demonstrate in the Occupied Territories

תודות:

לרוני פלי, עמוס וייצמן וטל אופיר שסייעו במחקר המשפטי.
לכל מי שקראו והעירו, ובמיוחד לד"ר רותם גלעדי, לשרית מיכאלי מ"בצלם",
לעו"ד דנה אלכסנדר, עו"ד דן יקיר ועו"ד שרונה אליהו-חי מהאגודה לזכויות האזרח.



מסמך זה פורסם בתמיכה של האיחוד האירופאי.
האזריות על התוכן של המסמך היא של האגודה
לזכויות האזרח בישראל והתוכן אינו משקף
בשום צורה את עמדותיו של האיחוד האירופאי.

תוכן עניינים

4	הקדמה
5	המסגרת הנורמטיבית החלה בגדה המערבית
5	דיני הכיבוש
6	דיני זכויות האדם הבינלאומיים
9	החקיקה הצבאית
10	הדין הישראלי
10	הדין החל על ישראלים בשטחים
12	הזכות להפגין – המסגרת הנורמטיבית
12	הזכות להפגין על פי דיני זכויות האדם
18	הזכות להפגין על פי דיני הכיבוש
23	מעמדה של הזכות להפגין בגדה המערבית לאחר 47 שנות כיבוש
	מן הכלל אל הפרט: הזכות להפגין בגדה המערבית – בין דיני הכיבוש לדיני זכויות
23	האדם
25	הזכות להפגין בגדה המערבית – תיאור המציאות
25	1. הזכות להפגין ברמת החקיקה הצבאית
26	2. הזכות להפגין ברמת הפרקטיקה
28	3. הזכות להפגין ברמת השפיטה
31	סיכום והמלצות

הקדמה

בגדה המערבית, שנכבשה על ידי מדינת ישראל לפני ארבעים ושבע שנים, התושבים הפלסטינים אינם אדונים לגורלם.¹ אין להם ייצוג בקרב הריבון השולט עליהם, ואין באפשרותם להשפיע על החלטותיו המשפיעות על מציאות חייהם. לפיכך,

הפגנות הן הדרך המרכזית שנתרת להם כדי לממש את האוטונומיה שלהם, להשמיע את קולם ולהביע מחאה נגד הכיבוש ונגד ההפרות הרבות והמתמשכות של זכויותיהם – החל מהזכויות לקניין, למים ולקורת גג, דרך חופש התנועה והזכות לכבוד, וכלה בזכות להגדרה עצמית.

עם תחילת הכיבוש קמה בגדה תנועה רחבה של מאבק עממי. עם הימשכות הכיבוש, ובפרט בעשור האחרון, הפכו הפגנות מאורגנות וקבועות לכלי משמעותי במאבק זה. ההפגנות החלו לתפוס תאוצה ולהתפשט אט אט ברחבי הגדה, ובכפרים רבים הן היו למחזה קבוע המתרחש מדי יום שישי. הפגנות אלה הפכו למוקד עימות מתמשך בין מפגינים לבין כוחות הצבא, הפועלים באמצעים שונים, ולעתים קרובות תוך שימוש בכוח מופרז, על מנת לפזרן, להגבילן ואף לסכל מראש את קיומן.

מציאות זו מעוררת שאלות באשר לתחולתה של הזכות להפגין בגדה, הן ברמה הנורמטיבית והן ברמת הפרקטיקה, ומחייבת בחינה מחדש של המסגרת המשפטית הנוגעת לה. נייר זה בא לבחון, אם כך, מה צריך להיות מעמדה המשפטי והיקף תחולתה של הזכות להפגין בשטח הנמצא תחת כיבוש מתמשך בכלל, ובגדה המערבית בפרט, ולעמוד על הפערים בין הרצוי למצוי.

בראשית נייר עמדה זה נפרט את המסגרת הנורמטיבית החלה במצב של כיבוש, וננתח את האינטראקציה בין דיני הכיבוש ודיני זכויות האדם בהקשר זה. בהמשך נתייחס למעמדה של הזכות להפגין ולגבולותיה, הן על פי דיני זכויות האדם הן על פי דיני הכיבוש, וננתח את מעמדה הנורמטיבי הרצוי של הזכות להפגין בגדה המערבית כיום. לאחר מכן נתאר את המציאות הנוהגת בפועל בגדה המערבית ונבדוק אם היא תואמת את הסטנדרט הנדרש על פי הדין הבינלאומי החל בשטחים הכבושים. לבסוף יבאו סיכום קצר ומסקנות.

¹ לצורך נייר זה ההתייחסות ל"גדה המערבית" אינה כוללת את ירושלים המזרחית, שעליה הפעילה ישראל את ריבונותה מיד לאחר כיבושה ב-1967. פעולת הסיפוח מנוגדת למשפט הבינלאומי ולכן ירושלים המזרחית עודנה נחשבת שטח כבוש על פי הדין הבינלאומי, וכך היא גם נתפסת על-ידי תושביה הפלסטינים כמו גם על ידי הקהילה הבינלאומית. יחד עם זאת, כתוצאה מהסיפוח ומהחלת הדין הישראלי על ירושלים המזרחית, תושביה אינם נתונים לשלטון צבאי, והאמור בנייר זה אינו לזונטי להם באופן ישיר.

דיני הכיבוש

המסגרת הנורמטיבית החלה בגדה המערבית

הגדה המערבית היא שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית. ככזה, הוא כפוף להוראות המשפט ההומניטרי הבינלאומי הנוגעות לכיבוש, ובראשן תקנות האג מ-1907 (להלן: "תקנות האג") ואמנת ג'נבה הרביעית מ-1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (להלן: "אמנת ג'נבה הרביעית").²

על פי עמדת ישראל בנוגע לתחולת דיני הכיבוש בשטחים, היא כפופה לחלק ג' לתקנות האג, המייצגות דין מנהגי,³ אולם היא אינה כפופה באותה מידה לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בעת מלחמה או כיבוש.⁴ זאת משום שהאמנה אינה מהווה דין מנהגי, ומשום שלא מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 2(2) לאמנות ג'נבה – כי השטח שנכבש הוא "ארצו של אחד מבעלי האמנה".⁵ עם זאת, ישראל הודיעה כי לפני משורת הדין היא מתחייבת ליישם את ההוראות ההומניטריות של האמנה בשטחים.⁶ בית המשפט הגבוה לצדק נמנע לאורך השנים מלהכריע בשאלת תחולתה של אמנת ג'נבה בשטחים הכבושים, אולם בכל זאת החיל עליהם את הוראות האמנה כדבר שבשגרה, ובחן לפיהן את חוקיות פעולות הצבא.⁷

הקהילה הבינלאומית ומרבית המשפטנים הבינלאומיים העוסקים בתחום אינם מקבלים את עמדתה זו של ישראל, וכיום אין כמעט מחלוקת על כך שאמנת ג'נבה הרביעית היא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי ושהיא חלה בגדה המערבית.⁸

² תקנות האג הנלוות לאמנת האג בדבר דינה ומנהגיה של הלחימה ביבשה (1907) ואמנת ג'נבה (הרביעית) בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949).

³ הדין הבינלאומי המנהגי מחייב את כלל המדינות, לרבות מדינות שלא חתמו על האמנות או על ההסכמים הבינלאומיים או לא אשררו אותן.

⁴ בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פסקה 4 (פורסם בנבו) (9.6.2005).

⁵ M. Shamgar, **Legal Concepts ad Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage**, in: M. Shamgar (ed.), **Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980** vol. 1, Hebrew University of Jerusalem, 1982, p. 13, 33-34.

⁶ M. Shamgar, **The Observance of International Law in the Administered Territories**, Faculty of Law, Tel Aviv University (1971), at p.266.

⁷ בג"ץ 2690/09 **"יש דין" ארגון מתנדבים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** סעיף 6 לפסה"ד (פס"ד מיום 28.3.2010).

⁸ אורנה בן נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום**, רמות-אוניברסיטת תל אביב, 2006, בעמ' 140-141 (להלן – **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום**). ראו גם חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג בנושא חוקיות גדר ההפרדה (להלן – **חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג**):

דיני זכויות האדם הבינלאומיים

רבות נכתב על התחולה של משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח כבוש לצד הדין ההומניטרי, ואין זה המקום לפרוש את הדיון המורכב בעניין. לצורך נייר עמדה זה, די לומר כי בניגוד לטענתה החוזרת של ישראל, לפיה משפט זכויות האדם אינו חל על פעולותיה בשטחים,⁹ 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 לוחמתית, היינו כיבוש.¹⁰

לכן, עיקר הדיון המשפטי כיום אינו בשאלת התחולה של דיני זכויות האדם במצב של עימות מזוין או של כיבוש, אלא בשאלת ה**יקף** התחולה וביחס שבין שני ענפי המשפט השונים – דיני זכויות האדם והמשפט ההומניטרי.¹¹ בקרב המשפטנים קיימות כמה

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, advisory opinion of 9 July 2004, 43 I.L.M. 1009, at para. 95-101

ראו גם:

Declaration of the Conference of the Parties to the Fourth Geneva Convention, 5 December 2001.

⁹ ישראל הביעה עמדה זו במספר דוחות שהגישה לאחת מוועדות האו"ם האמונות על יישום האמנות לזכויות האדם. ר' למשל:

Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Second Periodic Reports Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Addendum: Israel, Economic and Social Council E/1990/6/Add.32 16 October 2001, paragraph 5;

וכן:

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Second Periodic Report, Addendum: Israel, Human Rights Committee CCPR/C/ISR/2001/2, 4 December 2001, paragraph 8.

¹⁰ **Al-Skeini v. United Kingdom**, App. No. 55721/07, 53 Eur. H.R. Rep. 589 (2011). ר' גם דחייה של עמדתה של ישראל בהקשר זה על-ידי ועדת האו"ם לזכויות כלליות: Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights – Israel. 23/05/2003, Economic and Social Council, E/C.12/1/Add.90, 23.5.03., paragraph 15.

¹¹ Noam Lubell, **Human Rights Obligations in Military Occupation**, 94 Int. R. of the Red Cross, 317, 337. (2012): http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_860_lubell.pdf;

(להלן: **Human Rights Obligations in Military Occupation**)

International Court of Justice, **Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)**, ICJ Reports (19 December 2005), at § 216.

גישות באשר ליחס הרצוי שבין שתי מערכות הדינים, במיוחד במצבים שבהם קיימת התנגשות בין הכללים שכל אחת מהן מציבה.¹²

אחת הגישות היא גישת ה-*Lex Specialis*, אשר קובעת כי במצב של סתירה בין הוראה בדיני זכויות האדם להוראה במשפט ההומניטרי, האחרון גובר תמיד, בשל היותו יותר ספציפי ומותאם במיוחד לסיטואציה של כיבוש או של סכסוך מזוין.¹³ גישה שנייה היא הגישה המשלימה, שרואה בשתי מערכות הדינים מערכות משלימות, ומנסה ליישב את הסתירות שביניהן על ידי העדפת הכלל המתאים יותר בסיטואציה הספציפית העומדת למבחן.¹⁴ גישה שלישית משלבת בין שתי הגישות הראשונות ומציעה פרשנות חדשה לשימוש בכלל ה-*Lex Specialis*: לפי גישה זו, יישום עקרון ה-*Lex Specialis* אינו מוביל בהכרח להעדפת המשפט ההומניטרי על פני משפט זכויות האדם בכל סיטואציה וסיטואציה, אלא להעדפת ההוראה הספציפית יותר ביחס לסיטואציה מסוימת, בין אם היא מעוגנת בכללי המשפט ההומניטרי ובין אם היא חלק מדיני זכויות האדם; אולם נוסף על הבחירה בכלל היותר ספציפי, גישה זו גורסת שיש לפרש את הכלל הספציפי ברוחו של הכלל האחר.¹⁵

יישומן של שלוש הגישות המוזכרות לעיל תלוי גם בהקשר; ככל שהכיבוש מתמשך, גוברים ההצדקה והצורך בהחלה רחבה יותר של דיני זכויות האדם.¹⁶ בדומה, ככל שהכוח הכובש עוסק במשימות של הבטחת הסדר הציבורי, כלומר משימות של אכיפת חוק, הרי שהדין המקומי ודיני זכויות האדם תופסים מקום מרכזי בקביעת הסטנדרטים החלים עליו, בעוד דיני הלחימה פחות רלוונטיים.

גם כאשר בשטח הכבוש מתקיימים אירועים שנגדירים כעימות מזוין אין בכך כדי לבטל את חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי, בראש ובראשונה באמצעים של אכיפת חוק.¹⁷

¹² Orna Ben-Naftali and Yuval Shany, **Living in Denial: The Application Of Human Rights in the Occupied territories**, 37 Isr. L. Rev. 17, 100-105.

(להלן – *Living in Denial*).

¹³ **חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג**, ה"ש 8 לעיל.

¹⁴ **Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General** (25 January 2005), at § 143

¹⁵ UN Human Rights Committee, General Comment No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, (26 May 2004), at § 11.

¹⁶ *Living in Denial*, ה"ש 12 לעיל.

¹⁷ להרחבה בעניין זה, ר' נייר העמדה שהגישה האגודה לזכויות האזרח בתאריך 28.3.2010, לוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 בראשות כבוד שופט בית המשפט העליון בדימוס יעקב טירקל, בעמוד 12. בקישור: <http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2011/04/tirkel0311.pdf>

וכפי שנאמר על ידי הפרקליט הצבאי הראשי בנייר העמדה שהוגש מטעמו לוועדת טירקל:

"מבחינה משפטית ומעשית כאחד, מערכת היחסים הקיימת בין הממשל הצבאי לבין תושבי שטח הנתון בתפיסה לוחמתית קרובה יותר לזו הקיימת בין המדינה לבין אזרחיה – מאשר לזו הקיימת בין מדינה המהווה צד לעימות מזוין לבין נתיני הצד שכנגד לעימות. בהתאם, כאשר הממשל הצבאי נדרש להתמודד עם גורמים עוינים הפועלים מקרב התושבים הנתונים למרותו או עם גילויי אלימות מצידם של האחרונים (אשר אינם מגיעים לרף העצימות הדרוש להכרה בקיומו של עימות מזוין בינו לבין אותם גורמים), הוא עושה זאת מתוקף סמכויותיו ואחריותו האמורים לעיל - ובמסגרת זאת הוא פועל באופן דומה לזה שהמדינה נוהגת בו בסיטואציות מעין אלה – קרי, בכלים של 'אכיפת חוק' [...] (ההדגשות במקור).¹⁸

כמו בתחומי המדינה, גם בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, פעילות "אכיפתית" מתרחשת בעיקרה בשטח – שם מבצעים כוחות הצבא סיורים, מעצרים וחיפושים, מאיישים מחסומים ונקודות בדיקה, אוכפים עוצר ומפזרים הפרות סדר. אלו הם סוגי פעילות שמבחינה מעשית נחשבת כ-"פעילות מבצעית" לכל דבר ועניין; ואולם, בהמשך לאמור לעיל, מבחינה משפטית היא דומה לפעילותה של המשטרה בתחומי המדינה. פעילות זו מופנית, ככלל, כלפי אזרחים ולא כלפי לוחמים, וככזו היא נתונה למגבלות חמורות הרבה יותר מאשר פעולות לוחמתיות.¹⁹ כך, חלות עליה מגבלות לעניין השימוש בכוח קטלני, המותר רק בנסיבות חריגות, כגון הגנה עצמית.²⁰

לאור זאת, ומבלי להכריע בין הגישות השונות באשר ליחס בין דיני זכויות האדם לבין דיני הכיבוש, ההנחות העומדות בבסיס מאמר זה הן ראשית, שדיני זכויות האדם חלים במקביל לדין ההומניטרי הבינלאומי, ובפרט במקביל לדיני הכיבוש. והשנייה, שיש לפרש

¹⁸ נייר העמדה שהוגש מטעם הפרקליט הצבאי הראשי, האלוף אביחי מנדלבליט, בתאריך 19 בדצמבר 2010, לוועדה הציבורית לבדיקת אירועי הימי מיום 31 במאי 2010 בראשות כבוד שופט בית המשפט העליון בדימוס יעקב טירקל, עמוד 33. בקישור: <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/9111emPatzar.PDF>

¹⁹ Marco Sassòli, **Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers**, Eur J Int Law (September 2005) 16 (4): 661-694. Article 3c, <http://ejil.oxfordjournals.org/content/16/4/661.full>.

(להלן: **Legislation and Maintenance of Public Order**)

²⁰ הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, ד"ח שני: "מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי", שבט התשע"ג, פברואר 2013. פרק א', סעיף 58.

את היקף תחולתן של הזכויות והחובות שנובעות משתי מערכות הדינים בהתאם להקשר, ובענייננו – בהקשר של תפיסה לוחמתית מתמשכת ובהתחשב באתגרים המיוחדים שזו מייצרת.

החקיקה הצבאית

לפי דיני הכיבוש, הכוח הכובש מחויב לשמור על מסגרת הדינים המקומית שנהגה באזור הכבוש, אלא אם הצורך הבטחוני מחייב אחרת או שרווחת התושבים דורשת זאת.²¹ או אז רשאי המפקד הצבאי להעביר חקיקה צבאית רלוונטית, שתעמוד בקנה אחד עם ההוראות והעקרונות של הדין הבינלאומי שחל באזור, ובכלל זאת דיני הכיבוש ודיני זכויות האדם.

כך, מיד עם כיבושה של הגדה המערבית, ביום 7.6.1967, פורסמו מנשר בדבר נטילת השלטון על ידי צה"ל, אשר כונן ממשל צבאי באזור, ומנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט, שבמסגרתו הכריז על עצמו המפקד הצבאי כריבון החדש באזור, ונטל לידייו את כלל הסמכויות של "שלטון, חקיקה, מינוי ומנהל לגבי האזור או תושביו".²² עוד נקבע במנשר זה כי המשפט שהיה קיים באזור עד לכיבושו ימשיך לעמוד בתוקפו, בכפוף למנשרי המפקד הצבאי ולצויו.

נוסף על מנשרים אלה פרסם המפקד הצבאי מנשר וצווים צבאיים שכוננו דין פלילי ומערכת בתי משפט צבאיים.²³ מנשר וצווים אלה אוחדו בשנת 2009 בצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון).²⁴ פרט לתחיקת הביטחון הזו, חוקקו המפקדים הצבאיים לאורך כל שנות הכיבוש בשטחים אלפי צווים, מנשרים ותקנות, שמסדירים כמעט כל תחום בחיי התושבים הפלסטינים, לרבות תעבורה, תנועה, מיסוי, מסחר, תכנון ובנייה, איכות הסביבה וכן הסדרת הפגנות, תהלוכות ואירועי מחאה. מכאן, שכיום החקיקה הצבאית היא הדין המקומי הדומיננטי בשטחים, ובמיוחד באזורים שנמצאים בשליטתה הביטחונית המלאה של ישראל.²⁵

²¹ תקנה 43 לתקנות האג.

²² מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (מס' 1), התשכ"ז-1967; מנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967.

²³ מנשר בדבר כניסתו לתוקף של צו בדבר הוראות ביטחון (אזור הגדה המערבית) (מס' 3), התשכ"ז-1967, צו בדבר הוראות ביטחון, 1651, התשכ"ז-1967, וצו בדבר כינון בתי משפט צבאיים (צו מס' 3), התשכ"ז-1967.

²⁴ צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009.

²⁵ 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,

הדין הישראלי

הדין הבינלאומי אוסר על המדינה הכובשת להחיל את דיניה על השטח הכבוש ועל האוכלוסייה המוגנת שתחת שליטתה, שכן החלת הדינים המקומיים של הכוח הכובש משמעה סיפוח של השטח – פעולה האסורה על פי כללי המשפט הבינלאומי.²⁶ עם זאת, על הרשויות הישראליות, ובכלל זאת הצבא, המשטרה וגופים אחרים הפועלים בשטחים, חלים כללי המשפט המנהלי הישראלי ופעולותיהם נתונות לביקורת שיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק. כפי שקבע השופט ברק, כל חייל ישראלי בשטחים "נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי".²⁷

כמו כן, הדין הישראלי משמש לא אחת כדוגמה לאופן שבו ראוי לנהוג, פרוצדורלית או מהותית, במיוחד במקומות שבהם קיימת לקונה בדין הצבאי או שהוראותיו אינן עומדות בסטנדרטים של המשפט הבינלאומי. בתי המשפט הצבאיים פונים אף הם לעתים לדין הישראלי, לצורך שאיבת כללים ועקרונות.²⁸

לאור זאת, אף כי הדין הישראלי אינו חל על התושבים הפלסטינים, נפנה אליו בנייר עמדה זה במקומות המתאימים לצורך השוואה. בפרט, נתייחס לפסיקותיו של בג"ץ כמקור פרשני, ככל שהן מתייחסות לעקרונות כלליים או לפרשנות של הדין הבינלאומי.

הדין החל על ישראלים בשטחים

לכאורה, הממשל הצבאי והדינים שנחקקו מכוחו חלים על כל שטח הגדה המערבית ויושביו, ובכלל זאת גם על ישראלים המתגוררים או שוהים בגדה. אולם בפועל, במקביל להתפתחותה של מערכת המשפט הצבאית, התפתחה ויושמה מדיניות של החלת הדין הישראלי על ישראלים המתגוררים בהתנחלויות בשטחים הכבושים, הן באמצעות חקיקה של הכנסת הן באמצעות תחיקת הביטחון. בסופו של דבר, בתהליך הדרגתי שנמשך על פני כחמישה עשורים, הוחלה על המתנחלים בגדה המערבית מערכת המשפט

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).

²⁶ ע" 2(4) למגילת האו"ם.

²⁷ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד 4(4), 810 785 (1983).

²⁸ ר' למשל ע"מ (ערעור מעצר) איו"ש 2912/09 התביעה הצבאית נ' נשמי אבו רחמה, (פורסם באתר נבו מתאריך 31.8.09).

הישראלית כמעט בכללותה, בעוד התושבים הפלסטינים של אותו השטח נותרו כפופים למערכת המשפט הצבאית.

הערכאות השיפוטיות בישראל, ובפרט בית הדין הגבוה לצדק, עיגנו בפסיקתן את ההפרדה בין מערכות המשפט החלות על ישראלים ועל פלסטינים. בתי המשפט מתייחסים להתנחלויות בשטחים כ"איים ישראליים", שהשכל הישר מחייב להחיל עליהם את הדין הישראלי.²⁹

ההפרדה בין מערכות המשפט השפיעה גם על תחולתה, על היקפה ועל אופן מימושה של הזכות להפגין בשטחים. כך, למשל, בעוד מתנחלים המקיימים הפגנות ללא אישור בשטחים נעצרים ונשפטים, ככלל, על פי חוק העונשין והנורמות של הדין הישראלי,³⁰ על פלסטינים המקיימים הפגנות באותו אזור חלה החקיקה הצבאית על הסדריה המחמירים, כפי שיפורטו בהמשך.

²⁹ בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו נ' הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון בעמ' 14 לפסק הדין (פורסם בנבו) (14.5.2006).

³⁰ דוגמה לכך אפשר למצוא בכתבי האיטום שהוגשו נגד ישראלים שהפגינו נגד ההתנתקות, לדוגמה: ערר (ב"ש) 20240/05 מדינת ישראל נ' נמבורג (פורסם בנבו) (21.2.2005).

הזכות להפגין על פי דיני זכויות האדם

חופש הביטוי, כמו גם נגזרתו הזכות להפגין, נחשבים במשפט זכויות האדם הבינלאומי לזכויות יסוד בעלות ערך פנימי רב, נוסף על היותן כלי חיוני להגשמתן של זכויות אחרות. משפט זכויות האדם מספק הגנה רחבה להבעת דעה ולפעולות מחאה, והחובה לכבד את חופש הביטוי ואת הזכות להפגין ולהגן עליהם הפכה לנורמה של המשפט הבינלאומי המנהגי.³¹

הזכות להפגין - המסגרת הנורמטיבית

זכות היסוד לחופש ביטוי מעוגנת בסעיף 20 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם³² ובסעיף 19 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, אותה אישרה ישראל ב-1991.³³ גם הזכות להתכנסות שקטה מעוגנת באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, בסעיף 21, ובצדה רובצת על המדינה החובה לאפשר פעולות הפגנה ומחאה. ובלשון הסעיף:

"תוכר הזכות להתכנסות שקטה. שום הגבלות לא יונחו בשימוש בזכות זו למעט אלו המוטלות בהתאם לחוק והדרושות בחברה דמוקרטית למען הביטחון הלאומי או בטחון הציבור, הסדר הציבורי (תקנת הציבור), שמירתם של בריאות הציבור או המוסר הציבורי, או שמירת זכויותיו וחירויותיו של הזולת".

אפשר לזהות בפסיקה ובספרות שלוש הצדקות מרכזיות לחופש הביטוי:

הרציונל הראשון, השכיח ביותר, הוא השמירה על הדמוקרטיה.³⁴ על פי רציונל זה, המקשר בין ביטוי חופשי ושלטון עצמי, חופש הביטוי הוא הכלי המרכזי שבאמצעותו נוטלים הפרטים בחברה חלק של ממש בעיצוב חייהם המשותפים, הן כמתבטאים הן כמאזינים הנחשפים לקשת רחבה של דעות. האזרחים צריכים להיות מסוגלים להתבטא באופן חופשי ולשמע דעות ועמדות של אחרים, כדי שיהיו מסוגלים להשתתף בשיח הציבורי, לממש בצורה מושכלת את זכותם להצביע ובסיכומו של דבר לשלוט על גורלם

³¹ 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 1989. p. 23-24.

(להלן – *The Relation Between Human Rights Law and the Law of Belligerent Occupation*).

³² ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 10 בדצמבר 1948.

³³ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 16 בדצמבר 1966. ישראל חתמה על האמנה ביום 19 בדצמבר 1966 ואשררה אותה ביום 18 באוגוסט 1991. האמנה נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3 בינואר 1992.

³⁴ בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת נאור (2008).

הפוליטי.³⁵ טיעון זה מבוסס על שני יסודות עיקריים: הצורך להבטיח שכל המידע הרלוונטי יהיה זמין לציבור הבוחרים במשטר דמוקרטי, והצורך להבטיח את ההעברה הסדירה של רצון הבוחרים לידיעת השלטון שאמור לשרת אותם.³⁶

מובן כי רציונל זה אינו חל על שטחים כבושים, בהם מתקיים משטר צבאי שאינו דמוקרטי ושלא מעניק לתושבים הנמצאים תחת שליטתו את הזכויות הבסיסיות החיוניות לקיומו של כל משטר דמוקרטי, כגון הזכות לבחור ולהיבחר, לייצג את האינטרסים שלהם במוסדות השלטון ולהשפיע על עתידם.

אולם הדמוקרטיה אינה ההצדקה היחידה לחופש הביטוי או לחופש המחאה. היעדרו של משטר דמוקרטי אינו שולל באופן אוטומטי את תחולתן של זכויות אלה בשטח מסוים, ולעתים אף יכול לחזק את הצורך במימושן.

הצדקה נוספת לחופש הביטוי מבוססת על הרצון לחשוף את האמת:³⁷ לפי הצדקה זו, החירות להחליף רעיונות, להטיל ספק ולמתוח ביקורת היא תנאי לקיומו של תהליך יעיל של חיפוש אחר האמת.³⁸ הפגנות ופעולות מחאה ציבוריות הן כלי להבטחת קיומו של דיון ציבורי רחב ומקיף בנושאים שונים, במטרה להגיע לחקר האמת.³⁹ אין ספק כי תהליך כזה חשוב שיתקיים לא רק תחת משטר דמוקרטי, אלא גם בזמן כיבוש, וזאת בעיקר בשל הצורך לפקח על שיקול דעתו הרחב מאוד של הכובש בניהול השטח הכבוש. יש לציין כי טיעון זה זכה לביקורת רבה, בין היתר בשל הנחות היסוד העומדות בבסיסו: שיש "אמת" אובייקטיבית או בת גילוי; שחשיפתה היא בהכרח עניין רצוי; ושנאשים הם רציונליים מספיק כדי לגלותה.⁴⁰

הצדקה שלישית לחופש הביטוי ולזכות להפגין, ואולי המשמעותית ביותר, מבוססת על עקרון האוטונומיה – מימוש הרצון החופשי והגשמתו העצמית של האדם. לפי הצדקה זו, חופש הביטוי חשוב לא כאמצעי להשגת הטוב הקבוצתי (Collective good), אלא בזכות

³⁵ אילנה דיין, **המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי**, עיוני משפט כ(2), דצמבר 1996, 377-437, בעמ' 381 (להלן – **המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי**).

³⁶ F. Schauer, **Free Speech: A Philosophical Enquiry**, Cambridge 1982, p. 35-46.

³⁷ אביחי דורפמן, **חופש הביטוי: בין ייצוג לאיבוד**, בתוך: מיכאל בירנהק (עורך), **שקט, מדברים!** התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל, רמות-אוניברסיטת תל אביב, 2006, בעמ' 477-422 (להלן – **חופש הביטוי: בין ייצוג לאיבוד**).

³⁸ **המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי**, ה"ש 35 לעיל, בעמ' 379.

³⁹ Helen Fenwick, **The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation**, *The Modern Law Review*, Vol. 62, July 1999, p. 492.

(להלן – **The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation**).

⁴⁰ **המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי**, ה"ש 35 לעיל, בעמ' 380.

ערכו לפרט, ובשל הנזק שייגרם לפרט כתוצאה מהגבלתו.⁴¹ ישנן שתי פרשנויות אפשריות להצדקה זו: האחת רואה בחופש הביטוי ערך כשלעצמו, הנוגע בהגשמתם ובמימושם של רצונותיו וחירויותיו של הפרט,⁴² כלומר חלק בלתי נפרד ממימוש האוטונומיה של הרצון החופשי.⁴³ הפרשנות השנייה רואה באוטונומיה (וממילא בחופש הביטוי שכרוך בה) מכשיר להשגת תועלות אחרות, כגון קיומו של משטר דמוקרטי יעיל.⁴⁴

לפי ההצדקה השלישית, הזכות להפגין מקבלת משנה חשיבות במקרים שבהם הפגנות ואירועי מחאה מהווים כלי יחיד בידי קבוצות מיעוט מוחלשות להביע את דעתן ולהשמיע את קולן בפני השלטון, בהיעדר כלים אחרים לביטוי או ערוצי תקשורת ישירים עם הריבון השולט בשטח. בהקשר זה כתבה הלן פנוויק:

"One of the most significant justifications underpinning public protest is that it provides a means whereby the free speech rights of certain groups can be substantively rather than formally exercised. Disadvantaged and marginalized groups, including racial or sexual minorities and groups following 'alternative' life-styles, may be unable to exercise such rights in any meaningful sense since they cannot obtain sufficient access to the media. At the same time the media, particularly the tabloid press, may tend to misrepresent them. However impoverished members of such groups may be, they are able to band together to chant slogans, display placards and banners and demonstrate by means of direct action. By these means they may be able both to gain access to the media through publicity and to persuade members of their immediate audience to sympathise with their stance. As Barnum puts it,

⁴¹ המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי, ה"ש 35 לעיל, בעמ' 380.

⁴² חופש הביטוי: בין ייצוג לאיבוד, ה"ש 37 לעיל.

⁴³ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, 1985, 386.

ראו בהקשר זה גם דבריו של אלון הראל על ערך האוטונומיה והמימוש העצמי של האדם המסתתרים מאחורי הזכות לחופש ביטוי: "לאמיתו של דבר, ההתעסקות בזכות לחופש הביטוי איננה אלא בגדר פטישיזם של ביטוי, שהרי הביטוי עצמו איננו בעל ערך אלא רק האוטונומיה המתממשת באמצעות הביטוי. הערך האמיתי מאחורי הזכות – האוטונומיה או המימוש העצמי – צריך לקבוע בסופו של יום אילו זכויות מוגנות ובאיזו עוצמה יש להגן עליהם [כך במקור]". אלון הראל, [זכויות וערכים: הערות ביקורתיות על תזת קדימות הערכים על פני זכויות](#), המשפט י"ח תשע"ד, 89-104, בעמ' 95.

⁴⁴ המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי, ה"ש 35 לעיל, בעמ' 381.

'the *public* forum may be the *only* forum available to many groups or points of view".⁴⁵

יתרה מכך, לגבי סוגי הביטוי המוגנים במסגרת חופש הביטוי, ישנה הסכמה בספרות ובפסיקה כי ככל שהביטוי המוגן מגשים את המטרות ואת הרציונלים העומדים בבסיס חופש הביטוי, כך גוברת ההגנה עליו. בשל כך מוסכם כי הביטוי הפוליטי, להבדיל מסוגים אחרים של ביטוי כגון ביטויים מסחריים, מקבלים הגנה רחבה במיוחד בגדר ההגנה על חופש הביטוי ועל הזכות להפגין, שכן על ביטויים פוליטיים חלים במידה הרבה ביותר הרציונלים לחופש הביטוי.⁴⁶

הרציונלים העומדים בבסיס הזכות לחופש ביטוי והזכות להפגין, ובפרט הרציונל השלישי, מספקים אם כך בסיס חזק לתחולה של הזכות במצב של כיבוש ממושך.

מובן, כי חופש הביטוי לעולם אינו מוחלט, וקיימים חריגים שמתירים את הגבלתו. משפט זכויות האדם הבינלאומי מונה שלושה חריגים להגנה על חופש המחאה: (1) כאשר מימוש הזכות מאיים על הביטחון הלאומי או על הסדר הציבורי; (2) כאשר הזכות ממומשת באופן שעלול לשלול זכויות מוגנות אחרות; (3) במצבי חירום.⁴⁷

השימוש **בחריג הראשון** מותר להיעשות אך ורק במקרים שבהם הפגיעה בזכות או הגבלתה הן הכרחיות. בית המשפט הגבוה לצדק אימץ את החריג הזה בהקשר של מימוש חופש הביטוי והמחאה במדינת ישראל בקבעו מבחן מחמיר לפגיעה בזכות או להגבלתה – מבחן של **ודאות קרובה לפגיעה ממשית וקשה** בשלום הציבור. בג"ץ אף קבע שגם בהתקיים תנאים אלה, הגבלת חופש הביטוי צריכה להיעשות במידה המזערית הנדרשת להגשמת התכלית ולעמוד ביתר מבחני המידתיות והסבירות.⁴⁸ אולם בג"ץ לא יישם את מבחן הודאות הקרובה בהקשר של הפגנות ואירועי מחאה בשטחים. יתר על כן, גם המשפט הבינלאומי אינו קובע מפורשות מהו המבחן הרלוונטי להגבלת הזכות לחופש ביטוי בהקשר של כיבוש בכלל, ושל כיבוש מתמשך בפרט.

אפשר לטעון שמבחן הודאות הקרובה אינו מתאים ליישום בסיטואציה של תפיסה לוחמתית, בעיקר משום שבמצבים כאלה עלולה להתקיים רמה גבוהה של עוינות כלפי השלטון הצבאי מצד האוכלוסייה המקומית, דבר שעלול להגביר את הצורך בפעולות

⁴⁵ **The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation**, supra note 39.

⁴⁶ בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשווין ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 81, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת דורנר (2004).

⁴⁷ **The Relation between Human Rights Law and the Law of Belligerent Occupation**, supra note 31, p. 17.

⁴⁸ בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נח(2) 157, 164 (2003).

צבאיות קונקרטיות לשמירת הסדר הציבורי. בהמשך נייר העמדה נתייחס לסוגיה זו ונדון בהשלכותיה בהקשר הספציפי של הגדה המערבית.

החריג השני נועד למנוע את השימוש לרעה בזכות המחאה באופן שעלול לשלול את מימושו של זכויות אחרות. חריג זה מגביל למשל ביטויי שנאה,⁴⁹ ותחולתו אינה תלויה, כמובן, בטבע המשטר שבמסגרתו הוא חל, ואינה מצומצמת למצב של כיבוש צבאי.

באשר ל**חריג השלישי**, שמאפשר פגיעה בזכות למחאה במצבי חירום שמאיימים על קיום המדינה, עולה ספק באשר לתחולתו בשטח כבוש. מצב חירום ציבורי פורש כאיום ממשי על האומה כולה, ולא רק כאפשרות ערטילאית שסיטואציה מסוימת יכולה להוביל לאיום כזה.⁵⁰ במובן זה, חייב להתקיים איום ממשי על המדינה הכובשת, ולא רק על שליטתה בשטח הכבוש. עצם קיומו של כיבוש לא בהכרח תואם להגדרה של מצב חירום, במיוחד אם מדובר בכיבוש ממושך שעצימות העימות בו נמוכה, כדוגמת המצב כיום בגדה המערבית.⁵¹ כלומר, גם במצב של כיבוש צריך שיתקיים אירוע העונה להגדרה של מצב חירום על מנת להפעיל את החריג.

גם אם קיים מצב שעונה להגדרה "מצב חירום", הוא עשוי להיות מוגבל לאזור מסוים של השטח הכבוש. קרי, לא כל אירוע חריג באזור מסוים או בכפר מסוים יוביל בהכרח להגדרת מצב חירום בכל השטח הכבוש ויצדיק הפעלה גורפת של החריג. בנוסף, הפעלתו של החריג במצבי חירום צריכה להיות מוגבלת בזמן: מצב חירום יכול להצדיק פגיעה זמנית בזכות להפגין, אולם אינו מצדיק ריקון מוחלט של הזכות מתוכנה לאורך זמן.

יש לזכור כי על פי דיני זכויות האדם, הריבון רשאי להגביל הפגנות או מחאות רק בהתבסס על החריגים המנויים לעיל,⁵² וגם אז, כל פגיעה בזכות או צמצומה יכולים להיעשות אך ורק במידה הדרושה בסיטואציה המסוימת.⁵³

נוסף על כך, התמודדותו של הריבון עם גילויי אלימות במסגרת הפגנות, ואף עם הפרות סדר של ממש, יכולה להיעשות אך ורק תוך שימוש בכללי אכיפת החוק. בשונה ממצב של

⁴⁹ Art. 13 of the American Convention on Human Rights, art. 27, Organization of American States, Official Records, OEA/ser. K.IXVI./1.1, doc. 65 rev. 1, corr. 1 (1970)

⁵⁰ **The Relation Between Human Rights Law and the Law of Belligerent Occupation**, supra note 31., p. 25-26.

⁵¹ Ibid. p. 26.

⁵² Ibid. p. 28.

⁵³ Ibid. p. 27.

עימות מזוין, השימוש בכוח במסגרת פעילות של אכיפת חוק ובמיוחד השימוש בכוח קטלני, צריכים להישאר בגדר החריג לכלל, גם בשטח כבוש.⁵⁴

טעות נפוצה בהקשר זה היא המחשבה כי חוקיותה של הפגנה בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי תלויה באופייה – קרי, האם מדובר בהפגנה שקטה או אלימה – וכי רק הפגנות שקטות ולא אלימות מוגנות תחת דיני זכויות האדם. חשוב להדגיש כי דיני זכויות האדם הבינלאומיים אינם מתנים את הזכות להפגין באופייה השקט של ההפגנה, אלא מחייבים את כוחות הצבא לפעול בכל מקרה של אלימות בהתאם לכללי אכיפת החוק ובכפוף להגבלות שאלו מטילים על השימוש בכוח. מנגד, ישנן מערכות דינים שאוסרות על הפגנות גם אם אינן אלימות כלל, כפי שקובע הדין הפוזיטיבי בגדה המערבית, ועל כך נפרט להלן. כלומר, יש להבחין בין חוקיותן (ה-lawfulness) של הפגנות לבין שאלת אופיין השקט או האלים (ה-peacefulness).⁵⁵

לסיכום, הרציונלים העומדים ביסודה של הזכות לחופש ביטוי ולחופש מחאה, ובמיוחד הרציונל שעוסק במימוש האוטונומיה של הפרט, חלים גם, ובמובנים מסוימים אף ביתר שאת, בסיטואציה של כיבוש ממושך ומצדיקים את החלתה של הזכות להפגין בגדה המערבית. על כן, דיני זכויות האדם העוסקים בזכות לחופש ביטוי ולחופש מחאה חלים לדעתנו גם בגדה המערבית ומטילים על המפקד הצבאי, במסגרת פעילותו לאכיפת חוק, לכל הפחות את **החובה לכבד** את זכותם של הפלסטינים להפגין בגדה ואולי אף להגן עליה.⁵⁶

⁵⁴ Principles 4, 5, 12, 13 and 14 of the Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials of 1990. In addition, see Article 3 of the Code of Conduct for Law Enforcement officials of 1979, adopted by the UN General Assembly Resolution No. 34/169, and its Commentary, elaborated by the UN Office for Drugs and Crime.

⁵⁵ "Promotion and Protection of Human Rights in the Context of Social Protest: Main International Standards Regulating the Use of Force by the Police", in **Take Back the Streets – Repression and Criminalization of Protests Around the World**, October 2013, p. 56.

⁵⁶ החובה לכבד זכויות (to respect) היא "חובה שלילית", המחייבת את השלטון בטריטוריה מסוימת לכל הפחות להימנע מפגיעה ישירה בזכויות. החובה להגן (to protect) מחייבת את הריבון למנוע פגיעה בזכויות על ידי גורם שלישי. בנוסף לאלו ישנה החובה לדאוג למימוש של זכויות (to fulfill) שמחייבת את המדינה להשתמש באמצעים הדרושים כדי להביא למימוש **מרבי** של הזכות, על ידי חקיקה, תקינה, תקצוב הולם וכו'. בספרות ובכתיבה על תחולתן של זכויות חברתיות כלכליות בזמן כיבוש, יש הטוענים כי החובה לכבד זכויות, להבדיל מהחובה לממש זכויות, מתחייבת ממהות שלטונו של המפקד הצבאי ומתיישבת אף עם חובותיו על פי המשפט ההומניטארי הבינלאומי, כפי שנפרט בהמשך. בהקשר של חופש המחאה, אנו סבורות כי עשוי להיות בסיס לטענה שגם החובה להגן על הזכות חלה על המפקד הצבאי כנגזרת מחובתו להגן על האוכלוסייה המקומית בשטח הכבוש, אולם הדין בשאלה זו חורג מגבולות נייר זה ולכן נסתפק בהנחה כי לכל הפחות החובה המוטלת על

לאחר שהצגנו את הבסיס המשפטי לתחולתה של הזכות להפגין בשטחים הכבושים דרך דיני זכויות האדם, נעבור כעת לבחון את תחולתה של הזכות ואת היקפה על פי דיני הכיבוש.

הזכות להפגין על פי דיני הכיבוש

אחת המטרות המרכזיות של דיני הכיבוש היא להתמודד עם המתח המובנה שנוצר במצב של כיבוש צבאי בין שתי קבוצות אינטרסים מרכזיות: האינטרסים של התושבים המוגנים, תושבי השטח הכבוש, מחד גיסא, וצורכי הביטחון של הכוח הכובש מאידך גיסא.⁵⁷

תקנה 43 לתקנות האג, המכונה "חוקת הכיבוש" (להלן: "תקנה 43"), קובעת את המסגרת הנורמטיבית של הכיבוש ומעצבת את סמכותו הכללית של המפקד הצבאי כלפי תושבי השטח הכבוש. התקנה מעגנת את אחד העקרונות המרכזיים של דיני הכיבוש, הלא הוא נוסחת האיזון בין שתי קבוצות האינטרסים המרכזיות הללו.⁵⁸

האינטרס הראשון, קרי הדאגה לאוכלוסייה האזרחית המקומית, כולל בחובו לא רק חובה שלילית להימנע מפגיעה בה, אלא גם חובה חיובית לנקוט באמצעים המתאימים כדי להגן עליה מפני סכנות ובעיות שלהן היא חשופה.⁵⁹ כך, לפי תקנה 43, על הכוח הכובש "להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים" בשטח כבוש, ובלשון הסעיף:

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

Human Rights Obligations in Military Occupation, ה"ש 11 לעיל. המפקד הצבאי היא החובה לכבד את הזכות להפגין במובנה כאמור. ר':

Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, January 22-26, 1997

http://hrlibrary.ngo.ru/instree/Maastrichtguidelines_.html

⁵⁷ בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט (2) 481, פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא בדימוס א' ברק (2005). (להלן: **בג"ץ המועצה האזורית חוף עזה**).

⁵⁸ המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום, ה"ש 8 לעיל, בעמ' 179.

⁵⁹ שם. מבחן ההגנה הפוזיטיבית אומץ גם על ידי בית המשפט העליון בפרשת רפוח: בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5) 807, 827 (2004).

בנוסח המקורי של תקנות האג, שנכתב בצרפתית, תקנה 43 מתייחסת ל- "l'ordre et la vie publics", ובתרגום לאנגלית: "public order and safety". אקדמאים וחוקרים רבים פירשו את המושג הזה באופן רחב,⁶⁰ וראו בו ביטוי לרעיון ההגנה על החיים האזרחיים תחת כיבוש.⁶¹ פרשנות זו אומצה אף על ידי בית המשפט הגבוה לצדק בישראל בפרשת ג'מעית אסכאן, כפי שניסח זאת הנשיא בדימוס אהרון ברק:

"הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים. סמכות זו כפולה היא: ראשית, החזרת הסדר והחיים הציבוריים על כנם, במקום שהם שובשו בעבר; שנית, הבטחת המשך קיומם של הסדר והחיים הציבוריים. אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו – בצד ענייני ביטחון וצבא – גם על נסיבות 'אזרחיות' רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם."⁶²

כמובן שככל שהממשל הצבאי מתארך ומתקבע, כך גובר משקלם של הצרכים "האזרחיים" של האוכלוסייה המוגנת ואחריותו של הכוח הכובש כלפי אוכלוסייה זו.⁶³ כפי שקבעה הנשיאה (בדימוס) ביניש, בפסק דינה בבג"ץ 2164/09 יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית:

"כפי שכבר נקבע פעמים רבות בפסיקתנו, התפיסה הלוחמתית של ישראל באזור היא בעלת מאפיינים ייחודיים, שהעיקרי בהם הוא משך תקופת ההחזקה המחייבת התאמת הדינים למציאות בשטח, המטילה על ישראל חובה לניהול חיים תקינים לתקופה שגם אם מבחינה משפטית היא זמנית, היא בוודאי ארוכת טווח. לפיכך, דיני הכיבוש המסורתיים מחייבים התאמה להתמשכות ההחזקה, להמשך החיים הסדירים באזור ולקיום היחסים הכלכליים בין שתי הרשויות – המחזיקה והמוחזקת."⁶⁴

⁶⁰ Legislation and Maintenance of Public Order, supra note 19. Article 3.

⁶¹ המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום, ה"ש 8 לעיל, בעמ' 179.

⁶² פרשת אסכאן, ה"ש 27 לעיל, פסקה 18 לפסק דינו של הנשיא בדימוס א' ברק.

⁶³ בג"ץ המועצה האזורית חוף עזה, ה"ש 57 לעיל.

⁶⁴ פס"ד מיום 9.12.2009, פסקה 10. ראו גם בג"ץ 69/81 באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, 313 (1983), פסק דינו של הנשיא בדימוס מ' שמגר.

כיבוש הוא מצב של שלטון צבאי על אוכלוסייה נכבשת, ולעתים קרובות אף עוינת. כחלק מסמכויותיו של השלטון להבטחת הסדר במצב כזה, יש לו סמכות להפקיע זכויות מסוימות. אין ספק כי חלק מהזכויות הפוליטיות הקיימות בדמוקרטיה, ואשר ההצדקה המרכזית לקיומן היא קיומו התקין של משטר דמוקרטי, כגון הזכות לבחור ולהיבחר, פוקעות באופן אוטומטי עם תחילתו של הכיבוש. נהוג לחשוב שאותו היגיון תופס לגבי כל הזכויות הפוליטיות, גם כאלו שאינן מבוססות רק על הרציונל הדמוקרטי. אולם, בידי הכיבוש לא קיימת סמכות מפורשת לשלילה גורפת של חופש הביטוי והמחאה. לפי סעיף 70 לאמנת ג'נבה הרביעית:

"המעצמה הכובשת לא תאסור מוגנים, לא תביאם לדין, ולא תחייבם בדין על מעשים שנעשו או דעות שהובעו לפני הכיבוש או במשך הפסקה זמנית שחלה בו, פרט להפרת חוקי המלחמה ומנהגיה."

מהסעיף עולה שאף שחל איסור להעניש תושבים של השטח הכבוש בשל התבטאויות ודעות שביטאו בטרם החל הכיבוש, הרי שאין איסור מקביל למנוע ביטוי, לרבות מחאה, ולהעניש בגינו, בזמן הכיבוש.⁶⁵ כיוון שכך, ובהתחשב בטבעו הצבאי של הכיבוש, התפיסה הנפוצה היא כי לכוח הכובש יש סמכות להגביל את חופש הביטוי על מנת לשמור על הסדר הציבורי ועל הביטחון בשטח הכבוש. ואכן, באופן מסורתי, כובשים נהגו להטיל הגבלות חמורות על חופש הביטוי,⁶⁶ ובכלל זה על הזכות להפגין, מתוך תפיסה שהבעת מחאה נגד השלטון הצבאי הכפוי תערער את הסדר הציבורי ותסכן את הביטחון – הן של השטח הכבוש והן של המעצמה הכובשת.⁶⁷

אלא שסעיף 70, כמו הוראות אחרות המתייחסות לחובות ולזכויות של הכוח הכובש, מבוסס על ההנחה כי תפיסה לוחמתית נועדה מטבעה ובמהותה להיות **זמנית וקצרת מועד**, וכך גם סמכויות המפקד הצבאי, אשר אמור לשמש כנאמן זמני לניהול השטח הכבוש ותושביו.⁶⁸ כך נכתב בהקשר לסעיף זה בפרשנות הרשמית של אמנת ג'נבה על ידי פיקטה:

⁶⁵ Jean Pictet, **The Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: (Geneva)**. ICRC, 1957, pp. 367-8, 63, <http://tinyurl.com/oalh6zs>.

(להלן) – **The Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian (Persons in Time of War: (Geneva)**.

⁶⁶ **The Relation Between Human Rights Law and the Law of Belligerent Occupation**, supra note 31.

במאמר מובאות דוגמאות לפרקטיקה של מדינות בעניין.
⁶⁷ שם.

⁶⁸ Guy Harpaz and Yuval Shany, **The Israeli Supreme Court and the Incremental**

"The rule limiting the jurisdiction of the Occupying Power to the period during which it is in actual occupation of the territory is based on the fact that occupation is in principle of a temporary nature (3). The Occupying Power is therefore legally entitled to exercise penal jurisdiction in the occupied country in respect of acts which occur during occupation, and in respect of such acts only."⁶⁹

כלומר, ההצדקה להגבלת חופש הביטוי נובעת מארעיותו של הכיבוש ומהצורך הצבאי הקונקרטי של הכוח הכובש לשלוט באוכלוסייה הנכבשת, שמטבע הדברים נמצאת עמו בעימות.

נוסף על כך, הסמכות להגביל הפגנות ואירועי מחאה בשטח כבוש, כפי שהיא משתמעת מסעיף 70, כמו כל סמכויותיו של הכוח הכובש, כפופה לעקרונות הכלליים של דיני הכיבוש, אשר מעוגנים בתקנה 43 לתקנות האג. ⁷⁰ בנוסף, יש לאזן סמכות זו אל מול חובותיו של הכוח הכובש כלפי האוכלוסייה האזרחית של השטח הכבוש, כפי שהן מעוגנות בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (להלן – סעיף 27): סעיף זה מטיל על הכוח הכובש חובות קונקרטיות לכבד זכויות אדם בסיסיות ומרכזיות של התושבים המוגנים של השטח הכבוש ולהגן עליהן:

"מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים. נשים יוגנו במיוחד מפני התקפה על כבודן, ובעיקר – מפני אונס וכפיית זנות, או מפני כל צורת התקפה על צניעותן. בלא לפגוע בהוראות הנוגעות למצב בריאותם, גילם ומינם של מוגנים, יהא בעל הסכסוך נוהג בכל המוגנים שברשותו מתוך תשומת לב שווה, ללא כל הפלייה לרעה המבוססת, במיוחד, על נימוקי גזע, דת או השקפה מדינית. אולם בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה."⁷¹

Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation Law, Israel Law Review, Vol. 43, p. 514, 2010.

⁶⁹ **The Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: (Geneva)**, supra note 65, p. 349.

⁷⁰ ר' עמודים 18-19 לעיל.

⁷¹ מבוסס על תרגום לא רשמי של אמנת ג'נבה הנמצא באתר בצלם:

http://www.btselem.org/hebrew/international_law/fourth_geneva_convention

הסיפא של הסעיף מתייחסת לסייגים לתחולתו. בדומה לתקנה 43 לתקנות האג, גם בסעיף 27 יש ניסיון ליצור איזון בין חובותיו של הכוח הכובש כלפי התושבים המוגנים לבין צרכיו הביטחוניים. הסעיף קובע שעל אף כל החובות המפורטות, רשאי הכוח הכובש לנקוט "אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה".⁷² כלומר, לפי סעיף 27 רק צרכים ביטחוניים הנובעים מעימות מזוין מצדיקים נסיגה מחובותיו של הכוח הכובש או הגבלה של זכויותיהם של התושבים המוגנים.

מכל האמור לעיל עולה כי אמנם נתונה לכוח הכובש הסמכות להגביל את חופש הביטוי, אולם הפגיעה בזכות חייבת להיעשות בכפוף לאיזון הנדרש בין האינטרסים של הכוח הכובש מצד אחד, ושל האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש מצד שני. ובמילים אחרות, ההגבלה של הזכות יכולה להיעשות ככל שהיא נדרשת לצורך הגנה על הביטחון ושמירה על הסדר הציבורי, אך בשים לב לחובה לאפשר לתושבי השטח הכבוש חיים ציבוריים תקינים – חובה אותה יש לפרש, כאמור, בהתאם להקשר ובשים לב למשך הכיבוש ולעוצמת העימות המזוין הכרוך בו, כפי שנדגים להלן.

⁷² **The Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: (Geneva)**, supra note 65, pp. 367-8, 63.

מן הכלל אל הפרט: הזכות להפגין בגדה המערבית – בין דיני הכיבוש לדיני זכויות האדם

כאמור, קביעת היקף תחולתה של הזכות להפגין תחת כיבוש צריכה להיעשות בכפוף לאיזון הנדרש בין האינטרס הבטחוני של הכוח הכובש לבין האינטרסים והצרכים של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש. כיצד יש ליישם את האיזון האמור במקרה של הגדה המערבית?

שליטתה המתמשכת של ישראל בגדה המערבית מגבירה את הצורך של תושבי השטח הכבוש לממש את זכותם לחופש ביטוי ומחאה, וזאת, בין היתר, נוכח העובדה שאין להם אמצעי השפעה אחרים על הכוח הכובש. במצב כזה מצטמצמים החריגים לתחולה של הזכות, וגוברים משקלם של האינטרס של תושבי השטח הכבוש, ובהתאם – חובתו של השלטון הצבאי כלפי אותם תושבים.⁷³ כלומר, ככל שחולף הזמן, ההצדקה להגן על זכותם של פלסטינים להפגין גוברת, הן כזכות עצמאית הן כאמצעי מרכזי, אם לא בלעדי, למאבק לצורך הגשמת זכויות אחרות. מן הצד השני, ההצדקה להפעלת סמכותו של המפקד הצבאי להגבלת תחולתה של הזכות להפגין נחלשת עם הזמן, יחד עם התחזקות חובותיו להבטחת חיים אזרחיים תקינים לתושבים המוגנים.

בנוסף על משך השליטה, יש לקחת בחשבון את עצימות הסכסוך המזוין. השליטה בגדה המערבית מתאפיינת בשנים האחרונות בעצימות סכסוך נמוכה יחסית, שאינה מגיעה לכדי עימות מזוין, ואף הצבא הכיר בכך.⁷⁴ גם כאשר מתקיימים עימותים בעצימות גבוהה הם מקומיים וקצרי מועד ואינם מתפתחים לכדי עימות מזוין כמובנו על פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי.⁷⁵

ההפגנות שמתקיימות מדי שבוע ברחבי הגדה הן הפגנות שמאורגנות כחלק מהמאבק הלא אליים נגד הכיבוש בשטחים, וכך הן נתפסות בעיני מארגניהן. אמנם, המציאות בפועל שונה ולרוב מתפתח במהלך ההפגנות או לאחריהן עימות אליים עם כוחות הצבא, אולם עימותים אלו מתקיימים על פי רוב בין אזרחים (שאינם לוחמים ואינם חמושים) לבין הצבא, בכובעו כגורם שיטור. כלומר, ככלל, בהפגנות המתקיימות בגדה המערבית מחויבים החיילים לפעול על פי כללי אכיפת החוק, הדורשים זהירות יתרה בהפעלת כוח

⁷³ ר' עמודים 18-22 לעיל.

⁷⁴ יעל שטיין, **חוסר אחריות – מדיניות הצבא שלא לחקור הרג פלסטינים בידי חיילים**, בצלם, ספטמבר 2010, בעמ' 33-36. ר' גם נייר העמדה של הפצ"ר לוועדת טירקל, ה"ש 18 לעיל, בעמ' 33.

⁷⁵ ר' עמוד 8 לעיל.

אל מול אזרחים, להבדיל מכללי העימות המזוין, אשר מאפשרים נקיטת פעולות לוחמתיות בהתאם לצורך הצבאי.⁷⁶

בהקשר זה נשוב ונציין כי עצם התפתחותה של אלימות במהלך הפגנה או אירוע מחאה אינו צריך להוביל בהכרח לשלילה האוטומטית של הזכות להפגין. רמת האלימות במהלך הפגנה יכולה להשפיע על הגדרתה כהפגנה חוקית או לא חוקית, וזאת בהתאם לחוקים החלים באזור בו היא מתקיימת. אך קטלוג זה יכול להשפיע רק על האפשרות להגביל את מימושה של הזכות באותו זמן ומקום, ואינו פוגעת במעמדה של הזכות ברמה הנורמטיבית.⁷⁷

משכו של הכיבוש והעצימות הנמוכה יחסית של העימות המזוין בשטחים בשנים האחרונות הם שני גורמים המשפיעים, ביחד ולחוד, על מעמדה הנורמטיבי הרצוי של הזכות להפגין. כלומר, במצב של כיבוש מתמשך, שבו עצימות הסכסוך נמוכה והצורך הבטחוני הממשי בהגבלת חירויות קטן, המשקל שצריך לתת לזכות להפגין כאמצעי להבטחת חיים תקינים – גדול יותר.

במצב שבו משתנה נקודת האיזון בין הצורך הבטחוני של הכוח הכובש והאינטרס של תושבי השטח הכבוש לטובת האחרון, כתוצאה מהנסיבות שתוארו לעיל, אין התנגשות של ממש בין הדין ההומניטרי לבין דיני זכויות האדם בכל הקשור לתחולה של הזכות להפגין תחת כיבוש. למעשה, לשיטתנו, ועל בסיס הניתוח של הזכות להפגין ומגבלותיה, במציאות הקיימת כיום בגדה המערבית שתי מערכות הדינים הללו הולמות זו את זו, ומטילות חובה לכבד את ולהגן על חופש הביטוי וההפגנה.

יתרה מכך, בהיעדר כללים ספציפיים בהקשר זה במשפט ההומניטרי, יש לתת לדעתנו קדימות לדיני זכויות האדם, המעניקים הגנה מפורשת ורחבה על הזכות, ומגבילים את הפגיעה בה למקרים חריגים וברורים.⁷⁸

לסיכום, אף שלכאורה קיימת לכוח הכובש הסמכות להגביל את חופש הביטוי וחופש המחאה של תושבים מוגנים על פי דיני הכיבוש, הרי שלנוכח התמשכות השליטה הישראלית בגדה המערבית ובשים לב להיעדרו של צורך צבאי קונקרטי להגבלתם הגורפת של אירועי מחאה, מסקנתנו היא כי ישראל מחויבת לכבד את הזכות להפגין בשטחים ולהימנע מפגיעה ישירה בה על ידי הגבלה גורפת של הפגנות ואירועי מחאה.

⁷⁶ ר' עמוד 7-8 לעיל.

⁷⁷ ר' עמוד 17 לעיל.

⁷⁸ ר' עמודים 12-17 לעיל.

הזכות להפגין בגדה המערבית – תיאור המציאות

בחינת המציאות בשטחים, כפי שהיא משתקפת בהפגנות השבועיות ובאירועי מחאה אחרים בגדה המערבית ובתגובת הצבא להם, מגלה פער גדול בין מעמדה הנדרש של הזכות למחאה ולהפגנה, כפי שנותחה לעיל, לבין מימושה בפועל. גישתה של ישראל, כפי שהיא עולה מדפוס ההתנהגות של הצבא כלפי מפגינים והפגנות בגדה, אינה מתיישבת עם העיגון של חופש הביטוי בדיני זכויות האדם ואף לא עם האיזונים הנדרשים על פי דיני התפיסה הלוחמתית. יתר על כן, התנהלותם של כוחות הביטחון אינה מקיימת את חובתם לפעול על פי כללי אכיפת החוק בהתמודדות עם הפגנות ועם מפגינים, ולהימנע משימוש בנשק קטלני, למעט במקרים שבהם נשקפת סכנה ממשית לחיי אדם.⁷⁹

חופש המחאה והזכות להפגין בגדה המערבית מוגבלים בשלוש רמות: ברמת החקיקה – באמצעות החקיקה הצבאית שחלה בשטחים ומסדירה את קיומן של הפגנות, תהלוכות ואירועי מחאה; ברמת הפרקטיקה – באופן ההתמודדות של כוחות הצבא בשטח עם מפגינים ועם הפגנות; וברמה השיפוטית – ביחסה של מערכת המשפט הצבאית למפגינים ולזכות המחאה. נסקור להלן שלוש רמות אלה.

1. הזכות להפגין ברמת החקיקה הצבאית

באוגוסט 1967, חודשיים לאחר כיבוש הגדה, חתם המפקד הצבאי, השולט הלכה למעשה בשטח, על צו מספר 101, "**צו בדבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת**" (להלן: "צו 101"). צו זה מסדיר, בין היתר, את קיומן של הפגנות, תהלוכות ואירועי מחאה בשטחים הכבושים, ונמצא עדיין בתוקף. למרות שניתן לטעון כי עומדת מאחוריו הכרה בסיסית של הצבא בזכות ההפגנה בשטחים, בפועל הוא משמש, במידה רבה, ככלי לדיכוי גורף של הזכות להפגין בגדה.

צו 101 מגדיר **אספה** כ"עשרה אנשים או יותר שנתקהלו במקום בו מושמע נאום על נושא מדיני או היכול להתפרש כמדיני או כדי לדון על נושא כזה".⁸⁰

תהלוכה מוגדרת בצו כ"עשרה איש או יותר המהלכים יחד או המתקהלים כדי ללכת יחד ממקום למקום, למטרה מדינית או לעניין היכול להתפרש כמדיני [...]".

לפי סעיף 3(א) בצו, כל אספה או תהלוכה כאלה חייבות ברישיון מהצבא בטרם קיומן. אם הן מתקיימות ללא רישיון הן לא חוקיות, ולכוחות הצבא יש סמכות אוטומטית לפזרן.

⁷⁹ יובל שני, **הפרות סדר – לא מלחמה**, אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 11.6.2011.

⁸⁰ סעיף 1 לצו בדבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת, (צו 101), 27 באוגוסט 1967.

בהקשר זה נציין כי הצו אינו מגדיר מה יכול להתפרש כ"נושא מדיני", מהם הקריטריונים להכרעה ומהם גבולות המונח בהקשר הספציפי.

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: אין צו המפרט לאיזה גורם צריך להגיש את הבקשה לקבלת רישיון להפגנה; מתי יש להגישה; איזה מידע בקשה כזו צריכה להכיל; או איך לערער על החלטת הצבא בדבר מתן הרישיון.

אולם מעבר לבעיות הפרוצדורליות, קיימת בעיה אינהרנטית בשיטה שבה בחר הצבא להסדיר את ההפגנות ואת אירועי המחאה בגדה: עצם הדרישה לקבל רישיון, מתוך 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.

היחסים המורכבים בין הצבא לבין תושבי השטח הכבוש וההגדרות הרחבות והמעורפלות שבצו 101 יצרו מצב שבו כל ההפגנות, התהלוכות ואירועי המחאה שמקיימים הפלסטינים בגדה המערבית מוגדרים כלא חוקיים, במנותק ממטרותיהם או מאופיים.

2. הזכות להפגין ברמת הפרקטיקה

היישום של צו 101

גורמים בצבא ציינו לא פעם שצו 101 אינו מיושם בפועל ושכעניין של מדיניות, ולפנים משורת הדין, הצבא מאפשר לקיים הפגנות בגדה כל עוד הן לא אלימות ואינן מפרות את הסדר הציבורי או מהוות סכנה לבטחוננו של הציבור או של האזור.⁸¹ מצב עניינים זה, של חקיקה בעייתית ושל היעדר כלל ברור ואחיד לגבי יישומה, 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.

במציאות, וכתוצאה משיקול הדעת הרחב הנתון בידי מפקדים צבאיים בשטח, כמעט כל הפגנה המתקיימת בשטחים מפוזרת על ידי כוחות הצבא, בין אם היא אלימה ובין אם לאו.⁸²

⁸¹ לדוגמה ראו: חנן גרינברג, ["צה"ל במסר לפלסטינים: תרגיעו את ההפגנות"](#), ynet, 14.4.10.

⁸² ר' בעניין זה רקע על הפגנות בשטחים באתר בצלם: <http://www.btselem.org/hebrew/demonstrations>

שימוש מופרז בכוח במהלך פיזור הפגנות

לעתים תכופות מפעילים כוחות הצבא כוח רב, ובמקרים חריגים אף משתמשים באמצעים קטלניים, כדי לפזר הפגנות ואירועי מחאה בגדה.⁸³ כאמור לעיל, שימוש מופרז בכוח עומד בניגוד לכללי אכיפת החוק אשר מחייבים את כוחות הצבא בכל מקרה בו הם נדרשים להתמודד עם אזרחים לא חמושים בשטח הכבוש.⁸⁴

חשוב לציין כי לא מדובר באירועים בודדים: במהלך השנים תיעדו ארגוני זכויות אדם מקרים רבים של שימוש מופרז באמצעים לפיזור הפגנות.⁸⁵ עולה החשש כי מדובר בדפוס התנהגות המשקף את תפיסת הצבא ולפיה הפגנות בגדה, כשלעצמן, הן הפרה של הסדר הציבורי.

דוגמה אחת לשימוש פסול בנשק לפיזור הפגנות היא השימוש השכיח שעושים כוחות הצבא והמשטרה בשטחים בכדורי מתכת מצופים גומי ("כדורי גומי").⁸⁶ ארגון בצלם תיעד 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.⁸⁷ רק בשנה האחרונה תועדו למעלה מעשרה מקרים של פגיעת אזרחים שלא סיכנו את כוחות הצבא ומשמר הגבול, מירי כדורי גומי לעברם.

בהקשר זה חשוב לציין שבמהלך הפגנה, תגובותיהם של כוחות הצבא עלולות להשפיע בצורה משמעותית על מהלכה. פיזור אלים של מחאה בטענה כי השימוש בכוח נועד לשם מניעת אלימות או התמודדות עם הפרות סדר, עלול לא רק להיכשל בהתמודדות עם

⁸³ נעמה באמגרטן-שרון, [הפגנת כוח: טיפול כוחות הביטחון בהפגנות השבועיות בכפר א-נבי אאלח](#), בצלם, ספטמבר 2011.

⁸⁴ ר' עמוד 16-17 לעיל.

⁸⁵ ר' 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 שיטוי כלבים באזרחים בכלל, ובמפגינים בפרט: <http://www.acri.org.il/he/protestright/24078>; פניית האגודה מיום 23.1.2013 למפקד אוגדת איו"ש בדרישה כי יורה להפסיק את הפרקטיקה של התזת נוזל המכונה "בואש" (המפיץ ריח רע חזק מאד) לעבר בתי התושבים של הכפר א-נבי צאלח במהלך ההפגנות השבועיות שמתקיימות בכפר: <http://www.acri.org.il/he/25560>.

⁸⁶ שרית מיכאלי, [אמצעים לפיזור הפגנות בשטחים](#), בצלם, דצמבר 2012. http://www.btselem.org/download/201212_crowd_control_heb.pdf

⁸⁷ ר' 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>

הפרות סדר, אלא אף להגביר ולהוביל להחמרת המצב, זאת במיוחד במצב של כיבוש מתמשך, ובהתחשב ביחסי העוינות הקיימים בין הכוח הכובש לתושבי השטח הכבוש.

צו שטח צבאי סגור – כלי לדיכוי מחאה

כלי נוסף שכוחות הצבא משתמשים בו לעתים תכופות להגבלה של הפגנות בגדה ולשליטה עליהן הוא צווי סגירת שטח, המונעים את הכניסה לאזורים מסוימים ואת השהייה בהם ללא אישור מיוחד. כשצווים אלה מוצאים לפני הפגנות ואירועי מחאה או במהלכם, הם מעניקים לכוחות הצבא את הסמכות לפזר כל הפגנה או מחאה המתקיימת בתוך גבולות השטח המסומן בצו, ולעצור כל משתתף בהפגנה שמסרב להתפנות.

לפי כללי המשפט הבינלאומי,⁸⁸ כמו גם החלטות של בית המשפט הגבוה לצדק⁸⁹ והנחיות של היועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון,⁹⁰ סגירת שטחים בגדה המערבית מותרת רק כאשר צורכי הביטחון או שמירת הסדר הציבורי מחייבים זאת. אולם חרף הכללים הברורים בהקשר זה, צווי סגירת שטח בגדה מוצאים על בסיס שבועי, ולפעמים אף יומי. בדרך כלל הצו מוצא כצעד מניעתי, בטרם החלה ההפגנה, וללא בחינה קונקרטיית בדבר קיומה של הפרת סדר או של פעולה המהווה איום ממשי על בטחון האזור, וזאת גם באזורים שבהם מתקיימות לרוב הפגנות שקטות ולא אלימות. ארגוני זכויות האדם הפועלים בשטחים התריעו לא פעם על השימוש הגורף, השרירותי והבלתי חוקי בצווי סגירת שטח כאמצעי לדיכוי הפגנות,⁹¹ אבל פרקטיקה זו עדיין קיימת.

3. הזכות להפגין ברמת השפיטה

מפגינים פלסטינים בגדה מובאים בפני בתי המשפט הצבאיים לעתים תכופות, בין אם על בסיס הפרה של צו 101 או כחשודים בעברות של יידי אבנים, הסתה לאלימות או הסתה להשתתפות בהפגנות לא חוקיות. להבדיל מבתי משפט אזרחיים בישראל, הממלאים תפקיד מרכזי ומשמעותי בהגנה על הזכות להפגין, בתי המשפט הצבאיים בגדה בוחרים להימנע מדיון משפטי עקרוני בתחולתה ובהיקפה של הזכות להפגין בשטחים הכבושים

⁸⁸ סעיף 21 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966).

⁸⁹ בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פס"ד מיום 26.6.2006).

⁹⁰ ר' למשל פסקה 29 בפנייתה של האגודה לזכויות האזרח למפקד אוגדת איו"ש ולמפקד כוחות מג"ב באיו"ש מיום 5.9.2011: <http://www.acri.org.il/he/16094>.

⁹¹ ר' למשל פניות האגודה לזכויות האזרח: פנייה למפקד אוגדת איו"ש ומפקד כוחות מג"ב באיו"ש מיום 5.9.2011 בעקבות שלושה מקרי שימוש לא חוקי בצווי סגירת שטח במהלך פיזור הפגנות ואירועי מחאה בשטחים הכבושים: <http://www.acri.org.il/he/16094>; פנייה לפרקליט הצבאי הראשי מיום 12.11.2012 בעניין סגירת שטחים שמתקיימות בהם הפגנות שבועיות לתקופה של שישה חודשים: <http://www.acri.org.il/he/24418/>.

ובמסגרת הנורמטיבית החלה עליה והמסדירה את מימושה, דהיינו בחוקיותו של צו 101, בהחלטה לפזר הפגנות ובהתנהגות הצבא במהלכן.

נוסף על כך, גם שופטים צבאיים, כמו מפקדים בצבא, אינם משתמשים באופן אחיד ועקבי בצו 101 כבסיס החוקי להסדרת הפגנות ואירועי מחאה בשטחים. בחלק מהמקרים, שופטים צבאיים מיישמים את צו 101 כלשונו ואילו במקרים אחרים, הם מתעלמים ממנגנון הרישוי הקבוע בצו ומאמצים את מדיניות האכיפה של המפקדים הצבאיים – לפיה מאפשרים להפגנות להתנהל לפני משורת הדין, כל עוד אינן אלימות – ככלל המשפטי הרלוונטי. אף שיש בכך כדי להטיב עם חלק מהנאשמים בחלק מהמקרים, הרי שחוסר העקביות והאחידות מגביר אף יותר את העמימות באשר לכללים החלים, מייצר חוסר ודאות עבור התושבים ומותיר לחיילים בשטח סמכות נרחבת לקבל החלטות נורמטיביות בנוגע לתחולתה ולהיקפה של הזכות להפגין בכל סיטואציה וסיטואציה.

כך לדוגמה, מוחמד עלאא-אדין הואשם בתקיפת חייל במהלך הפגנה בכפר אום-סלמונה, שבה השתתפו 20 מפגינים.⁹² לפי העובדות בכתב האישום בעניינו, עלאא-אדין דחף חייל תוך שהוא מחזיק בידו דגל פלסטיין, וסירב לבקשת החייל להתפנות מהמקום. במקרה זה, בית המשפט הצבאי השתמש בצו 101 כמסגרת המשפטית המצדיקה את פיזור המהיר של ההפגנה, בטענה שאינה מאושרת ולכן אינה חוקית.

לעומת זאת, במקרה של מוחמד עמירה מהכפר נעלין, אחד מהפעילים המובילים בגדה, התייחס בית המשפט לצו 101 באופן שונה.⁹³ עמירה הצטרף לאקט מחאה ספונטני ולא אלים ליד ההתנחלות ניל", והתיישב מול דחפור כדי למנוע סלילת כביש על אדמותיהם של תושבי הכפר. הוא נעצר והואשם בהסתה, בסיוע לארגון טרור ובהפרעה לחייל במילוי תפקידו. בדיון המעצר העדיף השופט להשתמש במבחן האלימות להגדרת חוקיות ההפגנה: הוא שרטט קו ברור בין הפגנה שאינה אלימה ועל כן חוקית, לבין הפגנה אלימה ובשל כך גם לא חוקית, והתעלם באופן מוחלט מצו 101 וממנגנון קבלת רישיונות ההפגנה המעוגן בו.

כאמור, במצב העניינים הקיים היום בשטחים, בו קיימות הפרות בוטות של הזכות להפגין הן ברמת החקיקה הצבאית הן ברמת הפרקטיקה, אשר אינן זוכות לביקורת ראויה על ידי שופטים במערכת המשפט הצבאית, יש למפקד הצבאי בשטח שיקול דעת עצום להחליט האם לפזר הפגנה, מתי לפזר אותה ואיך לפזר אותה. שיקול דעת רחב זה מקל על ההחלטה לפזר הפגנות ומגדיל את הכרוסום בזכות להפגין בשטחים; הוא אף מגביל מאוד

⁹² תיק מספר 5290/11 התביעה הצבאית נ' מוחמד מוסא עלאא-אדין (פס"ד מיום 23.2.2012).

⁹³ ר' את הדיווח של האגודה לזכויות האזרח בעניינו של מוחמד עמירה (אנגלית): <http://www.acri.org.il/en/2012/06/20/muhammad-amirah>

את היכולת לבקר ולאתגר החלטות לא חוקיות של המפקדים הצבאיים בשטח, במטרה להביא לצמצום הפגיעה בזכות.

סיכום המלצות

לעמדתנו, בחינה של המסגרת הנורמטיבית החלה בשטחים מובילה למסקנה כי חובתה של ישראל לכל הפחות לכבד את זכותם של תושבי הגדה המערבית להפגין. חובה זו מעוגנת הן בדיני הכיבוש הן בדיני זכויות האדם, ועל כן שלילתו הלכה למעשה של חופש המחאה בשטחים מהווה הפרה של

חובותיה של ישראל על פי המשפט הבינלאומי. הדיון המרכזי צריך להתמקד לדעתנו בהיקף התחולה של חופש הביטוי ובהתמודדות הצבא בפועל עם הפגנות ועם מפגינים, ולא בעצם קיומה של הזכות.

גם אם נכיר בסמכותו של כוח כובש להגביל במידה מסוימת את זכותם של תושבי השטח הכבוש להפגין, הרי שלנוכח התמשכותו של הכיבוש, והיעדרו של צורך צבאי קונקרטי בהגבלתם של אירועי מחאה, אין ספק כי ישראל מחויבת לכל הפחות לכבד את הזכות להפגין בשטחים – קרי להכיר בזכות ולהימנע מפגיעה ישירה בה, לרבות באמצעות הגבלות גורפות על אפשרות מימושה.

בראש ובראשונה, על ישראל, ככוח הכובש בגדה, להכיר מפורשות בתחולתה של הזכות להפגין בשטחים הכבושים. לאחר מכן עליה לקבוע כללים ברורים שיאפשרו מימוש של חופש הביטוי ושל הזכות להפגין בגדה, אם בדרך של הפגנות שבועיות ואם באירועי מחאה אחרים. הפגיעה בחופש הביטוי של הפלסטינים בגדה צריכה להיות מוגבלת לחריגים הקבועים בדיני זכויות האדם.⁹⁴

לשם כך, על הצבא לבצע שינויים בחוק וביישומו. בין היתר, יש לבטל את מנגנון רישוי ההפגנות הקבוע בצו 101, שמתעלם מהיחסים המורכבים שבין הכוח הכובש לבין תושבי השטח הכבוש ואינו ניתן ליישום.⁹⁵ במקומו, יש להוציא הנחיות ברורות לכל כוחות הביטחון, שיבהירו את חובתם לכבד את חופש הביטוי והמחאה ולהגן עליו; לתת מרחב גדול ככל האפשר לארגון ולהשתתפות בהפגנות ובאירועי מחאה; ולנהוג בכבוד כלפי מפגינים ופעילי זכויות אדם. נוסף על כך יש להבהיר ולהטמיע את הכללים והנהלים לגבי השימוש בצווי שטח צבאי סגור, וכן את הכללים לגבי השימוש באמצעים לפיזור הפגנות.

לבסוף, על בתי המשפט הצבאיים לפעול להטמעת שיח המכיר בזכות להפגין ונותן לגיטימציה למימושה בשטחים. זאת באמצעות מסגור הדיונים בעניינם של מפגינים במסגרת הזכות להפגין, וכן באמצעות ביקורת שיפוטית על צווים צבאיים או פעולות צבאיות הפוגעים שלא לצורך או יתר על המידה בזכות להפגין בגדה המערבית.

⁹⁴ ר' עמודים 15-17 לעיל.

⁹⁵ ר' עמודים 25-26 לעיל.