

הכיבוש הישראלי בגדה המערבית ופשע האפרטהייד:

חוות-דעת משפטית



יוני 2020

הכיבוש הישראלי בגדה המערבית ופשע האפרטהייד:

חוות-דעת משפטית
עו"ד מיכאל ספרד



נייר עמדה, יוני 2020

כתיבה: עו"ד מיכאל ספרד

סיוע בכתיבה: עו"ד נועה עמרמי ונועה רשף

מעירים: עו"ד שלומי זכריה, זיו שטהל, עו"ד יהודית קרפ, עו"ד מיכאל בן יאיר ופרופ' נעמי חזן

עריכה לשונית: נועה כהן

עיצוב גרפי: סטודיו יהודה דרי

מתנדבי יש דין: ד"ר יהודית אלקנה, מיה ביילי, אסנת בן שחר, חנה בר"ג, עו"ד ד"ר אסנת ברתור, חנה גוטליב, רוני גלבווע, תמי גרוס, דינה הכט, יורם זאבי, איילה זוסמן, רחלה חיות, שרה טולידאנו, דניאל כהן, בנצי לאור, ג'ודי לוי, אריה מגל, שרה מארליס, אדי סער, דליה עמית, ניבה ענבר, נאווה פולק, אמיר פיינסקי, טליה פקר בריו, רותי קדר, עדנה קלדור, לילך קליין דולב, ד"ר יואל קלמס, ד"ר נורה רש, ד"ר הדס שינטל, עידית שלזינגר, אילנה מקי שפירא, ד"ר צביה שפירא.

צוות מקצועי: יודית אבידור, מייסון בדוי, עו"ד חגי בנימין, מוראד ג'אדאללה, חנה דולין, מרים ויילר, שרונה וייס, עו"ד מיכל זיו, עו"ד שלומי זכריה, אמיר חבקין סררו, ניג'מה חג'אזי, יעל מרום, עמרי נג'אד, עו"ד מיכאל ספרד, פיראס עלמי, ליאור עמיחי, מוניר קאדוס, עו"ד פאדיה קואסמי, יונתן קנוניץ, זיו שטהל.

מועצה ציבורית: עקיבא אלדר, פרופ' רחל אליאור, דן בבלי, עו"ד עביר בכר, חנה בר"ג, פרופ' נעמי חזן, יהושע סובול, פרופ' עוזי סמילנסקי, ד"ר רועי פלד, פול קדר, דני קרוון, עו"ד יהודית קרפ, יאיר רוטלוי, פרופ' זאב שטרנהל ז"ל.

בשער: כביש עוקף לפלסטינים המחבר בין אזור העיר רמאללה לכפר הפלסטיני בידו בגדה המערבית, מתחת לכביש 443, פברואר 2020. אורן זיו, אקטיביסטילס.

יש דין הוא ארגון שעיקר מימונו הוא מיישיות מדיניות זרות. רשימת התורמים לנו מפורטת באתר רשם העמותות ובאתר האינטרנט שלנו. יש דין גאה להיות ממומן על ידי מדינות שסבורות כמונו, שהכבוש הוא לא עניין פנים-ישראלי ותורמות לקידום זכויות אדם.

פרק 1: פשע האפרטהייד לפי המשפט הבינלאומי - הגדרות ורכיבי העבירה

- 7 1.1 המקור ההיסטורי של מושג האפרטהייד: המשטר בדרום אפריקה
- 8 1.2 תהליך הפללת האפרטהייד כפשע בינלאומי
- 14 1.3 רכיבי העבירה כפי שהתגבשו עד היום
- 18 1.4 עבירת האפרטהייד: סיכום
-

פרק 2: האם מתבצע פשע האפרטהייד בגדה המערבית?

- 20 2.1 קנה המידה המשטרי לבחינת ביצוע פשע האפרטהייד
- 23 2.2 קיומן של שתי קבוצות
- 23 2.3 מערך משטרי של שליטה ודיכוי שיטתיים של קבוצה אחת כלפי אחרת
- 26 2.4 כוונה לשמר את השליטה
- 30 2.5 סיכום ביניים
- 30 2.6 מעשים בלתי אנושיים
- 46 2.7 תקיפה שיטתית ונרחבת
-

הקדמה: אפרטהייד?! אנחנו?!

האשמתה של מדינת ישראל בביצוע פשע אפרטהייד מלווה את קיומה בעוצמות משתנות מזה עשרות שנים. ייחוס אפרטהייד למשטר הישראלי נעשה בהקשרים שונים, בתקופות שונות ותוך התייחסות למרחבים מגוונים של השליטה הישראלית וליחסה לאוכלוסיות שונות. כך, בין היתר, ההאשמה הוטחה בהקשר של יחסה של המדינה לאזרחי ישראל הפלסטינים, בציונות כתנועה ורעיון, באופי השליטה בירושלים המזרחית, ביחס לבדואים בנגב, בממשל הצבאי הישראלי בשטחים הכבושים שמעבר לקו הירוק ובפרויקט הישראלי כולו מהים ועד הירדן.

במשך שנים, שיח האפרטהייד בהקשר הישראלי היה נחלתם של מעגלים שוליים יחסית ורדיקליים מאוד בחברה האזרחית הבינלאומית ובחברה הפלסטינית. שיח זה כמעט ולא כלל ניתוחים משפטיים של התאמת המונח כפי שהוא מוגדר במשפט הבינלאומי לאופיו של המשטר הישראלי, אלא הסתפק באנלוגיה אינטואיטיבית לאפרטהייד של דרום אפריקה ונתר במישור הפוליטי-ציבורי. בשנים האחרונות חורג שיח האפרטהייד מגבולות אלה. האשמת ישראל בקיום משטר אפרטהייד הפך לטענה שגורה בפיהם של מעגלים הולכים ומתרבים של פעילים פוליטיים ואף אנשי זכויות אדם ופעילי שלום, והיה לנושא של מחקר משפטי הולך וגדל.

“אפרטהייד” הוא כינוי לשיטת משטר ולפשע בינלאומי. אפרטהייד הפך מאידיאולוגיה משטרית ספציפית שהתקיימה במקום ובזמן מסוים בהיסטוריה של המאה העשרים, לעבירה בינלאומית מסוג פשע נגד האנושות. לפשע האפרטהייד יש הגדרה ברורה. אף שמקורו כרוך היסטורית במשטר הגזעני של דרום אפריקה, כיום זהו מושג משפטי עצמאי בעל חיים משל עצמו והוא אינו מותנה בקיומה של אידיאולוגיה גזענית בבסיסו.

ארגון יש דיין פועל זה 15 שנים בגדה המערבית, בייצוג משפטי של פלסטינים שהרשויות הישראליות או אזרחים ישראלים פגעו בזכויותיהם. במהלך תקופה ארוכה זו ביסס יש דיין היכרות טובה ועמוקה ביותר עם אופיו של המשטר הצבאי הישראלי בגדה, ועם הדין, המדיניות והפרקטיקות השונות שהוא מפעיל בה. מתנדבות הארגון, אנשי השטח שלו, עורכות ועורכי הדין שלו כמו גם החוקרים והחוקרות שלו, נחשפו בתקופה ארוכה זו לכל ממדי הכיבוש: לקולוניזציה של השטח באמצעות פרויקט ההתנחלות; להפקעת האדמות הנרחבת, חלקה בחסות טיעוני ביטחון כוזבים; להטיה של משאביו לטובת הישראלים שהיגרו אליו (המתנחלים) ולטובת אזרחי ישראל כולם, על חשבון תושביו הפלסטינים; לדיכוי של המאבק לסימום; ולמערכת הדין הכפולה שהוחלה במסגרתו, כשחוק אחד חל על ישראלים ואחר על פלסטינים.

אחרי 15 שנים של מחקר וייצוג משפטי של נכבשים, תחושתנו היא שהגיעה העת לשאול את עצמנו מהי התופעה המשפטית שנגלית לעינינו באזור זה; האם פרדיגמת הכיבוש מסבירה באופן מלא את המתרחש בגדה המערבית ואת המערך שישראל יצרה באזור הזה, או שמא יש כאן התרחשות משפטית אחרת נוספת לכיבוש.

מזה תקופה, אנו ביש דין מתחבטים בשאלה אם המאפיינים של המשטר הישראלי בגדה ממלאים אחר רכיבי ההגדרה של פשע האפרטהייד, או במילים אחרות: **האם מדינת ישראל הקימה בגדה המערבית משטר אפרטהייד וכפועל יוצא מכך, האם מתבצע בגדה המערבית פשע האפרטהייד.**

חוות הדעת שלפניכם נועדה לבחון את השאלה הזו.

חוות הדעת תיפתח בניתוח של פשע האפרטהייד כפי שהוא מוגדר במשפט הבינלאומי. לצורך כך כללנו סקירה היסטורית תמציתית של המקור הדרום אפריקאי של המושג ותיאור של תהליך הפלתו במשפט הבינלאומי. בחלק השני נציג את מאפייני העיקריים והרלוונטיים של המשטר הצבאי הישראלי בגדה המערבית ונבחן אם הוא ממלא אחר הגדרת פשע האפרטהייד.

לקראת כתיבת חוות דעת זו התלבטנו רבות אם נכון לברר את שאלת קיומו של משטר אפרטהייד בהתייחס למשטר הצבאי הישראלי בגדה המערבית במובחן מאזורים אחרים שבהם שולטת ישראל (ירושלים המזרחית, רצועת עזה, וישראל שבגבולות 1948). שאלה קשה זו נובעת מכך שמחד גיסא, העובדה הפשוטה היא שבין הים לירדן יש מעצמה אחת המקיימת משטרי אפליה של פלסטינים בתצורות שונות בכל חלקיה. מאידך גיסא, מדובר במשטרים מובחנים שישראל מקיימת בכל אחד מהאזורים הללו - עם מוסדות שלטוניים, דינים, מדיניות ופרקטיקות המשתנים בין אזור לאזור. היות שאפרטהייד הוא פשע שמוקדו משטרי, נשאלת השאלה - מהו קנה המידה המשטרי הנכון, במציאות מורכבת כזו, לבחינתו?

במסגרת חוות דעת זו בחרנו להתמקד במשטר הישראלי בגדה המערבית, בחירה התואמת את תחום המומחיות ואת המנדט של ארגון יש דין. הסבר מורחב להחלטתנו מצוי בתחילתו של החלק השני של חוות דעת זו.

עם זאת, חשוב לציין שבחירתנו זו אינה מוציאה מכלל אפשרות ביצוע של בחינה בקנה מידה אחר, אותה לא עשינו בשלב זה.

* חוות הדעת נכתבה בסיוען הרב של עו"ד נועה עמרמי וגב' נועה רשף ושופרה מאוד בזכות הערותיהם של עו"ד שלומי זכריה, גב' זיו שטהל, עו"ד יהודית קרפ, עו"ד מיכאל בן יאיר ופרופ' נעמי חזן.

פרק 1: פשע האפרטהייד לפי המשפט הבינלאומי - הגדרות ורכיבי העבירה

1.1 המקור ההיסטורי של מושג האפרטהייד: המשטר בדרום אפריקה

החל מאמצע המאה ה-17 התיישבו קלוויניסטים ממוצא הולנדי, גרמני וצרפתי באזור "מושבת הכף" שבדרום אפריקה (קייפטאון של היום). המתיישבים האירופאים הלבנים נודעו תחילה בכינוי "בורים" (לימים נקראו אירופאים ראשונים אלה "Boere" - איכרים בהולנדית ובאפריקנס, על שם עיסוקם של ראשוני המתיישבים הלבנים), ומאוחר יותר נקראו "אפריקנרים" (דוברי שפת האפריקנס המקומית, שהתפתחה מניב הולנדי). בריטניה כבשה את מושבת הכף בסוף המאה ה-18, דבר שהוביל לעימותים רבים וקשים בין האפריקנרים, שנדדו צפונה והקימו שתי רפובליקות עצמאיות, לשלטון הבריטי החדש. במהלך המאה ה-19 העמיקה האימפריה הבריטית את כבושה בדרום יבשת אפריקה, תהליך שהיה מלווה במלחמות הן עם האפריקנרים והן עם העמים השחורים בני המקום. המלחמה בין בריטניה לאפריקנרים בין 1899 ל-1902 ("מלחמת הבורים השנייה") הביאה את שלטון הבורים לקיצו ובמקביל העצימה את הזהות הלאומית האפריקנית.

ב-1910 אוחדו הרפובליקות העצמאיות עם האזורים שבשליטה בריטית ותחתן הוקמה מדינת "איחוד דרום אפריקה", שהמשיכה להתקיים תחת שלטון בריטי אך נהנתה מאוטונומיה מוגבלת של המתיישבים הלבנים (דוברי האנגלית ודוברי האפריקנס). הממשלה הראשונה של האיחוד הונהגה בידי "המפלגה הדרום אפריקנית" (SAP), אשר דגלה במדיניות פרו-בריטית. מולה התייצבה מפלגתם של האפריקנרים שתמכו בלאומנות אפריקנית ובעצמאות מבריטניה - "המפלגה הלאומית" (NP) שהוקמה ב-1914. הגרעין הקשה והלאומני של האפריקנרים התנגד בין היתר להשתתפותה הפעילה של דרום אפריקה במלחמת העולם השנייה לצד בריטניה ובעלות הברית.

המושג "אפרטהייד" ("נפרדות" באפריקנס), המבטא את הרעיון של ארגון המשטר והחברה באופן שיבטיח הפרדה בין הגזעים בכל רבדי החיים ושליטה של הגזע הלבן, הופיע לראשונה ב-1929, והיה לעיקרון אידאולוגי של מפלגת NP ב-1944. ב-28 במאי 1948 זכתה NP ברוב בבחירות שהתקיימו במדינה (בהן השתתפו אזרחיה הלבנים בלבד), והחלה לכוון רפורמות שיעודן הטמעת רעיון האפרטהייד בחברה ובכלכלה הדרום-אפריקאית. יש לציין שמדיניות האפרטהייד שיישמה NP לא יצרה יש מאין: היא נשענה במידה רבה על חקיקה, מדיניות ונוהגים שראשיתם עוד בתקופת השלטון הבריטי, שהעניק זכויות שונות לבני המקום השחורים (הרוב האפריקאי), לאוכלוסיית ה"צבעוניים" שחיה בעיקר באזור הכף (ה-Coloureds), לאסייתים שהובאו מהודו ומדרום-מזרח אסיה וצאצאיהם, וללבנים.

עוד בטרם עליית NP לשלטון, רוב תושביה הלא-לבנים של דרום אפריקה לא נהנו מהזכות לבחור ולהיבחר, וזאת בהתאם לחוקים שנחקקו החל מ-1910. כאשר NP ניצחה בבחירות והקימה ממשלה

יחד עם "מפלגת האפריקנרים" הלאומנית גם היא, רעיון ההפרדה הגזעית והשליטה של הגזע הלבן כבר היה מושרש בפוליטיקה המקומית. עם זאת, עלייתה לשלטון של NP הביאה לאימוץ האפרטהייד כמדיניות רשמית מוצהרת, המכתיבה את אופי העשייה בתחומי הממשל השונים.

הוגיה של מדיניות האפרטהייד טענו כלפי חוץ כי מטרתה היתה להבטיח "התפתחות נפרדת" של בני הקבוצות האתניות השונות בדרום אפריקה, תוך שמירה על צביונם, מורשתם ותרבותם. בפועל, מדיניות זו התפתחה לכדי מערכת מסועפת של חוקים ותקנות שהותירו בידי המיעוט הלבן את השליטה בכל מוקדי הכוח - פוליטיקה, כלכלה, שליטה על כל סוגי המשאבים ובהם גם קרקעות, וכל זאת תוך הדרה של בני הקבוצות הגזעיות האחרות.² זהו האפרטהייד "הגדול", שעניינו **אפליה שיטתית וממוסדת של קבוצה אחת בידי קבוצה אחרת, בהקשר של שליטת הקבוצה המפלה על הקבוצה המופלית ומתוך מטרה לקבע שליטה זו.**

לצד ביסוס השליטה כאמור של ההגמוניה הלבנה, חוקי האפרטהייד גם הטילו כללים מחייבים של הפרדה פיזית וחברתית באזורי המחיה, במוסדות החינוך, באמצעי התחבורה, ובגישה לשרותי הבריאות, התרבות והפנאי, תוך הקצאת המיטב שבהם לשימוש בני המיעוט הלבן. הפרדה גזעית זו, שתמונות המתעדות אותה בין היתר בברזיות ובתחבורה הציבורית הפכו עם השנים לסמלה, כונתה על ידי מתנגדי האפרטהייד "האפרטהייד הקטן". במקביל להיותו משפיל וכואב, האפרטהייד "הקטן" נילוה לאפרטהייד "הגדול", שמשמעויותיו לחיי הלא-לבנים ולעתידם היה מרחיק לכת הרבה יותר. בשיאם, חוקי האפרטהייד אף אסרו על נישואים ועל יחסי מין בין בני הגזעים השונים, הגבילו את החופש להתנגד לאפרטהייד ולפעול למיגורו, ואסרו על התאגדויות פוליטיות ומקצועיות.

1.2 תהליך הפללת האפרטהייד כפשע בינלאומי

ב-2 בדצמבר 1950 קבעה העצרת הכללית של האו"ם כי מדיניות של הפרדה גזעית (אפרטהייד) מבוססת בהכרח על אפליה גזעית פסולה, וקראה לדרום אפריקה להימנע מיישום חקיקה המגדירה אזורי מגורים נפרדים לקבוצות גזעיות.³

המושג "אפליה גזעית" הוגדר באופן רשמי לראשונה בסעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה גזעית (ICERD), אשר פורסמה לחתימה ב-21 בדצמבר 1965 על ידי העצרת הכללית של האו"ם. ההגדרה הרחיבה את המונח אל מעבר לאפליה על בסיס גזע:

"כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדים על נימוקי גזע, צבע, ייחוס 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

2 לסקירה של "דיני האפרטהייד" בדרום אפריקה ראו: John Dugard, Human Rights and the South African Legal Order, Princeton University Press (1978).

3 General Assembly Resolution 395 (V), Treatment of people of Indian origin in the Union of South Africa, A/RES/395(V), (Dec. 2, 1950).

האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים, או בכל תחום אחר בחיי הציבור".⁴

הגדרת האפליה הגזעית באמנת ICERD הרחיבה את עילת האפליה מהמשמעות הצרה והמסורתית של גזע שהתמקדה בסיווג אנושי **ביולוגי-גנטי**, אל עבר גישה **חברתית** הבוחנת את הסיווגים הפוליטיים והזהותיים של קבוצות בני אדם וכוללת גם אותם בהגדרה של גזע. לאורך השנים הגישה החברתית למונח "קבוצה גזעית" קנתה אחיזה וכיום היא הגישה השלטת. כך למשל, הטריבונלים הפליליים של רואנדה ויוגוסלביה לשעבר קבעו שהגדרת קבוצה מסוימת כ"קבוצת גזע" היא תלוית-נסיבות והקשר חברתי, תרבותי ופוליטי, וכי סיווג מאפיין זה מצריך התייחסות לכל מקרה בפני עצמו (והוא אינו מצומצם למוצא גזעי **ביולוגי**).⁵ הרעיון לפיו קיומן של קבוצות גזע נקבע בהתאם לתפיסה עצמית של שייכות לקבוצה חברתית, תרבותית או פוליטית, שאומץ כאמור בפסיקת הטריבונלים הנ"ל, תואם את המלצת ועדת האו"ם לביעור אפליה גזעית (1990), לפיה יש להשתמש בהגדרה עצמית כבסיס לשייך לקבוצת גזע.⁶

סעיף 3 לאמנה דבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית מצהיר כי:

"המדינות בעלות האמנה מגנות הפרדה גזעית ואפרטהייד ומתחייבות למנוע, לאסור או לעקור מן השורש, בשטחים שבתחומי שיפוטן, כל נהגים מסוג זה".⁷

עד 1966 התייחסה העצרת הכללית של האו"ם למשטר האפרטהייד בדרום אפריקה במונחים של פגיעה בעקרונותיהן וברוחן של מגילת האו"ם (1945)⁸ ושל ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948).⁹ ב-16 בדצמבר 1966 גינתה לראשונה העצרת הכללית את משטר האפרטהייד במונחים של **פשע נגד האנושות**.¹⁰ ב-1968 נקבע באמנה הבינלאומית הפוסרת פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות מהגבלות סטטוטוריות כי "מעשים בלתי-אנושיים הנובעים ממדיניות אפרטהייד" ייחשבו

4 אמנה בינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2 בפברואר 1979. **כתבי אמנה** 861, כרך 25, סעיף 1, 21, Nov. 21, 1965, 660 U.N.T.S. 195, Art. I(1). תרגום רשמי לעברית שפורסם ב**כתבי אמנה** 861 כרך 25 בעמ' 548.

5 Prosecutor v. Rutaganda, Case No. ICTR 96-3-T, Judgment and Sentence (6 Dec. 1999), paras 55, 57.

6 UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination General Recommendation VIII, 'Identification with a particular racial or ethnic group', UN Doc. A/45/18, 22 Aug. 1990, p. 27 (Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 'Concluding Observations: India', UN Doc. CERD/C/IND/CO/19, 5 May 2007, at para. 8) Prosecutor v. Rutaganda, Case No. ICTR 96-3-T, Judgment and Sentence (6 Dec. 1999), paras 55, 57.

7 אמנה בינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, סעיף 3.

8 זכויות האדם במגילת האו"ם מוזכרות בעיקר בסעיף 1(3) לפרק הראשון, 'מטרות ועקרונות', ובסעיפים 55-56, המציינים בפרק התשיעי 'שיתוף פעולה כלכלי וחברתי בינלאומי'. סעיף 1(3) מתייחס לשאיפת האומות המאוחדת ליצור שיתוף פעולה בינלאומי במטרה לעודד שמירה והגנה אוניברסלית על זכויות האדם, ואילו סעיף 55 למגילה קובע מטרות שיקדם הארגון על מנת ליצור תנאי יציבות ורוחה הנחוצים ליחסי שלום בין העמים, המבוססים על כיבוד עיקרון שוויון זכויות והגדרה עצמית. מטרות אלו עוסקות בקידום כלכלי, חברתי ותרבותי במדינות השונות ובעידוד קידום זכויות האדם וחירויות היסוד באופן אוניברסלי 'ללא אבחנה על בסיס גזע, מין, שפה או דת'.

9 סעיף 2 של ההכרזה מצהיר על הזכות ליהנות באופן שוויוני ובלתי מפלה מהחירויות והזכויות הקבועות בה: "כל אדם זכאי לזכויות ולחירויות שנקבעו בהכרזה זו ללא אפליה כלשהי מטעמי גזע, צבע, לשון, דת, דעה פוליטית או דעה בסוגיות אחרות, בגלל מוצא לאומי או חברתי, קניין, לידה או מעמד אחר".

10 General Assembly Resolution 2202, The policies of apartheid of the Government of the Republic of South Africa, [A/RES/2202\(XII\)](#) A-B, (Dec, 16, 1966).

פשעים נגד האנושות.¹¹ השימוש במונח "מעשים בלתי-אנושיים" הותיר מרחב פרשני באשר לפליליותו של משטר האפרטהייד עצמו, לעומת מעשים בלתי-אנושיים הנובעים ממנו ונעשים במסגרתו שפליליותם הוגדרה במפורש.¹²

על רקע זה החלה העצרת הכללית של האו"ם לנסח אמנה בינלאומית לביעור וענישה של פשע האפרטהייד כמצב משטרי.

1.2.1. אמנת האפרטהייד

ב-30 בנובמבר 1973 פרסמה העצרת הכללית את האמנה הבינלאומית בדבר ביעור וענישה של פשע האפרטהייד (ICSPCA), והיא נכנסה לתוקף ב-18 ביולי 1976. האמנה הגדירה את פשע האפרטהייד **כמעשים בלתי-אנושיים המבוצעים במטרה לבסס ולשמר שליטה של קבוצה גזעית אחת על כל קבוצה גזעית אחרת, תוך דיכוי שיטתי שלה.**¹³ המבוא לגרסה הסופית של האמנה פירט את המקורות לקביעה כי אפרטהייד הוא פשע נגד האנושות. בין היתר נמנו בו ההצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948), המכריזה שכל בני האדם נולדו שווים בכבודם ובזכויותיהם ושכל אדם זכאי לכל החירויות המפורטות בהצהרה ללא הבחנה על סמך גזע, צבע או לאום; ההצהרה על מתן עצמאות לארצות ולעמים קולוניאליים (1960), שבה הכריזה העצרת הכללית של האו"ם כי תהליך השחרור של עמים משליטה קולוניאלית הוא בלתי-נמנע, וכי יש לסיים משטר זה וכן את כל הפרקטיקות של הפרדה הכרוכות בו;¹⁴ האמנה למניעתו וענישתו של פשע הג'נוסייד (1951), לגביה נקבע במבוא לאמנת האפרטהייד שהיא מפלילה מעשים מסוימים שעשויים לענות גם להגדרת פשע האפרטהייד; וכן אמנות והצהרות בינלאומיות נוספות שחלקן הוזכרו לעיל.

סעיף 1 לאמנת האפרטהייד קובע שהמדינות המהוות צד לה מצהירות כי אפרטהייד הוא פשע נגד האנושות, וכי מעשים בלתי-אנושיים שהם תוצאה של מדיניות אפרטהייד ושל מדיניות דומה של הפרדה גזעית ואפליה באופן המוגדר בסעיף 2, הם פשעים המהווים הפרות של החוק הבינלאומי ובפרט של העקרונות המוגדרים במגילת היסוד של האו"ם.¹⁵

סעיף 2 לאמנה מגדיר את פשע האפרטהייד כך (התרגום שלנו, הדגשה בקו תחתון שלי; מ.ס.):

לעניין אמנה זו, המונח "פשע האפרטהייד", שיקלול מדיניות ופרקטיקות דומות של הפרדה גזעית ואפליה כפי שהתרחשו בדרום אפריקה, יחול על המעשים הבלתי אנושיים הבאים שבוצעו במטרה לבסס ולשמר שליטה של קבוצה גזעית אחת של אנשים על כל קבוצה גזעית אחרת ודיכוי שיטתי שלה:

11 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, Nov. 26, 1968, 754 U.N.T.S. 73.

12 יהונתן אלשך, "אפרטהייד כפשע נגד האנושות", **זמנים: רבעון להיסטוריה**, חוברת 138 (2017), עמ' 116-131.

13 International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, New York, 30 November 1973, United Nations, Treaty Series, vol. 1015, p. 243., Art. II.

14 General Assembly resolution 1514 (XV), Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, A/RES/1514(XV), (14 December 1960).

15 Ibid., Art. I.

1. שלילת הזכות לחיים ולחירות מחבר או מחברי קבוצה או קבוצות גזעיות -

א. באמצעות רצח של חברים בקבוצה או בקבוצות גזעיות;
ב. באמצעות גרימת נזק גופני או נפשי חמור לחברים בקבוצה או בקבוצות גזעיות, פגיעה בחירותם ובכבודם, עינויים, ענישה או יחס אכזריים בלתי-אנושיים או משפילים;
ג. באמצעות מעצר שרירותי ומאסר בלתי-חוקי של חברים בקבוצה או קבוצות גזעיות;

2. כפייה מכוונת של תנאי חיים המיועדים לגרום להרס פיזי, מלא או חלקי, של קבוצה או קבוצות גזעיות;

3. כל אמצעי חקיקתי או אחר שנועד למנוע מקבוצה או מקבוצות גזעיות להשתתף בחיים הפוליטיים, החברתיים, הכלכליים או התרבותיים של המדינה ויצירה מכוונת של תנאים המונעים את התפתחותן המלאה של קבוצות גזעיות, במיוחד באמצעות שלילת זכויות אדם בסיסיות מחברי קבוצה או קבוצות גזעיות לרבות הזכות לעבודה, הזכות להקים איגוד עובדים, הזכות לחינוך, הזכות לעזוב ולשוב לארצם, הזכות לאזרחות, הזכות לחופש התנועה ומגורים, הזכות לחופש הביטוי וההבעה והזכות לחופש ההתאגדות;

4. כל אמצעי, לרבות אמצעים חוקיים, המיועד לפצל את האוכלוסייה לקבוצות גזעיות באמצעות יצירת שמורות נפרדות וגטאות לחברי הקבוצה או הקבוצות הגזעיות, איסור על נישואי תערובת, והפקעת קרקעות השייכות לקבוצה או לקבוצות גזעיות או לחברים בקבוצה או בקבוצות כאלה;

5. ניצול כוח העבודה של חברים בקבוצה או בקבוצות גזעיות, במיוחד באמצעות עבודות כפייה;

6. רדיפת ארגונים ויחידים באמצעות שלילת זכויות וחירויות יסוד משום התנגדותם לאפרטהייד.

כפי שניתן לראות, במרכזה של ההגדרה מצויים הביסוס והשימור של מערך שליטה של קבוצה על קבוצה אחרת, ושבמסגרתו ולשם קיומו מתבצעות פעולות המכונות "לא אנושיות". פשע האפרטהייד, אם כן, אינו רק פשע המבוצע על ידי שלטון, אלא משטר שעצם קיומו בלתי לגיטימי ולכן פעולה שמטרתה שימורו ושימור השליטה והדיכוי שבמרכזו - היא פלילית. בכך גם ייחודו.

ב-19 ביוני 1976 פרסמה מועצת הביטחון של האו"ם לראשונה הצהרה המגנה את פשע האפרטהייד ומתייחסת אליו כפשע נגד האנושות.¹⁶ ב-8 ביוני 1977 פורסם הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות לנבנה משנת 1949, ובו הוגדר כי פשע האפרטהייד מהווה הפרה חמורה שלו וכן פשע מלחמה.¹⁷

ב-3 בספטמבר 1981 נכנסה לתוקף האמנה הבינלאומית לביעור אפליה נגד נשים לצורותיה (CEDAW), המצהירה בהקדמתה כי "עקירה של אפרטהייד, של כל גזענות לצורותיה, אפליה גזעית, קולוניאליזם,

16 Security Council Resolution 392, Situation in South Africa: killings and violence by the apartheid regime in South Africa in Soweto and other areas, S/RES/392, (June 19, 1976).

17 International Committee of the Red Cross. (1977), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Protocol I, Art. 85(4)(c), 85(5).

ניאו-קולוניאליזם, תוקפנות, כיבוש ושלטון זרים, והתערבות בענייניהן הפנימיים של מדינות, הינה חיונית להנאה מלאה מזכויותיהם של גברים ונשים".¹⁸

גם לאחר נפילת משטר האפרטהייד בדרום אפריקה, נמשך תהליך ההפלה של פשע האפרטהייד כפשע בינלאומי.

בהחלטה מ-18 באוגוסט 1995 אישרה ועדת האו"ם לביעור אפליה על רקע גזעי את תחולתו האוניברסלית של סעיף 3 לאמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית, אשר אוסר על כל סוגי ההפרדה הגזעית ועל אפרטהייד, והדגישה כי האיסור על הפרדה גזעית מופנה לכל המדינות.¹⁹

ב-1996 הצהירה ועדת האמת והפיוס של דרום אפריקה בראשותו של הארכיבישוף דזמונד טוטו, שבהיותה חלק מקהילת זכויות האדם הבינלאומית היא רואה באפרטהייד פשע נגד האנושות.²⁰

שנתיים לאחר מכן, ב-1998, נפתחה לחתימה אמנת רומא, המהווה את החוקה ומקור הסמכות לפעילותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ICC).

1.2.2 אמנת רומא

ב-1 ביולי 2002 נכנסה לתוקף אמנת רומא, מקור סמכותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי. האמנה מונה את פשע האפרטהייד כאחד מאחד-עשר פשעים נגד האנושות, ומגדירה אותו כדלקמן:²¹

"ביצוע מעשים בלתי אנושיים בעלי אופי דומה למעשים המתוארים בפסקה (1), אשר בוצעו בהקשר למשטר ממוסד של דיכוי שיטתי ושליטה של קבוצה גזעית אחת על קבוצה או קבוצות גזעיות אחרות, ושבוצעו תוך כוונה לשמר משטר זה".²²

ההגדרה המופיעה באמנת רומא מתמקדת ב"משטר ממוסד" והפשע מתבצע במסגרתו.

המעשים אליהם מפנה ההגדרה הם מעשים "בעלי אופי דומה" לפשעים האחרים נגד האנושות הנכללים בסעיף 7 לאמנת רומא (רצח; השמדה; שיעבוד; גירוש או העברה כפויה של אוכלוסייה; כליאה או שלילה חמורה אחרת של חירות תוך הפרת כללי המשפט הבינלאומי; עינויים; אונס, שיעבוד מיני ועבירות מין אחרות; רדיפה; העלמות כפויות); וכן "מעשים אחרים בלתי אנושיים בעלי אופי דומה המכוונים לגרום לסבל רב, או לחבלה חמורה לגוף או לבריאות נפשית או פיזית".²³ חלופה אחרונה

18 האמנה הבינלאומית לביעור אפליה נגד נשים לצורותיה, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2 בנובמבר 1991, כתבי אמנה 1035, כרך 31, עמ' 182.

19 UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XIX: Racial Segregation and Apartheid (article 3), August 18, 1995, para 1.

20 Truth and reconciliation commission of South Africa report (1998), pp. 94-102.

21 התרגום מתוך: יניב ואקי ונעם וינר, אמנת רומא והדין הפלילי הישראלי משלימות והתאמה, מרכז קונקורד לחקר המשפט הבינלאומי בישראל (2011).

22 Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S., Art. 7(2)(h).

23 סעיף (k)(1)2 לאמנת רומא (התרגום מתוך אמנת רומא והדין הפלילי הישראלי משלימות והתאמה, המוזכר לעיל בהערת שוליים מס' 21).

זו היא "חלופת סל", שמתקיימת במקרים של אלימות פיזית או נפשית חמורה במיוחד, שהם חלק מהתקפה נרחבת על אוכלוסייה אזרחית.²⁴

1.2.3 האיטור על ביצוע פשע אפרטהייד - נורמה עליונה (Jus Cogens, Peremptory norm)

כפי שמראה הסקירה לעיל, האיטור על אפרטהייד הפך לעקרון מקובל ומרכזי במשפט הבינלאומי המעוגן בהצהרות, החלטות, אמנות ואף באיטור הקבוע במשפט הפלילי הבינלאומי. מעמדו הגבוה של העקרון נגזר לא רק מקבלתו הנרחבת על ידי הקהילה הבינלאומית ומוסדותיה, אלא גם מהעובדה שמקורו נעוץ בלב הקוד המוסרי שעליו מושתת המשפט הבינלאומי.

קיימת כיום הסכמה רחבה לפיה מדובר באיטור במעמד הגבוה ביותר שאליו יכול עקרון משפטי להגיע במשפט הבינלאומי: נורמה בעלת מעמד של "Jus Cogens" או "Peremptory norm" (כלל-בל-יעבור). נורמה מסוג Jus Cogens מוגדרת בסעיף 53 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות (1969)²⁵ ככלל המקובל על המדינות בעולם כולו, שאין להתיר השעיה או גריעה שלו, שנורמה או התחייבות בינלאומית הסותרות אותו בטלות (כך נקבע גם בסעיף 64 לאמנת וינה), ושניתן לשנותו רק באמצעות כלל מאוחר יותר בעל מעמד דומה במשפט הבינלאומי הכללי. דוגמאות לנורמות שהתקבלו ככלל-בל-יעבור כוללות את האיטורים על רצח עם ועל סחר בעבדים.

עדות להסכמה הרחבה על כך שפשע האפרטהייד שייך לאיטורים הנדירים שמעמדם הוא של כלל-בל-יעבור, מצויה בעובדה שהוא מוזכר לצד האיטורים שאין מחלוקת לגבי היותם איטורי Jus Cogens בטיטות כללי הוועדה למשפט בינלאומי (ILC) בדבר אחריות מדינה למעשי עוולה בינלאומיים (2001), כדוגמה להפרה של חובה בינלאומית הכוללת רכיב של מעשה עוולה.²⁶ ה-ILC, שהיא הגוף המשפטי המקצועי הבכיר של האו"ם העוסק בפרשנות המשפט הבינלאומי ובכתיבת אמנות, אף מציינת את ההסכמה הנרחבת שמדינות העולם חולקות לגבי אופיו היסודי של האיטור על אפרטהייד, וקובעת כי אלה רואות בו נורמה שאין לסטות ממנה כחלק מעקרונות המשפט הכלליים של המשפט הבינלאומי.²⁷ לאחרונה חזרה ה-ILC על עמדתה באופן ברור וכללה את האפרטהייד ברשימה הטנטטיבית של איטורים המגיעים לדרגת Jus Cogens שהופיעה בדו"ח המסכם את טיטות המסקנות שלה בנושא.²⁸

חשוב לציין שנורמות קוגנטיות מקימות חובות "Erga Omnes" (כלפי כולי עלמא) - חובות שהפרתן מוגדרת כהפרה אל מול הקהילה הבינלאומית כולה, ולא רק כלפי הקורבן או הצד השני לפעולה, ככל שיש כזה (לא כל נורמה שיוצרת חובה כלפי כולי עלמא היא בהכרח בעלת מעמד Jus Cogens, אך

24 Elements of the Crime, (ICC, 2011) p. 12.

25 Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, United Nations Treaty Series, vol. 1155, p.331.

26 International Law Commission, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries', appears in the Yearbook of the International Law Commission, (2001) III, art. 40, comment 4. כן ראו: רובי סיבל, משפט בינלאומי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים (2003), עמ' 16.

27 שם.

28 United Nations, International Law Commission, Peremptory norms of general international law (jus cogens): Text of the draft conclusions and draft annex provisionally adopted by the Drafting Committee on first reading, A/CN.4/L.936 (Geneva, Seventy-first session, 2019), Draft conclusion 23.

כל נורמת Jus Cogens יוצרת חובת Erga Omnes. לפיכך, הפרת האיסור על אפרטהייד היא הפרת חובה כלפי כל מדינות העולם, ולא רק כלפי קורבנות הפשע הקונקרטיים.

עוד ראוי לציין בהקשר זה כי בפרשת Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), קבע בית המשפט הבינלאומי לצדק (ICJ) שהאיסור על אפליה גזעית הוא נורמה מסוג Erga Omnes, והצהיר כי חובות **מסוג זה** עשויות לנבוע מ"עקרונות וחוקים הנוגעים לזכויות האדם הבסיסיות ביותר, ובהן הגנה מעבדות ומאפליה גזעית".²⁹ ראוי להזכיר שבית המשפט הבינלאומי לצדק הוא המוסד המשפטי העליון של האו"ם והפרשן המוסמך של המשפט הבינלאומי. החלטותיו מהוות מקור של המשפט הבינלאומי המנהגי.

מכל האמור עולה כי קיימת הסכמה נרחבת שהאיסור על כינון והפעלה של שיטת משטר המבוססת על אפליה ממוסדת ושיטתית ועל שליטה של הקבוצה המפלה על הקבוצה המופלית, דוגמת משטר אפרטהייד, הינו בגדר כלל בל-יעבור היוצר חובות כלפי כולי-עלמא.³⁰

1.3 רכיבי העבירה כפי שהתגבשו עד היום

בהתאם לסקירה לעיל, המקורות המשפטיים המרכזיים המפרטים את רכיביו של פשע האפרטהייד כעבירה פלילית בינלאומית הם אמנת האפרטהייד ואמנת רומא, כשבכל אחת מהן נמצאת הגדרה מלאה של העבירה. עוד רלוונטית לענייננו היא האמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית, הכוללת פירוט של הגדרת המונחים "אפליה גזעית" ו-"קבוצה גזעית" ומרחיבה את הסיווג הקבוצתי באופן שכולל בין היתר גם מוצא לאומי או אתני.

הגדרת פשע האפרטהייד אינה זהה בשתי האמנות, אולם יש ביניהן מרכיבים רבים משותפים.

החשוב ביותר לענייננו הוא שבהתאם לשתי ההגדרות, פשע האפרטהייד הוא פשע משטרי. כלומר, פשע שמוקדו הוא קיומו של מערך משטרי בעל תכונות מסוימות. בניגוד לאמנת רומא, אמנת האפרטהייד אמנם אינה נוקבת במונח "משטר", אבל ההגדרה שהיא מספקת דורשת מערך של פרקטיקות ומדיניות המיושמות באופן שיטתי בדומה לאופן שבו יושמו בדרום אפריקה, ולכן גם היא משרטטת פשע מוסדי.

פעולות קונקרטיות – המוגדרות כ"מעשים בלתי אנושיים" – שנעשות במסגרת מערך משטרי זה מטילות על מבצעייהן אחריות לביצוע פשע האפרטהייד.

אשר למעשים הנחשבים בלתי אנושיים, קיימים הבדלים מסוימים בין ההגדרות בשתי האמנות אבל גם לא מעט חפיפה: רבים מהמעשים הבלתי-אנושיים המפורטים בסעיף 7 של אמנת האפרטהייד יכולים להיכלל בהגדרת פשע הרדיפה המופיע בסעיף 7(1)(h) לאמנת רומא ומוגדר בסעיף 7(2)(g) ("פגיעה

International Court of Justice, Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), Limited Second Phase, Final Judgment (1970), ICJ Rep 3, art. 32, paras 33–34. 29

John Dugard, and John Reynolds, "Apartheid, international law, and the occupied Palestinian territory", European Journal of International Law 24.3 (2013), p. 883. 30

חמורה ומכוונת בזכויות בסיסיות בניגוד לחוק הבינלאומי, בשל הזהות של קבוצה או קולקטיב³¹, או בהגדרה הרחבה של סעיף 7(1)(א) ("מעשים אחרים בלתי אנושיים בעלי אופי דומה המכוונים לגרום לסבל רב, או לחבלה חמורה לגוף או לבריאות נפשית או פיזית").

אם כן, שתי ההגדרות, גם זו של אמנת האפרטהייד וגם זו של אמנת רומא, כוללות בהגדרת הפשע שלושה חלקים - מעשה, הקשר ומטרה:

1. **מעשה** - ביצוע אחד מהמעשים המוגדרים "בלתי-אנושיים";

2. **הקשר** - מערך משטרי של שליטה ודיכוי כלפי קבוצה (או כמה קבוצות) על ידי קבוצה אחרת (או כמה קבוצות); את המונח שליטה ודיכוי שיטתיים יש להבין כפשוטם וכקשורים זה לזה: מערך המאפשר כפייה של נחיתות של קבוצה לעומת קבוצה אחרת. לרוב הדבר יתבטא באפליה ממוסדת בזכויות ומשאבים.

3. **מטרה** - שימור השליטה של הקבוצה (או הקבוצות) המפלה על הקבוצה (או הקבוצות) המופלית.

לשלושת הרכיבים האלה יש להוסיף את הדרישה המשותפת לכל הפשעים נגד האנושות, והיא שהמעשה יהיה חלק מתקיפה שיטתית או נרחבת של אוכלוסייה אזרחית, ולא מעשה בודד.

להלן השוואה בין רכיבי העבירה באמנת רומא ובאמנת האפרטהייד:

רכיבים	אמנת רומא	אמנת האפרטהייד
מעשה	<p>ס' 7(2)(h): "ביצוע מעשים בלתי-אנושיים, בעלי אופי דומה למעשים המתוארים בסעיף 1(1)".</p> <p>סעיף 1 כולל:</p> <ul style="list-style-type: none"> • רצח; • השמדה; • שיעבוד; • גירוש והעברה כפויה; • מאסר ושליטה חמורה של חירות פיזית בניגוד להוראות המשב"ל; • עינויים; • אונס, שיעבוד מיני ועבירות מין אחרות; • רדיפה על רקע שייכות לקבוצה; • העלמה כפויה; 	<p>ס' 2: "המעשים הבלתי אנושיים הבאים:</p> <p>1. שלילת הזכות לחיים ולחירות ממי שחבר/ים בקבוצה גזעית / קבוצות גזעיות:</p> <p>א. באמצעות רצח. ב. בגרימת נזק נפשי או גופני חמור, פגיעה בחירות ובכבוד, עינויים, ענישה או יחס אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל. ג. באמצעות מעצרים שרירותיים או כליאה בלתי-חוקית.</p>

31 התרגום מתוך אמנת רומא והדין הפלילי הישראלי משלימות והתאמה, המוזכר לעיל בהערת שוליים מס' 21.

אמנת האפרטהייד	אמנת רומא	רכיבים
<p>2. כפייה מכוונת של תנאי חיים על קבוצה גזעית שנועדו לגרום להרס פיזי, מלא או חלקי, של הקבוצה.</p> <p>3. שימוש באמצעי חקיקתי או אחר במטרה למנוע מקבוצה גזעית / קבוצות גזעיות השתתפות בחיים הפוליטיים, חברתיים, כלכליים ותרבותיים של המדינה, וכן יצירת תנאים למניעת התפתחותה המלאה הקבוצה, בפרט על-ידי מניעה של חירויות וזכויות אדם בסיסיות, ובאלה - הזכות לעבוד, הזכות להתאגד, הזכות לחינוך, חופש לנוע מחוץ ולתוך המדינה, הזכות ללאומיות, זכות לאזרחות וחופש תנועה כללי, חופש ביטוי ודעה והזכות להפגין ולהתארגן בדרכי שלום.</p> <p>4. כל אמצעי, לרבות אמצעים חקיקתיים, המיועד לפצל את האוכלוסייה לקבוצות גזעיות באמצעות יצירת שמורות נפרדות וגטאות לחברי הקבוצה או הקבוצות הגזעיות, איסור על נישואי תערובת והפקעת קרקעות השייכות לקבוצה או לקבוצות גזעיות או לחברים בקבוצה או בקבוצות כאלה.</p> <p>5. ניצול כוח העבודה של חברים בקבוצה או בקבוצות גזעיות, במיוחד באמצעות עבודות כפייה.</p> <p>6. רדיפת ארגונים ויחידים באמצעות שלילת זכויות וחירויות יסוד משום התנגדותם לאפרטהייד.</p>	<p>מעשים אחרים בלתי אנושיים בעלי אופי דומה המכוונים לגרום לסבל רב, או לחבלה חמורה לגוף או לבריאות נפשית או פיזית 'ס' (17): פשע האפרטהייד שייך לקטגוריה של פשעים נגד האנושות, וככזה מבוצע כאשר המעשה הבלתי אנושי מבוצע -</p> <p>"כחלק מתקיפה שיטתית או נרחבת המכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית".</p>	

רכיבים	אמנת רומא	אמנת האפרטהייד
הקשר	ס' 7(2)(h): "בהקשר למשטר ממוסד של דיכוי שיטתי ושלטיה של קבוצה גזעית אחת על קבוצה או קבוצות גזעיות אחרות".	ס' 2: "...שליטה של קבוצה גזעית אחת של אנשים על כל קבוצה גזעית אחרת ודיכוי שיטתי שלה..."
מטרה	ס' 7(2)(h): "מתוך כוונה לשמר משטר זה".	ס' 2: "...במטרה לבסס ולשמר את שליטתה של קבוצה גזעית על כל קבוצה גזעית אחרת, תוך דיכוי שיטתי שלה".

לשלושת הרכיבים שלעיל - מעשה, הקשר ומטרה - נוסיף את רכיבי המשנה שלהם (קיומן של שתי קבוצות גזעיות; דרישה שהמעשה יהיה חלק מהתקפה נרחבת על אוכלוסייה אזרחית ועוד) ומכאן נחלץ את הרשימה המלאה של הרכיבים הכלולים בעבירת האפרטהייד.³² **בחוות-דעת זו ננקוט גישה מצמצמת ונבחן אך ורק את המעשים הבלתי אנושיים שעונים על החלופות המוזכרות בשתי האמנות.**

כשהרכיבים שלהלן מתקיימים המשמעות היא שלכאורה בוצע פשע האפרטהייד. "לכאורה" משום שעבירה פלילית מתבצעת על ידי אנשים, וכדי שהם יהיו אחראים לעבירה נדרש שיתקיים לגביהם יסוד נפשי של מודעות למעשים ולהקשר ואף כוונה לשמר את ההקשר המשטרי האמור. **את האחריות הקונקרטית של אדם זה או אחר לביצוע הפשע ניתן לקבוע, אם כן, רק באופן ספיציפי ובהתאם לקביעות לגבי מה הוא או היא ידעו ולמה התכוונו.**

הנה אם כן, סיכום של רכיבי פשע האפרטהייד:

רכיבי פשע האפרטהייד

1. **קיומן של "קבוצות גזע" שונות** לפי ההגדרה הקבועה בסעיף 1(1) **לאמנה** דבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית (הכוללת במפורש קבוצות גזע, צבע, שושלת ומוצא לאומי או אתני).
2. **הקשר של מערך משטרי המקיים שליטה של קבוצה או קבוצות על קבוצה או קבוצות אחרות ודיכוי שיטתי שלהן**, כלומר כפיית נחיתות של קבוצה לעומת קבוצה אחרת, על פי רוב באמצעות אפליה ממוסדת בזכויות ובמשאבים, אך גם באמצעות פרקטיקות של הפרדה.
3. **ביצוע של אחד מהמעשים המוגדרים כבלתי אנושיים והמפורטים בסעיף 2(f)-(a) של אמנת האפרטהייד או בסעיף 1(1) לאמנת רומא.** יצוין בהקשר זה, שביצועו של פשע

Elements of the Crime, International Criminal Court (2011), p. 12. 32

האפרטהייד אינו דורש שיתקיימו כל המעשים ה"בלתי-אנושיים" המנויים בסעיפים הרלוונטיים. עם זאת, מאחר שמדובר בפשע נגד האנושות סביר שיידרש סף חומרה מסוים, ובהיעדר פסיקה בנושא קשה לומר כיצד תתפרש דרישת המעשה הבלתי אנושי מבחינת היקפו.

4. **ביצוע המעשים במטרה לבסס ולשמר את ההקשר - שליטה של קבוצה (או קבוצות)**

גזעית אחת על קבוצה (או קבוצות) אחרת ודיכוי באופן שיטתי. בהקשר זה יש לבחון אם מדובר במעשים ספורדיים או נטולי הקשר מוסדי, או לחלופין במעשים המבוצעים כחלק ממשטר דיכוי נרחב, שיטתי וממוסד.³³

5. **המעשה/ים הם חלק מתקיפה שיטתית או נרחבת של אוכלוסייה אזרחית** (דרישה המשותפת לכל הפשעים המסווגים כפשע נגד האנושות).³⁴

6. **יסוד נפשי:** נוסף לכך, אחריות פלילית קונקרטית מחייבת יסוד נפשי של מודעות לטיב המעשים הבלתי אנושיים, להיותם חלק ממערך נרחב של ביצועים ולהקשר המשטרי האמור, וכן היא מחייבת כוונה לשמר את ההקשר המשטרי.

1.4 עבירת האפרטהייד: סיכום

הקהילה הבינלאומית הוקיעה, אסרה והפלילה את האפרטהייד וכיום הוא מוגדר כפשע בינלאומי מסוג פשע נגד האנושות. מעמדו הנורמטיבי של האיסור על ביצועו במשפט הבינלאומי הוא הגבוה ביותר האפשרי - נורמה קונטינית, כלל-בל-יעבור. פשע האפרטהייד, כמו כל עבירה פלילית, מתבצע על-ידי אנשים. מדינות לא מבצעות פשעים אלא בני אדם. אבל פשע האפרטהייד מתרחש בהקשר משטרי מסויים. הפשע מתבצע במסגרת של שליטה ודיכוי של קבוצה אחת על ידי קבוצה אחרת, כלומר, בהכפפת הקבוצה הנשלטת ליחס מפלה שיטתי, לכפייה של נחיתות, על פי רוב באמצעות אפליה ממוסדת בזכויות ובמשאבים.

בהקשר זה יש לשים לב לטעות נפוצה: למרות המקור ההיסטורי שלו, פשע האפרטהייד אינו מותנה באידיאולוגיה גזענית. גזענות עשויה להיות מניע להקמת מערך ממשלי אפרטהיידיסטי, אבל כמו בכל עבירה פלילית המניע אינו רכיב מרכיבי העבירה, ולכן יצירת משטר של שליטה ודיכוי כלפי קבוצה גזעית (במובן שתואר) גם ממניע אחר (למשל: כלכלי או פוליטי) יסבך את האחראים לו בביצוע פשע האפרטהייד.

הערה חשובה נוספת היא שלא כל יחס מפלה, גם אם הוא שיטתי או ממוסד, מהווה בסיס לפשע האפרטהייד. מוקדו של הפשע - וייחודו - הוא בהקמה ושימור של **מערך משטרי שבמרכזו השליטה והדיכוי כלפי קבוצה או קבוצות אנושיות**. אבל גם בכך לא די, כי הגדרת הפשע מחייבת שלמבצעו תהיה מטרה ייחודית והיא **שימורו של מערך השליטה והדיכוי, או: שימורן של נחיתות הקבוצה**

33 Dugard and Reynolds, "Apartheid, international law, and the occupied Palestinian territory", p. 881 המוזכר בהערות שוליים מס' 30.

34 ס' 7(1)ג) לאמנת רומא מונה את פשע האפרטהייד כאחד מרשימה של פשעים נגד האנושות, המוגדרים ככאלה כאשר הם מבוצעים "כחלק מתקיפה שיטתית או נרחבת המכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית, תוך מודעות לעצם התקיפה".

האחת ועליונות האחרת. השליטה וכפיית הנחיתות הם מאפיינים של המשטר שחייבים להיות מרכזיים בו - חלק מהדי.אן.אי שלו, שימצא בכל מרחביו ולא רק באגף אחד.³⁵

הן אופיו של הפשע כמערך משטרי בלתי חוקי והן סיווג של מעשים הנעשים במסגרתו כפשע נגד האנושות (שמאפיין נדרש להם הוא היותם חלק מהתקפות רחבות היקף על אוכלוסייה אזרחית) מצביעים על כך שלצורך התקיימותו נדרשים האפליה והדיכוי לעמוד ברף מינימלי של היקף. לפיכך, לעיתים לא יהיה די במדיניות מפלה או פוגענית אחת, אף אם נרחבת, או באפליה סטטוטורית בתחום מסוים, אף אם חמורה. פשע האפרטהייד מחייב כי המדיניות או החקיקה המפלה יהיו מרכזיים לחיי המשטר עד כדי שהם מהווים מאפיין מרכזי שלו.

מערך משטרי מורכב ממוסדות ציבוריים, מחוקים ודינים, ממדיניות ומפרקטיקות. שם נאתר את קיומו או היעדרו של המאפיין המשטרי שהוצג לעיל, הנמצא כאמור בבסיס פשע האפרטהייד.

35 881 p, "Apartheid, international law, and the occupied Palestinian territory", *Dugard and Reynolds*, המוזכר בהערת שוליים מס' 30.

פרק 2: האם מתבצע פשע האפרטהייד בגדה המערבית?

2.1 קנה המידה המשטרי לבחינת ביצוע פשע האפרטהייד

על השטח שבין הים התיכון לנהר הירדן³⁶ שולטת מעצמה אחת: ישראל.

בשטח זה ממשלת ישראל מפעילה מספר מערכות ממשל, כשבכל אחת מהן פועלים מוסדות שלטוניים ייעודיים, מוחלת מערכת נורמטיבית נפרדת ברובה ומיושמות מדיניות ופרקטיקות שונות. בגדה המערבית יש משטר כיבוש צבאי; על עזה ישראל מטילה משנת 2007 מצור ומקיימת בה משטר כיבוש ייחודי; ירושלים המזרחית היא שטח כבוש שסופח בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי ולכן ריבונותה בו אינה מוכרת על ידי מדינות העולם; ובמדינת ישראל שבתוך הקו הירוק פועל משטר פרלמנטרי אזרחי.

כפי שפורט בחלק הקודם, ייחודה של עבירת האפרטהייד הוא המיקוד שלה בקיומו של **משטר** שמאפיין מרכזי שלו הוא השליטה של קבוצה אחת על קבוצה אחרת ודיכוי שלה. ללא קיומו של משטר כזה, מעשים מהסוג שהגדרות הפשע מפרטות, גם כשאלה עומדים בהגדרת "מעשים לא אנושיים" וגם כשהם נעשים במטרה לשמר את השליטה על קבוצה גזעית, אינם מקיימים את עבירת האפרטהייד.

משטר הוא מערך כולל של משילות. על פי רוב הוא מורכב ממוסדות בעלי כוח פוליטי לקבל החלטות הנוגעות לנתינים ולהוציאן לפועל; מסגרת נורמטיבית המסדירה ומנהלת את מארג הזכויות, החובות והכוחות של השלטון ונתיניו; ושורה של מדיניות ופרקטיקות המוחלות על הנתינים ועל השטח שבו המשטר שולט.

נשאלת השאלה אם משטר הכיבוש הצבאי בגדה המערבית הוא משטר נפרד מהמשטר הפרלמנטרי של מדינת ישראל בגבולות הקו הירוק. כמו כן, האם שני משטרים אלו נפרדים מהמשטר שמקיימת ישראל על רצועת עזה, או שמא יש לראות בכוחות שמפעילה ממשלת ישראל בכל מקום שבו היא שולטת משטר אחד?

36 סוגיית עזה מורכבת ולא ניכנס אליה כאן, אבל אין ספק שלישראל יש שליטה מסוימת על רצועת עזה, המצויה כבר 13 שנים תחת מצור שמטילה עליה ישראל. מדינת ישראל שולטת על מרבית גבולותיה הקרקעיים של הרצועה, על גבולה הימי, על המרחב האווירי שלה, ועוד.

יש להודות שמדובר בשאלה לא פשוטה. נוסף על קיומו של גורם פוליטי אחד המושך בחוטי כלל המערכים השלטוניים שהוזכרו, ככל שמדובר בגדה המערבית או עדים לתהליכי סיפוח שהחלו ביומו הראשון של הכיבוש והואצו מאוד בעשור האחרון. תהליכים אלה דוחפים לאיחוד בין ישראל והגדה המערבית, בין היתר על ידי הרחבת סמכויותיהם של מוסדות ישראליים,³⁷ החלת דינים ישראליים בגדה, וביחס לשורה של נושאים³⁸ - קביעת מדיניות אחידה לישראל ולגדה ומימושה בפועל. על אלה נוסף כמובן פרויקט ההתנחלות הישראלי, עליו נעמוד ביתר פירוט בהמשך. ואכן, לא מעט רשויות ישראליות מעורבות כיום בפעילות שלטונית בגדה המערבית (בעיקר בהתנחלויות). בהיותן הגורם המקצועי הקובע מדיניות ולעיתים אף מיישמה בפועל.³⁹ נוסף על כך, ירושלים המזרחית - חלק אינטגרלי מהגדה המערבית שנכבש יחד איתה ב-1967 - סופחה באופן מלא לישראל תוך הפרת המשפט הבינלאומי, והמוסדות והחוק הישראלי מושלים באזור זה ישירות, אף ללא כל גורם מתווך כמו המינהל האזרחי או הצבא.

מסיבות אלה, רבים הם הסוברים שבין הים לירדן קיים משטר אחד.⁴⁰ איננו כופרים באפשרות לנתח כך את השאלה המשטרית.

עם זאת, תשובתנו-שלנו לשאלת "זיהוי המשטרים" היא **שבשלב זה**, ועל אף מגמת האיחוד והסיפוח, בהקשר של שאלת האפרטהייד ניתן **עדיין** לבחון את המערך השלטוני בגדה המערבית בנפרד מהמערך השלטוני במדינת ישראל גופא, ולראות אותם כשני משטרים או כמשטר ותת-משטר שלו. בשלב זה, כל עוד לא הוחל סיפוח מלא ורשמי, בגדה המערבית מושל הצבא הישראלי (הן באופן ישיר והן באמצעות המינהל האזרחי, גוף צבאי גם הוא) - בהתאם לדינים המשלבים תחיקה צבאית ישראלית, חוקים ירדניים, בריטיים ועות'מאנים, כשמעל אלה חולשים דיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש) של המשפט הבינלאומי. ההבדלים המוסדיים, כמו גם ההבדלים במערכי הזכויות, החובות והכוחות שחלים בישראל ובגדה המערבית, הם הבדלים מובהקים ובשלב זה **לא מלאכותיים** (שנועדו רק לייצר מראית עין של משטר נפרד); לפיכך, להבנתנו, מתאפשר המבט המשפטי עליהם כעל משטרים נפרדים ובעלי מאפיינים שונים. גם היות הצבא הישראלי נתון למרותה של ממשלת ישראל אינו משנה את הניתוח הזה; היררכיה זו מטילה אחריות משפטית על ממשלת ישראל בגין פעולות הצבא במקרים מתאימים, אך היא אינה הופכת את שתי המערכות לאחת.

במובן מסוים, דווקא המאמצים שנעשו בשנים האחרונות להחיל את חוקי הכנסת בגדה המערבית ולמתוח את סמכויות הרשויות הישראליות כך שיחולו גם בגדה (כפי שנעשה, למשל, במקרה של המועצה להשכלה גבוהה).⁴¹ מדגישים את העובדה שברירת המחדל היא שמדובר בשני משטרים נפרדים; גם אם אלה משטרים שהקשרים ביניהם נזילים ושבשנים האחרונות קיימת "זליגה" של האחד לתחומי השני. ניתן לדמות את המצב ליחסים בין כוכבים, כאשר בשל כוח המשיכה החזק ביניהם

37 ראו: **בראי האינטרס הציבורי: המינהל האזרחי בגדה המערבית**, יש דיין (ינואר 2018).

38 ראו **מאגר תיקי הסיפוח** של יש דיין, באתר הארגון.

39 ראו לדוגמה את המקרים של רשות הטבע והגנים הלאומיים, המעורבת בניהול שמורות הטבע בגדה המערבית; רשות מקרקעי ישראל המעורבת עמוקות בניהול המקרקעין בגדה; ורשות העתיקות המנהלת בפועל את הפיירות הארכיאולוגיות המתבצעות בגדה.

40 כך למשל טענו שמונה ארגונים פלסטיניים לא-ממשלתיים בדו"ח שהגישו לוועדה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית: **Joint Parallel Report to the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination**: **on Israel's Seventeenth to Nineteenth Periodic Reports (100th session, 10 November 2019)**. ראו גם את מאמרו המרתק של הסוציולוג ראף זריק "השיח המשטרי החדש של הימין המתנחלי", **הזמן הזה** (מאי 2020).

41 חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון מס' 20), התשע"ח - 2018 (התקבל ביום 12.2.2018), הרחיב את סמכויות המוסד המופקד על רגולציה של האקדמיה הישראלית למוסדות אקדמיים בגדה המערבית.

האחד משיל כל העת חומר שחובר אל השני (במטאפורה הזו "חומר" הוא הכוחות השלטוניים). בשלבים הראשונים של התהליך ניתן לזהות שני גרמי שמיים נפרדים, אולם בנקודה מסוימת הצופים בהתרחשות יהיו מאוחדים בדעה שמדובר בכוכב אחד.

אין פירוש הדבר כי לא ניתן לנתח את הסוגייה באופן אחר, הרואה בישראל ובשטחים שתחת שליטתה יחידה משטרית אחת. עם זאת, אנו סבורים שאף שהשלטון בישראל, במובן של מערכת ממשלית, עובר תהליך ברור של התפשטות אל עבר הגדה המערבית, **בשלב זה** מדובר בשני משטרים שנמצאים **בתהליך**, שעוצמתו משתנה, של איחוד.

ירושלים המזרחית יוצרת קושי נוסף. מדובר בשטח כבוש, שסופח באופן לא חוקי ולכן רשויות ממשלתיות ישראליות פועלות בה באופן ישיר, אבל רב המשותף לה עם הגדה המערבית: תושביה הפלסטינים אינם אזרחים ישראלים וככאלה אינם בוחרים ואינם מיוצגים פוליטית. מדינת ישראל יישמה בירושלים המזרחית מגוון של מדיניות אנאלוגיות ולעיתים זהות לאלה שהפעילה בגדה: קולוניזציה מאסיבית על-ידי פיתוח המיועד לישראלים ועידוד מעבר של עשרות אלפים מאזרחיה כדי שיתנחלו בה; הפקעות נרחבות ונישול פלסטינים מאדמותיהם ומקנינים; מניעה של פיתוח פלסטיני והטיית המשאבים לטובת הישראלים שהיגרו אליה. כל אלה, ובעיקר הסיפוח הלא חוקי שאסור להכיר בו, מצדיקים להתייחס לירושלים המזרחית כיחידה אחת יחד עם הגדה המערבית.

אבל מעבר לכל הקשיים והמורכבויות האלה העובדה שהמומחיות שצבר יש דין, היקף המידע העצום שהארגון אסף בעשור וחצי האחרונים, וההיכרות שלו עם המדיניות והפרקטיקות הישראליות, ממוקדים כולם בגדה המערבית היא מבחינתנו סיבה לבחון את שאלת ביצוע פשע האפרטהייד באזור זה, המוכר לנו היטב, וכאמור, הדבר לא מוציא מכלל אפשרות ביצוע של ניתוח בקנה מידה אחר. **יש דין עוסק בכיבוש הישראלי בגדה המערבית מזה 15 שנה, וכארגון אנו חשים שהגיעה העת לשאול את עצמנו מהי התופעה המשפטית שנגלית לעינינו באזור זה; האם פרדיגמת הכיבוש מסבירה באופן מלא את המתרחש בגדה ואת מה שישראל יצרה באזור הזה, או שמא יש כאן התרחשות משפטית אחרת נוספת לכיבוש.**

ברור לנו שלניתוח זה, המתמקד בגדה המערבית, מתלווה סיכון לא קטן. הוא עלול להדהד ולחזק את המדיניות הישראלית שמטרתה הפרדה ופיצול של החברה הפלסטינית, ובאופן זה החלשתה. כן הוא עלול לשרת את הניסיון לטשטש את העובדה שישראל מנהלת מערכה שמטרתה להשיג שליטה על כלל העם הפלסטיני בין הירדן לים, ולא רק זה היושב בגדה המערבית. אנו מודעים לכך. הסכנה האמורה מצדיקה הפניית תשומת הלב לעובדה שמנגנוני שליטה, והנצחתה של השליטה, קיימים גם בתוך ישראל וכמובן בעזה. ואולם עובדה זו אינה מצדיקה סטייה מהניתוח המשפטי הנפרד של פשע שאחד מדגשיו המרכזיים הוא אופייה המדויק של המערכת המשטרית. העובדה שבישראל, בגדה המערבית וברצועת עזה מתקיימים מערכי ממשל שונים הן מבחינת מאפייניהם, הן מבחינת הרשויות המושלות והן מבחינה ביורוקרטית - מאפשרת במועד זה ניתוח נפרד שלהן, לפחות בהקשר שלפנינו.

מכאן גם ברור מדוע אם ימשך תהליך הסיפוח המשפטי הזוחל, על אחת כמה וכמה אם יתרחש סיפוח של שטח מסוים בגדה המערבית בחוק שיחיל את הדין והמינהל הישראלי. בו, היכולת לנתח את המציאות דרך משקפיים של משטרים נפרדים תצטרך להיבחן מחדש.

להלן ננתח לפיכך את רכיבי פשע האפרטהייד ונבחן אם הם מתקיימים בגדה המערבית. נתחיל באפיון המשטרי ובשאלה אם זהו משטר של שליטה ודיכוי קבוצתי ("ההקשר"), ומשם נעבור לשאלה אם

מתקיימת הכוונה המיוחדת לשמר ולקבע את האופי המשטרי האמור. בשלב האחרון נברר אם על רקע משטרי זה מבוצעים מעשים בלתי-אנושיים מהסוג שצוין בהגדרת הפשע.

בטרם נעבור לניתוח האמור נבקש להדגיש הסתייגות חשובה: פשעים מבצעים אנשים, לא מדינות. בני-אדם הם הנושא של המשפט הפלילי, גם המשפט הפלילי הבינלאומי. לכן, הניתוח להלן יעסוק בשאלה האם מתבצע פשע האפרטהייד בגדה המערבית ולא בשאלה מי מבצע אותו. יידרש ניתוח משפטי נוסף, שלא יעשה כאן, כדי לבחון אחריות קונקרטי ובעיקר את התקיימות היסוד הנפשי הנדרש.

2.2 קיומן של שתי קבוצות

רכיב קיומן של שתי קבוצות בהגדרת פשע האפרטהייד מתקיים ללא כל צל של ספק במרחב שאותו אנו בוחנים. בגדה המערבית מתגוררות כיום שתי קבוצות גזעיות במובן של ביטוי זה כפי שהוסבר לעיל: ישראלים-יהודים מחד, פלסטינים מאידך. מדובר בשתי קבוצות לאומיות אשר נתפסות ככאלה הן בעיני אחרים הן בעיני עצמן, ומוצא לאומי הוא אחת החלופות המפורשות שקבועות בהגדרת "קבוצה גזעית" שבאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית.

קבוצת הישראלים היהודים מתגוררת ב-132 התנחלויות וכן בלמעלה מ-120 מאחזים בלתי מורשים⁴², כאשר בסך הכל בגדה המערבית, נכון לאוקטובר 2019, חיים כ-430 אלף אזרחים ישראלים⁴³, ובירושלים המזרחית כ-230 אלף נוספים נכון ל-2017.⁴⁴ היקף ההתנחלות הישראלית בגדה יצר מציאות שבה שתי קהילות לאומיות חיות באותו אזור גיאופוליטי, כאשר אחת מהן, זו הפלסטינית, מהווה כ-86% מהאוכלוסייה.⁴⁵

2.3 מערך משטרי של שליטה ודיכוי שיטתיים של קבוצה אחת כלפי אחרת

רכיב פשע האפרטהייד המבוסס על קיומו של מערך של שליטה ודיכוי שיטתיים, כפי שהוסבר בחלק הקודם, דורש איתור ההקשר של מערך משטרי הכופה נחיתות קבוצתית ומימוש נחיתות זו בפועל, בעיקר באמצעות אפליה שיטתית וממוסדת בזכויות ובמשאבים, **כמאפיין מרכזי ומכונן שלו**.

כיבוש צבאי מהווה בהגדרה מערך שלטוני כפוי וכוחני המוחל על האוכלוסייה הנכבשת. במקרה של הגדה המערבית, ליסוד השליטה והדיכוי הנובע מטבעו של כל כיבוש צבאי מתווסף הקשר קבוצתי קונקרטי - קיומה של אוכלוסיית מתנחלים ישראלים; יחד הם מקיימים במובהק את רכיב זה של פשע האפרטהייד. חשוב להעיר בהקשר זה, ולאור העובדה שמדינת ישראל דוחה את הסיווג המשפטי של

42 הנתונים מאתר ארגון שלום עכשיו (נבדק לאחרונה ב-4.5.2020).

43 לפי עדכון של ארגון שלום עכשיו מיום 2.10.19.

44 ירושלים המזרחית - נתונים מרכזיים, עיר עמים (פברואר 2019).

45 הנתונים מאתר ארגון שלום עכשיו (נבדק לאחרונה ב-4.5.2020).

נוכחותה בגדה כ"כיבוש" (עמדתה של ישראל אינה מקובלת על הקהילה הבינלאומית, על כל המוסדות המשפטיים הבינלאומיים ועל הצלב האדום), שלצורך הניתוח של רכיב זה של הגדרת האפרטהייד - אין זה משנה כלל אם הגדה המערבית היא שטח כבוש במובנו של המונח בדיני המלחמה או לא. די בכך שישראל מחזיקה בשטח ב"תפיסה לוחמתית", כלומר בכוח ובאמצעות משטר צבאי בלתי דמוקרטי בהגדרה שהאוכלוסייה הנתונה למרותו מתנגדת לו, כדי לקיים את הרכיב האמור.

ברמה הכללית, דיני הכיבוש הבינלאומיים מעניקים למפקד הצבאי הישראלי את כל הסמכויות של רשויות הממשל בגדה המערבית, ולפיכך הוא מגלם הן את הרשות המחוקקת והן את הרשויות המבצעת והשופטת באזור עליו הוא מופקד. מכאן שהיחידות הצבאיות אוגדת איו"ש והמינהל האזרחי, להן מואצלות סמכויותיו של המפקד הצבאי, מפעילות כוח שלטוני ומושלט בטרטוריה, ובכלל זאת בתושביה, בכוח הזרוע - בזכות הרובה שברשותן. כך, כאמור, בכל כיבוש צבאי, וכך בכיבוש הישראלי בגדה המערבית.

באופן קונקרטי, לכיבוש הצבאי הישראלי בגדה המערבית מתלווה תהליך של **קולוניזציה**, יישוב השטח באזרחי המדינה הכובשת ויצירה של קהילת כובשים אזרחית. ואכן, הכוח הכובש בגדה המערבית הוא חלק אורגני של אחת הקבוצות המתגוררות בה, קבוצת המיעוט הישראלית-יהודית. בנותיה ובניה של קבוצה זו הם אזרחיות ואזרחים של המעצמה הכובשת, מדינת ישראל, שהכוח הכובש הוא צבאה. נוכחותם של המתנחלים בשטח הכבוש מחייבת זה עשורים רבים את מוסדות הממשל בגדה לשרת אותם, להגן עליהם ולדאוג לרווחתם. היקף ההתנחלות הישראלית בגדה יצר כאמור מציאות של שתי קהילות לאומיות החיות באותו אזור גיאופוליטי: אחת מורכבת מאזרחים תחת כיבוש הנתונים לשלטון צבאי וכפופים לחוק שאין להם כל השפעה על יצירתו (למעט כוחות החקיקה המוגבלים מאוד של הרשות הפלסטינית);⁴⁶ ואילו השנייה מורכבת מאזרחי המדינה הכובשת. לאחת, בהגדרה, אין זכויות אזרחיות (או: זכויותיה האזרחיות מושעות בשל הכיבוש), בעוד השנייה נהנית מכלל זכויות האזרח וההשפעה הפוליטית שיש לאזרחים במשטר אזרחי דמוקרטי. האחת שקופה פוליטית, והשנייה נהנית מכוח פוליטי רב, מקשרים, מגישה ומחברות במרכזי הכוח שקובעים את עתיד כולם. מציאות אזרחית כזו, שבה נתינים חסרי זכויות חיים באותו שטח ותחת אותו שלטון עם אדונים עתירי כוח וזכויות, לא יכול היה אלא ליצור אפליה שיטתית וממוסדת בין שתי הקבוצות באמצעות פרקטיקה, מדיניות ואף חקיקה. וכך אכן קרה.

היתרון המובנה של המתנחלים עוגן בדין, במדיניות ובפרקטיקה. באופן גס ניתן לומר שהתוצאה של תהליך זה הינה התהוותן של שתי גדות מערביות עם השנים: באחת חיים פלסטינים הנתונים כאמור למשטר צבאי - לעתים אכזרי - שבו משפט צבאי דכאני וחקיקה צבאית נוקשה שאין להם דריסת רגל ביצירתם מושלים בהם. באופן כללי, תושבים אלה חיים בתנאים כלכליים ושלטוניים המאפיינים מדינות מתפתחות. בגדה המערבית השנייה חיים המתנחלים הישראלים. המשטר המשפטי שמושל בהם הוא אזרחי ברובו, והוא מורכב מהחקיקה הדמוקרטית והמזרחית של הפרלמנט הישראלי, שאליו יש להם זכות לבחור ולהיבחר. החלה זו של חקיקה ישראלית על המתנחלים החיים בגדה נעשתה בטכניקה של "הצנרה" (מלשון "צינור"): צווים צבאיים, המהווים חקיקה ראשית בשטח הכבוש, קבעו

46 ההסכם בין ישראל לאש"ף המסדיר בין היתר את סמכויות החקיקה של הרשות הפלסטינית (הסכם הביניים) דבר הגדה המערבית ורצועת עזה, או בכינויו "אוסלו ב'", שנחתם ב-28.9.95), קובע שלמועצה הפלסטינית יהיו סמכויות חקיקה בשטחים שהוגדרו A ו-B (בעיקר השטח הבנוי של הערים והכפרים הפלסטיניים), אלא שסמכות זו לא חלה על ישראלים ולא כוללת סוגיות שההסכם הותיר למשא ומתן על הסכם הקבע כמו פליטים פלסטינים יחסי חוץ. סמכות החקיקה של הרשות הפלסטינית גם לא משתרעת על האזור שהוגדר כשטח C, החולל על כ-60% משטח הגדה המערבית (ראו לעיפים XVII ו- XVIII להסכם).

את החלת החקיקה הישראלית, בעיקר המינהלית, על ההתנחלויות. בדרך זו ניתנו סמכויות דה פקטו למשרדי הממשלה הישראליים בהתנחלויות, מבלי לספחן דה יורה לישראל. בדרך זו גם הוחלו עקרונות המשפט הישראלי על המתנחלים בלבד. נוסף על כך, חקיקה חוץ-טריטוריאלית של הכנסת, כלומר כזו שנקבע לגביה כי היא חלה מחוץ לגבולות המדינה בה הפרלמנט פועל, שהוחלה ישירות על מה שמכונה "ישראלים תושבי האזור", כלומר מתנחלים, ולעיתים אף על זכאי שבות (כלומר: יהודים), העניקה לישראלים בגדה (ובעבר ברצועת עזה) מעטפת משפטית של דין ישראלי - אף שאינם מתגוררים בשטח מדינת ישראל.

במקביל למערך הממסד הפליה של קבוצה נטולת זכויות בידי קבוצה עתירת זכויות, וכפועל יוצא שלו, משאבי השטח הוטו ומוטים באופן עקבי ודרמטי לטובת האוכלוסייה הישראלית באזור, וזאת על חשבון האוכלוסייה הנכבשת, הפלסטינית. מגמה זו מאפיינת כל תחום וכל משאב, והיא ניכרת בראש ובראשונה במשאבי השטח: כך בהקצאת אדמות ציבור (נכון ל-2013 99.76% מההקצאות שנעשו ייעדו אדמות למטרות התנחלותיות [674,459 דונם] ורק 0.24% למטרות פלסטיניות [1624 דונם] שחלקן הקצאה ליישוב פלסטינים שהועברו בכפייה מהאדמה עליה ישבו);⁴⁷ כך בהיקפי השטח שניתן למועצות האזוריות הישראליות (40% מהגדה המערבית, אף שגרים בהן כ-15% מתושבי הגדה בלבד);⁴⁸ כך בנישול של פלסטינים בלבד מאדמותיהם (למעלה ממיליון דונם עברו תהליך של "הכרזה" על אדמות כאדמות מדינה, שכאמור לעיל מוקצות כמעט באופן בלעדי למטרות ישראליות,⁴⁹ ובנוסף לכך אלפי דונמים הופקעו לצורכי ציבור ונתפסו לצורכי ביטחון); וכך בהענקת זיכיונות חציבה וכרייה (ראו עתירה לבג"ץ ודו"ח של ארגון יש דיין בנושא).⁵⁰

הטיית המשאבים נעשית כאמור באופן פורמלי באמצעות צווים, חוזים והחלטות מנהליות, אבל גם באופן לא פורמלי בהעלמת עין שיטתית ונרחבת מעבריינות אידיאולוגית של אזרחים ישראלים כלפי פלסטינים ורכושם ובאי-אכיפה כרוני. החיכוך בין ישראלים ופלסטינים בגדה המערבית הוא תולדה של המאבק על שליטה באדמות, והאלימות המופעלת כלפי הפלסטינים נועדה לדחוק אותם אל השטחים הבנויים שלהם ולמנוע מהם פיתוח. הנתונים החד משמעיים והרב שנתיים שאסף ארגון יש דיין מלמדים על הפקרה חמורה של הפלסטינים, אשר אינם זוכים להגנה בסיסית מפני מעשי אלימות ועבריינות המבוצעים כלפיהם על ידי אזרחים ישראלים. דבר זה מוביל לשינויים בשטח ולהשתלטות על אדמות מצד מתנחלים, שבמקרים רבים אף מקבלת כעבור זמן גושפנקה משפטית.⁵¹

במקביל לאפליה בזכויות ובמשאבים, שלטון הכיבוש גם נוקט מגוון פעולות, חלקן דרקוניות, כדי לדכא כל סוג של התנגדות למשטר, ובכלל זה התנגדות בלתי אלימה. צווים צבאיים מגבילים מחאה

47 [הנתונים לקוחים ממענה של המינהל האזרחי לבקשה על פי חוק חופש המידע שהגישו ארגון שלום עכשיו והתנועה לחופש המידע, 13.6.18.](#)

48 הנתונים מאתר [ארגון בצלם](#) (נבדק לאחרונה ב-30.3.20).

49 **באיצטלה של חוקיות: הכרזה על אדמות מדינה בגדה המערבית**, בצלם (פברואר 2012), עמ' 11.

50 בג"ץ 2164/09 **יש דיין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פסק דין מיום 26.12.2011); [לרוקן מתוכן: המחצבות הישראליות בגדה המערבית - ביה ממוסדת בחסות בג"ץ](#), יש דיין (ספטמבר 2017).

51 **אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית**, יש דיין (דצמבר 2019). מחקר יש דיין מראה כי בשנים 2019-2005 משטרת מחוז ש"י כשלה בחקירה של למעלה מ-80% מהתלונות של פלסטינים על עבירות שביצעו נגדם לכאורה ישראלים. ראו גם: [עידן ה'הסדרה' - דו"ח ההפקעה של ועדת זנדברג להכשרת מאחזים ובנייה בלתי חוקית בהתנחלויות: ניתוח השלכות ויישום](#), יש דיין (ינואר 2019), המפרט את הפעולות הרבות שביצעו הרשויות הישראליות כדי להכשיר בדיעבד מאחזים שהוקמו ללא היתר על ידי מתנחלים, חלקם הגדול על קרקעות פרטיות של פלסטינים ועל קרקעות שהיו בשימוש קהילות פלסטיניות. נייר עמדה זה מראה כי נכון לתחילת 2019 כ-30 מאחזים הוכשרו ועוד כ-70 היו בהליכי הכשרה.

בלתי אלימה ואוסרים הפגנות, עצרות ותהלוכות.⁵² השלטון הצבאי עשה ועושה שימוש באופן שגרתי ותדיר במעצרים מינהליים⁵³ ובהוצאה אל מחוץ לחוק של התארגנויות פוליטיות כדי למנוע התנגדות לשלטון.⁵⁴ כל הארגונים הפוליטיים הפלסטינים הגדולים, כולל פת"ח ואש"ף, עימו חתמה ממשלת ישראל על הסכמים, הוגדרו כהתאחדויות לא מותרות או כארגוני טרור ואלפי פלסטינים ישבו ויושבים בבתי הכלא בגין חברות בהם, גם אם לא התלווה לחברות זו פעילות אלימה.

בגדה המערבית נוצרה, לפיכך, מציאות של שתי קבוצות, כשהאחת סובלת מנחיתות כפויה פוליטית, משפטית וכלכלית. היא נשלטת על ידי הקבוצה השנייה, מופלית לרעה בזכויות ובמשאבים, ומאמצים של חבריה להשתחרר מנחיתות זו מדוכאת.

כל אלה מובילים למסקנה כי בגדה המערבית מתקיים הרכיב של מערך משטרי של שליטה ודיכוי של קבוצה אחת כלפי קבוצה אחרת.

2.4 כוונה לשמר את השליטה

ייחודו של פשע האפרטהייד טמון כאמור בחתירתו לשמר מערך שליטה של קבוצה אחת על פני קבוצה אחרת ושל דיכוייה. לאחר שבחנו את סוגיית קיומו של המשטר, נעבור כעת לבחינה מעמיקה של השאלה אם משטר זה אף מאופיין בקיומו של אותו רכיב אינהרנטי המכוון לשמר אותו. לבחינת שאלת שימור השליטה במקרה הישראלי, נתאר כמה ערוצים המעידים לטעמנו על כוונת השימור: התנהלותה של ישראל בשטח והפעולות שביצעה בו; השינוי בהצהרות ישראל לאורך השנים לגבי כוונותיה ביחס לשטחים הכבושים; הטפטוף האיטי - אך הקבוע - של שינויים חקיקתיים שהולכים

52 באוגוסט 1967 הוציא הצבא הישראלי את צו צבאי מס' 101, המגדיר השתתפות בהתקהלות ללא היתר של יותר מעשרה אנשים בנושא "היכול להתפרש כמדיני" כעבירה פלילית, וקובע שדינה מאסר של עד עשר שנים, כמו שורה של הגבלות פוליטיות נוספות. ראו **נולדו ללא זכויות אזרח**, Human Rights Watch (דצמבר 2019).

53 נתונים שנמסרו לבצלם משירות בתי הסוהר ומדובר צה"ל, באמצע האינתיפאדה הראשונה, בנובמבר 1989, נרשם שיא במספר הפלסטינים שהוחזקו בנקודת זמן אחת במעצר מינהלי: 1,794. במהלך כל אותה שנה הוחזקו 3,300 עצירים שונים במעצר מינהלי. עם החתימה על הסכמי אוסלו ודעיכת האינתיפאדה ירד מספר העצורים ובמחצית הראשונה של שנות ה-90 מספרם הגיע לשפל של כמה בודדים, אבל בממוצע עמד על בין 100 ל-350 עצורים פלסטינים בכל רגע נתון. עם פרוץ האינתיפאדה השנייה המספר זינק שוב לכ-1,000 עצירים בסוף 2002; ובשנים 2005-2007 התייצב על 700-750 בממוצע. עם תום האינתיפאדה השנייה חלה שוב ירידה ניכרת במספר העצורים המינהליים. בינואר 2011 הוחזקו 219 פלסטינים במעצר מינהלי, ובדצמבר 2011 עמד מספרם על 307. מאז המבצע הצבאי בעזה ב-2014 ("צוק איתן") ופרוץ גל האלימות של 2015 המספר שוב עלה, ובסוף אותה שנה היו כמעט 600 עצורים מינהליים. באפריל 2016 מספרם עמד על 696 (**הנתונים מאתר ארגון בצלם**, נבדק לאחרונה ב-5.4.2020). לפי תשובת שבי"ס לבקשה על פי חוק חופש המידע של המוקד להגנת הפרט, נכון ל-8.3.2020 מחזיקה ישראל 431 גברים פלסטינים בגירים במעצר מינהלי, מתוכם 169 מוחזקים לתקופה של עד חצי שנה (מהם 4 תושבי ירושלים המזרחית, היתר משאר חלקי הגדה המערבית); 159 לתקופה של בין חצי שנה לשנה (כולם מהגדה); 100 לתקופה של בין שנה לשנתיים (מהם אחד מירושלים המזרחית); ושלושה מוחזקים במעצר מינהלי כבר למעלה משנתיים. יצוין כי פילוח זה משקף את משך כליאתם של העצירים ברגע מסירת המידע ולא את תקופות המעצר הסופיות, אותן ניתן יהיה לדעת רק בעת השחרור. כמו כן מוחזקות כיום במעצר מינהלי ארבע נשים, שתיים מהן לתקופה של עד חצי שנה ושתיים לתקופה של בין שנה לשנתיים, וכן שני קטינים המוחזקים במעצר מינהלי לתקופה של עד חצי שנה.

54 משרד הביטחון הישראלי הוציא אל מחוץ לחוק מאז 1967 יותר מ-430 ארגונים, בהם כל המפלגות הפוליטיות הפלסטיניות העיקריות, לרבות מפלגת פת"ח של הנשיא מחמוד עבאס. ראו **נולדו ללא זכויות אזרח**, Human Rights Watch (דצמבר 2019).

ומצטרפים ברבות הזמן לסיפוח משפטי זוחל של הגדה המערבית; והצהרות קונקרטיים וישירות של ממשלת ישראל והעומדים בראשה על כוונה לספח את השטחים הכבושים או חלק מהם.

גרסת ה"שטחים במחלוקת"

בשנים האחרונות חל שינוי מהותי באופן שבו ממשלת ישראל מציגה את השליטה הישראלית בגדה המערבית. מאז 1967, ובמשך חמישה עשורים, ממשלות ישראל השונות טענו בפורומים בינלאומיים וגם בבית המשפט בישראל שהשטחים שכבשה ישראל הם "שטחים במחלוקת".⁵⁵ למונח "שטחים במחלוקת" אין משמעות משפטית, אך הקהילה הבינלאומית הבינה אותו כהתחייבות של ישראל שהשליטה הצבאית בהם היא זמנית ושעתיד השטח ומעמדו הקבוע לא ייקבעו באופן חד צדדי כי אם במשא-ומתן ובהסכמה. ממשלות ישראל השונות אישרו פעם אחר פעם את הפרשנות הזו.⁵⁶ מכאן שלממשלות ישראל היתה, לפחות רשמית ורטורית, טענה שלצד העובדה שיש לה טענות לזכויות על השטח או חלקו, אין לה רצון לקבע את השליטה בפלסטינים ושהשליטה הקיימת היא זמנית.

הקהילה הבינלאומית אף ראתה ב"תהליך השלום" בין ישראל והפלסטינים, שהחל עם ועידת מדריד ב-1991, ונמשך בתהליך אוסלו ובאימוץ העמדה המצדדת בהקמת מדינה פלסטינית לצידה של מדינת ישראל, ראיה לכך שאכן ממשלות ישראל אינן שואפות לשמר את השליטה על הפלסטינים. האופק של המדיניות הישראלית, כפי שהבינה אותו הקהילה הבינלאומית, היה סיום השליטה הישראלית על הפלסטינים בשטחים שכבשה ב-1967.

לאורך כל אותן שנים המצב בשטח סיפור אחר. ישראל שינתה את הגדה ללא היכר, תוך הפרת העקרונות היסודיים ביותר של דיני הכיבוש ואגב ניצול השטח ומשאביו לצרכיה שלה. ישראל פעלה בגדה המערבית כריבון ולא ככובש, תוך שהיא מבצעת שינויים ארוכי טווח בשטח בכל תחומי החיים, לרבות מדיניות קרקע, פיתוח תשתיות, תכנון ובינוי, חקיקה ואפילו מיסוי. ישראל שיעבדה את אדמות הגדה לצרכיה הכלכליים והחברתיים ועודדה את הסקטור העסקי שלה לנצל את משאביו הטבעיים.

ואולם המדיניות ארוכת הטווח והדרמטית ביותר של ישראל בגדה המערבית היא מדיניות ההתנחלות. מדיניות זו הביאה, כפי שצינו, לשינוי דמוגרפי של השטח הכבוש ולהטיית משאביו לטובת המהגרים החדשים, והיתה מבוססת כולה על הפרת איסור מוחלט הקבוע בדיני הכיבוש, אשר הוגדר כפשע מלחמה באמנת רומא: העברת אוכלוסייה אזרחית של המעצמה הכובשת אל השטח הכבוש.⁵⁷

במעשיהן הוכיחו ממשלות ישראל כוונה לקבע את השליטה הישראלית בשטח שנכבש, גם אם במילותיהן הן המשיכו לטעון כי כל פעולותיהן כפופות לעקרונות שייקבעו במשא ומתן ולהסכמות שיושגו עם הנציגות הפלסטינית. למעשה, היקף השינויים שהכניסו ממשלות ישראל בשטחי הגדה המערבית כה נרחב, ומידת האינטנסיביות והקדחתנות של פיתוח

55 לפי אתר משרד החוץ בטקסט שנכתב בדצמבר 2009, "מאחר שבגדה המערבית לא היה ריבון חוקי קודם, הרי שלפי המשפט הבינלאומי, אי אפשר לראות שטחים אלה כאדמות ערביות או פלסטיניות 'כבושות', והתיאור המדויק יותר שלהן הוא 'שטחים שנויים במחלוקת'." [האם הגדה המערבית היא שטח 'כבוש' או שטח 'נתון במחלוקת'?](#)

56 עמדה זו הובעה כבר בימים שלאחר סיום הקרבות ב-1967 בדבריו של שר החוץ דאז, אבא אבן, בדיונים במועצת הביטחון שהסתיימו בקבלת החלטה 242: ישיבה מס' 1382 של מועצת הביטחון (22.11.1967): (S/PV.1382 (Official Records), פסקה 85. דברים דומים נאמרו על ידי אבן בדיון מיום 13.11.1967, (S/PV.1375 (Official Records) בעמ' 3, פסקה 24.

57 סעיף 49 (פסקה 6) של אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אוכלוסייה אזרחית בימי מלחמה (1949), וסעיף 28(b)(viii) לאמנת רומא בדבר בית המשפט הפלילי הבינלאומי (1998), שאף חידד כי האיסור על העברה תקף בין אם היא נעשית "במישרין או בעקיפין".

הנוכחות הישראלית והחלשת זו הפלסטינית כה גדולה, שעוצמת הראיות שנערמו לאורך השנים לקיומה של כוונה לקבע את השליטה הישראלית בשטח זה – היא חד משמעית, ברורה ומובהקת.

התנהלות ישראל הצביעה על מסקנה זו באופן הולך וגובר, עד שבשלב מסוים התעלמות ממנה דורשה עצימת עיניים בוטה. הפרשנות היחידה האפשרית כיום למדיניות ולפעולות המצרפיות של ממשלות ישראל לאורך השנים, היא שאלה נועדו להציב עובדות בלתי-פיכות בשטח הגדה המערבית, ובאמצעותן **לשמר את השליטה** הישראלית בה ובאוכלוסייה הפלסטינית שלה, לטווח זמן שאינו מוגבל.

ואם לא די בכך, הרי שבשנים האחרונות, בעיקר מאז כינונה של ממשלת נתניהו הרביעית בבמאי 2015, הפער בין הרטוריקה למעשים אף הצטמצם וממשלת ישראל חותרת לסיפוח רשמי ומשפטי, דה יורה, של שטחים בגדה המערבית.

הסיפוח המשפטי הזוחל

סיפוח הוא אקט, לרוב הצהרתי, שבמסגרתו מדינה מכריזה שהיא רואה בתא שטח כלשהו חלק משטחה הריבוני. **כלומר, סיפוח של שטח שנמצא בשליטת מדינה הוא, בין היתר, הצהרה על כוונה לשמר את השליטה הזו באופן בלתי-מוגבל בזמן או בסמכויות.** בעניין זה יש לציין שהחלת חוקי מדינה על שטח כלשהו מהווה ביטוי של סיפוח, אולם סיפוח יכול להיעשות גם ללא החלה כזו, באמצעות הצהרה בלבד.

ניתן לסמן שני שלבים בשינוי עמדתה המוצהרת של ממשלת ישראל כלפי הגדה המערבית, מ"שטח במחלוקת" שעתידו ייקבע במשא ומתן, לשטח שישראל מבקשת להחיל עליו את ריבונותה באופן חד צדדי: הראשון, נקיטת הליכים של סיפוח משפטי זוחל (החלת חקיקה ישראלית על השטח באופן חלקי מאוד והדרגתי מאוד), והשני - סיפוח מלא בצעד חקיקתי אחד. נכון לרגע כתיבת שורות אלה, ממשלת ישראל החלה לבצע את השלב הראשון בפועל והצהירה על כוונתה לבצע את השלב השני. התחלת ביצוע השלב הראשון וההצהרה על כוונה לבצע את השני נעשו לפני ואחרי שהוצגה בתחילת 2020 תוכניתו המדינית של נשיא ארה"ב דונלד טראמפ, הידועה בכינויה "תוכנית המאה", שכוללת אף היא מרכיב של סיפוח שאינו מותנה בהסכמת הפלסטינים.

לתהליך הסיפוח המשפטי הזוחל היו מספר מבשרים. רגע משמעותי ביותר שלו התרחש ב-6 בפברואר 2017, כשהכנסת השלימה את חקיקת חוק ההסדרה.⁵⁸ היתה זו הפעם הראשונה שהכנסת, הפרלמנט הישראלי, חוקק חוק שהוחל **טריטוריאלי** על הגדה המערבית **באופן ישיר** (ולא ב"הצנרה" באמצעות צו של המפקד הצבאי). החוק התיימר לשנות את דיני המקרקעין בגדה וקבע מסלול להפקעה של קרקע המצויה בבעלות פרטית של פלסטינים ואשר ישראלים פלשו אליה, והקצאתה לפולשים.⁵⁹ חוק כזה, המתיימר לחול על טריטוריה שמחוץ לשטח של מדינה, אינו חוק חוץ-טריטוריאלי "רגיל", שכן הוא אינו נכנס לאחת הקטגוריות המוכרות של חקיקה חוץ-טריטוריאלי (בהן חקיקה של מדינה חלה על אזרחיה הנמצאים מחוץ לגבולותיה, או חקיקה שחלה על זרים הנמצאים מחוץ לשטח המדינה ומשם פוגעים בה, באינטרסים שלה, באזרחיה וכו'). לפיכך, יש בחקיקה כזו משום הפגנת אלמנט

58 חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, תשע"ז-2017.

59 החוק בוטל על ידי בית המשפט הגבוה לצדק: בג"צ 1308/17, 2055/17 **עיריית סילוואד ואח' נ' הכנסת ואח'** (פסק דין מיום 9.6.2020). הח"מ נמנה עם עורכי הדין שייצגו את העותרים.

של ריבונות על הטריטוריה, או בניסוח אחר, מדובר בחקיקה בעלת אפקט סיפוחי. חקיקה כזו אינה מהווה סיפוח מלא, שכן לא מתלווה אליה הצהרה על החלת ריבונות מלאה, וגם החלת הדין הישראלי טמונה בה באופן חלקי מאוד ומוגבלת לנורמה הספציפית שאותה היא מסדירה. לחקיקה ישראלית כזו, המתיימרת לחול בגדה המערבית, נתייחס כ"חקיקה סיפוחית".

חוק ההסדרה היה הראשון ואחריו באו גלים של פעילות חקיקתית סיפוחית ועשרות חוקים סיפוחיים עשו אחריו את דרכם במעלה המסלול החקיקתי. חלקם אף השלימו את המסלול ועברו בכנסת קריאה שנייה ושלישית (תהליך שנעצר עם הבחירות לכנסת ה-21 באפריל 2019 והקיפאון הפוליטי שנוצר לאחריו). בשנים 2017-2019 הכנסת העבירה חוקים סיפוחיים נוספים בתחומים מגוונים, מהשכלה גבוהה, דרך כלכלה ורגולציה של ייצור מצרכי יסוד ועד לניהול של המרשם הפלילי, אשר הוחלו על הגדה המערבית.⁶⁰ לצד תהליך זה, הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה מדצמבר 2017 קבעה שהצעות חוק ממשלתיות חייבות מעתה להתייחס ככל שניתן לתחולתן על הגדה המערבית.⁶¹ הנחיה דומה הפיצו שרת המשפטים ושר התיירות ליתר חברי הממשלה.⁶²

הצהרות על כוונה לבצע סיפוח משפטי מלא בצעד חקיקתי אחד

ב-31 בדצמבר 2017 חברי מרכז הליכוד, מפלגת השלטון, הצביעו ברוב קולות בעד נוסח החלטה לפיה על ממשלת ישראל לספח את הגדה המערבית.

בראשית אפריל 2019, ימים ספורים לפני הבחירות לכנסת ה-21, הצהיר ראש הממשלה בנימין נתניהו במספר ראיונות לכלי התקשורת בישראל כי יקדם החלת ריבונות ישראלית הדרגתית בשטחי הגדה המערבית, וכי הוא דן עם הממשל האמריקאי על "סיפוח בהסכמה", כדבריו, של השטחים האמורים.⁶³ לאחר שנתניהו לא הצליח להקים ממשלה, ב-19 בספטמבר 2019 התקיימו הבחירות לכנסת ה-22. לקראת בחירות אלה חזר נתניהו על הצהרותיו בנוגע להחלת הריבונות הישראלית על הגדה המערבית, ושבוע לפני קיומן כינס עיתונאים, חברי כנסת ופוליטיקאים נוספים מהליכוד כדי לפרסם הצהרה באותה רוח, לפיה כוונתו לספח יישובים ישראלים בגדה המערבית, ובפרט את שטחי בקעת הירדן וצפון ים המלח.⁶⁴

בדבריו אלה הזכיר לראשונה נתניהו את "תוכנית המאה" של הנשיא האמריקאי דונאלד טראמפ להסדר קבע בין ישראל לפלסטין, שעתידיה היתה להתפרסם לאחר הבחירות בישראל, ואשר עיקריה פורסמו לבסוף בינואר 2020. בדבריו מספטמבר 2019 אמר נתניהו: "זאת הזדמנות היסטורית, שעת כושר חד פעמית להחיל את הריבונות הישראלית על יהודה ושומרון ועל אזורים אחרים בעלי חשיבות לביטחוננו, למורשתנו ולעיתידנו".⁶⁵ ב-28 בינואר 2020 פורסמו פרטי התוכנית בבית הלבן, במעמד טראמפ ונתניהו. נתניהו הצהיר כי ישראל תחיל את החוק הישראלי באותן התנחלויות בגדה המערבית ובבקעת הירדן "שארצות הברית הסכימה להכיר בהן כחלק מישראל".⁶⁶ התוכנית קבעה כי

60 ארגון יש דין איגד את שלל הצעות החוק והחוקים ה"סיפוחיים" לבסיס נתונים. ראו: **מאגר חוקי הסיפוח**, יש דין.

61 רויטל חובל, "לבקשת שקד היועמ"ש הורה לבחון החלת כל חוק חדש גם על השטחים", **הארץ**, 31.12.2017.

62 http://peacenow.org.il/wp-content/uploads/2018/01/Shaked_Levin_Legislation_letter_May2017.pdf

63 ראו למשל: "נתניהו: נחיל ריבונות ישראלית ביו"ש בהדרגה, לא רק על הגושים", **מעריב**, 6.4.2019.

64 מורן אזולאי ואלישע בן קימון, "ה'הצהרה הדרמטית' של נתניהו: אם אבחר אספח את בקעת הירדן וצפון ים המלח", **Ynet**, 10.9.2019.

65 שם.

66 נועה לדאד ואמיר תיבון, "טראמפ הציג את 'עסקת המאה': שתי מדינות, ירושלים הבירה והחלפת שטחים בנגב", **הארץ**, 28.1.20.

תוקם מדינה פלסטינית מפורזת, וכי ישראל תוכל להחיל את חוקיה בהתנחלויות ובשטחים שסביבן, ולשמור על שליטה ביטחונית בגדה.⁶⁷ יו"ר האופוזיציה באותה עת, ח"כ בני גנץ, הצהיר גם הוא כי "תוכנית השלום משקפת נאמנה את עקרונות היסוד" במצע מפלגתו, וקרא למימוש התוכנית על כל סעיפיה.⁶⁸

לסיכום: הכיבוש כהשעיה זמנית בלבד של ריבונות ושל זכויות אזרח שימש במשך שנים כאליבי של ישראל להאשמה המופנית כלפיה בדבר ביצוע פשע האפרטהייד בגדה המערבית. המדיניות המובהקת והמכוונת של נישול, התנחלות וסיפוח זוחל, הן בפועל והן מבחינה משפטית, מסגירה כוונה לקיבוע השליטה הישראלית ועימה הפיכת ההשעיה של הריבונות והזכויות של הפלסטינים לנצחיים – ומרסקת את האליבי.

2.5 סיכום ביניים

ישראל מפעילה בגדה המערבית מערך משטרי של שליטה ודיכוי של קבוצה גזעית אחת כלפי קבוצה גזעית אחרת (כמשמעות המונח "קבוצה גזעית" באמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית). לישראל יש כוונה ברורה – שהוכחה במעשים ולאחרונה גם בהצהרות רשמיות – לשמר ואף לקבע את שליטתה **על האדמה** וכפועל יוצא מכך, באופן הכרחי, גם על חברי הקבוצה האחרת המתגוררת בו.

נותר אם כן לברר אם במסגרת שליטתה האמורה ישראל מבצעת מעשים המוגדרים באמנת רומא ו/או באמנת האפרטהייד כמעשים בלתי אנושיים, המשרתים את המטרה של שימור השליטה.

2.6 מעשים בלתי אנושיים

כמפורט בחלק הראשון של חוות-דעת זו, אמנת האפרטהייד ואמנת רומא כוללות מספר חלופות לרכיב ה"מעשים הבלתי אנושיים". ישראל מפעילה מדיניות ופרקטיקות רבות בגדה המערבית הפוגעות בזכויותיהם של תושביה הפלסטינים, ורבות מהן 'מועמדות' למלא את הקטגוריה המפוקפקת.

אלא שלנוכח הדרישה כי מעשה המקיים את פשע האפרטהייד, כמו פשעים אחרים נגד האנושות, יהיה **חלק מתקיפה שיטתית או נרחבת של אוכלוסייה אזרחית**, לא כל פרקטיקה שעונה באופן טכני על הגדרת המעשה הלא אנושי תספק את הדרישה, אלא רק אלו שהאפקט הפוגעני שלהן **נרחב ושיטתי**.

חוקרים שונים הצביעו על מגוון של פרטיקות ומדיניות ישראליות המכוונות כלפי פלסטינים בלבד, בטענה כי הן מקיימות את רכיב ה"מעשה לא אנושי" שבהגדרת פשע האפרטהייד. כך למשל, נטען שמדיניות החיסולים (שישראל מכנה באופן מכובס "סיכולים ממוקדים") וכן שימוש תדיר ומופרז בכוח

67 תוכנית טראמפ: [Peace to Prosperity: A Vision to Improve the Lives of the Palestinian and Israeli People](#)

68 יהונתן ליס, "גנץ: בשבוע הבא אביא את תוכנית השלום של טראמפ לאישור הכנסת", **הארץ**, 29.1.20.

קטלני במסגרת פשיטות צבאיות למעצר מבוקשים ומבצעים אחרים, מהווים מעשה בלתי אנושי מסוג שלילת הזכות לחיים (סעיף 2(a) לאמנת האפרטהייד).⁶⁹ עוד נטען שהמעצרים הנרחבים והמתמשכים של פעילים פלסטינים, חלקם הגדול פעילים פוליטיים, שמספרם לאורך השנים מגיע לעשרות אלפים ואולי אף יותר, חלק ניכר מהם עצורים מינהליים, מהווה מעשה בלתי אנושי של שלילת חירות (סעיף 2(iii)(a) לאמנת האפרטהייד).⁷⁰ בנוסף נטען שמערך הגבלות התנועה המוטל על הפלסטינים (ורק עליהם), הן בכניסה וביציאה מהגדה והן בתנועה בתוכה, שההגבלות שישארל מטילה על עבודה ותעסוקה של פלסטינים, ההגבלות הכבדות על התארגנות, התאגדות ומחאה, והפגיעה בתושבות של רבים מהם, מהווים כל אחד מהם בנפרד וכולם ביחד מעשה בלתי אנושי של שלילת זכויות (סעיף 2(c) לאמנת האפרטהייד).⁷¹

מבלי להכריע בשאלה אם הדוגמאות האלו, וכן דוגמאות רבות אחרות של מדיניות ישראליות פוגעניות המופעלות בגדה המערבית כלפי פלסטינים בלבד אכן עולות כדי "מעשים בלתי אנושיים", אנו מבקשים להתמקד במספר מצומצם של פרקטיקות מרכזיות לשליטה הישראלית בגדה המערבית, שלהבנתנו מגדירות את אופיה ומהוות חלק מה"די.אן.אי. המשטרי" שלה. פרקטיקות אלה נחלקות בין אלו שמהוות מעשה בלתי אנושי מסוג "רדיפה" (בשפה של אמנת רומא) או "שלילת זכויות" (בשפה של אמנת האפרטהייד); אלו שמהוות מעשה בלתי אנושי מסוג "הפרדת בני אדם לפי שיוך קבוצתי" (סעיף 2(d) לאמנת האפרטהייד, שיכול גם להוות "רדיפה" לפי אמנת רומא); ואלו שהן מעשה בלתי אנושי של "רדיפת ארגונים או יחידים המתנגדים לאפרטהייד" (סעיף 2(f) לאמנת האפרטהייד, ו"רדיפה" לפי אמנת רומא).

המדיניות שנסקור להלן הן שלילת זכויות אזרח; החלת מערכת דין כפולה; מניעת פיתוח; מדיניות ההפרדה; מדיניות הפקעת אדמות; רדיפת מתנגדי ומבקרי משטר; והעברות כפויות של אוכלוסייה.

2.6.1 רדיפה [אמנת רומא] ושלילת זכויות יסוד [אמנת האפרטהייד]

פשע הרדיפה מצויין באמנת רומא בסעיף 7(1)(h) ומוגדר בסעיף 7(2)(g) כ"פגיעה חמורה ומכוונת בזכויות בסיסיות בניגוד לחוק הבינלאומי בשל הזהות של קבוצה או קולקטיב".⁷² ההשתייכות הקבוצתית הרלוונטית לענייננו היא לאומית.⁷³ בהקשר של רדיפת מתנגדי משטר ההשתייכות הקבוצתית היא גם פוליטית. פשע הרדיפה נכלל גם בחוקות של בתי דין פליליים בינלאומיים בעבר, כמו חוקת בית הדין הצבאי שפעל בנירנברג אחרי מלחמת העולם השנייה, חוקת בית הדין הפלילי לעניין הפשעים שבוצעו ברואנדה (ICTR) וחוקת בית הדין הפלילי לעניין הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר (ICTY). הפשע עוסק במניעת זכויות מחברי קבוצה בשל היותם חברי הקבוצה, והוא אינו דורש מניע מסויים (למשל גזעני או אידיאולוגי). די בכך שהשלילה נגרמת בשל השייכות לקבוצה, ואין צורך בבחינה אינדיבידואלית כדי שרכיב זה של הרדיפה יתקיים. מעשה הרדיפה כפשע עצמאי כרוך בביצוע של פשעים אחרים נגד האנושות, והוא אינו יכול להסתכם "רק" בשלילת זכויות על בסיס קבוצתי.

69 891-892 Dugard and Reynolds, "Apartheid, international law, and the occupied Palestinian territory", p. 891-892. ראו הערת שוליים מס' 30.

70 שם, עמ' 892-895.

71 Virginia Tilley (ed.), **Beyond Occupation: Apartheid, Colonialism and International Law in the Occupied Palestinian Territories**, Pluto Press (2012), p. 216.

72 (התרגום מתוך **אמנת רומא והדין הפלילי הישראלי משלימות והתאמה**, המוזכר לעיל בהערת שוליים מס' 21).

73 קבוצה לאומית כלולה באופן מפורש ברשימת הקבוצות שפשע הרדיפה עוסק בהן, ראו: **Elements of the Crime** (International Criminal Court, 2011), p. 10.

ואולם בהקשר שלנו לא נדרש ביצוע מלא של פשע הרדיפה, משום שהגדרת פשע האפרטהייד דורשת ביצוע "מעשים בלתי אנושיים בעלי אופי דומה" לפשעים נגד האנושות האחרים, ובהם רדיפה.

המעשה הבלתי אנושי מסוג רדיפה חופף במידה רבה, אם כן, לכמה מהמעשים הבלתי אנושיים המוזכרים באמנת האפרטהייד (התרגומים להלן שלנו):

1. סעיף 2(c) - "שלילת זכויות אדם בסיסיות מחברי קבוצה או קבוצות גזעיות" ("במטרה למנוע מהן להשתתף בחיים הפוליטיים, החברתיים, הכלכליים או התרבותיים של המדינה או כדי ליצור תנאים המונעים את התפתחותן המלאה").

2. סעיף 2(d) - "כל פעולה, לרבות חקיקתית, המכוונת לחלק את האוכלוסייה לפי שיוך קבוצתי על ידי יצירת שמורות נפרדות וגטאות לקבוצות הגזעיות, איסור על נישואין מעורבים בין חברי קבוצות גזעיות שונות, הפקעת אדמות ורכוש השייכים לקבוצה גזעית או לחבריה".

3. סעיף 2(f) - "רדיפה של ארגונים או יחידים, על ידי מניעת זכויות יסוד וחירויות, בשל התנגדותם לאפרטהייד".

הגדרת פשע הרדיפה לפי אמנת רומא כוללת שני תנאים שאינם מצוינים במפורש באמנת האפרטהייד:

ראשית, שלילת הזכויות צריכה להיות "חמורה" (Severe). ברור שלא כל שלילת זכויות ולא כל אפליה עולה כדי רדיפה. לשלילת הזכויות ולאפליה הקבוצתית חייבת להתלוות מידה של חומרה שמכניסה אותה לגדרי הפשע.⁷⁴ השלילה צריכה להיות כזו שהשלכותיה על חייהם של הקורבנות משמעותיות מאוד, שהיא מונעת מהם לא רק נוחות אלא גם יכולת לשמור על קיומם החברתי, התרבותי והכלכלי ולהתפתח כיחידים וכקבוצה. ה-ICTY קבע שאת מידת החומרה יש לבחון לא תוך בידוד אקט האפליה לבדו, אלא בהסתכלות רחבה על ההקשר והאפקט המצרפי של פעולות ומדיניות של אפליה.⁷⁵

שנית, על שלילת הזכויות להיעשות "תוך הפרת המשפט הבינלאומי". הפרשנות לתנאי אחרון זה גורסת כי הוא מתייחס להפרה של זכויות יסוד שהוכרו במה שמכונה "מגילת זכויות האדם" של המשפט הבינלאומי, הכוללת את ההכרזה האוניברסלית לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948), את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966) ואת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966).⁷⁶ כלומר, שלילת הזכויות צריכה להתקיים ביחס לזכות שהוכרה במשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובאופן שאינו עולה בקנה אחד עם ההוראות של שדה משפטי זה - כלומר כאשר אין כל הגנה, החרגה או סייג המאפשרים את ההפרה.

מספר מדיניות ופרקטיקות מרכזיות שמפעילות רשויות השלטון הישראליות בגדה המערבית מהוות לדעתנו מעשה של רדיפה לפי אמנת רומא ו/או שלילת זכויות לפי אמנת האפרטהייד. נסקור אותן להלן, תוך הפנייה לטעמים הרלוונטיים בכל אחת משתי האמנות:

74 William A. Schabas, *The international Criminal Court - A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press (2016), p.198.

75 *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Case No.: ICTY 95-16-T, judgment (January 14, 2000), para. 622

76 Schabas, שם, עמ' 195.

2.6.2 שלילת זכויות אזרח

לפי אמנת האפרטהייד: ס' 2(c) - מניעת זכויות יסוד;

לפי אמנת רומא: ס' 1(h) - רדיפה

מאז 1967 הפלסטינים תושבי הגדה המערבית נעדרים ייצוג במוסדות השלטון, אין להם זכות לבחור ולהיבחר לגופים הקובעים את הנורמות החולשות עליהם ומכרעות את עתידם, או למינהל שמושל בהם. במקביל, החקיקה הצבאית הגבילה באופן עמוק את מרבית הזכויות הפוליטיות של התושבים הפלסטינים (עד כדי שניתן אולי לומר שהן הושעו), בהן הזכויות להתאגד, לביטוי, למחאה ולהפגנה.⁷⁷

זהו מקרה מובהק של שלילת זכויות מקבוצה במטרה למנוע ממנה השתתפות בחיים הפוליטיים של המדינה.

אמנם, שלילה זו של זכויות פוליטיות (בעיקר הזכות לבחור ולהיבחר) הינה חלק אינהרנטי מהמבנה של משטר כיבוש צבאי כפי שעוצב במשפט הבינלאומי. לכן, ככל שישראל יכולה לטעון שמדובר במצב זמני ושהיא שואפת לסיימו, הפגיעה בזכויות אלה היתה יכולה להישב כהשעיה זמנית וחוקית הנובעת מדיני המלחמה הבינלאומיים. אלא שכפי שהראנו, ישראל מבצעת לאורך שנים פעולות מובהקות ונרחבות שמטרתן שימור וקבוע שליטתה בגדה, ללא עצירת ההשעיה של זכויות האזרח של הפלסטינים. ההשעיה של זכויות האזרח המותרת לפי דיני הכיבוש מותנית בזמניות, שמשמעותה חתירה לסיום הכיבוש (או השליטה הכפויה). מרגע שישראל לא פועלת לסיום השליטה אלא להיפך, לקבועה, לא מתקיים עוד התנאי שלפיו הפגיעה בזכויות נעשית בהתאם להרשאה הקיימת במשפט הבינלאומי.

בל נשכח שבמקביל, חברי הקבוצה האחרת - הישראלים החיים בגדה - נהנים מזכויות אזרח מלאות ורבים מהם מאיישים תפקידים במינהל האזרחי.

אשר לזכויות הפלסטינים לבחור ולהיבחר במסגרת הרשות הפלסטינית, אלה ממתנות רק במעט מאוד את הפגיעה בזכויות האזרחיות האמורות. זאת משום שבהתאם להסכמי אוסלו, ובעיקר בהתאם למצב בפועל, הרשות הפלסטינית עצמה מצויה תחת כיבוש ולכן מלכתחילה סמכויותיה לקבוע נורמות ומדיניות, לא כל שכן לאוכפן, מוגבלות מאוד. ישראל מחזיקה בסמכויות ובכוח עודפים ומכרעים והיא עושה בהם שימוש תדיר. במגוון תחומים אין לרשות סמכות כלל (למשל בכל מה שקשור לחלל האוויר ולתחומי התעופה, יחסי חוץ, ביטחון חיצוני, ירושלים, שטחי ההתנחלויות וישראלים). במקביל, במגוון נוסף של תחומים ישראל נהנית מזכות וטו (כך לדוגמה בכל הקשור לפיתוח מקורות מים ולהקצאות תדרי שידור בספקטרום האלקטרומגנטי). וכמובן, לרשות אין סמכויות כלל בנוגע לאדמות ברוב שטחי הגדה המערבית - אזר C - שם גם סמכויות התכנון והבנייה נתונות בידי ישראל.

77 צו דבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת (יהודה ושומרון) (מס' 101), תשכ"ז - 1967 קובע בין היתר איסור על קיום תהלוכות, עצרות ומשמרות (המוגדרות כהתאספות של עשרה אנשים ויותר לשמיעת נאום בנושא מדיני או שיכול להתפרש כמדיני) ופרסום תכנים מדיניים בכל מדיום ללא אישור המפקד הצבאי. ראו: **Human Rights Watch, Born Without Civil Rights: Israel's Use of Draconian Military Orders to Repress Palestinians in the West Bank** (December 2019). נוסף לכך, ישראל עשתה שימוש נרחב בהוצאה מחוץ לחוק של ארגונים באמצעות תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 המנדטוריות והגדירה באופן רחב מאוד את עבירת ה"הסתה" ככוללת פרסום "דברי שבה, אהדה או תמיכה בארגון עוין, בפעולותיו או במטרותיו" וגם "גילוי של הזדהות עם ארגון עוין, עם פעולותיו או עם מטרותיו או אהדה אליהם, בהנפת דגל, בהצגת סמל או סיסמה או בהשמעת הימנון או סיסמה" (סעיף 251 לצו דבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (יהודה ושומרון) (מספר 1651), תש"ע - 2009).

בפועל, הרשות הפלסטינית דומה במידה רבה יותר לשלטון מקומי מאשר לשלטון מרכזי, ואף לשלטון מקומי מוחלש. **הרשות הפלסטינית כגוף שלטוני מעוקרת במידה רבה מתוכן, סמכויות וכוח, ולכן הזכות לבחור למוסדותיה ולהיבחר אליהם אינה ממלאת אחר היעד של הזכויות האזרחיות המרכזיות האלה – מתן האפשרות להשתתף בחיים הפוליטיים ובמוסדות הקובעים את הדין והמדיניות החולשים על חייהם של האזרחים באופן אפקטיבי. מוסדות אלו בגדה המערבית הם בעיקר מוסדותיו של המשטר הישראלי.**

שלילת זכויות האזרח מהפלסטינים היא חלק משלילה של זכותם הקבוצתית להגדרה עצמית ולעצמאות. זכות זו היא זכות יסוד העומדת במרכזו של משפט זכויות האדם הבינלאומי כמו גם מהווה עקרון יסוד של היחסים הבינלאומיים כפי שעוצבו במחצית השנייה של המאה העשרים.

במצב דברים זה, מאפיין חוקי זה של משטר הכיבוש הופך תחת מסגרת החותרת לקבע את השליטה למעשה בלתי אנושי מסוג **"שלילת זכויות אדם בסיסיות מחברי קבוצה גזעית"** או **"רדיפה"**.

2.6.3 מערכת הדין הנפולה

לפי אמנת האפרטהייד: ס' 2(c) - מניעת זכויות יסוד;

לפי אמנת רומא: ס' 7(1)(h) - רדיפה

במהלך השנים מאז כונן הממשל הצבאי בגדה המערבית הכניס השלטון הצבאי שינויים מרחיקי לכת בדין החל בגדה, באמצעות מנשרים וצווים. לכאורה, הממשל הצבאי והדינים שנחקקו מכוחו חלים על כל מי ששוהה בגדה, כולל ישראלים, בין אם הם מבקרים בגדה ובין אם הם מתגוררים בה, לצד הדין שהוסיף לחול ברציפות מהתקופה הירדנית. אלא שבפועל, במקביל להתפתחותה של מערכת המשפט הצבאית החיל המחוקק הישראלי על הישראלים החיים בגדה, ולעיתים גם על זכאי שבות (כלומר: יהודים) שאינם אזרחים ישראלים, פרקים נרחבים **מהדין הישראלי** באופן אישי וחוץ-טריטוריאלי, בראש וראשונה את הדין הפלילי הישראלי. לצד זאת, המפקד הצבאי הכפיף את השלטון המקומי הישראלי בגדה (מועצות אזרחיות ומועצות מקומיות ישראליות על תושביהן), לשורה ארוכה של דברי חקיקה מינהלית **ישראלית** במגוון תחומים, תוך שהוא מעניק לפקידות הישראלית המקומית והלאומית סמכויות מקבילות לאלו שבידי הרשויות בישראל. כאמור, הדבר נעשה בתהליך של "הצנרה", במסגרתו הדין הישראלי (חקיקה של הכנסת) מוחל באמצעות צווים צבאיים על הרשויות המקומיות הישראליות בגדה.

כך נוצרו בגדה המערבית שני סוגי יישובים: ערים וכפרים פלסטיניים הכפופים לחוק הירדני (והמנדטורי העות'מאני, ככל שאלו לא בוטלו על ידו) ולצווים הצבאיים ששינו אותן, וכן לחוקי הרשות הפלסטינית באזורי A ו-B; ומועצות מקומיות ואזרחיות יהודיות, הכפופות באופן נרחב מאוד לחוק הישראלי

ולמינהל הישראלי. משפט ישראלי מינהלי זה שחל על היישובים הישראליים קיבל את הכינוי "משפט המובלעות"⁷⁸.

התוצאה היא משטר שבמסגרתו חלות בשטח שתי מערכות דינים שונות. על ישראלים חל במידה רבה הדין הישראלי החוץ-טריטוריאלי והמוצנר, ואילו על הפלסטינים חל החוק הירדני והצבאי (ובמידה מוגבלת החוק שמחוקקת הרשות הפלסטינית). באופן גס אפשר לומר שהתוצאה של תהליך זה היא אפליה נרחבת, עמוקה ומערכתית של פלסטינים, שכאמור - נתונים למשטר צבאי, לעומת המתנחלים הישראליים, שהמשטר המשפטי שמושל בהם הוא אזרחי ברובו. ישיבתם ארוכת השנים של אזרחי מדינת ישראל בהתנחלויות המצויות בלב השטח הכבוש הובילה לאפליה שיטתית, המעוגנת בחקיקה ובפסיקה, ומשפיעה על היבטים רבים בחייהם של התושבים הפלסטינים בגדה המערבית.⁷⁹

בכך נמנעת מהפלסטינים, בין היתר, הזכות לשוויון בכל מובן - אך בעיקר במובן הבסיסי שלה: שוויון בפני החוק.⁸⁰ אפליה כה ממוסדת ושיטתית המוחלת על פי מפתח קבוצתי מהווה גם פגיעה קשה בזכות לכבוד, ולמעשה חותרת תחת הבסיס הרחב ביותר של רעיון זכויות האדם: האנושיות המשותפת לכל בני האדם.

מעבר לשאלת האפליה, המשטר הצבאי שולל מהפלסטינים זכויות רבות כגון זכויות הליך הוגן⁸¹ (הנתונות לישראלים בהיותם נחקרים ונשפטים על ידי המערכות האזרחיות הישראליות), זכויות לכניסה ויציאה מהגדה המערבית ותנועה חופשית בתוכה,⁸² זכויות הנוגעות לפרטיות ולמשפחה,⁸³ זכויות להתאגדות, לביטוי, למחאה ולהפגנה.⁸⁴ האפליה המשפטית החמורה לא פסחה גם על קטינים פלסטינים: בעוד שקטינים ישראלים נהנים מהזכויות המוקנות בחוק הנוער (שפיטה ודרכי טיפול), תשל"א - 1971 המודרני והמתקדם, אשר מיישם את עקרון טובת הילד כעקרון-על גם בהליך הפלילי, קטינים פלסטינים סובלים מהוראות החקיקה הצבאית שמיועדת לבסס שליטה אוטוריטרית ומציבה את ההרתעה בראש מעייניה. החקיקה הצבאית לא מתקרבת לסטנדרטים המחייבים במשפט

78 "משפט המובלעות" הוא ביטוי שטבע פרופ' אמנון רובינשטיין במאמרו "מעמדם המשתנה של השטחים" - מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי", **עיוני משפט** יא 439, 450 (1987).

79 **שלטון אחד, שתי מערכות חוק: משטר הדינים של ישראל בגדה המערבית**, האגודה לזכויות האזרח בישראל, (אוקטובר 2014). הדו"ח המלא מפרט את ההבדלים בין החוק החל על ישראלים ופלסטינים בגדה המערבית ביחס לדיני מעצרים, הזכות להליך הוגן, הגדרת עבירות, רמות ענישה, קטינים, דיני תעבורה, חופש הביטוי והמחאה, חוקי תכנון ובנייה, חופש התנועה ומדיניות ההגירה.

80 מאז המהפכה הצרפתית הוחלך בהדרגה רעיון "המשפט האישי" בעקרון הטריטוריאלי, הקובע שגורמות משפטיות חולשות על כל בני האדם בטריטוריה שבה יש למחוקק סמכות. התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית, שהתקבל ב-1868, ביטא באופן קצר וזקולע את העיקרון באומרו - *No State shall... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* ("אף מדינה לא תשלול מאף אדם שבתחום שיפוטו את ההגנה השווה שמעניקים להם החוקים"). **משפטים בחצר האחורית**, יש דין (דצמבר 2007).

81 **אי-תנועה: שליטת חופש התנועה מפלסטינים בגדה המערבית**, בצלם, (אוגוסט 2007).

82 דוגמה קיצונית לאופן שבו מערכת הדין הכפולה פוגעת קשות בזכות לפרטיות של פלסטינים בעודה מכבדת את הזכות לפרטיות של ישראלים הם דיני הכניסה לחצרים פרטיים וחיפוש החלים על כל קהילה. בעוד שהמשפט הצבאי מעניק לכל קצין סמכות כמעט בלתי מוגבלת להיכנס לבתים פרטיים של פלסטינים ולחפש בהם, החוק הישראלי החל על ישראלים מחייב ככלל הוצאת צו חיפוש שיפוטי, שיינתן רק בהתקיים אחד מתוך מספר מצומצם ומוגדר היטב של עליות. בתשובה לטענת ארגון יש דין שמדובר באפליה פסולה כתב סגן היועץ המשפטי לאזור הגדה המערבית כך: "בהינתן שמערכות הדין הפליליות החלות על ישראלים ופלסטינים באזור שונות זו מזו, הרי שאין בעובדה שדיני החיפוש שונים אף הם, כדי להעיד על כך שמדובר באפליה, כי אם בהבחנה על בסיס שוני משפטי ועובדתי רלוונטי" (מצוטט בעתירה לבג"ץ שהוגשה על ידי הארגונים יש דין ורופאים לזכויות אדם: בג"ץ 2189/20 **ראבעה עבד אלעזיז עבדאללה חאמד ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, הוגשה ביום 22.3.2020).

84 ראו הערת שוליים 77.

הבינלאומי לטיפול בנוער בהליך הפלילי, ועל כן מאות קטינים פלסטינים נמצאים במעצר בידי הרשויות הישראליות בכל רגע נתון תוך הפרת זכויותיהם כקטינים.⁸⁵

העובדה שהחלת חוקים ישראליים על המתנחלים היא אקט של העתרת זכויות לא צריכה לערפל את העובדה שבה בעת היא גם אקט של מניעת זכויות מפלסטינים. לכן, הגם שאפשר לראות במדיניות הדין הכפולה קו פעולה של הענקת זכויות לקבוצה אחת, בד בבד זוהי שלילה של זכויות מהקבוצה השנייה.

מערכת הדין הכפולה שתוארה לעיל היא מדיניות של אפליה מערכתית וממוסדת **השוללת זכויות אדם בסיסיות מהפלסטינים** במובן זה שהיא יוצרת מערכת משפטית שבה מתן הזכויות או שלילתן נובע משיוך קבוצתי. מערכת הדין הכפולה ללא ספק משרתת מטרה של מניעת השתתפות "**בחיים הפוליטיים, החברתיים, הכלכליים או התרבותיים**" בכך שהיא מעניקה את האפשרות להשתתף בחיים אלה לקבוצה אחת ולא מעניקה אותה לקבוצה שנייה. לבסוף, מערכת הדין הכפולה תורמת ליצירת "**תנאים המונעים את התפתחותם המלאה**" של חברי הקבוצה המופלית. במילים אחרות, מדיניות זו יוצרת "**שלילה חמורה ומכוונת של זכויות יסוד תוך הפרת המשפט הבינלאומי בשל השתייכות קבוצתית**".

2.6.4 מניעת פיתוח

לפי אמנת האפרטהייד: ס' 2(c) - מניעת זכויות יסוד, ס' 2(d) - הפרדת קבוצות גזעיות;

לפי אמנת רומא: ס' 7(1)(h) - רדיפה

עם כיבוש הגדה המערבית ב-1967 הועברו סמכויות התכנון באיזור לידי המפקד הצבאי. ב-1971 חתם המפקד הצבאי על הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מספר 418), שקבע שינויים בחוק התכנון הירדני ויצר את התשתית למערכת התכנון כפי שפועלת בגדה מאז ולאורך כל שנות הכיבוש.

הצו העביר את סמכויותיהן של ועדות התכנון המחוזיות והמקומיות, אשר כללו ייצוג של הקהילות המתגוררות בשטח, לידי מועצת התכנון העליונה ולוועדות המשנה שלה שהקים המפקד הצבאי, אשר נעדרות נציגים של האוכלוסייה הפלסטינית. שינוי נוסף נעשה בהרכב מועצת התכנון עצמה, כאשר הצו קבע שהמועצה תכלול נציגים של השלטון המרכזי הצבאי בלבד (ובכלל זאת המינהל האזרחי), וזאת בניגוד להרכב הקודם שכלל בין היתר נציגות של הרשויות המקומיות. גם בוועדת המשנה לתכנון מקומי ורישוי, האחראית על רישוי בנייה ביישובים הפלסטיניים ועל אישור תוכניות לכפרים, אין כל ייצוג לפלסטינים.

לעומת זאת, במגזר ההתנחלותי, המחוקק הצבאי הקים ועדות תכנון מקומיות וקבע שמועצות אזוריות ומועצות מקומיות ישמשו כוועדות תכנון מקומיות,⁸⁶ ובכך הפקיד בידיהן סמכויות תכנון.

⁸⁵ **נוער בסיכון: כיצד מכשירים בתי המשפט הצבאיים את הפגיעה בזכויות הקטינים**, בצלם (מרץ 2018). ראו גם **שלטון אחד, שתי מערכות חוק: משטר הדינים של ישראל בגדה המערבית**, האגודה לזכויות האזרח בישראל (אוקטובר 2014).

⁸⁶ מינוי ועדות תכנון מיוחדות (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות) (יהודה והשומרון), תשס"ח-2008.

ההפרדה בין מערכות התכנון של ישראלים ופלסטינים בגדה המערבית איפשרה למדינת ישראל לממש מדיניות של עידוד בנייה בהתנחלויות מחד, והקפאתה ביישובים פלסטיניים מאידך. בעוד שלהתנחלויות בגדה המערבית קיימות תוכניות מתאר מפורטות המאפשרות הרחבה, פיתוח והוצאת היתרי בנייה, מצבם התכנוני של היישובים הפלסטינים בגדה מוקפא מזה עשרות שנים.

לכך יש להוסיף את מדיניות הקצאת האדמות בגדה המערבית. מנתונים שמסר המינהל האזרחי בשנת 2013 (ולפי נתונים שבידי ארגונים העוסקים בנושא לא השתנו באופן משמעותי מאז) עולה כי מאז 1967, רק כ-0.7% מהאדמות שבניהול המינהל האזרחי הוקצו לגורמים פלסטינים, בעוד שיותר מ-50% מהאדמות שבניהול המינהל הוקצו להסתדרות הציונית העולמית שעוסקת בפיתוח התנחלויות, לחברות סלולר ישראליות, לרשויות מוניציפליות של ההתנחלויות, למשרדי ממשלה ולחברות תשתית ישראליות כמו בזק, חברת החשמל ומקורות.⁸⁷ **מתוך כלל האדמות הציבוריות ("אדמות מדינה") בגדה המערבית שהוקצו על ידי המינהל האזרחי, 99.76% הועברו לשימושם של גופים ישראליים ורק 0.24% לפלסטינים.**⁸⁸

הנה כי כן, השלטון הישראלי מקצה מזה עשורים רבים משאבי קרקע ציבוריים כמעט אך ורק לישראלים ולפרויקטים המשרתים ישראלים. לא פלא אם כן, שב-53 השנים שחלפו מאז כבשה ישראל את הגדה המערבית הוקמו בה למעלה ממאה התנחלויות ישראליות, אך רק שני יישובים פלסטיניים נוסדו: העיר רואבי שהוקמה על ידי הרשות הפלסטינית, ויישוב/שכונה בפאתי ירושלים המיועדת לבני שבט הג'הלין שנעקרו בכוח ממקומם על מנת לפנות מקום לבניית ההתנחלות מעלה אדומים, תוך הפרת המשפט הבינלאומי (על כך עוד להלן).

ההסדר הסטטוטורי התכנוני בגדה המערבית, כמו גם מדיניות התכנון והקצאת אדמות הציבור בפועל, נועדו למנוע מהפלסטינים "להשתתף בחיים הפוליטיים, החברתיים, הכלכליים או התרבותיים של המדינה או כדי ליצור תנאים המונעים את התפתחות המלאה" ובמקביל לעודד פיתוח נרחב במגזר הישראלי בלבד. פגיעה זו בזכויות יסוד המוכרות במשפט הבינלאומי, בשל שיוך קבוצתי, מהווה רדיפה לפי אמנת רומא.

2.6.5. מדיניות ההפרדה בין ישראלים ופלסטינים בגדה

לפי אמנת האפרטהייד: ס' 2(c) - מניעת זכויות יסוד, ס' 2(d) - הפרדת קבוצות גזעיות;

לפי אמנת רומא: ס' 7(1)(h) - רדיפה

אחד המאפיינים המרכזיים של המשטר בגדה המערבית הוא מערך ההפרדה הפיזית בין שתי הקבוצות המתגוררות במקום. יש שיגידו שזו הפרדה בין מי שאינם מעוניינים להיות ביחד. אלא שהמשפט הבינלאומי אוסר על הפרדה שכזו, ללא כל תלות ברצונם של חברות וחברי הקבוצות המופרדות, וממילא מדיניות ההפרדה לא "שואלת" ישראלים ופלסטינים לגבי רצונותיהם, אלא מתקיימת פיזית

87 עת"מ 40223-03-10 במקום - מתכננים למען זכויות תכנון נ' המינהל האזרחי בגדה המערבית. לכתבי בית הדין ולפירוט הנתונים שנחשפו בעקבות העתירה ראו: היקף אדמות המדינה בשטחים והקצאתן לגורמים שונים, אתר האגודה לזכויות האזרח, אפריל 2013.

88 ראו הערת שוליים 47.

ומשפטית בהתאם לשייכוכם הלאומי; לכן כללי ההפרדה חלים גם על פעילי שלום או זכויות אדם, שאינם מעוניינים בה. גם טיעון לפיו ההפרדה נובעת ממניעים ביטחוניים אינו הופך אותה לחוקית. הפרדה בין קבוצות הינה אסורה ללא תלות במניע והיא מהווה "מעשה לא אנושי".

ההפרדה בין אוכלוסיות בגדה המערבית החלה בצנעה: ב-1992 נאסר על פלסטינים להיכנס לשטחי ההתנחלויות. מערכת של צווים הותקנה, וקציני הביטחון של ההתנחלויות הוסמכו לחסום פלסטינים שביקשו לנוע דרך אדמות ההתנחלויות.⁸⁹ במערכת הצווים תומך מנגנון בירוקרטי המעניק היתרי כניסה להתנחלויות עבור הפועלים הפלסטינים שבונים, מנקים ומגננים למתנחלים. שם, במנגנון מניעת הכניסה להתנחלויות, נקבע העיקרון שילווח את מדיניות ההפרדה לאורך שנים: כל פלסטיני אסור בכניסה לאזורים שבהם קיימת נוכחות ישראלית, אלא אם יש לו "עילה" לכניסה זו והוא קיבל היתר לכך מהמפקד הצבאי.

בהמשך הורחבה מניעת הגישה של פלסטינים לשטחים נרחבים מחוץ להתנחלויות ובקרבן ונוסד ה"שטח הביטחוני המיוחד" - השב"ם. שטחים בהיקף של מאות דונמים הנמצאים מסביב לעשרות התנחלויות, חלק ניכר מהם אדמה פלסטינית נטועה ומעובדת, הוכרזו כשב"מים והוקפו בגדרות שכלאו אותם. המפתחות לשערי השב"מים נמסרו לקציני הביטחון של ההתנחלויות, ויחד איתם הסמכות והכוח למנוע את כניסתם של בעלי הקרקע הפלסטינים לאדמתם שלהם או לאפשר זאת באמצעות "מנגנון התיאום". הגישה לאדמות רבות נוספות הנמצאות באיזורים קרובים להתנחלויות נאסרה באופן קבוע או עונתי אף היא והוכפפה למשטרי היתרים.

אז הגיעה גדר ההפרדה, ואיתה מרחב התפר: פרויקט להקמת מכשול פיזי שהחל ב-2003 ונכון להיום קרע כ-8% משטחי הגדה המערבית הנמצאים בסמיכות לקו הירוק באמצעות מערכת של גדרות וחומות. מצדה האחד של הגדר עשרות התנחלויות, מחוברות לישראל, גורפות אתן כמה עשרות כפרים פלסטיניים ומאות אלפי דונמים של אדמות פלסטיניות; ורוב האוכלוסייה הפלסטינית מעברה השני. תוואי זה של הגדר יצר מרחב אזרחי פלסטיני הכלוא בינה לבין הקו הירוק, ומכונה על ידי ישראל מרחב התפר. הכרזה של מפקד כוחות צה"ל בגדה קבעה שהמרחב כולו הוא שטח צבאי סגור, אליו אסורה הכניסה, למעט שלושה "סוגי בני אדם" (כך נכתב שחור על גבי לבן בצו), שעליהם ההכרזה אינה חלה.⁹⁰ שני ה"סוגים" הראשונים הם ישראלים ותיירים בעלי אשרת כניסה ושהייה בישראל. ה"סוג" השלישי הוא פלסטינים בעלי היתרי עבודה בהתנחלויות. יש לציין כי ההגדרה של "ישראלים", שכאמור ההכרזה על שטח צבאי סגור אינה חלה עליהם, כוללת אזרחים ישראלים, תושבי קבע של מדינת ישראל וכל מי שיש לו זכות להיות אזרח ישראלי בהתאם לחוק השבות, כלומר - כל יהודי.

כך החלה להיווצר המציאות הפיזית והמשפטית של ההפרדה. פלסטיני שאדמתו היא אדמת אביו, אותה ירש מסבו ומסב-סבו, נדרש להגיע למשרדי המינהל האזרחי ולבקש היתר על מנת לעבור בשער המוביל אליה. זאת בעוד שכל יהודי, מכל מקום בעולם, אף אם מעולם לא חי בישראל או בגדה, זכאי לחצות את הגדר ללא כל הפרעה. משטר ההיתרים הפך את הפלסטינים החיים במובלעות גדר ההפרדה לשוהים בלתי חוקיים בבתיהם ובאדמותיהם שלהם אלא אם קיבלו היתר להמשיך לגור באזור זה, ופגע קשות בזכויות היסוד שלהם - בראש ובראשונה בחופש התנועה, בזכות לפרנסה ולקיום בכבוד ובזכות לחיי משפחה. משטר ההיתרים מוביל לנישול שיטתי של תושבים פלסטינים מאדמותיהם המצויות ב"מרחב התפר": מחקר של OCHA לגבי 67 קהילות פלסטיניות בגדה המערבית

89 ראו למשל: הכרזה דבר סגירת שטח (ישובים ישראלים) (יהודה והשומרון), התשנ"ו-1996.
 90 הכרזה דבר סגירת שטח מס' 03/2/03 (מרחב התפר) (יהודה ושומרון) התשס"ד-2003.

מצא כי רק 18% מהתושבים שנהגו לעבד את האדמות באזור הסגור לפני הקמת גדר ההפרדה, זכו להיתר להמשיך ולעשות כן.⁹¹

במקביל הוגבלה גם התנועה של ישראלים, וחקיקה צבאית אסרה את כניסתם לאזורי A (כלומר לערים הפלסטיניות), למעט חריגים המקבלים היתר מהמפקד הצבאי.⁹²

ההתנחלויות, השב"מים, ובמיוחד גדר ההפרדה ומשטרי ההיתרים הכתימו את הקרקע. אזורים שלמים נצבעו פתאום בצבעי לאום. שטחים יהודיים ושטחים פלסטיניים, שטחים לבנים ושטחים שחורים. מערכת ענפה של דרכים נפרדות (המכונות "עוקפות") נסללה כדי להקטין ככל הניתן את המפגש בין האוכלוסיות גם בנתיבי התעבורה.

מדיניות ההפרדה היא מקרה קלאסי של "פעולה, לרבות חקיקתית, המכוונת לחלק את האוכלוסייה לפי שיוך קבוצתי על ידי יצירת שמורות נפרדות וגטאות לקבוצות הגזעיות", לפי ההגדרה למעשה בלתי אנושי של הפרדת קבוצות גזעיות המופיעה בסעיף 2(d) לאמנת האפרטהייד. ההפרדה מהווה גם הפרה נרחבת של הזכות לתנועה שנמנעת בהתאם לשיוך קבוצתי ובכך מהווה רדיפה לפי אמנת רומא.

2.6.6 הפיקעה ונישול מקרקעות

לפי אמנת האפרטהייד: ס' 2(c) - מניעת זכויות יסוד, ס' 2(d) - הפרדת קבוצות גזעיות;

לפי אמנת רומא: ס' 7(1)(h) - רדיפה

עד 1967, מרבית השטח שמוגדר כיום במינהל האזרחי כ"אדמות מדינה" לא נחשב לרכוש ממשלתי. בשנות שלטונה של ישראל בגדה המערבית כמיליון דונם הוכרזו כאדמות ציבור (המכונות על ידי רשויות השלטון "אדמות מדינה"). הדבר נעשה באמצעות פרשנות שנויה מאוד במחלוקת של חוק הקרקעות העות'מני משנת 1858, לפיה זכויות השימוש באדמות חקלאיות שאינן מעובדות עיבוד חקלאי רציף, ושיאין רשומות במרשם המקרקעין, יחזרו לידי הממשלה, גם אם האדמות האמורות היו מעובדות בעבר ואף אם נעשה בהם שימוש למרעה בהווה. בכפוף לפרשנות זאת, בין השנים 1978-1992 הכריזה ישראל על קרוב למיליון דונם בגדה המערבית כעל אדמות מדינה (להלן: "אדמות מוכרזות"). פלסטינים שאדמותיהם הוכרזו כרכוש ממשלתי היו רשאים להגיש התנגדויות שנדונו בפני ועדת עררים צבאית, אך לאור הבסיס המשפטי השנוי מאוד במחלוקת שעליו נשענת בהכרעתה ועדת העררים, בפועל אין זה הליך אפקטיבי; ואכן, רוב רובן של ההכרזות צלחו בקלות את ההליך. כך, בתוך 13 שנים בלבד הגדילה ישראל את היקף האדמות בגדה המערבית המסווגות כאדמות ציבור לכ-1.6 מיליון דונם, המהווים קרוב ל-30% משטחה היבשתי של הגדה המערבית (לא כולל ירושלים

91 **משטר אישורי המעבר בשערי הגדר לאחר ארבע שנים: השפעה על המצב ההומניטרי בצפון הגדה המערבית,** המשרד לתיאום עניינים הומניטריים (OCHA) (נובמבר 2007). נתונים עדכניים שהושגו ע"י המוקד להגנת הפרט מראים צניחה עקבית באחוז הבקשות להיתרי כניסה למרחב התפר שהתקבלו, ראו: **המוקד בעתירה לפירוק חלק מגדר ההפרדה בגדה המערבית: נישול חקלאים ללא תכלית ביטחונית,** אתר **המוקד להגנת הפרט**.

92 הכרזה דבר מגירת שטח (איסור כניסה ושהייה (ישראלים) (אזור A), תשס"א-2000.

המזרחית). הכרזות אלו בוצעו בעיקר באזורים שהממשלה ייעדה להתנחלויות ישראליות.⁹³ הכרזות אלה הן הכלי שבאמצעותו נושלו קהילות פלסטיניות מאדמותיהן הקולקטיביות - אדמות ששימוש בעיקר למרעה ולפיתוח של כפרים ועיירות פלסטיניות. הגם שההכרזה מתיימרת להצהיר על מצב משפטי קיים, הלכה למעשה ובשים לב למדיניות ההקצאות שתפורט להלן, זוהי הפקעה של זכויות השימוש הקהילתיות.

כמעט כל האדמות המוכרזות בשטח הגדה מצויות כיום בתחום השיפוט של המועצות האזוריות והמועצות המקומיות של ההתנחלויות. משמעות הדבר היא חסימה מוחלטת של אפשרות פלסטינית לשימוש במקרקעין אלה. כפי שהוזכר לעיל, הנתונים מראים כי מאז 1967 הוקצו לגורמים פלסטיניים רק כ-0.24% מהאדמות הציבוריות באזור, לעומת הקצאה של יותר מ-99.26% מאדמות הציבור בשטחים אלה להסתדרות הציונית העולמית שעוסקת בפיתוח התנחלויות, לחברות סלולר ישראליות, לרשויות מוניציפליות של ההתנחלויות, למשרדי ממשלה ולחברות תשתית ישראליות כמו בזק, חברת החשמל ומקורות.⁹⁴ נוסף על כך נעשו גם הפקעות של אדמות, למשל במרחב שעליו הוקמה ההתנחלות מעלה אדומים.

נישול פלסטינים מאדמתם נעשה גם באמצעות אלימות של המתנחלים הישראלים. אמנם לכאורה לא מדובר בפעולה של המשטר, אבל העלמת העין העקבית, אי אכיפת החוק על העבריינים ומתן גושפנקה רשמית בדיעבד לנוכחות של מתנחלים על אדמות שעליהן השתלטו תוך ביצוע עבירות - כל אלה מחייבים את ייחוס האחריות לתופעה זו למשטר. מעקב יש דין לאורך השנים מוכיח את עקביות הניצול וההכרה הרשמית בדיעבד בהשתלטויות אלימות אלה על אדמות פלסטיניות - ראשית באמצעות אי-אכיפה כרונית⁹⁵ ובהמשך על ידי הכשרה בדיעבד של ההשתלטויות.⁹⁶

בפברואר 2017 חוקקה הכנסת את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, תשע"ז-2017, אשר קבע מנגנון הפקעה של אדמות פרטיות פלסטיניות והקצאתן לישראלים שפלשו אליהן בניגוד לחוק. החוק שעל פי הערכות של ארגונים שחקרו את הסוגיה היה מביא להפקעה של עשרות אלפי דונמים בבעלות פלסטינית פרטית, נפסל על-ידי בג"ץ.⁹⁷

93 **התחום האסור: מדיניות התכנון הישראלית בכפרים הפלסטיניים בשטח C**, במקום - מתכננים למען זכויות תכנון (יוני 2008).

94 עת"מ 40223-03-10 **במקום - מתכננים למען זכויות תכנון נ' המינהל האזרחי בגדה המערבית**. מאז שנמסרו הנתונים בשנים 2011-2013, מדיניות זו לא השתנתה ולא היו הכרזות או הקצאות משמעותיות.

95 **אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית**, יש דין (דצמבר 2019); **החטא בלי עונשו - אי העמדה לדין פלילי בגין עבירות בנייה של ישראלים בגדה המערבית**, יש דין (פברואר 2017); **מסלול הנישול: המקרה של המאחז עדי עד**, יש דין (אפריל 2013). בנוסף ראו עוד עשרות דפי נתונים, נירוח עמדה ודו"חות באתר **יש דין**.

96 **עידן ה'הסדרה'**, - **זו"ח ההפקעה של ועדת זנדברג להכשרת מאחזים ובנייה בלתי חוקית בהתנחלויות: ניתוח, השלכות ויישום**, יש דין (ינואר 2019), המפרט את הפעולות הרבות שביצעו הרשויות הישראליות כדי להכשיר בדיעבד מאחזים שהוקמו ללא היתר על ידי מתנחלים, חלקם הגדול על קרקעות פרטיות של פלסטינים ועל קרקעות שהיו בשימוש קהילתי פלסטיני. נייר עמדה זה מראה כי נכון לתחילת 2019 כ-30 מאחזים הוכשרו ועוד כ-70 היו בהליכי הכשרה, בין היתר באמצעות חוק ההסדרה (החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, תשע"ז - 2017). החוק בוטל על"י בית המשפט הגבוה לצדק: בג"ץ 1308/17, 2055/17 **עיריית סילוואד ואח' נ' הכנסת ואח'** (פסק דין מיום 9.6.2020), והיועץ המשפטי לממשלה הודיע במסגרת ההליכים שבדעתו לעשות שימוש בדוקטרינות משפטיות אחרות כגון "תקנת השוק" כדי להכשיר חלק מהבנייה הבלתי חוקית על אדמות פרטיות בבעלות פלסטינים. בנוסף ראו: **מכיווץ לסיפוח: ההטמעה השקטה של דוח לוי להסדרת הבנייה הלא חוקית בגדה המערבית**, יש דין (פברואר 2016).

97 ארגון שלום עכשיו העריך שהחוק יביא להפקעה של למעלה מ-8,000 דונם של אדמות שעליהן נבנו באופן לא חוקי בתים (**חוק שוד הקרקעות הגדול**, שלום עכשיו [דצמבר 2016]); על פי מכון המחקר כרם נבון, ישראלים מעבדים כ-27 אלף דונם של אדמות חקלאיות בבעלות פלסטינים (**החקלאות הישראלית בגדה המערבית**, כרם נבון [אוקטובר 2013]), עמ' 7). לפי החוק, כל אלה ככל הנראה יופקעו מבעליהם.

הפקעת אדמות פרטיות ונישול של קהילות מאדמותיהן, בשל שיוכן הקבוצתי (ובענייננו, בהתאם לשיוכן הלאומי) מהווה מעשה בלתי אנושי של רדיפה לפי אמנת רומא. כפי שקבע בית הדין הבינלאומי לפשעים שבוצעו ביוגוסלביה (שעבר ICTY):

“In the same context [of the crime of persecution], the plunder of property is defined as the unlawful, extensive and wanton appropriation of property belonging to a particular population, whether it be the property of private individuals or of state or ‘quasi-state’ public collectives.”⁹⁸

מדיניות ההכרזות והסדרת הבנייה הלא חוקית על קרקע פרטית פלסטינית מהוות “הפקעת אדמות ורכוש השייכים לקבוצה גזעית או לחבריה”. חלק מהאדמות הופקעו במובן הרגיל של המילה - שלילת זכויות הקניין מבעליהן - וחלקן הופקעו מהקבוצה במובן של נישול זכויותיהם הקבוציות של חברי הקבוצה ליהנות מהן. ישראל אף הקצתה באופן שיטתי אדמות מופקעות לחברי הקבוצה האחרת, השלטת, של הישראלים תושבי הגדה המערבית, וכך הושלם הנישול. מדובר במדיניות ובפרקטיקה נרחבת מאוד, מרכזית מאוד לאופיו של המשטר הצבאי בגדה. היא עונה להגדרה של מעשה לא אנושי מסוג רדיפה בהתאם לאמנת רומא, וכן להגדרה של מעשה לא אנושי מסוג מניעת זכויות וחלוקת האוכלוסייה לפי שיוך קבוצתי באמנת האפרטהייד, המתייחסת באופן ספציפי להפקעת אדמות של קבוצה אחת על ידי השנייה.

2.6.7 רדיפת מתנגדי ומבקרי משטר

לפי אמנת האפרטהייד: ס' 2(f) - רדיפה בשל התנגדות לאפרטהייד;

לפי אמנת רומא: ס' 7(1)(h) - רדיפה

מיומו הראשון של הכיבוש הישראלי דוכאה כל התנגדות לו ביד חזקה ובמצעים דרקוניים.

רשויות השלטון הישראליות עשו שימוש בכוח רב, פיזי ומשפטי, כדי לשמר את השליטה בשטח ולמנוע התנגדות פלסטינית. ההתנגדות הפלסטינית באה בתצורות רבות, חלקן אלימות שלעיתים אף כללו מעשי טרור כלפי אזרחים חפים מפשע, חלקן פוליטיות ובלתי אלימות. לאורך השנים, דיכוי ההתנגדות לכיבוש הביא למותם של אלפי פלסטינים ולפציעתם של עשרות אלפים. החירות של רבבות נוספים נשללה באמצעות מעצר מינהלי נטול ראיות ונעדר הליך משפטי הוגן שניתן לחדשו ללא הגבלת זמן או באמצעות מאסר.

יש כמובן להבחין בין כוח המופעל במטרה למנוע התקפות אלימות על אוכלוסייה אזרחית או לצורך הגנה עצמית של הכוחות הישראליים, לבין כוח שמטרתו ריסוק מחאה, השתקת ביקורת ומניעה של התנגדות פוליטית למשטר הצבאי הישראלי וקידום עצמאות פלסטינית. האחרונה יכולה להיחשב רדיפה של מתנגדי משטר, בעוד שהראשונה לא. ההיסטוריה של הכיבוש הישראלי מראה שהרשויות הישראליות נוהגות להציג כל פגיעה שהיא בפלסטינים כחלק מהמאבק בטרור, גם כאשר מדובר בתקיפה - אף אם קטלנית - או בהטלת סנקציות כבדות ביותר על התנגדות פוליטית מובהקת שאינה מהווה חלק מפעולת טרור.

Prosecutor v. Blaskic, Case No. ICTY 95-14-T, judgement (March 3, 2000), para. 234. 98

כך למשל, במשך שנות השבעים, השמונים ותחילת התשעים של המאה ה-20, נקטה ישראל מדיניות נרחבת של גירוש פעילים פלסטינים מהגדה המערבית (ומרצועת עזה). מדיניות הגירוש כוונה נגד פעילים פוליטיים מובהקים, מרמת המנהיגות השכונתית ועד למנהיגים לאומיים. אלפי פעילים פלסטינים גורשו לירדן וללבנון באופן זה.⁹⁹

באופן דומה, וכפי שכבר הוזכר בחוות דעת זו,¹⁰⁰ השלטון הצבאי הטיל איסורים מרחיקי לכת על ביטויים פוליטיים ואכף את אלה באופן דרקוני באמצעות המשפט הפלילי. הצו דבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת (יהודה ושומרון) (מס' 101), תשכ"ז - 1967 הטיל איסור על קיום תהלוכות, עצרות ומשמרות (המוגדרות כהתאספות של עשרה אנשים ויותר לשמיעת נאום בנושא מדיני או שיכול להתפרש כמדיני) ועל פרסום תכנים מדיניים בכל מדיום, ללא אישור המפקד הצבאי; הצו הופעל כלפי פלסטינים בלבד. הפרת האיסור מהווה עבירה שעונשה עד עשר שנות מאסר.

הצו דבר הוראות ביטחון בנוסחיו השונים (האחרון שבהם מ-2009), הגדיר באופן רחב מאוד את עבירת ההסתה: זו כוללת על פי הצו פרסום "דברי שבה, אהדה או תמיכה בארגון עוין, בפעולותיו או במטרותיו" וכן "גילוי של הזדהות עם ארגון עוין, עם פעולותיו או עם מטרותיו או אהדה אליהם, בהנפת דגל, בהצגת סמל או סיסמה או בהשמעת הימנון או סיסמה" (סעיף 251). בנוסף לצו, תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 המנדטוריות נוצלו כדי להוציא מחוץ לחוק כל התארגנות, גם התארגנויות פוליטיות מובהקות. בהקשר זה ראוי להזכיר שעד היום הארגון לשחרור פלסטין (אש"ף) ופלגו הגדול ביותר, פת"ח - שעמם חתמה ממשלת ישראל על הסכמי אוסלו - מוגדרים ארגוני טרור בלתי חוקיים, שחברות בהם, פעילות מטעמם והבעות תמיכה בהם מהוות עבירה פלילית. לאורך השנים אלפי פלסטינים נעצרו, נחקרו, נשפטו וריצו עונשים בגין פעילות מחאה, ביקורת והתנגדות פוליטית לכיבוש, ובגין מאבק למימוש זכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית, לעצמאות. אלפים רבים נוספים נעצרו במעצרים מינהליים מבלי שהוחשדו או הואשמו בדבר.¹⁰¹

להשלמת התמונה נציין את הברור מאליו (נוכח אופיו של המשטר הישראלי בגדה כפי שתואר בחלקים הקודמים): יחסן של הרשויות לפעילות פוליטית, למחאה ולביקורת מצד ישראלים בגדה המערבית שונה בתכלית מזה שזוכים לו הפלסטינים, ונגזר מההסדר המשפטי הנוהג במדינת ישראל. האזרחים הישראלים נהנים מחירות להפגין ומזכות לפעילות פוליטית שאינה נשלטת על ידי צווים צבאיים, כמו הצו דבר איסור תעמולה עוינת או הצו דבר הוראות ביטחון - הן משום שהחוק הפלילי החל עליהם הוא החוק הישראלי האזרחי והן משום שהם אינם נשפטים כעניין של מדיניות בבתי המשפט הצבאיים. לפיכך, מרחב הפעולה שלהם נגזר מעקרונות המשפט החוקתי הישראלי, המבטא הכרה רחבה בחשיבותו של חופש הביטוי ובזכות להשתתפות פוליטית.

99 פרוטוקול דיון שחשף מכון המחקר עקבות מתעד את דבריו של הרמטכ"ל רפאל איתן בדיון אצל ראש הממשלה ב-1980, בהקשר של החלטה לגרש ראשי ערים פלסטיניות, אשר אינם מותרים מקום לספק בנוגע למטרות הגירוש כאמצי דיכוי: "על מנת שלא תהיה להם מנהיגות מדרבנת לפעילות נגדנו בכל התחומים, גם בתחום המדיני וגם בתחום הכוח, צריך כל פעם להסיר את השכבה של המנהיגות. ולהסיר זה או לשלוח החוצה, או לאסור, או להוציא מחוץ לחוק... כאשר יש מצב שאלה נפצעו, אלה ברחו, אלה נמצאים בחו"ל ואלה מחוץ לחוק, יש מבוכה, יש בלבול, לא יודעים מה לעשות, והתוצאה היא שבשטח יש פחות אלימות" (פרוטוקול דיון במצב ביהודה ושומרון אצל ראש הממשלה, 3.6.1980). **מאגר מסמכי הסכסוך** (עקבות: המכון לחקר הסכסוך הישראלי-פלסטיני, להלן: "מכון עקבות"), מסמך מספר 12954, עמ' 26. להרחבה ראו: מיכאל ספרד, **החומה והשער: ישראל, פלסטין והמאבק המשפטי לזכויות אדם** (כתר, 2018), עמ' 69-162.

100 ראו הערת שוליים 77.

101 להרחבה על מדיניות המעצרים המנהליים ראו: מיכאל ספרד, **החומה והשער: ישראל, פלסטין והמאבק המשפטי לזכויות אדם** (כתר, 2018), עמ' 479-495.

רשויות השלטון הישראליות בגדה הקימו מערך כוחני שיעדו מניעת פעילות פוליטית פלסטינית להתנגדות לכיבוש ולמען עצמאות. מנהיגות פלסטינית בכל הרמות נעצרה, נאסרה, גורשה וחלקה אף נהרגה על ידי ישראל במסגרת מדיניות החיסולים. אמנם חלק מהפעולות הישראליות נועדו להגן על ישראלים מפני התקפות אלימות, לעיתים רצחניות, אך חלק אחר ומשמעותי שלהן נועד לדכא התנגדות ומהווה בפועל מעשה לא אנושי מסוג **רדיפת מתנגדי אפרטהייד על ידי שלילת חירויות וזכויות יסוד**.

2.6.8 העברות כפיות של אוכלוסייה

לפי אמנת האפרטהייד: ס' 2(c) - מניעת זכויות יסוד;

לפי אמנת רומא: ס' 17(d) - העברה כפויה

בעשורים הראשונים לכיבוש גירשה ישראל פעילים פלסטינים רבים, כפי שהוזכר לעיל. למרות היקפו הגדול של הגירוש ולמעט מקרים בודדים בתחילת שנות השבעים, פעולות הגירוש היו אינדיווידואליות באופיין - גם אם הגיעו בשיאן לגירוש של מאות אנשים (כפי שהיה בעת גירושם ללבנון של 415 אנשי חמאס והג'האד האיסלמי ב-1992). לכן, קשה לומר שמדובר בגירוש של "אוכלוסיות", כפי שנדרש בהגדרת המעשה הבלתי אנושי הקבוע בסעיף 17(d) של אמנת רומא.

עם זאת, בעשורים האחרונים ישראל מבצעת פעולות שניתן בהחלט לראותן כהעברה כפויה של אוכלוסיות. פעולות אלה הן חלק ממדיניות של הנדסה דמוגרפית של המרחב, והן משרתות הן את המדיניות של פיצול החברה הפלסטינית ובכך החלשתה, והן את המדיניות של מניעת פיתוח פלסטיני ומנגד עידוד פיתוח ישראלי. הסוג הראשון מבוצע באמצעות העברה בכפייה של פלסטינים מהגדה המערבית לרצועת עזה, הסוג השני כולל העברות כפיות של קהילות שלמות ממקום מחייתן למקומות אחרים בתוך הגדה.

העברה כפויה מהגדה המערבית לרצועת עזה: עם פרוץ האינתיפאדה השנייה, בספטמבר 2000, החליטה ישראל (השולטת במרשם האוכלוסין הפלסטיני) להקפיא את עדכון הכתובות בין רצועת עזה לגדה המערבית, כחלק ממגמה של יצירת הפרדה בין האוכלוסיות החיות בשטחים אלה.¹⁰² המידע הרשום באותה עת במרשם האוכלוסין הוקפא בלא אפשרות לתקנו או לערער על נכונותו. ב-2007 אף החלה ישראל להתייחס אל פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית אשר כתובתם במרשם נמצאת ברצועת עזה כאל "שוהים בלתי חוקיים" בגדה, אלא אם הם מחזיקים בהיתר שהייה צבאי. בהתאם לכך החל הצבא להעביר בכפייה פלסטינים מבתיהם שבגדה המערבית לרצועת עזה, על סמך כתובתם השגויה כפי שהיא מופיעה במרשם האוכלוסין.¹⁰³

באפריל 2010 חלה החמרה נוספת במגבלות שהטילה ישראל על מימוש זכותם של פלסטינים להתגורר בגדה המערבית, וזאת באמצעות תיקונים לצו בדבר מניעת הסתננות (תיקון מס' 2) לצו

102 להרחבה ראו באתר [ארגון המוקד להגנת הפרט](#) (נבדק לאחרונה ב- 28.4.2020).

103 **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, נובמבר](#) (נבדק לאחרונה ב-28.4.2020).

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 כ"מסתנן" וצפוי לעונשי מאסר, אף אם מקום מגוריו הקבוע הוא בגדה. לשון הצו מאפשרת את החלתו על ישראלים ופלסטינים כאחד, אך הצבא הבהיר עם פרסומו כי לא יעשה בו שימוש נגד ישראלים.¹⁰⁴ התיקון הפך עשרות אלפי פלסטינים החיים בגדה המערבית לשוהים בלתי חוקיים שחרב הגירוש מונפת מעליהם. לנוכח מדיניות ה"הקפאה" של ישראל בבחינת בקשות לאיחוד משפחות (מתן מעמד לבן משפחה כדי שיוכל להתגורר עם בן משפחתו במקום בו הוא/היא תושב/ת), אין באפשרותם של פלסטינים אלה לקבל היתר לשהות בגדה, והם עלולים להיות מגורשים ממנה (במובן של העברה כפויה) אף אם הם חיים בה שנים רבות, או שעברו לשם לצורך איחוד עם בני זוגם או עם הוריהם.¹⁰⁵ בעקבות עתירה שהגישו המוקד להגנת הפרט וארגונים נוספים שונתה המדיניות, ונקבע שפלסטיני שמענו הרשום נמצא בעזה אך הוא מתגורר בגדה המערבית מאז ספטמבר 2005 לא יורחק בכפייה לרצועה.¹⁰⁶ ואולם לאלפי פלסטינים שעברו לגדה המערבית בשל נישואים, לימודים, עבודה או מכל סיבה אחרת לאחר ספטמבר 2005, ולאלה המתקשים להוכיח שעברו קודם למועד שנקבע - חרב הגירוש שרירה וקיימת.

החיים בצל האיום בהעברה כפויה לעזה הופך את חיי הפלסטינים הרשומים במרשם כתושבי עזה אך מתגוררים בגדה המערבית לחיים מוגבלים, שעננת הפחד ממעצר והעברה לעזה מסייגת את תנועתם ברחבי הגדה וכמובן אל מחוצה לה (לחופשות, נסיעות עבודה וביקורי משפחה וחברים). למדיניות הכללית הזו קיימים חריגים בודדים בהם נמצא פתרון נקודתי בחסות עתירות לבג"ץ ולחץ שופטיו.

לעומת זאת, אזרחי ישראלי הבוחר לעבור ולהתגורר בגדה המערבית חופשי לבחור את מקום מגוריו. למעשה, לאורך השנים ישראלים אף מקבלים תמריצים להגר לגדה המערבית. ב-1970 נקבע בהיתר כניסה כללי (מס' 5) (תושבים ישראלים ותושבי חוץ) (יהודה והשומרון) כי ישראלי המעוניין להתגורר בגדה המערבית נדרש לשאת תעודת היתר אישית, אולם בפועל צו זה הפך לאות מתה כאשר איש ממאות אלפי המתנחלים לא מתבקש לשאת תעודה כזאת. המדיניות שהנחתה את הרשויות הישראליות מאז כיבוש הגדה היתה לאפשר מעבר חופשי ובלתי מוגבל של ישראלים לגדה, ללא כל צורך בהיתר מיוחד (מלבד האמור לעיל בעניין כניסת ישראלים לשטחי A).

העברה כפויה של קהילות: העברה כפויה של קהילות שלמות מהווה גם היא חלק מהנדסה דמוגרפית של המרחב שמבצעת ישראל באתרים שונים. לרוב העברתן של קהילות אלה מתבססת על אי-הכרה באזורי מגוריהן כמקומות יישוב חוקיים וסיווג כל הבנוי בהם כבנייה בלתי חוקית. להלן מספר דוגמאות:

סוסיא: ב-1986 גירש הצבא את כל תושבי סוסיא הפלסטינים מבתיהם לאחר שהמינהל האזרחי הכריז על שטח הכפר גן לאומי שבמרכזו אתר ארכיאולוגי. תושבי סוסיא סולקו בכוח מכפרם ונאלצו להעתיק את מגוריהם לאדמות חקלאיות שבבעלותם, הנמצאות במרחק של כמה מאות מטרים דרומית-מזרחית לכפר המקורי. תושבי הכפר נמצאים מאז תחת איום מתמשך של הרס המבנים ופינוי מבתיהם. האתר המקורי, אגב, הועבר לניהולה של המועצה האזורית דרום-הר-חברון.¹⁰⁷

104 עמירה הס, "צו צבאי חדש יאפשר לצה"ל לגרש עשרות אלפי פלסטינים מהגדה המערבית" **הארץ**, 11.4.2010.

105 **משפחות בהקפאה: האיסור שמטילה ישראל על איחוד משפחות בשטחים מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה**, בצלם והמוקד להגנת הפרט (2006), עמ' 15; **שלטון אחד, שתי מערכות חוק: משטר הדינים של ישראל בגדה המערבית**, (2014), עמ' 74.

106 בג"ץ 4019/10 **המוקד להגנת הפרט ואח' נ' מפקד צבאי לאיזור הגדה המערבית**, פסק דין מיום 21.4.2013.

107 עובדה זו התגלתה בהליך חופש מידע שניהל ארגון יש דיין; עת"מ 37527-07-14 **יש דיין ועמק שוה נ' המינהל האזרחי באיו"ש ואחרים** (תגובת המשיבים מיום 23.10.2014).

הג'האלין: עד תחילת שנות החמישים התגוררו אנשי שבט הג'האלין באזור תל ערד שבנגב, שנכלל בשטח מדינת ישראל לאחר 1948. בתחילת שנות החמישים נמנו אנשי הג'האלין עם שורה של שבטים בדואים אשר גורשו על ידי הממשל הצבאי אל תוך הגדה המערבית. קיימת מחלוקת לגבי המועד שבו הגיעו אנשי השבט לאזור שבו שוכנת כיום ההתנחלות מעלה אדומים, כפי שזו תוארה בבג"ץ: "בעוד שהעותרים [מאנשי שבט הג'האלין] טוענים כי הם יושבים בהם כבר משנות החמישים, בהסכמת בעלי הקרקעות מאבו-דיס ומאל-עיזריה, טוענים המשיבים [שר הביטחון והמינהל האזרחי] כי רק בסמוך לשנת 1988, החלו קבוצות של בני שבט הג'האלין להתיישב במקרקעין ובסמוך להם".¹⁰⁸ מכל מקום, אין חולק שאנשי השבט נדחקו לאזור שנמצא במעלה כביש ירושלים-יריחו בשל המגבלות שהטילה ישראל, ושעם השנים הופקעו חלקים משטחי המחיה שלהם לצורך הקמת התנחלויות והרחבתן ושהתוצאה היתה שבסוף שנות השמונים הם שכנו באופן קבוע בשטח שתוכנן להרחבתה של ההתנחלות מעלה אדומים ומסביבו. המאמצים לגירושם החלו בתקופה זו בשל הכוונה לממש את תוכניות ההרחבה של ההתנחלות, והמינהל האזרחי לחץ בעקביות על אנשי הג'האלין לעבור לאתרים חלופיים שלא הותאמו לאורח חייהם ומוקמו ליד מזבלה אזורית. אנשי השבט סירבו להצעות אלה בתוקף.

ביולי 1994 הוצאו צווי פינוי לקבוצה של אנשי הג'האלין. עתירה שהגישו לבג"ץ נדחתה ב-1996.¹⁰⁹ בינואר 1997 ובפברואר 1998 הוצאו צווי פינוי בכפייה לשתי קבוצות נוספות של משפחות משבט הג'האלין, בסך הכל 150 משפחות. צו ביניים של בג"ץ עיכב את הפינוי, אך בסופו של דבר ובלחץ שופטי בג"ץ נוהל משא ומתן בין השבט לבין המינהל האזרחי, אשר הסתיים בפברואר 1999 בהסדר לפינוי והקצאה של שטחים חלופיים למפונים.^{110, 111} יתר בני שבט הג'האלין מצויים גם היום בסכנת פינוי, שכן מדיניות הרשויות הישראליות היא להעביר בכפייה את כל משפחות השבט ממקומן באזור. מחקר של סוכנות הסעד לפלטים פלסטינים, אונר"א, וארגון המתכננים במקום על מצב המשפחות שגורשו במקומם החדש, הצביע על שבירה מוחלטת של המרקם החברתי השבטי ועל אחוזי אבטלה ועוני גבוהים, וקבע כי היישוב שהוקם עבורם אינו בר קיימא מבחינה חברתית וכלכלית.¹¹²

דוגמה אקטואלית למאמץ להעביר בכפייה את הקהילות המרכיבות את שבט הג'האלין היא פרשת **ח'אן אל אחמר**, נקודת יישוב בקירבת ההתנחלות כפר אדומים ולצד הכביש היורד מירושלים ליריחו, שבה מתגוררות משפחות המשתייכות לשבט הג'האלין. למבנים בח'אן אל אחמר הוצאו צווי הריסה, חלקם בוצעו לאורך השנים, והכוונה המוצהרת של הרשויות הישראליות היא לפנות את המקום כליל מתושביו. ב-2011 החל המינהל האזרחי לקדם תוכנית להעתקת כל הבדואים משבט הג'האלין אל היישוב הבדואי שהמינהל הקים ליד מזבלת אבו-דיס, והחל מאבק נגד הפינוי.

בפברואר 2017 חילק המינהל האזרחי כ-40 צווי הריסה לכל המבנים בח'אן אל אחמר, כחלק ממהלך פינוי הכפר. במאי 2018 פסק בג"ץ¹¹³ שאין עילה להתערב בהחלטת שר הביטחון לממש את צווי ההריסה האמורים. תושבי הכפר לא פינו את בתיהם ולא הרסו אותם, וכעת נשאלת השאלה אם המדינה תבצע פינוי בכוח של הכפר.

108 בג"ץ 2966/95 מוחמד אחמד סאלם הרש ואח' נ' שר הביטחון, נ(2) 009, פס' 2 לפסק דינו של השופט ברק.

109 בג"ץ 2966/95 מוחמד אחמד סאלם הרש ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד (2) 9.

110 בג"ץ 1242/98 עבדאללה סאלם סעידה ג'אהלין ואח' נ' המנהל האזרחי ואח', צו ביניים ניתן ב- 22.2.98.

111 **כתתוך שלה: מדיניות ישראל בשטח C של הגדה המערבית**, בצלם (יוני 2013).

112 **אל-ג'אבל - השלכות המעבר הכפוי של הקהילות הבדוויות במרחב מעלה אדומים, אונר"א וארגון במקום (2013) (באנגלית):** (נבדק לאחרונה ב-9.6.2020).

113 בג"ץ 3287/16 **כפר אדומים ואחרים נ' שר הביטחון ואחרים** (ניתן ב-24 במאי 2018)

שטח אש 918: אזור המשתרע על כ-30 אלף דונם הממוקם בדרום הר חברון, בו חיות 12 קהילות פלסטיניות, הוכרז על ידי הצבא כשטח אש. באוגוסט 1999 קיבלו רוב אנשי הקהילות צווי פינוי בשל "מגורים בלתי חוקיים בשטח אש". בנובמבר 1999 פינו כוחות הביטחון יותר מ-700 תושבים, בתים בשטח נהרסו, רכוש הוחרם והתושבים נותרו חסרי בית. בינואר 2000 הגישה האגודה לזכויות האזרח עתירה לבג"ץ בטענה כי הפינוי נעשה באופן בלתי חוקי.¹¹⁴ באוגוסט 2012 הודיעה המדינה כי תושביהן של ארבע מתוך 12 הקהילות המתגוררות במקום יוכלו להמשיך להתגורר בבתיהם וכי הם לא יגורשו.¹¹⁵ בתחילת 2013 הוציא בג"ץ צו ביניים ארעי, המורה למדינה להימנע מלהעביר בכפייה את תושבי הקהילות האחרות בשטח האש.¹¹⁶ בינואר 2017 הוצא צו על תנאי שהורה למדינה להגיש לבית המשפט תשובה שבה יפורטו פתרונות חלופיים לפינוי.¹¹⁷ עד היום, מדיניות הרשויות הישראליות חותרת לפינוי יתרת הקהילות ולריקון השטח העצום מתושביו.

ההעברות הכפויות והאיום בהעברות כפויות מסיביות מהגדה המערבית לרצועת עזה, כמו גם ההעברות הכפויות והאיום בהעברות כפויות של קהילות שלמות מאדמותיהן בתוך הגדה לאורך השנים, הם חלק מהנדסה דמוגרפית של המרחב בגדה המערבית ומהוות מעשה בלתי אנושי מסוג **העברה כפויה** לפי סעיף 7(1)(d) לאמנת רומא, ומניעת זכויות יסוד לפי אמנת האפרטהייד.

2.7 תקיפה שיטתית ונרחבת

כל אחד מהמעשים הבלתי אנושיים שתוארו ונתחו לעיל מבטאים מדיניות המכוונת ומשפיעה על אלפי עד מיליוני בני אדם.

הדבר נכון לגבי שלילת זכויות אזרח המתייחסת לכלל הציבור הפלסטיני, כמו גם למדיניות מערכת הדין הכפולה. כך גם לגבי מניעת הפיתוח ומדיניות ההפרדה. מדיניות הפקעת האדמות מכוונת כלפי אלפי פלסטינים וכך גם המדיניות המתמשכת של רדיפת מתנגדי ומבקרי המשטר. לבסוף, גם הפרקטיקה של העברות כפויות של אוכלוסיות אינה מתמקדת בקהילה אחת, כי אם מכוונת לרבות מהן. **מכל אלה נובע שהמעשים הבלתי אנושיים שתוארו לעיל עומדים בדרישה של תקיפה שיטתית ונרחבת של אוכלוסייה אזרחית, וכי רכיב זה של הגדרת פשע האפרטהייד מתקיים אף הוא.**

114 בג"ץ 1199/00 **אחמד עיסא אבו עראם ועוד 81 אח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**.

115 עדכון באתר האגודה לזכויות האזרח: **פינוי תושבי כפרים באזור "מסאפר יטא" בדרום הר חברון**, ינואר 2017.

116 בג"ץ 413/13 **מוחמד מוסא שחאדה אבו עראם ואח' נ' שר הבטחון**, החלטה מיום 16.1.13.

117 בג"ץ 413/13, **מוחמד מוסא שחאדה אבו עראם ואח' נ' שר הבטחון**, החלטה מיום 11.1.17.

סיכום: כן, אנחנו.

קשה לומר את הדברים, אבל המסקנה של חוות דעת זו היא שבגדה המערבית מתבצע פשע נגד האנושות מסוג אפרטהייד. מבצעי הפשע הם ישראלים וקורבנותיו פלסטינים.

הפשע מתבצע משום שהכיבוש הישראלי הוא לא "סתם" משטר של כיבוש (או משטר של שליטה ודיכוי), אלא כזה שמתלווה אליו פרויקט התנחלות גדול ויצירה של קהילת אזרחי הקבוצה הכובשת בשטח הכבוש. הפשע מתבצע משום שהכובש, בנוסף להתנחלותו בשטח הכבוש, עמל קשות גם על קיבוע השליטה שלו בכבשים ועל שימור מעמדם הנחות. פשע האפרטהייד מתבצע בגדה המערבית משום שבהקשר זה של משטר של שליטה ודיכוי של קבוצה לאומית אחת בידי קבוצה לאומית שנייה, הרשויות הישראליות מוציאות לפועל מדיניות ופרקטיקות שמהוות מעשים בלתי אנושיים, כהגדרת מונח זה במשפט הבינלאומי: שלילת זכויות מקבוצה לאומית, שלילת משאבים מקבוצה אחת והעברתם לשנייה, הפרדה פיזית ומשפטית בין הקבוצות ויצירת מערך משפטי שונה שחל על כל קבוצה. זוהי הרשימה החלקית של המעשים הבלתי אנושיים.

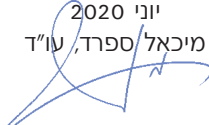
האליבי ששימש את ממשלות ישראל לאורך שנים, לפיו מדובר במצב זמני ואין שום רצון או כוונה לשמר את השליטה, הדיכוי והמעמד הנחות של הפלסטינים בשטח, מתנפץ על קיר הבטון של הראיות המובהקות לכך שהפרקטיקות והמדיניות השונות שמחילה ישראל על השטח הכבוש נועדו לשמר ולקבע את השליטה והדיכוי של הפלסטינים ובמקביל את העליונות של הישראלים שהיגרו אליו.

וזה לא הכל. כפי שתואר בחוות דעת זו, ממשלת ישראל מבצעת בגדה המערבית תהליך של "סיפוח מדורג". משמעותו המינהלית של הסיפוח היא ביטול הממשל הצבאי בשטח המסופח, ומתיחת הסמכויות הטריטוריאליות של הרשויות האזרחיות הישראליות עמוק אל תוך הגדה המערבית.

המשך התהליך של סיפוח משפטי זוחל, על אחת כמה וכמה סיפוח שטח מסוים בגדה המערבית בחוק שיחיל את החוק והמינהל הישראלי בו, משמעו איחוד משטרים. המשמעות עשויה להיות חיזוק הטענות שכבר נשמעות שפשע האפרטהייד לא מתבצע רק בגדה. שהמשטר הישראלי בכללותו הוא משטר אפרטהייד. שישראל היא מדינת אפרטהייד.

זה עצוב ומביש. וגם אם לא כולנו, הישראלים, אשמים בפשע, כולנו אחראים לו.¹¹⁸ וחובה עלינו, על כל אחת ואחד מאיתנו, לפעול בנחישות כדי להפסיק את ביצוע הפשע.

יוני 2020
מיכאל ספרד, עו"ד



118 כאימרתו הידועה של הרב והתיאולוג אברהם יהושע השל בראיון לעיתונאי קארל סטרן מאן. ב.י. סי: "In a free society, some are guilty, all are responsible", Abraham Joshua Heschel in an interview with Carl Stern in 1972: <https://www.youtube.com/watch?v=WjDNPwVEHdE> (last viewed on 7/4/2020)